

Jacek SOBCZAK

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Poznań

Orientacja seksualna jako prawo człowieka

Prawo do ochrony orientacji seksualnej należy do tej grupy prawa człowieka, które nie zostały pierwotnie wyraźnie wyartykułowane w aktach prawa międzynarodowego. W literaturze, szczególnie polskiej, mimo licznych teoretycznych rozpraw poświęconych wolnościom i prawom obywatelskim, prawo do ochrony orientacji seksualnej nie zostało jak dotąd szczegółowo zanalizowane. Zwykło się przy tym wiązać je z prawem do prywatności, której pojęcie i zakres rozpoznano i opisano wyjątkowo dokładnie¹. Wypada zauważyć, iż treść prawa do prywatności

¹ W literaturze ugruntowało się przekonanie, że prawo do prywatności należy do stosunkowo niedawno zdefiniowanych praw człowieka. Jednak pojęcie to zostało już w ubiegłym wieku opisane przez amerykańskich profesorów prawa V. Brandeisa i E. Warrena. Prawdą jest jednak, że sama idea ochrony sfery życia prywatnego bardzo powoli dochodziła do głosu w różnych systemach prawnych. Długi czas wątpliwości badaczy budziły kwestie terminologiczne, które nie wydają się przesądzone do dnia dzisiejszego, a w szczególności to, jak nazwać owo specyficzne prawo. Dyskusja ta wydaje się, w gruncie rzeczy, dość mialka i bezpłodna, częstokroć stanowiąc jedynie przejaw niepojętych ambicji niektórych badaczy dążących do odciśnięcia swego piętna i zdominowania tej właśnie sfery badań. Zob. S. D. Warren, L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, „Harvard Law Review” 1890, vol. 4, s. 193 i n. W treści artykułu podniesiono potrzebę ochrony życia prywatnego przed nadużyciami ze strony prasy, konkludując, że prawo do prywatności ma charakter autonomicznej wartości, której funkcją jest ochrona „nienaruszalnej osobowości”. Na pracę S. D. Warrena i L. D. Brandeisa w polskiej literaturze naukowej zwrócił uwagę L. Kański, analizując amerykańską koncepcję *privacy* (prywatności). Szczególnie interesujące są wywody przypominające okoliczności, w których termin *privacy* został zaszczerpiony na kontynencie w formie *private (and family) live*. Por. L. Kański, *Prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania i tajemnicy korespondencji*, w: *Prawo człowieka. Model prawny*, red. R. Wieruszewski, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 321–328; zob. także J. Barciak, *Prawo do prywatności*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 286–293; także *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004, s. 35 i n. W doktrynie zwraca się niekiedy uwagę na to, że jeszcze przed S. D. Warrenem i L. D. Brandeistem na potrzebę ochrony prawa do prywatności, jako prawa do pozostawienia w spokoju zwrócił uwagę T. Codey. Por. T. Codey, *Tort Law*, New York 1888; zob. W. Sokolewicz, *Prawo do „prywatności”*,

należałoby wywieść, jak na to zwrócił trafnie uwagę Lesław Kański, z art. 17 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych* oraz z art. 12 *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*².

Komitet Praw Człowieka kilkakrotnie podejmował problem potrzeby ochrony orientacji seksualnej jako jednego z praw człowieka. W sprawie Toonen przeciwko Australii, dotyczącej kryminalizacji kontaktów homoseksualnych, Komitet stwierdził, że dobrowolna, prywatna aktywność seksualna osób dorosłych jest objęta pojęciem prywatności. Zakaz „prywatnych praktyk homoseksualnych” ustanowiony przez prawo, stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 i art. 2 ust. 1 *Międzynarodowego Paktu*³.

Rozpoznając sprawę Young przeciwko Australii, w związku z odmową przyznania świadczeń emerytalnych homoseksualnemu partnerowi zmarłego kombatanta, stwierdził, że zakaz dyskryminacji, przewidziany w treści art. 26 Konwencji, obejmuje również dyskryminację ze względu na orientację seksualną⁴. Stwierdzenie to wydaje się bardzo istotne, gdyż

w: *Prawa człowieka w Stanach Zjednoczonych*, red. L. Pastusiak, Warszawa 1985, s. 248–270. Niekiedy jako właściwego ojca terminu „prywatność” wskazuje się Jamesa Fitzjamesa Stephena, który w 1873 r. wywodził prawo do prywatności z prawa autonomii osobistej. Por. J. F. Stephen, *Liberty, Equality, Fraternity*, Cambridge 1960, s. 160. Por. także, J. Sobczak, *Prawo do prywatności a wolność słowa i druku*, w: *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 152–178. W literaturze odróżnia się „szerokie” i „wąskie” pojmowanie prywatności. W podejściu „szerokim” prywatność jest stanem, w którym jednostka podejmuje decyzje jej dotyczące bez ingerencji osób trzecich. W „wąskim” rozumieniu – to stan, w którym jednostka decyduje o zakresie i zasięgu informacji udostępnionych i komunikowanych innym osobom. Por. R. Posner, *The Right to Privacy*, „Georgia Law Review” 1978, t. 12, s. 389–402; także, *Privacy*, „California Law Review” 1960, nr 3, s. 420 i n.; R. Wacks, *The Poverty of „Privacy”*, „The Law Quarterly Review” 1980, t. 96, s. 76; tenże, *The Protection of Privacy*, London 1980.

² L. Kański, *Prawo*, s. 339 i n. Odnotować należy, że R. Wieruszewski, a także jego uczniowie dość konsekwentnie posługują się terminem „Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych”, zob. *Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych*, red. M. Piechowiak, R. Hliwa, Poznań 2001.

³ Toonen przeciwko Australii – decyzja z dnia 31 marca 1994 r., skarga nr 488/1922, w: *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, red. R. Wieruszewski, A. Gliszczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2009, s. 195–207. W zdaniu odrębnym, złożonym przez Bertil Wennergren, stwierdzono, że dyskryminujące ustawodawstwo karne, będące przedmiotem sprawy, nie jest ściśle rzecz biorąc „bezprawne”, lecz niezgodne z Międzynarodowym Paktem, ponieważ ogranicza prawo do równości wobec prawa.

⁴ Toonen przeciwko Australii – decyzja z dnia 31 marca 1994 r., skarga nr 488/1922.

to właśnie naruszenie tego przepisu, a nie art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, stało się podstawą orzeczenia. Komitet wielokrotnie stwierdzał, że różnica w zakresie przyznawania świadczeń między parami małżeńskimi a nie pozostającymi w związku małżeńskim parami heteroseksualnymi, jest rozsądna i obiektywna, ponieważ pary te mają wolność zawierana małżeństw ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami. Takiej możliwości nie mają pary homoseksualne. Zdaniem Komitetu, jednak nie każde rozróżnianie stanowi dyskryminację zabronioną w świetle Paktu. W przedmiotowej sprawie państwo-strona (Australia) nie przedstawiło argumentów, w jaki sposób rozróżnienie w traktowaniu partnerów tej samej płci, którzy na podstawie prawa są wykluczeni ze świadczeń emerytalnych, a nie pozostający w związku małżeńskim pary heteroseksualne – jest rozsądne i obiektywne. Podkreślił także, że nie przedłożono żadnego dowodu, który wskazałaby na istnienie czynników usprawiedliwiających takie rozróżnienie. W tej sytuacji Komitet stwierdził, że państwo naruszyło art. 26 Międzynarodowego Paktu poprzez odmowę skarżącemu emerytury ze względu na jego płeć lub orientację seksualną⁵.

