

ANNA PUDŁO¹

Zróżnicowanie podstaw prawnych zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną

Streszczenie

Obecny system ochrony praw człowieka ma wielopłaszczyznowy charakter, w którym można zidentyfikować trzy standardy ochrony (powszechny, regionalny oraz krajowy). Z takim stanem rzeczy związanych jest szereg trudności w określeniu wzajemnych relacji między tymi standardami. Odnosi się to również do obowiązujących ram prawnych zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Zróżnicowanie źródeł ochrony praw podstawowych w prawie międzynarodowym publicznym oraz w ramach systemów regionalnych przedkłada się na problemy związane z różnymi zakresami ich zastosowania oraz skutkami prawnymi, które one wywołują, co związane jest również z problematyką dochodzenia roszczeń.

Celem autorki jest odpowiedź na pytanie, czy możliwe jest stworzenie jednolitego standardu ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną. Z tego względu zasadniczym przedmiotem artykułu jest analiza obowiązujących podstaw prawnych zarówno w powszechnym, jak i regionalnym systemie ochrony praw człowieka (m.in. Rada Europy oraz Unia Europejska).

Słowa kluczowe: powszechny system ochrony praw człowieka, prawo UE – Karta Praw Podstawowych, zasada niedyskryminacji, orientacja seksualna

¹ Dr Anna Pudło – adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Prawa UE, Kolegium Prawa, Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie; e-mail: annapudlo@kozminski.edu.pl.

ANNA PUDŁO

Differentiation of the legal basis of the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation

Abstract

The current system of human rights protection has a multifaceted nature. There are three standards of the protection (universal, regional and national). It's difficult to create the relationship between those standards. Each of those system relates the different ranges of application.

The aim of article is to answer the question whether it is possible to create a uniform standard of protection against discrimination based on sexual orientation.

Keywords: human rights in the UN law, EU – law, sexual orientation

Wprowadzenie

Zasada niedyskryminacji jest bezpośrednio związana z ochroną praw człowieka, których rozwój rozpoczął się po zakończeniu II wojny światowej wraz z powstaniem Organizacji Narodów Zjednoczonych, a w dalszej kolejności innych organizacji międzynarodowych o charakterze regionalnym (Rada Europy, Organizacja Państw Amerykańskich).

Obecny system tej ochrony ma wielopłaszczyznowy charakter, w którym można zidentyfikować trzy standardy ochrony (powszechny, regionalny oraz krajowy). Z takim stanem rzeczy związanych jest szereg trudności w określeniu wzajemnych relacji między tymi standardami. Odnosi się to także do obowiązujących ram prawnych zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy możliwe jest stworzenie w miarę ujednoczonego standardu ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną. Pod pojęciem standardu należy przy tym rozumieć podstawę prawną oraz środki ochrony danej regulacji. Z tego względu w artykule przeprowadzono analizę porównawczą podstaw prawnych w powszechnym i w regionalnych systemach ochrony praw człowieka (m.in. Rada Europy oraz Unia Europejska). Zwrócono uwagę na charakter normy określającej zakaz dyskryminacji (również ze względu na orientację seksualną).

Autorka wykorzystała głównie metodę porównawczą w celu analizy zasadniczych dokumentów tworzących obowiązujące systemy ochrony praw człowieka. Sięgnęła także do metody historycznej.

Zasada niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną w powszechnym systemie ochrony praw człowieka

Powszechny system ochrony praw człowieka działa w ramach ONZ i tworzą go liczne umowy międzynarodowe oraz dokumenty tzw. *soft law*, które charakteryzuje różny zakres podmiotowy i przedmiotowy. System ten ma dwufilarowy charakter polityczno-traktatowy, co bezpośrednio wiąże się z mechanizmem dochodzenia roszczeń.

Podstawą pierwszego z nich jest Karta Narodów Zjednoczonych, która ONZ przyznała kompetencje do ochrony praw człowieka. W ramach systemu politycz-

nego istnieje możliwość zgłaszania organom ONZ problemów dotyczących realizacji tych praw poprzez wnoszenie tzw. petycji. Obecnie petycje mogą być zgłaszane: Radzie Praw Człowieka, Komisji ds. Statusu Kobiet, a także osobom, które jako Specjalni Sprawozdawcy, tj. wybrani w ONZ eksperci, badają na całym świecie określony problem – np. zjawisko handlu ludźmi albo eksperci badający sytuację ochrony praw człowieka w danym państwie. Zarówno Rada Praw Człowieka, jak i Komisja ds. Statusu Kobiet nie mogą jednak wydawać wiążących dla państw decyzji.

Drugi z filarów powszechnego systemu ochrony to system traktatowy, który jest oparty na kilkunastu umowach międzynarodowych przygotowanych i przyjętych z inicjatywy ONZ przez państwa w jej ramach. W ramach traktatowego systemu ochrony można wskazać następujące umowy: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.; Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. z Protokołem fakultatywnym z 2008 r.; Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1966 r.; Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania z 1984 r. z Protokołem fakultatywnym z 2002 r.; Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r. z Protokołem fakultatywnym z 1999 r.; Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. uzupełniona przez dwa protokoły fakultatywne z 2000 r.: Protokół fakultatywny w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne oraz Protokół fakultatywny w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii; Międzynarodowa konwencja o ochronie praw wszystkich pracowników migrujących i członków rodzin z 1990 r.; Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r. z Protokołem fakultatywnym przyjętym tego samego roku; Międzynarodowa konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem z 2006 r.

Powyższe umowy zostały przyjęte przez niemal wszystkich członków ONZ (przykładowo Konwencja o prawach dziecka wiąże 193 państwa), a inne tylko przez niewielką grupę np. Międzynarodowa Konwencja w sprawie ochrony wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem wiąże tylko 29 państw².

W przypadku naruszenia traktatowego systemu ochrony praw człowieka skargi indywidualne można składać na naruszenia w odniesieniu tylko do niektórych umów międzynarodowych w ramach tego systemu. Obecnie istnieją i działają procedury skarg indywidualnych dotyczące Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Międzynarodowej Konwencji w sprawie likwidacji

² Zob. J. Rezmer, *Jak korzystać z procedur skargowych w traktatowym systemie ochrony praw człowieka ONZ? Informator dla ofiar naruszeń*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Praw Człowieka, Warszawa 2011, s. 9.

wszelkich form dyskryminacji rasowej; Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania; Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet oraz Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych.

Zarówno umowy międzynarodowe, jak i dokumenty przyjęte w ramach powszechnego systemu ochrony praw człowieka nie zawierają bezpośredniego odniesienia do zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. W dotychczasowej praktyce orzeczniczej oraz w doktrynie³, jako podstawę prawną ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną wskazuje się przy tym następujące akty prawne: Międzynarodowy Pakt Praw Politycznych i Obywatelskich; Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Socjalnych oraz Kulturalnych; Konwencję w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, Konwencję o prawach dziecka oraz Konwencję nr 111 Międzynarodowej Organizacji Pracy.

