

Elżbieta Hanna Morawska*

POSZUKIWANIE KONSENSU EUROPEJSKIEGO PRZED EUROPEJSKIM TRYBUNAŁEM PRAW CZŁOWIEKA W SPRAWIE ADOPCJI DZIECKA PRZEZ OSOBY I PARY HOMOSEKSUALNE

1. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 roku – powszechnie zwana Europejską Konwencją Praw Człowieka (Konwencja/EKPC)¹, była pierwszym wielostronnym traktatem zawartym przez państwa członkowskie Rady Europy (Rady/RE)². Stanowiła swoistą odpowiedź „wolnej Europy” na drastyczne naruszenia praw człowieka i politycznych wolności, jakie miały miejsce w państwach europejskich podczas II wojny światowej³. Jako taka wpisała się w rozpoczęty w 1945 roku na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) proces instytucjonalizacji praw człowieka w prawie międzynarodowym. Niemniej, w przeciwieństwie do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (Powszechna Deklaracja/PDPC), uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1948 roku⁴, Konwencja

* Doktor nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms/Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales (CETS No. 005) z dnia 4 listopada 1950 r. Konwencja została otwarta do podpisu w Rzymie, a 3 września 1953 r., po uzyskaniu wymaganych dziesięciu ratyfikacji, weszła w życie. Polska ratyfikowała EKPC 19 stycznia 1993 r., weszła ona w życie w stosunku do Polski 19 stycznia 1993 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

² Podstawą działania Rady Europy jest statut, przyjęty na konferencji w Londynie dnia 5 maja 1949 r. Zob. European Treaty Series nr 1. Traktat ten został podpisany przez 10 państw: Belgię, Danię, Francję, Niemcy, Luksemburg, Irlandię, Luksemburg, Norwegię, Zjednoczone Królestwo i Włochy; wszedł w życie 3 sierpnia 1949 r. Polska przystąpiła do Rady Europy 26 listopada 1991 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565).

³ C. Ovey, R. White, *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights*, Cambridge 2002, s. 102; K.A. Doty, *From Fretté to E. B.: The European Court of Human Rights on Gay and Lesbian Adoption*, *Law & Sexuality: A Review of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Legal Issues* 2009, vol. 18, s. 122.

⁴ Zgromadzenie Ogólne ONZ, przyjmując Powszechną Deklarację, ogłosiło ją jako „wspólny standard do osiągnięcia przez wszystkie ludy i wszystkie narody”. W ten sposób został osiągnięty

stanowi o ochronie tylko wybranych praw osobistych i politycznych człowieka. Dają temu wyraz postanowienia preambuły do EKPC, zgodnie z którymi państwa członkowskie Rady Europy, działając „w tym samym duchu i posiadając wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa”, zdecydowały się „podjąć pierwsze kroki w celu zapewnienia zbiorowej gwarancji niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”⁵.

Podkreślić przy tym należy, że państwa-strony EKPC wyraziły zgodę, poprzez jej ratyfikację, również na ustanowienie „mechanizmu zapewnienia poszanowania zobowiązań” wynikających dla nich z tejże Konwencji⁶. Pierwotnie w strukturze tego mechanizmu działały dwa organy orzecznicze: była to Europejska Komisja Praw Człowieka i Europejski Trybunał Praw Człowieka (Trybunał Strasburski/Trybunał/ETPC). Ten stan został zmieniony w 1998 roku, po wejściu w życie protokołu nr 11 do EKPC, na mocy którego jedynym organem orzeczniczym Konwencji został Trybunał Strasburski⁷. Jest on właściwy do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji⁸. Zasadniczo mogą one zostać mu przedłożone w trybie skargi między państwowej, a więc skargi państwa na „jakikolwiek naruszenia” EKPC, które może być przypisane innemu państwu-stronie Konwencji, jak również w trybie skargi indywidualnej, a więc skargi osób fizycznych, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia, o ile wykorzystane zostaną krajowe środki odwoławcze (*domestic remedies*)⁹. Co ważne, orzeczenia (wyroki i decyzje) Trybunału są wiążące dla pozwanych państw-stron EKPC, które mają obowiązek zastosować się do nich. Może to polegać na wypłacie słusznego zadośćuczynienia (*just satisfaction*)¹⁰, tudzież na podjęciu innych środków indywidualnych (*individual measures*) stosownie do specyfiki danej sprawy¹¹, a nadto na podjęciu środków generalnych (*general measures*) w obszarze prawodawstwa

jeden z kamieni milowych w procesie instytucjonalizacji praw człowieka w prawie międzynarodowym. Zob. J. Humphrey, *The Universal Declaration of Human Rights: Its History, Impact and Judicial Character* [w:] *Human Rights: Thirty Years After the Universal Declaration: Commemorative Volume on the Occasion of the Thirtieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights*, red. B.G. Ramcharan, Hague 1979, s. 21; E. Schwelb, *The Influence of the Universal Declaration of Human Rights on International and National Law*, American Society of International Law Proceedings 1959, vol. 53, s. 217.

⁵ Aczkolwiek co do zasady chodziło o gwarancje minimalnego poziomu ochrony. Zob. art. 53 EKPC. Zob. też w tym kontekście np. S. Beeson, *European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy* [w:] *Human Rights Protection in the European Legal Order: The Interaction between the European and the National Courts*, red. P. Popelier, C. van de Heyning, P. van Nuffel, Cambridge 2011, s. 97–145.

⁶ Por. art. 19 EKPC.

⁷ Został on otwarty do podpisu 11 maja 1994 r., a wszedł w życie 1 listopada 1998 r. (Dz. U. Nr 147, poz. 962).

⁸ Por. art. 32 EKPC.

⁹ Por. w szczególności art. 33–35 EKPC.

¹⁰ Por. art. 41 EKPC.

¹¹ W grę może wchodzić przykładowo: zwolnienie zatrzymanego, zwrot mienia, dodatkowe badania dotyczące okoliczności śmierci ofiary, wznowienie procesu sądowego.

krajowego lub praktyki krajowej¹². Nadzór nad wykonywaniem przez państwa-strony EKPC orzeczeń Trybunału sprawuje Komitet Ministrów RE¹³.

W świetle tych uwag nie ulega wątpliwości, że pozycja Trybunału Strasburskiego w mechanizmie Konwencji jest wyjątkowo silna¹⁴. Sama zaś Konwencja jest jednym z najważniejszych instrumentów, poprzez które Rada Europy realizuje swoje cele. Będąc pierwszym wielostronnym traktatem RE, jest ona jedynym spośród wielu, który ma tak istotnie rozbudowany mechanizm zapewniania poszanowania przez państwa-strony wynikających z niej zobowiązań¹⁵.

2. Z przeglądu orzecznictwa strasburskiego wynika, że ETPC zajął stanowisko odnośnie do adopcji dzieci przez osoby homoseksualne w dwóch różnych sytuacjach. Pierwsza z nich odnosi się do adopcji przez osobę homoseksualną jakiegokolwiek dziecka, natomiast druga – do adopcji przez osobę homoseksualną dziecka partnera (partnerki), przy czym co do pierwszej sytuacji chodzi o adopcję indywidualną (*individual adoption; single-parent adoption*), a w drugim przypadku – o adopcję w kontekście związku osób tej samej płci (*second-parent adoption*)¹⁶. Oznacza to, że jak dotąd ETPC nie rozstrzygał skargi, która odnosiła się do wspólnej adopcji dzieci przez pary homoseksualne (*joint adoption by a same-sex couple*)¹⁷. Jeśli chodzi o adopcje indywidualne, to dla linii orzeczniczej ETPC kluczowe wydają się dwie sprawy. Pierwszą z nich jest sprawa *Fretté v. France* z 2002 roku, a drugą sprawa *E.B. v. France* z 2008 roku¹⁸. W przypadku zaś adopcji w kontekście związku osób tej samej płci kluczowe znaczenie mają ustalenia ETPC w sprawie *Gas and Dubois v. France* z 2012 roku oraz w sprawie *X. and Others v. Austria* z 2013 roku¹⁹.

W przedmiotowych sprawach skarżący zasadniczo zarzucili pozwanym państwom-stronom EKPC naruszenie samego art. 8 EKPC lub jego naruszenie w związku z art. 14 EKPC. Innymi słowy, uznali, że pozwane państwa dopuściły się narusze-

¹² W tym kontekście kluczowe znaczenie ma procedura wyroków pilotażowych, która jest uruchamiana w sytuacji stwierdzenia przez ETPC występowania w obszarze prawa lub praktyki krajowej pozwanego państwa-strony EKPC problemu o charakterze systemowym i strukturalnym. Zob. regulę nr 61 pkt 6 Regulaminu ETPC. Por. też wyrok ETPC z dnia 22 czerwca 2004 r. w sprawie *Broniowski v. Poland*, skarga nr 31443/96.

¹³ Por. art. 46 EKPC.

¹⁴ Generalnie zob. B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011.

¹⁵ A.Z. Drzemczewski, *The Prevention of Human Rights Violations: Monitoring Mechanisms of the Council of Europe*, International Studies in Human Rights 2001, vol. 67, s. 158–163.

¹⁶ Zob. K. Dzehtsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge 2015, s. 26–27.

¹⁷ Por. stanowisko interwenantów w sprawie z dnia 15 marca 2012 r., *Gas and Dubois v. France*, skarga nr 25951/07, § 54; stanowisko Komisarza Praw Człowieka RE w sprawie z dnia 19 lutego 2013 r., *X. and Others v. Austria*, skarga nr 19010/07, § 55. Zob. też decyzję ETPC z dnia 9 marca 2010 r. w sprawie *Santos Hansen v. Denmark*, skarga nr 17949/07.