Idea ochrony prawa do prywatności znalazła odbicie w treści art. 8 *Europejskiej Konwencji Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, choć także wiele aspektów tego prawa dotyczy art. 9 i 10 tejże konwencji. W licznych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dokonano wykładni wspomnianych wyżej przepisów konwencji, starając się dociec zakresu terminu „życie prywatne” oraz ustalić sferę zakazów związanych z treścią tego pojęcia⁶. Kwestie te są ważne i istotne, gdyż do myśli przewodnich i sensu tych orzeczeń odnoszą się czasem wprost, a czasem pośrednio – nie powołując tekstu judy-

⁵ Sprawa Young przeciwko Australii – decyzja z dnia 6 sierpnia 2003 r., skarga nr 941/200, zob. *Komitet Praw Człowieka ONZ. Wybór orzecznictwa*, red. R. Wieruszewski, A. Gliszczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, Warszawa 2009, s. 55–69. Wspomniana decyzja nie zapadła jednogłośnie, w zdaniu odrębnym dwóch członków Komitetu podkreślono, że sporne jest twierdzenie, że istnieje ponadpaństwowe prawo, do uznania małżeństw homoseksualnych, odnosząc się w dalszej części do spraw o charakterze proceduralnym.

⁶ Przegląd ważniejszego orzecznictwa w tym zakresie por. *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, t. 1–2, oprac. M. A. Nowicki, Kraków 2002. Dla podjętej tu problematyki istotne znaczenie ma t. 2, s. 584–917. Zob. także M. A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, wyd. 2 zmienione i uzupełnione, Warszawa 1999, s. 327–386.

katów Europejskiego Trybunału – wyroki polskiego Sądu Najwyższego i Trybunału Praw Człowieka. Godzi się podnieść w tym miejscu jeszcze i to, że sprawa ochrony prywatności znalazła swoje miejsce także w dyspozycji art. 7 i w pewnym sensie w art. 8 *Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej*. Pamiętając, że dokument ten jest aktem o charakterze politycznym, polityczną deklaracją Unii i dopiero w przyszłości może stać się częścią jej systemu prawnego, należy zwrócić uwagę na to, że zakres prawa do prywatności w rozumieniu art. 7 i 8 Karty wydaje się dość poważnie różnić od dyspozycji art. 8, 9 i 10 Europejskiej Konwencji. Musi to budzić poważne obawy, że w Europie mogą zaistnieć konkurujące ze sobą i potencjalnie sprzeczne systemy ochrony praw człowieka, także w zakresie prawa do prywatności. Wątpliwości tych nie rozwiewa treść preambuły Karty, w której stwierdzono, że potwierdza ona prawa wynikające m.in. z *Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, gdyż to stwierdzenie osłabione jest przez zastrzeżenie, zawarte także w preambule, że potwierdzenie to następuje z „właściwym uwzględnieniem uprawnień i zadań Wspólnoty i Unii oraz zasady subsydiarności”⁷. Nie usuwa ich także dyspozycja art. 52 ust. 3 i art. 53 Karty. Wydaje się więc, że istnieje pilna potrzeba przystąpienia Unii Europejskiej do *Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. Godzi się w tym miejscu zauważyć, że problem prawa do prywatności na gruncie Karty łączyć wypada z kwestią godności człowieka, która w koncepcji tego aktu nie tylko, że sama jest podstawowym prawem, ale także stanowi faktyczne źródła innych praw podstawowych.

Żaden jednak z przywołanych wyżej aktów prawa międzynarodowego nie statuuje wprost prawa do ochrony orientacji seksualnej. W art. 12 *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka* z 10 grudnia 1940 r. stwierdzono jedynie: „Nikt nie będzie podlegać arbitralnemu wkraczaniu w jego życie prywatne, rodzinę, mieszkanie lub korespondencję, ani też zamachom na jego honor i reputację. Każdy jest uprawniony do ochrony prawnej przed

⁷ Por. *Karta Podstawowych Praw Unii Europejskiej*, wpraw. i tłum. M. A. Nowicki, Kraków 2001, s. 15–17; S. Hambura, M. Muszyński, *Karta Praw Podstawowych z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001, s. 31 i n.; F. Jasiński, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 17–28 i 188–210; J. Plaňavová-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich i Ochrona Praw Podstawowych*, Warszawa 200, s. 20–26, 109 i n.; C. Mik, *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe*, w: *Traktat Nicejski*, red. A. Podraza, Lublin 2001.

takim wkraczaniem i takimi zamachami”⁸. Z treścią tą koresponduje art. 17 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych* z 16 grudnia 1968 r., w którym zauważono: „Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję, ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię”. W ust. 2 tegoż artykułu podkreślono, że „Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami”⁹. Komitet Praw Człowieka, odnosząc się do treści art. 17 *Międzynarodowego Paktu*, podkreślił w *Uwagach Ogólnych* z 23 marca 1988 r., iż gwarantowane w art. 17 prawa powinny być chronione przed wszelkimi zamachami, zarówno ze strony funkcjonariuszy państwowych, jak też osób fizycznych lub prawnych. Zauważył także, że niedopuszczalna jest jakakolwiek ingerencja w obszar chroniony przepisem art. 17 *Paktu*, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w ustawie. Wskazał także, iż „rodzina”, o jakiej mowa w treści tego dokumentu obejmuje każdą rodzinę, zgodnie ze wszystkimi znaczeniami tego terminu, jakie funkcjonują w społeczeństwach państw-stron. Zwrócono uwagę, że sygnatariusze *Paktu* powinni składać szczegółowe sprawozdania informujące o przestrzeganiu wspomnianego przepisu. Podkreślono, że szczególnie niebezpieczne jest bezprawne gromadzenie i przechowywanie danych osobowych dotyczących życia prywatnego¹⁰. W art. 8 *Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* także próżno by szukać sformułowanego *expre-*

⁸ K. Motyka, *Prawa Człowieka*, Lublin 2004, s. 127.

⁹ Ibidem, s. 147. Warto zauważyć, że powyższe tłumaczenie, powszechnie akceptowane w literaturze, może budzić wątpliwości. W tekście oryginalnym w języku angielskim napisano: *No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation*. L. Kański zwraca uwagę na standardy prawne *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich*, podkreślając, że art. 17 tego Paktu, zapewniając ochronę korespondencji każdego człowieka przed naruszeniami bezprawnymi i samowolnymi, nie definiuje pojęcia korespondencji. Zauważa także, że niektóre polskie tłumaczenia tekstu *Paktu* oraz *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka* „nie w pełni oddają sens oryginalnych tekstów tych aktów w odniesieniu do mieszkania”, gdyż użyte w polskich tekstach określenie „życie domowe” jest węższe od tradycyjnych pojęć: „mir domowy”, „nienaruszalność mieszkania”, które zyskały trwałe obywatelstwo w polskiej literaturze naukowej. Wyjątkowo istotna wydaje się także konstatacja, że skoro art. 17 Paktu zapewnia osobną ochronę mieszkaniu i korespondencji, to ochrony prywatności nie można utożsamiać z ochroną tych instytucji ani jej do nich ograniczać. L. Kański, *Prawo*, s. 339 i n.