Pierwszym dokumentem, który bezpośrednio odniósł się do problematyki niedyskryminacji była Karta Narodów Zjednoczonych (dalej Karty NZ) z 26 czerwca 1945 r.⁴, która w preambule wzywa do równouprawnienia mężczyzn i kobiet, a wśród celów ONZ wskazuje na działanie na rzecz praw człowieka „bez względu na rasę, płeć, język i wyznanie” (art. 1 pkt 3 Karty NZ). Obok tego art. 13 Karty NZ stanowi, że Zgromadzenie Ogólne inicjuje badania i udziela zaleceń celem popierania współdziałania międzynarodowego w dziedzinie m.in. przyczynienia się do urzeczywistnienia praw człowieka i podstawowych wolności. Również art. 55 i 56 Karty NZ odnoszą się (w stosunkowo ogólny sposób) do przedmiotowej problematyki, nawiązując do konieczności popierania i współpracy na rzecz ochrony praw człowieka. Zarówno art. 1 pkt 3, jak i art. 55 Karty NZ odwołują się przy tym do przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności w stosunku do wszystkich, własnych lub obcych obywateli, bez dyskryminacji ze względu na rasę, płeć, język lub wyznanie, czyli mają szeroki podmiotowy zakres oddziaływania. Postanowienia Karty NZ są jednak nieprecyzyjne w odniesieniu do ochrony praw człowieka. Stąd niezwykle pomocne jest orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS). W sprawie *Namibii*⁵ MTS stwierdził, że „ustanowienie i utrwalanie różnic, wyłączenia, ograniczeń wyłącznie opartych na przesłance rasy, koloru skóry, pochodzenia społecznego, a także narodowego lub etnicznego (...) stanowi obrazę podstawowych praw człowieka i jest jawnym

³ Zob. *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, 2011, s. 139 i n.

⁴ Dz.U. 1947 Nr 23, poz. 90.

⁵ ICJ Rep. 1971, 56.

pogwałceniem celów i zasad Karty”⁶. MTS uznał za niezgodne z prawem zachowania dyskryminacyjnego traktowania, jako te, które są wyraźnie wymienione w art. 1 pkt 3 oraz art. 55 i 56 Karty. Tym samym orzeczenie to podkreśliło, że kwestia ochrony praw człowieka „przestała być obejmowana zakresem spraw należących do kompetencji wewnętrznej państwa, chronionej art. 2 pkt 7 KNZ”⁷.

Jeszcze wyraźniej zakaz dyskryminacji i równości w dostępie do praw człowieka został uregulowany w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. (Preambuła, art. 2, art. 7). Deklaracja jako rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nie ma formalnie wiążącego charakteru, ale obecnie część jej postanowień jest traktowana jako odzwierciedlająca wiążące prawo zwyczajowe. Deklaracja jest pierwszym dokumentem międzynarodowym, który zawiera ogólny katalog praw człowieka.

Do zasady niedyskryminacji odniesiono się również w Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r., w której zawarto definicję zakazu dyskryminacji rasowej. Art. 1 tej konwencji stanowi, że dyskryminacją jest „wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie bądź uprzywilejowanie oparte na rasie, kolorze skóry, urodzeniu lub pochodzeniu narodowym albo etnicznym, które ma na celu albo powoduje przekreślenie bądź uszczuplenie uznania, wykonywania lub korzystania na zasadzie równości z praw człowieka i podstawowych wolności w politycznej, gospodarczej, społecznej kulturalnej lub jakiegokolwiek innej dziedzinie życia publicznego”. Postanowienia przywołanego artykułu rozbudowują klauzulę antydyskryminacyjną zawartą w Karcie Narodów Zjednoczonych.

Postanowienia Powszechnej Deklaracji stały się inspiracją dla twórców wiążących już międzynarodowych paktów z 1966 r.: Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁸ i Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. W zamierzeniu paktów miały przekształcić postanowienia Deklaracji w normy prawnie wiążące. Ogólne klauzule antydyskryminacyjne zawarto w art. 2 obu Paktów.

⁶ ICJ Rep. 1971, s. 57, za: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, 2 wyd., Warszawa 2004, s. 431.

⁷ Żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Organizacji Narodów Zjednoczonych do interwencji w sprawach, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa, ani do żądania od członków, aby przekazywali takie sprawy do załatwienia według niniejszej Karty. Powyższa zasada nie dotyczy możliwości zastosowania środków przymusu przewidzianych w rozdziale VII Karty, zob. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne...*, s. 431.

⁸ Dz.U. 1977 Nr 38, poz. 167.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) w art. 2 i 26 odnosi się do zakazu dyskryminacji. Art. 2 ust. 1 MPPOiP stanowi, że „Kaźde 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 jakiegokolwiek różnice, takie jak: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa, urodzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności”. Kontynuacją przytoczonej regulacji jest art. 26 MPPOiP, który przewiduje, że:

„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.”

Artykuł 26 MPPOiP nie zawiera definicji zasady niedyskryminacji. Komitet Praw Człowieka (dalej Komitet)⁹ stworzył definicję przedmiotowego pojęcia na podstawie definicji zawartych w innych traktatach, tj. w Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej oraz w Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Zgodnie ze stanowiskiem Komitetu pojęcie „dyskryminacji” w rozumieniu Paktu obejmuje każde zróżnicowanie, wyłączenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie, które jest oparte na takich podstawach jak „rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, majątek, urodzenie lub inne przymioty, która ma na celu lub powoduje uniemożliwienie lub ograniczenie korzystania lub realizacji przez wszystkie osoby na równych zasadach ze wszystkich praw i wolności”¹⁰. Wyrażona w art. 26 MPPOiP zasada równości i niedyskryminacji ma charakter autonomiczny, co oznacza, że obejmuje zakaz wszelkich form dyskryminacji, nawet w odniesieniu do praw nieobjętych Paktem. Z artykułu 26 MPPOiP wynika zatem zakaz dyskryminacji prawnej i faktycznej

⁹ Komitet Praw Człowieka rozpatruje skargi indywidualne na mocy *Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.* Komitet Praw Człowieka przyjmuje skargi od osób fizycznych, jak również skargi międzypaństwowe.

¹⁰ Komentarz Ogólny nr 18, pkt. 7. Tekst komentarza jest dostępny na stronie internetowej: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

w jakiegokolwiek sferze normowanej i chronionej przez władze publiczne¹¹. Do-tychczas Komitet nie wypowiedział się w kwestii horyzontalnego skutku art. 26 MPPOiP. Przedmiotowy artykuł zawiera otwarty katalog cech/przymiotów, które mogą stać się przyczyną dyskryminacji. Nie wskazuje jednak bezpośrednio orien-tacji seksualnej wśród kryteriów, które są chronione przed dyskryminacją. Przy-miot ten znalazł się w ogólnym katalogu tzw. inny przymiot. W odniesieniu do przedmiotowej kwestii, Komitet odniósł się po raz pierwszy w sprawie *Toonen p. Australii*¹², która dotyczyła kryminalizacji kontaktów homoseksualnych pomiędzy mężczyznami przez tasmański kodeks karny. Wprawdzie w przytoczonej sprawie Komitet nie badał naruszenia art. 26 MPPOiP, stwierdził naruszenie art. 17 i art. 2 ust. 1 MPPOiP. We wspomnianej sprawie Komitet zaklasyfikował orientację seksu-alną jako element kryterium płci, a nie jako „inny przymiot”. Jednak już w kolejnych sprawach tj. *Young p. Australii* z 2003 r.¹³, *X. p. Kolumbii* z 2007 r.¹⁴, *Joslin p. Nowej Zelandii* z 2002 r.¹⁵ Komitet odnosił się w swoich rozstrzygnięciach już wprost do kryterium orientacja seksualna.

Artykuł 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych¹⁶ jest podobny do art. 2 MPPOiP i przewiduje, że:

- „1. Każde z Państw Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się podjąć odpowied-nie kroki indywidualnie i w ramach pomocy i współpracy międzynaro-dowej, w szczególności w dziedzinie gospodarki i techniki, wykorzystując maksymalnie dostępne mu środki, w celu stopniowego osiągnięcia pełnej realizacji praw uznanych w niniejszym Pakcie wszelkimi odpowiednimi sposobami, włączając w to w szczególności podjęcie kroków ustawodawczych.
2. Państwa Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zagwarantować wyko-nywanie praw wymienionych w niniejszym Pakcie bez żadnej dyskrymi-nacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową, uro-dzenie lub jakiegokolwiek inne okoliczności.
3. Kraje rozwijające się mogą określić, uwzględniając w należyty sposób prawa człowieka oraz własną gospodarkę narodową, w jakim stopniu zagwaran-

¹¹ Zob. M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel 1993, s. 630.