¹⁸ Por. odpowiednio wyroki: z dnia 26 lutego 2002 r. w sprawie *Fretté v. France*, skarga nr 36515/97, z dnia 22 stycznia 2008 r., *E.B. v. France*, skarga nr 43546/02.

¹⁹ Por. wyrok ETPCz dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie *X. and Others v. Austria*, skarga nr 19010/07.

nia zakazu dyskryminacji w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC) ze względu na ich orientację seksualną (art. 14 EKPC). Sięgnięcie skarżących po art. 8 EKPC nie było przypadkowe, uzasadniała je szeroka i ewolucyjna wykładnia zakresu przedmiotowego tego prawa²⁰. Na obecnym bowiem etapie rozwoju orzecznictwa strasburskiego to nie art. 12 EKPC, stanowiący *expressis verbis* o prawie mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny²¹, ale właśnie art. 8 EKPC postrzegany jest jako „najszersza zakresowo norma Konwencji wiążąca się z instytucją rodziny”²². Nie wchodząc w szczegóły, podkreślić należy, że w ocenie ETPC nie da się precyzyjnie zdefiniować terminu „życie prywatne”²³, natomiast można wskazać jego pewne aspekty²⁴. Pierwszy z nich jest oparty na koncepcji integralności fizycznej i psychicznej człowieka²⁵, drugi – na wieloaspektowo odczytywanej tożsamości fizycznej i psychicznej²⁶, której elementami są m.in. tożsamość płciowa²⁷, orientacja seksualna²⁸ oraz życie seksualne²⁹, imię i nazwisko³⁰, osobisty wizerunek³¹, dane osobowe³² i pochodzenie³³, w tym pochodzenie gene-

²⁰ Tym właśnie różni się od wykładni prawa do małżeństwa (art. 12 EKPC). Zob. wyrok ETPC z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk and Kopf v. Austria*, skarga nr 30141/04, § 51, 53; wcześniejsze wyroki ETPC: z dnia 27 września 1990 r. w sprawie *Cossey v. the UK*, skarga nr 10843/84, § 46; z dnia 17 października 1986 r., *Rees v. the UK*, skarga nr 9532/81, § 49; z dnia 30 lipca 1998 r., *Sheffield and Horsham v. the UK*, skargi nr 22985/93 i 23390/94, § 67.

²¹ Szerzej nt. prawa do małżeństwa i założenia rodziny zob. P. van Dijk, Chapter 16: *The right to marry and found a family (Article 12)* [w:] P. van Dijk et al., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpia–Oxford 2006, s. 841–862.

²² *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 1, *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2011, s. 519.

²³ Wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie *X. and Y. v. the Netherlands*, skarga nr 8978/80, § 22; z dnia 25 marca 1993 r., *Costello-Roberts v. the UK*, skarga nr 13134/87, § 36; z dnia 12 czerwca 2003 r., *Van Kück v. Germany*, skarga nr 35968/97, § 69; z dnia 18 kwietnia 2006 r., *Dickson v. the UK*, skarga nr 44362/04, § 31.

²⁴ Wyrok ETPC z dnia 22 października 1996 r. w sprawie *Stubbings and Others v. the UK*, skargi nr 22083/93 i 22095/93, § 63.

²⁵ Wyroki ETPC: z dnia 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty v. the UK*, skarga nr 2346/02, § 61; z dnia 22 lipca 2003 r., *Y.F. v. Turkey*, skarga nr 24209/94, § 33.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 7 lutego 2002 r. w sprawie *Mikulić v. Croatia*, skarga nr 53176/99, § 53.

²⁷ Zob. wyrok ETPC z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin v. the UK*, skarga nr 28957/95.

²⁸ Zob. wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2011 r. w sprawie *S.H. and Others v. Austria*, skarga nr 57813/00.

²⁹ Wyrok ETPC z dnia 19 listopada 2013 r. w sprawie *Somesan and Butiuc v. Romania*, skarga nr 45543/04, § 25; wyrok ETPC z dnia 25 listopada 2008 r. w sprawie *Biriuk v. Lithuania*, skarga nr 23373/03, § 34, § 41 (w kontekście ochrony informacji o życiu seksualnym danej osoby); wiodący wyrok ETPC z dnia 22 października 1981 r. w sprawie *Dudgeon v. the UK*, skarga nr 7525/76, § 41 (w związku z obowiązkami negatywnymi).

³⁰ Wyrok ETPC z dnia 25 listopada 1994 r. w sprawie *Stjerna v. Finland*, skarga nr 18131/91.

³¹ Z nowszych spraw zob. wyrok ETPC w sprawie *Biriuk v. Lithuania*.

³² Wyrok ETPC z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Gaskin v. the UK*, skarga nr 10454/83.

³³ *Ibidem*; wyrok ETPC: z dnia 13 lipca 2006 r. w sprawie *Jäggi v. Switzerland*, skarga nr 58757/00; z dnia 25 września 2012 r., *Godelli v. Italy*, skarga nr 33783/09.

tyczne³⁴, a trzeci nawiązuje do idei ochrony tożsamości społecznej człowieka i jako taki bazuje na prawie do rozwoju osobistego oraz prawie do ustanowienia i rozwoju stosunków z innymi ludźmi oraz ze światem zewnętrznym³⁵.

Podobnie rzecz się ma z terminem „życie rodzinne”. ETPC interpretuje go również w sposób autonomiczny³⁶, w efekcie czego zakres tego terminu nie jest sprowadzany do rodzin *de iure*, gdyż obejmuje „faktyczne więzi rodzinne” (*de facto family ties*), a więc ma również zastosowanie, „gdy osoby żyją w konkubinacie, poza związkiem małżeńskim”³⁷. Dlatego „życie rodzinne” w rozumieniu art. 8 EKPC odnosi się do związku między rodzicami a ich dziećmi, niezależne od charakteru stosunków łączących rodziców³⁸. Na państwie-stronie ciąży zaś obowiązek pozytywny prawnego uznania istniejących więzi rodzinnych, wspierania ich rozwoju i niedokonywania faktycznego i prawnego rozróżnienia między rodziną prawną (rodziną *de iure*) a naturalną (rodziną *de facto*)³⁹.

3. Dodatkowo należy mieć na uwadze fakt, iż postanowienia EKPC, a więc i postanowienia art. 8, interpretowane są przez ETPC w zgodzie z dyrektywami wykładni ewolucyjnej⁴⁰. Wymagają one, aby Konwencja była postrzegana jako żywy instrument (*living instrument*), w związku z tym jej postanowienia mają być interpretowane w świetle warunków dnia dzisiejszego (*in the light of present-day conditions*)⁴¹, tak aby Trybunał mógł należycie reagować na zmiany dokonujące się w prawie we-

³⁴ Wyrok ETPC z dnia 13 lutego 2003 r. w sprawie *Odièvre v. France*, skarga nr 42326/98, § 44.

³⁵ Poszczególne aspekty „życia prywatnego” człowieka, objęte ochroną w prawie EKPC, Trybunał wyliczył m.in. w wyroku z dnia 4 grudnia 2008 r. w sprawie *S. and Marper v. the UK*, skargi nr 30562/04 i 30566/04, § 66.

³⁶ P. van Dijk, F. van Hoof, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, wyd. 2, Antwerpen 2006, s. 690.

³⁷ Decyzja EKomPCz w sprawie dopuszczalności skargi z 1975 r., *Marckx v. Belgium*, skarga nr 6833/74, s. 132. Wyrok ETPC z dnia 22 marca 2012 r. w sprawie *Ahrens v. Germany*, skarga nr 45071/09, § 58: „The Court has explicitly found that the notion of family life is not confined to marriage-based relationships and may encompass other forms of *de facto* family ties, such as where the parties are cohabiting out of wedlock”. Zob. wyrok z dnia 13 lipca 2000 r. w sprawie *Elsholz v. Germany*, skarga nr 25735/94, § 43; a przede wszystkim z dnia 26 maja 1994 r., *Keegan v. Ireland*, skarga nr 16969/90, § 44; z dnia 18 grudnia 1986 r., *Johnston and Others v. Ireland*, skarga nr 9697/82, § 56.

³⁸ Wyrok ETPC w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 145.

³⁹ Należy jednak wskazać, że ETPC dostrzega różnice między poszczególnymi formami życia rodzinnego, a więc odróżnia małżeństwo od związku formalnego i związku nieformalnego: por. wyrok ETPC z dnia 3 kwietnia 2012 r. w sprawie *Van Der Heijden v. the Netherlands*, skarga nr 42857/05, § 69.

⁴⁰ Wyrok ETPC z dnia 25 kwietnia 1978 r. w sprawie *Tyrer v. the United Kingdom*, skarga nr 5856/72, § 31. Zob. uwagi na temat powyższych reguł wykładni EKPC m.in. S. Beeson, *op. cit.*, s. 107.

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 29 września 1975 r. w sprawie *Marckx v. Belgium*, skarga nr 6833/74, § 30; wyrokiem, w którym po raz pierwszy ETPC sformułował wskazane reguły wykładni ewolucyjnej, był wyrok w sprawie *Tyrer v. the UK*, § 31.

wewnętrznym państw-stron EKPC i w prawie międzynarodowym⁴². W konsekwencji fakt, iż w trakcie prac nad Konwencją nie uwzględniono jakiegś kwestii, nie musi powstrzymywać ETPC od włączenia jej do zakresu przedmiotowego praw człowieka i podstawowych wolności zawartych w Konwencji⁴³. W kontekście art. 8 EKPC oznacza to, że w ocenie Trybunału Strasburskiego: „Państwo, podejmując decyzję o wyborze środków służących ochronie rodziny (...), musi koniecznie uwzględnić rozwój społeczeństwa i zmiany sposobu postrzegania kwestii społecznych, statusu cywilnego oraz stosunków międzyludzkich, łącznie z faktem, że nie istnieje tylko jeden sposób ani jedna droga wyboru w sferze życia rodzinnego lub prywatnego”⁴⁴.

