

Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce

Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka
osób LGBT i stan jego przestrzegania
z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich

BIULETYN RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH 2019, nr 6
Zasada Równego Traktowania. Prawo i praktyka, nr 27

Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich

Redakcja merytoryczna serii *Zasada Równego Traktowania. Prawo i Praktyka*:

dr hab. Adam Bodnar, RPO

Autorzy:

Anna Mazurczak

Marcin Mrowicki

Milena Adamczewska-Stachura

**Kolegium redakcyjne w Zespole do spraw Równego Traktowania
w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich:**

Anna Błaszczak-Banasiak

Magdalena Kuruś

Anna Mikołajczyk

Wydawca:

Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich

al. Solidarności 77, 00-090 Warszawa

www.rpo.gov.pl

Infolinia Obywatelska 800 676 676

Warszawa 2019

ISSN 0860-7958

*Publikacja jest dostępna na licencji Creative Commons: Uznanie autorstwa
-Na tych samych warunkach 3.0 Polska (CC BY-SA).*

Stan prawny na 30 listopada 2019 r.

Spis treści

1.	Wprowadzenie	5
2.	Ochrona przed dyskryminacją	8
2.1.	Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo	8
2.2.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	9
2.3.	Wnioski i rekomendacje	14
3.	Prawo do życia, bezpieczeństwo, ochrona przed przemocą (przestępstwa motywowane uprzedzeniami i mowa nienawiści)	16
3.1.	Przestępstwa motywowane uprzedzeniami w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie	16
3.2.	Mowa nienawiści w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie	21
3.3.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	24
3.4.	Wnioski i rekomendacje	31
4.	Wolność stowarzyszania	34
4.1.	Wolność stowarzyszania w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie.....	34
4.2.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	38
4.3.	Wnioski i rekomendacje	39
5.	Wolność wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się	41
5.1.	Wolność wyrażania opinii w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie	41
5.2.	Wolność zgromadzeń w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie.....	43
5.3.	Obowiązek zabezpieczenia realizacji wolności wyrażania opinii i wolności zgromadzeń.....	45
5.4.	Dopuszczalne ograniczenia wolności wyrażania opinii i wolności zgromadzeń.....	47
5.5.	Wolność wyrażania opinii w orzecznictwie krajowym	49
5.6.	Wolność zgromadzeń w orzecznictwie krajowym	51
5.7.	Wnioski i rekomendacje	55
6.	Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego	57
6.1.	Procedura uzgodnienia płci w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie.....	57
6.2.	Procedura uzgodnienia płci w praktyce sądów krajowych i organów administracji	60
6.3.	Związki partnerskie i małżeńskie w orzecznictwie międzynarodowym	66
6.4.	Związki partnerskie i małżeńskie zawierane za granicą	69
6.5.	Rodzicielstwo par tej samej płci i osób transpłciowych – orzecznictwo międzynarodowe.....	74
6.6.	Rodzicielstwo par tej samej płci w orzecznictwie krajowym	76
6.7.	Rodzicielstwo osób transpłciowych w orzecznictwie krajowym.....	81
6.8.	Wnioski i rekomendacje	83
7.	Prawo do pracy	87
7.1.	Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo	87
7.2.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	90
7.3.	Wnioski i rekomendacje	92
8.	Prawo do edukacji	94
8.1.	Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo	94
8.2.	Ochrona przed dyskryminacją w obszarze edukacji - przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	96
8.3.	Wnioski i rekomendacje	99
9.	Prawo do ochrony zdrowia	100

9.1.	Ochrona zdrowia osób homoseksualnych – przepisy prawa międzynarodowego	100
9.2.	Ochrona zdrowia osób transpłciowych – orzecznictwo międzynarodowe	102
9.3.	Ochrona zdrowia osób interpłciowych – przepisy prawa międzynarodowego	103
9.4.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	104
9.5.	Wnioski i rekomendacje	107
10.	Prawo do mieszkania i prawo własności	110
10.1.	Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo	110
10.2.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	111
10.3.	Wnioski i rekomendacje	112
11.	Prawo do ubiegania się o azyl.....	114
11.1.	Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo	114
11.2.	Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo.....	119
11.3.	Wnioski i rekomendacje	120

1. Wprowadzenie

Polska zajmuje obecnie 39 miejsce na 49 państw w przygotowywanym co roku, z okazji Międzynarodowego Dnia Walki z Homofobią, Bifobią i Transfobią przez organizację ILGA Europe, przeglądzie stanu ochrony prawnej zapewnianej osobom LGBT (lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transpłciowym) w państwach europejskich¹. Jest to przedostatnie miejsce wśród wszystkich państw Unii Europejskiej.