¹² Decyzja Komitetu z 31 marca 1994 r. w sprawie 488/1992.

¹³ Decyzja Komitetu z 6 sierpnia 2003 r. w sprawie 941/2000 *Young p. Australii*, pkt 10.4.

¹⁴ Decyzja Komitetu z 30 marca 2007 r. w sprawie 1361/2005 *X. p. Kolumbii*.

¹⁵ Decyzja Komitetu z 17 lipca 2002 r. w sprawie 902/1999 *Joslin p. Nowej Zelandii*.

¹⁶ Dz.U. z 29 grudnia 1977 r.

tują prawa gospodarcze, uznane w niniejszym Pakcie, osobom niemającym ich obywatelstwa.”

Przytoczony artykuł zawiera ogólną formułę „inne okoliczności”, ze względu na które nie można dyskryminować. Mamy tu do czynienia, podobnie jak w innych aktach prawa międzynarodowego odnoszących się do problematyki ochrony praw człowieka, z otwartym katalogiem cech zakazu dyskryminacji¹⁷.

Kolejnym dokumentem, który wskazuje się jako źródło ochrony prawnej przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną jest art. 1 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętej 10 grudnia 1984 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych¹⁸:

„W rozumieniu niniejszej konwencji określenie »tortury« oznacza każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszania lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”.

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet¹⁹ przyjęta 18 grudnia 1979 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych podobnie jak inne wymienione już akty prawne nie zawiera zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Art. 1 Konwencji stanowi, że:

¹⁷ Lord Lester of Herne Hill QC i S. Joseph, *Obligations of Non-Discrimination*, [w:] D. Harris, S. Joseph (red.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Clarendon Press, Oxford 1995, s. 575.

¹⁸ Dz.U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378, Dz.U. z dnia 2 grudnia 1989 r.

¹⁹ Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z dnia 2 kwietnia 1982 r.)

„W rozumieniu niniejszej konwencji określenie »dyskryminacja kobiet« oznacza wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych”.

Komisja Likwidacji Dyskryminacji Kobiet wskazała w ogólnym zaleceniu, że zakazana jest dyskryminacja kobiet ze względu na płeć. Natomiast płeć jest nierozwalnie związana z innymi cechami dotyczącymi kobiet takimi jak rasa, pochodzenie etniczne, religia lub światopogląd, stan zdrowia, wiek, stan społeczny, orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Obowiązkiem państw – stron Konwencji jest wprowadzanie zakazu wielokrotnej dyskryminacji w odniesieniu do kobiet²⁰.

Konwencja o prawach dziecka przyjęta 20 listopada 1989 r.²¹ przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w art. 2 Konwencji stanowi, że:

- „1. 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.
2. Państwa-Strony będą podejmowały właściwe kroki dla zapewnienia ochrony dziecka przed wszelkimi formami dyskryminacji lub karania ze względu na status prawny, działalność, wyrażane poglądy lub przekonania religijne rodziców dziecka, opiekunów prawnych lub członków rodziny”.

Artykuł 2 ust. 1 przedmiotowej Konwencji zakazuje dyskryminacji ze względu na płeć, nie zawiera odniesienia do orientacji seksualnej.

Zakaz dyskryminacji można znaleźć również w innych umowach międzynarodowych z dziedziny ochrony praw człowieka przyjętych na poziomie uniwersalnym – w ramach systemu Narodów Zjednoczonych. Przykładowo Polska jest stroną następujących z nich: Konwencji UNESCO w sprawie zwalczania dyskryminacji

²⁰ Zob. *General Recommendation No. 28 on the core obligations of states parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/2010/47/GC.2, paragraph 18.

²¹ Dz.U. z 23 grudnia 1991 r.

w dziedzinie oświaty z 1960 r.²²; Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r.²³; Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.²⁴ oraz Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r.²⁵.

Orientacja seksualna w regulacjach tzw. międzynarodowego prawa miękkiego (*soft law*)

Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną jest również przedmiotem regulacji tzw. prawa miękkiego (*soft law*), czyli rezolucji i deklaracji, które nie stanowią podstawy rekonstrukcji standardu ochrony, lecz często są przywoływane, jako instrumenty pomocne przy interpretacji obowiązującego prawa.

Przykładowo 17 grudnia 2008 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło deklarację, która potępia naruszenia prawa oparte na orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej, takie jak zabójstwa, tortury, arbitralne aresztowania, pozbawienie praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych, w tym prawa do zdrowia. Była to pierwsza deklaracja w tej kwestii przyjęta w ramach ONZ²⁶.

W systemie ONZ wykorzystywane są również Zasady Yogyakarty, które dotyczą zasad stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej z 2006 r.²⁷. Zasady mają charakter niewiążący i zostały przyjęte przez ekspertów, którzy zajmują się ochroną praw człowieka. W zasadach zebrano i wyjaśniono standardy dotyczące ochrony praw człowieka w kwestii orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Zakres przedmiotowy Zasad odnosi się do standardów niedyskryminacji zarówno w kwestiach praw społecznych, ekonomicznych, jak i kulturalnych, obejmując zatrudnienie,

²² Przyjęta 14 grudnia 1960 r. przez Konferencję Generalną Organizacji Narodów Zjednoczonych dla Wychowania, Nauki i Kultury.

²³ Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187.

²⁴ Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71.

²⁵ Dz.U. z 2012 r., poz. 1169.

²⁶ Inne przykładowe rezolucje i deklaracje dotyczące przedmiotowej kwestii to: rezolucja nr 1728 Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z 29 kwietnia 2010 r. w sprawie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, wspólne oświadczenia i deklaracje Organizacji Narodów Zjednoczonych, w tym wspólne oświadczenie Rady Praw Człowieka z 22 marca 2011 r. wzywające do zakończenia aktów przemocy i powiązanych naruszeń praw człowieka ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową; rezolucja UNHRC A/HRC/17/19 z 17 czerwca 2011 r. w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

²⁷ Szerzej na temat Zasad Yogyakarty, zob. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.

zakwaterowanie, ochronę społeczną, edukację i ochronę zdrowia (Zasady od 12 do 18). Zasady Yogyakarta stanowią ważny instrument egzekwowania praw człowieka dla każdego, kto jest dyskryminowany lub prześladowany z powodu swej orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Są one adresowane przede wszystkim do instytucji państwowych.

Charakter zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w powszechnym systemie

Zakaz dyskryminacji w systemie powszechnym jest nierozdzielnie związany z ochroną praw człowieka, która została uznana za zasadę ogólną prawa w tym systemie²⁸. Pojawia się zatem pytanie, czy w drodze analogii normie przewidującej zakaz dyskryminacji również można przyznać charakter zasady ogólnej prawa międzynarodowego publicznego.

W doktrynie nie ma jednolitego stanowiska w odniesieniu do jednoznacznego zdefiniowania pojęcia zasad ogólnych prawa²⁹. Zasady są różnie interpretowane: jako zasady wspólne dla wszystkich lub większości systemów prawnych, jako zasady, które wynikają z międzynarodowych umów, jako zasady prawa naturalnego (zasady uniwersalne) albo jako zasady, które wynikają z logiki prawniczej³⁰. Treść tych zasad jest ogólna i abstrakcyjna³¹. Ogólne zasady prawa są uznawane za część prawa

²⁸ Zob. H. Lauterpacht, *The Development of International Law*, London 1958; *Some Observations on the Prohibition of „Non Liquet” and the Completeness of the Law*, [w:] *Symbolae Verzijl. Présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l’occasion de son LXX-ième anniversaire*, 1958, s. 196, 205.