Wskazane reguły wykładni ewolucyjnej są ściśle łączone z doktryną marginesu swobody uznania (*margin of appreciation*) państw-stron EKPC. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że powyższa doktryna ma kluczowe znaczenie w procesie definiowania, wykładni i stosowania gwarancji praw człowieka i podstawowych wolności zawartych w Konwencji⁴⁵. Jej podstawy tkwią w subsydiarnej roli Konwencji i jej organu orzeczniczego w procesie zapewniania „każdej osobie, podlegającej ich jurysdykcji, praw i wolności określonych w Konwencji”⁴⁶. Innymi słowy, głównym aktorem tego procesu ma być państwo-strona i to ono ponosi w tym względzie międzynarodową odpowiedzialność⁴⁷. ETPC nie może być postrzegany jako sąd odwoławczy, wydający ostateczne wyroki, tudzież jako sąd „czwartej instancji”⁴⁸, gdyż to organy krajowe mają „bezpośrednią legitymację demokratyczną” oraz „doświadczenie i wiedzę” i są „w lepszej pozycji niż sąd międzynarodowy do oceny lokalnych potrzeb i warunków ich urzeczywistnienia”⁴⁹. Natomiast rolą ETPC ma być ustalenie, czy działania lub zaniechania organów państwa-strony mieściły się w granicach ich uprawnień i pozostawionej im swobody decyzji⁵⁰. Dlatego na przedmiotowe „potrzeby i warunki” należy spojrzeć przez pryzmat istotnych różnic w obszarze tradycji

⁴² *Ibidem*, § 58. Zob. też wyrok ETPC w sprawie *E.B. v. France*, § 92.

⁴³ Tak wyraźnie chociażby w wyroku ETPC z dnia 18 lutego 1999 r. w sprawie *Matthews v. the UK*, skarga nr 24833/94, § 39.

⁴⁴ Wyrok ETPC z dnia 2 marca 2010 r. w sprawie *Kozak v. Poland*, skarga nr 13102/02, § 98.

⁴⁵ Zob. A. Tores Pérez, *Conflicts of rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford 2009, s. 29; J. Nozawa, *Drawing the line: same-sex adoption and the jurisprudence of the ECtHR on the application of the “European consensus” standard under article 14*, *Utrecht Journal of International and European Law* 2013, vol. 29, is. 77, s. 67.

⁴⁶ Por. art. 1, art. 13 i art. 35 ust. 1 EKPC. Zob. np. wyrok ETPC z dnia 6 października 2005 r. w sprawie *Maurice v. France*, skarga nr 11810/03, § 117.

⁴⁷ R. Clayton, H. Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford 2000, s. 285; zob. też wyrok ETPC z dnia 4 października 2012 r. w sprawie *Harroudj v. France*, skarga nr 43631/09, § 45: „(...) The Court further reiterates that its task is not to substitute itself for the domestic authorities, but rather to review under the Convention the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation (...)”.

⁴⁸ R.S.J. MacDonald, F. Matscher, H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, s. 41.

⁴⁹ Zob. np. wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2003 r. w sprawie *Hatton and Others v. the UK*, skarga nr 36022/97, § 97.

⁵⁰ J. Schokkenbroe, *op. cit.*, s. 30–31.

prawnych i kulturowych w poszczególnych państwach-stronach⁵¹. Ich uwzględnienie ma być podstawową przesłanką przyznania państwom-stronom marginesu swobody uznania⁵², dzięki czemu zachowują one pewne pole manewru w wypełnianiu wiążących je na gruncie EKPC zobowiązań⁵³. Jak zauważa H. Fenwick, inherentna dla marginesu elastyczność pozwala uniknąć szkodliwych starć między Trybunałem a państwami i pozwala Trybunałowi należycie wyważyć wymogi suwerenności państw z ich zobowiązaniami wynikającymi z Konwencji⁵⁴.

Niemniej doktryna marginesu swobody uznania nie ma podstaw ani w postanowieniach EKPC, ani w *travaux préparatoires*⁵⁵. W rzeczywistości została sformułowana przez ETPC, który w swym orzecznictwie ustalił przesłanki i kryteria jego zakresu w danej sprawie⁵⁶. Pośród tych kryteriów szczególne miejsce zajmuje kryterium konsensusu europejskiego pomiędzy państwami-stronami EKPC w zakresie definicji i wykładni danego prawa człowieka lub podstawowej wolności⁵⁷. Jego konstrukcja wpisuje się w dążenie ETPC do ustalenia wspólnego, europejskiego standardu praw człowieka, który odpowiadać ma warunkom dnia dzisiejszego i jako taki ma odzwierciedlać zmiany zachodzące w społeczeństwach państw-stron EKPC⁵⁸. Trybunał czyni to, przywołując szeroko rozumianą praktykę i prawo krajowe państw-stron EKPC⁵⁹, jak też praktykę i dokumenty międzynarodowe, po które sięga nawet wówczas, gdy pozwane państwa nie są prawnie nimi związane⁶⁰. W sprawach zatem, w których istnieje konsensus pomiędzy państwami-stronami, Trybunał teoretycznie

⁵¹ H.Ch. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Leiden–Boston 1995, s. 4–5; J. Nozawa, *op. cit.*, s. 67; Jacobs & White, *op. cit.*, s. 52–54.

⁵² Zob. generalnie A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

⁵³ S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2000, s. 5.

⁵⁴ H. Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, London 2005, s. 34–37; C. Murzea, *The European Court of Human Rights and its theories of interpreting the European Convention of Human Rights*, Bulletin of the Transilvania University of Braşov 2012, vol. 5 (54), no. 1.

⁵⁵ Zob. H.Ch. Your, *op. cit.*, s. 14; J. Nozawa, *op. cit.*, s. 67.

⁵⁶ Zob. w szczególności wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside v. the United Kingdom*, skarga nr 5493/72, § 48–49.

⁵⁷ J. Schokkenbroek, *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation in the Case of the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Journal 1998, vol. 19, s. 30, 34.

⁵⁸ W ten sposób kryterium konsensusu europejskiego łączone jest z regułami wykładni ewolucyjnej. Przykładem zastosowania tego połączenia może być sprawa z dnia 22 października 1981 r., *Dudgeon v. the UK*, skarga nr 7525/76, w której ETPC odniósł się do problemu penalizacji praktyk homoseksualnych. Zob. zwłaszcza § 60. Z nowszych spraw zob. np. z dnia 10 marca 2015 r., *Y. Y. v. Turkey*, skarga nr 14793/08, § 100–111.

⁵⁹ W tym kontekście wiodącą sprawą jest wyrok z dnia 26 kwietnia 1979 r., *Sunday Times v. the UK*, skarga nr 6538/74, § 59.

⁶⁰ Por. ustalenia ETPC w wyroku w sprawie *Marckx v. Belgium*, § 41; i podobne w sprawie z dnia 4 października 2012 r., *Harroudj v. France*, skarga nr 43631/09, § 48.

przyznaje państwu wąski marginesu swobody uznania lub go wyklucza⁶¹, a w tych sprawach, w których ten konsensus nie występuje, ETPC zakłada, że państwo-strona ma szeroki margines swobody uznania⁶².

Sądowny rodowód tego kryterium, a przede wszystkim brak jednoznacznie ustalonych zasad jego stosowania, budzi uzasadnione zastrzeżenia⁶³. Przykładowo, zarzuca się Trybunałowi, że dążąc poprzez to kryterium do rozwoju europejskiego standardu praw człowieka, równocześnie traci z pola widzenia istotę badanej sprawy i jej sprawiedliwe rozstrzygnięcie⁶⁴. Krytykuje się również słusznie brak spójności w jego stosowaniu⁶⁵, w tym brak jasnych zasad prowadzonych przez ETPC badań w zakresie wspólnej podstawy (*common ground*) w praktyce i prawie, która uzasadniać ma potwierdzenie istnienia w danej kwestii konsensusu, a co za tym idzie, szerokość marginesu swobody uznania państw w danej sprawie⁶⁶.

4. Powyższe uwagi mają kluczowe znaczenie dla głównego tematu prowadzonych rozważań. Albowiem ETPC, potwierdzając, że art. 8 EKPC nie gwarantuje sam w sobie ani prawa do założenia rodziny, ani prawa do adopcji dziecka⁶⁷, jednoznacznie ustalił, że „związek uczuciowy wraz z pożyciem seksualnym osób tej samej płci” (*emotional and sexual relationship of a same-sex couple*) stanowi „życie prywatne”⁶⁸, tudzież że „konkubinat osób tej samej płci, żyjących w stabilnym *de facto* związku [,relationship of a cohabiting same-sex couple living in a stable *de facto* relationship”] wchodzi w zakres terminu «życie rodzinne», tak samo jak tego samego typu faktyczny związek osób różnej płci”⁶⁹. W związku z tym Trybunał

⁶¹ Por. wyrok ETPC w sprawie *Sunday Times v. the UK*, § 59; a z nowszych spraw zob. sprawę z dnia 27 stycznia 2015 r., *Kincses v. Hungary*, skarga nr 66232/10, § 30.

⁶² Por. wyroki ETPC w sprawach: z dnia 28 listopada 1984 r., *Rasmussen v. Denmark*, skarga nr 8777/79; z dnia 8 czerwca 1976 r., *Engel and others v. the Netherlands*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.

⁶³ L.R. Helfer, *Consensus, Coherence, and the European Convention on Human Rights*, Cornell International Law Journal 1993, vol. 26, s. 133.

⁶⁴ Zob. np. G. Letsas, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, Oxford Journal of Legal Studies 2006, vol. 26, is. 4, s. 705–732.

