



**Metody interpretacji Konwencji
o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności**
na przykładzie spraw dotyczących dyskryminacji
ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową

Tomasz Dudek

**Prawa
człowieka** ””
W PRACY MAGISTERSKIEJ

HR HELSINKA FUNDACJA
PRAW CZŁOWIEKA

TOMASZ DUDEK, magister prawa i stosunków międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, stypendysta Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego, laureat trzeciego miejsca w IV edycji ogólnopolskiego Konkursu na najlepszą pracę magisterską o prawach człowieka, za pracę magisterską pt. *Metody interpretacji Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności na przykładzie spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową.*

Analiza uwzględnia stan prawny na wrzesień 2012 roku.

PROMOTOR PRACY

prof. dr hab. Janusz Symonides

ORGANIZATOR KONKURSU

Helsińska Fundacja Praw Człowieka

PROJEKT WSPIERANY PRZEZ



WYDAWCA

Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2015

ISBN 978-83-62245-29-1

REDAKCJA JĘZYKOWA

Edyta Ruta

OPRACOWANIE GRAFICZNE I SKŁAD

Marek Łomacz

Spis treści

Wstęp	3
1. Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową i jej zapobieganie w różnych systemach ochrony praw człowieka	5
1.1. Terminologia	5
1.1.1. Orientacja seksualna – pojęcie.	5
1.1.2. Tożsamość płciowa – pojęcie	7
1.1.3. Dyskryminacja	8
1.1.3.1. Pojęcie	8
1.1.3.2. Zagadnienia szczegółowe	9
1.1.3.3. Przejawy dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową	10
1.2. Zapobieganie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w systemach ochrony praw człowieka.	11
1.2.1. Uwagi ogólne	11
1.2.2. Zakazy dyskryminacji – typologia	11
1.2.3. System uniwersalny.	12
1.2.4. Systemy regionalne	17
1.2.4.1. Systemy europejskie	17
1.2.4.2. System międzyamerykański	23
1.2.4.3. System afrykański	25
1.2.4.4. Sytuacja w regionie Azji i Pacyfiku	25
1.2.5. Konkluzje	26
2. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz klasyczne metody jej wykładni w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.	26
2.1. Geneza Konwencji	26
2.2. System ochrony praw człowieka oparty na Konwencji.	27
2.3. Interpretacja traktatów międzynarodowych	30
2.4. Cechy charakterystyczne Konwencji i ich wpływ na jej interpretację	30
2.5. Klasyczne metody wykładni	33
2.5.1. Wykładnia językowa	33
2.5.1.1. Zasady	33
2.5.1.2. Egzemplifikacja w orzecznictwie Trybunału	33
2.5.2. Wykładnia historyczna	36
2.5.3. Wykładnia funkcjonalna.	37
2.5.3.1. Dyrektywa <i>pro hominae</i>	38
2.5.3.2. Dyrektywa <i>pro democratiae</i>	39
2.5.4. Konkluzje	41

3. Specyficzne metody interpretacji Konwencji na przykładzie spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową	42
3.1. Wykładnia dynamiczna	42
3.1.1. Wykładnia dynamiczna w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową	43
3.1.2. Wykładnia dynamiczna w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną	45
3.2. Metoda komparatystyczna	48
3.3. Margines oceny, konsensus i zasada proporcjonalności	51
3.3.1. Margines oceny	51
3.3.2. Konsensus	53
3.3.3. Zasada proporcjonalności	54
3.3.4. Konkluzje	57
Zakończenie	59
Bibliografia	61

Wstęp

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: *Trybunał*, *ETPCz*) wydał dotychczas kilkadziesiąt orzeczeń dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Mimo że *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* (dalej: *Konwencja*) *explicité* nie zakazuje takiej dyskryminacji, interpretacja zawartej w niej klauzuli antydyskryminacyjnej prowadzi do wniosku, że i te podstawy różnego traktowania osób przez władze państwowe nie mogą prowadzić do dyskryminacji.

Ze względu na specyficzny charakter zakazu dyskryminacji znajdującego się w art. 14. *Konwencji*, osoby skarżące władze państwowe zarzucają im również naruszenie pozostałych praw człowieka, w tym przede wszystkim poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz prawa do zawarcia związku małżeńskiego. Sędziowie rozstrzygający poszczególne sprawy muszą zatem dokonywać interpretacji kilku przepisów, by orzec, czy w konkretnym przypadku doszło do naruszenia *Konwencji*. Zadanie to jest o tyle skomplikowane, że przepisy *Konwencji* są sformułowane w sposób bardzo ogólny i żeby zrekonstruować z nich normę prawną, umożliwiającą wydanie orzeczenia w sprawie, należy zastosować wiele metod interpretacji tego aktu prawnego.

Ponieważ Trybunał wydał już ok. 32 tys. orzeczeń, można analizować sposób, w jaki wyrokuje i skutki, jakie przynosi wykorzystanie określonych metod interpretacyjnych.¹ Taka sytuacja zachodzi m.in. w sprawach wyodrębnionych pod względem przedmiotowym jako sprawy osób LGBT.² Sprawy te dotyczą odmiennego traktowania, z jakim spotykają się osoby nieheteroseksualne lub transgenderowe ze strony władz państwowych. Wobec wzrostu świadomości posiadanych praw, a także dostrzegania różnic w traktowaniu np. osób homoseksualnych w porównaniu do osób heteroseksualnych, Trybunał musiał zdecydować, czy władze państwowe mogą kryminalizować dobrowolne stosunki seksualne między osobami homoseksualnymi, skoro nie kryminalizują takich relacji między osobami heteroseksualnymi. Innymi zagadnieniami, z jakimi dotychczas spotkał się Trybunał w tym kontekście, były np. ograniczenia w prawach rodzicielskich, nieuznawanie związków jednopłciowych, zakazywanie zgromadzeń i stowarzyszania się osób LGBT, ograniczanie ich praw socjalnych, a także nierówne traktowanie w zatrudnieniu. Ponadto Trybunał rozpatrywał skargi osób transgenderowych, które nie mogły uzyskać prawnego uznania swojej płci, co naruszało z kolei ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz prawo do zawarcia związku małżeńskiego.

Trybunał, posługując się różnymi metodami interpretacji *Konwencji*, był w stanie rozstrzygnąć, czy władze państwowe, traktując osobę LGBT w sposób odmienny ze względu na jej orientację seksualną lub tożsamość płciową, naruszyły jej postanowienia. Analiza tak wyodrębnionego orzecznictwa skłania jednak do wniosku, że Trybunał nie orzeka w sposób jednolity, nie zawsze wykorzystuje te same metody interpretacji, w niektórych sprawach jego podejście jest bardziej restrykcyjne, w innych – liberalne. Trzeba bowiem pamiętać, że Trybunał jest wspólnym sądem dla 47 państw Rady Europy i musi

¹ W internetowej bazie orzeczeń Trybunału, HUDOC, znajduje się 31.831 orzeczeń, zob. <http://hudoc.echr.coe.int>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

² LGBT, skrót za pomocą którego określa się osoby nieheteroseksualne i transgenderowe, z ang. *Lesbians, Gays, Bisexuals, Transgenders*, w jęz. polskim: lesbijki, geje, osoby biseksualne i transgenderowe. Skrót taki wydaje się najpopularniejszy, ale występują także inne jego wersje, np. LGBTQI (Q od *queer*, czyli osoby nieheteroseksualnej, I od osób „interseksualnych”). W kwestii kontrowersji związanych z inkluzywnością/ekskluzywnością tego akronimu zob. np. W. Meezan, J. Martin, *Handbook of Research with Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Populations*, Taylor & Francis, 2008, s. 425; Ch. Stewart, *The Greenwood Encyclopedia of Lgbt Issues Worldwide*, Volume 1, ABC-CLIO, 2010, s. 96; M. K. Lewis, I. Marshall, *LGBT Psychology: Research Perspectives and People of African Descent*, Springer, 2011, s. 4.

liczyć się z ich różnym podejściem do rozmaitych zagadnień. To samo dotyczy spraw osób LGBT, nadal w niektórych państwach wzbudzających kontrowersje. Prowadzi to zatem do pytania: jakimi metodami posługuje się Europejski Trybunał Praw Człowieka, interpretując postanowienia *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* relewantne w sprawach wynikających z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową? Interesujące jest też zagadnienie skutków, jakie rodzi zastosowanie konkretnej metody, a nie wzięcie pod uwagę innej. Dlaczego w niektórych sprawach Trybunał interpretuje *Konwencję* literalnie, a w pozostałych kładzie większy nacisk na cele i założenia *Konwencji*, jakie ma ona urzeczywistniać? Co decyduje o tym, że Trybunał czasem przyznaje władzom państwowym pewien margines oceny, a czasem im go odmawia?

Celem niniejszej pracy jest próba odpowiedzi na te pytania. Praca została podzielona na trzy rozdziały, z których pierwszy ma charakter definicyjny. Przedstawione zostały w nim pojęcia orientacji seksualnej, tożsamości płciowej oraz scharakteryzowane zjawisko dyskryminacji. Jest to istotne dla analizy orzecznictwa Trybunału, ponieważ pozwala wskazać typowe cechy spraw wnoszonych przed Trybunał przez osoby LGBT. Oprócz wyjaśnienia powyższych zagadnień pierwszy rozdział stanowi też przegląd mechanizmów funkcjonujących w prawie międzynarodowym, które służą walce z dyskryminacją m.in. ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Są nimi przede wszystkim akty prawne przyjmowane w ramach powszechnego systemu ochrony praw człowieka oraz jego regionalnych odpowiedników. Na określanie standardów w stosunku do zwalczania dyskryminacji wpływ mają jednak również działania organów funkcjonujących w ramach organizacji międzynarodowych, a przede wszystkim trybunałów międzynarodowych posiadających kompetencje kontrolne wobec państw należących do poszczególnych organizacji. Należy zaznaczyć, że interpretując *Konwencję*, Trybunał często odwołuje się do rozwiązań obowiązujących w innych systemach ochrony praw człowieka, stąd ich omówienie wydaje się konieczne. Ponadto w obliczu globalizacji i umiędzynarodowienia obrotu prawnego znajomość rozwiązań funkcjonujących w innych systemach ochrony praw człowieka pozwala zająć stanowisko wobec rozstrzygnięć Trybunału w sprawach osób LGBT, będących przedmiotem rozważań na całym świecie.

Pozostałe dwa rozdziały pracy dotyczą metod interpretacyjnych, jakimi w procesie orzekania posługują się sędziowie Trybunału. Rozdział drugi ma charakter wprowadzający w system ochrony praw człowieka Rady Europy, oparty na *Konwencji*. Szczególną uwagę zwrócono na specyficzne cechy *Konwencji*, które wpływają na jej interpretację. W tym jednak rozdziale skupiono się przede wszystkim na typowych metodach interpretacji, wynikających bezpośrednio z *Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów*. Zaliczono do nich wykładnię językową, historyczną oraz funkcjonalną. Rezultaty ich zastosowania ilustrują przykłady z orzecznictwa Trybunału w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

W trzecim rozdziale omówiono specyficzne metody, jakimi posługuje się Trybunał, dokonując interpretacji *Konwencji*. W sprawach osób LGBT najczęściej występują: wykładnia dynamiczna, metoda komparatystyczna oraz margines uznania wraz z tzw. konsensusem europejskim i zasadą proporcjonalności. Analiza tak wyodrębnionego orzecznictwa również pozwala na ocenę skutków zastosowania poszczególnych metod.

W związku z różnym charakterem kolejnych rozdziałów, inny dla każdego z nich był materiał źródłowy, na którym się opierano. Oprócz publikacji dotyczących przede wszystkim interpretacji prawa międzynarodowego, wykorzystanych w całej pracy, rozdział pierwszy bazuje w przeważającej części na dokumentach przyjmowanych w ramach poszczególnych systemów ochrony praw człowieka (konwencje, rezolucje, raporty). Rozdziały drugi i trzeci stanowią natomiast analizę orzeczeń, jakie Trybunał wydał w sprawach osób LGBT. Tym samym wykorzystano metodę opisową (próba zrekonstruowania sposobu rozumowania sędziów Trybunału, a nie wskazania postulowanego sposobu dokonywania interpretacji, co jest charakterystyczne dla metody normatywnej) oraz podejście indukcyjne, tj. na podstawie analizy poszczególnych orzeczeń wyciągnięto ogólne wnioski dotyczące skutków zastosowania konkretnej metody dla uznania, czy w sprawie wynikającej z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową doszło do naruszenia *Konwencji*.

1. Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową i jej zapobieganie w różnych systemach ochrony praw człowieka

1.1. Terminologia

Aby przeanalizować metody, jakimi posługuje się Europejski Trybunał Praw Człowieka, orzekając w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, należy najpierw wskazać znaczenie pojęć takich jak orientacja seksualna, tożsamość płciowa oraz dyskryminacja. Ponieważ nie mają one uniwersalnych i jednolitych definicji legalnych, które wiązałyby władze państwowe oraz sądy międzynarodowe, przedstawione zostaną różne sposoby ich rozumienia. Warto natomiast zauważyć, że wraz z powszechniejszym regulowaniem kwestii takich jak korekta płci i prawne uznanie jej skutków, związki partnerskie, czy zakaz dyskryminacji, w ustawodawstwach krajowych, na forach międzynarodowych, a także dzięki działalności orzeczniczej sądów i trybunałów krajowych oraz międzynarodowych, znaczenie wskazanych wyżej pojęć jest doprecyzowywane.

1.1.1 Orientacja seksualna – pojęcie

Pojęcie orientacji seksualnej wiąże się z tożsamością seksualną człowieka. Ten drugi termin ma szersze znaczenie, bowiem na tożsamość seksualną każdej osoby składają się cztery cechy: płeć biologiczna, tożsamość płciowa, płeć społeczna oraz orientacja seksualna.³ Często wszystkie te określenia są ze sobą mylone, co prowadzi do nieporozumień. Należy zaznaczyć, że trzy pierwsze cechy nie muszą mieć wpływu na orientację seksualną. Płeć biologiczna oznacza rodzaj materiału genetycznego zakodowanego w chromosomach i warunkującego budowę anatomiczną danej osoby, tożsamość płciowa (szerzej omawiana w następnym punkcie) to w największym skrócie psychiczne poczucie przynależności do płci żeńskiej, męskiej lub brak poczucia przynależności do określonej płci, natomiast płeć społeczna dotyczy odgrywania ról zgodnych z przyjętymi w danym społeczeństwie wzorcami kobiecości/męskości.

Orientację seksualną można za Simonem LeVay definiować przez pryzmat płci oczekiwanego przez daną osobę partnera seksualnego. Ten sposób pozwala wyróżnić osoby homoseksualne (odczuwające pociąg seksualny do osób tej samej płci co ich własna), heteroseksualne (odczuwające pociąg do osób o płci przeciwnej do swojej) oraz biseksualne (odczuwające pociąg seksualny do osób różnych płci).⁴ W nauce zwraca się jednak uwagę na rozróżnienie pomiędzy odczuwanym pociągiem seksualnym do osób określonej płci, a faktycznym charakterem podejmowanej aktywności seksualnej, który może zależeć od wielu czynników zewnętrznych.⁵

Zgodnie ze stanowiskiem Amerykańskiego Stowarzyszenia Psychologicznego „orientacja seksualna” odnosi się do emocjonalnego, uczuciowego i/lub seksualnego pociągu do mężczyzn, kobiet, lub osób obu płci, a także poczucia tożsamości danej osoby opartego na tym pociągu. Stowarzyszenie zwraca uwagę, że orientacja seksualna może być bardzo różna – istnieje wiele jej odmian między dwoma ekstremami (orientacją wyłącznie heteroseksualną lub wyłącznie homoseksualną), ale podkreśla, że najczęściej osoby określają się jako heteroseksualne, homoseksualne lub biseksualne. Istotne dla celów definicyjnych jest też zastrzeżenie, że perspektywa jednostkowa, przez pryzmat której opisuje się orientację seksualną, jest niepełna. Orientację seksualną należy bowiem definiować w kategoriach relacji z innymi ludźmi, ponieważ tylko w taki sposób można ją wyrazić.⁶

3 M. G. Shively, J. P. de Cecco, *Components of sexual identity*, Journal of Homosexuality, 2/1977, s. 41-48.

4 S. LeVay, *Gay, Straight, and the Reason Why: The Science of Sexual Orientation*, Oxford University Press, 2011, s. 1-2

5 Przykładem mogą być homoseksualne zachowania osób heteroseksualnych w miejscach odosobnienia, np. w więzieniach.

6 American Psychological Association, *Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality*, Washington DC, 2008, dokument dostępny na stronie internetowej: www.apa.org/topics/orientation.pdf, (dostęp: 22.08.2012 r.). W tym kontekście pojawia się jeszcze zagadnienie aseksualizmu, czyli nie odczuwania pociągu seksualnego do osób jakiegokolwiek płci. W kwestii aseksualizmu zob. A. F. Bogaert, *Toward a Conceptual Understanding of Asexuality*, Review of General Psychology, 2006, Vol. 10, No. 3, s. 241-247, N. Prause, C. A. Graham, *Asexuality: Classification and Characterization*, Archives of Sexual Behavior, 36/2007, s. 341-342.

Zdefiniowanie orientacji seksualnej staje się trudniejsze, kiedy uwzględnimy problemy związane z pojmowaniem płci, szczególnie biorąc pod uwagę perspektywę gender, czy queer.⁷ W sytuacji, kiedy osoba definiuje się poza binarnym systemem płci, albo odmawia utożsamiania się z jakąkolwiek płcią, odczuwa pociąg seksualny do kobiet, mężczyzn lub podobnie do niej określających się (czyli właściwie nie określających się) osób, rozważania dotyczące jej orientacji seksualnej stają się bezprzedmiotowe.

W pierwszej na świecie książce, której przedmiotem było zagadnienie orientacji seksualnej w kontekście międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka, Eric Heinze zaproponował, by „orientacja seksualna, dla celów praw człowieka, była rozumiana jako obejmująca akty seksualne lub preferencje, albo wystarczająco zgodne z paradygmatem heteronormatywnym, by uniknąć dyskryminacji, albo wystarczająco odmienne od paradygmatu heteronormatywnego, które skłaniają do dyskryminacji”. Ponadto wg niego termin „orientacja seksualna” powinien dotyczyć zarówno wskazywanego wyżej aspektu utożsamiania się z daną orientacją seksualną, jak i aspektu faktycznie podejmowanych aktywności seksualnych.⁸ Tak zakreślona definicja objęła jednak obok heteroseksualizmu, homoseksualizmu, biseksualizmu i aseksualizmu także transseksualizm, transgenderyzm, interseksualizm i hermafrodytyzm, których z dzisiejszego punktu widzenia nie klasyfikuje się jako orientacje seksualne. Ostatnie cztery pojęcia wiążą się raczej z tożsamością płciową, terminem, który zostanie omówiony niżej.

W żadnym z wiążących traktatów międzynarodowych, które w jakikolwiek sposób dotyczą orientacji seksualnej, pojęcie to nie jest zdefiniowane. W prawie wewnętrznym można jako przykład wskazać rozwiązanie brytyjskie, gdzie przyjęty w 2010 r. *Equality Act* określa „orientację seksualną” jako „ukierunkowanie pociągu seksualnego danej osoby do (a) osoby tej samej płci, (b) osoby odmiennej płci, (c) osób obu płci.”⁹ Definicja ta obejmuje zatem osoby homoseksualne, heteroseksualne oraz biseksualne. Doprecyzowaniem tego pojęcia w kontekście prawnym zajmowały się też sądy. Np. w Kanadzie ustaliły, że orientacja seksualna to preferencja danej osoby w zakresie stosunków seksualnych z innymi osobami – homoseksualna lub heteroseksualna.¹⁰

Punktem odniesienia dla organów legislacyjnych i sądowych w kwestii pojmowania orientacji seksualnej stała się jednak definicja znajdująca się w dokumencie zatytułowanym *Zasady Yogyakarty* (dalej: *Zasady*).¹¹ Dokument ten, mający charakter źródła prawa międzynarodowego publicznego typu *soft-law* i będący zbiorem zaleceń opracowanych z inspiracji organizacji pozarządowych, zaczyna odgrywać coraz większą rolę, ponieważ przywoływany jest w orzeczeniach sądowych i innych aktach prawnych. Zgodnie z jego treścią, przez „orientację seksualną” należy rozumieć „zdolność każdej osoby do rozwinięcia głębokiego uczuciowego, emocjonalnego i seksualnego pociągu oraz intymnych i seksualnych związków z osobami innej płci lub tej samej płci, lub różnych płci”.¹²

Można wysnuć wniosek, że użyteczna dla praktyki prawniczej jest uproszczona definicja, podobna do tej znajdującej się w *Zasadach*. Potwierdza to m.in. orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw

7 Np. Zgodnie z perspektywą gender należy odróżnić płć biologiczną od społeczno-kulturowej, natomiast wg. teorii queer „płć jest performatywnym konstruktem społecznym, ale jest także wytworem mechanizmów heteronormatywnych, ustanawiających ład obowiązkowego hetero seksualizmu. Nie tylko chodzi o to, że nasze ciała są opisywane jako męskie lub kobiece, bowiem ustanawiani jesteśmy jako „mężczyźni, którzy pożądają kobiet” oraz „kobiety, które są obiektem męskiego pożądania”. Nasza (wytworzona) seksualność determinuje sposób, w jaki konstruowana jest nasza (wytworzona) płć, zaś normy płci determinują nasze pożądanie i sposoby jego realizacji. Perspektywa queer oferuje nowy sposób analizowania problematyki płci i seksualności, ujawniając procedury normatywnej przemocy, które wiążą się z wytwarzaniem tych instancji.” Cyt. za: J. Kochanowski, *Queer Studies – Wprowadzenie*, [w:] J. Kochanowski, M. Abramowicz, R. Biedroń, *Queer Studies. Podręcznik kursu, Kampania Przeciw Homofobii 2010*, s. 10-11.

8 E. Heinze, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers 1994, s. 59-60.

9 *Equality Act 2010*, dostępne na stronie internetowej: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf, Rozdział I, pkt. 12 (dostęp: 22.08.2012 r.).

10 *Canadian Telephone Employees' Association (C. T. E. A.) v. Bell Canada* (1994), 43 L. A. C. (4th) 172.

11 *Zasady Yogyakarty* to dokument określający międzynarodowe standardy praw człowieka i ich zastosowanie w stosunku do mniejszości seksualnych oraz osób transseksualnych. Opracowany został przez grono ekspertek i ekspertów w dziedzinie praw człowieka na spotkaniu odbywającym się na Uniwersytecie Gadjah Mada w Yogyakarcie (Indonezja) w dniach 6-9 listopada 2006 r. Zob. K. Remin, *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, s. 58-59.

12 *The Yogyakarta Principles. Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, Marzec 2007, s. 6. Tłumaczenie na język polski za: R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 16.

Człowieka, który w zakresie spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną rozpatrywał skargi wniesione przez osoby homoseksualne oraz częste odwoływanie się do tej definicji m.in. w dokumentach Rady Europy.¹³

1.1.2 Tożsamość płciowa – pojęcie

Kolejnym pojęciem relewantnym dla niniejszej pracy jest „tożsamość płciowa” („*gender identity*”). Można ją rozumieć jako poczucie przynależności danej osoby do określonej płci.¹⁴ Zwraca się uwagę, że na tożsamość płciową składają się świadomość danej osoby o jej przynależności do określonej kategorii płciowej, godzenie się na przynależność do takiej kategorii, odczuwana presja na dopasowanie się do określonej płci oraz postawy wobec grup płciowych.¹⁵ Amerykańskie Stowarzyszenie Psychologiczne definiuje tożsamość płciową jako identyfikowanie się osoby jako mężczyzna lub kobieta.¹⁶ W sytuacji, kiedy tożsamość płciowa jakiejś osoby i jej płeć biologiczna nie przystają do siebie, osoba ta może określać się jako transgenderowa lub transseksualna.¹⁷ To pierwsze określenie charakteryzuje osoby, które nie utożsamiają się ze swoją płcią biologiczną – mężczyzn z męską tożsamością płciową, którzy urodzili się w żeńskim ciele oraz kobiety z kobiecą tożsamością płciową, które urodziły się w męskim ciele.¹⁸ Natomiast osoby transseksualne to te, które przeszły terapię hormonalną i/lub dokonały zabiegu chirurgicznego, by dopasować swoją fizyczność do odczuwanej psychicznie płci. Zarówno osoby transgenderowe, jak i transseksualne, mogą mieć różne orientacje seksualne, przy czym pojęć tych („orientacja seksualna”, „tożsamość płciowa”) nie należy mylić.¹⁹ Wobec powyższego heteroseksualny mężczyzna transgenderowy (którego płeć biologiczna jest żeńska) będzie odczuwał pociąg do kobiet, podobnie jak homoseksualna kobieta transgenderowa (której płeć przy urodzeniu określono jako męska).²⁰

Warto w tym miejscu wskazać też, jak rozumiane jest pojęcie płci (pojęcie to również nie jest w prawie zdefiniowane). Płeć biologiczna (*sex*) to status biologiczny osoby i typowo określana jest jako męska, żeńska lub interseksualna. Określa się ją na podstawie kilku czynników, m.in. rodzaju chromosomów, gonad, wewnętrznych organów rozrodczych oraz genitaliów. Płeć kulturowa (*gender*), to z kolei postawy, uczucia i zachowania, jakie w danej kulturze kojarzone są z płcią biologiczną danej osoby.²¹ W *Konwencji Rady Europy o zwalczaniu i zapobieganiu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej* „płeć” w rozumieniu *gender* definiowana jest jako „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i cechy, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn”.²²

Podobnie jak w przypadku pojęcia „orientacja seksualna”, definicja „tożsamości płciowej” wykorzystywana na potrzeby interpretacji aktów prawnych zawarta jest w *Zasadach*. Zgodnie z nią, „tożsamość płciowa” to „głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne doświadczenie płci społecznej, która może, lub nie, odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, z włączeniem w to osobistych odczuć własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i innych form wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy maniery”.

13 Monitoring powoływania się na *Zasady*... prowadzony jest na stronie internetowej <http://www.ypinaction.org/content/Home>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

14 J. C. Chrisler, D. R. McCreary, *Handbook of Gender Research in Psychology*, Tom 1, Springer, 2010, s. 495.

15 S. K. Egan, D. G. Perry, *Gender Identity: A Multidimensional Analysis With Implications for Psychosocial Adjustment*, *Developmental Psychology*, 2001, Vol. 37, No. 4, s. 451.

16 *Practice Guidelines for LGB Clients. Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx> (dostęp: 29.08.2012 r.).

17 Hasło „*gender identity*”, *Encyclopædia Britannica*. *Encyclopædia Britannica Online*. *Encyclopædia Britannica Inc.*, 2012. Web. 16 May. 2012, dostępne na stronie internetowej: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/228219/gender-identity>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

18 W języku angielskim osoby takie określa się odpowiednio: female-to-male transgender (FTM) oraz male-to-female transgender (MTF). W języku polskim stosuje się określenia: typ kobieta-mężczyzna (K/M) i typ mężczyzna-kobieta (M/K), zob. M. Urban, *Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy*, *Psychiatria Polska* 2009, tom XLIII, numer 6, s. 720.

19 International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – Practitioners Guide No. 4*, Geneva, 2009, s. 21.

20 Przykłady zaczerpnięte z publikacji Rady Europy: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, 2011, s. 132.

21 B. N. Torggrimson, Ch. T. Minson, *Sex and gender: what is the difference?*, *Journal of Applied Physiology* September 1, 2005 vol. 99 no. 3, 785-787.

22 Zob. art 3 (c) *Konwencji Rady Europy o zwalczaniu i zapobieganiu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej* z 11 maja 2011 r. Tekst dostępny na stronie internetowej Rady Europy: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm> (dostęp: 29.08.2012 r.).

Należy zauważyć, że wskazane wyżej definicje nie obejmują osób, które nie identyfikują się z żadną płcią. Stanowić to może istotny problem w kontekście prawnym. Ponieważ jednak wśród skarg, jakie rozpatrywał Trybunał, nie było dotychczas skargi pochodzącej od osoby nieidentyfikującej się z żadną płcią (i na tej podstawie wywodzącej, że została potraktowana w sposób dyskryminujący), dla potrzeb niniejszej pracy wystarczająca jest definicja zawarta w *Zasadach*. Trafnie oddaje ona cechy charakterystyczne pojęcia „tożsamość płciowa” i będzie szczególnie pomocna przy analizie metod interpretacji *Konwencji* stosowanych przez Trybunał w sprawach dotyczących osób transseksualnych.

1.1.3 Dyskryminacja

1.1.3.1. Pojęcie²³

Kolejnym pojęciem, którego znaczenie należy sprecyzować, jest dyskryminacja, związana z terminem równość. Obok wolności to bowiem równość jest jedną z najważniejszych wartości związanych z ochroną praw człowieka. Związane jest to z uznaniem, że traktowanie osób w sposób odmienny ze względu na ich określone cechy jest charakterystyczne dla natury ludzkiej, a ze względu na szkody, jakie wywołuje, powinno być zwalczane.²⁴ Promuje się zatem poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności dla wszystkich, a więc zasadę równości i niedyskryminacji, co wynika przede wszystkim z art. 1 ust. 3 *Karty Narodów Zjednoczonych*.²⁵ W tym miejscu warto wskazać, że powszechnie przyjmuje się, iż równość i niedyskryminacja to pozytywny i negatywny aspekt tej samej zasady.²⁶ Równość oznacza zatem brak dyskryminacji, natomiast przestrzeganie zasady niedyskryminacji prowadzi do równości.²⁷

Jak wskazuje Manfred Nowak, zasada równości pierwotnie oznaczała równość wobec prawa, a zatem realizując ją, władze państwowe (sądy i administracja) zobowiązane były do takiego samego traktowania wszystkich osób w procesie stosowania prawa. Takie rozumienie zasady równości określa się mianem formalnego. Materialne rozumienie polega na uznaniu, że zasada ta oznacza prawo do równej ochrony prawnej, a zatem rodzi zobowiązanie po stronie władzy legislacyjnej do zapewnienia prawnych warunków faktycznej równości wszystkich osób. Tak można wytłumaczyć pojawienie się w XX w. zakazów dyskryminacji z różnych powodów. Nie ma jednak uniwersalnej i powszechnie akceptowanej definicji równości i dyskryminacji.²⁸

Zgodnie ze słownikową definicją tego terminu, dyskryminacja (łac. *discriminatio* – rozróżnianie, rozdzielanie) to prześladowanie poszczególnych osób lub grup społecznych albo ograniczanie ich praw ze względu na rasę, narodowość, wyznanie, płeć itp.²⁹ Definicję użyteczną na potrzeby stosowania prawa zaproponował Komitet Praw Człowieka. Zgodnie z nią dyskryminacja to „wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, wyznania, poglądów politycznych lub innych, pochodzenia narodowego lub społecznego, własności, urodzenia, lub z innych powodów, i którego celem lub skutkiem jest uniemożliwienie lub ograniczenie uznania, realizacji bądź korzystania przez wszystkie osoby, na równych zasadach, ze wszystkich praw i wolności”.³⁰

23 Szerzej o dyskryminacji zob. J. Symonides, *The United Nations System Standard-Setting Instruments and Programmes against Discrimination: Introductory Remarks*, [w:] J. Symonides (red.), *The Struggle Against Discrimination. A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations System*, UNESCO 1996, s. 4-6.

24 Chodzi o zwalczanie dyskryminacji w relacjach jednostka – państwo, a więc w relacjach wertykalnych. Dyskryminacja pomiędzy równymi sobie podmiotami, a więc w relacjach horyzontalnych, zwalczana jest np. w ramach prawa unijnego w zakresie zatrudnienia, zob. s. 27.

25 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 268.

26 Ann F. Bayefsky, *The principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, *Human Rights Quarterly*, 11/1990, s. 5; O. M. Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s. 7 i nast; W. Vandenhoele, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia, 2005, s. 33-36, K. J. Partsch, *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, [w:] K. Vasak, *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. 1, UNESCO 1982, s. 68-86.

27 L. Weiwei, *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*, The Norwegian Centre for Human Rights 2004, s. 7.

28 M. Nowak, *Civil and Political Rights*, [w:] J. Symonides, *Human Rights: Concept and Standards*, Ashgate 2000, s. 98-99.

29 Hasło dyskryminacja w słowniku języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/dyskryminacja>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

30 *United Nations Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Bodies*, HRI/GEN/1/Rev.2 z 29 marca 1996, s. 27, [za:] J. Symonides, *New Human Rights Dimensions, Obstacles and Challenges: Introductory Remarks*, [w:] J. Symonides, *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Ashgate 1998, s. 11.

Zjawisko dyskryminacji charakteryzuje się opartym na uprzedzeniach działaniu skutkującym niesprawiedliwym traktowaniem różnych osób znajdujących się w podobnej sytuacji. Polega na traktowaniu osób raczej ze względu na ich przynależność do określonej grupy, klasy lub kategorii osób, niż ze względu na ich indywidualne zasługi. W kwestii uprzedzeń, istotnych dla zrozumienia postaw dyskryminacyjnych, wskazuje się, że polegają na osądzeniu określonej osoby przed jej bezpośrednim poznaniem. W takiej sytuacji osoba dokonująca oceny posługuje się stereotypami, a te najczęściej są krzywdzące, nie mają racjonalnego uzasadnienia. Opierają się bowiem na niechęci do członków danej grupy – np. osób nieheteroseksualnych, czy transpłciowych.³¹

1.1.3.2. Zagadnienia szczegółowe

Dyskryminacja to różne traktowanie, bez obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia, osób znajdujących się w podobnej sytuacji. Działania takie najczęściej mają charakter długotrwały, systematyczny i naruszają zasady sprawiedliwości społecznej.³² Należy bowiem zaznaczyć, że nie każde zróżnicowanie traktowania stanowi dyskryminację. To, które jest racjonalne i obiektywne, a także służy realizacji celu, który jest zgodny z prawem, zostanie uznane za dopuszczalne.³³

Realizacja zasady równości polega też czasem na podejmowaniu przez państwa tzw. działań afirmatywnych, czyli preferencyjnym traktowaniu pewnych osób, najczęściej ze względu na ich gorsze położenie, po to, by ich sytuację poprawić (doprowadzić do stanu, kiedy będzie taka sama, jak reszty społeczeństwa). Sytuacja taka nie może jednak mieć charakteru ciągłego (bezterminowego).³⁴

Po drugie, we wskazanych wyżej definicjach zwracają uwagę tzw. cechy chronione, czyli cechy, które nie mogą być podstawą różnego traktowania. Zakazy dyskryminacji zawarte w różnych aktach prawnych różnią się liczbą wymienionych cech, niektóre mają też charakter otwarty (nie wymieniają ich w sposób wyczerpujący), a inne zamknięte. Wszystkie jednak wskazywane w nich cechy łączy to, że definiują one jednostkę, co wiąże zagadnienie dyskryminacji z godnością. Nie jest zatem racjonalne wymagać od jednostki, by wyzbyła się cech, które tworzą jej tożsamość. Różnicowanie na podstawie cech, które konstytuują nieodzowne składniki czyjejś tożsamości stanowi negatywne oświadczenie dotyczące atrybutów jednostki, które to atrybuty są niezmiennie, albo mogą być zmienione kosztem godności danej osoby. Niekorzystne traktowanie jednostki nie na podstawie jej zachowania, ale na podstawie cech, które posiada jako osoba, narusza zatem jej godność.³⁵

Należy w końcu zwrócić uwagę, że dyskryminacja może przybrać formę bezpośrednią i pośrednią. O pierwszym przypadku można mówić wtedy, kiedy łącznie wystąpią następujące przesłanki: 1) osoba traktowana jest inaczej, 2) osoby znajdujące się w jej sytuacji, lub gdyby się w niej znajdowały, traktowane byłyby odmiennie, 3) różne traktowanie oparte jest na jednej z „cech chronionych”.³⁶ Dyskryminacja pośrednia występuje natomiast wtedy, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji dla określonych osób w stosunku do innych osób.³⁷

Kolejną ważną cechą dyskryminacji jest jej relacyjny charakter – dana grupa społeczna, czy jednostka jest traktowana gorzej, mimo że znajduje się w podobnej sytuacji, niż inna grupa czy jednostka.³⁸ Aby zatem udowodnić, że różne traktowanie ma charakter dyskryminacji (pośredniej lub bezpośredniej), należy zawsze porównać sposób potraktowania pokrzywdzonej osoby ze sposobem potraktowania in-

31 A. M. M. Cotter, *Ask No Question. An International Legal Analysis on Sexual Orientation Discrimination*, Ashgate 2010, s. 8-9.

32 G. Firlit-Fesnak, G. Magnuszewska-Otulak, *Dyskryminacja a równouprawnienie; zadania dla polityki społecznej*, [w:] G. Firlit-Fesnak (red.), M. Szyłko-Skoczny (red.), *Polityka społeczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, s. 263.

33 *UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination*, z 10 listopada 1989, pkt. 13, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fa8.html>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

34 *Ibidem*, pkt. 10.

35 W. Kälin, J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press 2009, s. 345.

36 Różne traktowanie może być także oparte na kilku cechach chronionych, np. łącznie płci i wieku. Dochodzi wtedy do dyskryminacji wielokrotnej. Zob. W. Vandenhoele, *Non-Discrimination and Equality in the View of the Un Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia 2005, s. 42.

37 *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej, 2011, s. 31.

38 A. Pacześniak, *Zakaz dyskryminacji w systemie prawnym Unii Europejskiej*, [w:] A. Florczak, *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2009, s.164.

nej osoby znajdującej się w tej samej sytuacji. W praktyce polega to na porównaniu sposobu potraktowania osoby pokrzywdzonej z abstrakcyjną osobą różniącą się od tej pierwszej tylko jedną, relewantną cechą charakterystyczną. Tym samym żeby ocenić, czy odmowa zatrudnienia osoby homoseksualnej tylko ze względu jej orientację seksualną stanowi dyskryminację, należałoby zbadać, czy z tego samego względu odmówiono zatrudnienia także osobie heteroseksualnej. Jeżeli odpowiedź byłaby negatywna, należałoby stwierdzić, że odmowa taka stanowi zakazaną dyskryminację.