²⁹ H. Mosler, *General Principles of Law*, [w:] *Encyclopedia of Public International Law*, 1995, s. 511, 512–517; J.G. Lammers, *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, [w:] F. Kalshoven i in. (red.), *Essays on The Development of The International Legal Order*, 1980, zob. bibliografia tam zamieszczona; M. Cherif Bassiouni, *A Functional Approach to „General Principles of International Law”*, „Michigan Journal of International Law” 1990, 11, s. 768, 770–773; J.I. Charney, *Sources of International Law*, „Recueil Des Cours” 1998, 271, s. 189–191; F.T. Freeman Jalet, *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations – A Study*, „UCLA Law Review” 1963, 10, s. 1041, 1044–1078; H. Waldock, *The Common Law of the International Community – General Principles of Law*, „Recueil Des Cours” 1962, 106, s. 54, 55–57; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953; A.D. McNair, *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, „The British Yearbook of International Law” 1957, 33, s. 1; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927; G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest 1969; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991, s. 50–55; H. Waldock, *General Course on Public International Law*, „Recueil Des Cours” 1962, 106, s. 54; V. Degan, *General Principles of Law*, „Finnish YIL” 1992, 3, s. 1.

³⁰ Zob. M.N Shaw, *International Law*, Cambridge 2008, s. 109; O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991, s. 53–55.

³¹ *Ibidem*, s. 55.

pozytywnego i mają zastosowanie głównie przy orzekaniu, jako narzędzie pomocnicze³². Jednak, jak widać również z powyżej analizy, trybunały międzynarodowe w ograniczony sposób korzystały z takiej możliwości. Większość przedstawicieli doktryny przyznaje, że w kwestii skuteczności można się na nie powoływać *erga omnes*, ponieważ stanowią samoistne źródło prawa wynikające z różnych instrumentów prawa³³.

Umowy międzynarodowe zawierające zakaz dyskryminacji posługują się jego lakonicznym sformułowaniem. Zawierają one również otwarte katalogi cech chronionych, których zawartość jest podobna i obejmuje zazwyczaj następujące kryteria chronione: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia/wyznanie, poglądy polityczne lub inne przekonania, narodowość, pochodzenie społeczne, pochodzenie narodowe i etniczne, niepełnosprawność, stan cywilny, sytuacja majątkowa, urodzenie, przynależność do mniejszości narodowych. Orientacja seksualna oraz tożsamość płciowa nie zostały wyraźnie wymienione, jako zakazane przyczyny dyskryminacji. W orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka oraz Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych uznano, że orientacja seksualna jest albo objęta przesłanką „płci” albo stanowi „inne okoliczności”.

Wziąwszy pod uwagę sformułowane w doktrynie przesłanki uznania danej normy za zasadę oraz generalny charakter uregulowania zakazu dyskryminacji w prawie międzynarodowym publicznym (umowy międzynarodowe oraz dokumenty tzw. *soft law*), jak również okoliczność, że zakaz ten jest kluczowym elementem ochrony praw człowieka, można w drodze analogii wraz z zastosowaniem szerokiej wykładni przyznać zakazowi dyskryminacji ze względu na orientację seksualną charakter zasady ogólnej. Skuteczność tej zasady będzie jednak uzależniona od specyfiki aktu międzynarodowego w ramach powszechnego standardu międzynarodowego ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną³⁴. Akty te różnią się tak pod względem treści uregulowania, jak zakresu normatywnego³⁵. Również zakres podmiotowy i przedmiotowy tych dokumentów

³² Zob. Am. Soc’y Int’l L., *Sources and Evidence of International Law* [w:] D.M. Amann (red.), *Benchbook on International Law* § .B, 2014, www.asil.org/benchbook/sources.pdf.

³³ Zob. J. Ellis, *General Principles and Comparative Law*, „European Journal of International Law” 2011, 22, s. 949, 953, 955, zob. przypis 27, s. 950; H. Waldock, *General Course*, op. cit. zob. przypis 18, s. 56–57; Cassese A., *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations*, [w:] Sienho Yee, Wang Tiewa (red.), *International Law In The Post-Cold War World: Essays In Memory Of Li Haopei*, 2001, zob. przypis 36, s. 45–46.

³⁴ Zob. K. Reid, *A practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., London 2004.

³⁵ Zob. M. Zuleeg, *Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft*, „Europäische Grundrechte-Zeitschrift” 1992, 15/16, s. 331, wskazuje na okoliczność, że akty

nie jest identyczny. Państwom stronom tych dokumentów przysługuje na ogół szeroki zakres swobody przy ich wdrażaniu, a co się z tym wiąże – uprawnione jednostki nie mogą bezpośrednio powoływać się na zasadę niedyskryminacji. Trudno tu zatem wskazać jej horyzontalny skutek.

Jak już zostało odnotowane, elementem wspólnym dokumentów w systemie powszechnym jest to, że nie tylko określają i kreują poszczególne prawa człowieka (w tym zakaz dyskryminacji z uwzględnieniem kryterium orientacja seksualna), ale tworzą organy czuwające nad ich realizacją i ustanawiają odpowiednie środki kontroli³⁶. W odniesieniu do MPPPiO Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet został stworzony system skargi indywidualnej, który ma charakter fakultatywny. Oznacza to, że aby móc z niego skorzystać przeciwko określonemu państwu, państwo to musi wyrazić zgodę na taką procedurę poprzez, przykładowo, ratyfikację odpowiedniego dodatkowego protokołu (brak skutku horyzontalnego przedmiotowych regulacji).

Orientacja seksualna w regulacjach prawnych regionalnych systemów ochrony praw człowieka

Kwestia zakazu dyskryminacji została uregulowana również w regionalnych systemach ochrony praw człowieka, tj. w europejskim, unijnym, amerykańskim oraz w afrykańskim. Każdy z tych systemów posiada stosowne instrumenty prawne, które przewidują ochronę praw człowieka, w tym zakaz dyskryminacji.

pozbawione mocy wiążącej służą przede wszystkim jako drogowskaz. Zyskują one w każdym razie znaczenie prawne wówczas, gdy sądy korzystają z nich przy wykładni albo rozwoju prawa. Jak wynika z praktyki działania orzeczniczej m.in. MTS również uroczyste deklaracje mogą mieć ostatecznie znaczenie jako źródło inspiracji dla działalności prawodawczej w ramach urzędowania proklamowanych w nich praw podstawowych.

³⁶ Zob. UN Human Rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992 30, March 1994, CCPR/C/50/D/488/1992, paragraph 8.7; UN Human Rights Committee, *Young v. Australia*, Communication No. 941/2000, 6 August 2003, CCPR/C/78/D/941/2000; UN Human Rights Committee, *X v. Colombia*, Communication No. 1361/2005, 14 May 2007, CCPR/C/89/D/1361/2005. Przykładowo Komentarz ONZ nr 20 wymienia orientację seksualną oraz tożsamość płciową wśród cech, które wymagają ochrony przed dyskryminacją w realizacji ich praw np. prawa do renty rodzinnej. Obowiązek zapewnienia stosownej ochrony należy do państw – stron konwencji – UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20 on Non-Discrimination in relation to Economic, Social and Cultural Rights, 2009, paragraph 32.

Spośród wymienionych afrykański system oparty na postanowieniach Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 27 czerwca 1981 r.³⁷ uważany jest za system mający charakter bardziej promujący aniżeli zapewniający ochronę. Wspomniana Karta w art. 2 zawiera ogólny zakaz dyskryminacji i stanowi, że: „Każda osoba 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”. Karta nie zawiera bezpośredniego odniesienia do zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Jej postanowienia zakazują dyskryminacji ze względu na płeć lub ze względu na „inny status”³⁸. W dotychczasowym orzecznictwie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka kwestia orientacji seksualnej nie była przedmiotem orzeczenia³⁹.