⁶⁵ L.R. Helfer, *op. cit.*, s. 135; J. Schokkenbroek, *op. cit.*, s. 31; Th.A. O'Donnell, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Human Rights Quarterly 1982, vol. 4, s. 474, 475, 479–490.

⁶⁶ R.S.J. MacDonald, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Academy Of European Law Collected Courses of the Academy of European Law 1992, vol. I, book 2, s. 95, 124; I. de la Rasilla del Moral, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine*, German Law Journal 2006, vol. 7, no. 6, s. 617.

⁶⁷ Wyroki ETPC w sprawach: *Fretté v. France*, § 32; *Gas and Dubois*, § 37; *E.B. v. France*, § 41. Zob. też wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie *Paradiso and Campanelli v. Italy*, skarga nr 25358/12, § 67.

⁶⁸ Wyroki ETPC w sprawach: *Schalk and Kopf v Austria*, § 92; z dnia 22 lipca 2010 r., *P.B. and J.S. v. Austria*, skarga nr 18984/02, § 28; z dnia 23 lutego 2016 r., *Pajić v. Croatia*, skarga nr 68453/13, § 63.

⁶⁹ Zob. wyroki ETPC w sprawach: *Gas and Dubois*, § 37; *Schalk and Kopf v. Austria*, § 92; *X. and Others*, § 95.

Strasburski, rozpatrując sprawy związane z adopcją dzieci przez osoby homoseksualne, skupia się na ustaleniu, czy pozwane państwa-strony nie przekroczyły marginesu swobody uznania, który mają w zakresie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC).

Już w 1968 roku ETPC ustalił, że art. 14 EKPC nie zakazuje „jakichkolwiek różnic w traktowaniu w związku z korzystaniem z praw i wolności uznanych [w EKPC – E.M.]”⁷⁰ i w konsekwencji pozwala na różnice w traktowaniu. Innymi słowy, różnice w traktowaniu nie muszą stanowić dyskryminacji, pod warunkiem jednak, że mają obiektywne i rozsądne uzasadnienie (*objective and reasonable justification*)⁷¹. Pod pewnymi więc warunkami państwa-strony mają margines swobody uznania w ustaleniu, czy i w jakim zakresie różnice w innych podobnych sytuacjach uzasadniają różnice w traktowaniu⁷².

W świetle orzecznictwa ETPC margines swobody uznania i jego szerokość w kontekście art. 14 EKPC w danej sprawie wydaje się uzależniony od zaistnienia trzech, zespolonych ze sobą, czynników. W pierwszej kolejności różnice w traktowaniu muszą dotyczyć osób, które znajdują się w odpowiednio podobnej sytuacji (*relevantly similar situation*)⁷³. Po drugie, pozwane państwo musi wykazać, że w danej sprawie występuje „obiektywne i rozsądne uzasadnienie”⁷⁴ zróżnicowanego traktowania. Czyniąc to, państwo jest zobligowane wskazać cel prawowity (*legitimate aim*) takiego traktowania⁷⁵. I po trzecie, na państwie leży ciężar dowodu odnośnie do istnienia „rozsądnego związku proporcjonalności między zastosowanymi w danej sprawie środkami a celami, które mają być osiągnięte” [„reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized”]⁷⁶.

Trybunał wielokrotnie podkreślał, że państwa-strony mają pewien margines swobody w ocenie, czy i w jakim zakresie uzasadnione są różnice w traktowaniu w sytuacjach podobnych, aczkolwiek zakres tego marginesu nie jest wyraźnie wyznaczony i ustalony raz na zawsze. ETPC twierdzi, że będzie on różny, stosownie do okoliczności, przedmiotu sprawy i jej kontekstu, w którym jednym z ważnych czynników może być „występowanie lub brak wspólnej podstawy”, a więc jednakowego

⁷⁰ Uczynił to w wyroku z dnia 23 lipca 1968 r. w sprawie *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* (Merits), skargi nr 1474/62 *et al.*, § 10; z nowszych spraw zob. z dnia 12 lutego 2008 r., *Kafkaris v. Cyprus*, skarga nr 21906/04, § 160.

⁷¹ *Ibidem*; tak też m.in. w wyroku w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 98.

⁷² Wyrok ETPC w sprawach: z dnia 8 lipca 2003 r., *Sommerfeld v. Germany*, skarga nr 31871/96, § 87; z dnia 8 lipca 2003 r., *Sahin v. Germany*, skarga nr 30943/96, § 88.

⁷³ Wyrok ETPC z dnia 30 lipca 1998 r. w sprawie *Sheffield and Horsham v. the UK*, skargi nr 22985/93, 23390/94, § 75; *Gas and Dubois*, § 58; z dnia 7 lipca 2011 r., *Stummer v. Austria*, skarga nr 37452/02, § 87; *X. and Others v. Austria*, § 98.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ S. Greer, *op. cit.*, s. 11.

⁷⁶ Wyrok ETPC w sprawie *Gas and Dubois*, § 58; *Stummer v. Austria*, § 87; *X. and Others v. Austria*, § 98.

stanowiska wielu państw-stron EKPC w obszarze danej kwestii, które prowadzi do kryterium konsensusu europejskiego⁷⁷.

Z punktu widzenia tematu prowadzonej analizy kluczowe jest stanowisko ETPC, stanowiące, że obszarem, w którym nie sposób ustalić przedmiotowy konsensus, jest obszar moralności. Albowiem, jak zauważył w sprawie *Handyside v. the UK*, „nie jest możliwe znalezienie w prawie krajowym poszczególnych państw-stron jednolitej europejskiej koncepcji moralności. Stanowiska wyrażone w przepisach prawnych tych państw odnośnie wymogów moralności zmieniają się zależnie od czasu i miejsca, [co szczególnie widoczne jest – E.M.] w naszych czasach, w których dochodzi do szybkiej i daleko idącej ewolucji poglądów w tym obszarze”⁷⁸.

W efekcie ETPC przyznał w tym zakresie państwom-stronom szeroki margines swobody uznania⁷⁹, choć zaznaczył, że – jak w innych sprawach, tak i w tej – nie oznacza to całkowitej swobody władz krajowych, gdyż nadal podlegają one europejskiemu nadzorowi (*European supervision*), który obejmuje zarówno prawo krajowe, jak i praktykę jego stosowania, nawet przez niezawisłe sądy⁸⁰. Co więcej, z analizy orzecznictwa ETPC wynika, że nie we wszystkich kwestiach związanych z moralnością państwa-strony EKPC mają taki właśnie szeroki margines swobody uznania. Antycypując dalsze uwagi, już w tym miejscu wskazać należy, że taka właśnie sytuacja ma miejsce w przypadku orientacji seksualnej.

5. Jedną z pierwszych spraw, w której ETPC miał możliwość odniesienia się do kwestii adopcji dzieci przez osobę homoseksualną, była sprawa *Fretté v. France* z 2002 r.⁸¹ Skarżącym w tej sprawie był P. Fretté, mieszkaniec Paryża, który we wniosku o adopcję dziecka zaznaczył, że jest homoseksualistą⁸². Powyższa okoliczność przesądziła o odrzuceniu wniosku skarżącego, gdyż w ocenie właściwego urzędu (*Paris Social Services Department*) ten tryb życia skarżącego nie dawał wystarczających gwarancji zapewnienia dziecku odpowiedniego środowiska rodzinnego,

⁷⁷ Wyroki ETPC w sprawach: z dnia 8 lipca 2003 r., *Sommerfeld v. Germany*, skarga nr 31871/96, § 87; z dnia 8 lipca 2003 r., *Sahin v. Germany*, skarga nr 30943/96, § 88; z dnia 29 kwietnia 2008 r., *Burden v. the UK*, skarga nr 13378/05, § 60; z dnia 7 lutego 2013 r., *Fabris v. France*, skarga nr 16574/08, § 56; z dnia 16 lipca 2014 r., *Hämäläinen v. Finland*, skarga nr 37359/09, § 108; z dnia 15 września 2016 r., *British Gurkha Welfare Society and Others v. the UK*, skarga nr 44818/11, § 62; *Schalk and Kopf v. Austria*, § 98.

⁷⁸ Wyrok ETPC z dnia 7 grudnia 1976 r., w sprawie *Handyside v. the UK*, skarga nr 5493/72, § 48.

⁷⁹ Tak też m.in. w wyroku ETPC z dnia 28 października 2014 r. w sprawie *Gough v. the UK*, skarga nr 49327/11, § 166. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dla poparcia tych ustaleń ETPC nie dokonał analizy ani prawa i praktyki krajowej, ani prawa i praktyki międzynarodowej. Zob. I. Radačić, *The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups*, Zb. Prav. fak. Rij. 1999, vol. 31, s. 606; zob. Też *idem*, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law* 2008, vol. 19, no. 4, s. 841–857.

⁸⁰ Wyrok ETPC w sprawie *Handyside v. the UK*, § 48.

⁸¹ Wyrok ETPC w sprawie *Fretté v. France*.

⁸² *Ibidem*, § 9.

wychowania i rozwoju psychicznego⁸³. I choć z tą oceną nie zgodził się francuski sąd administracyjny⁸⁴, to ostatecznie Rada Stanu (*Conseil d'État*) podtrzymała pierwotną decyzję odmowną⁸⁵.