Najwyżej oceniony jest stan przestrzegania wolności stowarzyszania – od lat najgorzej ocenionym obszarem ochrony prawnej jest natomiast ochrona przed przestępstwami z nienawiści, prawo do poszanowania życia rodzinnego oraz ochrona przed dyskryminacją.

Pomimo tego, że standard ochrony prawnej osób LGBT nie zmienia się w przepisach prawa krajowego od lat, w orzecznictwie krajowym można zaobserwować powolny postęp spowodowany uwzględnianiem przez sądy przepisów prawa międzynarodowego i orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Trudno nie odnieść wrażenia, że jest to konsekwencją nie tylko zwiększania wiedzy sądów na temat stosowania prawa i orzecznictwa międzynarodowego, ale także zmniejszającego się do niedawna dystansu społecznego względem osób homoseksualnych, biseksualnych i transpłciowych².

Rola niezależnych sądów w gwarantowaniu prawnej ochrony osobom LGBT w Polsce stała się szczególnie doniosła w obliczu eskalacji uprzedzeń wobec tej grupy społecznej w roku 2019. Jak wynika z badań przeprowadzonych przez CBOS w lipcu 2019 r., akceptacja społeczna dla osób nieheteronormatywnych zmalała w stosunku do roku 2017, pomimo że wcześniej sukcesywnie rosła³. Ma to niewątpliwy związek z opresją słowną, która spotyka w ostatnim czasie osoby LGBT w debacie publicznej, co podkreślono też w raporcie przedstawiającym ww. badanie⁴. Stereotypy powielane i potęgowane przez niektórych polityków i przedstawicieli mediów, niejednokrotnie w formie wypowiedzi noszących znamiona mowy nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, znajdują odzwierciedlenie nie tylko w społecznych nastrojach, ale w realnym ograniczaniu i naruszaniu praw osób LGBT, w tym przez organy władzy publicznej.

Wobec takiego kontekstu społeczno-politycznego, spokojna rozmowa o sytuacji prawnej osób LGBT w Polsce jest niewątpliwie trudna. Raport ten jest jednak wyrazem próby sprostania temu wyzwaniu i koncentruje się na kwestiach prawnych – prawach i wolnościach najistotniejszych z punktu widzenia

¹ Wyniki przeglądu dostępne na stronie internetowej ILGA Europe: <https://rainbow-europe.org/#8653/0/0> (dostęp: 22.08.2019).

² W badaniu „Równe traktowanie standardem dobrego rządzenia. Raport z badań sondażowych” z 2011 r. na pytanie: Czy czułaby się Pani/czułby się Pan komfortowo, gdyby gej został Pana/Pani sąsiadem, 56% ankietowanych odpowiedziało twierdząco; w badaniu „Świadomość prawna w kontekście równego traktowania” przeprowadzonym na zlecenie Rzecznika Praw Obywatelskich w 2018 r., 61% ankietowanych odpowiedziało twierdząco.

³ Komunikat z badań Centrum Badania Opinii Społecznej, „Stosunek Polaków do związków homoseksualnych”, nr 90/2019, lipiec 2019.

⁴ Ibidem, str. 1.

Rzecznika Praw Obywatelskich w kontekście ochrony praw osób LGBT oraz na obowiązujących przepisach i ocenie ich funkcjonowania, na podstawie przykładów z orzecznictwa sądowego. Struktura raportu opiera się o w dużej mierze o **zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 31 marca 2010 r. w sprawie środków zwalczania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową**⁵. Jednak orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z ostatnich lat znacznie podniosło standard ochrony wyrażony w zaleceniu z 2010 r. – z tego powodu ramy raportu zostały nieco rozszerzone w stosunku do treści zalecenia. Przykładowo, raport odnosi się do nałożonego przez orzecznictwo Trybunału obowiązku państw członkowskich stworzenia ram prawnych dla funkcjonowania związków osób tej samej płci czy zawiera zalecenia odnoszące się do ochrony przed dyskryminacją także w innych obszarach niż te wskazane w zaleceniu.