Zarówno Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r.⁴⁰ (art. 1 ust. 1)⁴¹, jak i Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczący praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 17 listopada 1988 r. (art. 3)⁴² zawierają otwarte katalogi cech antydyskryminacyjnych bez bezpośredniego odwołania się do orientacji seksualnej. W dotychczasowej praktyce przedmiotowa konwencja stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia w sprawach odnoszących się do orientacji seksualnej. Pierwszą sprawą w tym zakresie była *Karen Atala przeciwko Chile*⁴³, w której sąd (Inter-American Court of Human Rights) odniósł

³⁷ <http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/African-Charter-on-Human-and-Peoples-Rights.pdf> (15.09.2015).

³⁸ Zob. L. Syerzej, Cameron E., *Constitutional Protection of Sexual Orientation and African Conceptions of Humanity*, „South African Law Journal” 2001, 118, s. 642–650. http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/soaf118&div=62&g_sent=1&collection=journals#652.

³⁹ <http://en.african-court.org/index.php/component/search/?searchword=sexual%20orientation&searchphrase=all&Itemid=101> (data weryfikacji: 30 stycznia 2015 r.).

⁴⁰ Data przyjęcia i otwarcia do podpisu: 22 listopada 1969 r., http://www.oas.org/OASpage/eng/Documents/Democratic_Charter.htm (15.09.2015).

⁴¹ „1. Państwa-Strony niniejszej Konwencji zobowiązują się szanować uznane w niej prawa i wolności oraz zapewnić swobodne i pełne korzystanie z nich wszystkim osobom podlegającym ich władzy, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, wyznanie, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, status majątkowy, urodzenie lub jakiegokolwiek inne warunki społeczne”.

⁴² 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”.

⁴³ Sprawa Atala Riffo and Children vs. Chile, February 24, 2012.

się bezpośrednio do art. 1, rozważając problematykę niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

W ramach Rady Europy można wskazać kilka aktów, które odnoszą się do zakazu dyskryminacji, m.in. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka (EKPC)⁴⁴ czy Europejska Karta Społeczna. Również w tym systemie funkcjonuje w przedmiotowym zakresie szereg aktów o niewiążącym charakterze, wydanych w ramach Komitetu Ministrów Rady Europy. Kluczową rolę w kwestii interpretacji oraz stosowania postanowień EKPC w obszarze ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną odgrywa Europejski Trybunał Praw Człowieka.

W EKPC znajduje się art. 14, który stanowi: „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”. Artykuł ten nie ustanawia generalnego obowiązku państwa zagwarantowania niedyskryminacyjnego traktowania w ogóle. W EKPC brak jest zatem ogólnej zasady równego traktowania. Przedmiotowy artykuł przewiduje obowiązek zapewnienia niedyskryminacyjnego traktowania w odniesieniu tylko do praw i wolności określonych w Konwencji. Artykuł ten ma charakter akcesoryjny (niesamodzielny)⁴⁵ względem innych artykułów Konwencji. W praktyce oznacza to, że skargę zawierającą zarzuty dyskryminacji, ETPC może rozpatrzyć wyłącznie w świetle właściwego prawa materialnego lub w związku z art. 14 EKPC. Nie ma natomiast możliwości wniesienia skargi wyłącznie na podstawie art. 14 EKPC. Skarga musi być zatem powiązana z zarzutem naruszenia jednego z praw materialnych przewidzianych w EKPC. Art. 14 nie definiuje również pojęcia dyskryminacji. Zakres zasady niedyskryminacji z art. 14 Konwencji ma charakter otwartego katalogu cech chronionych. Katalog ten jest węższy aniżeli przykładowo zakres art. 21 Karty Praw Podstawowych (KPP) w ramach UE. Art. 14 EKPC nie wymienia wyraźnie „orientacji seksualnej”, jako cechy chronionej. W dotychczasowym orzecznictwie ETPCz uznał, że przytoczony powyżej art. 14 EKPC obejmuje ochroną również orientację seksualną⁴⁶.

⁴⁴ Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

⁴⁵ Zob. A. Wróbel, *Komentarz do art. 14 EKPC*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, s. 757 i cyt. tam literatura.

⁴⁶ Sexual orientation issues: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf (15.09.2015).

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zawiera szereg orzeczeń dotyczących dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, w których znalazł zastosowanie art. 14 w związku z innym przepisem EKPC (najczęściej artykuły 8, 10 i 11 EKPC). Przykładowo w wyrokach *Dudgeon p. Wielkiej Brytanii*⁴⁷ i *Norris p. Irlandii*⁴⁸ ETPCz uznał, że utrzymywanie w mocy przepisów prawa zakazujących prywatnych stosunków homoseksualnych stanowi trwałe naruszenie prawa skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego (którego elementem jest życie seksualne), nawet gdy to prawo nie skutkuje już wszczęciem postępowania karnego. ETPCz uznał, że wprowadzenie rozróżnienia na tle orientacji seksualnej wymaga uzasadnienia szczególnie ważnymi powodami, a margines uznania przyznany państwom członkowskim w tej dziedzinie jest wąski. W sprawach dotyczących prawa najmu ETPCz orzekł na przykład, że odmowa partnerowi tej samej płci niebędącemu małżonkiem do wstąpienia w prawo najmu po śmierci partnera, w sytuacji gdy heteroseksualny partner niebędący małżonkiem byłby do tego uprawniony, stanowiła dyskryminację ze względu na orientację seksualną w ramach wykonywania prawa do poszanowania mieszkania, niezgodną z artykułami 8 i 14 Konwencji⁴⁹.

Do kwestii zakazu dyskryminacji odnosi się również Protokół nr 12 z 2000 r. dołączony do EKPC, który został dotychczas ratyfikowany przez jedynie osiemnaście spośród czterdziestu siedmiu państw Rady Europy. Protokół ten zawiera ogólny zakaz dyskryminacji. Zakaz ten obejmuje jakiegokolwiek prawa przyznane jednostce przez prawo krajowe, prawa wynikające z nałożenia wyraźnych obowiązków na władze publiczne przez prawo krajowe, wykonywania przez władze publiczne władzy dyskrejonalnej oraz jakichkolwiek działań lub zaniechań władzy publicznej. Wejście w życie Protokołu spowoduje, że nie będzie miało znaczenia, czy stan faktyczny i prawny sprawy mieści się w zakresie zastosowania innego materialnego przepisu Konwencji⁵⁰. Protokół rozszerza zatem zakres zakazu dyskryminacji, zapewniając równe traktowanie w zakresie korzystania ze wszystkich praw (w tym praw wynikających z prawa krajowego). Zakres jego zastosowania wyraźnie został ograniczony przy tym do zachowania „władz publicznych”, czyli władz administracyjnych, sądów i organów ustawodawczych. Zgodnie z Raportem wyjaśniającym do tego Protokołu jego celem było wzmocnienie ochrony przed

⁴⁷ *Dudgeon p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 7525/76, wyrok z 22 października 1981 r., par. 41. Była to pierwsza sprawa, w której Komisja i Trybunał wypowiedziały się przeciwko istnieniu prawa uznającego homoseksualizm za nielegalny.

⁴⁸ *Norris p. Irlandii*, skarga nr 10581/83, wyrok z 26 października 1988 r., par. 38.

⁴⁹ Sprawa *Kozak p. Polce* z 2 marca 2010 r., skarga nr 13102/02.

⁵⁰ Zob. A. Wróbel, Komentarz do art. 14 EKPC, s. 758.

dyskryminacją, uznanej za kluczowy element zapewnienia przestrzegania praw człowieka.

Zarówno art. 14 EKPC, jak i Protokół nr 12⁵¹ nie wymieniają *expressis verbis* orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wśród zakazanych kryteriów antydyskryminacyjnych. Obie podstawy prawne zawierają otwarte katalogi przesłanek antydyskryminacyjnych, przez co nic w praktyce nie stoi na przeszkodzie, aby je poszerzyć.