Przystępując do oceny tej sprawy, ETPC powtórzył, że „Konwencja nie gwarantuje prawa do adopcji jako takiego” (*right to adopt as such*)⁸⁶ i ustalił, że sprawę będzie badał w świetle art. 14 EKPC w związku z art. 8 EKPC, gdyż „homoseksualizm skarżącego był zasadniczym czynnikiem, który przesądził o odrzuceniu jego wniosku o adopcję”⁸⁷. Badając więc, czy w sprawie tej występowały „obiektywne i rozsądne powody”, które uzasadniać mogły różnice w traktowaniu poszczególnych mężczyzn ze względu na ich orientację seksualną, Trybunał ustalił, że za takim zróżnicowaniem przemawiała „bez wątpienia” ochrona zdrowia i praw dzieci, i jako taka może być ona prawidłowym celem przedmiotowego zróżnicowania⁸⁸. Następnie Trybunał zwrócił uwagę na bezsporny brak wspólnego stanowiska państw członkowskich Rady Europy odnośnie do adopcji przez osoby homoseksualne. Jak zauważył, „choć większość państw-stron nie zakazuje *expressis verbis* adopcji indywidualnej przez osoby homoseksualne, nie jest jednak możliwe wskazanie w prawnych i społecznych porządkach tych państw jednolitych zasad w tych kwestiach, co do których opinie w społeczeństwach demokratycznych mogą się znacznie różnić. (...) rzeczą oczywistą jest, że władze krajowe, które powinny (...) mieć na uwadze interesy całego społeczeństwa, powinny mieć szeroki margines swobody uznania w uregulowaniu tych kwestii”⁸⁹.

Uzasadniając to stanowisko, Trybunał zwrócił uwagę również na rozbieżne opinie środowiska naukowego o możliwych skutkach zarówno adopcji indywidualnej przez osobę homoseksualną, jak i adopcji wspólnej przez osoby żyjące w związku homoseksualnym⁹⁰. Opierając się na tych faktach, ETPC skonkludował, że „jeśli weźmie się pod uwagę szeroki margines swobody uznania, jaki powinno pozostawić się państwom w tej dziedzinie, oraz potrzebę ochrony dobra dziecka, aby osiągnąć pożądaną równowagę, brak zgody na adopcję nie naruszył zasady proporcjonalności”⁹¹.

Konsekwentnie Trybunał nie stwierdził naruszenia w tej sprawie Konwencji⁹², przy czym sędziowie nie byli jednomyślni, wyrok zapadł większością czterech gło-

⁸³ *Ibidem*, § 11.

⁸⁴ *Ibidem*, § 13.

⁸⁵ *Ibidem*, § 16.

⁸⁶ *Ibidem*, § 32.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*, § 35.

⁸⁹ *Ibidem*, § 41.

⁹⁰ *Ibidem*, § 42. Analiza ETPC została skrytykowana przez sędziów w opinii odrębnej (była to *joint concurring opinion*), którą złożył sędzia J.-P. Costa i do której przyłączyli się sędziowie K. Jungwiert i K. Traja.

⁹¹ Wyrok ETPC w sprawie *Fretté v. France*, § 41–43.

⁹² *Ibidem*, § 43.

sów do trzech. Do wyroku sędziowie złożyli dwie opinie odrębne⁹³. W pierwszej z nich sędziowie J.-P. Costa, K. Jungwiert i K. Traja stwierdzili, iż mając na uwadze fakt, że Konwencja nie gwarantuje „prawa do (adopcji) dzieci i nie zapewnia urzeczywistnienia pragnienia założenia rodziny, nie można mówić o ingerencji państwa w prawo skarżącego do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego”⁹⁴; stąd, biorąc pod uwagę akcesoryjny charakter art. 14 EKPC, uznali, że w sprawie tej nie było podstaw do jego zastosowania⁹⁵. Następnie stwierdzili, że „byłoby łatwiej uzasadnić odrzucenie skargi ze względu na brak podstaw prawnych zastosowania art. 14, niż ustalić, że art. 14 ma zastosowanie, i następnie stwierdzić brak jego naruszenia”⁹⁶.

Z kolei sędziowie N. Bratza, K. Fuhrmann i K. Tulkens w swej opinii odrębnej⁹⁷ zauważyli, że choć prawo do adopcji dzieci nie jest prawem gwarantowanym przez EKPC, to jednak „art. 14 obejmuje nie tylko korzystanie z praw, które państwa są zobligowane zapewnić (...), ale również prawa i wolności, które wchodzą w zakres przedmiotowy materialnego postanowienia Konwencji [*fall within the ambit of a substantive provision*] i które państwo wybrało, aby je zapewnić”⁹⁸. W sytuacji więc, gdy Francja zdecydowała się na przyznanie prawa do adopcji dzieci zarówno osobom zamężnym, jak i samotnym, wykraczając poza wymogi przewidziane przez art. 8 EKPC, to jest związana art. 14 EKPC w świadczeniu tego prawa. Innymi słowy, „prawa uznane przez prawo krajowe nie mogą być gwarantowane w sposób dyskryminacyjny”⁹⁹. W ocenie tych sędziów władze francuskie nie miały żadnego celu prawowitego, aby odmówić zgody na adopcję dziecka przez skarżącego, tym bardziej że Rada Stanu w uzasadnieniu swej decyzji stwierdziła, iż w dokumentach sprawy nie było odniesienia „do jakiejś konkretnej sytuacji, która mogłaby zagrażać dobru dziecka (*the best interest of the child*)”¹⁰⁰. Stwierdzili nadto, że stanowisko o braku podstaw w prawie i praktyce krajowej państw-stron do potwierdzenia istnienia wspólnej podstawy lub jednolitych zasad w zakresie adopcji dzieci przez osoby homoseksualne toruje drogę do całkowitej swobody państw w tym zakresie i jest sprzeczne z orzecznictwem Trybunału odnośnie do art. 14 EKPC i, jako ujęte w generalnym trybie, jest „krokiem wstecz w ochronie praw podstawowych”¹⁰¹.

Antycypując ponownie dalsze uwagi, można stwierdzić, że powyższe opinie odrębne sędziów znalazły rozwinięcie w sprawie *E.B. v. France* z 2008 roku i w sprawie *X. and Others v. Austria* z 2013 roku.

⁹³ Zob. opinię odrębną (była to *party concurring opinion*), którą złożył sędzia J.-P. Costa i do której przyłączyli się sędziowie K. Jungwiert i K. Traja.

⁹⁴ Zob. opinię odrębną (była to *party concurring opinion*), którą złożył sędzia J.-P. Costa.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 28.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 30.

⁹⁷ Zob. wspólną opinię odrębną (była to *joint party dissenting opinion*), którą złożyli sędziowie: N. Bratza, K. Fuhrmann i K. Tulkens.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 32.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 33.

¹⁰⁰ *Ibidem*, s. 35–36.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 36.

6. Sprawa *E.B. v. France* została rozstrzygnięta przez Trybunał strasburski sześć lat po sprawie *Fretté*, przy czym została skierowana, w trybie art. 30 EKPC, do rozstrzygnięcia przez Wielką Izbę ETPC, co stanowiło swego rodzaju zapowiedź możliwości zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej w kwestii adopcji dzieci przez osoby homoseksualne¹⁰². Tym razem skargę do ETPC złożyła homoseksualna kobieta, która zwróciła się do władz o wyrażenie zgody na adopcję dziecka, będąc w długotrwałym i stabilnym związku homoseksualnym. Podobnie jak w sprawie *Fretté*, Trybunał Strasburski ustalił, że homoseksualny tryb życia skarżącej był głównym powodem odmowy władz wydania zgody na adopcję¹⁰³. W tej sprawie jednak potwierdził naruszenie art. 14 EKPC w związku z art. 8 EKPC¹⁰⁴, uznając, że odmowa wyrażenia zgody na adopcję dziecka ze względu na orientację seksualną stanowi różnicowanie w traktowaniu osób homoseksualnych i osób heteroseksualnych, które na gruncie Konwencji jest równoznaczne z dyskryminacją¹⁰⁵, przy czym również i tym razem sędziowie nie byli jednomyślni – za wyrokiem głosowało dziesięciu sędziów, siedmiu zaś było przeciwko¹⁰⁶.

Wobec tej zmiany linii orzeczniczej kluczowe wydaje się pytanie o sposób jej uzasadnienia przez ETPC. Z analizy sprawy wynika, że Trybunał nie poparł swej argumentacji doktryną marginesu swobody uznania i konsekwentnie nie podtrzymał swych ustaleń ze sprawy *Fretté* o szerokim zakresie marginesu swobody uznania państw w omawianej kwestii, ale ograniczył swoje badania do wymogu występowania w danej sprawie koncepcji „obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia” różnicowania na gruncie art. 14 EKPC. W odpowiedzi na twierdzenie władz, że odrzucenie prośby skarżącej o zgodę na adopcję dziecka podyktowane było dobrem dziecka (*the best interest of the child*), Trybunał zauważył, że rzeczywistym powodem takiej decyzji był homoseksualny tryb życia skarżącej i jako taki wpływał, jeśli nie wyraźnie, to w sposób dorozumiany, na decyzje władz na każdym etapie procesu decyzyjnego w tej sprawie¹⁰⁷.

W sprawie *E.B.* Trybunał sformułował zatem stanowisko, w świetle którego odmowa wyrażenia zgody na adopcję dziecka nie może być wydana wyłącznie ze względu na orientację seksualną przyszłego rodzica¹⁰⁸. Trybunał kategorycznie stwierdził, że „tak jak różnice ze względu na płeć, tak i różnice ze względu na orientację seksualną wymagają podania w ich uzasadnieniu szczególnie poważnych powo-

¹⁰² Zob. wyrok ETPC w sprawie *E.B. v. France*, § 3.

¹⁰³ *Ibidem*, § 72–89. Władze odmówiły zgody, powołując się na brak zgody wyrażony przez partnerkę osoby skarżącej na adopcję i w związku z tym wątpliwości co do jej roli w życiu dziecka oraz na „brak odniesień do ojcostwa” w wychowaniu dziecka. Zob. § 15.

¹⁰⁴ *Ibidem*, § 94–98.

¹⁰⁵ *Ibidem*, § 93.