Na każdy rozdział składa się opis międzynarodowego standardu ochrony poszczególnych praw człowieka – przepisy prawa międzynarodowego, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także zalecenia i rekomendacje – oraz ocena stanu jego przestrzegania z uwzględnieniem przepisów prawa krajowego i orzecznictwa. W raporcie pod uwagę wzięto przede wszystkim wyroki i postanowienia sądów oraz decyzje administracyjne w sprawach, w które zaangażowany był Rzecznik Praw Obywatelskich. Raport niejednokrotnie zawiera także odniesienia do spraw prowadzonych przez organizacje pozarządowe.

Ponieważ raport koncentruje się na kwestiach prawnych, nie skupiono się w nim na międzynarodowych standardach – ani stanie ich przestrzegania w Polsce – dotyczących uwzględniania specyficznej sytuacji osób LGBT w krajowych politykach i programach. Przykładowo, w celu zapewnienia realizacji prawa do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego, Parlament Europejski wezwał do uwzględnienia obaw i szczególnych problemów zdrowotnych osób LGBTI w ramach odpowiednich krajowych planów i polityk zdrowotnych⁶. Jak pokazują analizy tego typu programów dokonane przez organizacje pozarządowe, specyfika problemów osób LGBT nie znajduje w nich odzwierciedlenia⁷. Uwzględnienie specyficznych problemów osób LGB w programach i politykach zdrowotnych, w szczególności uwzględnienie większej liczby prób samobójczych i samobójstw osób nieheteroseksualnych przy tworzeniu poradnictwa i programów dotyczących zapobiegania samobójstwom dzieci i młodzieży, zalecał wobec tego Rzecznik Praw Obywatelskich, m.in. w raporcie „Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej”⁸. W związku z nieuwzględnianiem sytuacji osób LGBT w krajowych programach i politykach odnoszących

⁵ Zalecenie CM/Rec(2010)5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej; przyjęte przez Komitet Ministrów dnia 31 marca 2010 r. na 1081 posiedzeniu Zastępców Ministrów, dostępne w wersji elektronicznej na stronie: <https://www.coe.int/en/web/sogi/rec-2010-5> (dostęp: 22.03.2019).

⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, lit. E.

⁷ Por. „Zdrowie LGBT. Przewodnik dla kadry medycznej” pod red. dr. Roberta Kowalczyka, Marcina Rodzinki i dr. hab. Marka Krzystanka, Kampania Przeciw Homofobii, Warszawa 2016.

⁸ „Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej”, raport z serii Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka nr 14, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich, nr 7, Warszawa 2014.

się także do innych obszarów życia społecznego, dokonywanie tego rodzaju analizy w niniejszym raporcie wydaje się bezprzedmiotowe.

Poniższy raport ma więc na celu przedstawienie analizy sytuacji prawnej osób LGBT w Polsce – zarówno przepisów prawa, jak i praktyki jego stosowania przez sądy i organy administracji publicznej. Zestawienie tego obrazu polskiej rzeczywistości prawnej ze standardami międzynarodowymi w poszczególnych obszarach pozwoliło natomiast na wyciągnięcie wniosków o stopniu realizacji międzynarodowych zobowiązań i zaleceń. Sformułowane na ich podstawie rekomendacje Rzecznika Praw Obywatelskich wskazują na najbardziej alarmujące problemy prawne wymagające interwencji ustawodawcy, a tym samym mogą stanowić wytyczne dla działań, których podjęcie wydaje się niezbędne dla zapewnienia pełnej realizacji praw człowieka osób LGBT w Polsce.

W celu dokonania całościowej oceny faktycznej realizacji praw człowieka osób LGBT w Polsce, kontekst społeczny niewątpliwie nie pozostaje jednak bez znaczenia. Lekturę poniższego raportu można więc uzupełnić o analizy wyników badań socjologicznych, w tym tych regularnie zlecanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich i publikowanych – wraz z komentarzem prawnym, wnioskami i zaleceniami – w raportach z serii „Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka”⁹.