Kluczowym instrumentem prawnym w przedmiotowej problematyce, wydanym również w ramach Rady Europy, jest Europejska Karta Społeczna. Jej postanowienia zawierają otwarty katalog kryteriów antydyskryminacyjnych. Orientacja seksualna oraz tożsamość płciowa nie są jednak bezpośrednio wymienione w jej postanowieniach.

Warto odnotować obok powyższego, że w ciągu ostatnich trzydziestu lat różne organy Rady Europy przyjęły szereg stosownych uchwał i zaleceń dotyczących zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną⁵². Warto w tym miejscu wskazać jedną z takich rekomendacji przyjętą w 2010 r. przez Komitet Ministrów Rady Europy tzw. Zalecenie (2010)5 Komitetu Ministrów Rady Europy dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej⁵³. Zalecenie nakłada na państwa członkowskie liczne zobowiązania w zakresie poszanowania prawa do życia, bezpieczeństwa i ochrony przed przemocą, wolności stowarzyszania się i pokojowego zgromadzania, wolności słowa, poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, zatrudniania, edukacji, zdrowia, mieszkalnictwa, sportu, prawa do ubiegania się o azyl oraz kwestii instytucjonalnych i dyskryminacji opartej na wielu podstawach. Główny tekst Zalecenia obejmuje podstawowe rekomendacje: dokonanie przeglądu istnie-

⁵¹ Raport wyjaśniający do Protoołu nr 12 wskazuje, że instrument ten zapewnia ochronę przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną.

⁵² Recommendation 1915 (2010) of the Parliamentary Assembly on Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity; Resolution 1728 (2010) of the Parliamentary Assembly on Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity; Recommendation 1635 (2003) of the Parliamentary Assembly on lesbians and gays in sport; Recommendation 1474 (2000) of the Parliamentary Assembly on situation of lesbians and gays in Council of Europe member states; Recommendation 1470 (2000) of the Parliamentary Assembly on Situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe; Recommendation 1117 (1989) of the Parliamentary Assembly on the condition of transsexuals; Recommendation 924 (1981) of the Parliamentary Assembly on Discrimination against homosexuals; Resolution 756 (1981) of the Parliamentary Assembly on discrimination against homosexuals.

⁵³ Zob. Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2010)5 on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity – Explanatory Memorandum to the Recommendation, CM(2010)4 add3 rev2E, 29 March 2010.

jących środków zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, wprowadzenie skutecznych środków zwalczania tego typu dyskryminacji, zapewnienie, aby ofiary takiej dyskryminacji miały dostęp do efektywnych środków ochrony prawnej. Chociaż przedmiotowe Zalecenie nie jest prawnie wiążącym instrumentem Rady Europy, to jednak wszystkie państwa członkowskie powinny je wprowadzić. W szerokim ujęciu Zalecenie spełnia trzy zadania:

- ❑ formułuje zasadę, zgodnie z którą prawa człowieka mają charakter uniwersalny i mają zastosowanie do wszystkich ludzi, a więc również do osób LGBT;
- ❑ potwierdza fakt wielowiekowej i obecnej dyskryminacji osób LGBT ze względu na ich orientację seksualną lub tożsamość płciową;
- ❑ określa konkretne działania i środki, które powinny być podjęte przez państwa członkowskie Rady Europy na rzecz osób LGBT.

Systemy amerykański, afrykański oraz Rady Europy są podobne w kwestii uregulowania zakazu dyskryminacji. Stanowią kontynuację postanowień systemu powszechnego. Katalogi przewidujące zakaz dyskryminacji mają charakter otwarty. Przedmiotowy zakaz został ujęty w umowach w sposób ogólny i abstrakcyjny, spełnia zatem określone w doktrynie przesłanki zasady ogólnej.

Co do kwestii zakresu zastosowania zakazu dyskryminacji oraz jego skuteczności, to wynika to z umowy. Opisane powyżej systemy ochrony praw człowieka nie zawierają wskazówek odnośnie skuteczności horyzontalnej zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Taki skutek spowodowałby przeszkody m.in. ze względów procesowych, ponieważ skargi dotyczące naruszenia gwarancji wynikających z przedmiotowych konwencji wnoszone przez jednostki są niedopuszczalne *ratione personae*. Ochrona praw podstawowych w stosunkach pomiędzy jednostkami następuje w ten sposób, że na państwo zostaje nałożony obowiązek ochrony, który musi ono wypełnić poprzez podjęcie pozytywnych środków („obligations positives”). Obowiązkiem państwa jest zatem ochrona pozycji prawnej zainteresowanej osoby uprawnionej z tytułu praw podstawowych (ofiary) przed naruszeniami dokonywanymi przez jednostki (naruszycieli)⁵⁴, przy czym dysponuje ono pewnym marginesem swobodnego uznania przy wyborze tych środków. Państwo wypełnia swój obowiązek ochrony poprzez ustawy i ich wykonywanie.

⁵⁴ Zob. K. Reid, *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., London 2004, s. 46, pkt I-064.

Unia Europejska

Postanowienia traktatów założycielskich Wspólnot Europejskich przewidywały jedynie zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie państwowe w zakresie swobód rynku wewnętrznego, a także gwarantowały równość płac kobiet i mężczyzn za tę samą pracę⁵⁵.

Dopiero Traktat z Amsterdamu⁵⁶ wyraźnie wymieniał osiągnięcie równości kobiet i mężczyzn wśród celów Wspólnoty Europejskiej, a także zezwalał na przyznawanie specyficznych korzyści zmierzających do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania (art. 141 ust. 4 TWE). Stworzył również podstawę do przyjęcia środków prawnych zwalczających dyskryminację ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek i orientację seksualną (art. 13 TWE, obecnie art. 19 TFUE).

Obecnie zasada niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną wynika zarówno z prawa pierwotnego, jak i z prawa wtórnego UE w zakresie kompetencji UE. W prawie pierwotnym UE przedmiotowa kwestia znajduje swoje odniesienie przede wszystkim w art. 21 Karty Praw Podstawowych⁵⁷ (dalej: Karty) oraz w art. 19 TFUE (dawny art. 13 TWE).

Karta jest dokumentem prawnie wiążącym od wejścia w życie Traktatu Lizbony⁵⁸, czyli od 1 grudnia 2009 r. Art. 21 Karty, jako jedyny dokument prawny w prawie międzynarodowym, przewiduje zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Art. 21 Karty stanowi, że „Zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub światopogląd, opinie polityczne lub wszelkie inne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. Przepis ten ma charakter katalogu otwartego⁵⁹. Jeśli chodzi o zakres zastosowania art. 21 Karty to, jak wynika z art. 51

⁵⁵ A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, 2(26), s. 45–46.

⁵⁶ Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (tzw. Traktat Amsterdamski) – podpisany 2 października 1997 r. (wszedł w życie 1 maja 1999 r.) – Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/31.

⁵⁷ C 326/391.

⁵⁸ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).

⁵⁹ Szerzej na temat art. 21 Karty zob. A. Wróbel, *Artykuł 21 Karty Prawa Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz* [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013.

ust. 1, Karta ma zastosowanie do instytucji unijnych oraz do państw członkowskich, wówczas, gdy stosują one prawo UE, co wiąże się z obowiązkiem poszanowania przez te ostatnie również praw podstawowych określonych w prawie UE⁶⁰. Precyzyjne określenie jednak zakresu zakazu dyskryminacji z art. 21 Karty jest trudne, ponieważ przepis ten ma hybrydalny charakter, tj. zasady – prawa⁶¹. Problem rozróżnienia zasad i praw w prawie UE nie został dotychczas wyjaśniony w orzecznictwie w sposób jednoznaczny⁶². Jak słusznie zauważa A. Zawadzka-Łojek, określenie zakresu zastosowania art. 21 Karty komplikuje również fakt, że Trybunał nadal w swoim orzecznictwie używa sformułowania „zasada niedyskryminacji”, a nie „prawo do niedyskryminacyjnego traktowania”⁶³, co wiąże się z różnym zakresem sądowej ochrony.