¹⁰⁶ Zob. opinię odrębną sędziego (była to *dissenting opinion*) J.-P. Costa, do której przyłączyli się sędziowie R. Türmen, M. Ugrekhelidze i D. Jočienė; opinię odrębną (była to *dissenting opinion*), którą złożył sędzia B. Zupančič; opinię odrębną (była to *concurring opinion*), którą złożyli sędziowie P. Lorenzen i E. Jebens; opinię odrębną (była to *dissenting opinion*), którą złożył sędzia L. Loucaides; opinię odrębną (była to *dissenting opinion*), którą złożył sędzia A. Mularoni.

¹⁰⁷ Wyrok ETPC w sprawie *E.B. v. France*, § 80, § 88–93.

¹⁰⁸ *Ibidem*, § 91, § 93 i § 96.

dów oraz (...) szczególnie przekonywujących i ważkich powodów (...). W sprawach, w których różnice w traktowaniu oparte są na płci lub orientacji seksualnej, margines swobody uznania jest wąski. Różnice ustanowione wyłącznie ze względu na orientację seksualną są nieakceptowalne”¹⁰⁹.

W konsekwencji margines swobody uznania państw w kwestii adopcji dzieci przez osoby homoseksualne został istotnie zawężony, przy czym ETPC uczynił to bez uciekania się do koncepcji konsensusu europejskiego i wspólnej podstawy w prawie i praktyce państw-stron EKPC i w prawie i praktyce społeczności międzynarodowej. Należy przy tym pamiętać, że powyższe ustalenia odnosiły się wyłącznie do indywidualnej adopcji dzieci przez osobę homoseksualną. Tak jak zaznaczono wcześniej, Trybunał swoje podejście do adopcji dzieci w kontekście długotrwałego i stabilnego związku homoseksualnego wyznaczył w sprawie *Gasi Dubois v. France* z 2012 roku i następnie zmienił je w sprawie *X. and Others v. Austria* z 2013 roku.

7. Skarga w sprawie *Gas and Dubois v. France* z 2012 roku została złożona przez dwie kobiety żyjące w związku homoseksualnym, zarejestrowanym jako cywilny związek partnerski zgodnie z prawem francuskim (*pacte civil de solidarité*)¹¹⁰. Ze sprawy wynika, że pierwsza ze skarżących wystąpiła do władz o wyrażenie zgody na adopcję przez nią biologicznego dziecka jej partnerki¹¹¹, która była drugą skarżącą w tej sprawie. Sprawa dotyczyła adopcji dziecka w procedurze adopcji prostej (*d’adoption simple*)¹¹², w opisie której ETPC sięgnął po termin *second-parent adoption*, odnosząc go do sytuacji, gdy jeden z partnerów w związku osób tej samej płci występuje o adopcję dziecka partnera, skutkiem czego wspólnie sprawują władzę rodzicielską wobec dziecka¹¹³. Władze francuskie odmówiły wydania zgody na przedmiotową adopcję, argumentując, że w świetle prawa francuskiego do adopcji prostej są uprawnione wyłącznie małżeństwa. Po szczegółowej analizie prawa francuskiego Trybunał uznał, że tym razem władze francuskie nie naruszyły art. 14 w związku z art. 8 EKPC¹¹⁴.

Z wcześniejszych uwag wiadomo już, że jednym z warunków zastosowania art. 14 EKPC są różnice w traktowaniu osób będących w podobnych sytuacjach¹¹⁵. Dlatego Trybunał przeanalizował przepisy prawa francuskiego, dążąc do ustalenia,

¹⁰⁹ Wyrok ETPC w sprawie *E.B. v. France*, § 91, § 93, § 96; i w kolejnych sprawach: *X. and Others v. Austria*, § 99; *Kozak v. Poland*, § 92; z najnowszych spraw zob. sprawę z dnia 23 lutego 2016 r., *Pajić v. Croatia*, skarga nr 68453/13, § 59; z dnia 14 czerwca 2016 r., *Aldeguer Tomás v. Spain*, skarga nr 35214/09, § 81.

¹¹⁰ Por. art. 515 ust. 1 francuskiego kodeksu cywilnego.

¹¹¹ Dziecko (dziewczynka) zostało poczęte w drodze wspomaganej prokreacji. Zob. wyrok ETPC w sprawie *Gas and Dubois*, § 9.

¹¹² K. Pfeifer-Chomiczewska, *Adopcja prosta – kontrowersyjny sposób na stworzenie więzi prawnej między konkubentami. Analiza prawa francuskiego*, *Miscellanea Historico-Iuridica* 2014, t. 13, z. 2. Adopcja prosta w prawie francuskim jest odpowiednikiem przysposobienia niepełnego w prawie polskim.

¹¹³ Wyrok ETPC w sprawie *Gas and Dubois*, § 33.

¹¹⁴ *Ibidem*, § 73.

¹¹⁵ *Ibidem*, § 58.

czy osoby pozostające w heteroseksualnych cywilnych związkach partnerskich mają inne prawa w zakresie adopcji prostej niż osoby będące w tego typu związkach, ale tej samej płci. Stwierdził, że skarżące nie zostały potraktowane przez władze francuskie w sposób je dyskryminujący, gdyż również heteroseksualne pary niemałżeńskie nie były uprawnione do adopcji dziecka w procedurze prostej adopcji¹¹⁶. Skonkludował zatem, że to nie orientacja seksualna potencjalnych rodziców adopcyjnych była przesłanką różnicującą dostęp do przedmiotowego typu adopcji dzieci¹¹⁷.

W odpowiedzi zaś na zarzut, że pary żyjące w związkach heteroseksualnych mogły obejść ten zakaz poprzez zmianę swojego statusu, a więc mogły zawrzeć małżeństwo, podczas gdy pary homoseksualne nie mogły tego uczynić, co stanowiło ich pośrednią dyskryminację¹¹⁸, Trybunał stwierdził, iż „tak jak wcześniej ustalili w sprawie *Schalk and Kopf* (...) z art. 12 EKPC nie wynika dla państw-stron obowiązek zapewnienia parom homoseksualnym dostępu do małżeństwa¹¹⁹. Prawa do małżeństwa dla osób tej samej płci nie można również wywieść z art. 14 w związku z art. 8¹²⁰. [Jeśli jednak] państwo zdecyduje się umożliwić parom tej samej płci prawne uznanie [ich związku] poprzez inne środki [*alternative means of recognition*], to ma pewien margines swobody uznania odnośnie przyznania [im] konkretnego statusu”¹²¹.

Dodatkowo, choć Trybunał powtórzył, że odmienne traktowanie ze względu na płeć i orientację seksualną musi być uzasadnione szczególnie poważnymi powodami (*particularly serious reasons*), to zarazem stwierdził, że margines swobody uznania państwa w ocenie, czy i w jakim zakresie różnice w podobnych sytuacjach uzasadniają odmienne traktowanie, jest z reguły szeroki, ale tylko wówczas, gdy chodzi o środki polityki społecznej lub gospodarczej¹²².

Trudno nie zgodzić się z J. Nozawą, że w tej sprawie ETPC wyraźnie odszedł od swoich ustaleń ze sprawy *E.B.*, w których, jak już wiadomo, pominął kwestię marginesu swobody uznania państw, a skoncentrował się na wymogu „obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia” zróżnicowania¹²³. Jest to o tyle istotne, że Trybunał nie zgodził się ze skarżącymi, iż jeśli chodzi o analizowaną procedurę adopcji, to ich sytuacja jest „znacząco podobna” do sytuacji małżeństw, w związku z tym różnice w ich traktowaniu są przejawem ich dyskryminacji. Podkreślił bowiem, że małżeństwo rodzi dla osób decydujących się go zawrzeć „szczególny status”, wywołuje społeczne, osobiste i prawne skutki, poza tym Konwencja w art. 12 *expressis verbis* stanowi o jego ochronie.

Ostatecznie więc w omawianej sprawie ETPC nie stwierdził naruszenia Konwencji, podkreślając uprzednio, że wraz z adopcją dochodzi do zerwania istniejących

¹¹⁶ *Ibidem*, § 68.

¹¹⁷ *Ibidem*, § 69.

¹¹⁸ *Ibidem*, § 70–71.

¹¹⁹ Chodzi o wyrok Izby ETPC w sprawie *Schalk and Kopf v. Austria*, w szczególności § 49–64.

¹²⁰ *Ibidem*, § 101.

¹²¹ *Ibidem*, § 108; tak też w wyroku w sprawie *Gas and Dubois v. France*, § 66.

¹²² Zob. wyrok ETPC w sprawie *Gas and Dubois*, § 59–60. ETPC ponownie powołał się na ustalenia w sprawie *Schalk and Kopf v. Austria*, § 97.

¹²³ J. Nozawa, *op. cit.*, s. 71–72.

więzi rodzicielskich pomiędzy adoptowaną osobą a jego lub jej biologicznymi rodzicami, co jest ważne w przypadku adopcji osób nieletnich¹²⁴.

8. Do kwestii adopcji dziecka przez partnera tej samej płci co jeden z rodziców biologicznych dziecka ETPC wrócił w 2013 roku, rozpatrując sprawę *X. and Others v. Austria*. Podobnie jak w sprawie *Gas and Dubois v. France*, tak i w tej skardze sformułowany został zarzut dyskryminacji osób żyjących w związku homoseksualnym ze względu na ich orientację seksualną w dostępie do adopcji dziecka partnera (partnerki). W ocenie dwóch skarżących, kobiet pozostających w stałym związku homoseksualnym¹²⁵, były one dyskryminowane, gdyż w przeciwieństwie do par heteroseksualnych, niezależnie od tego, czy pozostawały one w małżeństwie, prawo austriackie nie zezwalało *implicitie* na adopcję dziecka przez partnera (partnerkę) rodzica biologicznego dziecka tej samej płci¹²⁶.