Wybór komparatora, czyli osoby, której sytuacja będzie porównywana do sytuacji osoby pokrzywdzonej może budzić kontrowersje. Wiąże się to ze skutkami, do jakich wybór ten prowadzi, szczególnie w kontekście orientacji seksualnej i jej błędnego wiązania z inną cechą chronioną – płcią. Ilustracją tego problemu jest np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Grant v. South-West Trains*.³⁹ Sprawa ta dotyczyła odmowy przyznania ulgi na przejazdy kolejowe partnerce pracownicy przedsiębiorstwa kolejowego. Ulgi takie przyznawano małżonkom i partnerom innych pracowników (pozostających w relacjach heteroseksualnych). Pani Grant zarzuciła przedsiębiorstwu dyskryminację ze względu na płeć. Skoro cechą chronioną była płeć, Trybunał porównał jej sytuację do osoby różniącej się od niej tylko tą cechą, a więc do mężczyzny homoseksualnego. To doprowadziło go do uznania, że mężczyzna taki potraktowany zostałby tak samo jak ona, a zatem przedsiębiorstwo kolejowe nie dopuściło się dyskryminacji. Orzeczenie to spotkało się z krytyką, ponieważ wydaje się, że właściwym komparatorem w tej sprawie powinna być raczej kobieta heteroseksualna, a cechą chronioną orientacja seksualna skarżącej, a nie jej płeć. Gdyby Trybunał porównał sytuację skarżącej do sytuacji osoby heteroseksualnej, musiałby orzec, że działanie przedsiębiorstwa stanowiło zakazaną dyskryminację, a więc wydać wyrok zupełnie inny.⁴⁰ Do podobnych wniosków można dojść w kontekście sprawy *Gas i Dubois przeciwko Francji* – homoseksualni rodzice pozostający w związku partnerskim i ubiegający się o prawo do adopcji dzieci zostali porównani do heteroseksualnego związku partnerskiego, którego członkowie również nie mają pełni praw adopcyjnych, ale mogą wstąpić w związek małżeński i prawa te nabyć.⁴¹ Gdyby Trybunał porównał sytuację tego jednopłciowego związku do małżeństwa heteroseksualnego, mógłby stwierdzić, że doszło do dyskryminacji.

1.1.3.3. Przejawy dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową

Biorąc pod uwagę powyższe, a także uwzględniając m.in. dotychczasowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, można wskazać obszary (sfery życia), w których najczęściej dochodzi do dyskryminowania osób ze względu na ich orientację seksualną lub tożsamość płciową. Przede wszystkim dotyczyło to niedopuszczalnej dziś kryminalizacji dobrowolnych stosunków seksualnych między osobami tej samej płci. Pierwsze sprawy, z jakimi zmierzył się Trybunał dotyczyły bowiem obowiązywania w państwach ustaw, zgodnie z którymi za takie czynności groziła kara określona w przepisach prawa karnego.⁴² Przepisy te miały charakter dyskryminujący, ponieważ dotyczyły tylko mężczyzn homoseksualnych. Osoby znajdujące się w tej samej sytuacji traktowano inaczej tylko ze względu na ich orientację seksualną.⁴³

Inny rodzaj spraw, dotyczący nadal sfery najbardziej intymnej, tj. życia seksualnego, wiązał się z różnym tzw. „wiekiem zgody” (wiekiem przyzwolenia), czyli ustalonym prawnie minimalnym wiekiem, od którego osoba jest uznana za zdolną do wyrażenia ważnej prawnie zgody na czynności seksualne z inną osobą.⁴⁴ Przez długi czas w państwach Rady Europy ustawy przewidywały różny wiek, w zależności od orientacji seksualnej zainteresowanych, co miało charakter dyskryminujący osoby homoseksualne (w ich przypadku granica wieku była wyższa).

39 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 lutego 1998 r. *Lisa Jacqueline Grant przeciwko South-West Trains Ltd.*, Sprawa C-249/96, Zb. Orz. 1998 I-00621.

40 P. Pogodzińska, *Orientacja seksualna w orzecznictwie Trybunałów Europejskich*, [w:] K. Śmiszek, *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego i standardów europejskich*, Warszawa 2006, s. 142.

41 *Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, 15 March 2012.

42 Do spraw tych należą: *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 7525/76), *Johnson przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 10389/83), *Norris przeciwko Irlandii* (skarga nr 10581/83), *Modinos przeciwko Cypru* (skarga nr 15070/89) oraz *A. D. T. przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 35765/97).

43 Ustawy te nie penalizowały żeńskich stosunków homoseksualnych.

44 Do spraw tych należą: *X przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 7215/75), *Sutherland przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 25186/94), *S. L. przeciwko Austrii* (skarga nr 45330/99), *L. i V. przeciwko Austrii* (skargi nr 39392/98 i 39829/98).

Do dyskryminowania osób homoseksualnych dochodził też w sferze korzystania z praw obywatelskich i politycznych. W wielu państwach władze ograniczają ich wolność zgromadzeń czy stowarzyszania się, co Trybunał stanowczo uznaje za naruszenie *Konwencji*.⁴⁵

W zakresie praw ekonomicznych i społecznych dyskryminacyjne traktowanie miało miejsce w związku z dostępem do mieszkania, czy pracy, a także różnych świadczeń socjalnych.⁴⁶ Także w ramach służby wojskowej osoby homoseksualne traktowane były gorzej – uniemożliwiano im jej pełnienie tylko ze względu na orientację seksualną.⁴⁷

Wreszcie sfera życia rodzinnego, uznawana za kontrowersyjną w kontekście przyznania równych praw wszystkim osobom, nadal pozostaje obszarem, w którym dochodzi do dyskryminowania osób homoseksualnych. Ze względu na ich orientację seksualną odmawia się im w wielu państwach praw rodzinnych, prawa do założenia rodziny, czy prawnego usankcjonowania związku.⁴⁸

Dyskryminacja ze względu na tożsamość płciową przejawia się zaś przede wszystkim w kontekście braku prawnego uznania płci osób transseksualnych, które przeszły zabieg korekty płci. Skutkuje to m.in. brakiem możliwości zawarcia związku małżeńskiego przez takie osoby i stanowi ograniczenie w korzystaniu z praw i wolności człowieka.⁴⁹

1.2. Zapobieganie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w systemach ochrony praw człowieka

1.2.1. Uwagi ogólne

Po wyjaśnieniu, czym jest orientacja seksualna, tożsamość płciowa oraz oparta na nich dyskryminacja, należy przedstawić metody zapobiegania tej ostatniej. Przedmiotem niniejszego podrozdziału jest bowiem omówienie zakazów dyskryminacji obowiązujących w różnych systemach ochrony praw człowieka funkcjonujących na świecie. Prezentacja instrumentów prawnych oraz funkcjonowania organów zapewniających kontrolę ich przestrzegania pozwoli zidentyfikować standardy, jakie w zakresie działań antidyskryminacyjnych obowiązują w sprawach związanych z orientacją seksualną lub tożsamością płciową. Ich znajomość będzie przydatna w dalszej części pracy poświęconej metodom interpretacji europejskiej *Konwencji* o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (będącej jednym z najbardziej efektywnych instrumentów omawianych w tym rozdziale), dokonywanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, ponieważ, interpretując właściwe przepisy *Konwencji*, często powołuje się on na rozwiązania funkcjonujące poza Radą Europy.

Najpierw przedstawione zostaną rodzaje tzw. klauzul antidyskryminacyjnych, czyli zakazów dyskryminacji zawartych w aktach prawnych, a następnie omówione poszczególne systemy ochrony praw człowieka i ich stanowisko wobec dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

1.2.2. Zakazy dyskryminacji – typologia

Wskazane i omówione niżej zakazy dyskryminacji znajdujące się w aktach prawa międzynarodowego i Unii Europejskiej, w większości bardzo do siebie podobne, można pod wieloma względami rozróżnić

45 Do spraw tych należą: *Bączkowski i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 1543/06), *Alekseyev przeciwko Rosji* (skargi nr 4916/07, 25924/08 i 14599/09).

46 Do spraw tych należą: *Mata Estevez przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 56501/00), *Karner przeciwko Austrii* (skarga nr 40016/98), *Kozak przeciwko Polsce* (skarga nr 13102/02), *P. B. i J. S. przeciwko Austrii* (skarga nr 18984/02).

47 Do spraw tych należą: *Smith i Grady przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 33985/96 i 33986/96), *Lustig-Prean i Beckett przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 31417/96 i 32377/96), *Beck, Copp i Bazeley przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 48535/99, 48536/99 i 48537/99) oraz *Perkins i R. przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 43208/98 i 44875/98).

48 Do tych spraw należą: *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii* (skarga nr 33290/96), *Fretté przeciwko Francji* (skarga nr 36515/97), *E. B. przeciwko Francji* (skarga nr 43546/02), *J. M. przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 37060/06), *Gas i Dubois przeciwko Francji* (skarga nr 25951/07), *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* (skarga nr 30141/04) oraz *Chapin i Charpentier przeciwko Francji* (skarga nr 40183/07).

49 Do spraw tych należą: *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 9532/81), *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 10843/84), *B. przeciwko Francji* (skarga nr 13343/87), *X. Y. Z. przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 21830/93), *Scheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 31-32/1997/814-816/1018-1019), *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 28957/95), *Wena i Anita Parry przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 42971/05), *L. przeciwko Litwie* (skarga nr 27527/03) oraz *P. V. przeciwko Hiszpanii* (skarga nr 35159/09).

i sklasyfikować. Najważniejszym z praktycznego punktu widzenia kryterium ich podziału jest sposób, w jaki osoba skarżąca może się na nie powołać. Wiele bowiem instrumentów prawnych zawierających zakaz dyskryminacji umożliwia jednocześnie wnoszenie skarg indywidualnych przez osoby, które czują się pokrzywdzone działaniami (lub zaniechaniami) zobowiązanych do ich przestrzegania władz państwowych. Na podstawie takiego kryterium w doktrynie rozróżnia się autonomiczne oraz akcesoryjne zakazy dyskryminacji.⁵⁰ Te pierwsze pozwalają skarżącym powoływać się na sam fakt ich dyskryminacyjnego potraktowania, bez potrzeby wskazywania innych przepisów, w korzystaniu z których doświadczyli/dy dyskryminacji. Do takich zakazów należą zakaz wynikający z art. 26 *Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich*⁵¹ oraz zakaz z art. 1 *Protokołu 12 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*. Ich istotą jest to, że można się powołać na zakaz dyskryminacji nie tylko w sytuacji nierównego traktowania w korzystaniu z praw gwarantowanych w *Pakcie* czy *Konwencji*, ale w każdej sytuacji, kiedy władze państwowe w sposób dyskryminujący potraktują daną osobę.

Zdecydowanie częściej występują jednak zakazy akcesoryjne, które cechują się tym, że aby się na nie powołać, należy wskazać także przepis określonego traktatu, gwarantujący prawo, w korzystaniu z którego dana osoba została potraktowana dyskryminacyjnie.⁵² Do zakazów takich można zaliczyć zakazy z art. 2 pkt. 1 *Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich*, art. 2 pkt. 2 *Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych*, art. 2 *Konwencji o prawach dziecka*, art. 1 *Amerykańskiej karty praw człowieka*, art. 2 *Afrykańskiej karty praw człowieka i ludów* oraz art. 14 *europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*.⁵³

Ponadto zakazy dyskryminacji można podzielić na otwarte, czyli wskazujące jedynie przykładowe cechy na podstawie których dyskryminacja jest zakazana, oraz zamknięte, określające konkretne przesłanki zakazanej dyskryminacji. Omówione niżej klauzule w większości należą do pierwszej grupy, skonstruowano je bowiem w ten sposób, że oprócz wyliczenia kilku podstaw dyskryminacji zawsze na końcu zaznaczono, że dyskryminacja zakazana jest też z powodu „innych przyczyn”, „innych okoliczności”, „innego statusu”.⁵⁴

Klauzule antydyskryminacyjne można też w interesującym nas zakresie rozróżnić pod względem tego, czy w sposób wyraźny zakazują dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Pierwsza sytuacja zachodzi jednak tylko w aktach prawa UE – zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w sposób *explicite* wskazany jest w art. 10 i 19 *Traktatu o funkcjonowaniu UE*, art. 21 *Karty praw podstawowych UE* oraz art. 1 *dyrektywy 2000/78/WE*.⁵⁵

1.2.3 System uniwersalny⁵⁶

System Narodów Zjednoczonych, oparty na przyjętej w 1949 r. *Karcie Narodów Zjednoczonych*, od dawna uznaje dyskryminację za naruszenie praw człowieka.⁵⁷ Zakazy dyskryminacji znajdują się w większości

50 W. Kalin, J. Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, 2009, s. 349.

51 Autonomiczność tego zakazu została wykorzystana np., w sprawie *Zwaan-de Vries przeciwko Holandii*, w której stwierdzono, że mimo iż Pakt nie zobowiązuje państw do wprowadzenia regulacji dotyczących zabezpieczenia społecznego, to jeżeli zdecydują się one je wprowadzić, nie mogą być one sprzeczne z art. 26 Paktu, a zatem nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego. Zob. Human Rights Committee, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984 z 9 kwietnia 1987.

52 Inaczej klasyfikuje te zakazy A. X. Fellmeth. Jego zdaniem tylko art. 14 EKPC ma charakter akcesoryjny, a pozostałe instrumenty ochrony praw człowieka zawierają zakazy autonomiczne. Zob. A. X. Fellmeth, *State regulation of sexuality in international human rights law and theory*, William and Mary Law Review, Vol. 50:797/2008, s. 803-804.

53 Należy jednak już w tym momencie podkreślić, że zgodnie z wykładnią *Konwencji* dokonaną przez Trybunał w sytuacji, kiedy państwo poszerzy zasięg zastosowania prawa gwarantowanego w *Konwencji* poza poziom *Konwencji*, jednostki mogą powoływać się na art. 14 nawet jeśli dyskryminacja nie dotyczy prawa konwencyjnego, ale kiedy dotyczy szerszego zakresu gwarancji zapewnionego prawem krajowym (zob. wyrok ETPCz z dnia 22 stycznia 2008 r. w sprawie *E. B. przeciwko Francji*, skarga nr 43546/02, § 48).

54 Wyjątek stanowi klauzula (art. 1) zawarta w *dyrektywie Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy*, zob. *Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy*, Dz.Urz. UE L 303 z 2.12.2000, str. 16—22, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 5 Tom 4 P. 79—85.

55 Zob. odpowiednio: *Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 83/13 z 30.03.2010, art. 10 i 19; *Karta praw podstawowych Unii Europejskiej*, Dz. Urz. UE C 83/389 z 30.03.2010, art. 21; *Dyrektywa Rady 2000/78/WE...*, art. 1.

56 Zob. m.in. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2004, s. 173-229; T. Astramowicz-Leyk, *Międzynarodowe systemy ochrony praw i wolności człowieka*, Olsztyn 2009, s. 13-38.

57 Szerzej zob. R. Wieruszewski, *ONZ-owski system ochrony praw człowieka – bilans dokonań* [w:] J. Symonides (red.), *Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i perspektywy*, Warszawa 2006, s. 292-315.

wielostronnych umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, przyjmowanych w ramach ONZ. Pierwszym dokumentem, w którym zawarty jest taki zakaz, jest *Powszechna deklaracja praw człowieka* z 1948 r. (dalej: *Deklaracja*).⁵⁸ Oprócz przejawiającego się w niej postulatu dążenia do równości wszystkich ludzi,⁵⁹ w art. 2 zawiera typową klauzulę antydyskryminacyjną, zgodnie z którą „każdy człowiek posiada wszystkie prawa i wolności zawarte w niniejszej Deklaracji bez względu na jakiekolwiek różnice rasy, koloru, płci, języka, wyznania, poglądów politycznych i innych, narodowości, pochodzenia społecznego, majątku, urodzenia lub jakiegokolwiek innego stanu”. Jest to przykład klauzuli otwartej, nie wskazującej wszystkich cech chronionych, na podstawie których może dochodzić do dyskryminacji, ale mającej charakter przykładowego wskazania kilku podstaw dyskryminacji, o czym świadczy fragment „lub jakiegokolwiek innego stanu”. Z kolei art. 7 *Deklaracji* głosi, że „wszyscy są równi wobec prawa i mają prawo, bez jakiegokolwiek różnicy, do jednakowej ochrony prawnej. Wszyscy mają prawo do jednakowej ochrony przed jakąkolwiek dyskryminacją, będącą pogwałceniem niniejszej Deklaracji, i przed jakimkolwiek narażeniem na taką dyskryminację.” Sformułowania te znalazły wiążącą prawnie konkretyzację w przyjmowanych w następnych latach umowach międzynarodowych dotyczących praw człowieka.

Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych i Komitet Praw Człowieka

Charakter wiążący prawnie ma *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych* przyjęty w 1966 r. (dalej: *Pakt*).⁶⁰ Można wskazać dwa jego przepisy, które zakazują dyskryminacji. Są to art. 2 pkt 1, zgodnie z którym „Każde z Państw-Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie, bez względu na jakiekolwiek różnice, takie jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności” oraz art. 26, który brzmi: „Wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej. Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana oraz powinna być zagwarantowana przez ustawę równa dla wszystkich i skuteczna ochrona przed dyskryminacją z takich względów, jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności”.

Utworzony na podstawie przepisów części IV *Paktu* Komitet Praw Człowieka wielokrotnie wypowiedział się w kwestii niedopuszczalności dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, co pokazuje, że przepisy *Paktu* są w praktyce stosowane. Wypowiedzi te najczęściej przybierają formę uwag końcowych, wydawanych w kontekście sprawozdawczej działalności Komitetu, będącej jego głównym, na mocy art. 40 pkt 4 *Paktu*, zadaniem. Przykładowo można wskazać kilka takich uwag – w stosunku do Chile wyrażono obawy w związku z utrzymującą się dyskryminacją w dostępie do ochrony zdrowia ze względu na orientację seksualną.⁶¹ W stosunku do wielu państw wezwano do dekryminalizacji dobrowolnych stosunków między osobami tej samej płci (np. Barbados, Zambia, Sudan).⁶² Niejednokrotnie Komitet wyrażał też pozytywną opinię, np. w stosunku do państw,

58 *Powszechna deklaracja praw człowieka* przyjęta została w formie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, a zatem nie miała charakteru wiążącego. Współcześnie w doktrynie podkreśla się jednak, że jej postanowienia stały się zwyczajem międzynarodowym, a przez to obowiązują. Zob. m.in. R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo...*, s. 271; J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa, 2009, s. 47.

59 Postulat ten eksponowany jest przez sformułowanie przepisów *Deklaracji* z użyciem wyrażen takich jak „każdy” (np. art. 2, 3, 6), „nikt” (np. art. 4, 9), „wszyscy ludzie” (art. 1), „wszyscy” (np. art. 7).

60 *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych*, Dz. U. z 1977 roku, Nr. 38, poz. 167. Pakt wszedł w życie 23 marca 1976 r., obecnie (sierpień 2012 r.) jego stronami jest 167 państw, zob. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en, (dostęp: 29.08.2012 r.).

61 *Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant. Concluding observations of the Human Rights Committee. Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 18 May 2007, pkt. 16.

62 W stosunku do Barbadosu: UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of reports submitted by State parties under article 40 of the Covenant : International Covenant on Civil and Political Rights : Barbados: information received from Barbados on the implementation of the concluding observations of the Human Rights Committee* (CCPR/C/BRB/CO/3), 2 June 2009, CCPR/C/BRB/CO/3/Add.1, pkt. 13, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a9fb80f2.html> (dostęp: 29.08.2012 r.); w stosunku do Zambii: UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Zambia*, 9 August 2007, CCPR/C/ZMB/CO/3, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46d27762.html> (dostęp: 29.08.2012 r.); pkt. 24; w stosunku do Sudanu UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding Observations of the Human Rights Committee: the Sudan*, 29 August 2007, CCPR/C/SDN/CO/3, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46e516f52.html> (dostęp: 29.08.2012 r.), pkt. 19.

które wprowadziły regulacje mające na celu zwalczanie dyskryminacji (chodzi głównie o państwa Europy).⁶³

Należy też odnotować, że Komitet Praw Człowieka, na mocy *Protokołu fakultatywnego*, ma kompetencję do rozpatrywania skarg indywidualnych, wnoszonych przez pokrzywdzone działaniami państw osoby.⁶⁴ Pierwszą taką sprawą, w której Komitet uznał, że doszło do naruszenia Paktu i działania dyskryminacyjnego ze względu na orientację seksualną była sprawa *Toonen przeciwko Australii* z 1994 r., dotycząca naruszenia prawa do życia prywatnego poprzez obowiązywanie prawa kryminalizującego dobrowolne stosunki seksualne między osobami tej samej płci.⁶⁵ Komitet stwierdził wtedy, że Australia naruszyła art. 17 pkt 1 *Paktu* (prawo do poszanowania życia prywatnego).⁶⁶ W 2002 r. do Komitetu wpłynęła skarga pani *Juliet Joslin przeciwko Nowej Zelandii*, w której zarzucała naruszenie art. 16, 17, 23 i 26 *Paktu* poprzez uniemożliwienie jej zawarcia małżeństwa z osobą tej samej płci.⁶⁷ Komitet uznał jednak, że wobec sformułowania przepisu art. 23⁶⁸ z użyciem wyrażen „mężczyzna i kobieta”, a nie np. „wszyscy”, czy „każda osoba”, Nowa Zelandia, uniemożliwiając zawierania małżeństw osobom tej samej płci, nie narusza postanowień *Paktu*.⁶⁹ Komitet rozstrzygnął też dwie sprawy dotyczące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w dostępie do świadczeń socjalnych, w obu stwierdzając, że państwa naruszyły zakaz dyskryminacji wynikający z art. 26 *Paktu*.⁷⁰

Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych i Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych

Drugim wiążącym prawnie dokumentem należącym do kanonu uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka jest *Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych* z 1966 r.⁷¹ Zawarty w nim art. 2 pkt. 2 ma charakter klauzuli antydyskryminacyjnej, zgodnie z którą „Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zagwarantować wykonywanie praw wymienionych w niniejszym Pakcie bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności”.

Podobnie jak w przypadku *Międzynarodowego Paktu praw politycznych i obywatelskich*, także w obszarze praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych funkcjonuje Komitet. Nie został jednak przewidziany w samym *Pakcie*, a utworzony na mocy rezolucji 1985/17 przyjętej przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ.⁷² Ma podobne kompetencje do Komitetu Praw Człowieka – rozpatruje sprawozdania przekazywane mu przez państwa oraz może m.in. publikować tzw. ogólne komentarze do *Paktu*. Ta druga jego kompetencja ma dla niniejszej pracy o tyle duże znaczenie, że Komitet w jednym z ogólnych komentarzy wyraźnie stwierdził, że cechą klauzuli antydyskryminacyjnej zawartej w *Pakcie* jest jej niewyczerpujący charakter, a w zakresie „innych okoliczności” znajdują się zarówno orientacja seksualna, jak i tożsamość płciowa.⁷³ W kontekście sprawozdań Komitet ocenia państwa również pod

63 Np. Dania - UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant : International Covenant on Civil and Political Rights : concluding observations of the Human Rights Committee: Denmark*, 16 December 2008, CCPR/C/DNK/CO/5, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49eedc2co.html> (dostęp: 29.08.2012 r.), pkt. 4.

64 M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 191.

65 R. Wieruszewski, A. Gliszczyńska, K. Sękowska-Kozłowska (red.), *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2009, s. 195-207.

66 Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, 31 March 1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

67 Przepisy te dotyczą odpowiednio: poszanowania osobowości prawnej, poszanowania życia prywatnego, prawa do zawarcia związku małżeńskiego oraz zakazu dyskryminacji.

68 Art 23 pkt. 2 *Paktu* brzmi następująco: “Uznaje się prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny.”

69 Human Rights Committee, *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, 30 July 2002, CCPR/C/75/D/902/1999.

70 Human Rights Committee, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, 6 August 2003, CCPR/C/78/D/941/2000 oraz Human Rights Committee, *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005 : Colombia. 2007-05-14, CCPR/C/89/D/1361/2005.

71 *Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych*, Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 169. Pakt wszedł w życie 3 stycznia 1976 r., obecnie (sierpień 2012 r.) jego stronami jest 160 państw. Zob. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en, (dostęp: 29.08.2012 r.).

72 Rada Ekonomiczno Społeczna, 22. posiedzenie plenarne, Rezolucja 1985/17, *Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/RES/1985/17, 28 maja 1985.

73 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights* (art. 2, § 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), z 2 lipca 2009, E/C.12/GC/20, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a60961f2.html>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

względem przestrzegania przez nie zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w korzystaniu z praw przewidzianych w *Pakcie*. Po kontroli publikuje tzw. uwagi końcowe, w których zawarta jest ocena danego państwa oraz rekomendacje mające na celu wskazanie państwom w jakich obszarach niezbędne są zmiany legislacyjne lub praktyki działania organów państwa. Na przykład w stosunku do Polski Komitet zauważył, że nadal można dostrzec przejawy faktycznej dyskryminacji wielu osób w korzystaniu z praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, m.in. ze względu na orientację seksualną i to mimo powołania urzędu Pełnomocnika Rządu ds. równego traktowania (w kwietniu 2008 r.). Zwrócił też uwagę na problem homofobii, szczególnie w kontekście przemocy w szkole.⁷⁴ Z kolei w stosunku do Brazylii wyraził zadowolenie z przyjęcia ustaw oraz innych środków mających na celu zwalczanie dyskryminacji, m.in. Programu „Brazylia wolna od Homofobii”.⁷⁵

Pozostałe konwencje przyjęte w ramach ONZ

Wskazane wyżej *Pakty* wraz w *Powszechną deklaracją praw człowieka* uznawane są za tzw. Kartę Praw Człowieka i można je zaliczyć do kategorii uniwersalnych konwencji dotyczących praw człowieka.⁷⁶ Oprócz nich w powszechnym systemie ochrony praw człowieka wyróżnia się także konwencje tematyczne i grupowe. Te pierwsze regulują prawa człowieka w kontekście określonego zagadnienia, jak np. *Konwencja o zakazie tortur*, drugie zaś dotyczą praw określonych osób, np. *Konwencja o prawach dziecka*. Ta właśnie *Konwencja* zawiera klasyczną otwartą klauzulę antydyskryminacyjną w art. 2 pkt 1, zgodnie z którą „Państwa-Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w niniejszej *Konwencji* wobec każdego dziecka, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, niezależnie od rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, poglądów politycznych, statusu majątkowego, niepełnosprawności, cenzusu urodzenia lub jakiegokolwiek innego tego dziecka albo jego rodziców bądź opiekuna prawnego”.⁷⁷ Z kolei *Międzynarodowa Konwencja dotycząca ochrony praw migrujących pracowników i członków ich rodzin* z 18 grudnia 1990 r.⁷⁸ w art. 1 stwierdza, że „jeżeli tylko nie zostało uchwalone inaczej, niniejszą *Konwencję* stosuje się do wszystkich migrujących pracowników i członków ich rodzin, bez żadnej różnicy, a w szczególności płci, rasy, koloru skóry, języka, religii lub przekonań, opinii politycznej lub jakiegokolwiek innej opinii, pochodzenia lub szczebla socjalnego, narodowości, wieku, sytuacji ekonomicznej, majątkowej, małżeńskiej, miejsca urodzenia lub jakiegokolwiek innej sytuacji”.

W przypadku *Konwencji o zakazie wszelkich form dyskryminacji kobiet* z 1965 r. przepisem zakazującym dyskryminacji jest art. 2. W wielu opracowaniach wskazuje się go jako przykład klauzuli antydyskryminacyjnej, na którą mogą się powoływać osoby dążące do zapobiegania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Traktując wyrażony tam zakaz dyskryminacji jako dotyczący (co oczywiste) kobiet bez względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową, zwrócić należy jednak uwagę na to, że sama *Konwencja* dotyczy dyskryminacji ze względu na płeć, co nie jest przedmiotem niniejszego opracowania. Do podobnej konstatacji można dojść, analizując *Konwencję w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*, której art. 2 zakazuje dyskryminacji ze względu na rasę.⁷⁹

74 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Poland*, z 19 stycznia 2010, E/C.12/POL/CO/5, pkt. 12 oraz 32.

75 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Brazil*, z 12 czerwca 2009, E/C.12/CO/BRA/2, pkt. 3.

76 Zob. http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/pcz_karta_nz.php, (dostęp: 29.08.2012 r.).

77 *Konwencja o prawach dziecka*, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 nr 120 poz. 526, *Konwencja* weszła w życie 2 września 1990 r., obecnie jej stronami są 193 państwa, zob. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, (dostęp: 29.08.2012 r.).

78 *Międzynarodowa Konwencja dotycząca ochrony praw migrujących pracowników i członków ich rodzin* sporządzona 18 grudnia 1990 r. w Nowym Jorku, United Nations, Treaty Series, vol. 2220, s. 3; A/RES/45/158, *Konwencja* weszła w życie 1 lipca 2003 r., obecnie jej stronami jest 45 państw, Polska nie ratyfikowała *Konwencji*, zob. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en, (dostęp: 29.08.2012 r.).

79 *Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej*, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r., Dz.U. 1969 nr 25 poz. 187.

Inne przykłady zaangażowania ONZ w zwalczanie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową

Organy ONZ oraz jej agencje wyspecjalizowane zgodnie potępiają dyskryminację ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Przełomowa była np. *Deklaracja* przyjęta w ramach Zgromadzenia Ogólnego ONZ o orientacji seksualnej i tożsamości płciowej z 18 grudnia 2008 r., w której zwrócono uwagę, że każda osoba, bez względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, jest uprawniona do korzystania z praw człowieka.⁸⁰ Rada Praw Człowieka 15 czerwca 2011 r. przyjęła *rezolucję 17/19* w której zleciła Wysokiemu Komisarzowi ds. Praw Człowieka opracowanie raportu dotyczącego obowiązujących w świecie dyskryminacyjnych rozwiązań prawnych i praktyk oraz aktów przemocy wobec osób ze względu na ich orientację seksualną i tożsamość płciową.⁸¹ Raport został przygotowany 17 listopada 2011 r.⁸² i był podstawą historycznego spotkania Rady Praw Człowieka (w formule panelu dyskusyjnego) poświęconego dyskryminacji i przemocy opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, które odbyło się 7 marca 2012 r.⁸³

Funkcjonujące w ramach Rady Praw Człowieka tzw. specjalne procedury również dotyczą kwestii związanych z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.⁸⁴ I tak, np. Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. przemocy wobec kobiet, jej przyczyn i skutków zwrócił uwagę na tzw., „gwałty naprawcze” dokonywane na kobietach ze względu na ich nieheteroseksualną orientację.⁸⁵ Specjalny Sprawozdawca ONZ ds. pozasądowych, doraźnych i arbitralnych egzekucji wskazał na naruszenia prawa do życia w związku z orientacją seksualną.⁸⁶ Podkreślenie, że osoby zajmujące się promocją praw człowieka, szczególnie w kontekście zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową należą do grupy osób szczególnie narażonych na naruszenia ich praw znalazło się w opracowaniu Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego ds. obrońców praw człowieka.⁸⁷ Specjalny sprawozdawca Komisji Praw Człowieka ds. Niezależności Sędziów i Pełnomocników odnotował problem nierównego dostępu do wymiaru sprawiedliwości, z pokrzywdzeniem osób dyskryminowanych ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową⁸⁸, a Specjalny sprawozdawca ds. tortur skrytykował proceder torturowania i dyskryminowania osób ze względu na ich orientację seksualną.⁸⁹ Podobnie Specjalny Sprawozdawca ds. handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii podkreślił, że m.in. dzieci homoseksualne, biseksualne i transgenderowe są bardziej narażone na zostanie ofiarą.⁹⁰ Przygotowany w ramach Grupy Roboczej ds. arbitralnych zatrzymań raport zwraca uwagę na zatrzymania osób ze względu na to, że mają odmienną orientację seksualną i tym samym wprowadzają „zamieszanie społeczne”, i określa je naruszeniem *Powszechnej deklaracji praw człowieka* oraz *Międzynarodowego Paktu praw obywatelskich i politycznych*.⁹¹ W końcu Specjalny Sprawozdawca ONZ

80 UN General Assembly, *Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, z 18 grudnia 2008, dostępne na stronie internetowej: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49997ae312.html>, (dostęp: 29.08.2012 r.); *Deklaracja* miała być pierwotnie przyjęta w formie rezolucji, ale sprzeciwiło się temu wiele państw, przede wszystkim należących do Ligi Arabskiej

81 UN Human Rights Council, *Human rights, sexual orientation and gender identity, revised draft resolution* z 15 czerwca 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1.

82 UN Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, z 17 listopada 2011, A/HRC/19/41.

83 Zob. <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11920&LangID=E>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

84 Szerzej o znaczeniu specjalnych procedur R. Wieruszewski, *Rola organów traktatowych ONZ i specjalnych procedur w procesie umacniania demokracji*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *O ludzki wymiar prawa*, Księga jubileuszowa prof. Tadeusza Jasudowicza, Toruń 2004.

85 UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo* z 28 maja 2010, A/HRC/14/22/Add.2, § 27.

86 UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mission to Guatemala*, z 19 lutego 2007, A/HRC/4/20/Add.2, § 32.

87 UN Human Rights Council, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders* z 24 stycznia 2004, A/HRC/4/37, § 17.

88 UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Leandro Despouy* z 22 lutego 2005, E/CN.4/2005/60/Add.3, § 24-29.

89 UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* z 3 lipca 2001, A/56/156, § 17-25.

90 UN Commission on Human Rights, *Report submitted by Juan Miguel Petit, Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography* z 5 stycznia 2004, E/CN.4/2004/9, § 18.

91 UN Commission on Human Rights, *Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention* z 24 stycznia 2003, E/CN.4/2003/8/Add.1, s. 69.

ds. powszechnego prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia fizycznego i psychicznego również w swoim raporcie wskazuje wiele naruszeń praw człowieka wynikających z dyskryminowania osób ze względu na ich orientację seksualną lub tożsamość płciową.⁹² Przykłady te pozwalają uznać, że organy ONZ świadome są istnienia problemów związanych z dyskryminacją, zwracają na nie uwagę i próbują je rozwiązać.

Warto w kontekście agencji wyspecjalizowanych ONZ wskazać jeszcze na Międzynarodową Organizację Pracy, która 25 czerwca 1958 r. przyjęła *Konwencję nr III dotyczącą dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu*.⁹³ Znajduje się w niej klauzula antydyskryminacyjna o następującej treści:

„Dla celów niniejszej *Konwencji* określenie „dyskryminacja” oznacza:

- a) wszelkie rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie oparte na rasie, kolorze skóry, płci, religii, poglądach politycznych, pochodzeniu narodowym lub społecznym, które powoduje zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu,
- b) wszelkie inne rozróżnienie, wyłączenie lub uprzywilejowanie powodujące zniweczenie albo naruszenie równości szans lub traktowania w zakresie zatrudnienia lub wykonywania zawodu, które będzie mogło być wymienione przez zainteresowanego Członka po zasięgnięciu opinii reprezentatywnych organizacji pracodawców i pracowników, o ile takie istnieją, oraz innych właściwych organizacji.”

Inną agencją wyspecjalizowaną, o której należy wspomnieć w kontekście walki z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jest UNESCO. W 2011 r. zapoczątkowała ona międzynarodowe konsultacje dotyczące przemocy wobec osób LGBT w szkołach i na uniwersytetach.⁹⁴ Także Wysoki Komisarz ds. Praw Człowieka jest zaangażowany w zwalczanie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, przy czym jego działalność opiera się głównie na współpracy z innymi organami ONZ oraz zwracaniu uwagi na problem.⁹⁵

1.2.4. Systemy regionalne⁹⁶

1.2.4.1. Systemy europejskie⁹⁷

Oprócz uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka funkcjonują systemy regionalne, w tym najbardziej złożony – europejski. W jego ramach działają podsystemy Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, Unii Europejskiej i Rady Europy.⁹⁸ Aktywności poszczególnych organizacji przenikają się, ale można powiedzieć, że każda z nich wyspecjalizowała się w innym obszarze. OBWE w zakresie zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową skupia się przede wszystkim na walce z tzw. mową nienawiści i homofobią. Unia Europejska dotychczas koncentrowała się na zwalczaniu dyskryminacji w obszarze zatrudnienia, choć obecnie poszerza dziedziny swojej aktywności antydyskryminacyjnej. Rada Europy, ze szczególnym uwzględnieniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w sposób najbardziej kompleksowy działa na rzecz zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Podpunkt ten ma na celu przedstawienie zakazów antydyskryminacyjnych, jakie można znaleźć w dokumentach przyjętych

92 UN Commission on Human Rights, *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt* z 16 lutego 2004, E/CN.4/2004/49, § 32, 38 i 54.

93 *Konwencja (nr III) dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu* przyjęta w Genewie dnia 25 czerwca 1958 r., Dz.U. 1961 nr 42 poz. 218.

94 Zob. informacje na stronie internetowej: http://portal.unesco.org/geography/en/ev.php-URL_ID=15040&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, (dostęp: 29.08.2012 r.).

95 Zob. informacje na stronie internetowej: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Discrimination/Pages/LGBT.aspx>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

96 Zob. m.in. R. Kuźniar, *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2004, s. 172-215; K. Vasak, *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. 1, UNESCO 1982, s. 457-670.

97 Zob. m.in. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka...*, s. 239-293.

98 Szerzej: J. Symonides, *Ewolucja systemu ochrony praw człowieka w Europie*, [w:] J. Jaskiernia, *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989-2009*, Toruń 2010, s. 141.

przez regionalne organizacje, a także zaprezentować ich aktywność, której założeniem jest zwalczanie dyskryminacji.

1.2.4.1.1. System ochrony praw człowieka OBWE⁹⁹

Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, mimo swojego politycznego charakteru (wypracowywane porozumienia mają charakter deklaracji politycznych, a nie wiążących prawnie dokumentów) ma również istotne znaczenie w dziedzinie ochrony praw człowieka w Europie.¹⁰⁰ W kontekście zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową należy wskazać, że Zgromadzenie Parlamentarne OBWE już w 1995 r. wezwało państwa uczestniczące do zapewnienia, by osoby podlegające ich jurysdykcji nie były dyskryminowane m.in. ze względu na orientację seksualną.¹⁰¹ Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową został wyrażony również w rezolucji Zgromadzenia przyjętej 10 lipca 2010 r. w Oslo.¹⁰² Poruszono w niej takie zagadnienia jak potrzeba ratyfikowania przez państwa uczestniczące *Protokołu 12 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* (zawierającego zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek względu)¹⁰³ czy konieczność dostosowywania ustawodawstwa do standardów wynikających z orzecznictwa ETPCz. Ponadto w dniach 28-30 czerwca 2010 r. w Kazachstanie zorganizowano konferencję o tolerancji i niedyskryminacji.¹⁰⁴

W ramach „Wymiaru Ludzkiego”¹⁰⁵ OBWE współpracuje także z organizacjami pozarządowymi, w tym z organizacjami działającymi na rzecz praw lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych, interseksualnych czy queerowych. Dzięki temu problemy będące skutkiem dyskryminowania tych osób są omawiane na forum Organizacji, a wnioski i płynące z nich rekomendacje publikowane.¹⁰⁶ Pod auspicjami Biura Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka OBWE działa też system TANDiS gromadzący informacje (akty prawne, raporty i inne dokumenty opracowywane przez rządowe i pozarządowe organizacje międzynarodowe) dotyczące tolerancji i niedyskryminacji.¹⁰⁷

1.2.4.1.2. System ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej¹⁰⁸

Do 2000 r. prawo unijne zakazywało jedynie dyskryminacji ze względu na płeć w obszarze zatrudnienia i zabezpieczenia społecznego oraz ze względu na rasę i pochodzenie etniczne (w szerszym zakresie).¹⁰⁹ Sytuacja zmieniła się wraz z wejściem w życie *Traktatu Amsterdamskiego*, który przyznawał Radzie kompetencję do przyjęcia środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji,

99 T. Astramowicz-Leyk, *Międzynarodowe...*, s. 78-91.

100 Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie jest kontynuatką Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, której źródłem jest Akt końcowy spotkania w Helsinkach, podpisany 1 sierpnia 1975 r. Zmiana nazwy miała miejsce w 1994 r. podczas szczytu w Budapeszcie. Organizacja ma dziś 56 państw członkowskich, zob. E. Cziomer, *Międzynarodowe stosunki polityczne*, Krakowskie Towarzystwo Eduk., 2008, s. 396.