Art. 19 TFUE stanowi natomiast, że:

- „1. Bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów i w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii, Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą 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.
2. Na zasadzie odstępstwa od ustępu 1, dla wsparcia działania podjętego przez Państwa Członkowskie w celu przyczyniania się do osiągnięcia celów określonych w ustępie 1, Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć podstawowe zasady dotyczące unijnych środków zachęcających, z wyłączeniem harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich.”

Katalog art. 19 TFUE ma charakter zamknięty. Art. 19 TFUE jest normą kompetencyjną, czyli nie ma charakteru bezpośredniej skuteczności. Artykuł upoważnia do przyjmowania niezbędnych środków prawnych. Interpretacja jego postanowień nie wskazuje jednak na możliwość skorzystania z prawa do niedyskryminacyjnego traktowania ze względu na wyrażone w nim kryteria. Przy przyjmowaniu danych środków, które są niezbędne do zwalczania dyskryminacji ze względu na kryteria

⁶⁰ Zob. wyrok w sprawie *Akerberg Fransson*, C – 617/10, EU:C:2013:105.

⁶¹ Szerzej na temat art. 21 Karty zob. A. Wróbel, *Artykuł 21 Karty Prawa Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz* [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013; K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The Constitutional Allocation of powers and general principles of EU law*, „Common Market Law Review” 2010, 47, s. 1629–1669, i cyt. tam literatura.

⁶² Zob. motywy 46, 49, 50, 51 wyroku TSUE z 15 stycznia 2014 r., C 176/12 (sprawa AMS).

⁶³ A. Zawadzka-Łojek, *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2015, s. 50.

wymienione w art. 19 TFUE, należy dokonać oceny pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności i pomocniczości⁶⁴. Z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) nie wynika zakaz wszelkiej dyskryminacji, które miałyby stosować sądy państw członkowskich, jeśli zachowanie stanowiące dyskryminację nie ma związku z prawem UE, który nie powstaje na podstawie „samego w sobie” art. 19 TFUE⁶⁵.

W prawie wtórnym UE problem zakazu dyskryminacyjnego traktowania ze względu na orientację seksualną został przewidziany w postanowieniach dyrektywy 2000/78⁶⁶, która z kolei stanowi tylko ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy. Ograniczony zakres przedmiotowy dyrektywy 2000/78 przyjętej na podstawie ówczesnego art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE) do problemu zatrudnienia i pracy powoduje, że wiele kluczowych obszarów nie jest objętych regulacjami unijnymi (przykładowo ochrona społeczna czy opieka zdrowotna). Zarówno art. 19 TFUE, jak i akty prawa wtórnego przyjęte⁶⁷ na jego podstawie nie stanowią same w sobie zakazu dyskryminacyjnego traktowania. Tworzą jedynie ramy prawne zwalczania dyskryminacji ze względu na wymienione w nich niedozwolone kryteria różnicujące, w tym ze względu na orientację seksualną.

Problematyka związana z zasadą niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie była dotychczas przedmiotem bogatego orzecznictwa TSUE. Wyroki te dotyczyły przepisów krajowych przyjętych głównie w celu wykonania dyrektywy nr 2000/78, ale kwestia związana z orientacją seksualną pojawiła się również

⁶⁴ Zob. A. Zawidzka, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 85.

⁶⁵ Ibidem, s. 84, wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 23 września 2008 r. w sprawie C 427/06 Birgit Bartsch przeciwko Bosch und Siemens Hausgerate (BSH) Altersvorsorge GmbH, Zb. Orz. 2008, s. 7245, pkt 18.

⁶⁶ L 303, 02/12/2000 P. 0016–0022.

⁶⁷ Dyrektywa Rady 86/613/EWG z 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz. Urz. WE L 359 z 19 grudnia 1986 r., s. 56; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, s. 330); dyrektywa Rady 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz. Urz. WE L 180 z 19 lipca 2000 r., s. 22; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, s. 23); dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 2 grudnia 2000 r., s. 16; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, s. 79); dyrektywa Rady 2004/113/WE z 13 grudnia 2004 r. wprowadzająca w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz. Urz. UE L 373 z 21 grudnia 2004 r., s. 37); dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz. Urz. UE L 204 z 26 lipca 2006 r., s. 23).

z związku z wykonaniem dyrektywy nr 2004/83/WE⁶⁸, a ostatnio również dyrektywy nr 2004/33/WE⁶⁹.

Dotychczasowe wyroki TSUE w analizowanej problematyce dotyczyły następujących kwestii:

- ❑ zatrudnienia (sprawy: C-249/96, *Grant v. South-West Trains* z 17 lutego 1998 r.; sprawy C-122/99 P, C-125/99 P z 31 maja 2001; C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* z 1 kwietnia 2008 r.; C-147/08, *Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* z 10 maja 2011; C-81/12, *Asociația ACCEPT v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* z 25 kwietnia 2013; C-267/12, *Frédéric Hay v. Crédit* z 12 grudnia 2013);
- ❑ azylu (połączone sprawy: C-199/12, C-200/12 i C-201/12, X, Y oraz Z v. *Minister voor Immigratie en Asiel* z 7 listopada 2013 r.; połączone sprawy C-148/13, C-149/13 i C-150/13, A, B i C v. *Minister voor Immigratie en Asiel* z 2 grudnia 2014 r.);
- ❑ krwiodawstwa (sprawa C-528/13, *Léger v. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes* z 29 kwietnia 2015).

W sprawach rozpatrywanych przez TSUE, w których pojawiała się orientacja seksualna, problematyka ta nie była interpretowana w kontekście art. 21 Karty. Dopiero konkretny wyrok Trybunału da odpowiedź na pytanie, czy art. 21 Karty ma charakter zasady ogólnej czy też prawa⁷⁰ i pozwole określić zakres tej ochrony (czy charakter tego zakresu będzie odnosił się do wszystkich kryteriów antydyskryminacyjnych wymienionych w art. 21 Karty, czy, tak jak to jest obecnie, tylko do niektórych z nich). Dotychczas Trybunał tylko w odniesieniu do kryteriów antydyskryminacyjnych, takich jak płeć oraz wiek, uznał, że mogą one wywoływać skutek horyzontalny w zakresie prawa UE⁷¹. Kryterium „orientacja seksualna” nie otrzymało natomiast takiego charakteru⁷². Zasada niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną nie posiada zatem statusu zasady ogólnej. Takie zróżnicowanie charakteru skutków prawnych oddziaływania kryteriów w ramach samej zasady niedyskryminacji nie zostało dotychczas wyjaśnione w orzecznictwie

⁶⁸ Dyrektywa w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony.

⁶⁹ Dyrektywa wykonująca Dyrektywę 2002/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w zakresie niektórych wymagań technicznych dotyczących krwi i składników krwi.

⁷⁰ Tak jak dotychczas Trybunał Sprawiedliwości UE wypowiedział się w tym zakresie m.in. w odniesieniu do art. 27 Karty.

⁷¹ Sprawy: C-144/04 *Mangold* – wiek oraz wyroki w sprawach *Defrenne* – płeć.

⁷² Zob. wyrok w sprawie *Romer* i odmienne stanowisko rzecznika generalnego w tej sprawie.

TSUE. Problem ten został zauważony w doktrynie, która opowiada się rozszerzeniem skutku horyzontalnego zasady niedyskryminacji w odniesieniu do pozostałych kryteriów antydyskryminacyjnych, w stosunku do których zapewniana jest ochrona przewidziana w art. 21 Karty poprzez wykładnię opartą na analogii do wyroków TSUE w sprawach: C-144/04 *Mangold* i C-555/07 *Küçükdeveci*. Wprawdzie uznanie bezpośredniego horyzontalnego skutku praw podstawowych stawia sądy krajowe w trudnej sytuacji: jeśli opowiedzą się za tą doktryną (potwierdzoną przez TSUE w szeregu spraw, ale niejasną jeśli chodzi o zakres jej zastosowania), muszą wówczas odmówić zastosowania norm krajowych, które wydają się dyskryminujące w świetle prawa UE, zgodnie z wyrokiem w sprawie *Simmenthal*⁷³.