Kluczowe znaczenie miał w tym względzie art. 182 ust. 2 ABGB¹²⁷, zgodnie z którym osoba adoptująca dziecko zastępuje tego z biologicznych rodziców dziecka, który jest płci osoby adoptującej. Oznacza to, że jeśli dziecko adoptowała kobieta, to dochodziło do zerwania związku tego dziecka z jego biologiczną matką. Na marginesie podkreślić należy, że prawo austriackie dopuszczało adopcję indywidualną dziecka przez osobę homoseksualną wówczas, gdy była ona w związku zarejestrowanym i pod warunkiem, że jej partner (partnerka) wyraził zgodę na adopcję. Tym samym ustawodawca austriacki *de facto* dopuszczał możliwość wychowywania dziecka przez osoby tej samej płci, przyznając tym samym, że nie zagraża to dobru dziecka, jego zdrowiu i podstawowym prawom. Tak więc istota sprawy *X. and Others v. Austria* nie dotyczyła braku faktycznych możliwości wychowywania adoptowanego dziecka przez pary tej samej płci, ale prawnego uznania takiej możliwości. Wydaje się, że brak wyraźnej zgody na powyższe uznanie wynikał z dążenia władz austriackich, aby z prawnego punktu widzenia dziecko nie miało dwóch matek albo dwóch ojców.

Trybunał ustalił, że w niniejszej sprawie można mówić o dyskryminacyjnym traktowaniu skarżących w porównaniu z traktowaniem pary heteroseksualnej, nieżyjącej w małżeństwie, w której jeden z partnerów chce adoptować dziecko drugiego. Albowiem w przypadku skarżących z racji ich homoseksualizmu nie ma możliwości stworzenia więzi prawnej między jedną z nich i biologicznym dzieckiem jej partnerki¹²⁸. W przekonaniu Trybunału Strasburskiego powyższe zróżnicowanie było oparte wyłącznie na orientacji seksualnej skarżących, a rząd nie zdołał wykazać przekonujących powodów, w świetle których różnice w traktowaniu wskazanych wyżej par były

¹²⁴ Wyrok ETPC w sprawie *Gas and Dubois*, § 72–73.

¹²⁵ Skarżących w tej sprawie było trzech; trzecim był syn jednej ze skarżących, który miał być adoptowany przez partnerkę jego matki.

¹²⁶ *Notabene*, sąd austriacki ustalił, że ojciec dziecka, które urodziło się poza małżeństwem, miał z nim stały kontakt i nie wyraził zgody na jego adopcję przez partnerkę matki dziecka.

¹²⁷ Zob. art. 182 ust. 2 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch [ABGB] Justizgesetzsammlung [JGS] No. 46/1816, tak jak został zmieniony przez § 841.

¹²⁸ Wyrok ETPC w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 12.

konieczne dla ochrony dobra dziecka. Konsekwentnie, ETPC stwierdził, że władze austriackie naruszyły w tej sprawie art. 14 w związku z art. 8 EKPC¹²⁹.

9. Sprawa *X. and Others* z 2013 roku wydaje się pokazywać nowe podejście ETPC do kryterium konsensusu europejskiego, zarówno jeśli chodzi o sposób potwierdzania jego istnienia, jak i wpływu na zakres marginesu swobody uznania państw-stron EKPC. Nie jest to kwestia bez znaczenia, gdyż od sprawy *Fretté* strony zwracały uwagę na przedmiotowy konsensus, zarówno dla poparcia tezy o braku jednolitych zasad i praktyki, jak i dla tezy o coraz bardziej dostrzegalnej w społeczeństwach europejskich akceptacji dla adopcji dzieci przez osoby homoseksualne.

Tak więc w sprawie *X. and Others* ETPC powołał się m.in. na przygotowaną przez Komisarza Praw Człowieka RE analizę praktyki państw RE odnośnie do adopcji dzieci przez pary homoseksualne. Wynikało z niej, że dziesięć państw członkowskich dopuszcza adopcję dziecka partnera w przypadku par tej samej płci¹³⁰, natomiast trzydzieści pięć państw nie przewidywało takiej adopcji¹³¹. Pośród tych ostatnich sześć państw dopuszczało adopcję dziecka partnera dla par pozamałżeńskich heteroseksualnych i homoseksualnych, a cztery ograniczało to wyraźnie do heteroseksualnych par pozamałżeńskich. Austria należała do tej ostatniej kategorii państw¹³².

Biorąc pod uwagę dotychczasową, opisaną na wstępie, praktykę orzecznictwa ETPC, można było założyć, że fakt, iż przeważająca liczba państw członkowskich RE nie zezwalała na adopcję dziecka partnera (partnerki) w przypadku par homoseksualnych, powinien przesądzić o braku w tym zakresie wspólnego stanowiska i jednolitych zasad. Ten argument podniósł zresztą rząd austriacki, z którym zgodził się Trybunał, aczkolwiek zauważył, iż „sprawa [*X. and Others v. Austria – E.M.*] nie dotyczy generalnej kwestii adopcji dziecka partnera (partnerki), ale różnic w traktowaniu między pozamałżeńskimi parami płci odmiennej i parami tej samej płci w przypadku adopcji tego typu”¹³³.

Następnie dodał, że zakres marginesu swobody uznania wyznacza szereg czynników, dając tym samym do zrozumienia, że konsensus europejski jest tylko jednym z nich¹³⁴.

¹²⁹ Zob. niżej przypis 135.

¹³⁰ Wyrok ETPC w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 55–56. Były nimi: Belgia, Dania, Finlandia, Niemcy, Islandia, Niderlandy, Norwegia, Hiszpania, Szwecja i Zjednoczone Królestwo. Do tej grupy państw dołączyła ostatnio Słowenia w drodze zmiany orzecznictwa.

¹³¹ Były to: Albania, Andora, Armenia, Azerbejdżan, Bośnia i Hercegowina, Bułgaria, Chorwacja, Cypr, Republika Czeska, Estonia, Gruzja, Grecja, Węgry, Irlandia, Łotwa, Liechtenstein, Luksemburg, Malta, Mołdawia, Czarnogóra, Polska, Portugalia, Rumunia, Federacja Rosyjska, San Marino, Serbia, Słowenia, Szwajcaria, była Jugosłowiańska Republika Macedonii, Turcja, Ukraina i Włochy.

¹³² Wyrok ETPC w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 55–56.

¹³³ *Ibidem*, § 147.

¹³⁴ *Ibidem*, § 99, § 148.

Ten sposób wykładni EKPC został skrytykowany przez siedmiu sędziów w opinii odrębnej¹³⁵. W ich ocenie został on zastosowany dla uniknięcia stwierdzenia rzeczywistego braku konsensusu europejskiego i z konieczności ukrycia „ograniczonej liczby państw-stron” (*narrowness of the sample*) dopuszczających adopcję dzieci przez pary niemałżeńskie¹³⁶. Ta próba „dziesięciu państw”, uznana przez Trybunał za wystarczającą, została przez nich określona jako próba „przesadnie techniczna” (*unduly technical*) i „upraszczająca” (*reductive*), pokazująca, że większość sędziów ETPC zignorowała „wyraźny obecnie trend, z którego wynikało, że większość państw-stron EKPC w ogóle nie dopuszczała adopcji dziecka partnera w przypadku par niemałżeńskich, a tym bardziej par tej samej płci, niepozostających w formalnym związku”¹³⁷.

Ustalenia w wyroku w sprawie *X. and Others* pokazują zatem, że kryterium wspólnego stanowiska państw-stron EKPC lub jednolitych zasad, potwierdzających istnienie konsensusu europejskiego w przypadku takich kwestii, jak adopcja dzieci przez osoby i pary homoseksualne, straciło na znaczeniu. ETPC połączył tę kwestię z zakazem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, w przypadku której państwo-strona, co do zasady, ma mieć wąski margines swobody uznania¹³⁸.

10. Odnośnie do przedmiotowej kwestii Trybunał sięgnął więc po art. 14 EKPC. Ponownie należy zwrócić uwagę, iż Trybunał zadeklarował, że przepis ten nie ma samoistnego zastosowania, gdyż pozostaje w związku z materialnymi postanowieniami Konwencji, tj. z „prawami i wolnościami wymienionymi w Konwencji”, gwarantowanymi przez te postanowienia, zaznaczając, że o jego naruszeniu można mówić tylko wówczas, gdy „dane fakty objęte są zakresem jednego lub więcej z tych postanowień”¹³⁹. Kluczowe zatem znaczenie ma ustalenie „zakresu” (*ambit*) wskazanych postanowień Konwencji. Zgodnie z art. 32 EKPC należy to do właściwości Trybunału, w ocenie którego „nieformalny związek osób tej samej płci, będących w stabilnym, faktycznym związku, objęty jest zakresem terminu «życie rodzinne» tak samo jak związek osób odmiennej płci w podobnej sytuacji (...) Co więcej, zarejestrowany związek dwóch kobiet, żyjących razem i wychowujących dziecko, które zostało poczęte przez jedną z nich w drodze sztucznego zapłodnienia, ale jest wychowane przez obie kobiety, stanowi «życie rodzinne» w znaczeniu art. 8 Konwencji”¹⁴⁰.

Tak więc na obecnym etapie rozwoju orzecznictwa strasburskiego związek, zarówno formalny, jak i nieformalny, osób tej samej płci należy do zakresu (*ambit*) art. 8 EKPC. Niemniej z ustaleń ETPC wynika, że wspomniany „zakres” nie jest

¹³⁵ Chodzi o opinię odrębną (była to *joint party dissenting opinion*), którą złożyli sędziowie J. Casadevall, I. Ziemele, A. Kovler, D. Jočienė, J. Šikuta, V.A. De Gaetano i L.A. Sicilianos. Do wyroku opinię odrębną (była to *concurring opinion*) złożył również sędzia D. Spielmann.