¹⁰ *Wspólny standard do osiągnięcia. Stan rzeczywistnienia*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1998, s. 262–264.

sis verbis prawa do ochrony orientacji seksualnej¹¹. W literaturze podkreśla się, że treść art. 8 ma chronić jednostkę przed arbitralną ingerencją władz publicznych. Państwa muszą szanować życie prywatne i rodzinne, mir domowy i korespondencję. Nie jest to jednak prawo bezwzględnie chronione, gdyż opatrzone jest klauzulą ograniczającą, sformułowaną w ust. 2. Nie można zatem korzystać z niego niezależnie od okoliczności¹². Pojęcie „życie prywatne” – w rozumieniu art. 8 ust. 1 *Konwencji* jest obszerne i nie daje się wyczerpująco zdefiniować¹³. W licznych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dokonano wykładni wspomnianych wyżej przepisów *Konwencji*, starając się dociec zakresu terminu „życie prywatne” oraz ustalić sferę zakazów związanych z treścią tego pojęcia¹⁴. Wskazano, iż obejmuje ono integralność fizyczną i psychiczną osoby ludzkiej¹⁵. Oznacza nie tylko prawo do życia w sposób zgodny z własnymi życzeniami bez kontroli innych osób, ale także, w pewnym stopniu, prawo do nawiązywania i utrzymywania stosunków z innymi – zwłaszcza w sferze uczuciowej – aby rozwijać i realizować własną osobowość¹⁶.

¹¹ W literaturze podkreśla się, że art. 8 *Konwencji* formułuje „prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego”. W jego tekście stwierdzono co następuje: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo i przewidzianych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Tekst *Konwencji* zob. Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284, zm. 1995, Nr 36, poz. 175, 176 i 177; 1998, Nr 147, poz. 962; 2001, Nr 23, poz. 266; 2003, Nr 42, poz. 364.

¹² *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2: *Prawo do życia i inne prawa*, oprac. M. A. Nowicki, Zakamycze 2002, s. 584.

¹³ Orzeczenie w sprawie Costello–Roberts vs. Wielka Brytania – z dnia 25 marca 1993 r., A. 247–C § 36; por. M. A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, wyd. 2, Warszawa 1999, s. 328.

¹⁴ Przegląd ważniejszego orzecznictwa w tym zakresie por. *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, t. 1–2, oprac. M. A. Nowicki, Kraków 2002. Dla podjętej tu problematyki istotne znaczenie ma t. 2, s. 584–917. Zob. także M. A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, wyd. 2 zmienione i uzupełnione, Warszawa 1999, s. 327–386.

¹⁵ X i Y przeciwko Holandii, orzeczenie z 26 marca 1935 r., A. 91; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 5 lipca 1983 r., skarga nr 8978/80; por. *Europejski Trybunał...*, s. 615–619.

¹⁶ Botta przeciwko Włochom, orzeczenie z dnia 24 lutego 1998 r., RJD 1998 – J; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 15 października 1996 r., skarga nr 21439/93; *Europejski Trybunał...*, s. 697–701.

Zdaniem Trybunału w Strasburgu pola stosowania art. 8 *Konwencji* nie można ograniczać tylko do stosunków o charakterze uczuciowym, gdyż sfera stosunków międzyludzkich, która jest chroniona przez ten przepis ma charakter szerszy i rozciąga się na różne relacje społeczne. W opinii Trybunału, życie seksualne należy do najbardziej intymnej sfery życia prywatnego jednostki¹⁷. Tylko szczególnie poważne względy mogą powodować ingerencję władz publicznych w tą sferę. Trybunał rozpoznając problem ochrony orientacji seksualnej, musiał w szczególności odnieść się do zjawiska homoseksualizmu, praktyk sadomasochistycznych i transseksualizmu.

Sprawa *Dudgeon* przeciwko Wielkiej Brytanii z dnia 22 października 1981 r. stała się jedną z pierwszych w serii odnoszących się do problemu ochrony orientacji seksualnej. W orzeczeniu tym wskazano, iż utrzymywanie przepisów, uznających dobrowolne akty pomiędzy dorosłymi mężczyznami, tj. powyżej 21 lat za przestępstwo jest ciągłą i nieuzasadnioną ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego. Trybunał podkreślił, że nie ma zamiaru oceniać strony moralnej stosunków homoseksualnych pomiędzy dorosłymi mężczyznami. Uznał, że w demokratycznym społeczeństwie istnieje wprawdzie potrzeba regulacji w prawie karnym męskich praktyk homoseksualnych, ale tylko tam, gdzie istnieje potrzeba ochrony społeczeństwa przed przestępstwami i innymi rodzajami szkód, nawet przy dobrowolnych i intymnych praktykach, a także ochrony przed wykorzystywaniem i zepsuciem tych, którzy są szczególnie podatni z racji np. młodego wieku. Zdaniem Trybunału do władz krajowych należy decyzja w sprawie środków ochronnych w dziedzinie praktyk homoseksualnych, zwłaszcza określenie granicy wieku, do której młodzież powinna być chroniona przez prawo karne. Szeroki margines tzw. „uznania państwa” w kwestiach moralności nie jest według Trybunału nieograniczony, a obawa przed rozluźnieniem standardów moralnych nie może stanowić usprawiedliwienia dla ingerencji w życie prywatne jednostki. W kilka lat później Trybunał zauważył, że nie można uznać, aby istniała pilna potrzeba społeczna penalizacji stosunków homoseksualnych, stwierdzając, że argumenty przywoływane dla uzasadnienia karania homoseksualistów nie mogą przeważać nad niszczącymi skutkami, jakie samo ich istnienie niesie dla życia takich osób. Osoby uważające homoseksualizm za coś nie-

¹⁷ *Dodgeon* przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 22 października 1981 r., A. 45; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 13 marca 1980 r., skarga nr 7525/76; *Europejski Trybunał...*, s. 612–614.

moralnego mogą być – zdaniem Trybunału – zaszokowane, obrażone lub zaniepokojone z powodu uprawiania przez innych prywatnie aktów homoseksualnych. Nie może to oznaczać jednak przyzwolenia na sankcje karne¹⁸.