101 Zgromadzenie Parlamentarne OBWE, *Deklaracja z Ottawy*, 8 lipca 1995 r., rozdział III, pkt. 29, dostępne na stronie internetowej: <http://www.osce.org/pa/38133>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

102 Zgromadzenie Parlamentarne OBWE, *Resolution on the Prohibition of Discrimination on Grounds of Sexual Orientation or Gender Identity*, [w:] Zgromadzenie Parlamentarne OBWE, *Oslo Declaration of the OSCE Parliamentary Assembly and Resolutions Adopted at the Nineteenth Annual Session*, Oslo 6-10 lipca 2010 r., s. 66, dostępne na stronie internetowej: http://www.oscepa.org/images/stories/documents/activities/1.Annual%20Session/2010_Oslo/Final_Declaration/FINAL_Oslo_Declaration_English.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

103 Zob. przypis nr 134.

104 Efektem konferencji w kontekście dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową było przede wszystkim wezwanie władz państwowych do dekryminalizacji homoseksualizmu oraz implementowania *Zasad Yogyakarta*, zob. OBWE, *Summary Report of the OSCE High-Level Conference on Tolerance and Non-Discrimination*, 28-30 czerwca 2010, CIO.GAL/168/10, s. 15; dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.osce.org/cio/71469>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

105 R. Zięba, *Instytucjonalizacja bezpieczeństwa europejskiego: koncepcje, struktury, funkcjonowanie*, Scholar, 1999, s. 287.

106 Zob. np. oświadczenie pt. „O znaczeniu zwalczania nietolerancji i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w regionie OBWE”, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.osce.org/odihr/27005> (dostęp: 29.08.2012 r.), rekomendację z 26 września 2007 (HDIM.NGO/161/07) dostępną na stronie internetowej: <http://www.osce.org/odihr/27231>, (dostęp: 29.08.2012 r.) oraz OSCE ODIHR, *Human Dimension Implementation Meeting. Consolidated Summary*, Warsaw, 19-30 września 2005, s. 43, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.osce.org/odihr/18769> (dostęp: 29.08.2012 r.).

107 System TANDiS dostępny jest na stronie internetowej: <http://tandis.odihr.pl/?p=home>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

108 Szerzej o systemie ochrony praw człowieka w ramach Unii Europejskiej patrz: J. Sozański, *Prawa człowieka w systemach prawnych Wspólnot i Unii Europejskiej*, PWP Iuris, 2005; J. Sozański, *Prawa człowieka w Unii Europejskiej po traktacie Lizbońskim*, PWP Iuris, 2010; T. Astramowicz-Leyk, *Międzynarodowe...*, s. 92-103.

109 W 2000 r. przyjęto dyrektywę Rady wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne. Dyrektywa ta zapewnia ochronę przed dyskryminacją w zakresie zatrudnienia i szkolenia, edukacji, ochrony socjalnej (w tym zabezpieczenia społecznego i ochrony zdrowia), przywilejów socjalnych, członkostwa i zaangażowania w organizacje pracowników i pracodawców oraz dostępu do towarów i usług, w tym mieszkań, zob. *dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne*, Dz. Urz. UE L 180/2000, s. 22.

m.in. ze względu na orientację seksualną. Korzystając z tego uprawnienia, Rada przyjęła *dyrektywę 2000/78/WE*, która zakazuje dyskryminacji ze względu na m.in., orientację seksualną w zatrudnieniu.¹¹⁰

Po wejściu w życie *Traktatu lizbońskiego* właściwy przepis nadający Radzie ww. uprawnienia to art. 19 *Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, którego pkt 1 brzmi: „Bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów i w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii, Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.” Z kolei art. 10 tego *Traktatu* stanowi, że „Przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

Wspomniana wyżej *dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy* w art. 1 stanowi, że „Celem niniejszej dyrektywy jest wyznaczenie ogólnych ram dla walki z dyskryminacją ze względu na religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w odniesieniu do zatrudnienia i pracy, w celu realizacji w Państwach Członkowskich zasady równego traktowania”.

Klasyczną klauzulę antydyskryminacyjną zawiera w art. 21 *Karta praw podstawowych*, która po wejściu w życie *Traktatu lizbońskiego* uzyskała moc prawną równą traktatom założycielskim UE. Cechą charakterystyczną klauzuli jest wyliczenie największej liczby podstaw zakazanej dyskryminacji spośród wszystkich analizowanych w niniejszej pracy dokumentów. Art. 21 pkt 1 brzmi: „Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

Trybunał Sprawiedliwości UE

Oprócz aktów prawnych stanowiących podstawy funkcjonowania UE, w zwalczaniu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową ważną rolę odgrywają także jej instytucje. Jedną z nich jest Trybunał Sprawiedliwości UE, którego orzecznictwo dotyczące spraw związanych z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową ewoluowało i dobrze odzwierciedla wpływ, jaki w tym obszarze miały zmiany legislacyjne.¹¹¹

Pierwszą sprawą dotyczącą praw osób homoseksualnych, która trafiła przed Trybunał, była sprawa *Grant przeciwko South-West Trains* z 1998 r. Skarżąca zarzucała swojemu pracodawcy, że dyskryminuje ją ze względu na płeć przez to, że nie przyznał jej partnerce uprawnień, jakie przyznaje partnerom ze związków heteroseksualnych. Trybunał wskazał, że nie doszło do dyskryminacji ze względu na płeć, ponieważ partnerowi mężczyzny homoseksualnego również odmówiono przywileju, a dyskryminacja ze względu na orientację seksualną nie była ówczesnie zakazana. Tym samym uznano, że zasada równości nie została naruszona.¹¹²

Podobnie brak naruszenia Trybunał stwierdził w sprawie *D. przeciwko Radzie*.¹¹³ Obywatel Szwecji, zatrudniony w Radzie, zaskarżył odmowę przyznania mu zasiłku na gospodarstwo domowe uzasadnioną tym, że jego związek nie jest małżeństwem (mimo iż związek ten był legalnie zawarty w Szwecji). Trybunał orzekł, że w ówczesnym stanie rozwoju prawa w UE stałe związki osób tej samej płci nie

¹¹⁰ *Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy*, Dz.Urz. UE L 303 z 2.12.2000, str. 16–22, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 5 Tom 4 P. 79–85.

¹¹¹ Szerzej o orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE dotyczącym dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową: P. Pogodzińska, *Orientacja seksualna w orzecznictwie Trybunałów Europejskich*, [w:] K. Śmiszek, *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich*, Warszawa, 2006, s. 113-159; G. N. Toggenburg, „LGBT” go Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice, *European Law Reporter* 5/2008, s. 174 i nast.

¹¹² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 lutego 1998 r. *Lisa Jacqueline Grant przeciwko South-West Trains Ltd.*, sprawa C-249/96, Zb. Orz. 1998 I-00621.

¹¹³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 31 maja 2001 r. *D i Królestwo Szwecji przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, sprawa C-122/99, Zb. Orz. 2001 I-04319.

są równoznaczne ze związkami małżeńskimi. Wobec tego pracodawcy nie są zobowiązani do rozszerzenia skutków tradycyjnego małżeństwa na partnerów tej samej płci, nawet jeśli ich związki zostały oficjalnie uznane przez władze krajowe. 22 marca 2004 r. przyjęto jednak dokument zmieniający Regulamin pracowniczy Rady w taki sposób, że zrównano status partnerów zarejestrowanych w jednym z państw członkowskich z małżeństwem.¹¹⁴

Podejście Trybunału do przypadków naruszania zasady równego traktowania uległo zmianie wraz w wejściem w życie *dyrektywy 2000/78/WE*, kiedy to Trybunał uzyskał konkretne narzędzie stanowiące wzorzec kontroli z wyraźnym zakazem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.¹¹⁵ Dobrym przykładem przydatności dyrektywy dla Trybunału była sprawa *Tadao Maruko*, który skarżył niemieckie przepisy emerytalne.¹¹⁶ Od 2001 r. żył on w związku partnerskim (zawartym zgodnie z prawem niemieckim), a w 2005 r. zmarł jego partner. Maruko wnosił o przyznanie mu zasiłku po zmarłym partnerze, ale przepisy przyznawały takie prawo tylko osobom pozostającym w małżeństwie. Trybunał stwierdził, że jeżeli ustawodawstwo danego państwa uznaje związki partnerskie i stwarza ich sytuację podobną do sytuacji małżonków w odniesieniu do renty rodzinnej, to nieprzyznanie takiego uprawnienia stanowi dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Ustalenie, czy pozostały przy życiu partner znajduje się w sytuacji porównywalnej z sytuacją małżonka korzystającego z renty rodzinnej Trybunał pozostawił sądowi krajowemu.

Z kolei 10 maja 2011 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydał wyrok w sprawie *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*.¹¹⁷ W wyroku Trybunał orzekł, że uzupełniające świadczenie emerytalne, wypłacane partnerowi pozostającemu w związku partnerskim w niższej wysokości niż świadczenie wypłacane w przypadku małżeństwa, może stanowić dyskryminację ze względu na orientację seksualną.

Agencja Praw Podstawowych oraz pozostałe organy i instytucje UE

Inną instytucją UE działającą na rzecz przeciwdziałania dyskryminacji jest Agencja Praw Podstawowych ustanowiona *Rozporządzeniem Rady nr 168/2007*.¹¹⁸ Jej celem „jest dostarczanie pomocy i wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych odpowiednim instytucjom, organom, biuram i agencjom Wspólnoty oraz jej państw członkowskich przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego”.¹¹⁹ Prawa osób LGBT stanowią jeden z tematycznych obszarów zainteresowania Agencji.¹²⁰ Współpracuje ona z wieloma organizacjami pozarządowymi zajmującymi się prawami osób LGBT, regularnie opracowuje też raporty przedstawiające aktualny stan przestrzegania zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w państwach UE.¹²¹

Pozostałe organy i instytucje UE również dążą do realizacji celów określonych w traktatach założycielskich, tj. m.in. do zwalczania dyskryminacji (art. 3 ust. 3 *Skonsolidowanej wersji Traktatu o UE*).¹²² Na

114 *Sprostowanie do rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 723/2004 z dnia 22 marca 2004 r. zmieniającego Regulamin pracowniczy urzędników Wspólnot Europejskich i Warunki zatrudnienia innych pracowników Wspólnot Europejskich* (Dz.U. L 124 z 27.4.2004) (Polskie wydanie specjalne, rozdział 1, tom 2, s. 130).

115 *Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy*, Dz.Urz. UE L 303 z 2.12.2000, str. 16–22, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 5 Tom 4 P. 79–85.

116 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 1 kwietnia 2008 r. *Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, sprawa C-267/06, Zb. Orz. 2008 I-01757.

117 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 maja 2011 r. *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, sprawa C-147/08, (dotychczas nieopublikowana).

118 *Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Dz.U. L 53 z 22.2.2007, str. 1–14.

119 Art. 2 *rozporządzenia Rady (WE) nr 168/2007*.

120 Zob. http://fra.europa.eu/fraWebsite/lgbt-rights/lgbt-rights_en.htm, (dostęp: 29.08.2012 r.).

121 Raporty Agencji dotyczące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową ukazują się od 2008 r. pierwszym był „*Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*”, dostępny na stronie internetowej: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf, w 2009 r. ukazał się „*Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation*”, dostępny na stronie internetowej: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_hdgso_report_part2_en.pdf, w 2010 r. opublikowano „*Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*”, dostępny na stronie internetowej: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-2011-Homophobia-Update-Report_EN.pdf, a w 2011 r. „*Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States*”, dostępny na stronie internetowej: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA-homophobia-synthesis-report-2011_EN.pdf. Raporty są cennym źródłem informacji nt. rozwiązań prawnych dotyczących osób LGBT we wszystkich państwach członkowskich UE, (dostęp: 29.08.2012 r.).

122 *Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej* Dz. Urz. UE C 83 z 30.3.2010.

uwagę zasługuje jednak przede wszystkim Parlament Europejski, który przyjął m.in. dwie rezolucje w sprawie homofobii w Europie (z 18 stycznia 2006 r. i 26 kwietnia 2007 r.)¹²³, *rezolucję w sprawie nasilenia przemocy powodowanej rasizmem i homofobią w Europie* (z 15 czerwca 2006 r.)¹²⁴, *czy rezolucję w sprawie ochrony mniejszości i polityki walki z dyskryminacją w rozszerzonej Europie* (z 8 czerwca 2006 r.)¹²⁵ i tym samym pokazał, że dyskryminacja ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jest w Europie nadal problemem, z którym należy walczyć. W ramach Parlamentu Europejskiego funkcjonuje też Zespół międzyparlamentarny poświęcony prawom osób LGBT (Intergroup on LGBT Rights).¹²⁶

Dla porządku należy też odnotować, że UE oprócz działań na rzecz poprawy sytuacji społeczności LGBT w państwach członkowskich podejmuje w tym celu także działania zewnętrzne. Ich podstawą jest *Instrument promowania i ochrony praw człowieka w odniesieniu do lesbijek, gejów, osób biseksualnych i osób transpłciowych (LGBT)*.¹²⁷ Dokument ten, mimo niewiążącego charakteru, wskazuje kierunki działań Europejskiej Służby Działań Zewnętrznych, polegające przede wszystkim na przeciwdziałaniu naruszeniom praw człowieka opartym na dyskryminacji osób LGBT.¹²⁸

1.2.4.1.3. Rada Europy

Kolejnym systemem ochrony praw człowieka funkcjonującym w Europie jest system Rady Europy, uznawany za najbardziej zaawansowany ze wszystkich omawianych w niniejszej pracy.¹²⁹ Wynika to z tego, że podczas gdy kompetencje Unii Europejskiej wiążą się przede wszystkim z zagadnieniami gospodarczymi i rozszerzane są o ochronę praw podstawowych, to ochrona praw człowieka stanowi jeden z pierwotnych filarów działalności Rady Europy.¹³⁰ Ponadto na skuteczność tego systemu wpływa instytucja skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz coraz sprawniejsze mechanizmy kontroli wykonywania jego wyroków.¹³¹ Wśród 213 konwencji opracowanych w ramach Rady Europy 33 dotyczą praw człowieka, z czego najważniejszą jest *Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* wraz z protokołami. Duże znaczenie mają też *Europejska karta społeczna* i *Zrewidowana europejska karta społeczna*.¹³²

Klauzule antydyskryminacyjne zawarte są np. w *Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, której art. 14 głosi, że „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”¹³³ oraz w *Zrewidowanej europejskiej karcie socjalnej* – w jej części V, w art. E stwierdza się, że „Korzystanie z praw ustanowionych w niniejszej Karcie musi być zapewnione bez jakiegokolwiek rozróżnienia z powodu, w szczególności, rasy, koloru skóry, płci, języka, wyznania, przekonań politycznych

123 Zob. odpowiednio: *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie homofobii w Europie*, Dz.Urz. UE C 287E z 24.11.2006, str. 179–181 oraz *Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie homofobii w Europie*, Dz.Urz. UE C 74E z 20.3.2008, str. 776–779.

124 Zob. *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie nasilenia przemocy powodowanej rasizmem i homofobią w Europie*, Dz.Urz. UE C 300E z 9.12.2006, str. 491–495.

125 Zob. *Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie ochrony mniejszości i polityki walki z dyskryminacją w rozszerzonej Europie* (2005/2008(INI)), Dz.Urz. UE C 124E z 25.5.2006, str. 405–415.

126 Zespół ma charakter nieformalny, w jego skład wchodzi 132 europosłów i europosełek, w tym, jako jedyna reprezentantka Polski – Joanna Senyszyn, zob. http://www.europarl.europa.eu/pdf/intergroups/List_VII_LEG_14_Lesbian_Gay-LGBT_20120719.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

127 *Toolkit to Promote and Protect the Enjoyment of all Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) People*, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st11179.en10.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

128 Zob. <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/meps-welcome-new-toolkit/>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

129 Szerzej o systemie ochrony praw człowieka w ramach Rady Europy patrz: G. Michałowska, *Ochrona praw człowieka w Radzie Europy i w Unii Europejskiej*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2007, s. 91-176; T. Astramowicz-Leyk, *Międzynarodowe...* s. 39-77.

130 Zob. np. art. 1 pkt. B *Statutu Rady Europy*, zgodnie z którym jednym ze sposobów realizacji celów Rady Europy jest przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności, lub art. 3 *Statutu*, który głosi, że „Każdy członek Rady Europy uznaje zasadę praworządności oraz zasadę, iż wszystkie osoby pozostające pod jego jurysdykcją korzystają z praw człowieka i podstawowych wolności; [...]”; *Statut Rady Europy*, przyjęty w Londynie dnia 5 maja 1949 r., Dz.U. z 1994 nr 118 poz. 565.

131 Zob. s. 46.

132 Zob. odpowiednio: *Europejska karta społeczna* sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r. (Dz. U. z dnia 29 stycznia 1999 r.) oraz *Europejska karta społeczna (zrewidowana)*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.). Ta ostatnia weszła w życie 1 lipca 1999 r., obecnie jej stronami są 32 państwa. Polska jej nie ratyfikowała, zob. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=02/09/2012&CL=ENG>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

133 O tym, że orientacja seksualna może być cechą, na podstawie której dochodzi do dyskryminacji, świadczy orzecznictwo ETPCz, zob. np. orzeczenie w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii* (skarga nr 33290/96), zgodnie z którym „[w niniejszej sprawie] doszło do różnego traktowania [...] opartego na orientacji seksualnej skarżącego, podstawie, która niewątpliwie zawiera się w art. 14.” (§ 28), czy wyrok w sprawie *Kozak przeciwko Polsce* (skarga nr 13102/02), zgodnie z którym „Orientacja seksualna jest koncepcją objętą zakresem art. 14.” (§ 92).

lub przekonania innego rodzaju, pochodzenia narodowego lub pochodzenia społecznego, stanu zdrowia, przynależności do mniejszości narodowej, urodzenia lub jakiegokolwiek innego czynnika”. Klauzule te mają charakter zakazów akcesoryjnych – aby się na nie powołać, należy wskazać prawo, w dostępie do którego osoba została potraktowana dyskryminacyjnie, tzn. wykazać, że przedmiotowe traktowanie było mniej korzystne niż traktowanie innych osób znajdujących się w podobnym położeniu.¹³⁴

Tego typu zakaz można znaleźć jeszcze np. w *Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi* z 16 maja 2005 r.¹³⁵ W jej art. 3 czytamy: „Implementacja postanowień niniejszej Konwencji przez Strony, w szczególności korzystanie ze środków ochrony i promowania praw ofiar, będzie zapewniona bez dyskryminacji wynikającej z jakichkolwiek powodów takich jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowych, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn”.

Zakaz o charakterze autonomicznym znajduje się z kolei w *Protokole 12 do Konwencji europejskiej* z 4 listopada 2000 r.¹³⁶ i jest to drugi, po art. 26 *Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich* zakaz, na który można się powoływać bez potrzeby odwoływania się do gwarancji poszanowania określonych praw wskazanych w danej konwencji. Wystarczy, że władze państwa traktują w korzystaniu z jakiegokolwiek prawa daną osobę w sposób dyskryminujący, by mogła ona skarżyć to działanie na podstawie art. 1 *Protokołu 12*, który brzmi następująco:

1. Korzystanie z każdego prawa ustanowionego przez prawo powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, lub z jakichkolwiek innych przyczyn.
2. Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z któregośkolwiek z powodów wymienionych w ustępie 1.

Potępienie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową stało się przedmiotem wielu aktów przyjmowanych przez organy Rady Europy – Zgromadzenie Parlamentarne i Komitet Ministrów. Zaliczyć do nich można np. *Rekomendację 924 (1981) o dyskryminacji osób homoseksualnych*¹³⁷, *Rekomendację 1117 (1989) o sytuacji osób transseksualnych*¹³⁸, *Rekomendację 1470 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek oraz ich partnerów i partnerek w państwach członkowskich Rady Europy w kontekście azylu i imigracji*¹³⁹, *Rekomendację 1474 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek w państwach członkowskich Rady Europy*¹⁴⁰, *Rekomendację 1635 (2003) o lesbijkach i gejach w sporcie*¹⁴¹, *Rekomendację 1915 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*¹⁴² oraz *Rezolucję 1728 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*.¹⁴³ 7 października 2011 r. Zgromadzenie rozszerzyło też zadania Komitetu ds. równych szans dla kobiet i mężczyzn w ten sposób, że

¹³⁴ S. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press 2006, s. 222.

¹³⁵ *Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi*, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., Dz.U. 2009 nr 20 poz. 107. *Konwencja* weszła w życie 1 lutego 2008 r., jej stronami jest 35 państw, w tym Polska, zob. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=8&DF=02/09/2012&CL=ENG>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹³⁶ *Protokół nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.). Protokół wszedł w życie 1 kwietnia 2005 r., Polska nie podpisała protokołu, obecnie jego stroną jest 18 państw, zob. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=02/09/2012&CL=ENG>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹³⁷ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 924 (1981) o dyskryminacji osób homoseksualnych*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/TA81/BREC924.pdf>

¹³⁸ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1117 (1989) o sytuacji osób transseksualnych*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=15151&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹³⁹ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1470 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek oraz ich partnerów i partnerek w państwach członkowskich Rady Europy w kontekście azylu i imigracji*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=16822&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹⁴⁰ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1474 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek w państwach członkowskich Rady Europy*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=16829&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹⁴¹ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1635 (2003) o lesbijkach i gejach w sporcie*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=17167&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹⁴² Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1915 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=17854&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

¹⁴³ Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rezolucja 1728 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=17853&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

objęły one dyskryminację z jakiegokolwiek względu, w tym ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Komitet zmienił nazwę na Komitet ds. równości i niedyskryminacji.¹⁴⁴ Komitet ten powołał z kolei Generalnego sprawozdawcę ds. praw lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transseksualnych, którego zadaniem jest interweniowanie w kwestii ochrony i promowania praw osób LGBT, a także regularne opracowywanie raportów zawierających informacje o stanie przestrzegania tych praw.¹⁴⁵

Zwalczaniem dyskryminacji wobec osób LGBT zajmuje się w Radzie Europy także Komisarz Praw Człowieka. W ramach swojej działalności opracował m.in. raport poświęcony temu zagadnieniu – „Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w Europie”¹⁴⁶ – poprzedzony podobnym studium przygotowanym przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy.¹⁴⁷ Funkcjonuje także Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji, której zadaniem jest m.in. dokonywanie przeglądu rozwiązań legislacyjnych państw członkowskich Rady Europy mających na celu zwalczanie rasizmu i nietolerancji.¹⁴⁸ Z kolei Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych, inna instytucja Rady Europy, przyjął w 2007 r. *Rezolucję 230 (2007) o wolności zgromadzeń i wypowiedzi dla gejów, lesbijek, osób biseksualnych i transgenderowych*.¹⁴⁹ W ramach Departamentu Sprawiedliwości i Współpracy Prawnej realizowany jest program na lata 2011 – 2013 pt. „Zwalczanie dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (LGBT Project)”.¹⁵⁰

Wszystkie wskazane wyżej działania organów Rady Europy świadczą o tym, że zjawisko dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową nie jest bagatelizowane, stanowi natomiast przedmiot regularnej kontroli i zwalczania. Coraz większa liczba inicjatyw i wyspecjalizowanych organów skłania do wniosku, że istnieje szansa na to, by dyskryminację w największym stopniu ograniczyć. Ważne jest też w kontekście funkcjonowania systemu ochrony praw człowieka wzajemne uzupełnianie się aktywności poszczególnych organów Rady Europy, przede wszystkim Trybunału, Zgromadzenia Parlamentarnego i Komitetu Ministrów. Zjawisko wzajemnego wpływania na siebie dostrzec też można w ramach wszystkich trzech omówionych systemów europejskich, a szczególnie systemu UE i Rady Europy. Przejawia się to przede wszystkim w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości UE, które m.in. w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową powołują się wzajemnie na swoje wyroki. Dodatkowym czynnikiem scalającym oba systemy będzie zapewne planowane przystąpienie UE do *Konwencji*.¹⁵¹

1.2.4.2. System międzyamerykański¹⁵²

Kolejnym regionalnym systemem ochrony praw człowieka, zapewniającym ochronę przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jest system międzyamerykański. Oparty jest on na *Amerykańskiej Konwencji praw człowieka*, którą w ramach Organizacji Państw Amerykańskich (*Organisation of American States*, OAS) przyjęto w San José 22 listopada 1969 r.¹⁵³ Klauzulę antydyskryminacyjną w tym dokumencie stanowi art. 1 pkt 1, zgodnie z którym „Państwa-Strony niniejszej Konwencji podejmują się szanować prawa i wolności w niej uznane oraz zapewnić wszystkim osobom podległym ich jurysdykcji, wolne i pełne korzystanie z tych praw i wolności bez jakiegokolwiek dyskry-

144 Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rezolucja 1842 (2011) o zakresie uprawnień komitetów Zgromadzenia Parlamentarnego – implementacja Rezolucji 1822 (2011) w sprawie reformy Zgromadzenia Parlamentarnego*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=18038&Language=EN>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

145 Zob. http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/CoELGBTIssues/LGBTIssuesParliamentary_EN.asp, (dostęp: 29.08.2012 r.).

146 *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, Council of Europe Publishing, Council of Europe, September 2011.

147 Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Raport. Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC12087.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

148 Komitet Ministrów Rady Europy, *Rezolucja (2002)8 o statucie Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji*, tekst dostępny na stronie internetowej: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/Res\(2002\)8%20-%20Statute%20ECRI%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/Res(2002)8%20-%20Statute%20ECRI%20eng.pdf), (dostęp: 29.08.2012 r.).

149 Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy, *Rezolucja 230 (2007) o wolności zgromadzeń i wypowiedzi dla gejów, lesbijek, osób biseksualnych i transgenderowych*, tekst dostępny na stronie internetowej: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1461535&SecMode=1&DocId=1225888&Usage=2>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

150 Zob. informacje na stronie internetowej: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/projects/LGBT_en.asp, (dostęp: 29.08.2012 r.).

151 Zob. przypis 37 w Rozdziale 2.

152 Zob. m.in. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka...*, s. 301-305.

153 *Amerykańska Konwencja Praw Człowieka* z dnia 22 listopada 1969 r., zob. M. Zubik (red.), *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008, s. 99.

minacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religijne, polityczne lub inne poglądy, pochodzenie narodowe lub społeczne, status ekonomiczny, urodzenie lub jakąkolwiek inną sytuację społeczną”. Zakaz dyskryminacji znajduje się też w art. 24 *Konwencji*: „Wszystkie osoby są równe wobec prawa. W konsekwencji są uprawnione, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do równej ochrony prawnej”.

Warto odnotować, że uzupełnieniem postanowień *Konwencji* o prawa socjalne jest *Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji praw człowieka dotyczący praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych* z 17 listopada 1988.¹⁵⁴ Jego art. 3 stanowi klauzulę antydyskryminacyjną, brzmi bowiem następująco: „Państwa-Strony niniejszego Protokołu zobowiązują się zagwarantować korzystanie z praw wskazanych w niniejszym Protokole bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, status ekonomiczny, urodzenie lub jakiegokolwiek inne warunki społeczne”.

W ramach Organizacji Państw Amerykańskich przyjęto kilka rezolucji, które dotyczą potępienia i zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Pierwszym takim dokumentem była rezolucja zatytułowana „Prawa człowieka, orientacja seksualna i tożsamość płciowa”, przyjęta 3 czerwca 2008 r. przez Zgromadzenie Ogólne OAS. Potępiono w niej akty przemocy i inne naruszenia praw człowieka, które dokonywane są ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jednostki. Ponadto na jej podstawie zobowiązano jeden z organów Organizacji, Komitet ds. Prawnych i Politycznych, do uwzględnienia tematu dyskryminacji w swojej działalności, a Stałą Radę do zdania raportu z implementacji rezolucji.¹⁵⁵ 4 czerwca 2009 r. przyjęto kolejną rezolucję o tym samym tytule, poszerzono jednak zakres zobligowanych do działania na rzecz zwalczania dyskryminacji podmiotów o władze państwowe – mają one zapewnić, by akty przemocy i łamanie praw człowieka wobec osób z powodu ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej były przedmiotem śledztw, a sprawcy zostawali pociągnięci do odpowiedzialności. Ponadto wezwano państwa do zapewnienia ochrony obrońcom praw człowieka, a Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka i inne organy Organizacji do zwrócenia uwagi na to zagadnienie.¹⁵⁶ W trzeciej z kolei rezolucji poświęconej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową Zgromadzenie Ogólne OAS w zasadzie powtórzyło stanowisko wyrażone w drugiej rezolucji,¹⁵⁷ natomiast w czwartej, z 7 czerwca 2011 r., wezwało państwa do zapewnienia ofiarom naruszeń praw człowieka ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową równego dostępu do organów wymiaru sprawiedliwości, a przede wszystkim do rozważenia możliwych sposobów zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Ponadto zobowiązano Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka do przygotowania tematycznego raportu obejmującego dane z obu Ameryk.^{158,159}

Działające w ramach Organizacji Państw Amerykańskich Komisja i Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie zajmowały się skargami osób uważających, że dyskryminowano je ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Pierwszą jednak sprawą, która w tym obszarze zakończyła się uznaniem naruszenia przez państwo międzynarodowych zobowiązań, była sprawa *Karen Atala przeciwko Chile*, w której orzeczenie wydano 24 lutego 2012 r.¹⁶⁰ Skarżącą władze Chile pozbawiły praw rodzicielskich nad 3 córkami, ponieważ jest lesbijką. Trybunał stwierdził, że Chile naruszyło m.in. art. 24 (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 1.1, wyrządzając tym szkodę skarżącej, art. 24 w związku z art. 19 (prawa dzieci) i art. 1.1, wyrządzając szkodę córkom skarżącej, art. 11.2 (ochrona godności) i 17.1 (ochrona rodziny) w związku z art. 1.1, wyrządzając szkodę skarżącej oraz jej córkom.

154 *Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji praw człowieka dotyczący praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych* z 17 listopada 1988 r., *Ibidem.*, s. 112.

155 *Rezolucja AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08)*, dostępna na stronie internetowej: http://www.oas.org/dil/AGRES_2435.doc, (dostęp: 29.08.2012 r.).

156 *Rezolucja AG/RES.2504 (XXXIX-O/09)*, dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG04688E08.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

157 *Rezolucja AG/RES.2600 (XL-O/10)*, dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG05138E06.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

158 *Rezolucja AG/RES.2653 (XLI-O/11)*, dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG05485E05.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

159 Raport taki został przygotowany 23 kwietnia 2012 r. Zawiera omówienie terminologii związanej z zagadnieniem orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, a także podejmuje problem dyskryminacji z ww. powodów. Odrębna część raportu została poświęcona kwestii orientacji seksualnej i tożsamości płciowej jako aspektom prawa do życia prywatnego. Zob. Permanent Council of the Organisation of American States, *Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression: Key Terms and Standards* z 23 kwietnia 2012 r., CP/CAAP-INF.166/12, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CP/CAJP/INF&classNum=166&lang=e>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

160 Wyrok Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Atala Riffó i Córkę przeciwko Chile* z 24 lutego 2012 r.

1.2.4.3. System afrykański¹⁶¹

Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów będąca podstawą afrykańskiego systemu ochrony praw człowieka, została podpisana 27 czerwca 1981 r.¹⁶² Klauzula antydyskryminacyjna znajduje się w jej art. 2, który brzmi następująco: „Każdą osobą jest uprawniona do korzystania z praw i wolności uznanych i gwarantowanych w niniejszej Karcie bez jakiegokolwiek zróżnicowania, ze względów takich jak rasa, grupa etniczna, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, majątek, urodzenie lub inny status”. Z kolei o równości wobec prawa mówi art. 3: „1. Wszystkie osoby są równe wobec prawa. 2. Wszystkie osoby mają prawo do równej ochrony prawnej”. Klauzule te mają charakter otwarty, a zatem w teorii chronią też przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

System afrykański jest jednak jednym z najmłodszych systemów ochrony praw człowieka, a przede wszystkim najmniej skutecznym. Stojący na straży przestrzegania regionalnej Karty praw człowieka i ludów Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów, który rozpoczął pracę w 2006 r., rozstrzygnął merytorycznie dopiero 2 sprawy.¹⁶³ Trybunał został powołany na mocy *Protokołu do Karty*, który jednak został ratyfikowany tylko przez 25 z państw 54 państw należących do Unii Afrykańskiej.¹⁶⁴ Ponadto może rozpatrywać wyłącznie skargi wnoszone przez państwa lub Afrykańską Komisję Praw Człowieka i Ludów (art. 5 ust. 1 Protokołu).¹⁶⁵

W kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową warto wskazać zróżnicowanie rozwiązań prawnych przyjętych przez państwa afrykańskie w stosunku do społeczności LGBT. Z jednej bowiem strony legalne są tam małżeństwa jedнопłciowe (RPA), a z drugiej penalizuje się stosunki homoseksualne, za które grozi nawet kara śmierci (Mauretania, Sudan).

1.2.4.4. Sytuacja w regionie Azji i Pacyfiku¹⁶⁶

Region Azji i Pacyfiku nie wypracował dotąd systemu ochrony praw człowieka.¹⁶⁷ Najbardziej zaawansowana w integracji organizacja, Stowarzyszenie Narodów Azji Południowo-Wschodniej (Association of South-East Asian Nations, ASEAN) powołała jednak w 2009 r. Międzyrządową Komisję Praw Człowieka, do czego była zobligowana na mocy art. 14 *Karty ASEAN*.¹⁶⁸ W dokumencie określającym zakres zadań Komisji wpisano także zasadę niedyskryminacji (pkt. 2.2).¹⁶⁹ Należy odnotować, że w ramach Konferencji Społeczeństwa Obywatelskiego ASEAN w maju 2011 r. poruszono kwestie społeczności osób LGBT.¹⁷⁰ W regionie funkcjonuje też od 1996 r. Forum Azji i Pacyfiku (Asia Pacific Forum), będące instytucją koordynującą współpracę 17 krajowych organów zajmujących się ochroną praw człowieka. W ramach Forum Krajowe Organy Praw Człowieka zleciły opracowanie raportu dotyczącego przestrzegania praw człowieka w kontekście orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.¹⁷¹ Przyjęto też deklarację o orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, w której wezwano do zaprzestania dyskrymi-

161 Zob. m.in. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka...*, s. 294-300.

162 W kwestii instytucji ochrony praw człowieka w Afryce zob. G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008, s. 33 i nast.

163 Stan na 20 sierpnia 2012 r., zob. informacje na stronie internetowej Trybunału: <http://www.african-court.org/en/>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

164 Zob. informacje na stronie internetowej: <http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Court%20Establishment/Members.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

165 *Protokół do afrykańskiej Karty praw człowieka i ludów o utworzeniu Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów*, M. Zubik (red.), *Wybór...*, s. 130.

166 Zob. m.in. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, *Prawa człowieka...*, s. 311-313.

167 Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest podejście, jakie reprezentują regionalni politycy, którzy kładą nacisk na suwerenność państwową i zasadę nieingerencji w sprawy wewnętrzne państw. Dobrym przykładem takiego stanowiska jest oświadczenie Ministrów Spraw Zagranicznych ASEAN z 24 lipca 1993 r. w którym podkreślili, że ochrona i promocja praw człowieka powinna wiązać się z uznaniem zasad poszanowania narodowej suwerenności, integralności terytorialnej oraz nieingerencji w sprawy wewnętrzne. Uznali też, że wolność, rozwój i stabilność narodowa wzmocnione są przez odpowiednie wyważenie praw indywidualnych oraz wspólnotowych. Zob. <http://www.aseansec.org/HLP-OtherDoc-1.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

168 *Karta ASEAN*, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.aseansec.org/publications/ASEAN-Charter.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

169 *Międzyrządowa Komisja Praw Człowieka ASEAN, Zakres kompetencji*, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.aseansec.org/publications/TOR-of-AICHR.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

170 Zob. <http://www.forum-asia.org/?p=6934>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

171 *ACJ Report: Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, dokument dostępny na stronie internetowej: http://www.asiapacificforum.net/support/issues/sexual_orientation/indigenous-peoples/downloads/apf-advisory-council-of-jurists/Human_Rights_Sexual_Orientation_and_Gender_Identity_Final_Report_2010.doc, (dostęp: 29.08.2012 r.).

nacji z tych względów.¹⁷² Działania te pokazują, że również w tym regionie dyskryminacja osób LGBT staje się dostrzegalna, a potrzeba jej zwalczania – oczywista.¹⁷³

1.2.5. Konkluzje

Wraz z sukcesywnym przyjmowaniem międzynarodowych traktatów dotyczących ochrony praw człowieka, na przełomie XX i XXI w. coraz częściej uświadamiano sobie, że dyskryminacja ze względów takich jak płeć, rasa czy pochodzenie etniczne nie jest jedyną, jaka może stanowić problem dla jednostek w ich kontaktach z władzami państwowymi. Naruszeniem praw i wolności pozostawała także dyskryminacja uwarunkowana orientacją seksualną lub tożsamością płciową. W ramach większości funkcjonujących systemów ochrony praw człowieka podjęto działania, mające na celu dążenie do zapewnienia równych praw wszystkim ludziom, bez względu na ich orientację seksualną, czy tożsamość płciową. Przegląd poszczególnych rozwiązań prowadzi do wniosku, że polegają one przede wszystkim na formalnym zakazie dyskryminacji i próbach egzekwowania tego zakazu. Istotną rolę odgrywają trybunały międzynarodowe, które wyposażone w klauzule antydyskryminacyjne mogą rozstrzygać, czy władze państwowe naruszają swoje zobowiązania określone w konwencjach o ochronie praw człowieka. Trybunałem o największym dorobku orzeczniczym, w tym w sprawach wynikających z zarzutu dyskryminacyjnego traktowania ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jest Europejski Trybunał Praw Człowieka oparty na *Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*. Dlatego też przedmiotem kolejnego rozdziału będzie właśnie *Konwencja* oraz klasyczne metody, jakimi posługuje się Trybunał w procesie jej interpretowania.

2. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz klasyczne metody jej wykładni w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową

2.1. Geneza Konwencji

Przyjęcie *Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* wiązało się z chęcią zapewnienia w Europie pokoju i stabilności. Cel ten przyświecał Radzie Europy, organizacji międzyrządowej powołanej w 1949 r. Jej początki sięgają 1946 r. i konferencji Europejskich federalistów w Herenstein, podczas której Winston Churchill wezwał do stworzenia Stanów Zjednoczonych Europy i utworzenia Rady Europy.¹⁷⁴ Wtedy też pojawiła się idea sformułowania „Deklaracji praw obywateli europejskich” (*Declaration of European Citizen Rights*).¹⁷⁵ Z kolei w konkluzjach po Kongresie Europy z maja 1948 r. wyrażono chęć przyjęcia Karty Praw Człowieka oraz ustanowienia Trybunału, który czuwałby nad implementacją jej postanowień.¹⁷⁶ Po kilkunastu miesiącach negocjacji *Europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* podpisano 4 listopada 1950 r. *Konwencja* weszła w życie w 1953 r., ale organy zapewniające jej implementację nieco później – Komisja Praw Człowieka w 1955 r., a Europejski Trybunał Praw Człowieka w 1958 r. Jej ratyfikacja stała się warunkiem, od którego uzależniono możliwość przystąpienia państw europejskich do Rady Europy.¹⁷⁷

Konwencja jest ściśle związana z *Powszechną deklaracją praw człowieka*, co wynika m.in. z preambuły *Konwencji*,¹⁷⁸ ale jako pierwsza nakładała na państwa prawnie wiążące zobowiązania. Podczas gdy

172 Zob. <http://www.forum-asia.org/?p=11068>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

173 Można też odnotować, że pojawiają się pierwsze w regionie głosy dotyczące legalizacji małżeństw jedнопłciowych – zagadnienie to jest rozważane m.in. przez władze Wietnamu, zob. <http://www.asiaone.com/News/AsiaOne%2BNews/Asia/Story/A1Story20120803-363099.html>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

174 G. L. Weil, *The European Convention on Human Rights – Background, Development and Prospects*, UMI 1961, s. 22.

175 L. Kühnhardt, *European Courts and Human Rights*, [w:] D. Greenberg, S. N. Katz, S. C. Wheatley, M. B. Oliviero, *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, 1993, s. 128.

176 A. H. Robertson, J. G. Merrills, *Human Rights in Europe – A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, 1993, s. 5.

177 J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009, s. 11 i nast.

178 Preambuła *Konwencji* rozpoczyna się od słów: “Zważywszy na Powszechną Deklarację Praw Człowieka uchwaloną 10 grudnia 1948 roku przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych; Zważywszy, że owa Deklaracja zmierza do zapewnienia powszechnego i efektywnego stosowania zawartych w niej praw.”

Deklaracja nie miała wiążącego charakteru (dziś uznaje się, że jej postanowienia są wiążące, ponieważ normy z niej wynikające mają charakter zwyczaju międzynarodowego)¹⁷⁹, *Konwencja* zobowiązała państwa do przestrzegania zawartych w niej norm i stworzyła system egzekwujący wywiązywanie się z tego obowiązku. System ten jest skuteczny z wielu względów, a jednym z nich jest też regionalny charakter *Konwencji*, w porównaniu z powszechnym charakterem *Deklaracji*.¹⁸⁰

Konwencja składa się z preambuły i 59 artykułów o charakterze materialnym (art. 2-18) i formalnym (pozostałe).¹⁸¹ Prawa i wolności, które gwarantuje, należą do tzw. pierwszej generacji praw człowieka – obejmują bowiem prawa obywatelskie i polityczne, takie jak prawo do życia (art. 2), zakaz tortur (art. 3), prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5), prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8), wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9), czy wolność zgromadzeń (art. 11). Uzupełnienie *Konwencji* o prawa społeczne i ekonomiczne stanowi Protokół pierwszy z 1952 r. gwarantujący m.in. ochronę własności (art. 1) i prawo do nauki (art. 2).¹⁸² Najczęściej przywoływane przepisy *Konwencji* w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową to art. 8 gwarantujący prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego,¹⁸³ art. 12 gwarantujący prawo do zawarcia małżeństwa oraz art. 14 zakazujący dyskryminacji w korzystaniu z praw i wolności określonych w *Konwencji*.¹⁸⁴ Ponadto skarżące się osoby LGBT wskazywały naruszenia art. 3 (zakaz tortur),¹⁸⁵ art. 10 (wolność wyrażania opinii),¹⁸⁶ art. 11 (wolność zgromadzeń i stowarzyszania się),¹⁸⁷ art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego).¹⁸⁸

2.2. System ochrony praw człowieka oparty na Konwencji

Tekst *Konwencji* o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności jest podstawą systemu ochrony praw człowieka Rady Europy. Ponadto do jego najistotniejszych elementów zaliczyć należy Trybunał i jego działalność orzeczniczą oraz Komitet Ministrów Rady Europy zobowiązany do kontroli wykonywania wyroków wydanych przez Trybunał. Przed 1998 r. obok Trybunału funkcjonowała Komisja Praw Człowieka (Trybunał nie miał charakteru stałego organu, rozpatrywał odwołania od rozstrzygnięć Komisji)¹⁸⁹, ale po wejściu w życie w tym roku Protokołu 11 utworzono jeden, stały Trybunał, który działa permanentnie.¹⁹⁰

Zadaniem Trybunału jest rozpoznawanie wnoszonych do niego skarg. Ta kluczowa w systemie ochrony praw człowieka opartym na *Konwencji* możliwość wnoszenia przez osoby, organizacje pozarządowe lub grupy jednostek, tzw. skarg indywidualnych (obok skarg międzypaństwowych, przewidzianych

179 Zob. przypis nr 56 w rozdziale 1.

180 J. W. Hart, *The European Human Rights System*, Law Library Journal, Vol. 102, No 4/2010, s. 537.

181 *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284; aktualna wersja, zmieniona Protokołem nr 14, w języku polskim dostępna jest na stronie internetowej: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7B5C268E-CEB3-49A5-865F-06286BDB0941/0/POL_CONV.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

182 W kwestii ochrony praw społeczno-ekonomicznych w ramach *Konwencji* zob.: I. E. Koch, *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Boston 2009.

183 W kwestii interpretacji tego artykułu zob. U. Kilkelly, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 1, Council of Europe, 2001; M. Kowalski, *Efektywność czy omnipotencja – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej Konwencji praw człowieka na przykładzie gwarancji art 8*, [w:] J. Menkes, *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007, s. 294-313.

184 W kwestii interpretacji tego artykułu zob. K. Monaghan, *Equality Law*, Oxford University Press 2007, s. 155-163.

185 Sprawy *B. przeciwko Francji* (skarga nr 13343/87), *Smith i Grady przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 33985/96 i 33986/96) oraz *Beck, Copp i Bazeley przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 48535/99, 48536/99 i 48537/99).

186 Sprawa *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji* (skarga nr 1813/07).

187 Sprawy *Bączkowski i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 1543/06), *Alekseyev przeciwko Rosji* (skargi nr 4916/07, 25924/08 i 14599/09).

188 Sprawy *Bączkowski i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 1543/06), *Alekseyev przeciwko Rosji* (skargi nr 4916/07, 25924/08 i 14599/09) oraz *Beck, Copp i Bazeley przeciwko Wielkiej Brytanii* (skargi nr 48535/99, 48536/99 i 48537/99).

189 Przed wejściem w życie *Protokołu 11* skargi trafiały do Komisji Praw Człowieka, której zadaniem było doprowadzenie do porozumienia stron. W wypadku jego osiągnięcia Komisja przygotowywała raport zawierający streszczenie faktów istotnych dla sprawy oraz treść porozumienia. Raport taki trafiał do zainteresowanych stron, Komitetu Ministrów oraz Sekretarza Generalnego Rady Europy. Jeżeli nie udało się osiągnąć porozumienia, Komisja przygotowywała raport, w którym określała, czy jej zdaniem doszło w danej sprawie do naruszenia *Konwencji*, czy nie. W takiej sytuacji raport był przesyłany do Komitetu Ministrów oraz zainteresowanego państwa. Strony mogły w ciągu 3 miesięcy odwołać się od decyzji Komisji do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a jeżeli nie skorzystały z tego prawa, o tym czy doszło do naruszenia *Konwencji* decydował Komitet Ministrów. Zob. np. L. Mikaelson, *European Protection of Human Rights: The Practice and Procedure of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Applications from Individuals and States*, BRILL, 1980, s. 45.

190 O ewolucji konwencyjnego systemu ochrony praw człowieka: B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 34-60.

w art. 33 *Konwencji*) jest określona w jej art. 34.¹⁹¹ Możliwość ta uwarunkowana jest spełnieniem kilku wymogów, co ma na celu ograniczenie liczby wnoszonych skarg. Kryteria dopuszczalności skargi indywidualnej, określone w art. 35 *Konwencji*, można podzielić na pozytywne i negatywne. Te pierwsze uzależniają dopuszczalność od wyczerpania wszystkich środków odwoławczych, przewidzianych prawem wewnętrznym danego państwa oraz wniesieniem skargi w ciągu sześciu miesięcy od podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie. Do przesłanek negatywnych zaliczyć należy wymóg, by skarga nie była anonimowa oraz by nie była co do istoty identyczna ze sprawą już rozpatrzoną przez Trybunał. Ponadto Trybunał uzna skargę za niedopuszczalną, jeśli „nie daje się [ona] pogodzić z postanowieniami [...] *Konwencji* lub jej protokołów, jest w sposób oczywisty nieuzasadniona lub stanowi nadużycie prawa do skargi, lub skarżący nie doznał znaczącego uszczerbku [...]”.¹⁹²

O dopuszczalności skargi decyduje jeden sędzia¹⁹³ i w wypadku uznania, że skarga może być dalej rozpatrywana, trafia ona do jednego z trzyosobowych komitetów Trybunału.¹⁹⁴ Tam ponownie badana jest jej dopuszczalność, a w przypadku stwierdzenia, że skarga jest dopuszczalna, komitet może rozpoznać ją także merytorycznie. Jest to jednak uwarunkowane tym, by sprawa przedmiotowo dotyczyła kwestii ugruntowanych w orzecznictwie Trybunału. Co do zasady bowiem merytoryczne rozstrzygnięcia zapadają przed siedmioosobową Izłą. Rozstrzygnięcia Trybunału są ostateczne, ale w wyjątkowych wypadkach od wyroku Izby można wnieść odwołanie do Wielkiej Izby, składającej się z 17 sędziów Trybunału.¹⁹⁵ Ostateczny wyrok Trybunału musi być przestrzegany przez państwo-stronę danego sporu, a jego wykonanie nadzorowane jest przez Komitet Ministrów Rady Europy.¹⁹⁶ W wypadku stwierdzenia przez Trybunał, że państwo naruszyło *Konwencję*, wykonanie wyroku najczęściej polega na wypłacie osobie skarżącej zadośćuczynienia. Trybunał czasem jednak stawia i inne wymogi, szczególnie w ramach tzw. wyroków pilotażowych, polegające na zobowiązaniu państwa do dostosowania prawa lub praktyki jego stosowania do standardów wymaganych przez system konwencyjny.¹⁹⁷ Na tym etapie uwidacznia się rola Komitetu Ministrów – kontroluje on bowiem działania państw zmierzające do wykonania wyroków, co polega na analizie i ocenie dostarczanych przez te ostatnie „Planów działań” i „Raportów z działań”.¹⁹⁸ Dopiero kiedy uzna, że cele wyroku zostały osiągnięte, może stwierdzić, że państwo wykonało wyrok i zakończyć procedurę kontroli wydaniem odpowiedniej rezolucji. Mechanizm ten sprawia, że system ochrony praw człowieka Rady Europy należy uznać za skuteczny.

Instytucja skargi indywidualnej wyróżnia system konwencyjny spośród pozostałych regionalnych systemów ochrony praw człowieka i stanowi wręcz jego istotę.¹⁹⁹ Mimo to, właśnie dzięki możliwości wnoszenia skarg indywidualnych Trybunał stał się „ofiara własnego sukcesu”.²⁰⁰ Rosnąca z roku na rok licz-

191 Szerzej o instytucji skargi indywidualnej zob.: H. Bajorek-Ziaja, *Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz skarga do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 26-84.

192 Ta ostatnia przesłanka została dodana przez Protokół 14 i ze względu na nieprecyzyjny charakter budzi kontrowersje, zob. np. G. L. Neuman, *Talking to Ourselves*, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.1, s. 142, oraz L. R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 1, s. 153.

193 Art. 27 *Konwencji*. Przed wejściem w życie *Protokołu 14*, decyzję o dopuszczalności skargi podejmował komitet składający się z 3 sędziów. Obecnie Komitet wypowiada się co do dopuszczalności skargi, zgodnie z art. 27 ust 3 *Konwencji*, jeżeli „sędzia zasiadający jednoosobowo nie uzna skargi za niedopuszczalną albo jeśli nie skreśli jej [z listy spraw]”.

194 Art. 28 *Konwencji*. Przed wejściem w życie *Protokołu 14*, sprawa była rozpoznawana merytorycznie dopiero przez siedmioosobową Izłą.

195 Art. 43 *Konwencji*

196 Art. 46 *Konwencji*.

197 Zob. np. E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 490; P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011, s. 557; J. Christoffersen, M. R. Madsen, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011, s. 137.

198 *Action Plans – Action Reports. Definitions and objectives. Memorandum prepared by the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, CM/Inf/DH(2009)29rev, 3 czerwca 2009, dokument dostępny na stronie internetowej: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1450969&Site=CM>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

199 Np. w Międzyamerykańskim systemie ochrony praw człowieka jednostki mogą wnosić skargi indywidualne do Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka (zob. art. 44 *Aмерыkańskiej Konwencji Praw Człowieka* z 1978 r.). Z kolei w systemie afrykańskim możliwość wnoszenia skarg indywidualnych uwarunkowana jest złożeniem przez państwo deklaracji zawierającej zgodę na przyznanie takiej kompetencji Afrykańskiemu Trybunałowi Praw Człowieka i Ludów (zob. art. 34 ust. 6 w zw. z art. 5 ust 6 *Protokołu do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów o ustanowieniu Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów*).

200 Publicystyczne sformułowanie często stosowane w kontekście reformy Trybunału, zob. np. <http://prawo.rp.pl/artukul/824873.html>, <http://www.europapraw.org/news/co-dalej-z-europejskim-trybunalem-praw-czlowieka-artukul-dominiki-bychawskiej-siniarskiej-w-rzeczpospolitej>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

ba wnoszonych skarg powoduje, że Trybunał nie jest w stanie na bieżąco ich rozpatrywać.²⁰¹ Problem ten jest przyczyną ciągle trwającego procesu doskonalenia systemu konwencyjnego, który rozpoczął się przyjęciem wspomnianego już *Protokołu II*. Mimo zmian nim wprowadzonych Trybunał nadal nie mógł w pełni efektywnie sprawować swoich funkcji. Próbą poradzenia sobie z tym wyzwaniem było przyjęcie *Protokołu 14*, którego główne założenie polegało na ułatwieniu podejmowania decyzji o niedopuszczalności skargi (m.in. poprzez przyznanie uprawnienia do podjęcia takiej decyzji już jednemu sędziemu, a nie, jak to było wcześniej – komitetowi trzech sędziów).²⁰²

Protokół 14 wszedł w życie w 2010 r., ale problem zbyt wielkiej ilości skarg wpływających do Trybunału nie został ostatecznie rozwiązany.²⁰³ Obecnie trwają prace nad poważniejszą modyfikacją systemu, a główne założenia reformy zawarto w *Deklaracjach z Interlaken*²⁰⁴, *Izmiru*²⁰⁵ i *Brighton*.²⁰⁶ Planowane jest m.in. skodyfikowanie reguł interpretacyjnych, jakimi posługuje się Trybunał, skrócenie okresu umożliwiającego wniesienie skargi do 4 miesięcy (obecnie 6 miesięcy od uzyskania ostatecznej decyzji w sprawie) oraz umożliwienie Trybunałowi wydawania opinii doradczych (na wzór instytucji pytań prejudycjalnych obowiązującej przed Trybunałem Sprawiedliwości UE).²⁰⁷

Na system oparty na *Konwencji* oddziałuje wiele czynników. Do najważniejszych należą pozostałe instrumenty Rady Europy, czyli 213 traktatów, w tym 33 dotyczące bezpośrednio praw człowieka.²⁰⁸ Stanowią one częsty punkt odniesienia dla wyrokującego Trybunału, ponieważ egzemplifikują obowiązujący konsensus w regulowanej przez siebie materii.²⁰⁹ Kolejnym są władze państw-sygnatariuszy *Konwencji* obowiązane wykonywać wyroki Trybunału i dostosowywać swoje działania do standardów wynikających z tego orzecznictwa. Mają wpływ na orzecznictwo m.in. przez to, że Trybunał musi liczyć się z ich suwerennością i brać pod uwagę swoją subsydiarność, co przejawia się np. w często wykorzystywanej podczas rozstrzygania spraw metodzie marginesu oceny. Wpływ ma także Unia Europejska, a przede wszystkim jej Trybunał Sprawiedliwości, co znajduje potwierdzenie we wzajemnym powoływaniu się obu Trybunałów na swoje rozstrzygnięcia (swoisty „dialog” Trybunałów europejskich).²¹⁰ W końcu działalność innych sądów międzynarodowych i ogólne metody wykładni prawa międzynarodowego, a zatem międzynarodowy porządek prawny wpływają na funkcjonowanie konwencyjnego systemu ochrony praw człowieka w Europie.²¹¹ Właśnie to, że konwencyjny system ochrony praw człowieka „nie istnieje w próżni” sprawia, że analizując metody interpretacji *Konwencji*, jakimi posługuje się Trybunał, należy zwrócić uwagę na ogólne zasady wykładni traktatów międzynarodowych.

201 Zgodnie z Raportem Rocznym z 2011 r. pod koniec 2011 r. na rozpatrzenie czekało ponad 151 tys. skarg. Od czasu ustanowienia Trybunału wydał on ok. 15 tys. orzeczeń. Zob. *European Court of Human Rights Annual Report 2011*, Registry of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 2012, s. 13 i 157.

202 *Protokół nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zmieniający system kontroli Konwencji*, sporządzony w Strasburgu dnia 13 maja 2004 roku, Dz.U. Nr 90 poz. 587.

203 Szerzej o reformie systemu ochrony praw człowieka Rady Europy zob.: C. Paraskeva, *The Relationship between the domestic Implementation of The European Convention on Human Rights and the ongoing Reforms of the European Court of Human Rights (With a Case Study on Cyprus and Turkey)*, Intersentia 2009, s. 21-58.

204 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration*, 19. Lutego 2010, tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

205 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights IZMIR, Turkey*, 26 – 27 April 2011, Declaration. Tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E1256FD2-DBE5-41E8-B715-4DF6D922C7B6/0/20110428_Declaration_Izmir_EN.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

206 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration*, tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

207 *Joint preliminary comments on the drafting of Protocols 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.europapraw.org/files/2012/08/Joint-NGO-submission-Protocols-15-and-16-to-the-ECHR-August-2012.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

208 Zob. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>, stan na 29. sierpnia 2012 r., (dostęp: 29.08.2012 r.).

209 Stanowią zatem jeden z możliwych dowodów na istnienie konsensusu w danej sprawie, co Trybunał wykorzystuje stosując metody marginesu oceny i konsensusu europejskiego (zob. następny rozdział).

210 W tym kontekście należy zasygnalizować, że trwają obecnie negocjacje dotyczące przystąpienia UE do *Konwencji*. Akt ten ma gwarantować kontrolę przestrzegania praw człowieka także przez organy UE i zapewnić spójność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Akcesja UE do *Konwencji* stała się możliwa wraz z wejściem w życie *Traktatu Lizbońskiego*, zgodnie z którym „Unia przystępuje do europejskiej *Konwencji* o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.” (art. 6 ust. 2 zd. 1 wersji skonsolidowanej *Traktatu o Unii Europejskiej*), a także nowym art. 59 *Konwencji* (zmienionym przez *Protokół 14*), który w ust. 2 deklaruje, że „Unia Europejska może przystąpić do niniejszej *Konwencji*.”

211 M. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 3-6.

2.3. Interpretacja traktatów międzynarodowych

Wykładnia norm prawa międzynarodowego budzi wiele kontrowersji.²¹² Wiąże się to z istnieniem przynajmniej trzech różnych stanowisk, zgodnie z którymi, interpretując akt prawa międzynarodowego, należy zwracać uwagę na inne czynniki.²¹³ Biorąc pod uwagę kryterium metody wykładni, można wyróżnić podejście tekstualne, intencjonalne i teleologiczne.²¹⁴ Zgodnie z tym pierwszym, jeżeli po dokonaniu wykładni językowej nie ma wątpliwości co do treści norm, należy na tym poprzestać, tekst powinien być jedyną podstawą interpretacji przepisów. Podejście intencjonalne kładzie nacisk na zamierzenia, jakie przyświecały osobom przyjmującym dany akt prawny, natomiast zgodnie z ostatnim podejściem – teleologicznym – to cel danej normy prawnej powinien rozstrzygać o znaczeniu przepisów. Odpowiednio do wskazanych wyżej podejść przypisać można preferowaną przez nie metodę wykładni – językową, historyczną i celowościową.

Skodyfikowanie zasad wykładni dokonało się wraz z podpisaniem *Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów* z 23 maja 1969 r., jednak zawarte w niej reguły (art. 31 - 33) nie rozwiąły wątpliwości co do tego, która metoda interpretacji jest najwłaściwsza.²¹⁵ Ogólna reguła interpretacji, zawarta w art. 31 *Konwencji wiedeńskiej*, obejmuje swoją treścią wszystkie ww. metody. Zgodnie z nią, interpretując traktat, należy brać pod uwagę zwykle znaczenie użytych w nim wyrazów (tekstualizm), ich kontekst (intencjonalizm) oraz przedmiot i cel traktatu (podejście teleologiczne). *Konwencji wiedeńskiej* nie jest obca także wykładnia systemowa, zgodnie z którą, interpretując dany traktat, należy brać pod uwagę in. normy prawa międzynarodowego (art. 31 ust 3 pkt c).²¹⁶

Oprócz wymienionych wyżej metod, które dzięki usankcjonowaniu w *Konwencji wiedeńskiej* można określić mianem typowych, czy klasycznych, w doktrynie opisuje się także inne metody, które nazwać można specyficznymi. Są one jednak nie tylko opisywane, ale przede wszystkim stosowane przez sądy międzynarodowe, w tym Europejski Trybunał Praw Człowieka. Do najczęściej wskazywanych należą wykładnia dynamiczna (ewolucyjna), margines oceny, pojęcia autonomiczne oraz metoda komparatystyczna.²¹⁷

2.4. Cechy charakterystyczne Konwencji i ich wpływ na jej interpretację

W kontekście *europiejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* zagadnienie metod interpretacji komplikuje dodatkowo charakter tego aktu prawnego. W doktrynie podkreśla się bowiem specjalne cechy, jakie posiada oparty na niej system ochrony praw człowieka i w związku z tym zaznacza, że również wykładnia *Konwencji* powinna być specyficzna. Wskazuje się zatem, że *Konwencja* nie jest typową umową międzynarodową regulującą stosunki między państwami, ale umową, której głównym celem jest ochrona praw i wolności człowieka.²¹⁸ Obowiązki państw z niej wynikające przyznawane są wszystkim osobom pozostającym pod ich jurysdykcją, a nie pozostałym państwom.²¹⁹ Zobowiązania z niej wynikające mają charakter „absolutny”, co oznacza, że wywiązywanie się z nich przez państwa nie jest uwarunkowane ich przestrzeganiem przez pozostałe strony *Konwencji*.²²⁰ Kolejnym argumentem prezentowanym w ramach tego stanowiska jest istnienie organu nadzorującego

212 O wykładni prawa międzynarodowego zob. m.in.: L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Wydawnictwo Prawnicze, 1957; M. Frankowska, *Prawo traktatów*, Szkoła Główna Handlowa, 1997; A. Kozłowski, *Interpretacja traktatu międzynarodowego w świetle jego kontekstu*, Wydawnictwo Sejmowe, 2002; U. Linderfalk, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2010; M. Fitzmaurice, O. A. Elias, P. Merkouris, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, BRILL, 2010; A. Orakhelashvili, S. Williams, *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, BRILL, 2010; O. Dörr, K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012; C. F.C.Rom, *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, 2007.

213 A. Kozłowski, *Interpretacja ...*, s. 13-14.

214 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo...*, s. 104-106; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 251, M. Frankowska, *Prawo ...*, s. 121-122.

215 Szerzej: M. Frankowska, *Prawo...*, s. 122-126; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo...*, s. 105.

216 *Konwencja wiedeńska o prawie traktatów* sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439.

217 Zob. np. P. Dijk, G. J. H. Hoof, G. J. H. Van Hoof, A. W. Heringa, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998, s. 71-96.

218 A. Orakhelashvili, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law* 14/2003, s. 531.

219 P. van Dijk and G. J. H. van Hoof, *Theory ...*, s. 40-41.

220 *Second Report*, Yearbook of the International Law Commission, vol. II, s. 54, § 124-126.

przestrzeżenie postanowień *Konwencji* – Trybunału mogącego wydawać prawnie wiążące wyroki, co wynika z art. 46 *Konwencji*.²²¹ Także sam sposób sformułowania gwarancji wynikających z *Konwencji* uważany jest za przejaw jej specyficzności. Podkreśla się bowiem, że normy *Konwencji* mają charakter norm *ius cogens*, a ponieważ mają na celu zabezpieczenie interesu społeczności międzynarodowej, są skuteczne *erga omnes*.²²² Niektórzy idą dalej i twierdzą, jak Robertson, że prawo wynikające z *Konwencji* nie jest ani prawem krajowym, ani międzynarodowym, ale łączy elementy obu. Jest stosowane nie tylko przez Trybunał, ale także przez Komitet Ministrów Rady Europy oraz sądy krajowe, a *Konwencja* nie tylko ustanawia zobowiązania dla Państw, ale też przyznaje prawa jednostkom.²²³ Ponadto zaznacza się, że system ma charakter regionalny, co dodatkowo ma wpływać na jego specyficzność (odmienność).²²⁴ Zgodnie z tym stanowiskiem system konwencyjny zasługuje na miano *sui generis*, a w związku z tym metody interpretacji *Konwencji* są i powinny być specyficzne.²²⁵ Usankcjonowaniem takiego podejścia jest wyrok Trybunału w sprawie *Wemhoff przeciwko Niemcom*, w którym Trybunał stwierdził, że „Konwencja jest traktatem ustanawiającym prawo (*law-making treaty*) i biorąc to pod uwagę konieczne jest poszukiwanie najwłaściwszej interpretacji, która będzie służyła zrealizowaniu celu i założeń traktatu, a nie interpretacji restrykcyjnej, która ograniczy zobowiązania stron.”²²⁶ Także Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Mapiripán Massacre przeciwko Kolumbii* potwierdził, że traktaty prawno-człowiecze mają specyficzną naturę, ponieważ „mają specyficzne mechanizmy kontroli, opierają się na wspólnych wartościach (ochrona człowieka), są stosowane zgodnie z koncepcją zbiorowych gwarancji, ucieleśniają zobowiązania, które są zasadniczo obiektywne [...]”.²²⁷

Z drugiej strony wskazuje się, że ww. argumenty w istocie nie świadczą o wyjątkowości *Konwencji*. Rietiker zauważa, że określenie, iż traktat dotyczy ochrony praw człowieka ma charakter ambiwalentny, jest irrelevantne z prawnego punktu widzenia (nie ma wartości normatywnej).²²⁸ Jego zdaniem „sama etykieta instrumentu >prawno-człowieczego<, jako taka, nie jest wystarczająca, by uzasadnić specjalne traktowanie interpretacji *Konwencji europejskiej*.”²²⁹ W stosunku do odrębności reżimu *Konwencji* pojawia się kontrargument, również w postaci orzeczenia Trybunału, że nie funkcjonuje on w próżni i musi brać pod uwagę zasady prawa międzynarodowego.²³⁰ Interpretacja *Konwencji* dokonywana przez Trybunał jest zatem uwarunkowana tym, że umowa ta nie obowiązuje „w próżni”. W związku z tym do interpretacji *Konwencji* należy stosować klasyczne metody wykładni, a szeroko komentowane w literaturze „specyficzne metody interpretacji” w rzeczywistości wywodzą się z metod klasycznych. I tak podejście ewolucyjne (wykładnia dynamiczna) wywodzi się, zdaniem Arato i Killandera,²³¹ z wykładni teleologicznej (funkcjonalnej), doktryna pojęć autonomicznych z art. 31 ust. 4 *Konwencji wiedeńskiej*, zgodnie z którym „specjalne znaczenie należy przypisywać wyrazowi wówczas, gdy ustalono, że taki był zamiar stron”, a metoda komparatystyczna z wykładni systemowej. Swoisty pozostaje zatem „margines oceny”, choć i on może być uznany za wynikający z wykładni funkcjonalnej.²³² Za Vanneste można wskazać, że specyficzna natura traktatów

221 R. Bernhardt, *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, German Yearbook of International Law, 42/1999, s. 17.

222 D. Rietiker, *The Principle of “Effectiveness” in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis*, Nordic Journal of International Law 79 (2010), s. 254.

223 A. H. Robertson, *The Relationship between the European Convention on Human Rights and Internal Law in General*, European Criminal Law (Colloques Européens, 1970), s. 12.

224 International Law Commission, 58th session, 1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006, *Report of the Study Group of the International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc No A/CN.4/L.682, § 152-164 (dalej: Raport Koskenniemi), *Loizidou v. Turkey*, 18 December 1996, § 70, 83-85 Reports of Judgments and Decisions 1996-VI.

225 A. Drzemczewski, *The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 29, No. 1 (Jan., 1980), s. 54-63.

226 *Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, § 8, Series A no. 7.

227 M. Killander, *Interpreting Regional Human Rights Treaties*, SUR – International Journal on Human Rights, V. 7, no 13, December 2010, s. 146.

228 D. Rietiker, *The Principle...*, s. 249, także: Raport Koskenniemi, § 254

229 D. Rietiker, *The Principle...*, s. 250

230 *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 29, Series A no. 18.

231 Zob. J. Arato, *Subsequent Practice and Evolutionary Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 9 (2010), s. 446; M. Killander, *Interpreting*, s. 144.

232 Margines uznania można uznać za wynikający z wykładni funkcjonalnej, jeżeli przyjmiemy, że Trybunał orzekając bierze pod uwagę, że dane Państwo w razie niezadowolenia z wyroku mogłoby wypowiedzieć Konwencję. Zeby do tego nie dopuścić, Trybunał ma na względzie specyficzne uwarunkowania danego Państwa i jest świadomy swojej subsydiarności. Tak najczęściej tłumaczy się sens korzystania z “marginesu uznania” i jest to jednocześnie najczęściej wskazywana wada tej metody, która zdaniem przeciwników prowadzi do relatywizacji praw człowieka.

dotyczących praw człowieka nie oznacza, że mają być one interpretowane w sposób niezgodny z założeniami *Konwencji wiedeńskiej* – metody wypracowane i stosowane przez trybunały regionalne wpasowują się bowiem w rozwiązania *Konwencji wiedeńskiej*.²³³

Interesujące stanowisko proponuje Forowicz,²³⁴ której zdaniem metodologia interpretacji stosowana przez Trybunał polega na wykładni przepisów *Konwencji* w ramach dwóch ekstremów – „paradygmatu otwartego”, polegającego na czerpaniu z międzynarodowego porządku prawnego, co jest przykładem wykorzystania wykładni systemowej, oraz „paradygmatu zamkniętego”, który cechuje podkreślanie autonomiczności *Konwencji* i jej systemu, a tym samym kreuje *Konwencję* jako „konstytucyjny instrument europejskiego porządku publicznego”.²³⁵

Innymi słowy Trybunał stosuje różne metody w taki sposób, jakby nie było między nimi hierarchii czy porządku.²³⁶ Traktuje *Konwencję* wiedeńską jako punkt odniesienia, który podlega jednak modyfikacjom.²³⁷ W sprawie *Golder przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał wskazał, że „proces interpretacji stanowi jedną złożoną operację – reguła z art. 31 *Konwencji wiedeńskiej*, umiejscawia różne elementy wymienione w czterech ustępach tego artykułu na tej samej płaszczyźnie”.²³⁸

Wskazać również należy, że różne metody przenikają się i uzupełniają wzajemnie, a niektóre są ze sobą sprzeczne.²³⁹ Pierwszy przypadek zachodzi np. między marginesem oceny, a metodą komparatystyczną (poszukiwanie tzw. konsensusu), czy między metodą tekstualną (traktowaną jako podstawa interpretacji), a funkcjonalną (jako uzupełnienie tekstualnej). Metoda historyczna (intencjonalizm) wyklucza natomiast wykładnię dynamiczną, a językowa – pojęcia autonomiczne.

Rozstrzygając sprawy, Trybunał wykorzystuje różne metody zamiennie, nie zawsze wyraźnie wskazując, które w danym momencie stosuje. Proces interpretacji, do jakiego dochodzi w wyniku stosowania *Konwencji* przez Trybunał dobrze przedstawił sędzia Loukaides. Jego zdaniem, interpretując *Konwencję*, należy brać pod uwagę jej ogólny kontekst (w tym preambułę), cel i założenia; punktem wyjścia jest jednak sformułowanie przepisu.²⁴⁰ Podejście tekstualne stanowi podstawę interpretacji, ale nie można poprzestać tylko na nim. Następnie brane są bowiem pod uwagę ogólne zasady prawa międzynarodowego, m.in. określone w *Konwencji wiedeńskiej*, a potem specjalne cechy *Konwencji*, przede wszystkim to, że określone w niej zobowiązania mają charakter obiektywny. Sędzia wskazuje też, że należy do interpretacji podchodzić pragmatycznie, a w przypadku wątpliwości należy wybrać rozszerzone znaczenie danego zobowiązania, a nie zawężające. Wskazówki te sugerują, że poprawność interpretacji otrzymanej za pomocą wykładni językowej należy sprawdzić, korzystając z metod wynikających z podejścia teleologicznego. Pokazuje to, że dla Trybunału liczy się przede wszystkim realizacja celu *Konwencji*.²⁴¹

Analizując orzecznictwo Trybunału dotyczące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, dostrzec jednak można wyraźnie, że posługiwanie się przez Trybunał różnymi metodami daje odmienne rezultaty. Dalsza analiza oparta będzie na podziale metod na klasyczne i specyficzne, by ułatwić późniejsze porównanie skutków stosowania określonych metod na wynik orzeczenia Trybunału – uznanie, że doszło do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, lub nie.

233 F. Vanneste, *General international law before human rights courts*, Antwerp: Intersentia, 2010, s. 227; zob. także J. Christoffersen, *Impact on general principles of treaty interpretation* [w:] M. T. Kamminga, M. Scheinin, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, 2009, s. 61.

234 M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 5-6.

235 *Loizidou v. Turkey*, ... § 75.

236 A. Orakhelashvili, *Restrictive ...*, s. 567.

237 M. Forowicz, *The Reception...*, s. 24

238 *Golder v. the United Kingdom*,..., § 30.

239 B. Emmerson, J. Simor, *Human Rights Practice*, Sweet & Maxwell, 2000, § 1.026.

240 Zob. D. Popovic, *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Creighton Law Review, Vol. 42/2009, s. 368.

241 L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden. Boston 2007, s. 15-16.

2.5. Klasyczne metody wykładni

2.5.1. Wykładnia językowa

2.5.1.1. Zasady

Zgodnie z zaprezentowanym wyżej tokiem rozumowania sędziów Trybunału, w procesie interpretowania postanowień *Konwencji* podstawową metodą jest wykładnia językowa. Polega ona na tym, by pojęciom i zwrotom użytym w akcie normatywnym przypisać ich normalne, potoczne znaczenie.²⁴² Oparcie się jedynie na podejściu tekstualnym może jednak doprowadzić do stwierdzenia, że sędziowie działają mechanicznie (*judge-as-mechanic principle*).²⁴³ Dlatego też, zgodnie z *Konwencją wiedeńską*, należy oprócz tej metody brać pod uwagę inne czynniki, takie jak kontekst traktatu, jego przedmiot i cel. *Konwencja* powinna być zatem interpretowana w sposób obiektywny, a nie w odniesieniu do tego, jak mogły ją rozumieć władze państwa w chwili jej ratyfikacji.²⁴⁴ W wypadku dwuznaczności należy dążyć do takiej interpretacji, która pozwoli na realizację celu *Konwencji*.²⁴⁵ Warto również odnotować, że wykładnia językowa nie jest idealnym sposobem interpretacji *Konwencji*, co wynika ze sposobu sformułowania jej przepisów – w sposób ogólny i lapidarny, wymagający zastosowania różnych metod interpretacyjnych dla odkodowania zawartych w nich norm.²⁴⁶

2.5.1.2. Egzemplifikacja w orzecznictwie Trybunału

W orzecznictwie Trybunału dotyczącym spraw wynikających z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową można wskazać wyroki odwołujące się wyraźnie do metody językowej. Najczęściej metoda ta wykorzystywana jest w sprawach, w których osoby skarżące zarzucają państwu naruszenie art. 12 *Konwencji*, czyli prawa do zawarcia małżeństwa. Artykuł ten brzmi następująco: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa.”

Jedną z pierwszych tego typu spraw była sprawa *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której wyrok wydano w 1986 r.²⁴⁷ Skarżącym był pan Rees, którego płeć przy urodzeniu oznaczono jako żeńską. Przeszedł on terapię hormonalną oraz operację korekty płci (sfinansowane ze środków publicznych) i funkcjonował w społeczeństwie jako mężczyzna. Mimo to władze państwowe odmawiały mu dokonania zmian jego aktu urodzenia, wobec czego figurował w tym dokumencie jako kobieta.²⁴⁸ W istotnym z punktu widzenia art. 12 *Konwencji* aspekcie tej sprawy skarżący zarzucał jej naruszenie poprzez to, że nie mógł zawrzeć związku małżeńskiego z kobietą. Jednocześnie stwierdził, że „psychologicznie, biologicznie i społecznie” nie jest w stanie zawrzeć takiego związku z mężczyzną.²⁴⁹

Komisja, która przygotowała w ramach tej sprawy raport, wskazała, że wiele państw członkowskich Rady Europy „uznaje możliwość zmiany płci przez osoby transseksualne i,²⁵⁰ pod pewnymi warunkami, przyznaje im prawo do zawarcia związku małżeńskiego z osobą o płci takiej, jaką same posiadały przed operacją.”²⁵¹ Mimo to, Komisja była podzielona co do zasadności orzekania w przedmiocie art. 12 *Konwencji* – zdaniem części składu kluczowe było rozstrzygnięcie, czy doszło do naruszenia art. 8 *Konwencji* (prawo do poszanowania życia prywatnego) poprzez nieuznanie (w postaci braku zgody na korektę treści aktu urodzenia) „nowej” płci skarżącego, natomiast rozpatrywanie naruszenia art. 12 uznano za zbędne. Pozostała grupa uznała, że należy odrębnie rozpatrzyć oba artykuły. Trybunał odnotował w wyroku tę różnicę zdań, ale się do niej nie odniósł. Posłużył się natomiast wykładnią ję-

242 L. Morawski, *Zasady...*, s.257

243 D. Popovic, *Prevailing...*, s. 366.

244 *East African Asians*, 3 EHRR 76, 80–81.