¹³⁶ Zob. opinię odrębną (była to *joint party dissenting opinion*), którą złożyli sędziowie J. Casadevall, I. Ziemele, A. Kovler, D. Jočienė, J. Šikuta, V.A. De Gaetano i L.A. Sicilianos, pkt 14.

¹³⁷ *Ibidem*, pkt 13.

¹³⁸ *Ibidem*, § 99, § 148.

¹³⁹ *Ibidem*, § 94.

¹⁴⁰ *Ibidem*, § 95.

ograniczony do „praw i wolności wymienionych *explicite* w Konwencji”, gdyż art. 14 EKPC ma „zastosowanie również do tych dodatkowych praw, które są objęte generalnym zakresem każdego artykułu Konwencji, który państwo zdecydowało się dobrowolnie zapewnić. Choć więc art. 8 nie gwarantuje prawa do adopcji, ale wówczas, gdy państwo ustanawia prawo wykraczające poza obowiązki wynikające z art. 8 EKPC, to nie może stosować tego prawa w sposób dyskryminujący, w rozumieniu art. 14 EKPC”¹⁴¹.

Reasumując, ETPC twierdzi obecnie, że co do zasady z art. 8 EKPC nie wynika dla państw obowiązek rozszerzenia prawa do adopcji dziecka partnera na pary niepozostające w małżeństwie (*right to second-parent adoption to unmarried couples*). Niemniej, jeśli prawo krajowe państwa-strony, tak jak prawo austriackie, gwarantuje takie prawo wyłącznie heteroseksualnym parom niepozostającym w małżeństwie, to ETPC musi zbadać, czy za zakazem przyznania takiego prawa homoseksualnym parom niepozostającym w małżeństwie przemawia cel prawowity i czy zakaz ten może być uznany za proporcjonalny do tego celu¹⁴². Z tych właśnie powodów Trybunał podkreślił, że w sprawie *X. and Others v. Austria* nie przesądza o adopcji dziecka partnera (partnerki) przez pary tej samej płci jako takiej ani tym bardziej o adopcji przez pary tej samej płci generalnie, ale odnosi się do zarzutu „dyskryminacji między niepozostającymi w małżeństwie parami heteroseksualnymi i homoseksualnymi w odniesieniu do adopcji dziecka partnera (partnerki)”¹⁴³.

W tym kontekście rozstrzygające znaczenie miały ustalenia, czy pozwane państwo przekroczyło przyznany mu na gruncie art. 14 EKPC margines swobody uznania. Jak już wiadomo, ETPC bierze w tym względzie pod uwagę trzy kryteria: pozostawanie osób w „istotnie podobnej sytuacji”, następnie „obiektywne i rozsądne uzasadnienie” nierównego traktowania oraz „rozsądny związek proporcjonalności pomiędzy zastosowanymi środkami a celami społecznymi, które mają być osiągnięte w wyniku zastosowania tych środków”. Z ustaleń ETPC jednoznacznie wynika, że w świetle przepisów austriackich, regulujących adopcję dziecka partnera (małżonka), skarżące, żyjące razem jako para tej samej płci i wychowujące dziecko jednej z nich, nie są w sytuacji, która mogłaby być uznana za „sytuację istotnie podobną” (*relevantly similar situation*) do tej, w której jest pozostająca w małżeństwie para heteroseksualna. Dlatego w omawianym zakresie ETPC jednomyślnie stwierdził brak naruszenia art. 14 EKPC w związku z art. 8 EKPC¹⁴⁴. Natomiast większość sędziów Trybunału nie miała wątpliwości, że sytuacja skarżących była „istotnie podobna” do sytuacji niepozostających w małżeństwie par heteroseksualnych¹⁴⁵, a stwierdzone różnice w ich traktowaniu oparte były wyłącznie na orientacji seksualnej¹⁴⁶.

¹⁴¹ *Ibidem*, § 135.

¹⁴² *Ibidem*, § 136.

¹⁴³ *Ibidem*, § 134.

¹⁴⁴ *Ibidem*, § 105–110.

¹⁴⁵ *Ibidem*, § 112.

¹⁴⁶ *Ibidem*, § 103.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą ciężar dowodu w zakresie „obiektywności i rozsądnosci” tego zróżnicowania w prawie austriackim spoczywał na pozwanym rządzie. Innymi słowy, musiał on wykazać, że za pozbawieniem homoseksualnych par niepozostających w małżeństwie prawa do adopcji dziecka partnera (partnerki) przemawia cel prawowity. Ze sprawy wynika, że tym celem w ocenie sądów i rządu austriackiego była „ochrona tradycyjnej rodziny”, co miało źródło w założeniu, że „tylko rodzina złożona z rodziców odmiennej płci może odpowiednio zaspokoić potrzeby dziecka”¹⁴⁷. ETPC nie zakwestionował wartości wskazanych celów¹⁴⁸, niemniej zauważył, że ochrona tradycyjnie postrzeganej rodziny jest celem „raczej abstrakcyjnym” i że w świetle warunków dnia dzisiejszego istnieje „gama konkretnych środków”, za pomocą których cel ten może być urzeczywistniany¹⁴⁹. Co więcej, zauważył, że w związku ze zmianami społecznymi „nie ma wyłącznie jednego sposobu lub wyboru życia rodzinnego lub prywatnego”¹⁵⁰. Dlatego art. 8 EKPC nie chroni tylko rodziny *de iure*, ale również istniejące więzi rodzinne *de facto*, dla rozwoju których ważne jest prawne uznanie i ochrona¹⁵¹. Właśnie o tym ostatnim typie rodziny można mówić w przypadku par homoseksualnych, w których jeden z partnerów (jedna z partnerek) dąży do adopcji biologicznego dziecka partnera (partnerki). Konsekwentnie, Trybunał nie uznał przedstawionych przez rząd argumentów za przekonujące i na tyle ważne, aby uzasadniały one zakaz adopcji biologicznego dziecka partnera (partnerki) w parach homoseksualnych.

Zaznaczyć przy tym należy, że ustalenia w sprawie *X. and Others v. Austria* z 2013 roku ETPC odniósł wyrażnie do okoliczności faktycznych i prawnych tej sprawy. Nadto nie przesądził o zasadności adopcji dziecka w tej sprawie, gdyż uznał, że decyzje w tego typu sprawach należą do sądów krajowych, które powinny mieć możliwość zbadania wszystkich okoliczności sprawy i ustalenia czy adopcja rzeczywiście pozostaje w interesie dziecka¹⁵².

11. Nie ulega wątpliwości, że sprawa *X. and Others v. Austria* ilustruje swoiste napięcie między marginesem swobody uznania państw-stron EKPC a wizją ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, wynikające z ustaleń w tej sprawie. Potwierdza to wspomniana już opinia odrębna siedmiu sędziów do wyroku w tej sprawie¹⁵³.

W świetle przeprowadzonej analizy trudno nie dostrzec, że sprawa adopcji dzieci przez osoby i pary żyjące w związkach homoseksualnych głęboko podzieliła sędziów ETPC. W kontekście zaś oceny metod poszukiwania przez ETPC konsensusu europejskiego w tych sprawach podkreślić należy, że sędziowie we wspomnianej opinii

¹⁴⁷ *Ibidem*, § 137.

¹⁴⁸ *Ibidem*, § 138.

¹⁴⁹ *Ibidem*, § 139.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Zob. przypis 37.

¹⁵² Wyrok ETPC w sprawie *X. and Others v. Austria*, § 124, § 127, § 145–146.

¹⁵³ Chodzi o opinię odrębną (była to *joint party dissenting opinion*), którą złożyli sędziowie J. Casadevall, I. Ziemele, A. Kovler, D. Jočienė, J. Šikuta, V.A. De Gaetano i L.A. Sicilianos.

odrębnej zgodzili się, iż Trybunał, dokonując wykładni EKPC w świetle warunków dnia dzisiejszego, powinien dostrzegać zachodzące zmiany „w postrzeganiu kwestii statusu społecznego, cywilnego i dotyczących relacji międzyludzkich”. Sprzeciwili się natomiast ich antycypacji, a tym bardziej narzucania przez Trybunał swego stanowiska¹⁵⁴. Nie ulega wątpliwości, że Trybunał, mając na uwadze dynamikę tych zmian, powinien unikać w swych rozstrzygnięciach argumentacji *ad hoc* i jej stosowania w sposób, który mógłby być uznany za podporządkowany określonym celom. Konieczna jest w tym względzie powściągliwość, a nade wszystko spójne i konsekwentne stosowanie wypracowanej wcześniej metodologii¹⁵⁵.

SUMMARY

THE QUEST FOR *EUROPEAN CONSENSUS* BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASES CONCERNING ADOPTION OF THE CHILDREN BY THE HOMOSEXUAL PERSONS AND COUPLES

The European Court of Human Rights (ECtHR) uses several criteria/factors in determining the parameters of the margin of appreciation as to the definition or interpretation of a specific right or freedom defined in the European Convention on Human Rights. One of them is a *European consensus* among the state parties to the Convention.

The way the ECtHR has implemented the methodology of finding this consensus has been clearly problematic. This applies especially to ECtHR's evaluation of the discriminatory practice of states under Article 14. Above all, it is unclear under what circumstances the ECtHR takes into consideration the practice of states. In addition, it is also unclear how it selects the comparative group of states and defines the specific threshold necessary for this consensus.

It should be noted that the above considerations and remarks are fully justified in the light of the ECtHR's case law concerning the issues of adoption of children by homosexual persons (same-sex adoption).

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, margines swobody uznania, Konsensus europejski, dyskryminacja, adopcja przez osoby i pary homoseksualne

Key words: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, margin of appreciation, European consensus, discrimination, same-sex adoption

¹⁵⁴ *Ibidem*, pkt 23.

¹⁵⁵ Zob. J. Nozawa, *op. cit.*, s. 74–75.