Trybunał w Strasburgu rozważać musiał m.in. sprawę dyskryminacyjnej polityki Wielkiej Brytanii w odniesieniu do obecności jawnych homoseksualistów (gejów i lesbijek) w wojsku. Zdaniem Trybunału śledztwa policji wojskowej mające na celu weryfikację orientacji seksualnej stanowiły bezpośrednie naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego, podobnie jak zwolnienie ze służby w wyniku ustalenia orientacji homoseksualnej żołnierzy. Trybunał podkreślił, że homofobiczne uprzedzenia innych żołnierzy nie mogą usprawiedliwiać dyskryminacji i zwalniania ze służby homoseksualistów, podobnie jak poglądy rasistowskie nie mogą usprawiedliwiać zwalniania żołnierzy o czarnym kolorze skóry¹⁹. Zdaniem Trybunału państwo może jednak ograniczyć prawo do poszanowania życia prywatnego, jeśli rzeczywiście jest zagrożona skuteczność operacyjna wojska. Władze krajowe nie mogą jednak powoływać się na takie regulacje, aby przeszkodzić żołnierzom w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego. Żołnierze korzystają z niego tak samo jak każda inna osoba, pozostająca pod jurysdykcją prawa.

Rozpoznając problem odmowy udzielenia zgody na adopcję dziecka przez homoseksualistę, Trybunał stwierdził, że przysposobienie (adopcja) oznacza danie rodziny dziecku, a nie dziecka rodzinie. Państwo powinno więc zapewnić taki stan rzeczy, aby osoby wybrane jako rodzice adopcyjni, mogli zaoferować dziecku jak najlepsze warunki. Szczególne znaczenie powinien mieć najlepiej pojmowany interes dziecka. Trybunał zauważył, iż specjaliści do spraw dzieci, psychiatrzy i psychologowie, mają różne poglądy na ewentualne skutki opieki sprawowanej przez rodziców homoseksualnych. Bardzo różnie ocenia też tego rodzaju akty adopcji opinia publiczna w poszczególnych krajach Rady Europy. Podkreślił także, że poważnym problemem jest niewystarczająca liczba dzieci gotowych do adopcji. W tych warunkach władze krajowe nie naruszyły Konwencji

¹⁸ Norris przeciwko Irlandii, orzeczenie z 26 października 1988 r., A. 142, raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 12 marca 1987 r., skarga nr 10581/83; *Europejski Trybunał...*, s. 628–632.

¹⁹ Lustig – Prean i Beckett przeciwko Wielkiej Brytanii oraz Smith i Grady przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenia z dnia 27 września 1999 r. Izba (sekcja III) skargi nr 31417/96 i 32377/96 oraz 33985/96 i 33986/96.

uznając, że ograniczenie prawa do adopcji leżało w interesie dzieci, niezależnie od uprawnionych aspiracji skarżącego i jego trybu życia. W tej sytuacji odmowa adopcji nie mogła stanowić naruszenia art. 8 ani 14 Konwencji²⁰.

W podobnej sprawie, rozpoznawanej 6 lat później, w wyniku skargi nauczycielki w szkole pielęgniarstwa, żyjącej od wielu lat z inną kobietą, której najpierw francuskie władze administracyjne, a potem sądy, odmówiły zgody na adopcję dziecka, Trybunał zajął odmienne zdanie. Stwierdził że prawo do poszanowania życia rodzinnego nie chroni samego tylko pragnienia założenia rodziny, ale zakłada jej istnienie i przynajmniej potencjalny związek między dzieckiem urodzonym poza małżeństwem a jego naturalnym ojcem, albo związek zrodzony z rzeczywistego małżeństwa, nawet jeśli życie rodzinne nie zostało jeszcze w pełni stworzone, a także stosunki, zrodzone w drodze zgodnej z prawem i rzeczywistej adopcji. Podkreślił, że prawo do adopcji nie jest przewidziane w instrumentach międzynarodowych, takich jak Konwencja Praw Dziecka ONZ czy Konwencja Haska o Ochronie Praw Dzieci i Współpracy w Związku z Międzynarodową Adopcją. Trybunał zauważył, że postanowienia art. 8 Konwencji nie gwarantują prawa do założenia rodziny, ani prawa do adopcji. Pojęcie „życie prywatne”, w rozumieniu art. 8 Konwencji, jest szeroką koncepcją, obejmującą m.in. prawo do nawiązywania i rozwijania stosunków z innymi istotami ludzkimi, prawo do osobistego rozwoju, a także prawo do stanowienia o sobie samym, obejmuje takie elementy jak nazwisko, identyfikację płciową, orientację seksualną i życie seksualne, mieszczące się w sferze prywatności, chronionej przez art. 8 Konwencji, a także prawo do poszanowania decyzji o posiadaniu lub nieposiadaniu dziecka. W dalszym ciągu wywiódł, że nie można stawiać znaku równości pomiędzy sprawą Freté przeciwko Francji, a rozpoznawaną sprawą E. B. przeciwko Francji. Trybunał zwrócił uwagę, że w przedmiotowej sprawie, władze administracyjne akcentowały brak wzorca ojcowskiego lub matczynego w domu wnioskującej o adopcję. Zdaniem Trybunału, brak takiego wzorca nie może rodzić problemu. Gdyby przyjąć odmienne założenie, wówczas prawo osoby samotnej do wystąpienia o zgodę na adopcję stałoby się nieskuteczne. Trybunał podkreślił, że wpływ homoseksualizmu skarżącej na decyzję w sprawie jej wniosku był istotny i miał charakter

²⁰ Freté przeciwko Francji, orzeczenie z 26 lutego 2002 r., Izba (sekcja III), skarga nr 36515/97 *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, oprac. M. A. Nowicki, Zakamycze 2005, s. 853–856.

rozstrzygający i prowadził do odmowy na adopcję. Trybunał zauważył, że w przypadku orientacji seksualnej muszą istnieć szczególnie przekonujące i poważne powody, usprawiedliwiające różnice traktowania w sferze praw objętych art. 8 Konwencji. Takim powodem nie może być homoseksualizm. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że Konwencja jest instrumentem żywym i musi być interpretowana w świetle aktualnych warunków. Jeśli odmowa adopcji była oparta wyłącznie na względach dotyczących orientacji seksualnej, to oznacza to dyskryminację w rozumieniu Konwencji. Trybunał podkreślił, że prawo francuskie zezwala osobom samotnym na adopcję dziecka, w tym także samotnym homoseksualistom²¹.

Poważne trudności w orzecznictwie Trybunału powodowała kwestia odpowiedzialności homoseksualistów za obcowanie płciowe z małoletnimi, w szczególności to, jak określić granicę wiekową, od której dobrowolne obcowanie płciowe z małoletnim nie będzie penalizowane. Początkowo Trybunał zdawał się skłaniać w stronę poglądu, iż będzie to ukończenie 21 roku życia, później gotów był obniżyć do 17 roku życia, a wreszcie – nawet do 14 roku życia. W końcu wyraził zgodę na przyjęcie jednakowego wieku, od którego stosunki seksualne, tak heteroseksualne, jak i homoseksualne, są niekaralne. Zdaniem Trybunału, uprzedzenia po stronie heteroseksualnej większości wobec homoseksualnej mniejszości nie mogą stanowić wystarczającego usprawiedliwienia dla zróżnicowanego traktowania odpowiedzialności za stosunki z małoletnimi partnerami²². Stanowisko – aczkolwiek akceptowane w polskiej doktrynie prawa karnego na tle art. 200 k.k. z 1997 r. – może budzić wątpliwości, zważywszy, że z przyczyn biologicznych, stopień dojrzałości seksualnej młodych mężczyzn jest nieco późniejszy niż dziewcząt²³.