245 E. Lauterpacht, D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, [w:] E. Feller, V. Türk, F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge Books Online.<http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511493973.008>, s. 113.

246 C. Ovey, R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2006, s. 42-44.

247 *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106 .

248 W kwestii aktów stanu cywilnego i ich roli w Wielkiej Brytanii i Francji zob. *B. v. France*, 25 March 1992, § 52, Series A no. 232-C.

249 *Report of the Commission*, Application No . 9532/81, Mark Rees against United Kingdom, Adopted on 12 December 1984, § 29.

250 Określenie „zmiana płci” wydaje się w kontekście osób transseksualnych niefortunne, dlatego też autor posługuje się określeniem „korekta płci”.

251 Komisja wskazała rozwiązania prawne obowiązujące w Szwecji, Niemczech, Włoszech, Szwajcarii i Norwegii, zob. *Report of the Commission*, ..., § 44.

zykową i uznał, że „prawo zawarcia związku małżeńskiego gwarantowane przez art. 12 odnosi się do tradycyjnego małżeństwa między osobami różnych płci biologicznych”. Co więcej Trybunał wskazał, że „sposób sformułowania art. 12 służy głównie ochronie małżeństwa jako podstawy rodziny.”²⁵² Odczytując literalnie normę wynikającą z art. 12 *Konwencji*, jednogłośnie uznano, że nie miało miejsca w tej sprawie jej naruszenie przez Wielką Brytanię.

Do podobnych konkluzji doszedł Trybunał w innej sprawie dotyczącej osób transseksualnych. Tym razem skargę wniosły dwie osoby – pani Scheffield i pani Horsham, obie przy urodzeniu zarejestrowane jako mężczyźni.²⁵³ Zarzucały Wielkiej Brytanii naruszenie art. 12 *Konwencji* poprzez to, że uniemożliwiając dokonanie korekty aktów urodzenia, pozbawia je możliwości zawarcia związku małżeńskiego z osobami płci męskiej. Trybunał w zasadzie powtórzył swoje słowa z wyroku w sprawie *Rees*, odwołując się wprost do wykładni językowej przedmiotowego przepisu. Co ciekawe, tym razem sędziowie nie byli jednomyślni – uznali, że nie doszło do naruszenia art. 12 większością 18 do 2 głosów.²⁵⁴ Zdanie odrębne zgłosił sędzia Van Dijk (podzielił je sędzia Wildhaber), według którego brak przyzwolenia na zawarcie związku małżeńskiego przez osobę transseksualną po dokonanej operacji korekty płci z osobą płci przeciwnej, w sytuacji kiedy dane państwo nie zezwala też na związki osób tej samej płci, stanowi naruszenie istoty prawa do zawarcia małżeństwa, a tym samym jest niezgodne z art. 17 *Konwencji*.²⁵⁵ Podejście większości uległo zmianie dopiero wraz z wyrokiem w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, ale w sprawie tej Trybunał posłużył się m.in. wykładnią ewolucyjną, a nie językową.²⁵⁶

Wykładnia językowa art. 12 *Konwencji* stosowana była także w kontekście skarg osób homoseksualnych. W sposób wyraźny została ona powołana w orzeczeniu w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*.²⁵⁷ Skarżący zarzucali władzom Austrii naruszenie tego prawa poprzez niedopuszczenie do zawierania małżeństw jednopłciowych. Argumentowali, że sformułowanie art. 12 nie ogranicza prawa do zawarcia małżeństwa tylko dla par heteroseksualnych, ale oznacza, że zarówno kobiety, jak i mężczyźni, mogą taki związek zawrzeć. Trybunał w swoim wyroku przywołał wcześniejsze, podobne przedmiotowo sprawy, przede wszystkim dotyczące osób transseksualnych, w których uznano, że odmowa zawarcia przez nie małżeństwa z osobami przeciwnej płci (w stosunku do ich płci po przeprowadzeniu operacji korekty płci) stanowi naruszenie postanowień *Konwencji* (sprawa *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*). Tym samym Trybunał zwrócił uwagę, że *Konwencja* jest tzw. żywym dokumentem, który należy interpretować zgodnie z bieżącymi okolicznościami. Mimo to podkreślił, że w sytuacji kiedy po operacji korekty płci zainteresowana osoba miała tę samą płeć co małżonek/małżonka Państwa członkowskie Rady Europy wymagały dla pełnego uznania „nowej” płci osoby transseksualnej rozwiązania istniejącego małżeństwa. Trybunał wskazał, że akceptuje ten wymóg, uznając skargi takich osób za niedopuszczalne. Stanowisko to wytłumaczył szerokim zakresem marginesu oceny, jaki pozostawił państwom w kwestii regulowania prawa małżeńskiego (co wynikało z wcześniejszego orzecznictwa Trybunału, m.in. spraw *Parry przeciwko Wielkiej Brytanii*, *R. i F. przeciwko Wielkiej Brytanii*).²⁵⁸

Interpretując art. 12 *Konwencji*, Trybunał posłużył się w tej sprawie wykładnią językową – zwrócił uwagę na fakt, że przepis daje prawo do zawarcia małżeństwa „mężczyznom i kobietom”. Przywołał również wersję francuską tego artykułu, która precyzyjniej określa (poprzez użycie liczby pojedynczej)²⁵⁹, kto może zawrzeć związek małżeński. Wobec spostrzeżonej różnicy sformułowań można przy-

252 *Rees v. the United Kingdom*, ..., § 49.

253 *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V.

254 Ostatecznie Trybunał zmienił swoje podejście do małżeństw osób transseksualnych przy okazji sprawy *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r. uznając, że doszło w niej do naruszenia art. 12; zob. *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 104, ECHR 2002-VI.

255 *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*,..., § 66.

256 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*,..., § 103.

257 *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.

258 *Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV; *R. and F. v. the United Kingdom* (dec.), no. 35748/05, 28 November 2006.

259 W wersji angielskiej art. 12 zaczyna się od słów: “men and women”, a zatem posługuje się liczbą mnogą – mężczyźni i kobiety. Wersja francuska zaczyna się od słów „l’homme et la femme”, a zatem wyrażeniami w liczbie pojedynczej. Zob. różne wersje językowe *Konwencji*, dostępne na stronie internetowej: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

puszczać, że Trybunał postąpił zgodnie z art. 33 ust. 4 *Konwencji wiedeńskiej*, tzn. przyjął znaczenie, które przy uwzględnieniu przedmiotu i celu traktatu najlepiej godzi te teksty. Świadczy o tym dalsza część wyroku. Trybunał stwierdza w nim, że analizując treść art. 12 z pominięciem reszty *Konwencji*, można uznać, że jego sformułowanie nie wyklucza dopuszczalności małżeństwa między osobami tej samej płci. Następnie jednak wykorzystuje wykładnię systemową i zauważa, że wszystkie materialne przepisy *Konwencji* sformułowane są w sposób przyznający prawa „wszystkim” lub stwierdzający, że „nikt” nie może być w zakazany sposób traktowany. Tym samym przyjął, że sformułowanie art. 12 w sposób przyznający prawo do zawarcia małżeństwa mężczyznom i kobietom, a nie „wszystkim”, uniemożliwia uznanie, że osoby tej samej płci mają prawo do zawarcia małżeństwa.²⁶⁰ Trybunał uznał jednomyślnie, że w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia art. 12 *Konwencji*. Warto zauważyć, że nie posłużył się tylko wykładnią językową, ale argumenty wynikające z podejścia tekstualnego wyraźnie przeważały w ostatecznym rozstrzygnięciu.

Dalsze uzasadnienie słuszności rozstrzygnięcia w tej sprawie można znaleźć w zgodnej opinii sędziów Malinvernego i Kovlera dołączonej do wyroku. Powołali się oni na treść art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 32 *Konwencji wiedeńskiej* o prawie traktatów. Stosownie do tego pierwszego przepisu, traktat należy interpretować „zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom [...]”. Sędziowie ci uznając, że podstawową metodą interpretacji jest wykładnia językowa, stanęli na stanowisku, że sformułowanie art. 12 *Konwencji* nie daje podstaw do przyznania prawa do zawarcia małżeństwa osobom tej samej płci. Na poprawność takiego rozumowania zwrócili uwagę, przywołując treść art. 32 *Konwencji wiedeńskiej*, zgodnie z którym można sięgnąć do uzupełniających metod interpretacji, jeśli wykładnia na podstawie art. 31 prowadzi do rezultatu wyraźnie absurdalnego lub nierozsądnego.²⁶¹

Biorąc pod uwagę współwystępowanie metod interpretacyjnych w praktyce orzeczniczej Trybunału, warto zauważyć, że we wszystkich wskazanych wyżej sprawach dotyczących prawa do zawarcia związku małżeńskiego Trybunał stwierdzał, że państwa mają szeroki margines oceny w regulowaniu korzystania z tego prawa. Można zatem wysnuć wniosek, że w sprawach, które uchodzą za kontrowersyjne, co do których nie ma konsensusu wśród państw członkowskich Rady Europy, a w związku z tym władzom państwowym przyznaje się szeroki margines oceny, Trybunał interpretując przepisy *Konwencji* posługuje się wykładnią językową.²⁶²

Zastosowanie przez Trybunał wykładni językowej w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową skutkuje odmową przyznania skarżącym praw gwarantowanych przez *Konwencję*. W przypadku prawa osób transseksualnych do zawarcia małżeństwa Trybunał długo akceptował dyskryminujące rozwiązania prawne państw członkowskich Rady Europy. Polegały one na tym, że mimo zezwolenia na dokonanie operacji korekty płci (i często sfinansowania zabiegu), państwa nie uznawały ostatecznie „nowej” płci osoby transseksualnej. Skutkowało to tym, że nie mogły one zawrzeć małżeństwa ani z osobą płci przeciwnej, ani (wobec braku legalizacji małżeństw jedнопłciowych) tej samej płci. Argumentem była literalna interpretacja art. 12, do czasu wydania wyroku w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, co nastąpiło w 2003 r. W przypadku osób homoseksualnych w dotychczas rozpoznanych sprawach Trybunał nie uznał, by niedopuszczenie w porządku prawnym danego państwa małżeństw jedнопłciowych stanowiło naruszenie *Konwencji*. Stanowisko to może ulec w przyszłości zmianie, ponieważ na rozpatrzenie oczekuje podobna sprawa, *Chapin i Charpentier przeciwko Francji* (skarga nr 40183/07).²⁶³

260 *Schalk and Kopf v. Austria* ..., § 55.

261 *Zob. Schalk and Kopf v. Austria* ..., Concurring opinion of Judge Malinverni joined by Judge Kovler, pkt. 1.

262 M. Forowicz, *The Reception* ..., s. 31.

263 Skarżący zawarł związek małżeński przed urzędnikiem stanu cywilnego, który następnie został unieważniony przez sądy francuskie. Sprawa została zakomunikowana rządowi francuskiemu 27 kwietnia 2009 r., zob. informację na stronie internetowej: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4BEE0406-9AD4-456A-AEFO-B4A92A867858/0/PCP_France_en.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.). Zastanawia jednak fakt, że w bazie orzecznictwa Trybunału, HUDOC, nie są dostępne żadne informacje o niniejszej sprawie. Sugerować to może, iż została ona rozstrzygnięta w trybie art. 39 *Konwencji*, tj. poprzez polubowne załatwienie.

2.5.2. Wykładnia historyczna

Kolejna klasyczna metoda interpretacji *Konwencji* wykorzystywana przez Trybunał to wykładnia historyczna.²⁶⁴ Polega ona na odczytywaniu przepisów *Konwencji* przez sędziów Trybunału w taki sposób, by urzeczywistnić intencje jej autorów.²⁶⁵ Odbywa się to m.in. przez sięganie do prac przygotowawczych do traktatu oraz okoliczności jego zawarcia, a zatem jest zgodne z art. 32 *Konwencji wiedeńskiej*.²⁶⁶ Stanowisko Trybunału można czasem określić wręcz oryginalizmem, tzn. próbuje on dociec, badając kontekst historyczny, jak dane pojęcia czy instytucje prawne były rozumiane dawniej, w czasach, kiedy powstała *Konwencja*. Ma to miejsce niezwykle rzadko, ponieważ sam Trybunał przyznał, że *Konwencja* nie może być interpretowana tylko na podstawie intencji autorów wyrażonych ponad 40 lat temu.²⁶⁷ Ponadto w doktrynie wskazuje się, że prace przygotowawcze są „notorycznie niewiarygodne” jako ogólne wskazówki interpretacji Traktatu.²⁶⁸

W sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową przykładem zastosowania wykładni historycznej jest ponownie art. 12 *Konwencji*. Pierwszy przykład dotyczy jednak krytyki tego podejścia, jaką wyraził sędzia Martens w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 10843/84). Sprawa dotyczyła sytuacji osób transseksualnych w Wielkiej Brytanii. Skarżąca nie mogła poprawić swojego aktu urodzenia i co za tym idzie zawrzeć związku małżeńskiego. Trybunał, tak jak w sprawie *Rees*, uznał, że nie doszło do naruszenia *Konwencji*. Rozstrzygnięcie to skrytykował sędzia Martens, wskazując, że nie należy stosować wykładni historycznej (intencjonalnej), ponieważ „kiedy *Konwencja* była tworzona, transseksualizm był, co najwyżej, zagadnieniem medycznym i etycznym, ale z pewnością nie prawnym [...]”. Biorąc to pod uwagę, podkreślił, że nie można założyć, iż autorzy *Konwencji* „zdecydowali się nie przyznać prawa do zawarcia związku małżeńskiego osobom transseksualnym, które dokonały zabiegu korekty płci”.

Mimo takiego poglądu Trybunał posłużył się argumentem typowym dla interpretacji intencjonalnej w późniejszej sprawie *Parry przeciwko Wielkiej Brytanii* (skarga nr 42971/05).²⁶⁹ Skarżącymi było małżeństwo składające się z biologicznej kobiety i kobiety trans (osoba transseksualna, po urodzeniu zarejestrowana jako mężczyzna, ówczesnie po zabiegu korekty płci), zawarte przed jej zabiegiem. Ta ostatnia, by uzyskać poprawiony akt urodzenia, co oznaczałoby prawne uznanie jej właściwej płci, musiała zgodnie z ówczesnym prawem brytyjskim rozwiść się z żoną, ponieważ nie można było zawrzeć małżeństwa jedнопłciowego. W decyzji, w której Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną, lakonicznie stwierdził, że małżeństwa jedнопłciowe są niedozwolone, a państwa, które je dopuszczają, robią to zgodnie ze swoją wizją roli małżeństwa i nie wynika to z interpretacji praw określonych przez Wysokie Umawiające się Strony w 1950 r.²⁷⁰ Posługując się tym argumentem, Trybunał pokazał, że prawo do zawarcia związku małżeńskiego należy rozumieć tak, jak rozumiano je w 1950 r.

Interpretację historyczną dostrzec też można we wspomnianej już sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*. Argumentując w wyroku niemożność uznania prawa osób tej samej płci do zawarcia małżeństwa, Trybunał powołał się (oprócz wykładni językowej) na kontekst historyczny, w jakim tekst *Konwencji* został uzgodniony i przyjęty. Stwierdził, że w 1950 r. małżeństwo z pewnością było rozumiane w sposób tradycyjny, tj. jako związek osób różnych płci.²⁷¹ Do podobnego argumentu sięgnęli sędziowie Malinverni i Kovler w zgodnej opinii do wyroku w tej sprawie (*concurring opinion*), stwierdzając, że

264 Zdaniem Morawskiego wykładnia historyczna „polega [...] na uwzględnianiu w toku interpretacji kierunku ewolucji instytucji prawnych” i „nie jest traktowana jako odrębny typ wykładni [...]”. Autor ten zalicza wykładnię historyczną do wykładni funkcjonalnej i wyraźnie odróżnia od podejścia intencjonalnego. Zob. L. Morawski, *Zasady...*, s. 152-153 i 251.

265 C. Mik, *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka*, [w:] Toruński rocznik praw człowieka i pokoju 1992, Toruń 1993, s. 14 i 18.

266 O pracach przygotowawczych jako źródle pomocniczym dla interpretacji traktatów zob. np. B. N. Mehrish, *Travaux Preparatoires as an Element in the Interpretation of Treaties*, Indonesian Journal of International Law, vol. 11 (1990).

267 *Loizidou v. Turkey...*, § 70–71; *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 101, ECHR 1999-V.

268 F. G. Jacobs and R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1996, s. 33; Harris, O’Boyle and Warbrick, *The Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, s. 17.

269 *Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV.

270 *Parry v. the United Kingdom...*, III.B.

271 *Schalk and Kopf v. Austria, ...*, § 55.

interpretacja historyczna potwierdza wynik interpretacji językowej. Uznali oni, że art. 12 *Konwencji* dotyczy tylko osób różnych płci.

Kontrowersje wzbudza to, że czasem Trybunał posługuje się interpretacją dynamiczną, wskazując, że *Konwencja* jest „żywym dokumentem”, a czasem wraca do interpretacji historycznej (intencjonalnej). Wyjaśnieniem takiego stanowiska może być stwierdzenie z wyroku w sprawie *Johnston* i inni przeciwko Irlandii, że Trybunał nie może, wykorzystując interpretację dynamiczną, tworzyć praw, których *Konwencja* nie zawierała pierwotnie.²⁷² W kontekście prawa do zawarcia małżeństwa nie wydaje się to jednak przekonywujące. Potwierdza jednak wniosek sformułowany w poprzednim punkcie, że kiedy Trybunał ma rozstrzygnąć sprawę uchodzącą za kontrowersyjną moralnie, stosuje metody, które można określić mianem restrykcyjnych, tzn. takich, które zawężają zakres praw gwarantowanych *Konwencją*.

2.5.3. Wykładnia funkcjonalna

Wielokrotnie w orzecznictwie dotyczącym dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową Trybunał wykorzystywał wykładnię funkcjonalną.²⁷³ Polega ona na „wydobyciu znaczenia ukrytego za słowami, w oparciu na przeznaczeniu danej regulacji prawnej”.²⁷⁴ Bierze się zatem pod uwagę nie tyle tekst *Konwencji*, ale cel, ze względu na który została ustanowiona i założenia, jakie ma spełniać.

W prawie międzynarodowym wykładnia funkcjonalna skodyfikowana jest w art. 31 ust. 1 *Konwencji wiedeńskiej* i opiera się na założeniu, że traktat stanowi swoistą całość, zawierającą określone założenia i cel. *Konwencja* ta nie precyzuje jednak, jak określić owy cel i założenia traktatu. W praktyce Trybunał sięga do preambuły *Konwencji europejskiej*, zgodnie z którą celem *Konwencji* jest „zbiorowe zagwarantowanie niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”, a założenia, na jakich się opiera, to „podstawowe wolności, które są fundamentem sprawiedliwości i pokoju na świecie i których zachowanie opiera się głównie z jednej strony na rzeczywiście demokratycznym ustroju politycznym, z drugiej na jednolitym pojmowaniu i wspólnym poszanowaniu praw człowieka”.²⁷⁵

Ze stosowaniem wykładni funkcjonalnej wiąże się zasada efektywności (*effet utile*)²⁷⁶, według której „należy nadawać taką interpretację postanowieniom traktatu, która sprzyja ich jak najzupełniejszej realizacji”.²⁷⁷ W orzecznictwie Trybunału egzemplifikacją takiego podejścia jest przyjęcie, że prawa i wolności gwarantowane *Konwencją* mają być stosowane w sposób „praktyczny i skuteczny (efektywny)”.²⁷⁸

Wykładnia funkcjonalna *Konwencji europejskiej* implikuje też kilka innych założeń. Zasadnicze dotyczy faktu, że przedmiotem *Konwencji* jest ochrona praw i wolności człowieka i w związku z tym ich ograniczenia mogą być interpretowane tylko zawężająco (szerokie ich interpretowanie byłoby niezgodne z celem *Konwencji*). Interpretacja celowościowa postanowień *Konwencji* jest też uzasadnieniem dla wykładni dynamicznej (ewolucyjnej), ponieważ właśnie zgodnie z tym podejściem gwarancje wynikające z *Konwencji* mogą być rzeczywiście realizowane. Ponadto z zasady efektywności Trybunał wywiódł tzw. „pozytywne obowiązki” państw²⁷⁹ – doktrynę, zgodnie z którą nie wystarczy, że państwa zakażą działań sprzecznych z *Konwencją*, ale muszą także podjąć działania mające na celu efektywną realizację jej norm.²⁸⁰

Analiza wykorzystania wykładni funkcjonalnej w orzecznictwie Trybunału dotyczącym dyskrymi-

272 *Johnson v. the United Kingdom*, 24 October 1997, § 53, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII.

273 Wykładnia funkcjonalna bywa określana mianem celowościowej lub teleologicznej, zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 291.

274 D. Popovic, *Prevailing ...*, s. 367.

275 M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 32.

276 Po raz pierwszy Trybunał powołał się na tę zasadę w sprawie *Airey* w 1978 r. Zob. *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, § 24, Series A no. 32. O zasadzie efektywności zob. m.in. J. Symonides, *Zasada efektywności w prawie międzynarodowym*, Toruń 1967.

277 W. Bernhardt, *Interpretation in International Law*, [w:] *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam 1992, s. 1420, za: L. Morawski, *Zasady ...*, s. 261.

278 *Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31.

279 M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 12.

280 D. McRae, *Approaches to the Interpretation of Treaties: The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body*, [w:] S. Breitenmoser, *Droits de l'homme, démocratie et état de droit, liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, 2007, s. 1412.

nacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową zostanie dokonana z uwzględnieniem podziału zaproponowanego przez Mika. Zwrócił on uwagę, że w ramach podejścia funkcjonalnego w działalności Trybunału można wyróżnić dwie dyrektywy wykładni: na rzecz urzeczywistnienia praw człowieka (*pro hominae*) i na rzecz utrzymania porządku demokratycznego (*pro democratiae*).²⁸¹

2.5.3.1. Dyrektywa *pro hominae*

Wykładnia na rzecz urzeczywistnienia praw człowieka polega na podkreśleniu przez Trybunał znaczenia zasady efektywności. W orzeczeniach przyjmuje to formę stwierdzenia, że „Konwencja musi być interpretowana i stosowana w sposób, który sprawi, że gwarantowane nią prawa będą praktyczne i skuteczne, a nie teoretyczne i iluzoryczne”.²⁸² Takie podejście Trybunał zaprezentował m.in. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której rozpatrywał zgodność działania państwa polegającego na odmowie poprawienia aktu urodzenia osobie transseksualnej, która dokonała zabiegu korekty płci.²⁸³

Podobne stwierdzenie znalazło się w wyroku w sprawie *Alekseyev przeciwko Rosji*, w której skarżący zarzucał naruszenie m.in. art. 11 *Konwencji* (wolność zgromadzeń i stowarzyszania się).²⁸⁴ Trybunał zauważył, że „byłoby to niezgodne z podstawowymi wartościami *Konwencji*, jeśli korzystanie przez grupę mniejszościową z zawartych w niej praw byłoby uzależnione od zaakceptowania tego przez większość. W wypadku gdyby tak było, prawo do wolności wyznania, wyrażania opinii i zgromadzeń stałoby się dla grup mniejszościowych tylko teoretyczne, a nie praktyczne i skuteczne, czego wymaga *Konwencja*”.²⁸⁵ W sprawach tych zwrócenie uwagi na zapewnienie skuteczności prawom gwarantowanym w *Konwencji* przyczyniło się do uznania, że państwa naruszyły jej postanowienia.

Dyrektywa *pro hominae* jest także podstawą doktryny pozytywnych obowiązków, czyli takiej interpretacji postanowień *Konwencji*, która nakazuje państwom zapewnienie skutecznych możliwości korzystania z praw i wolności, a nie tylko zakazuje im ich naruszania.²⁸⁶ Przedmiotem *Konwencji* jest zatem nie tylko ochrona jednostki przed arbitralnością władzy państwowej, ale i obowiązek tych władz ochrony jednostki przed innymi jednostkami.²⁸⁷

Wśród orzeczeń związanych z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową doktryna ta była najczęściej stosowana w sprawach dotyczących osób transseksualnych. Już w pierwszej sprawie tego rodzaju, *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*, Trybunał zauważył, że art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) może nakładać obowiązek państwa efektywnego poszanowania życia prywatnego, którego jednak zakres ograniczony jest marginesem oceny.²⁸⁸ Ponadto zdaniem Trybunału istnienie pozytywnego obowiązku zależy też od wyważenia interesów wspólnoty i jednostki.²⁸⁹ Chodziło bowiem o ewentualne stwierdzenie, że państwo ma obowiązek uznać „nową” płeć osoby transseksualnej po dokonaniu zabiegu korekty płci poprzez wydanie poprawionego aktu urodzenia. Wobec uznania argumentu rządu brytyjskiego, że rola aktów urodzenia ma znaczenie dla pewności obrotu prawnego, a więc jest istotna dla wspólnoty, Trybunał przyjął, że pozytywne obowiązki wynikające z art. 6 „nie sięgają tak daleko”.²⁹⁰ Postawa Trybunału uległa zmianie w 2003 r., kiedy wydał wyrok w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*. Stwierdził w nim, że państwa nie mają już szerokiego marginesu oceny w tej kwestii, nie ma też wynikających z interesu społecznego w tym, by

281 C. Mik, *Metodologia...*, s. 19.

282 *Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, § 87, Series A no. 161.

283 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ..., § 74.

284 *Alekseyev v. Russia*, nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, 21 October 2010.

285 *Ibidem.*, § 81.

286 C. Mik, *Metodologia...*, s. 20.

287 J. Marshall, *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston 2009, s. 45.

288 *Rees v. the United Kingdom*, ..., § 35.

289 *Ibidem.*, § 37.

290 *Ibidem.*, § 44.

jednostka nie uzyskała prawne uznanie swojej „nowej” płci. Dobrym podsumowaniem ewolucji podejścia Trybunału do obowiązków państw względem osób transseksualnych, wynikających z art. 8 *Konwencji* jest fragment wyroku w sprawie *L. przeciwko Litwie*, w którym Trybunał wskazał, że państwa powinny prawnie uznawać „nową” płeć osób transseksualnych, które przeszły operację korekty płci, m.in. poprzez poprawianie aktów stanu cywilnego.²⁹¹ Ponadto nakazał Litwie przyjęcie prawa regulującego w pełni proces korekty płci, ponieważ ówczesnie obowiązujące tam ustawodawstwo zawierało w tej kwestii lukę – uznawało prawo osób transseksualnych do korekty płci oraz zmiany aktów stanu cywilnego, ale brak było przepisów wykonawczych umożliwiających faktyczne przeprowadzenie pełnego zabiegu korekty płci. Trybunał uznał to za naruszenie art. 8 *Konwencji*.²⁹²

2.5.3.2. Dyrektywa *pro democratiae*

Zgodnie z dyrektywą wykładni na rzecz porządku demokratycznego (*pro democratiae*) Trybunał interpretuje *Konwencję* tak, by uwzględnić jej przywiązanie do uwidocznionych w preambule wartości demokratycznych. Wielokrotnie podkreślał, że *Konwencja* opiera się na systemie demokratycznym i musi być tak stosowana, by system ten wzmacniać. W wielu wyrokach Trybunał definiował też, co rozumie przez pojęcie „porządku demokratycznego” i jakimi cechami charakteryzuje się „społeczeństwo demokratyczne”. Chodzi bowiem o takie społeczeństwo, które jest „pluralistyczne, tolerancyjne i otwarte”.²⁹³

Przykładami zastosowania takiego podejścia są sprawy związane z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną, także w kontekście wyróżnienia dwóch kierunków, w jakich podąża Trybunał, wykorzystując tę dyrektywę. Zdaniem Mika wykładnia prodemokratyczna z jednej strony wzmacnia ochronę praw i wolności jednostek (kosztem większości), ale z drugiej może je ograniczać w celu utrzymania porządku demokratycznego (jeżeli prawa jednostki godziłyby w porządek demokratyczny).²⁹⁴

Egzemplifikację pierwszego kierunku stanowią wyroki w przedmiotowo podobnych sprawach – *Bączkowski i inni przeciwko Polsce* i *Alekseyev przeciwko Rosji*.²⁹⁵ Skarżący zarzucali w nich naruszenie m.in. art. 11 *Konwencji*, czyli wolności zgromadzeń i stowarzyszania się.²⁹⁶ W pierwszej sprawie organizatorzy marszu równości i zgromadzeń mających na celu zwrócenie uwagi publicznej na dyskryminację różnych mniejszości – seksualnych, narodowych, etnicznych i religijnych – spotkali się z odmową udzielenia zgody na odbycie planowanych wydarzeń. Ówczesne władze Warszawy argumentowały odmowę m.in. brakami formalnymi wniosku o udzielenie zgody na marsz (niedostarczenie „projektu organizacji ruchu”), a także tym, że w tym samym czasie miały się odbyć inne wydarzenia, których cele były sprzeczne z celami marszu – obawiano się ewentualnej eskalacji przemocy (organizatorzy sześciu innych demonstracji zaplanowanych na ten sam dzień, co marsz równości, otrzymali zgodę na przejście).²⁹⁷ Mimo braku zgody władz marsz odbył się 11 czerwca 2005 r. Następnie organizatorzy odwołali się od decyzji odmownych, w wyniku czego zostały one unieważnione. Organy odwoławcze uznały, że nie można było żądać od organizatorów „projektu organizacji ruchu” oraz że to państwo miało zapewnić możliwość korzystania z wolności zgromadzeń i zagwarantować, że przebiegną one pokojowo.

Trybunał, interpretując art. 11 i rozstrzygając, czy doszło do jego naruszenia, szeroko wypowiedział się na temat społeczeństwa demokratycznego i roli, jakie odgrywają w nim zgromadzenia i stowarzyszenia. Przede wszystkim jednak stwierdził, „że demokracja jest podstawową cechą europejskiego porządku publicznego, a *Konwencja* ma na celu promowanie i utrzymywanie ideałów i wartości społeczeństwa demokratycznego”.

291 *L. v. Lithuania*, no. 27527/03, § 56, ECHR 2007-IV.

292 Uznanie prawa do korekty płci osoby transseksualnej zawarte było w litewskim kodeksie cywilnym, który odsyłał w tej kwestii do regulującej tę problematykę ustawy. Ustawy takiej jednak nie przyjęto, *Ibidem.*, §25-32.

293 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 63, Series A no. 44.

294 C. Mik, *Metodologia...*, s. 21.

295 *Bączkowski and Others v. Poland*, no. 1543/06, 3 May 2007; *Alekseyev v. Russia...*

296 Wyraźne posługiwanie się Trybunału wykładnią funkcjonalną, szczególnie w jej aspekcie prodemokratycznym, można zauważyć w sprawach dotyczących wolności wyrażania opinii (art. 10 *Konwencji*) i wolności zgromadzeń i stowarzyszania się (art. 11 *Konwencji*), S. Greer, *The European...*, s. 199.

297 Tematami tych zgromadzeń były np.: „Przeciwko jakimkolwiek pracom legislacyjnym nad ustawą o związkach partnerskich”, „Przeciwko propagandzie na rzecz związków partnerskich”, czy „Przeciwko adopcji dzieci przez pary homoseksualne”, zob. *Bączkowski and Others v. Poland* ..., § 16.

czeństwa demokratycznego”.²⁹⁸ To ostatnie pojęcie Trybunał definiuje za pomocą pluralizmu, tolerancji i otwartości, a sam pluralizm wytłumaczył jako uznanie i szacunek dla różnorodności. Wyjaśnienie to było niezbędne do wysunięcia kolejnego wniosku: demokracja nie oznacza dyktatu większości, należy mieć na względzie także sprawiedliwe i właściwe traktowanie mniejszości. W tym wszystkim istotną rolę odgrywają stowarzyszenia – to dzięki nim demokracja może działać prawidłowo. Stwierdziwszy to, Trybunał uznał, że państwo jest gwarantem zasady pluralizmu i w kontekście wolności zgromadzeń i stowarzyszania się nie może w ich korzystanie nie ingerować – musi zabezpieczyć efektywne z nich korzystanie. Argumentacja ta jest zatem przykładem wykorzystania metody obowiązków pozytywnych i zasady efektywności, a przede wszystkim – wykładni funkcjonalnej, zwracającej uwagę na cel danej regulacji. Trybunał podkreślił bowiem, że koncepcja nieingerowania w korzystanie z wolności zgromadzeń (a zatem podejście negatywne) byłaby niezgodna z celem art. 11 i całej *Konwencji*.²⁹⁹ W niniejszej sprawie Trybunał uznał, że władze Polski naruszyły ten artykuł.

Sprawa przeciwko Rosji była bardzo podobna – w tym wypadku również odmówiono zgody na marsz, którego celem było zwrócenie uwagi na dyskryminację mniejszości seksualnych. Odmowę argumentowano obawami przed zamieszkami, a także ochroną moralności, zdrowia i wolności innych.³⁰⁰ Trybunał w wyroku stwierdzającym naruszenie przez Rosję m.in. art. 11 *Konwencji* odwołał się do swoich wniosków ze sprawy *Bączkowski i inni przeciwko Polsce*, ale też doprecyzował swoje stanowisko. Stwierdził, że wolność zgromadzeń gwarantowana art. 11 *Konwencji* ma na celu także ochronę „demonstracji, które mogą denerwować lub urażać osoby przeciwne ideom, które propaguje”. Ich uczestnicy muszą mieć możliwość demonstrowania swoich przekonań bez strachu, że będą narażeni na przemoc fizyczną ze strony ich przeciwników, i to na państwie leży obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa demonstrujących.³⁰¹ Wolność ta jednak nie jest nieograniczona – nie obejmuje bowiem zgromadzeń, których uczestnicy mają zamiar propagowania przemocy lub w inny sposób podważania podstaw „społeczeństwa demokratycznego”.³⁰²

Trybunał zwrócił także uwagę na zagrożenia dla demokracji, jakie wynikałyby z innego podejścia do wolności zgromadzeń. Przede wszystkim zauważył, że jeśli władze państwowe zakazywałyby demonstracji z powodu potencjalnych obaw o bezpieczeństwo uczestników, to społeczeństwo byłoby pozbawione szansy zaznajomienia się z innymi, mniej popularnymi poglądami, które mogą być niezgodne z opinią większości. Poza tym każda ingerencja w wolność zgromadzeń (z wyjątkiem wskazanym wyżej) zagraża demokracji.

Oba te wyroki pokazują przywiązanie Trybunału do demokratycznego „ducha” *Konwencji* i społeczeństwa demokratycznego. Stanowią przykład wzmacniania praw i wolności jednostek po to, by wspierać demokrację. Niekiedy jednak Trybunał, stosując tę samą dyrektywę prodemokratycznej wykładni funkcjonalnej, orzeka w innym kierunku – ustanawia granice praw i wolności jednostki po to, by system demokratyczny chronić.

Przykładem takiego orzeczenia wśród orzeczeń dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jest orzeczenie w sprawie *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji*. Sprawa ta wynikała ze skargi członków organizacji National Youth, którzy w jednej ze szkół rozpowszechniali ulotki zawierające treści homofobiczne (mówiące m.in. o tym, że homoseksualizm ma moralnie destrukcyjny wpływ na społeczeństwo, że jest jednym z powodów plagi HIV, że jest „zboczoną skłonnością seksualną”, że „lobby homoseksualne” bagatelizuje problem pedofilii), za co zostali ukarani. Uważali jednak, że nie atakują osób homoseksualnych jako grupę, ale raczej homoseksualizm jako zjawisko, i próbują wszcząć dyskusję wokół „nieobiektywności szwedzkiego systemu edukacji” w kontekście homoseksualizmu.³⁰³ Sądy szwedzkie uznały jednak, że działanie przedstawicieli grupy nie zasługiwało na ochronę w ramach

298 *Ibidem.*, § 61.

299 *Ibidem.*, § 64.

300 *Alekseyev v. Russia*, ..., § 12.

301 *Ibidem.*, § 73.

302 *Ibidem.*, § 80.

303 *Vejdeland v. Sweden*, no. 1813/07, § 10, 9 February 2012.

art. 10 *Konwencji* (wolność wyrażania opinii) i dlatego ci ostatni odwołali się do Trybunału w Strasburgu. Trybunał zgodził się, że działanie władz państwowych stanowiło naruszenie wolności wyrażania opinii, ale przypomniał, że wolność ta nie jest nieograniczona. Wskazał m.in. na to, że sformułowania użyte w ulotkach były zbędnie obraźliwe i oparte na uprzedzeniach, a same ulotki były pozostawiane w szafkach młodych ludzi w szkole, a zatem nie mieli oni możliwości odmowy ich przyjęcia. Biorąc także pod uwagę to, że czyn, którego dopuścili się członkowie grupy zagrożony był karą więzienia, a oskarżeni zostali ukarani karą grzywny, Trybunał uznał, że naruszenie ich wolności wyrażania opinii było konieczne w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony dobrego imienia i praw innych osób.³⁰⁴ Wobec tego jednomyślnie przyjęto, że władze Szwecji nie naruszyły art. 10 *Konwencji*.³⁰⁵ Ochrona pluralizmu, tolerancji i otwartości, a zatem podstaw społeczeństwa demokratycznego okazała się ważniejsza dla Trybunału niż wolność wyrażania opinii gwarantowana jednostkom.

Przy pomocy wykładni funkcjonalnej Trybunał dąży do jak najpełniejszej realizacji celów i założeń *Konwencji*, co w efekcie prowadzi do wykładni rozszerzającej. Mnogość szczegółowych podejść (metod) interpretacyjnych, których źródła Trybunał szuka w wykładni funkcjonalnej, a także skutki ich stosowania, wzbudzają kontrowersje związane z korzystaniem z tej metody. Podstawowy zarzut, jaki pojawia się w literaturze przedmiotu w tym kontekście polega na uznaniu, że Trybunał, interpretując *Konwencję*, raczej tworzy prawo, niż je stosuje.³⁰⁶ Przeciwnicy podejścia teleologicznego stwierdzają, że powinno raczej dojść do zmiany *Konwencji* lub przyjęcia nowego protokołu, który doprecyzowałby zakres praw i wolności człowieka, a nie „wyinterpretowania nowych praw”, czy poszerzania zakresu już istniejących, metodą wykładni celowościowej.³⁰⁷

2.5.4. Konkluzje

Jak wynika to z przeanalizowanych orzeczeń, Trybunał, stosując różne klasyczne metody interpretacji *Konwencji* w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, orzeka w odmienny sposób. Biorąc pod uwagę efekt wyroku, tzn. uznanie, że w danym wypadku doszło do naruszenia *Konwencji* lub nie, można dojść do następujących wniosków. Zastosowanie wykładni językowej i historycznej zawsze doprowadzało do uznania, że władze państwowe miały prawo potraktować osobę homoseksualną lub transseksualną w sposób odmienny i tym samym traktowanie to nie zostało uznane za dyskryminację. Przejawia się to jednak w zasadzie tylko w kontekście prawa do zawarcia związku małżeńskiego (art. 12 *Konwencji*). Próbuąc określić rodzaj wykładni, stosując kryterium efektu uzyskanego na podstawie różnych jej metod, można powiedzieć, że wykorzystując wykładnię językową i historyczną, Trybunał zawęża zakres ochrony przyznawany jednostkom na mocy przepisów *Konwencji*. Wykładnia funkcjonalna natomiast, zarówno w postaci dyrektywy *pro hominae* jak i *pro democratiae*, stanowi przykład rozszerzającej interpretacji *Konwencji*. Należy uznać, że uwzględniając cel i przedmiot *Konwencji* Trybunał dąży do zapewnienia jak najszerzej realizacji jej norm. Sytuacja ta dotyczy większości przepisów, na jakie dotychczas powoływano się w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, a zatem mimo braku wyraźnego wskazania orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej jako podstawy zakazanej dyskryminacji Trybunał dostrzega, że stanowi ona problem i dąży do jej likwidacji w większości sfer życia jednostki.