Wydaje się, że dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia przepisów unijnych przewidujących zakaz dyskryminacji ze względu na kryterium „orientacja seksualna” jest skuteczniejsze i efektywniejsze, aniżeli ma to miejsce w systemie ONZ czy w Radzie Europy.

Wprawdzie prawo unijne nie przewiduje trybu skargowego, ale skuteczność przepisów unijnych przejawia się w możliwości bezpośredniego powoływania się na te przepisy przed sądami krajowymi (pod pewnymi warunkami). W sytuacji natomiast błędnego (lub braku) wdrożenia przepisów unijnych (dyrektywy) do porządków krajowych Komisja Europejska może mieć argument wszczęcia postępowania przed TSUE przeciwko państwu członkowskiemu. Państwa członkowskie posiadają natomiast swobodę tworzenia rozwiązań w zakresie efektywnych procedur sądowych i administracyjnych w kwestii dochodzenia praw naruszonych dyskryminacją.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza prawno-porównawcza obowiązujących dokumentów zarówno w powszechnym, jak i w regionalnych systemach ochrony praw człowieka w kwestii niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną potwierdziła dotychczasowe badania, czyli zróżnicowanie funkcjonujących systemów ochrony.

Elementem wspólnym obecnych systemów ochrony praw człowieka jest ich działanie oparte na umowach międzynarodowych, które przewidują zasadę niedyskryminacji, lecz tylko w systemie unijnym kryterium „orientacja seksualna” zostało przewidziane bezpośrednio. Umowy te mają różny – zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy – zakres zastosowania, co przedkłada się na wywoływane przez nie skutki prawne oraz kwestię dochodzenia roszczeń.

⁷³ Sprawa TSUE 106/77 z 9 marca 1978 r.

Zakaz dyskryminacji zarówno w powszechnym, jak i w regionalnych systemach został ujęty w sposób generalny. Treść tych regulacji jest ogólna i abstrakcyjna, a katalogi mają charakter otwarty, czyli śmiało można je rozszerzyć o taką cechę chronioną, jak orientacja seksualna. Tak ujęty zakaz dyskryminacji w wymienionych systemach spełnia przesłanki zasady ogólnej sformułowane w systemie powszechnym. Z odmienną sytuacją w kwestii ujęcia pojęcia „zasady” mamy jednak do czynienia w systemie unijnym.

Znamienny jest fakt, że tylko unijny system w art. 21 Karty zawiera bezpośrednio odniesienie do zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Jednak artykuł ten nie stanowił dotychczas podstawy rozstrzygnięcia w sprawach dotyczących orientacji seksualnej. Wiąże się to z szerszym problem prawnym w prawie UE, a mianowicie z kwestią rozstrzygnięcia zakresu stosowania Karty oraz określenia charakteru jej przepisów w konwencji – prawo – zasada, co wiąże się z ich stosowaniem w prawie UE⁷⁴.

Jednolity standard ochrony praw człowieka przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną wymagałby podjęcia działań w kierunku nadania tej zasadzie autonomicznego charakteru (obowiązywanie i stosowanie zasady również w materii nieobjętej zakresem przedmiotowym lub podmiotowym poszczególnego aktu prawnego, z którego ona wynika). Przyjęcie powyższego rozwiązania niewątpliwie wymagałoby zdefiniowania kryteriów, na podstawie których nie można dyskryminować oraz ich przyjęcia przez większość podmiotów (państw), co wydaje się niestety obecnie nierealne. Zatem odpowiadając na pytanie sformułowane na początku artykułu, czy jest możliwe stworzenie jednolitego standardu ochrony przed niedyskryminacją ze względu na orientację seksualną, należy, mając na uwadze powyższe, udzielić odpowiedzi negatywnej.

Bibliografia

- Am. Soc’y Int’l L., *Sources and Evidence of International Law* [w:] D.M. Amann (red.), *Benchbook on International Law* §.B, 2014), www.asil.org/benchbook/sources.pdf.
- Cassese A., *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations*, [w:] Sienho Yee, Wang Tieya (red.), *International Law In The Post-Cold War World: Essays In Memory Of Li Haopei*, 2001.
- Charney J.I., *Sources of International Law*, „Recueil Des Cours” 1998, 271.

⁷⁴ Zob. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Beck/Hart 2014.

- Cheng B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, London 1953.
- Cherif Bassiouni M., *A Functional Approach to „General Principles of International Law”*, „Michigan Journal of International Law” 1990, 11.
- Czapliński W., Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, 2 wyd. Warszawa 2004.
- Degan V., *General Principles of Law*, „Finnish YIL” 1992, 3.
- Ellis J., *General Principles and Comparative Law*, „European Journal of International Law” 2011, 22.
- Freeman Jalet F.T., *The Quest for the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations – A Study*, „UCLA Law Review” 1963, 10.
- Herczegh G., *General Principles of Law and the International Legal Order*, Budapest 1969.
- Lammers J.G., *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, [w:] F. Kalshoven i in. (red.), *Essays on The Development of The International Legal Order*, 1980.
- Lauterpacht H., *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London 1927.
- Lauterpacht H., *The Development of International Law*, London 1958.
- Lauterpacht H., *Some Observations on the Prohibition of „Non Liqueur” and the Completeness of the Law*, [w:] *Symbolae Verzijl. Présentées au Professeur J.H.W. Verzijl à l’occasion de son LXX-ième anniversaire*, 1958.
- Lenaerts K., Gutierrez-Fons J.A., *The Constitutional Allocation of powers and general principles of EU law*, „Common Market Law Review” 2010, 47.
- Lord Lester of Herne Hill QC I.S. Joseph, *Obligations of Non-Discrimination*, [w:] D. Harris, S. Joseph (red.), *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, 2011.
- McNair A.D., *The General Principles of Law Recognised by Civilised Nations*, 33 BYIL, 1957.
- Mosler H., *General Principles of Law*, [w:] *Encyclopedia of Public International Law*, 1995.
- Nowak M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N.P. Engel 1993.
- Peers S., Hervey T., Kenner J., Ward A. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Beck/Hart 2014.
- Reid K., *A practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., London 2004.
- Rezmer J., *Jak korzystać z procedur skargowych w traktatowym systemie ochrony praw człowieka ONZ? Informator dla ofiar naruszeń*, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Praw Człowieka, Warszawa 2011.
- Schachter O., *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht 1991.
- Shaw M.N., *International Law*, Cambridge 2008.
- Sørensen M., *Principes de Droit International*, 101 HR, 1960.
- Syryej Ł., Cameron E., *Constitutional Protection of Sexual Orientation and African Conceptions of Humanity*, „South African Law Journal” 2001, 118.

- Śledzińska-Simon A., *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, 2(26).
- Waldock H., *The Common Law of the International Community – General Principles of Law*, „Recueil Des Cours” 1962, 106.
- Waldock H., *General Course on Public International Law*, „Recueil Des Cours” 1962, 106.
- Wieruszewski R., Wyrzykowski M. (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009.
- Wróbel A., *Artykuł 21 Karty Prawa Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz* [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Zawidzka-Łojek A., *Prawo antydyskryminacyjne Unii Europejskiej*, Warszawa 2015.
- Zawidzka A., *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013.
- Zuleeg M., *Der Schutz sozialer Rechte in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft*, „Europäische Grundrechte-Zeitschrift” 1992, 15/16.