²¹ E. B. przeciwko Francji – orzeczenie z 22 stycznia 2008 r., Wielka Izba, skarga nr 43546/02, w: *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008*, oprac. M. A. Nowicki, s. 159–163.

²² A. D. T. przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 31 lipca 2004 r., skarga nr 35765/97; *Nowy Europejski Trybunał Praw*, s. 807–810

²³ H. Bronold, *Spostrzeżenia na temat urazów seksualnych doznanych w dzieciństwie*, „Problemy Kryminalistyki” 1966, nr 66; B. Kunicka-Michalska, *Wybrane problemy przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełnianych za pośrednictwem systemu informatycznego*, „Problemy Prawa Karnego” 2003, nr 22, s. 36 i n. Warto zauważyć, że *Konwencja o Prawach Dziecka* przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 listopada 1989 r., Dz. U. 1991, Nr 120, poz. 526 zobowiązuje w art. 34 do ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku

Zdaniem Trybunału grupowe praktyki sadomasochistyczne nie mieszczą się w zakresie „życia prywatnego” objętego ochroną. W treści orzeczenia wyrażono pogląd, że państwo jest uprawnione do podejmowania prób regulacji działań wiążących się z zadawaniem obrażeń cielesnych – także w drodze penalizacji karnej. Dotyczy to zarówno aktów seksualnych, jak i innych działań. Podkreślono, że ustalenia stopnia obrażeń, który powinien być tolerowany przez prawo w razie zgody pokrzywdzonych, należy przede wszystkim do państwa. Zauważono, że nie wszystkie akty seksualne „za zamkniętymi drzwiami” objęte są dyspozycją art. 8 *Konwencji*. Państwo ma prawo kontrolować zachowanie, które wiąże się z wyrządzeniem fizycznej krzywdy niezależnie od tego, czy ma ono miejsce podczas aktów seksualnych, czy też nie. Do państwa należy więc uznanie tego, jaki poziom obrażeń powinien być tolerowany przez prawo w sytuacji, gdy ofiara agresji wyraża na to zgodę. Ingerencja państwa w postaci wyroków karnych w tego rodzaju sytuacjach jest usprawiedliwiona i konieczna w demokratycznym społeczeństwie, w celu ochrony zdrowia²⁴. Trybunał nie zgodził się z tezą, że skarżący sadomasochiści nie powinni być ścigani, bo obrażenia nie były na tyle poważne, aby wymagały pomocy lekarskiej. Władze, zdaniem Trybunału, miały uwzględnić nie tylko osobiste szkody, ale także ryzyko związane z praktykami sadomasochistycznymi, którego nie da się uniknąć. Uznając, iż skazanie za praktyki sadomasochistyczne nie naruszało art. 8 *Konwencji*, Trybunał podkreślił, iż nie było podstaw aby twierdzić, że skazujący sąd był uprzedzony w stosunku do homoseksualistów i sadomasochistów, a do skazania doszło ze względu na ekstremalny charakter praktyk, nie zaś na skłonności seksualne ich uczestników.

W kilku orzeczeniach Trybunał ustosunkował się do problemów transseksualistów na tle odmowy władz dokonania odpowiednich zapisów w metrykach urodzenia uwzględniających stan po operacji zmiany płci. Zdaniem Trybunału odmowa taka jest zgodna z prawem i państwo nie ma obowiązku wprowadzenia takich zmian w dokumentach tożsamości, ko-

seksualnego i nadużyć seksualnych; zob. J. Warylewski, *Z zagadnień karnoprawnej ochrony małoletnich przed wykorzystywaniem seksualnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 2, s. 37.

²⁴ Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 19 lutego 1997 r., RJD 1997 – I; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 26 października 1995 r., skargi nr 21627/93, 21826/93, 21 974/93, w: *Europejski Trybunał...*, s. 667–671.

rzystając z marginesu swobody, który daje mu Konwencja²⁵. Podniósł przy tej okazji, że winna być ona zawsze interpretowana „z uwzględnieniem zmieniających się okoliczności” oraz, że należy „ciągle brać pod uwagę potrzebę stworzenia do tego odpowiednich warunków prawnych”²⁶. Tak więc państwowi należy pozostawić ocenę stopnia, w jakim mogą zaspokoić potrzeby transseksualistów. Zauważając, że jest świadomy wagi problemów tych osób i ich cierpień – Trybunał zwrócił uwagę, że Konwencja zawsze musi być interpretowana i stosowana z uwzględnieniem bieżących okoliczności. Potrzebę istnienia odpowiednich instrumentów prawnych należy więc systematycznie badać, biorąc w szczególności pod uwagę postęp naukowy i zmiany w świadomości społecznej. Odnosząc się do zarzutów skarżącego transseksualisty, że nie może zgodnie z obowiązującym prawem zawrzeć małżeństwa z kobietą, Trybunał stwierdził, że prawo do małżeństwa o jakim mowa w art. 12 Konwencji, odnosi się do tradycyjnego związku między osobami przeciwnej płci biologicznej, co wynika ze sformułowania art. 12, który dotyczy ochrony małżeństwa jako podstawy rodziny. Tak więc w orzeczeniu tym Trybunał stanął na stanowisku, iż rodziną jest jedynie związek osób różnej płci. Stanowisko to podzielił Trybunał w nieco późniejszym orzeczeniu, raz jeszcze podkreślając, że jakkolwiek jest świadomy wagi problemu, jakich doświadczają transseksualiści i ich cierpień, to jednak przywiązanie do tradycyjnej koncepcji małżeństwa jest wystarczającym powodem uznania, w dalszym ciągu, kryterium biologicznego, jako decydującego przy określaniu płci dla celów małżeństwa. Dodał przy tym, że Konwencja musi być interpretowana i stosowana z uwzględnieniem zmieniających się okoliczności, ważne jest więc, aby potrzeba istnienia odpowiednich środków prawnych w tej dziedzinie była pod stałą kontrolą. Trybunał pod-

²⁵ Jedną z pierwszych spraw dotyczących kwestii nowej tożsamości płciowej poperycyjnego transseksualisty była sprawa Van Oostervijck przeciwko Belgii, orzeczenie z 6 listopada 1980 r., A 40; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 1 marca 1979, w: *Europejski Trybunał...*, s. 607–611. Nie dopatrując się naruszenia przepisów Konwencji (art. 8, 12 i 3) Trybunał nie podjął problematyki ochrony praw transseksualisty, zajmując się jedynie kwestiami procesowymi, podkreślając, że zasada wykorzystania krajowych środków nie jest ani absolutna, ani nie może być stosowana automatycznie, a sposób przedstawienia sprawy uniemożliwił wzięcie Konwencji pod uwagę przy jej rozpatrywaniu.