³⁰⁴ *Ibidem.*, § 59.

³⁰⁵ Do powyższego wyroku dołączono 3 zbieżne opinie, w których wyrażono wręcz ubolewanie, że Trybunał nie zajął bardziej stanowczego stanowiska wobec homofobicznej mowy nienawiści. Zob. np. zdanie zbieżne sędzi Yudkivska, która wskazała, że w niniejszej sprawie nie należało uzasadniać, że skazanie skarżących miało usprawiedliwiony cel, tj. ochronę dobrego imienia i praw innych osób. W jej opinii nie należało też rozpatrywać tej sprawy w kategoriach „ważenia” wolności wyrażania opinii skarżących i prawa określonych osób do ochrony dobrego imienia. Wskazała bowiem, że mowa nienawiści (a taki charakter miała jego zdaniem działalność skarżących) jest destrukcyjna dla społeczeństwa demokratycznego jako całości i w związku z tym w ogóle nie zasługuje na ochronę (pkt. 9).

³⁰⁶ P. Mahoney, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, Human Rights Law Journal 11/1990, s. 66-68; G. Letsas, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, European Journal of International Law, Vol. 15 No. 2, 2004, s. 280.

³⁰⁷ M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 37.

3. Specyficzne metody interpretacji Konwencji na przykładzie spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową

Do specyficznych metod interpretacji *Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, wykorzystywanych przez Trybunał podczas rozstrzygania spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową należą m.in. wykładnia dynamiczna, wykładnia komparatystyczna oraz margines oceny wraz z konsensusem europejskim i zasadą proporcjonalności.³⁰⁸ Ich zastosowanie w powyższych sprawach daje jednak odmienne rezultaty w porównaniu z metodami klasycznymi. O sensie wyróżnienia tych metod decyduje też fakt wyraźnego powoływania się na nie Trybunału – w wyrokach wskazuje np., że w danej kwestii przysługuje władzom państwowym szeroki lub wąski margines oceny, albo że należy uwzględnić wykładnię ewolucyjną, ponieważ *Konwencja* musi być interpretowana zgodnie z obecnymi warunkami.³⁰⁹ Ponadto w doktrynie również wyróżnia się metody specyficzne i dąży do zrekonstruowania zasad posługiwania się nimi przez Trybunał.³¹⁰ Innymi słowy można stwierdzić, że stanowią one odrębne instrumenty interpretacyjne, pozwalające uzasadnić rozstrzygnięcia Trybunału z uwzględnieniem specyfiki systemu ochrony praw człowieka opartego na *Konwencji*.³¹¹

3.1. Wykładnia dynamiczna

W przeciwieństwie do wykładni historycznej, która kładzie nacisk na interpretowanie przepisów tak, jak rozumieli je twórcy/twórczynie danego aktu prawnego, wykładnia dynamiczna opiera się na założeniu, że petryfikacja znaczeń użytych w *Konwencji* zwrotów jest błędem. Istotą tej metody jest bowiem uznanie, że postanowieniom *Konwencji* należy dawać współczesne znaczenie, interpretować tak, by odpowiadały obecnym uwarunkowaniom społecznym.³¹² Wraz ze zmieniającymi się okolicznościami te same przepisy mogą być zatem rozumiane inaczej, ważne, by ich stosowanie było skuteczne, a znaczenie – aktualne.³¹³

Wykładnia dynamiczna, zwana także ewolucyjną, postrzegana jest jako specyficzna metoda interpretacji, stosowana przede wszystkim przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wg sędziego Wildhabera jest „jedną z najlepiej znanych zasad orzecznictwa strasburskiego”.³¹⁴ Warto jednak odnotować, że i ta metoda może być uznana za wynikającą z elastycznego sformułowania art. 31 *Konwencji wiedeńskiej*. Za jej źródło wskazuje się m.in. przepis art. 31 ust. 1 (przedmiot i cel traktatu)³¹⁵, albo art. 31 ust. 3.³¹⁶ Wykładnia dynamiczna oznacza, że postanowienia *Konwencji* powinny być interpretowane zgodnie z celem i założeniami *Konwencji* wskazanymi w jej preambule.³¹⁷

Pierwszym przykładem jej zastosowania była szeroko omawiana w opracowaniach dotyczących wykładni dynamicznej sprawa *Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii*.³¹⁸ Trybunał musiał rozstrzygnąć, czy kary cielesne stanowią naruszenie art. 3 *Konwencji*. Na wyspie Man, zależnej od Wielkiej Brytanii, ale posiadającej znaczną autonomię, wobec nieletnich stosowano bowiem takie kary. Argumentacja rządu polegała na wskazaniu, że stosowanie takich kar nie ma charakteru poniżającego lub niehumanitarnego traktowania, ponieważ nie powoduje oburzenia opinii publicznej. Z takim rozumowaniem nie zgodził się

308 Według Rietikera metody te wynikają z elastyczności wykładni teleologicznej (przewidzianej w *Konwencji wiedeńskiej*) i stanowią poszczególne jej aspekty, a w związku z tym nie należy ich traktować w sposób specjalny, zob. D. Rietiker, *The Principle...*, s. 255.

309 Zob. sprawy powołane w podrozdziale dotyczącym wykładni ewolucyjnej.

310 Zob. literatura powoływana w Rozdziałach 2 i 3.

311 Zob. s. 49.

312 K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, German Law Journal, Vol. 12 No. 10, 2011, s. 1731.

313 G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, USA, 2009, s. 79.

314 L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights in Action*, *Ritumeikan Law Review* 83/2004, s. 84.

315 J. Arato, *Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9/2010, s. 446, M. Killander, *Interpreting...*, s. 151.

316 M. Forowicz, *The Reception...*, s. 11, M. Killander, *Interpreting...*, s. 151, D. Rietiker, *The Principle...*, s. 262.

317 Zob. np. J. Gerards, *Judicial Deliberations in the ECtHR*, [w:] N. Huls, M. Adams J. Bomhoff, *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Asser Press, 2009.

318 *Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26.

Trybunał, który podważył je, zauważając, że opinia publiczna może popierać kary cielesne, bo uważa je za poniżające. Co jednak istotniejsze, Trybunał wskazał, że „Konwencja jest żywym instrumentem, który [...] musi być interpretowany w świetle współczesnych warunków [...]”, a ponadto wyjaśnił, że jego podejście do oceny sprawy zależy od rozwoju standardów i ich akceptacji przez państwa członkowskie Rady Europy. Podkreślając, że panuje zgoda co do tego, by nie stosować kar cielesnych uznał, że Wielka Brytania naruszyła art. 3 *Konwencji*. Sprawa *Tyrer* określiła więc podstawy konstrukcyjne wykładni dynamicznej – w kolejnych wyrokach Trybunał, posługując się tą metodą, zaznacza, że *Konwencję* należy traktować jak żywy instrument, a także bada, czy można powiedzieć, że w danej kwestii panuje zgoda co do określonego sposobu jej regulacji. Jak zatem widać, Trybunał odwołuje się tu także do innej metody, tj. konsensusu, a także wykorzystuje metodę komparatystyczną – obie zostaną omówione w dalszej części pracy.

Wiele spraw, w których Trybunał zastosował ten rodzaj wykładni, związanych jest z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Wykorzystanie tej metody można przedstawić na dwa sposoby. Po pierwsze odzwierciedlone jest w zmieniającym się w czasie podejściu Trybunału do tych samych zagadnień. Dobrym przykładem są orzeczenia w sprawach osób transseksualnych dotyczące prawnego uznania ich płci oraz osób homoseksualnych, w związku z ich prawem do adopcji. Trybunał czasem rozstrzyga określoną kwestię po raz pierwszy i wtedy również może zastosować wykładnię dynamiczną. Ten drugi sposób widoczny jest przede wszystkim w pozostałych sprawach dotyczących osób homoseksualnych.

3.1.1. Wykładnia dynamiczna w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową

Pierwszą sprawą dotyczącą prawnego uznania płci osoby transseksualnej, która dokonała korekty płci, była sprawa *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której wyrok został wydany przez Trybunał w 1986 r.³¹⁹ Skarżący (którego płeć przy urodzeniu określono jako żeńską) wniósł o uznanie, że naruszono wobec niego art. 8 *Konwencji*, czyli prawo do poszanowania życia prywatnego, oraz art. 12, gwarantujący prawo do zawarcia związku małżeńskiego. Jego zarzuty związane były z tym, że mimo sfinansowania przez państwo operacji korekty płci, nie chciano następnie uznać prawnie jego płci – nie wyrażono zgody na zmianę aktu urodzenia, który nadal wskazywał, że Rees jest kobietą. Skutki były dla niego, jak twierdził, upokarzające, ponieważ przy każdej okazji, kiedy musiał okazywać akt urodzenia (wystąpienie o paszport, wykupienie ubezpieczenia, aplikowanie na studia oraz inne sytuacje społeczne) wychodziła na jaw niezgodność pomiędzy stanem prawnym (określającym go jako kobietę), a stanem faktycznym (wygląd, zachowanie mężczyzny).³²⁰ Trybunał doszedł do wniosku, że w sprawie tej nie doszło do naruszenia art. 8 (większością 12 do 3 głosów), ani art. 12 (jednomyślnie) *Konwencji*. Po drugie, podkreślił, że „w obecnym stanie rzeczy należy pozostawić państwu określenie granic, w jakich jest w stanie sprostać wymaganiom osób transseksualnych. Jednakże Trybunał jest świadomy powagi problemów, z jakimi borykają się osoby transseksualne oraz stresu, jaki odczuwają. *Konwencja* musi zawsze być interpretowana i stosowana w świetle obecnych okoliczności [...]. Konieczność przyjęcia odpowiednich środków prawnych powinna być poddana przeglądowi z uwzględnieniem w szczególności rozwoju nauki i przemian społecznych”.³²¹

W kolejnym wyroku w przedmiotowo podobnej sprawie, *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*,³²² skarżąca (przy urodzeniu jej płeć biologiczną określono jako męską) zarzucała naruszenie art. 8 i 12 *Konwencji*, z tych samych, co w sprawie Rees powodów. Trybunał poświęcił znaczną część wywodu argumentacyjnego na rozważenie pytania, relewantnego z punktu widzenia wykładni dynamicznej, czy powinien od-

319 *Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106.

320 Konsekwencją odmowy wprowadzenia zmian do aktu urodzenia było też to, że nie mógł zawrzeć związku małżeńskiego z kobietą, skoro związki osób tej samej płci były ówczesnie w Wielkiej Brytanii niedopuszczalne, a sam figurował w aktach stanu cywilnego jako kobieta., zob. przypis nr 75 w rozdziale 2.

321 *Rees v. the United Kingdom*, ..., § 47.

322 *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Series A no. 184.

stąpić od dotychczasowej linii orzeczniczej i stwierdzić, że doszło do naruszenia ww. przepisów *Konwencji*. Trybunał wyjaśnił przede wszystkim, że takie odejście od dotychczasowej linii orzeczniczej „może być uzasadnione w celu zapewnienia, że wykładnia *Konwencji* odzwierciedla zmiany społeczne i pozostaje zgodna ze współczesnymi warunkami”.³²³ Doszedł jednak do wniosku, że zmiany takie nie nastąpiły – podkreślił przede wszystkim, że „operacja korekty płci nie powoduje nabycia wszystkich cech przeciwnej płci”. W konsekwencji przyjął, że Wielka Brytania, nie uznając prawnie płci osoby transseksualnej, która dokonała zabiegu korekty płci, nie naruszyła *Konwencji*. Poza tym Trybunał powtórzył za wyrokiem w sprawie *Rees*, że jest świadomy trudnej sytuacji osób transseksualnych i będzie miał na uwadze zachodzące zmiany społeczne i naukowe dotyczące tego zagadnienia. Należy odnotować, że tym razem sędziowie byli bardziej podzieleni – w stosunku do art. 8. Za uznaniem, że nie doszło do jego naruszenia głosowało 10 sędziów, a 8 twierdziło, że doszło do naruszenia. Podobnie w przypadku art. 12 – stwierdzono brak jego naruszenia większością 14 do 4 głosów. Analizując podejście dynamiczne do wykładni *Konwencji*, warto wskazać spostrzeżenia sędziów, którzy dołączyli do wyroku zdania odrębne. Przede wszystkim sędzia Martens stwierdził, że już wyrok w sprawie *Rees* był wadliwy, a współczesne okoliczności powodują, że w sprawie *Cossey* należało uznać, iż doszło do naruszenia obu artykułów. Jego zdaniem przemawiają za tym nie tylko przemiany społeczne (większe zrozumienie zagadnienia transseksualizmu), ale i legislacyjne w niektórych państwach. Zauważył on wyraźny trend polegający na tym, że „pooperacyjni transseksualiści są tragicznymi istotami ludzkimi, które wycierpiały tak wiele, że ich żądanie pełnego uznania prawnego ich nowej tożsamości płciowej powinno być spełnione, o ile jest to racjonalnie możliwe”.³²⁴ Podobnie wypowiedzieli się sędziowie Palm, Foighel i Pekkanen, według których negatywne nastawienie wobec osób transseksualnych w Europie powoli się zmienia, a wzrasta świadomość, że tożsamość każdej osoby powinna być szanowana. Co ważniejsze jednak, ich zdaniem zauważalny jest też trend polegający na tolerancyjnym nastawieniu w stosunku do osób transseksualnych, o czym świadczą przyjmowane ustawy oraz praktyki administracyjne i sądowe w państwach Rady Europy.³²⁵ Ponadto sędziowie ci zauważyli, że przy ocenie, czy doszło do naruszenia art. 12 *Konwencji* Trybunał powinien być wziąć pod uwagę zmiany społeczne i zastosować interpretację dynamiczną, by orzec, że w istocie do naruszenia doszło.³²⁶

Jeszcze w 1998 r. (sprawa *Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*) większość składu sędziowskiego uznała, że odmowa prawnego uznania płci osoby transseksualnej po dokonaniu przez nią korekty płci, nie stanowi naruszenia art. 8 *Konwencji*.³²⁷ Można dostrzec jednak wyraźnie, że opinia sędziów była zdecydowanie rozchwiana – wyrok zapadł większością 11 do 9 głosów. Dołączono do niego także kilka zdań odrębnych, m.in. zdanie częściowo odrębne sędziów Bernhardta, Thór Vilhjálmssona, Spienlmann, Palma, Wildhabera, Makarczyka i Voicu, w którym wskazali, zwracając uwagę na potrzebę dokonania wykładni dynamicznej, że doszło do naruszenia art. 8. Ich zdaniem po 12 latach od wyroku w sprawie *Rees* dokonał się w przedmiocie oceny zjawiska transseksualizmu duży postęp – coraz więcej państw regulowało kwestię uznania płci osoby transseksualnej po zabiegu korekty płci, przyjęto też kilka aktów prawa międzynarodowego dotyczących tego zagadnienia.³²⁸ Zdaniem sędziów było to dowodem przemawiającym za potrzebą zmiany linii orzeczniczej i stwierdzeniem, że prawne nieuznanie płci osoby transseksualnej stanowi naruszenie jej prawa do prywatności, a zatem art. 8 *Konwencji*.

323 *Ibidem.*, § 35.

324 *Ibidem.*, pkt 2.6.1 zdania odrębnego sędziego Martensa.

325 *Ibidem.*, pkt 3 zdania odrębnego sędziów Palma, Foighela i Pekkanena; stanowisko to powtórzył sędzia Foighel w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *X. Y. Z. przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której skarżący zarzucali naruszenie art. 8 i art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*. W sprawie tej osoba transseksualna (X) płci męskiej (przy urodzeniu płeć biologiczna określona jako żeńska) żyła w związku z kobietą (Y). Wspólnie wychowywali dziecko (Z) i chcieli prawnego uznania ojcostwa (X), czego władze Wielkiej Brytanii im odmówiły. Trybunał większością 14 do 6 głosów nie stwierdził naruszenia *Konwencji*, zob. *X. Y. Z. v. the United Kingdom*, no. 21830/93.

326 W wyroku większość składu interpretowała art. 12 literalnie.

327 Celowo autor nie omawia tu chronologicznie wcześniejszej sprawy *B. przeciwko Francji*, w której Trybunał uznał, że doszło do naruszenia *Konwencji* poprzez nieuznanie płci osoby transseksualnej po operacji korekty płci, a tym samym odszedł od linii orzeczniczej zapoczątkowanej orzeczeniem w sprawie *Rees*. Odmienne podejście Trybunału w tej sprawie wynikało z innej funkcji aktów stanu cywilnego we Francji (kraju, którego dotyczyła ta sprawa) w porównaniu z ich funkcją w Wielkiej Brytanii (inne sprawy dotyczące osób transseksualnych; *Rees*, *Cossey*, *X. Y. Z. Christine Goodwin*). Celem aktów urodzenia we Francji jest odzwierciedlanie aktualnego stanu rzeczy, a zatem dopuszczalna jest ich zmiana. Inaczej jest w Wielkiej Brytanii, gdzie akty urodzenia mają dowodzić faktu historycznego, zatem ich zmiany są niedopuszczalne; zob. *B. v. France*,..., §52.

328 *Resolution on discrimination against transsexuals*, Dz.Urz. UE, C 256 z 9.10.1989, str. 33; *Rekomendacja 1117 (1989)*, op.cit.

Jak widać podejście sędziów z upływem czasu zmieniało się, ale ostatecznie cały czas Trybunał nie wykorzystał wykładni dynamicznej, by orzec, że nieuznawanie płci osoby transseksualnej po dokonanej przez nią operacji korekty płci (oraz konsekwencje prawne takiego nieuznania) stanowi naruszenie *Konwencji*. Przywoływanie wykładni dynamicznej we wskazanych wyżej sprawach pokazuje natomiast, że Trybunał brał pod uwagę zmiany w podejściu do osób transseksualnych, jakie miały miejsce w Europie.

Egzemplifikacją zmiany nastawienia sędziów do zagadnienia prawnego uznania płci osób transseksualnych, a tym samym wykorzystania wykładni dynamicznej, jest sprawa *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r. Stan faktyczny sprawy był podobny do poprzednich – skarżąca (przy urodzeniu jej płeć biologiczną określono jako męską) po dokonaniu sfinansowanego przez państwo zabiegu korekty płci dążyła do prawnego uznania tego faktu, czego jej odmówiono. W kontekście zarzutu naruszenia prawa do życia prywatnego (art. 8 *Konwencji*) Trybunał jednogłośnie uznał, że do naruszenia doszło. W swoim wywodzie wskazał, że „zaniechanie stosowania przez Trybunał podejścia dynamicznego i ewolucyjnego grozi ograniczeniem możliwości reformowania i rozwoju orzecznictwa.”³²⁹ Dokonując wykładni dynamicznej, Trybunał zbadał zarówno zmiany, jakie nastąpiły w nauce (stwierdzając, że nie dają one odpowiedzi na pytanie o zasadność prawnego uznawania płci osób transseksualnych), jak i zmiany podejścia do zagadnienia na poziomie europejskim i międzynarodowym. Co ciekawe mimo stwierdzenia, że brak jest jednolitego stanowiska wśród państw co do przedmiotowej kwestii, Trybunał uznał, inaczej niż w poprzednich sprawach, że przywiązuje mniejszą wagę bo braku konsensusu, a większą do zauważalnego trendu („oczywistego i niekwestionowanego”) prawnego uznawania nowej tożsamości płciowej pooperacyjnych osób transseksualnych.³³⁰ Ostatecznie do uznania, że naruszony został art. 8, posłużono się testem proporcjonalności, w wyniku którego stwierdzono, że nie ma wystarczającego interesu publicznego w zakazie zmiany aktu urodzenia, a ważniejszy jest interes jednostki dążącej do prawnego uznania płci. W kontekście naruszenia art. 12 *Konwencji* Trybunał również zwrócił uwagę, że nastąpiły duże zmiany społeczne dotyczące pojmowania instytucji małżeństwa. Zauważył również, że w *Karcie praw podstawowych UE* odstąpiono od wyraźnego podkreślenia, że prawo do zawarcia związku małżeńskiego mają kobieta i mężczyzna. Stosując zatem wykładnię dynamiczną, uwzględniającą przemiany, do jakich doszło od czasu przyjęcia *Konwencji*, Trybunał jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 12. Praktyczne znaczenie tego wyroku polegało na uznaniu, że państwa są zobligowane do zezwolenia na małżeństwo osoby transseksualnej, która dokonała zabiegu korekty płci, z osobą płci przeciwnej. Uznano też, że treść artykułu 12 nie może być rozumiana tak, jak w 1950 r., ale przy ocenie płci nupturientów należy brać pod uwagę także cechy pozabiologiczne.

3.1.2. Wykładnia dynamiczna w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną

Ewolucję orzecznictwa, a tym samym wykorzystanie przez Trybunał wykładni dynamicznej, można zauważyć także w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Przykłady przytoczone poniżej dotyczą praw rodzicielskich osób homoseksualnych, legalizacji ich związków oraz korzystania z praw socjalnych.

Sprawa *Fretté przeciwko Francji* z 2002 r. dotyczyła adopcji dziecka przez osobę homoseksualną.³³¹ Skarżący zarzucił w niej władzom Francji, że odmawiając mu prawa do takiej adopcji (mimo obowiązywania we Francji przepisów zezwalających na dokonanie adopcji przez pojedynczą osobę), naruszone jego prawo do prywatności i prawo do życia rodzinnego (art. 8 *Konwencji*), a fakt ten miał charakter dyskryminujący (naruszenie art. 14). W sprawie tej Trybunał przypomniał o potrzebie interpretowania *Konwencji* w zgodzie ze współczesnymi okolicznościami.³³² Zwrócił uwagę, podobnie jak skarżący, że

³²⁹ *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ..., § 74.

³³⁰ *Ibidem.*, § 85.

³³¹ *Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I.

³³² *Ibidem.*, § 34.

podstawą odmowy udzielenia zgody na dokonanie przez niego adopcji była jego orientacja seksualna. Trybunał podkreślił, że aby różnicujące traktowanie było dopuszczalne, musi być obiektywnie i racjonalnie uzasadnione, służyć usprawiedliwionemu celowi, a samo w sobie musi być proporcjonalne w stosunku do tego celu. Zdaniem Trybunału władze Francji, nie wydając zgody na adopcję przez skarżącego, realizowały usprawiedliwiony cel, jakim jest „ochrona zdrowia i praw dziecka, którego mogłaby dotyczyć procedura adopcji”, a środek, jaki zastosowały (odmowa zgody) jest uzasadniony istnieniem szerokiego marginesu oceny, wobec braku ogólnoeuropejskiej zgody oraz jednolitości poglądów nauki na konsekwencje adopcji przez osobę homoseksualną. W konsekwencji Trybunał doszedł do konkluzji (większością 4 do 3 głosów), że nie doszło w przedmiotowej sprawie do naruszenia art. 8 w związku z art. 14.³³³

W podobnej sprawie, dotyczącej tym razem adopcji przez osobę homoseksualną pozostającą w nieformalnym związku z osobą tej samej płci, tj. w sprawie *E. B. przeciwko Francji* z 2008 r. Trybunał uznał (większością 10 do 7 głosów), że odmawiając zgody na taką adopcję, władze Francji naruszyły art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*.³³⁴ Aby uzasadnić zmianę linii orzeczniczej (w porównaniu do sprawy *Fretté*), posłużył się interpretacją dynamiczną, wskazując, że *Konwencja* jest żywym instrumentem, który należy interpretować zgodnie ze współczesnymi okolicznościami.³³⁵ Oczywiście dojście do takiej konkluzji Trybunału nie byłoby możliwe, gdyby nie rozstrzygnięcia poprzednich spraw, takich jak *Salgueiro da Silva Mouta*, w której uznano, że różnicowanie osób tylko na podstawie ich orientacji seksualnej stanowić może zakazaną dyskryminację.³³⁶

Drugi sposób wykazania, że Trybunał posługuje się wykładnią ewolucyjną dotyczy spraw, w których nie widać ewolucji jego własnego stanowiska, ponieważ od początku uznaje, że dane postępowanie władz państwowych stanowi naruszenie *Konwencji*. Przykładem takiego zastosowania wykładni dynamicznej jest sprawa *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1981 r.³³⁷ Skarżący wnosił o uznanie, że obowiązywanie w Irlandii Północnej przepisów penalizujących dobrowolne stosunki seksualne między dorosłymi mężczyznami narusza jego prawo do prywatności (art. 8 *Konwencji*) i ma charakter dyskryminujący (naruszenie art. 14 *Konwencji*), ponieważ kryminalizacja nie dotyczy osób heteroseksualnych. Trybunał wskazał, że w porównaniu z okresem, kiedy uchwalono ustawę penalizującą takie stosunki, „obecnie panuje większe zrozumienie i w konsekwencji większa tolerancja dla zachowań homoseksualnych”. Wiążąc tę argumentację z wykazaniem, że zdecydowana większość państw Rady Europy nie kryminalizuje już aktów seksualnych między osobami tej samej płci (ogólnoeuropejski konsensus), Trybunał orzekł, że utrzymywanie takiego prawa przez Wielką Brytanię stanowi naruszenie art. 8 *Konwencji*.³³⁸ Warto odnotować, że, podobnie jak w sprawie *Tyrer*, Trybunał uzasadnił zastosowanie wykładni dynamicznej istnieniem podobnego podejścia państw do przedmiotowego zagadnienia. Stanowisko to, poparte większością 15 do 4 głosów, spotkało się jednak z krytyką. Sędzia Walsh w zdaniu częściowo odrębnym stwierdził, że „byłoby niedobrze, gdyby takie rozważania prowadziły do błędnego wniosku, że może zostać ustanowiona ogólnoeuropejska norma dotycząca praktyk homoseksualnych”.³³⁹

Zdanie większości potwierdzone zostało w kolejnych orzeczeniach. Sprawą dotyczącą dyskryminacyjnego traktowania osób homoseksualnych w kontekście karnym była sprawa *L. i V. przeciwko Austrii*.³⁴⁰ Skarżący zarzucali w niej, że utrzymywanie w mocy przepisów kryminalizujących dobrowolne kontakty seksualne między mężczyznami, a osobami w wieku 14 – 18 lat oraz skazanie ich na podstawie tych przepisów, stanowi naruszenie ich prawa do prywatności (art. 8 *Konwencji*), a także ma charakter dyskryminacyjny (naruszenie art. 14 *Konwencji*), ponieważ heteroseksualne i lesbijskie stosunki mię-

333 *Ibidem.*, § 37-43.

334 *E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008.

335 *Ibidem.*, §92.

336 *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, § 36, ECHR 1999-IX.

337 *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45.

338 *Ibidem.*, § 60.

339 *Ibidem.*, zdanie częściowo odrębne sędziego Walsh, pkt. 16.

340 *L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I.

dzy dorosłymi, a młodzieżą we wskazanym wyżej wieku nie były karane. Rząd tłumacząc się z zasadności dalszego obowiązywania tego prawa, opierał się na założeniu, że należy chronić rozwój seksualny młodocianych. Posłużył się opinią ekspertów z 1995 r., którzy twierdzili, że „nie wszyscy dorastający mężczyźni są pewni swojej orientacji seksualnej i dlatego lepiej dać im czas na ustalenie tożsamości”.³⁴¹ W tym miejscu warto zaznaczyć, że sprawa *L. i V. przeciwko Austrii* nie była pierwszą, która dotyczyła art. 209 austriackiego kodeksu karnego jako naruszającego postanowienia *Konwencji*. Europejska Komisja Praw Człowieka (która przed 1998 r. badała skargi) nigdy nie doszła jednak do wniosku, że w podobnych stanach faktycznych doszło do naruszenia *Konwencji*. Sędziowie Trybunału, posługując się interpretacją dynamiczną, uznali tymczasem, że „Konwencja jest żywym instrumentem, który musi być interpretowany w świetle dzisiejszych warunków”.³⁴² Wskazano, że brak obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia dla utrzymywania wyższego wieku przyzwolenia na stosunki homoseksualne niż heteroseksualne narusza art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*. Wydaje się, że w dojsciu do takiej konkluzji Trybunał wykorzystał wnioski raportu Komisji sporządzonego w sprawie *Sutherland*,³⁴³ w którym, opierając się na badaniach naukowych, zauważono, że orientacja seksualna zazwyczaj ustala się przed okresem dojrzewania, zarówno u chłopców, jak i u dziewcząt, a także podkreślono, że większość państw członkowskich Rady Europy zrównało tzw. wiek przyzwolenia.³⁴⁴

Interpretacja dynamiczna została zastosowana także w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, dotyczącej braku możliwości zawarcia małżeństwa osób tej samej płci. Trybunał wyjaśnił w niej, że posługiwanie się tym typem interpretacji ograniczone jest istnieniem marginesu oceny, który w kwestii przyznania prawa parom jedнопłciowym do zawarcia małżeństwa jest szeroki, ponieważ nie ma ogólnoeuropejskiej zgody co do sposobu regulacji tego zagadnienia i to władze państwowe są najbardziej odpowiednie, by to rozważyć.³⁴⁵ Zwrócił jednak uwagę, że podejście do instytucji małżeństwa zmieniło się od czasu przyjęcia *Konwencji*, choć nie na tyle (nie ma wystarczającego konsensusu) by uznać, że państwa muszą dopuścić małżeństwa osób tej samej płci. Wobec tego Trybunał jednogłośnie uznał, że nie doszło do naruszenia prawa do zawarcia małżeństwa (art. 12 *Konwencji*), oraz większością 4 do 3 głosów, że nie doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*. Sprawa ta jest dobrym przykładem na ścieranie się interpretacji tekstualnej (oryginalistycznej, intencjonalnej) z interpretacją dynamiczną. W tym przypadku wywód Trybunału dotyczący sposobu rozumienia art. 12 *Konwencji*, wskazujący na to, że użycie w przepisie wyrazów „kobieta i mężczyzna” było celowe, przeważał nad podejściem dynamicznym. Trybunał wymienił np. argument historyczny, przypominając, co twórcy *Konwencji* mieli na myśli, deklarując prawo do zawarcia związku małżeńskiego. Ważne spostrzeżenie zostało jednak zawarte w § 61. Trybunał uznał w nim, że biorąc pod uwagę przemiany w pojmowaniu instytucji małżeństwa, czego wyrazem jest m.in. sposób sformułowania analogicznego prawa w *Karcie praw podstawowych UE* (art. 9), „nie będzie rozpatrywał prawa do zawarcia małżeństwa [...] jako w każdych warunkach ograniczonego do małżeństwa między osobami różnych płci”. Mimo to, stosując doktrynę marginesu oceny, Trybunał stwierdził, że to państwa same muszą podjąć decyzję, czy zezwolić na legalizację małżeństw osób tej samej płci.³⁴⁶ Wobec powyższego wydaje się, że w przyszłości, jeśli więcej państw ureguluje kwestię małżeństw jedнопłciowych, co doprowadzi do ograniczenia marginesu oceny, Trybunał, stosując wykładnię dynamiczną art. 12, uzna, że brak regulacji dotyczących dopuszczalności legalizacji związków osób tej samej płci stanowi naruszenie *Konwencji*.

341 *Ibidem.*, § 30.

342 *Ibidem.*, § 47.

343 *Sutherland v. the United Kingdom*, no. 25186/94, Commission's report of 1 July 1997, unpublished, § 59-60.

344 Komisja również zastosowała wykładnię dynamiczną badając skargę w sprawie *Sutherland*. Zaznaczono, że mimo iż przez ok. 20 lat w sprawach dotyczących kryminalizacji stosunków między osobami homoseksualnymi posługiwano się wnioskami z raportu Komisji sporządzonego dla sprawy X przeciwko Wielkiej Brytanii, zgodnie z którym różny wiek zgody uzasadniony, to dokonał się duży postęp naukowy w ocenie zjawiska. Uzasadniając swoje nowe stanowisko, Komisja przywołała opinię m.in. Rady Brytyjskiego Stowarzyszenia Medycznego, które wskazywało, że orientacja seksualna zarówno u dziewcząt, jak i u chłopców, ustala się najczęściej przed okresem dojrzewania. Za zrównaniem wieku zgody wypowiedziało się także Królewskie Kolegium Psychiatrów i Krajowe Stowarzyszenie Kuratorów. Co istotne, Komisja podkreśliła też, że równy wiek zgody stosowany jest w zdecydowanej większości państw członkowskich Rady Europy. *Ibidem.*, § 59.

345 *Schalk and Kopf v. Austria*, ..., §52, 53.

346 *Ibidem.*, § 62.

W sprawie *Kozak przeciwko Polsce* z 2010 r. również przywołano koncepcję „żywego instrumentu”.³⁴⁷ Skarżący zarzucał władzom Polski naruszenie art. 14 w związku z art. 8 poprzez to, że odmówiono mu wstąpienia w stosunek najmu mieszkania po zmarłym partnerze. Strona rządowa tłumaczyła, że jej celem była „ochrona rodziny opartej na związku mężczyzny i kobiety”, co jest zgodne z art. 18 Konstytucji RP. Trybunał uznał ten cel za doniosły i uzasadniony, a w związku z tym wystarczający do usprawiedliwienia różnicującego traktowania. Nie do zaakceptowania okazał się jednak środek zastosowany przez polskie władze – odmowa wstąpienia w stosunek najmu po zmarłym partnerze była, zdaniem Trybunału, nieproporcjonalna. Polska miała bowiem szereg innych instrumentów, za pomocą których mogła chronić rodzinę. Powołując się na wykładnię dynamiczną i przypominając, że *Konwencja* jest żywym instrumentem, Trybunał stwierdził, że państwo, wybierając środki mające chronić rodzinę i zabezpieczać poszanowania życia rodzinnego, musi brać pod uwagę zmiany, jakie zachodzą w społeczeństwie i uznać, że nie ma jedynego sposobu realizacji życia rodzinnego lub prywatnego. W związku z tym Trybunał jednomyślnie uznał, że władze Polski naruszyły art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*.

Podsumowując rozważania dotyczące wykładni dynamicznej, należy wskazać, że w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową jej użycie prowadzi najczęściej do stwierdzenia naruszenia przez państwo przepisów *Konwencji*. Trybunał wychwytuje bowiem zmiany, jakie zachodzą w społeczeństwach, w ustawodawstwach państw Europy i świata oraz w nauce i aktualizuje swoje podejście do kwestii, takich jak: zrównanie wieku zgody, prawne uznanie płci osoby transseksualnej, adopcja przez osoby homoseksualne, czy korzystanie z praw socjalnych. *Konwencja* staje się zatem instrumentem aktualnym, a nie archaicznym, o czym stanowi także podejście Trybunału do zagadnienia legalizacji związków osób tej samej płci. Stosowanie przez Trybunał podejścia dynamicznego do interpretacji *Konwencji* stanowić może przykład „sędziowskiego aktywizmu”, w porównaniu np. do metody marginesu oceny (bliższej koncepcji „sędziowskiej powściągliwości”).³⁴⁸ Analiza orzecznictwa pokazuje bowiem, że metoda ta służyła uzasadnieniu przyznania osobie skarżącej ochrony, której to ochrony odmówiono by stosując tylko metody klasyczne. Warto jednak pamiętać, że wykładnia dynamiczna art. 8, 12 i 14 *Konwencji* zawsze wykorzystywana jest obok innych metod interpretacji, które zostaną omówione niżej.

3.2. Metoda komparatystyczna

Porównywanie obowiązujących rozwiązań prawnych dotyczących kwestii będących przedmiotem oceny Trybunału, a zatem metoda komparatystyczna, wiąże się z art. 31(3)(c) *Konwencji wiedeńskiej* (odpowiednie normy prawa międzynarodowego). Jej istotą jest sprawdzenie, jak dane zagadnienie jest regulowane w różnych państwach europejskich oraz w prawie międzynarodowym i uwzględnienie wyników takiego porównania w interpretacji *Konwencji*. Wynika to z założenia, że *Konwencja* jest elementem systemu prawa międzynarodowego i współlistnieje z różnymi innymi źródłami prawa.³⁴⁹ Trybunał stosując ją uwzględnia także źródła prawa typu *soft law* oraz orzecznictwo sądów międzynarodowych i krajowych. Innymi słowy dąży do takiej wykładni *Konwencji*, by zapewnić jej aktualność i przez to efektywność, co wiąże się z omówioną wyżej wykładnią dynamiczną.

Metoda komparatystyczna to jedna z najczęściej stosowanych przez Trybunał metod interpretacji *Konwencji*. Ma charakter pomocniczy w stosunku do marginesu oceny i wykładni dynamicznej i jest wykorzystywana w połączeniu z nimi, ponieważ ilustruje zmiany, których wykazanie jest potrzebne dla określenia zakresu dopuszczalnego marginesu oceny państw, jak i obrazuje trendy pozwalające uznać, że *Konwencja* jest żywym dokumentem. W sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową Trybunał często odwołuje się m.in. do dorobku organizacji międzynarodowych, zaprezentowanego w pierwszym rozdziale niniejszej pracy. Posłużenie

³⁴⁷ *Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010.

³⁴⁸ P. Mahoney, *Judicial ...*, s. 57-88.

³⁴⁹ M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 14.

się metodą komparatystyczną prowadzi do uznania, że jeśli dane zagadnienie jest w podobny sposób regulowane w wielu państwach, albo świat nauki zgodny jest w ocenie danej kwestii, to ogranicza to zakres marginesu oceny państw i ułatwia zastosowanie wykładni dynamicznej. W literaturze wskazuje się, że metoda komparatystyczna służy najczęściej dwóm celom, po pierwsze stanowi źródło informacji o możliwych uregulowaniach określonych kwestii, a po drugie ma na celu wyperswadowanie określonego rozstrzygnięcia.³⁵⁰ Ponieważ jednak zasady posługiwania się nią nie są określone w treści *Konwencji*, a Trybunał odnosi się do rozwiązań funkcjonujących w prawie międzynarodowym nieregularnie (w sposób *ad hoc*), postrzega się ją jako nie pozbawioną wad.³⁵¹

Interesująca jest praktyczna strona dokonywania interpretacji z użyciem metody komparatystycznej. W ramach Sekretariatu Trybunału funkcjonuje Jednostka Badawcza, której zadaniem jest opracowanie raportu zawierającego informacje o rozwiązaniach prawnych określonego zagadnienia. Przygotowanie raportu polega na wysłaniu próśb do prawników pracujących w Sekretariacie, pochodzących z poszczególnych państw. Mają oni za zadanie przedstawić sposób uregulowania określonej kwestii w ramach porządku prawnego państwa, z którego pochodzą. Taka opinia potwierdzana jest przez sędziego Trybunału pochodzącego z danego państwa.³⁵² Sędziowie orzekający w danej sprawie mogą posłużyć się takim raportem w procesie wykładni *Konwencji*.

W literaturze wskazuje się na 3 możliwe rezultaty zastosowania metody komparatystycznej. Po pierwsze, w wyniku porównania obowiązujących rozwiązań określonego zagadnienia w różnych państwach, Trybunał może dojść do wniosku, że istnieje w tej kwestii konsensus i najczęściej doprowadzi to do uznania, że działanie oskarżonego państwa, zgodne z tym konsensusem, nie stanowi naruszenia *Konwencji*. Po drugie może dojść do wniosku, że konsensusu nie ma i przyznać państwu margines oceny. Może też w końcu uznać, że rozwiązanie przyjęte przez państwo jest sprzeczne z rozwiązaniem obowiązującym w większości pozostałych państw i stwierdzić, że państwo to narusza tym samym *Konwencję*.³⁵³

W sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową Trybunał często wykorzystuje metodę komparatystyczną, chcąc, jak się wydaje, uzasadnić swoje rozstrzygnięcie. W sprawie *L. i V. przeciwko Austrii* z 2003 r. (dotyczącej dyskryminacji mężczyzn homoseksualnych ze względu na różny wiek zgody w porównaniu z osobami heteroseksualnymi i kobietami homoseksualnymi) Trybunał w wyroku przywołał m.in. *Rekomendację Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy zachęcającą do zrównywania wieku zgody z 2000 r.*, a także wskazał na działania Parlamentu Europejskiego, który w kwietniu 1997 r., wrześniu i grudniu 1998 r. wezwał władze Austrii do uchylecia przedmiotowego przepisu (art. 209 kodeksu karnego), oraz stanowisko Komitetu Praw Człowieka, który w listopadzie 1998 r. uznał art. 209 austriackiego kodeksu karnego za dyskryminujący.³⁵⁴ To pozwoliło uzasadnić Trybunałowi, że Austria, utrzymując ten przepis w mocy, narusza *Konwencję*.

Odpowiedzią na pytanie, czy Trybunał powinien zmienić swoje stanowisko wyrażone w sprawie *Rees* w stosunku do prawnego uznawania płci osób transseksualnych, które dokonały korekty płci, była interpretacja art. 8 *Konwencji* dokonana w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1990 r.³⁵⁵ Trybunał oprócz zastosowania interpretacji dynamicznej (która, wobec niewielkich zmian w świecie nauki i postaw społecznych, nie dała twierdzącej odpowiedzi) powołał się również na *rezolucję* Parlamentu Europejskiego z 12 września 1989 r. i *rekomendację 1117* Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z 29 września 1989 r., które wzywały do harmonizacji prawa regulującego uznanie płci osób transseksualnych po dokonaniu korekty płci.³⁵⁶ Mimo to Trybunał uznał, że w braku rzeczywistych zmian ustawodawczych w państwach członkowskich Rady Europy i co za tym idzie – utrzymujących

350 K. Dzehtsiarou, *Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights*, University College Dublin Law Review, Vol. 10/2010, s. 111-116.

351 M. Forowicz, *The Reception ...*, s. 18.

352 K. Dzehtsiarou, *Comparative ...*, s. 122.

353 *Ibidem.*, s. 130, 133 i 135.

354 *L. and V. v. Austria*, ..., § 39.

355 *Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Series A no. 184.

356 *Ibidem.*, § 40.

się różnic w regulacjach tej kwestii – państwa nadal mają szeroki margines oceny i Wielka Brytania nie naruszyła art. 8.³⁵⁷

Ciekawe wnioski w tym kontekście zawarte są w dołączonym do wyroku zdaniu odrębnym sędziego Martensa. Jego zdaniem, stosując interpretację dynamiczną, należało odejść od linii orzeczenia w sprawie *Rees*, które uznaje za błędne i stwierdzić naruszenie przez Wielką Brytanię art. 8 *Konwencji*. Argumentował on, że obecnie można zauważyć w ustawodawstwie i orzecznictwie wielu państw trend przychylny osobom transseksualnym. Przywołał np. regulacje szwedzką z 1972 r., niemiecką z 1980 r. i włoską z 1982 r. o zmianie płci, zezwalające na zawarcie małżeństwa przez osobę transseksualną, która dokonała korekty płci, z osobą płci przeciwnej (takiej, jak płeć osoby transseksualnej przez zabiegiem), oraz orzecznictwo: wyrok Wydziału Apelacyjnego Wyższego Sądu dla New Jersey (*Apellate Division of the Superior Court of New Jersey*) z 1976 r. i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 1978 r., zgodnie z którymi w razie dokonania zabiegu korekty płci przez osobę transseksualną należy prawnie uznać jej płeć.³⁵⁸ Zdanie to pokazuje, że sędziowie uwzględniają nie tylko obowiązujące regulacje prawno międzynarodowe, ale także biorą pod uwagę np. rozstrzygnięcia sądów krajowych.

W sprawie *B. przeciwko Francji* z 1992 r. również przywołano wskazane wyżej dokumenty, Trybunał zauważył też, że doszło do zmiany postaw społecznych i podejścia do kwestii transseksualizmu w nauce.³⁵⁹ Stwierdzenie naruszenia art. 8 oparte było jednak nie na interpretacji dynamicznej, czy przywołaniu aktów prawa międzynarodowego, (uznano, że nadal nie ma wystarczającego konsensusu w tej kwestii),³⁶⁰ ale na przyznaniu, że francuski system aktów stanu cywilnego różni się od systemu brytyjskiego i biorąc to pod uwagę można było taki wniosek wysnuć.³⁶¹

W sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* z 2002 r., w uznaniu, że doszło do naruszenia art. 12 *Konwencji* pomogło zastosowanie interpretacji dynamicznej (§ 100) popartej odwołaniem się do *Karty praw podstawowych UE*, której art. 9 „bez wątpienia celowo” odchodzi od wskazywania, że to mężczyzna i kobieta mają prawo zawrzeć małżeństwo. Przede wszystkim jednak wykorzystano metodę komparatystyczną w kontekście naruszenia art. 8. Trybunał wziął zatem pod uwagę rozważania medyczne i naukowe, uznając, że nie przesadzają o potrzebie prawnego uznania płci osób transseksualnych.³⁶² Porównał też rozwiązania prawne obowiązujące w Europie i na świecie, odnotowując, że sądy odchodzą od wyłącznie biologicznego kryterium płci, przyjmując, że płeć, w sytuacji, gdy osoba transseksualna pragnie zawrzeć związek małżeński, powinna być określana na podstawie także innych czynników, które należy ocenić w chwili zawarcia małżeństwa.³⁶³ M.in. to doprowadziło do uznania, że należy zawężyć margines oceny pozostawiony władzom państwowym, a w konsekwencji do jednogłośnego stwierdzenia, że nie uznając prawnie płci osoby transseksualnej, Wielka Brytania naruszyła *Konwencję*.

Działania komparatystyczne wyraźnie zastosowane zostały w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* z 2010 r. Trybunał dla jej rozstrzygnięcia przywołał art. 9 *Karty praw podstawowych UE* wraz z komentarzem, *dyrektywę Rady 2003/86/EC z 22 września 2003 w sprawie prawa do łączenia rodzin* (art. 4) oraz *dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/38/EC z 29 kwietnia 2004* (art. 2). Posłużyło mu to do wykazania, że współcześnie pojęcia „rodzina” i „członek rodziny” rozumiane są w ten sposób, że może obejmować także osoby pozostające w związkach jednopłciowych. Podobnie jest z prawem do zawarcia związku małżeńskiego. Trybunał zwrócił też uwagę na to, że już w 19 państwach Rady Europy istnieją regulacje zapewniające prawne uznanie związków osób tej samej płci, a w 6 państwach dozwol-

357 *Ibidem.*, § 40 i 42.

358 *Ibidem.*, zdanie odrębne sędziego Martensa, pkt 2.6.2 – 2.6.3 oraz 5.5.

359 *B. v. France*, ..., § 48.

360 *Ibidem.*, § 46-48.

361 Celem aktów urodzenia we Francji jest odzwierciedlanie aktualnego stanu rzeczy, a zatem dopuszczalna jest ich zmiana. Inaczej jest w Wielkiej Brytanii, gdzie akty urodzenia mają dowodzić faktu historycznego, zatem ich zmiany są niedopuszczalne, zob. *ibidem.*, §52.

362 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ..., § 81-83.

363 *Ibidem.*, § 84-85.

lone są małżeństwa jedнопłciowe (obecnie w 8 państwach europejskich).³⁶⁴ Efektem tych działań było jednak stwierdzenie, że Trybunał nie będzie interpretował prawa do zawarcia związku małżeńskiego, jako zastrzeżonego pod każdym warunkiem dla par różnych płci. Przeważył natomiast argument związany z marginesem oceny i uznaniem, że to państwa powinny regulować dopuszczalność małżeństw jedнопłciowych. W ostateczności Trybunał uznał, że władze Austrii nie naruszyły *Konwencji*.

3.3. Margines oceny, konsensus i zasada proporcjonalności

3.3.1. Margines oceny³⁶⁵

Wskazane w tytule niniejszego punktu metody interpretacji omówione zostaną łącznie, ponieważ najczęściej ich użycie przez Trybunał wiąże się z wykorzystaniem wszystkich jednocześnie. Zakres przyznawanego państwom marginesu oceny zależy bowiem m.in. od istnienia konsensusu w danej kwestii. Zasada proporcjonalności przenika natomiast cały system *Konwencji* i w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w ramach oceniania, czy działania władz państwowych są dopuszczalne, uwarunkowana jest zakresem marginesu oceny.

Doktryna marginesu oceny (inaczej określana mianem marginesu uznania) jest chyba najczęściej komentowaną i wzbudzającą najwięcej kontrowersji metodą interpretacji *Konwencji* stosowaną przez Trybunał. Jej zasady nie są określone ani w tekście *Konwencji*, ani w tzw. materiałach przygotowawczych, ale była przedmiotem dyskusji w czasie obrad Ruchu Europejskiego w 1949 r.³⁶⁶ Po raz pierwszy zastosowana została w 1958 r. w raporcie Komisji w sprawie *Grecja przeciwko Wielkiej Brytanii*.³⁶⁷

Metoda ta polega na przyjęciu, że w danej sytuacji to władze państwowe mogą lepiej zdecydować o zakresie przyznanego jednostce prawa lub wolności. Trybunał, uznając swoją subsydiarność względem nich, rezygnuje ze wskazywania, jakie działania należy podjąć, ponieważ przyznaje, że władze te „wiedzą lepiej”, są w lepszym położeniu, by ocenić zasadność danego rozwiązania.³⁶⁸ W związku z tą cechą, doktryna marginesu oceny zaliczana jest do metod sądowej powściągliwości (*judicial self-restraint*).³⁶⁹ Pozostawienie pola do decyzji władzom państwowym nie jest jednak nieograniczone, Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że rezerwuje sobie prawo do kontroli działań władz państwowych. Respektuje je bowiem dopóty, dopóki nie są sprzeczne ze standardami wynikającymi z *Konwencji*.³⁷⁰

Interesującym zagadnieniem dotyczącym tej metody jest zakres przyznanego władzom państwowym marginesu oceny, który zależy od wielu czynników. Jednym z najważniejszych jest ranga prawa, którego naruszenie się zarzuca. W sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową prawem tym jest często prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 *Konwencji*). Mimo iż nie jest ono traktowane przez Trybunał apriorycznie, to Strasburg szczególnie chroni sferę intymną życia człowieka, co powoduje zawężenie marginesu oceny.³⁷¹ W sprawach kryminalizacji aktów homoseksualnych margines uznania był zatem wąski, co powodowało, że strona rządowa musiała wskazać szczególnie ważne powody, które mogłyby uzasadnić obowiązywanie regulacji prawnych dyskryminujących osoby homoseksualne i ingerujących w ich prawo do poszanowania życia prywatnego.³⁷²

364 § 24-30; do państw tych należą (chronologicznie): Holandia (2001 r.), Belgia (2003 r.), Hiszpania (2005 r.), Szwecja i Norwegia (2009 r.), Portugalia i Islandia (2010 r.), Dania (2012 r.). Obecnie w Wielkiej Brytanii, Finlandii, Francji i Luksemburgu rozważana jest legalizacja małżeństw jedнопłciowych.

365 Szerzej o marginesie oceny zob. Y. Arai-Takashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002; H. C. Yourrow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1996; E. Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1996; A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.

366 A. W. B. Simpson, *Human Rights and the End of Empire - Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press 2001, s. 676-677.

367 *The Cyprus Case (Greece v. the United Kingdom)* (1958-59) 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, 172-197.

368 D. Popovic, *Prevailing ...*, s. 391.

369 D. Spielmann, *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Papers, 2012, s. 2.

370 L. Garlicki, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa, 2010, s. 30-31.

371 Pewną hierarchię praw wprowadza art. 15 ust. 2 *Konwencji*, zgodnie z którym prawa zawarte w art. 2, 3, 4 (1) i 7 *Konwencji* nie mogą zostać uchylone.

372 Zob. np. orzeczenie w sprawie *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* i pozostałe orzeczenia dotyczące kryminalizacji aktów homoseksualnych.

Trybunał odwołuje się też do marginesu oceny, kiedy rozstrzyga, czy dana ingerencja władz państwowych w prawa i wolności jednostki była „niezbędna w demokratycznym społeczeństwie”. Wiąże się to z testem proporcjonalności, o którym będzie jeszcze mowa.³⁷³ Kryterium niezbędności w demokratycznym społeczeństwie wynika z ust. 2 art. 8 *Konwencji* i jest jedną z przesłanek niezbędnych do uznania, że ingerencja władz nie stanowi naruszenia *Konwencji*. Trybunał podkreśla jednak, że „niezbędność” nie oznacza, że dane działanie władz jest racjonalne czy użyteczne – musi istnieć „nagła potrzeba społeczna”, by je uzasadnić.³⁷⁴ W tym właśnie kontekście pojawia się margines oceny – Trybunał uznaje, że władze państwowe są w lepszym położeniu, by ocenić, czy potrzeba ta istnieje. Z drugiej jednak strony nie pozostawia on władzom zupełnej dyskrecjonalności – ich decyzja jest wszakże przedmiotem kontroli Trybunału, który decydując o zakresie marginesu, bierze pod uwagę „charakter celu”³⁷⁵ ograniczeń, ale też „charakter czynności”, jakich dotyczy działanie władz państwowych.³⁷⁶ W sprawie *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał, wskazując, że zakres marginesu zależy m.in. od „charakteru celu”, jakiemu służy ograniczenie, tj. ochrony moralności, określił jego zakres jako „szeroki”. Biorąc jednak pod uwagę „charakter czynności”, jakich dotyczyła ingerencja i określając je mianem szczególnie „prywatnych” (intymnych), skonstatował, że margines uznania musi być wąski. Zakres ten był ostatecznie podstawą rozstrzygnięcia, zgodnie z którym Wielka Brytania naruszyła *Konwencję* utrzymując w mocy przepisy penalizujące dobrowolne kontakty homoseksualne dokonywane prywatnie.³⁷⁷

Kolejnym czynnikiem wpływającym na zakres marginesu oceny jest istota prawa. Kwestia ta została poruszona przez sędziego Van Dijka w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii*. Stwierdził on, że odmawiając osobie transseksualnej prawa do zawarcia związku małżeńskiego z osobą płci przeciwnej, w sytuacji, kiedy małżeństwa jedнопłciową są niedopuszczalne, stanowi naruszenie „istoty” prawa gwarantowanego w art. 12 *Konwencji*, a zatem nie mieści się w ogóle w zakresie marginesu oceny przyznanego władzom państwowym.³⁷⁸ Odzwierciedleniem tego poglądu jest wyrok w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, w którym Trybunał uznał, że margines uznania nie może sięgać tak daleko, by zezwalać państwowym na całkowite zakazywanie małżeństw osobom transseksualnym.³⁷⁹

W sprawach, w których zarzuca się naruszenie art. 14 *Konwencji*, a zatem zakazu dyskryminacji, o zakresie marginesu oceny decyduje też przyczyna, ze względu na którą doszło do różnego traktowania. W orzeczeniach w sprawach *Karner przeciwko Austrii*³⁸⁰, *Kozak przeciwko Polsce*³⁸¹ oraz *J. M. przeciwko Wielkiej Brytanii*³⁸² Trybunał wskazał, że kiedy dochodzi do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, margines oceny przyznany władzom państwowym jest wąski.³⁸³ Ponadto argumenty strony rządowej uzasadniające odmienne traktowanie nie mogą opierać się tylko na cesze orientacji seksualnej. W przeciwnym wypadku Trybunał uzna, że takie traktowanie stanowi niedopuszczalną dyskryminację.³⁸⁴

373 Zob. s. 90.

374 *Dudgeon v. the United Kingdom*, ..., § 51.

375 *Morris v. the United Kingdom*, no. 38784/97, § 46, ECHR 2002-I.

376 *Dudgeon v. the United Kingdom*, ..., § 52, o tym, że margines oceny należy postrzegać raczej jako przejaw samoograniczenia się Trybunału, a nie jako prawo władz państwowych zob. zdanie odrębne sędziego Martensa do wyroku w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*, pkt. 3.6.3.

377 *Dudgeon v. the United Kingdom*, ..., § 52; takie podejście Trybunał stosował także w kolejnych sprawach dotyczących kryminalnych aspektów homoseksualizmu, zob. *A.D.T. v. the United Kingdom*, no. 35765/97, § 37, ECHR 2000-IX.

378 *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, ..., zdanie odrębne sędziego Van Dijka, pkt. 8

379 *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ..., § 103.

380 *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 41, ECHR 2003-IX.

381 *Kozak v. Poland*, ..., § 92.

382 *J.M. v. the United Kingdom* (dec.), no. 41518/98, § 54, ECHR 2000-X.

383 Nie było tak od zawsze. Np. w sprawie *Mata Estevez przeciwko Hiszpanii*, Trybunał nie zwrócił uwagi na podstawę dyskryminacji, tylko wskazał, że nie istnieje konsensus w sprawie legalizacji związków jedнопłciowych i wobec tego margines uznania jest szeroki. To spowodowało uznanie, że niewypłacenie przez odpowiednie władze świadczenia socjalnego mężczyźnie, którego wieloletni partner zmarł w wypadku, nie stanowi dyskryminacji. Warto odnotować, że w opinii zbieżnej sędziów Garlickiego, Hirvela i Vučiniča do wyroku w sprawie *J. M. przeciwko Wielkiej Brytanii*, sędziowie ci stwierdzili, że konkluzja Trybunału w sprawie *Mata Estevez* była błędna. Zob. *Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI.

384 Zob. np. *E.B. v. France*, ..., § 91; *S.L. v. Austria*, ..., § 37; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 89, 94, ECHR 1999-VI, *Kozak v. Poland*, ..., § 92.

Najczęściej wskazywanym przez Trybunał czynnikiem warunkującym zakres marginesu oceny jest jednak konsensus, wskazany *explicite* m.in. w sprawach *L. i V. przeciwko Austrii* oraz *Fretté przeciwko Francji*.³⁸⁵ Rozważania dotyczące zakresu marginesu oceny, jakich dokonał Trybunał w pierwszym wyroku wskazują, że na zakres marginesu oceny wpływają „okoliczności, przedmiot sprawy i jej tło”, ale także istnienie, bądź nieistnienie wspólnego podejścia państw Rady Europy do regulacji danej kwestii. Metoda ta zostanie omówiona w następnym punkcie, warto jednak zauważyć, że jej stosowanie wiąże się z dużymi kontrowersjami i nie ma wśród składu Trybunału zgody co do kryteriów jej stosowania. Dobrym przykładem jest zdanie odrębne sędziów Rozakisa, Spielmana i Jebensa do wyroku w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*. Skrytykowali oni uzasadnione brakiem konsensusu posłużenie się przez większość składu doktryną marginesu oceny. Ich zdaniem nie należało się w ogóle odwoływać do marginesu oceny, ponieważ istnienie lub nieistnienie konsensusu jest irrelewantne, jest podrzędną podstawą zastosowania marginesu. Wskazali również, że tylko gdyby strona rządowa przedstawiła inne argumenty (a nie wyłącznie brak konsensusu), Trybunał mógłby zastosować margines uznania.

3.3.2. Konsensus

Z doktryną marginesu oceny wiąże się bezpośrednio metoda zwana europejskim konsensusem. Polega ona na poszukiwaniu przez Trybunał podobieństw w krajowych regulacjach dotyczących tych samych zagadnień. Jeśli Trybunał uzna, że konsensus istnieje, powoduje to ograniczenie zakresu marginesu oceny przyznanego władzom państwowym w określonej kwestii. W przeciwnym wypadku – kiedy nie ma konsensusu – margines uznania zazwyczaj jest szeroki, ponieważ państwa nie prezentują jednolitego podejścia do danej kwestii i Trybunał nie chce im tego narzucać.

Tę drugą sytuację ilustruje przykład ze sprawy *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii*. Trybunał zwrócił uwagę, że ponieważ państwa przyjmują różne rozwiązania prawne w kontekście prawnego uznawania płci osób transseksualnych po dokonaniu przez nie zabiegu korekty płci, a zatem nie prezentują jednolitego podejścia (konsensusu), to margines uznania przyznany władzom państwowym jest szeroki.³⁸⁶ Do podobnego wniosku doszedł Trybunał przy okazji rozpatrywania sprawy *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*. Była to kolejna sprawa dotycząca osoby transseksualnej i uznania jej płci. Trybunał zwrócił uwagę na zmieniające się okoliczności (większe zrozumienie zjawiska transseksualizmu, zwiększająca się przychylność społeczeństwa wobec osób transseksualnych), ale uznał, że nie doszło od czasu sprawy *Rees* do znaczącego rozwoju naukowego, który uzasadniłby zmianę podejścia. Mimo przywołania faktu, że coraz więcej państw reguluje prawne uznanie płci, Trybunał wskazał, że nadal nie ma w tej kwestii konsensusu, a zatem margines uznania pozostał szeroki.³⁸⁷

W sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną przykładem takiego podejścia jest sprawa *Fretté* – wobec braku konsensusu wśród państw Rady Europy w kwestii adopcji dzieci przez osoby homoseksualne, Trybunał przyznał władzom państwowym szeroki margines uznania. Jednocześnie zwrócił uwagę, że margines ten nie może być postrzegany jako przyznanie państwu władzy arbitralnej, ponieważ decyzje władz państwowych są przedmiotem kontroli ich zgodności z art. 14 *Konwencji* doko-nywanej przez Trybunał.³⁸⁸ Podobnie było w sprawie *Mata Estevez* – życiowy partner skarżącego zmarł w wypadku.³⁸⁹ Pan Estevez chciał otrzymać z tego tytułu świadczenie socjalne, ale stwierdzono, że nie ma do tego prawa, ponieważ nie pozostawał z nim w związku małżeńskim (co było ówczesnie niemożliwe). Trybunał stwierdził, że mimo „wzrastającej tendencji” w państwach europejskich do prawnego uznawania związków jednopłciowych brak jest wspólnego podejścia (konsensusu) i w związku z tym państwa mają szeroki margines oceny, by zdecydować, czy takie związki uznają, czy nie.³⁹⁰

385 Zob. np. *Fretté v. France*, ..., § 37, *L. and V. v. Austria*, ..., § 49.

386 *Rees v. the United Kingdom*, ..., § 37.

387 *Ibidem.*, § 40, ocena tego stanu rzeczy uległa zmianie w 2003 r. wraz z wyrokiem w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii*, na co zwracano już wyżej uwagę, zob. s. 55.

388 *Fretté v. France*, ..., § 41.

389 *Mata Estevez v. Spain*, *op.cit.*

390 *Ibidem.*, pkt. B.

Posługiwanie się przez Trybunał metodą konsensusu uzasadniane jest treścią preambuły *Konwencji* – wskazuje ona bowiem zaakceptowane przez Państwa Członkowskie wartości i odzwierciedla zdanie większości. Poszukiwanie konsensusu polega zaś na tym, że Trybunał, rozstrzygając o naruszeniu jakiegoś prawa, bada metodą komparatystyczną różne porządki prawne i funkcjonujące w nich rozwiązania.³⁹¹

Metoda konsensusu europejskiego wzbudza uzasadnione kontrowersje. Najczęściej wskazywaną jej wadą jest to, że Trybunał nie określa, od jakiego momentu uznaje, że występuje konsensus.³⁹² Dobrym przykładem jest zdanie odrębne sędziów MacDonalda i Spielmanna w sprawie *Cossey*, w której większość stwierdziła, że można odnotować wśród państw Rady Europy „pewną ewolucję” w kierunku prawnego uznawania płci osób transseksualnych.³⁹³ Ich zdaniem ta ewolucja była „ewidentna”. Ma to duże znaczenie, ponieważ, uznając, że brak jest konsensusu wobec tego zagadnienia Trybunał przyznał Wielkiej Brytanii szeroki margines uznania i stwierdził, że nie uznając prawnie płci pani Cossey, nie naruszyła *Konwencji*. Gdyby jednak przyjął, że konsensus obowiązuje, rozstrzygnięcie mogłoby być odmienne. W podobnym tonie wypowiedział się sędzia Martens w zdaniu odrębnym do tego samego wyroku – stwierdził, że można odnotować zmianę trendu na bardziej przychylną osobom transseksualnym i powołał przy tym nie tylko ustawy państw przewidujące prawne uznanie płci, ale i wyroki sądów USA i Niemiec, w których uzasadniano potrzebę prawnego uznania płci. W jego przekonaniu w sprawie tej „nie było w ogóle miejsca na margines uznania”.³⁹⁴ Trybunałowi często wystarcza „pewien stopień zgodności”.³⁹⁵ Nie wymaga też, by konsensus obejmował znaczną większość państw, lub był ugruntowany (Trybunał często wskazuje, że widoczny jest trend w określonym kierunku).³⁹⁶ Trzeba również pamiętać, że brak konsensusu nie oznacza po prostu, że państwa sprzeciwiają się jakiemuś rozwiązaniu.³⁹⁷

Na zakończenie rozważań dotyczących metody konsensusu warto odnotować, że Trybunał, posługując się nią i uzależniając od jej wyników zakres marginesu oceny, nie stosuje jednolitej terminologii – w różnych sprawach powołuje się na „międzynarodowy konsensus wśród Umawiających się Państw Rady Europy”, „europejski konsensus”, „wspólny europejski standard”,³⁹⁸ czy wręcz „ogólny trend”.³⁹⁹ Trybunał przywołuje także różne rodzaje konsensusu: międzynarodowy konsensus przejawiający się w traktatach międzynarodowych, wewnętrzny konsensus obowiązujący w danym państwie, konsensus ekspercki, oraz konsensus wśród sędziów Trybunału.⁴⁰⁰

3.3.3. Zasada proporcjonalności⁴⁰¹

Zasada proporcjonalności w kontekście spraw dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową występuje m.in. wtedy, kiedy zarzuca się naruszenie art. 8-11 i 14 *Konwencji*.⁴⁰² Grupa tych pierwszych artykułów charakteryzuje się specyficzną konstrukcją – wszystkie zawierają tzw. klauzule limitacyjne.⁴⁰³ Chodzi o określone w ust. 2 każdego z tych przepisów okoliczności, które uzasadniają możliwość ograniczania przez władze państwowe korzystania z określo-

391 M. Forowicz, *The Reception* ..., s. 9.

392 L. R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, Cornell International Law Journal, Vol. 26/1993, s. 140.

393 *Cossey v. the United Kingdom*, ..., zdanie częściowo odrębne sędziów MacDonalda i Spielmanna.

394 *Ibidem.*, zdanie odrębne sędziego Martensa, pkt. 3,6,5.

395 L. R. Helfer, *Consensus*, ..., s. 134.

396 *Dialogue between judges*, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2008, s. 36., zob. też *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ..., § 85.

397 *Dialogue between judges*, ..., s. 17.

398 *X. Y. Z. v. the United Kingdom*, ..., § 44.

399 K. Dzehtsiarou, *European Consensus: a way of reasoning*, UCDWorking Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 11/2009, s. 3.

400 K. Dzehtsiarou, *European* ..., s. 11-16.

401 P. Dijk, G. J. H. Hoof, G. J. H. Van Hoof, A. W. Heringa, *Theory*..., s. 80; Y. Arai-Takahashi, *The Margin*..., s. 14 i nast.; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010, s. 216-229; J. Christoffersen, *Fair Balance*..., s.31-226.

402 Zasada proporcjonalności jest elementem marginesu oceny, ale występuje też w innych miejscach, M. Balcerzak, *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008, s. 191.

403 Szerzej o klauzulach imitacyjnych patrz: B. Latos, *Klauzula derogacyjna i imitacyjna w Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2008.

nych praw, a tym samym uznania, że władze mimo ograniczenia tych praw nie naruszyły *Konwencji*. Artykuł 14 pojawia się z kolei w związku z tym, że ma charakter akcesoryjny, a zatem w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową powoływany jest obok art. 8-11 (i innych).⁴⁰⁴

Powyższe uwagi wiążą się z tym, że zasada proporcjonalności, w postaci tzw. testu proporcjonalności, stosowana jest właśnie podczas dokonywania interpretacji art. 8-11 i 14. Stanowi ona jeden z argumentów pozwalających Trybunałowi uzasadnić ingerencję w prawa lub wolności gwarantowane *Konwencją* i tym samym orzec, że władze państwowe jej nie naruszyły. Ponadto ograniczenie korzystania z praw i wolności przewidzianych w art. 8-11 będzie usprawiedliwione, jeżeli jest przewidziane prawem oraz jest konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na wymienione w ust. 2 każdego z tych artykułów cele. Należą do nich m.in. interes bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwo publiczne, ochronę zdrowia i moralności, a także ochronę dobrego imienia i praw innych osób. Np. w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową władze państwowe wskazywały jako uzasadnienie ingerencji w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8) np. ochronę praw i wolności innych, ochronę moralności, ale też bezpieczeństwo narodowe.⁴⁰⁵

Modelowe rozstrzygnięcie sprawy dotyczącej dyskryminacji, z uwzględnieniem współzależności i współwystępowania marginesu oceny, konsensusu oraz zasady proporcjonalności, wygląda następująco.⁴⁰⁶ Trybunał w pierwszej kolejności sprawdza, czy doszło do ingerencji władz publicznych w sferę praw i wolności jednostki chronioną przepisami *Konwencji*. Na przykład gdyby danej osobie odmówiono prawa do adopcji dziecka, Trybunał musiałby określić, czy działanie takie stanowi naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Jeżeli tak, to następnie oceniliby, czy osoba skarżąca została potraktowana przez władze krajowe w sposób odmienny, niż mogłaby zostać potraktowana inna osoba znajdująca się w podobnej sytuacji. Należałoby zatem wskazać podstawę dyskryminacji, tj. cechę, na podstawie której doszło do różnego traktowania. W przykładowej sprawie cechą tą byłaby orientacja seksualna osoby skarżącej. Kolejny etap polega na sprawdzeniu, czy różnicowane traktowanie było uzasadnione, tzn., czy było przewidziane przez prawo danego państwa, czy było konieczne w demokratycznym społeczeństwie oraz czy odpowiadało celowi określonymu w klauzuli limitacyjnej.⁴⁰⁷ Oceniając ważność uzasadnienia ingerencji, Trybunał uwzględnia margines oceny, który jest z kolei uzależniony m.in. istnieniem konsensusu w danej kwestii. Ostatecznie o tym, czy doszło do naruszenia *Konwencji*, decyduje test proporcjonalności, za pomocą którego Trybunał bada, czy określona metoda zastosowana przez władze państwowe była proporcjonalna w stosunku do celu, jaki im przyświecał. Jeżeli Trybunał stwierdzi, że władze miały do dyspozycji inne środki, by zrealizować określony cel, a zatem, że ingerencja była nieproporcjonalna, uzna, że doszło do naruszenia *Konwencji*. Oczywiście nie w każdej sprawie test proporcjonalności jest stosowany – często zdarza się, że ingerencja zostaje uznana za niedopuszczalną już na etapie badania, czy była niezbędna w demokratycznym społeczeństwie.⁴⁰⁸

Dobłą ilustracją takiej interpretacji postanowień *Konwencji* jest wyrok w sprawie *Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1981 r. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ingerencja władzy publicznej w korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego jest dopuszczalna, jeżeli jest przewidziana przez ustawę, jej cel jest uza-

404 Koncepcja proporcjonalności dla celów art. 14 odpowiada ogólnej koncepcji proporcjonalności, wynikającej z klauzuli „konieczne w społeczeństwie demokratycznym” zawartej w art. 8-11 i powiązanej z testem *fair balance*. Trybunał rozważa tym samym, czy dany środek zastosowany przez władze państwowe jest proporcjonalny w kontekście przyznanego im marginesu oceny.

405 Zob. np. *Smith and Grady v. the United Kingdom*, ..., § 74; *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, ..., § 67.

406 Należy zauważyć, że Trybunał ustawicznie doprecyzowywał zasady, jakimi rządzi się badanie, czy odmienne traktowanie miało charakter dyskryminacyjny. Fakt, że odmienne traktowanie ze względu na orientację seksualną może stanowić dyskryminację, mimo, że art. 14 *Konwencji* nie wymienia tej przesłanki, wynika z orzeczenia w sprawie *Salgueiro da Mouta Silva przeciwko Portugalii*. Uzasadnienie takiego traktowania tak, by nie doszło do stwierdzenia, że było dyskryminacyjne, wymaga podania szczególnie poważnych przyczyn – zasada ta wynika z orzeczenia w sprawie *Smith i Grady przeciwko Wielkiej Brytanii*.

407 Te dwa ostatnie pytania są w istocie pytaniami o proporcjonalność – czy zastosowane przez władze państwowe działania były proporcjonalne? L. Garlicki, *Konwencja...*, s. 759. Zob. także R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009.

408 Zob. np. *A.D.T. v. the United Kingdom*, ..., § 38.

sadniony i jest konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Trybunał zauważył, że pierwszy warunek testu został spełniony, ponieważ nadal w Irlandii Północnej obowiązywały ustawy z 1861 r. i z 1885 r. kryminalizujące kontakty homoseksualne między mężczyznami. Uzasadnienie celu obowiązywania ww. ustaw, czyli spełnienie warunku drugiego, opierało się na wskazaniu przez władze Wielkiej Brytanii, że chronią one „moralność lub prawa i wolności innych”. Trzeci etap testu polegał na odpowiedzi na pytanie, czy takie środki (ustawy kryminalizujące określone akty seksualne między mężczyznami) są konieczne w demokratycznym społeczeństwie. Trybunał wyjaśnił, że „konieczne” w tym kontekście oznacza, że istnieje „pilna potrzeba społeczna”, by ingerować w czyjeś życie prywatne i podkreślił, że w pierwszym rządzie to władze państwa muszą ocenić, czy taka potrzeba występuje. Do Trybunału, jako organu o charakterze subsydiarnym wobec systemów krajowych, należy zbadanie, czy władze dokonały poprawnej oceny. Na tym etapie pojawiło się zagadnienie marginesu oceny, który w zależności od celu ingerencji, jak i rodzaju czynności, której ingerencja dotyczy, jest różny. W przypadku stosunków seksualnych, które stanowią „najbardziej intymny aspekt życia prywatnego”, musi istnieć „szczególnie ważny powód”, by uzasadnić działanie władz mające charakter ingerencji w życie prywatne. Trybunał zaznaczył, że jego zadaniem nie jest ocena moralna relacji między dorosłymi homoseksualnymi mężczyznami, tylko sprawdzenie, czy ww. warunki uzasadniające ingerencję są spełnione.⁴⁰⁹ W sprawie *Dudgeon* Trybunał zwrócił uwagę na specyfikę społeczeństwa Irlandii Północnej, które cechowało się większym konserwatyzmem i zwracało większą uwagę na wartości religijne, niż reszta mieszkańców Wielkiej Brytanii. Wskazał jednak, że społeczeństwo to zmienia się, w innych państwach Rady Europy również można zauważyć zwiększającą się przychylność wobec osób homoseksualnych, a przede wszystkim zdecydowana większość państw nie kryminalizuje już dobrowolnych aktów seksualnych między osobami tej samej płci. Trybunał odniósł się zatem do koncepcji konsensusu. Dostrzeżono też, że w samej Irlandii Północnej przedmiotowego prawa nie stosuje się w praktyce, co nie wpłynęło na obniżenie standardów moralnych w społeczeństwie. Ostatecznie Trybunał przyjął, że nie ma „pilnej potrzeby społecznej”, by nadal obowiązywały ustawy zakazujące dobrowolnych aktów seksualnych pomiędzy dorosłymi mężczyznami, ponieważ nie ma wystarczającego uzasadnienia, że ich uchylenie doprowadzić może do narażenia części społeczeństwa na jakiegokolwiek ryzyko. Ponadto uznano, że środek ten jest nieproporcjonalny, ponieważ samo obowiązywanie ustaw ma negatywny wpływ na osoby homoseksualne. Nieusprawiedliwione naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego poskutkowało stwierdzeniem przez Trybunał, że władze Wielkiej Brytanii naruszyły art. 8 *Konwencji*. Do tej samej konkluzji doszedł Trybunał w wyroku z 1988 r. w sprawie *Norris przeciwko Irlandii*.⁴¹⁰

Innym przykładem jest sprawa *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii* z 1999 r., w której skarżący wniósł zarzut dyskryminacyjnego traktowania. Trybunał musiał wypowiedzieć się zatem, czy doszło do odmiennego traktowania i czy takie traktowanie było uzasadnione. W przedmiotowej sprawie skarżący, osoba homoseksualna, rozwiódł się z żoną i związał ze swoim partnerem. Walczył jednak o prawa rodzicielskie, które ostatecznie sądy portugalskie przyznały jego byłej żonie, uznając, że osoba homoseksualna nie powinna zajmować się dziećmi. Trybunał stwierdził, że miało miejsce odmienne traktowanie, a w związku z tym należy uznać, że miało ono charakter zakazanej dyskryminacji, chyba, że było obiektywnie i racjonalnie uzasadnione. W tym miejscu Trybunał wyjaśnił, że takie uzasadnienie oznacza, iż odmienne traktowanie służyło słusznemu celowi albo zastosowany środek był proporcjonalny do zamierzonego celu. Co do pierwszej przesłanki Trybunał zgodził się, że uzasadnionym celem mogła być ochrona dzieci, ale uznał, że zastosowany środek (odmowa przyznania praw rodzicielskich ze względu na orientację seksualną) był nieproporcjonalny, a zatem doszło do naruszenia art. 14 *Konwencji*.

W sprawie *Lustig – Prean i Beckett przeciwko Wielkiej Brytanii* z 1999 r., dotyczącej dyskryminacji w zatrudnieniu, skarżący zarzucali naruszenie art. 8 *Konwencji*. Trybunał rozważył najpierw, czy doszło do ingerencji w życie prywatne skarżących i odpowiedział na to pytanie twierdząco. Następnie

409 *Dudgeon v. the United Kingdom*, ..., § 54.