²⁶ Rees przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 17 października 1986 r., A. 106; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 12 grudnia 1984 r., skarga nr 9532/81, w: *Europejski Trybunał...*, s. 619–624.

kreślił, że operacja zmiany płci nie prowadzi do uzyskania biologicznych cech innej płci, zauważając, że w tym zakresie nastąpił pewien rozwój w prawie niektórych państw Rady Europy, odnotowując to stwierdził jednak, że w tym zakresie państwa korzystają z szerokiego marginesu swobody²⁷. Warto odnotować, że wspomniane wyżej dwa orzeczenia dotyczące transseksualistów, zapadły nie jednogłośnie, niewielką większością głosów. Stanowisko Trybunału nie uległo zmianie także w orzeczeniu wydanym dwa lata później w uzasadnieniu, którego stwierdzono, że stosunek do zjawiska transseksualizmu ulega stopniowo zmianie, gdyż rozwija się wiedza na ten temat. Trybunał zauważył jednak, że istnieje mimo wszystko wiele nierozwiązanych kwestii co do istoty transseksualizmu. Skonstatował, że między państwami Rady Europy nie ma dostatecznie szerokiego porozumienia co do sposobów rozwiązania tych problemów, które mogłyby przekonać Trybunał, o konieczności zmiany poglądu wyrażonego w sprawach Rees i Cossey. Według Trybunału pojęcie „poszanowanie” zawarte w art. 8 Konwencji, nie jest jasne, zwłaszcza, gdy dotyczy pozytywnych obowiązków państwa. Badając istnienie takiego obowiązku, należy uwzględnić konieczność właściwego zrównoważenia interesu ogólnego z interesami jednostki. Zdaniem Trybunału odmowa zgody na zmianę zapisów w aktach stanu cywilnego, jest istotna, z punktu widzenia art. 8 Konwencji i dlatego podtrzymując, co do zasady, stanowisko wyrażone w sprawach Rees i Cossey, doszedł do przekonania, że skarżąca znajduje się na co dzień w sytuacji sprzecznej z prawem do poszanowania życia prywatnego, dlatego też, nawet biorąc pod uwagę margines swobody oceny władz każdego państwa, nie została zachowana właściwa proporcja między interesem ogólnym a interesami jednostki. Tym samym większością głosów (piętnaście do sześciu) skonstatowano pogwałcenie art. 8 Konwencji. Trybunał zauważył przy tym, iż istnieje duża różnica w prawie i praktyce między Wielką Brytanią, której dotyczyły poprzednie sprawy i Francją, do której odnosi się obecnie rozpoznawana. Zauważył także, że państwo ma do dyspozycji różne środki, za pomocą których może zmienić istniejący stan rzeczy, nie jest jednak zadaniem Trybunału wskazywać, które z nich są najbardziej właściwe²⁸. Sta-

²⁷ Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 27 września 1990 r., A. 184; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 9 maja 1989 r., skarga nr 10843/84, w: *Europejski Trybunał...*, s. 642–645.

²⁸ B. przeciwko Francji, orzeczenie z 25 marca 1992 r., A. 232–C; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 6 września 1990 r., skarga nr 13343/87, w: *Europejski Trybunał...*, s. 646–649.

nowisko Trybunału nie uległo zmianie także w 1998 r. Rozpoznając sprawę Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii stwierdził on, że prawo do małżeństwa odnosi się „do tradycyjnego małżeństwa między osobami przeciwnej płci biologicznej”. Zdaniem Trybunału art. 12 Konwencji chroni głównie małżeństwo jako podstawę rodziny. Przepis ten wskazuje, że korzystanie z tego prawa jest uregulowane w przepisach krajowych. Ograniczenia na ich podstawie nie mogą – zdaniem Trybunału – wprowadzać restrykcji lub osłabiać tego prawa w sposób i stopniu, naruszającym samą jego istotę. Dodał jednak, że państwa mają obowiązek stałej kontroli potrzeby istnienia odpowiednich środków prawnej ochrony transseksualistów, biorąc pod uwagę zwłaszcza rozwijającą się naukę i przemiany społeczne. Korzystają one z marginesu swobody przy ocenie czy i w jakim stopniu różnice w skądinąd podobnych sytuacjach usprawiedliwiają różne traktowanie pod względem prawnym²⁹. Orzeczenie nie zapadło jednomyślnie. W jednym ze zdań odrębnych podkreślono, że w sferze dotyczącej życia prywatnego transseksualistów, nastąpiły poważne zmiany i coraz częściej państwa Rady Europy wprowadzają przepisy pozwalające na zmiany w aktach urodzenia, które odzwierciedlają w różnej formie, nową tożsamość płciową transseksualistów. Margines swobody państwa, zdaniem składających zdanie odrębne nie może służyć jako argument obrony polityki, która prowadzi nieuchronnie do wkraczania w życie prywatne transseksualistów. Jeden z orzekających sędziów (Van Dijk) podniósł, że każdy ma prawo do życia zgodnie z własnym wyborem bez ingerencji oraz do działania, bycia traktowanym zgodnie z własną tożsamością, która najlepiej koresponduje z jego najgłębszymi uczuciami, pod warunkiem, że czyniąc to nie ingeruje w interes publiczny lub w interesy innych osób.

Trybunał zmienił swoje stanowisko dopiero w 2002 r., stwierdzając, że w XXI w. prawa transseksualistów do osobistego rozwoju oraz bezpieczeństwa fizycznego i moralnego nie mogą być uważane za dyskusyjne. Zdaniem Trybunału sytuacja, w której pooperacyjni transseksualiści pozostają pod względem prawnym w strefie między jedną a drugą płcią nie może być dłużej utrzymywana. Odchodząc od wcześniejszych ustaleń stwierdzono, że korzystanie z prawa do małżeństwa rodzi skutki społeczne, osobiste i prawne. Jest ono poddane przepisom konkretnego państwa,

²⁹ Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 30 lipca 1998 r., RJD 1998 – V; raporty Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 21 stycznia 1997 r., skargi nr 22985/93 i 23390/94, w: *Europejski Trybunał...*, s. 701–707.

ale rygory ich nie mogą ograniczyć lub zredukować prawa do małżeństwa w sposób lub stopniu naruszającym jego istotę. Jakkolwiek małżeństwo odnosi się do prawa mężczyzny i kobiety, to jednak, Trybunał nie był przekonany co do tego, że sformułowanie to wciąż wymaga określenia płci wyłącznie według kryteriów biologicznych. Wręcz przeciwnie, uznał, że czynniki biologiczne nie mogą być już rozstrzygające, gdyż istnieją warunki, aby zbliżyć jednostkę, możliwie najbardziej, do płci z którą się utożsamia. Pozwala to na przyjęcie przez transseksualistę społecznej roli wynikającej ze zmiany płci. Trybunał zwrócił przy tym uwagę, iż art. 9 Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej, odchodzi, niewątpliwie w sposób zamierzony, od sformułowania art. 12 Konwencji, gwarantując prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny, nie powtarzając stwierdzeń art. 12 Konwencji, iż prawo to przysługuje mężczyznom i kobietom w wieku małżeńskim³⁰.

Rozpatrując problem odmowy zarejestrowania transseksualisty po operacji jako ojca dziecka urodzonego przez jego partnerkę w drodze sztucznego zapłodnienia, Trybunał wyraził pogląd, że pojęcie życia rodzinnego, nie ogranicza się do związków opartych na małżeństwie. Istotnymi okolicznościami przy ocenie życia rodzinnego jest długość okresu wspólnego zamieszkania i rodzaj stosunków łączących partnerów. Interes publiczny może przy tym wymagać utrzymywania spójnego systemu prawa rodzinnego stawiającego na pierwszym miejscu interesy dziecka. Zdaniem Trybunału art. 8 nie może być jednak uznany za podstawę nałożenia na państwo obowiązku formalnego uznania za ojca dziecka osoby nie będącej jego ojcem biologicznym. Podkreślił przy tym Trybunał, że transseksualizm rodzi skomplikowane problemy naukowe, prawne, moralne i społeczne, na które nie ma ogólnie przyjętego poglądu w państwach Konwencji. Nie ma także wspólnego standardu europejskiego dotyczącego przyznawania praw rodzicielskich transseksualistom. Nie ustalono również, zdaniem Trybunału, aby istniał powszechnie akceptowany pogląd dotyczący sposobu regulacji prawnej stosunków między dzieckiem poczętym w drodze sztucznego zapłodnienia i osobą pełniącą rolę ojca. Nie ma także odpowiedzi na pytanie czy interesy dziecka w ten sposób poczętego są najlepiej zabezpieczone przez zachowanie anonimowości dawcy spermy, czy też dziecko powinno być uprawnione do poznania toż-

³⁰ Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii, orzeczenie z 11 lipca 2002 r., Wielka Izba, skarga nr 28957/95; *Nowy Europejski Trybunał Praw*, s. 865–871.

samości dawcy. Zdaniem Trybunału społeczność jako całość ma interes w utrzymywaniu spójnego systemu prawa rodzinnego, stawiającego na pierwszym miejscu interes dziecka. Zauważył także, że sytuacja, gdy transseksualista „z kobiety na mężczyznę” mógłby być prawnie uznany za ojca, podczas gdy w innych sytuacjach prawnych pozostawałby nadal kobietą, mającą zdolność poślubienia mężczyzny, prowadziłoby do niespójności prawa. Trybunał większością głosów nie dopatrył się w tej sytuacji ani naruszenia art. 8, ani pogwałcenia art. 14 Konwencji³¹.

Trybunał zajął się także problemem przedłużającego się w niektórych państwach braku regulacji prawnych umożliwiających pełną zmianę płci przez transseksualistę. Rozpoznając sprawę L. przeciwko Litwie, który po urodzeniu został zarejestrowany jako dziewczynka, o wyraźnie żeńskim imieniu, od młodości jednak czuł się chłopcem i gdy dorósł, żył w trwałym związku z kobietą. Zapisał się na Uniwersytet Wileński używając męskiego imienia. Jego wniosek o odpowiednią zmianę imienia w dokumentach został oddalony. Lekarze stwierdzili, że jest transseksualistą zalecili mu kurację hormonalną, jako wstęp do ewentualnej operacji zmiany płci, którą stosował nieoficjalnie wobec braku regulacji prawnych. Po wejściu w życie, w maju 2000 r., nowego kodeksu cywilnego, poddał się operacji usunięcia piersi. Kodeks przewidywał, że dorosła osoba nie pozostająca w związku małżeńskim ma prawo do zmiany płci metodami medycznymi, stanowiąc, że ich warunki i procedurę określi ustawa. Nie została ona jednak uchwalona, aż do momentu wydania orzeczenia przez Trybunał. Jakkolwiek skarżący wybrał sobie nowe imię i nazwisko, które pozwalałyby mu uniknąć ujawnienia płci, to jednak jego dokumenty nie zostały zmienione. Uniemożliwiało mu to starania o pracę, płacenie składek ubezpieczeniowych, uzyskanie pożyczki bankowej, przekraczanie granicy państwa – bez możliwości ujawnienia, że jest płci żeńskiej, chociaż uważał się za mężczyznę i wyglądał jak mężczyzna. Na tle tej sprawy Trybunał stwierdził, że państwo ma obowiązek ochrony przed złym traktowaniem – fizycznym lub psychicznym – niezależnie od tego z czyjej strony traktowanie takie występuje. Jeżeli państwo nie leczy lub leczy w nieodpowiedni sposób naturalną chorobę, za której leczenie odpowiada, naraża się na to, iż naruszy zakazy zawarte w art. 3 Konwencji. Państwo ma także obowiązek zapewnienia poszanowania życia prywatnego,

³¹ X., Y. i Z. przeciwko Wielkiej Brytanii – orzeczenie z 22 kwietnia 1997 r., RJD 1997 – II; raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 27 czerwca 1995 r., skarga nr 21830/93, w: *Europejski Trybunał...*, s. 770–774.

w tym ludzkiej godności i, w pewnym zakresie, jakości życia. W uzasadnieniu orzeczenia, Trybunał podkreślił, że w przeszłości jego składy badały wiele spraw związanych z różnymi problemami transseksualistów, odnotowując w aprobujący sposób, stopniowe wzmacnianie środków podejmowanych przez państwa, będące członkami Konwencji, prowadzących do ochrony i uznania transseksualistów na podstawie art. 8 Konwencji. Trybunał podkreślił, że w tej sferze państwo ma określoną swobodę, ale musi zapewnić uznanie zmiany płci przez transseksualistów, którzy poddali się operacji, m.in. przez zmianę w aktach stanu cywilnego. Trybunał zauważył, że ustawodawstwo litewskie uznało prawo transseksualistów do zmiany nie tylko płci, ale również stanu cywilnego. Nie wydało jednak przepisów, które by umożliwiły przeprowadzenie operacji pełnej zmiany płci, w rezultacie skarżący w tej sprawie w istotnych sytuacjach życia prywatnego traktowany był jak kobieta, którą się nie czuł. Luka prawna, zawiniona przez państwo, uniemożliwiała uznanie prawdziwej tożsamości skarżącego. Zdaniem Trybunału, ograniczenia budżetowe w publicznej służbie zdrowia mogły na początku usprawiedliwiać pewną zwłokę w zapewnieniu transseksualistom przysługujących im praw, ale okres czterech lat, jaki upłynął od wejścia w życie kodeksu cywilnego, był nadmierny. W konkluzji Trybunał stwierdził, że Litwa musi przyjąć przepisy uzupełniające kodeks cywilny, dotyczące zmian płci przez transseksualistów³².

Zauważyć należy, że Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu stopniowo rozszerza zakres pojęcia „życie prywatne” obejmując ochroną coraz więcej sfer życia codziennego, w których mniejszości seksualne napotykają dyskryminację ze strony państw członkowskich Rady Europy. Przy okazji wypracowuje coraz dokładniejsze standardy prawa do ochrony orientacji seksualnych.