410 *Norris v. Ireland*, 26 October 1988, § 38, Series A no. 142.

z badał, czy ingerencja ta była uzasadniona – przewidziana przez ustawę i konieczna w demokratycznym społeczeństwie. Pierwsza przesłanka została spełniona, ponieważ obowiązywały regulacje zabraniające osobom homoseksualnym służby w wojsku. Uzasadnieniem celu obowiązywania tych regulacji było utrzymanie morale w wojsku, a zatem siły bojowej i efektywności operacyjnej sił zbrojnych. Trybunał przyznał, że interes bezpieczeństwa narodowego stanowi uzasadniony cel, zgodny z ust 2 art. 8. Ostatnia kwestia, jaką musiał rozważyć dotyczyła tego, czy zastosowany środek był konieczny w demokratycznym społeczeństwie. Trybunał przypomniał, że ingerencja władz będzie uznana za konieczną w demokratycznym społeczeństwie dla osiągnięcia uzasadnionego celu, jeśli wynika z pilnej potrzeby społecznej i jest proporcjonalna do tego celu. Zdaniem Trybunału w sprawie tej nie wykazano, że ingerencja spełniała te przesłanki. W związku z tym Trybunał orzekł jednogłośnie, że doszło do naruszenia art. 8 *Konwencji*.⁴¹¹

W kontekście art. 14 *Konwencji*, a zatem zakazu dyskryminacji, odniesiono się do zasady proporcjonalności m.in. w zdaniu częściowo odrębnym sędziów Bratza, Fuhrmanna i Tulkensa do wyroku w sprawie *Fretté przeciwko Francji* z 2002 r.⁴¹² Wskazali oni, że aby stwierdzić, że doszło do zakazanej dyskryminacji, należy zbadać, czy miała miejsce różnica w traktowaniu osób znajdujących się w podobnej sytuacji, czy różnicowanie to miało uzasadniony cel i czy było proporcjonalne. Zdaniem ww. sędziów różnicujące traktowanie, do którego niewątpliwie w przedmiotowej sprawie doszło, służyło nieuzasadnionemu celowi. Stwierdzili oni, że argumentacja rządu opierająca się na wskazaniu, że celem odmowy zezwolenia panu Fretté na adopcję była ochrona praw i wolności dziecka, nie stanowiła wystarczającego uzasadnienia. Kompetencje pana Fretté i jego podejście do adopcji były ich zdaniem wystarczające, by prawa dziecka chronić. W związku z zasadą proporcjonalności sędziowie odwołali się do marginesu oceny, zgadzając się, że przysługuje on państwu w kwestii adopcji przez osoby homoseksualne. Przypominając jednak stanowisko większości w tej sprawie, zwrócili uwagę na fakt, że zakres marginesu, wobec braku konsensusu europejskiego, nie może być nieograniczony, ponieważ to Trybunał musi ostatecznie bronić praw gwarantowanych przez *Konwencję*. Rolą Trybunału jest rozstrzygnięcie, czy istnieje proporcjonalny związek między zastosowanym środkiem (w tym wypadku zakazem adopcji przez osoby homoseksualne), a zamierzonym celem (ochroną dzieci) i zdaniem sędziów Trybunał z roli tej się nie wywiązał.

Sprawa *P. B. i J. S. przeciwko Austrii* z 2010 r. dotyczyła z kolei możliwości rozszerzenia ubezpieczenia wypadkowego i zdrowotnego na współzamieszkującego partnera osoby ubezpieczonej w ramach ubezpieczenia ustawowego. Ponieważ skarżący byli parą jedнопłciową, możliwości tej im odmówiono. Zarzucili więc władzom Austrii naruszenie art. 8 i 14 *Konwencji*. Trybunał stwierdził przede wszystkim, że w sprawach, w których dochodzi do różnego traktowania ze względu na płeć lub orientację seksualną margines uznania pozostawiony władzom państw jest wąski. Wobec tego ocena proporcjonalności zastosowanych przez władzę środków polega nie tylko na sprawdzeniu, czy są właściwe do realizacji zamierzonego celu, ale również na wykazaniu, że były potrzebne, by wyłączyć niektóre kategorie osób z zakresu zastosowania określonych przepisów. Wobec tego, że zdaniem Trybunału władze Austrii nie wykazały spełnienia tych warunków, stwierdził on naruszenie art. 14 w związku z art. 8 *Konwencji*.⁴¹³

3.3.4. Konkluzje

Posługiwanie się przez Trybunał specyficznymi metodami interpretacji *Konwencji* można scharakteryzować na podstawie kryterium zastosowanego w rozdziale 2, tj. uwzględniając efekt wykładni. Zgodnie z tym podziałem, w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową zastosowanie wykładni dynamicznej najczęściej prowadzi do interpretacji rozszerzającej i stwierdzenia, że dyskryminacja taka w świetle zmieniających się okoliczności staje się niedopuszczalna. Tylko w nielicznych wyrokach wykładnia językowa i historyczna przeważała nad argumentami wynikającymi z podejścia ewolucyjnego. Wydaje się, że metodę komparatystyczną, jako pomocniczą

⁴¹¹ *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, § 63-103, 27 September 1999.

⁴¹² *Fretté v. France*, ..., zdanie częściowo odrębne sędziów Bratza, Fuhrmanna i Tulkensa.

⁴¹³ *P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, § 42, 22 July 2010.

wobec pozostałych metod, również należy zaliczyć do tych, które skutkują wykładnią rozszerzającą. Trybunał posługuje się nią bowiem wtedy, kiedy chce udowodnić, że w prawie międzynarodowym, krajowym lub w postawach społecznych zachodzą określone zmiany pozwalające uznać, że należy zastosować wykładnię ewolucyjną lub zawęzić zakres marginesu oceny, co ostatecznie prowadzi do wykładni rozszerzającej. Trudno natomiast jednoznacznie zakwalifikować doktrynę marginesu oceny do poszczególnych rodzajów wykładni. Z jednej strony jej zastosowanie może mieć charakter wykładni rozszerzającej, ponieważ uznając, że władze państwowe mają wąski margines oceny (lub nie mają go wcale) Trybunał najczęściej orzeka, że swoim działaniem naruszyły one *Konwencję*. Z drugiej jednak strony nadal w niektórych sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową Trybunał przyznaje państwom szeroki margines oceny i stwierdza, że ich ingerencja w prawa i wolności jednostek nie stanowi naruszenia *Konwencji*.

Zakończenie

Dyskryminowanie osób ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w coraz większej liczbie państw jest zakazywane i spotyka się z potępieniem. Przytoczone w pierwszym rozdziale działania podejmowane przez organy poszczególnych systemów ochrony praw człowieka skłaniają do wniosku, że różnicowanie osób ze względu na te przesłanki staje się niedopuszczalne. Dużą rolę w kreowaniu takiego podejścia odgrywają międzynarodowe trybunały, które interpretując regionalne konwencje praw człowieka, lub inne dokumenty, na których opierają swoje funkcjonowanie, w sposób efektywny dążą do urzeczywistnienia zasady równości.

Największy wpływ na ustanawianie standardów ochrony przed zakazaną dyskryminacją ma Europejski Trybunał Praw Człowieka oparty na *Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*. Wynika to ze specyfiki systemu ochrony praw człowieka Rady Europy, którego cechami charakterystycznymi są instytucja skargi indywidualnej i procedura egzekwowania wyroków. Możliwość wnoszenia skarg indywidualnych została wykorzystana także przez osoby LGBT, które domagały się (i nadal domagają) równego traktowania przez władze państwowe. Dzięki nim i rozstrzygnięciom Trybunału w państwach Rady Europy niedopuszczalne jest już kryminalizowanie homoseksualizmu, państwa muszą prawnie uznawać płeć osób transgenderowych, osoby homoseksualne (jednostki) mają równe prawa w zakresie adopcji, a ograniczanie wolności zgromadzeń i stowarzyszania się osób LGBT jest niedopuszczalne. Z drugiej jednak strony władze państwowe nie są zobligowane do uznawania związków jedнопłciowych, a pary takie nie mają równych praw rodzicielskich w porównaniu z parami różnopłciowymi.

Ten na pozór nielogiczny stan rzeczy może być wyjaśniony przy uwzględnieniu sposobu, w jaki Trybunał rozpatruje poszczególne sprawy. Przedstawione w powyższej pracy metody interpretacji *Konwencji* sprawiają, że Trybunał dochodzi do różnych wniosków, wykorzystując poszczególne z nich. Analiza orzeczeń dotyczących spraw wynikających z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową pokazuje, że w sprawach uznawanych za najbardziej wrażliwe, kontrowersyjne, Trybunał orzeka w sposób bardzo zachowawczy, często odwołując się do wykładni językowej, historycznej, lub przyznając władzom państwowym szeroki margines uznania. Ma to miejsce w sprawach związanych z uznawaniem związków jedнопłciowych i ich praw rodzicielskich.

Pozostałe sfery życia jednostek, które również stają się przedmiotem ingerencji władz państwowych, postrzegane jako niekontrowersyjne, pozwalają Trybunałowi orzekać na rzecz zasady równości. To w tych właśnie sprawach margines oceny przyznany władzom państwowym jest ograniczany, albo nie przyznawany w ogóle, to w nich Trybunał posługuje się wykładnią funkcjonalną (w jej postaci *pro hominae* i *pro democratiae*) i dynamiczną.

Można mieć wątpliwości, czy takie postępowanie Trybunału jest właściwe. Czy pozytywnie należy ocenić to, że Trybunał w zależności od kontrowersyjności zagadnienia będącego przedmiotem rozstrzygnięcia stosuje takie, a nie inne metody. Być może powinien zawsze prezentować jednolite podejście i bez względu na rodzaj sprawy stosować te same metody interpretacji Konwencji?

Wskazane wątpliwości są przedmiotem debaty w doktrynie, reprezentującej przynajmniej dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym Trybunał oceniany jest negatywnie, ponieważ jego uzależnione od rozmaitych kwestii podejście do interpretacji Konwencji skutkować może relatywizacją ochrony praw człowieka.⁴¹⁴ Podkreśla się, że największy na to wpływ ma doktryna marginesu oceny, która, jako nieskodyfikowana, uzależniona jest od określonego podejścia sędziów do danej sprawy. Trybunał posługuje się nią w sposób nieujednolicony co sprawia, że często mimo oczywistości faktów trudno przewidzieć rozstrzygnięcie Trybunału.⁴¹⁵

414 M. Forowicz, *The Reception...*, s. 8; P. Mahoney, *Judicial...*, s. 84; E. Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, *International Law and Politics*, Vol. 31/1999, s. 851.

415 I. E. Koch, J. Vedsted-Hansen, *International Human Rights and National Legislatures - Conflict or Balance?*, *Nordic Journal Of International Law*, 75/2006, s. 11.

Drugie stanowisko bierze jednak pod uwagę specyfikę systemu ochrony praw człowieka Rady Europy i funkcjonującego w jego ramach Trybunału. Orzeka on bowiem w stosunku do 47 państw i musi uwzględniać istniejące między nimi różnice. Wykorzystując metody takie jak margines uznania, konsensus europejski, zasadę proporcjonalności, wykładnię funkcjonalną i dynamiczną, może w sposób akceptowalny dla władz wszystkich tych państw sprawować swoje funkcje orzecznicze.⁴¹⁶

Wobec tak zarysowanych różnic w ocenie działalności Trybunału wydaje się, że właściwsze jest stanowisko drugie. Świadczy o tym analiza orzecznictwa w sprawach wynikających z dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Mimo kilku sfer, w których osoby LGBT nadal nie są traktowane tak samo jak inni, ich sytuacja wciąż się poprawia. Trybunał sukcesywnie wskazywał, że określone działania lub zaniechania władz państwowych wobec osób LGBT stanowią zakazaną dyskryminację. Wykorzystanie metod takich jak metoda komparatystyczna, która pozwala Trybunałowi określić aktualny stan rozwiązań prawnych dotyczących określonego zagadnienia, wykładnia dynamiczna, mająca na celu ustawiczną aktualizację systemu ochrony praw człowieka opartej na *Konwencji*, czy wykładnia funkcjonalna, podkreślająca cel i założenia *Konwencji*, przyczyniło się do tej powolnej zmiany w kierunku faktycznej równości wszystkich osób bez względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

Taki wniosek i przedstawione w niniejszej pracy podejście Trybunału do stosowania poszczególnych metod interpretacji *Konwencji* skłania do założenia, że w przyszłości również w zakresie legalizacji związków jednopłciowych i ich praw rodzicielskich osoby LGBT nie będą dyskryminowane. Rozumowanie to jest uzasadnione właśnie sposobem, w jaki Trybunał wykorzystuje poszczególne metody interpretacyjne. Współcześnie metoda marginesu oceny czy konsensusu europejskiego we wskazanych wyżej dwóch sprawach może być postrzegana jako powstrzymująca Trybunał przed prorównościowym orzecznictwem. Warto jednak zauważyć, że to właśnie dzięki nim, w połączeniu z wykładnią dynamiczną i funkcjonalną Trybunał często zmieniał w czasie swoje podejście w sposób korzystny dla osób LGBT. Wydaje się, że jeżeli coraz więcej państw będzie regulowało związki jednopłciowe i ich prawa rodzicielskie, to właśnie dzięki tym metodom, porównując rozwiązania prawne funkcjonujące w różnych państwach i aktualizując swoje podejście Trybunał orzeknie, że nieuznawanie związków jednopłciowych i odmawianie im praw rodzicielskich stanowi niedopuszczalną dyskryminację. Ponadto dzięki takiemu podejściu system ochrony praw człowieka Rady Europy pozostanie spójny pomiędzy organami Rady Europy, a władzami państwowymi.

416 *Dialogue between judges, ...*, s. 12-13, E. Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 276.

Bibliografia

Książki i druki zwarte

- Arnardóttir O. M., *Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Arai-Takashi Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.
- Astramowicz-Leyk T., *Międzynarodowe systemy ochrony praw i wolności człowieka*, Olsztyn 2009.
- Bajorek-Ziaja H., *Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz skarga do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Balcerzak M., *Zagadnienie precedensu w prawie międzynarodowym praw człowieka*, Toruń 2008.
- Bates E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.
- Białocerkiewicz J., Balcerzak M., Czeżko-Durlak A. (red.), *O ludzki wymiar prawa, Księga jubileuszowa prof. Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005.
- Brems E., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- Chrisler J. C., McCreary D. R., *Handbook of Gender Research in Psychology*, Tom 1, Springer, 2010.
- Christoffersen J., *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.
- Chrostoffersen J., Madsen M. R., *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, 2011.
- Cotter A. M. M., *Ask No Question. An International Legal Analysis on Sexual Orientation Discrimination*, Ashgate 2010.
- Cziomer E., *Międzynarodowe stosunki polityczne*, Krakowskie Towarzystwo Eduk, 2008
- Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof G. J. H., Heringa A. W., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2nd edition, 2011.
- Dörr O., Schmalenbach K., *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2012;
- Ehrlich L., *Interpretacja traktatów*, Wydawnictwo Prawnicze, 1957.
- Emmerson B., Simor J., *Human Rights Practice*, Sweet & Maxwell, 2000.
- Feller E., Türk V., Nicholson F., *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003.
- Firlit-Fesnak G., Szyłko-Skoczny M., *Polityka społeczna*, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008.
- Fitzmaurice M., Elias O. A., Merkouris P., *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, BRILL, 2010.
- Florczak A., *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2009.

- Forowicz M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.
- Frankowska M., *Prawo traktatów*, Szkoła Główna Handlowa, 1997.
- Garlicki L., *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa, 2010.
- Greenberg D., Katz S. N., Wheatley S. C., Oliviero M. B., *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, 1993.
- Greer S., *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press 2006.
- Gronowska B., *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.
- Heinze E., *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers 1994.
- Huls N., Adams M. Bomhoff J. *The Legitimacy of highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Asser Press, 2009.
- International Commission of Jurists, *Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – Practitioners Guide No. 4*, Geneva, 2009.
- Jabłoński M., Jarosz-Żukowska S., *Prawa człowieka i systemy ich ochrony. Zarys wykładu*, Wrocław 2004 .
- Jacobs F. G. and White R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, 1996.
- Jaskiernia J., *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989-2009*, Toruń 2010.
- Kälin W., Künzli J., *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press 2009.
- Kamminga M. T., Scheinin M., *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Kastanas E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Brussels, Bruylant, 1996.
- Kilkelly U., *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 1, Council of Europe, 2001.
- Koch I. E., *Human Rights as Indivisible Rights. The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Boston 2009.
- Kondratiewa-Bryzik J., *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa, 2009.
- Kozłowski A., *Interpretacja traktatu międzynarodowego w świetle jego kontekstu*, Warszawa 2002.
- Kuźniar R., *Prawa człowieka. Prawo, instytucje, stosunki międzynarodowe*, Warszawa 2004.
- Latos B., *Klauzula derogacyjna i imitacyjna w Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2008.
- Leach P., *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011.
- Letsas G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007.

- Lewis M. K., Marshall I., *LGBT Psychology: Research Perspectives and People of African Descent*, Springer, 2011.
- Linderfalk U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2010.
- Loucaides L. G., *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Leiden. Boston 2007.
- Marshall J., *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden Boston 2009.
- Meezan W., Martin J., *Handbook of Research with Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Populations*, Taylor & Francis, 2008.
- Menkes J., *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
- Michałowska G., *Ochrona praw człowieka w Radzie Europy i w Unii Europejskiej*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2007.
- Michałowska G., *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2008.
- Mizerski R., *Test legalności w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2009.
- Monaghan K., *Equality Law*, Oxford University Press 2007.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
- O'Boyle Harris, *The Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995.
- Orakhelashvili A., Williams S., *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, BRILL, 2010.
- Ovey C., White R. C. A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2006.
- Paraskeva C., *The Relationship between the domestic Implementation of The European Convention on Human Rights and the ongoing Reforms of the European Court of Human Rights (With a Case Study on Cyprus and Turkey)*, Intersentia 2009.
- Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg: Urząd Publikacji Unii Europejskiej, 2011.
- Robertson A. H., Merrills J. G., *Human Rights in Europe – A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester University Press, 1993.
- Rom C. F.C., *Sovereignty and Interpretation of International Norms*, Springer, 2007.
- Shaw M. N., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000.
- Simpson A. W. B., *Human Rights and the End of Empire - Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press 2001.
- Sozański J., *Prawa człowieka w systemach prawnych Wspólnot i Unii Europejskiej*, PWP Iuris, 2005.
- Sozański J., *Prawa człowieka w Unii Europejskiej po traktacie Lizbońskim*, PWP Iuris, 2010.
- Stewart Ch., *The Greenwood Encyclopedia of Lgbt Issues Worldwide*, Volume 1, ABC-CLIO, 2010.
- Stępkowski A., *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecjonalnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010.
- Symonides J., *Human Rights: Concept and Standards*, Ashgate 2000.
- Symonides, J., *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Ashgate 1998.

- Symonides J., *Organizacja Narodów Zjednoczonych. Bilans i perspektywy*, Warszawa 2006.
- Symonides J. (red.), *The Struggle Against discrimination. A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations System*, UNESCO 1996.
- Symonides J., *Zasada efektywności w prawie międzynarodowym*, Toruń 1967.
- Śmiszek K., *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego i standardów europejskich*, Warszawa 2006.
- Vandenhoele W., *Non-Discrimination and Equality in the View of the Un Human Rights Treaty Bodies*, Intersentia nv, 2005.
- Vanneste F., *General international law before human rights courts*, Antwerp: Intersentia, 2010.
- Vasak K., *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. 1, UNESCO 1982.
- Weil G. L., *The European Convention on Human Rights – Background, Development and Prospects*, UMI 1961.
- Weiwei L., *Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law*, The Norwegian Centre for Human Rights 2004.
- Wieruszewski R., Gliszczyńska A., Sękowska-Kozłowska K., *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 2009.
- Wiśniewski A., *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.
- Wyrzykowski M., *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.
- Yourow H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1996.
- Zięba R., *Instytucjonalizacja bezpieczeństwa europejskiego: koncepcje, struktury, funkcjonowanie*, Scholar, 1999.

Artykuły naukowe

- Arato J., *Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences*, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 9 (2010).
- Bayefsky A. F., *The principle of Equality or Non-discrimination in International Law*, 11 *Human Rights Quarterly*, 1990.
- Bernhardt R., *Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention of Human Rights*, *German Yearbook of International Law*, 42/1999.
- Benvenisti E., *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, *International Law and Politics*, Vol. 31/1999.
- Bogaert A. F., *Toward a Conceptual Understanding of Asexuality*, *Review of General Psychology*, 2006, Vol. 10, No. 3.
- Christoffersen J., *Impact on general principles of treaty interpretation* [w:] Kamminga M. T., Scheinin M., *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, 2009.
- Drzemczewski A., *The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 29, No. 1 (Jan., 1980).

- Dzehtsiarou K., *Comparative Law in the Reasoning of the European Court of Human Rights* (November 4, 2010). *University College Dublin Law Review*, Vol. 10/2010.
- Dzehtsiarou K., *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, *German Law Journal*, Vol. 12 No. 10, 2011.
- Dzehtsiarou K., *European Consensus: a way of reasoning*, UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper No. 11/2009.
- Egan S. K., Perry D. G., *Gender Identity: A Multidimensional Analysis With Implications for Psychosocial Adjustment*, *Developmental Psychology*, 2001, Vol. 37, No. 4.
- Fallmeth A. X., *State regulation of sexuality in international human rights law and theory*, *William and Mary Law Review*, Vol. 50:797/2008.
- Gerards J., *Judicial Deliberations in the ECtHR*, [w:] Huls N., Adams M., Bomhoff J., *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Asser Press, 2009.
- Hart J. W., *The European Human Rights System*, *Law Library Journal*, Vol. 102, No 4/2010.
- Helfer L. R., *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 26/1993.
- Helfer L. R., *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 1.
- Killander M., *Interpreting Regional Human Rights Treaties*, *SUR – International Journal on Human Rights*, V. 7, no 13, December 2010.
- Koch I. E., Vedsted-Hansen J., *International Human Rights and National Legislatures - Conflict or Balance?*, *Nordic Journal Of International Law*, 75/2006.
- Kochanowski J., *Queer Studies – Wprowadzenie*, [w:] Kochanowski J., Abramowicz M., Biedroń R., *Queer Studies. Podręcznik kursu*, Kampania Przeciw Homofobii 2010.
- Kowalski M., *Efektywność czy omnipotencja – uwagi dotyczące interpretowania i stosowania Europejskiej konwencji praw człowieka na przykładzie gwarancji art 8*, [w:] Menkes J., *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
- Kühnhardt L., *European Courts and Human Rights*, [w:] Greenberg D., Katz S. N., Wheatley S. C., Oliviero M. B., *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, 1993.
- Lauterpacht E., Bethlehem D., *The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion*, [w:] Feller E., Türk V., Nicholson F., *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, 2003.
- Letsas G., *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, *European Journal of International Law*, Vol. 15 No. 2, 2004.
- LeVay S., *Gay, Straight, and the Reason Why: The Science of Sexual Orientation*, Oxford University Press, 2011.
- Mahoney P., *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, *Human Rights Law Journal* 11 (1990).
- McRae D., *Approaches to the Interpretation of Treaties : The European Court of Human Rights and the WTO Appellate Body*, [w:] Breitenmoser S. (red.), *Droits de l'homme, démocratie et état de droit, liber amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich, 2007.

- Mehrish B. N., *Travaux Preparatoires as an Element in the Interpretation of Treaties*, IJIL, vol. 11 (1990).
- Mik C., *Metodologia interpretacji traktatów z dziedziny ochrony praw człowieka*, [w:] *Toruński rocznik praw człowieka i pokoju 1992*, Toruń 1993.
- Mikaelsen L., *European Protection of Human Rights: The Practice and Procedure of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Applications from Individuals and States*, BRILL, 1980.
- Neuman G. L., *Talking to Ourselves*, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.1.
- Orakhelashvili A., *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, 14/2003.
- Paczeński A., *Zakaz dyskryminacji w systemie prawnym Unii Europejskiej*, [w:] Florczak A., *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, 2009
- Partsch K. J., *Fundamental Principles of Human Rights: Self-Determination, Equality and Non-Discrimination*, [w:] K. Vasak, *The International Dimensions of Human Rights*, Vol. 1, UNESCO 1982.
- Popovic D., *Prevailing of Judicial Activism over Self-Restraint in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Creighton Law Review*, Vol. 42/2009.
- Prause N., Graham C. A., *Asexuality: Classification and Characterization*, *Archives of Sexual Behavior*, 36/2007.
- Remin K., *Zasady Yogyakarta. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009.
- Rietiker D., *The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis*, *Nordic Journal of International Law* 79 (2010).
- Robertson A. H., *The Relationship between the European Convention on Human Rights and Internal Law in General*, *European Criminal Law, Colloques Européens*, 1970.
- Shively M. G., de Cecco J. P., *Components of sexual identity*, *Journal of Homosexuality*, 2/1977.
- Spielmann D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, CELS Working Papers, 2012.
- Symonides J., *The United Nations System Standard-Setting Instruments and Programmes against Discrimination: Introductory Remarks*, [w:] Symonides J. (red.), *The Struggle Against discrimination. A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations System*, UNESCO 1996.
- Toggenburg G. N., *"LGBT" go Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice*, *European Law Reporter* 5/2008.
- Torggrimson B. N., Minson Ch. T., *Sex and gender: what is the difference?*, *Journal of Applied Physiology* September 1, 2005 vol. 99 no. 3.
- Wieruszewski R., *Zasady Yogyakarta – charakterystyka dokumentu*, [w:] Wieruszewski R., Wyrzykowski M., *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.
- Wildhaber L., *The European Court of Human Rights in Action*, *Ritsumeikan Law Review* 83 (2004).

Dokumenty źródłowe

Action Plans – Action Reports. Definitions and objectives. Memorandum prepared by the Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, CM/Inf/DH(2009)29rev, 3 czerwca 2009.

Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis, 2009.*

Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States: Part II - The Social Situation, 2009.*

Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity. Comparative legal analysis, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.*

Agency for Fundamental Rights (FRA), *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.*

Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z dnia 22 listopada 1969 r., M. Zubik (red.), Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008.

Consideration of Reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant. Concluding observations of the Human Rights Committee. Chile, CCPR/C/CHL/CO/5, 18 May 2007.

Dyrektywa Rady 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, Dz. Urz. UE L 180/2000.

Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.Urz. UE L 303 z 2.12.2000, str. 16—22, Polskie wydanie specjalne: Rozdział 5 Tom 4 P. 79 – 85.

Equality Act 2010, dostępne na stronie internetowej: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/pdfs/ukpga_20100015_en.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Europejska karta społeczna sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r. (Dz. U. z dnia 29 stycznia 1999 r.)

Europejska karta społeczna (zrewidowana), tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/163.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration, tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration, 19. Lutego 2010, tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Izmir, Turkey, 26 – 27 April 2011, Declaration. Tekst deklaracji dostępny jest na stronie internetowej: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E1256FD2-DBE5-41E8-B715-4DF6D922C7B6/0/20110428_Declaration_Izmir_EN.pdf, (dostęp: 29.08.2012 r.).

European Union

International Commission of Jurists, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – Practitioners Guide No. 4, Geneva, 2009.

Joint preliminary comments on the drafting of Protocols 15 and 16 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, dostępne na stronie internetowej: <http://www.europapraw.org/files/2012/08/Joint-NGO-submission-Protocols-15-and-16-to-the-ECHR-August-2012.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Karta ASEAN, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.aseansec.org/publications/ASEAN-Charter.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83/389 z 30.03.2010.

Komitet Ministrów Rady Europy, *Rezolucja (2002)8 o statucie Europejskiej Komisji przeciwko Raszizmowi i Nietolerancji*.

Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy, *Rezolucja 230 (2007) o wolności zgromadzeń i wypowiedzi dla gejów, lesbijek, osób biseksualnych i transgenderowych*.

Konwencja (nr III) dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu przyjęta w Genewie dnia 25 czerwca 1958 r., Dz.U. 1961 nr 42 poz. 218.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz.U. 1991 nr 120 poz. 526.

Konwencja Rady Europy o zwalczaniu i zapobieganiu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 11 maja 2011 r. Tekst dostępny na stronie internetowej Rady Europy: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/210.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi, sporządzona w Warszawie dnia 16 maja 2005 r., Dz.U. 2009 nr 20 poz. 107.

Konwencja wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 nr 74 poz. 439.

Międzyrządowa Komisja Praw Człowieka ASEAN, Zakres kompetencji, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.aseansec.org/publications/TOR-of-AICHR.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Międzynarodowa Konwencja dotycząca ochrony praw migrujących pracowników i członków ich rodzin sporządzona 18 grudnia 1990 r. w Nowym Jorku, United Nations, Treaty Series, vol. 2220, s. 3; A/RES/45/158.

Międzynarodowa Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 7 marca 1966 r., Dz.U. 1969 nr 25 poz. 187.

Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych, Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 169.

Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych, Dz. U. z 1977 roku, Nr 38, poz. 167.

OBWE ODIHR, *Human Dimension Implementation Meeting. Consolidated Summary*, Warsaw, 19-30 września 2005.

OBWE, *Summary Report of the OSCE High-Level Conference on Tolerance and Non-Discrimination*, 28-30 czerwca 2010.

Permanent Council of the Organisation of American States, *Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression: Key Terms and Standards* z 23 kwietnia 2012 r., CP/CAAP-INF.166/12.

Powszechna deklaracja praw człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r., Nowy Jork, M. Zubik (red.), *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008.

Protokół do afrykańskiej Karty praw człowieka i ludów o utworzeniu Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, M. Zubik (red.), *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008.

Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji praw człowieka dotyczący praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 17 listopada 1988, M. Zubik (red.), *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008.

Protokół nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/177.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Protokół nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zmieniający system kontroli Konwencji, sporządzony w Strasburgu dnia 13 maja 2004 roku, Dz.U. Nr 90 poz. 587.

Rada Ekonomiczno Społeczna, *Rezolucja 1985/17, Review of the composition, organization and administrative arrangements of the Sessional Working Group of Governmental Experts on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/RES/1985/17, 28 maja 1985.

Report of the Commission, Application No. 9532/81, Mark Rees against United Kingdom, Adopted on 12 December 1984.

Rezolucja AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08), dostępna na stronie internetowej: http://www.oas.org/dil/AGRES_2435.doc, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Rezolucja AG/RES.2504 (XXXIX-O/09), dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG04688E08.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Rezolucja AG/RES.2600 (XL-O/10), dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG05138E06.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Rezolucja AG/RES.2653 (XLI-O/11), dostępna na stronie internetowej: <http://www.oas.org/dil/AG05485E05.doc>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie homofobii w Europie, Dz.Urz. UE C 287E z 24.11.2006.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie homofobii w Europie, Dz.Urz. UE C 74E z 20.3.2008.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie nasilenia przemocy powodowanej rasizmem i homofobią w Europie, Dz.Urz. UE C 300E z 9.12.2006.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie ochrony mniejszości i polityka walki z dyskryminacją w rozszerzonej Europie (2005/2008(INI)), Dz.Urz. UE C 124E z 25.5.2006.

Rozporządzenie Rady (WE) nr 168/2007 z dnia 15 lutego 2007 r. ustanawiające Agencję Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.U. L 53 z 22.2.2007.

Statut Rady Europy, przyjęty w Londynie dnia 5 maja 1949 r., Dz.U. z 1994 nr 118 poz. 565.

The Yogyakarta Principles. Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity, Marzec 2007.

Toolkit to Promote and Protect the Enjoyment of all Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) People, dokument dostępny na stronie internetowej: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st11179.en10.pdf>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

UN Commission on Human Rights, *Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention* z 24 stycznia 2003, E/CN.4/2003/8/Add.1.

UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Leandro Despouy* z 22 lutego 2005, E/CN.4/2005/60/Add.3.

UN Commission on Human Rights, *Report submitted by Juan Miguel Petit, Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography* z 5 stycznia 2004, E/CN.4/2004/9.

UN Commission on Human Rights, *The right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health. Report of the Special Rapporteur, Paul Hunt* z 16 lutego 2004, E/CN.4/2004/49.

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Brazil*, z 12 czerwca 2009, E/C.12/CO/BRA/2.

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *Consideration of reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant. Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Poland*, z 19 stycznia 2010, E/C.12/POL/CO/5.

UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, § 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, z 2 lipca 2009, E/C.12/GC/20.

UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment* z 3 lipca 2001, A/56/156.

UN General Assembly, *Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*, z 18 grudnia 2008.

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 18: Non-discrimination*, z 10 listopada 1989.

UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding Observations of the Human Rights Committee: the Sudan*, 29 August 2007, CCPR/C/SDN/CO/3.

UN Human Rights Committee (HRC), *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Zambia*, 9 August 2007, CCPR/C/ZMB/CO/3.

UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of reports submitted by State parties under article 40 of the Covenant : International Covenant on Civil and Political Rights : Barbados: information received from Barbados on the implementation of the concluding observations of the Human Rights Committee (CCPR/C/BRB/CO/3)*, 2 June 2009.

UN Human Rights Committee (HRC), *Consideration of reports submitted by States Parties under article 40 of the Covenant : International Covenant on Civil and Political Rights : concluding observations of the Human Rights Committee: Denmark*, 16 December 2008, CCPR/C/DNK/CO/5.

UN Human Rights Council, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, z 17 listopada 2011, A/HRC/19/41.

UN Human Rights Council, *Human rights, sexual orientation and gender identity, revised draft resolution* z 15 czerwca 2011, A/HRC/17/L.9/Rev.1.

UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mission to Guatemala*, z 19 lutego 2007, A/HRC/4/20/Add.2.

UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, Rashida Manjoo z 28 maja 2010, A/HRC/14/22/Add.2.

UN Human Rights Council, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the situation of human rights defenders* z 24 stycznia 2004, A/HRC/4/37.

United Nations Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Bodies, HRI/GEN/1/Rev.2 z 29 marca 1996.

Wersja skonsolidowana Traktatu o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83/13 z 30.03.2010.

Zgromadzenie Parlamentarne OBWE, *Deklaracja z Ottawy*, 8 lipca 1995 r.

Zgromadzenie Parlamentarne OBWE, *Oslo Declaration of the OSCE Parliamentary Assembly and Resolutions Adopted at the Nineteenth Annual Session*, Oslo 6-10 lipca 2010 r.

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Raport. Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*. Tekst dostępny na stronie internetowej: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/WorkingDocs/Doc09/EDOC12087.htm>, (dostęp: 29.08.2012 r.).

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 924 (1981) o dyskryminacji osób homoseksualnych*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1117 (1989) o sytuacji osób transseksualnych*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1470 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek oraz ich partnerów i partnerek w państwach członkowskich Rady Europy w kontekście azylu i imigracji*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1474 (2000) o sytuacji gejów i lesbijek w państwach członkowskich Rady Europy*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1635 (2003) o lesbijkach i gejach w sporcie*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rekomendacja 1915 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rezolucja 1728 (2010) o dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową*

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, *Rezolucja 1842 (2011) o zakresie uprawnień komitetów Zgromadzenia Parlamentarnego – implementacja Rezolucji 1822 (2011) w sprawie reformy Zgromadzenia Parlamentarnego*.

Wyroki

Wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

A.D.T. v. the United Kingdom, no. 35765/97, ECHR 2000-IX.

Airey v. Ireland, 9 October 1979, Series A no. 32

Alekseyev v. Russia, nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, 21 October 2010.

B. v. France, 25 March 1992, Series A no. 232-C.

Bączkowski and Others v. Poland, no. 1543/06, 3 May 2007

Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI.

- Cossey v. the United Kingdom*, 27 September 1990, Series A no. 184.
- Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 October 1981, Series A no. 45.
- E.B. v. France* [GC], no. 43546/02, 22 January 2008.
- Fretté v. France*, no. 36515/97, ECHR 2002-I.
- Gas and Dubois v. France*, no. 25951/07, 15 March 2012.
- Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, Series A no. 18.
- J.M. v. the United Kingdom* (dec.), no. 41518/98, ECHR 2000-X.
- Johnson v. the United Kingdom*, 24 October 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII.
- Karner v. Austria*, no. 40016/98, ECHR 2003-IX.
- Kozak v. Poland*, no. 13102/02, 2 March 2010.
- L. v. Lithuania*, no. 27527/03, ECHR 2007-IV.
- L. and V. v. Austria*, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I.
- Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96, 27 September 1999.
- Marckx v. Belgium*, 13 June 1979, Series A no. 31.
- Mata Estevez v. Spain* (dec.), no. 56501/00, ECHR 2001-VI.
- Morris v. the United Kingdom*, no. 38784/97, ECHR 2002-I.
- Norris v. Ireland*, 26 October 1988, Series A no. 142.
- Parry v. the United Kingdom* (dec.), no. 42971/05, ECHR 2006-XV.
- P.B. and J.S. v. Austria*, no. 18984/02, 22 July 2010.
- R. and F. v. the United Kingdom* (dec.), no. 35748/05, 28 November 2006.
- Rees v. the United Kingdom*, 17 October 1986, Series A no. 106 .
- Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, no. 33290/96, ECHR 1999-IX.
- Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, ECHR 2010.
- Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, ECHR 1999-V
- Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 July 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-V.
- Soering v. the United Kingdom*, 7 July 1989, Series A no. 161.
- Sutherland v. the United Kingdom*, no. 25186/94, Commission's report of 1 July 1997, unpublished.
- The Cyprus Case (Greece v. the United Kingdom)* (1958-59) 2 Yearbook of the European Convention on Human Rights, 172-197.
- Tyrer v. the United Kingdom*, 25 April 1978, Series A no. 26.
- Vejdeland v. Sweden*, no. 1813/07, 9 February 2012.
- Wemhoff v. Germany*, 27 June 1968, Series A no. 7.
- X. Y. Z. v. the United Kingdom*, no. 21830/93.
- Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, Series A no. 44.

Pozostałe wyroki

Canadian Telephone Employees' Association (C. T. E. A.) v. Bell Canada (1994), 43 L. A. C. (4th) 172

Human Rights Committee, *Ms. Juliet Joslin et al. v. New Zealand*, Communication No. 902/1999, 30 July 2002, CCPR/C/75/D/902/1999.

Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, 31 March 1994, CCPR/C/50/D/488/1992

Human Rights Committee, *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005 : Colombia. 2007-05-14, CCPR/C/89/D/1361/2005.

Human Rights Committee, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, 6 August 2003, CCPR/C/78/D/941/2000

Human Rights Committee, *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984 z 9 kwietnia 1987.

Wyrok Międzynarodowego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Atala Riffo i córki przeciwko Chile* z 24 lutego 2012 r.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 31 maja 2001 r. *D i Królestwo Szwecji przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, sprawa C-122/99, Zb. Orz. 2001 I-04319.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 10 maja 2011 r. *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, sprawa C-147/08, (dotychczas nieopublikowana).

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 17 lutego 1998 r. *Lisa Jacqueline Grant przeciwko South-West Trains Ltd.*, Sprawa C-249/96, Zb. Orz. 1998 I-00621.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 1 kwietnia 2008 r. *Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, sprawa C-267/06, Zb. Orz. 2008 I-01757.