Istnienie w Europie obok systemu prawnego Rady Europy, porządku prawnego Unii Europejskiej, nakazuje spojrzeć na problem standardów ochrony orientacji seksualnej także z perspektywy unijnej. Podkreślić należy, że rozwiązania unijne mają w pierwszym rzędzie wymiar gospodarczy, chociaż ostatnio od czasu sformułowania Karty Podstawowych Praw Unii Europejskiej, wyraźnie zmienił się ich charakter. Uznając za podstawową zasadę niedyskryminacji, Europejski Trybunał Sprawiedliwości

³² L. przeciwko Litwie – orzeczenie z 11 września 2007 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 27527/03, w: *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2007*, oprac. M. A. Nowicki, Warszawa 2008, s. 153–154.

w Luksemburgu został dość szybko zmuszony do opowiedzenia się za zasadą równości płci i niedyskryminacją z racji orientacji seksualnej. Przyjęcie tych zasad nie oznaczało jednak uprzywilejowania którejkolwiek z płci, gdyż Trybunał odrzucił tradycyjne przeciwstawienie heteroseksualnej kobiety i heteroseksualnego mężczyzny. Zdaniem Trybunału kobiety i mężczyźni, osoby heteroseksualne, homoseksualne i transseksualne winny być traktowane identycznie.

Zdaniem Trybunału, odmowa pracodawcy przyznania prawa do przejazdów zniżkowych osobie tej samej płci, z którą pracownik pozostaje w stałym związku, w sytuacji gdy tego typu świadczenia przyznawane są współmałżonkowi pracownika bądź osobie płci przeciwnej, z którą pracownik ten pozostaje w stałym związku pozamałżeńskim, nie stanowi dyskryminacji zabronionej przez art. 119 Traktatu i Dyrektywę 75/117 EEC z 10 lutego 1975 r. o zbliżeniu ustawodawstwa państw członkowskich odnoszącego się do stosowania zasady równego wynagradzania kobiet i mężczyzn. Zdaniem Trybunału poszanowanie praw fundamentalnych, które stanowią integralną część ogólnych zasad prawa wspólnotowego, jest warunkiem legalności aktów Wspólnoty. Prawa te jako takie, nie mogą jednak skutkować rozszerzeniem zakresu postanowień Traktatu poza kompetencje Wspólnoty. W opinii Trybunału zasady przyznawania prawa do przejazdów zniżkowych nie mogą być uznane za stanowiące dyskryminację ze względu na płeć, gdyż stosowane są w ten sam sposób wobec pracowników płci męskiej, jak i żeńskiej, a stałe związki między osobami tej samej płci nie są uznawane za odpowiadające związkom małżeńskim lub stałym związkom pozamałżeńskim między osobami płci przeciwnej (Trybunał w Luksemburgu ocenił sytuację w oparciu o stan prawny i faktyczny w 1998 r.)³³.

Wejście w życie Traktatu amsterdamskiego, a w szczególności treść art. 13 tego Traktatu, stworzyło nową jakość w sprawie ochrony orientacji seksualnej. Z treści przywołanego przepisu wynika bowiem, że nie naruszając postanowień tego Traktatu i w granicach kompetencji, które powierza on Wspólnocie (Unii), Rada, jednomyślnie, działając na podstawie propozycji Komisji i po przeprowadzeniu konsultacji z Parlamentem Europejskim, może podjąć niezbędne działania w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, reli-

³³ Sprawa C – 249/96, *Lisa Jaqueline Grant v. South – West Trains Ltd.*, zb. orz. 1998, s. I–621; w: *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, wybór i red. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, Warszawa 2001, s. 92–95.

gię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną³⁴. Przepisy chroniące orientacje homoseksualne wprowadziła uchwalona w oparciu o wspomniany przepis Dyrektywa 2000/78/EC z 27 listopada 2000 r. w sprawie ustanowienia ogólnych ram równego traktowania przy zatrudnieniu i wykonywaniu zawodu. W treści jej zakazano wszelkiej bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji ze względu na wyznawaną religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie: warunków dostępu do zatrudnienia, wykonywania zawodu, awansu zawodowego łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania. Zakaz dyskryminacji obejmuje również osoby spoza Unii. Wspomniana Dyrektywa nakazała państwom członkowskim przyjęcia odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych i to do dnia 2 grudnia 2003 r.³⁵ Warto pamiętać, że w myśl Dyrektywy 2004/38/EC o prawie obywateli Unii i ich rodzin do swobodnego poruszania się i przebywania na terytorium Państw Członkowskich, za członka rodziny uznawani są nie tylko małżonkowie, lecz osoby pozostające w związkach rejestrowanych pod warunkiem, że państwo uważa je za równorzędne z małżeństwem. Ponieważ jednak nie wszystkie państwa europejskie uznają i rejestrują tego rodzaju związki, wspomniany zakaz może stać się źródłem nowej formy dyskryminacji. W Polsce ciągle trwa dyskusja nad potrzebą stworzenia ustawy o związkach partnerskich.

Warto zauważyć, iż mimo wypracowywania standardów ochrony orientacji seksualnej, ciągle odnotowywane są fakty naruszania praw mniejszości seksualnych. Z drugiej jednak strony krzykliwe, często obsceniczne demonstracje niektórych przedstawicieli tych mniejszości, podejmowane w słusznej sprawie, muszą drażnić tradycyjne społeczności wielu miast i miasteczek. Wydaje się, że znacznie łatwiejsze byłoby zdobycie akceptacji przez przedstawicieli tych mniejszości, gdyby zechcieli oni akcentować, tak jak to czynione jest na gruncie Unii Europejskiej, sferę ekonomiczną. Postulaty w tym zakresie, jak się wydaje, mogłyby zyskać dość łatwo zrozumienie i poparcie. Nerwowość działań, ideologizacja sporu, przyczyniają się do zacietrzewienia stron konfliktu. W warunkach polskich niezbędna wydaje się długofalowa, rzeczowa dyskusja, której warunkiem powinno być odejście od kwestii światopoglądowych i zajęcie się problemami gospodarczymi. Wolno jednak przypuszczać, iż pospiesz-

³⁴ I. C. Kamiński, *Unia Europejska. Podstawowe akty prawne*, Warszawa 2004, s. 68.

³⁵ Ustawodawca polski implementował Dyrektywę nowelizując Kodeks pracy ustawą z dnia 14 listopada 2003 r., Dz. U. 2003, Nr 213, poz. 2081.

nie wprowadzane rozwiązania unijne, niekoniecznie znajdą akceptację w odbiorze społecznym.

Summary

It should be noted that although legal standards to protect one's sexual orientation are being developed, the instances of infringement on the rights of sexual minorities continue to occur. On the other hand, the loud, and frequently obscene, demonstrations of some representatives of these minorities, although organized for a good cause, obviously irritate traditional communities of many cities and towns. It seems that it would be much easier for the representatives of such minorities to be accepted if they tended to emphasize economic issues, the way it is done in the European Union. Their claims referring to this sphere seem to be able to win relatively easy support and understanding. In Poland it seems necessary to start a long-term, substantive discussion provided that the outlook on life is left alone and the economic issues are focused upon instead. However, one can assume that a hasty introduction of EU solutions will not necessarily be socially approved.