⁹ Do tej pory ukazały się raporty dot. równego traktowania pacjentów nieheteroseksualnych, przestępstw motywowanych uprzedzeniami, m.in. względem osób homoseksualnych, a także równego traktowania w zatrudnieniu bez względu na tożsamość płciową. Wszystkie raporty z serii „Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka” dostępne są w wersji elektronicznej na stronie internetowej: <https://www.rpo.gov.pl/pl/kategoria-prawna-i-organizacyjna/zasada-r%C3%B3wnego-traktowania-raporty-rpo-prawo-i-praktyka>.

2. Ochrona przed dyskryminacją

2.1. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo

Zasada niedyskryminacji, obejmująca zarówno zakaz dyskryminacji, zasadę równości jak i obowiązek równego traktowania, stanowi jeden z fundamentów międzynarodowego systemu praw człowieka i wyrażona została w wielu aktach prawa międzynarodowego, w tym w ratyfikowanych przez Polskę umowach międzynarodowych, które na gruncie Konstytucji RP są elementem polskiego porządku prawnego. Od przyjęcia w 1948 r. Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, której art. 2 wskazuje na równe traktowanie w zakresie dostępu do praw w niej zawartych, międzynarodowe standardy ochrony przed dyskryminacją były sukcesywnie rozwijane. W ramach systemu Organizacji Narodów Zjednoczonych, a także na regionalnym poziomie Rady Europy i Unii Europejskiej, zarówno poprzez uchwalanie nowych aktów prawnych, jak i poprzez ich interpretacje w orzecznictwie i rekomendacjach organów eksperckich.

Zasadę niedyskryminacji gwarantują więc paktu praw Organizacji Narodów Zjednoczonych – art. 2 ust. 1 oraz art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰ oraz art. 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych¹¹. Formułuje ją – jako zakaz dyskryminacji – art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹², a także szereg innych konwencji o bardziej szczegółowym charakterze. Zasada równości została również wyrażona w art. 20 – 26 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz w art. 10 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

Nie każdy ze wskazanych powyżej przepisów wymienia wprost orientację seksualną jako jedną z zabronionych przesłanek dyskryminacyjnych, czego przyczyny należy upatrywać w niskim poziomie ochrony i niewielkiej świadomości społecznej na temat praw osób LGBT w momencie ich uchwalenia. Wszystkie ustanawiają jednak otwarty katalog cech prawnie chronionych, wskazując, jak np. art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, że „korzystanie z praw i wolności wymienionych w 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”. Ponadto, zgodnie z przyjętą w doktrynie teorią „żywego instrumentu”¹³, konwencje składające się na międzynarodowy system praw człowieka, powinny być interpretowane w sposób elastyczny, przez pryzmat zmieniającej się sytuacji społecznej, aby zawarte w nich prawa nie stały się iluzorycznymi. Z tego względu, nie ulega wątpliwości, że zarówno międzynarodowe paktu praw ONZ, jak i Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych

¹⁰ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

¹¹ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169.

¹² Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, dalej jako: Konwencja.

¹³ Zob. Dominic McGoldrick, “The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law”, *Human Rights Law Review*, 2016, 16, str. 616-617.

wolności, obejmują swoim zakresem zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, na co wskazują też rekomendacje i zalecenia Komitetu Praw Człowieka ONZ¹⁴ oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu¹⁵.

Co do zasady, zakaz dyskryminacji występuje w przepisach prawa międzynarodowego jako przepis subsydiarny, a zatem jego naruszenie może być rozpatrywane tylko w odniesieniu do innego prawa zagwarantowanego przez dany akt. Wyjątek w tym zakresie stanowią art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁶, które ustanawiają generalny zakaz dyskryminacji w prawie i praktyce jego stosowania, w jakimkolwiek obszarze regulowanym przez władze publiczne. Chociaż tak szerokie regulacje są niewątpliwie istotne dla fundamentów prawnych zasady niedyskryminacji, w praktyce dochodzenia ochrony prawnej dominujące znaczenie mają przepisy szczegółowe, na przykład dyrektywy unijne. Te ostatnie, w obecnym stanie prawnym zakazują jednak dyskryminacji ze względu na orientację seksualną wyłącznie w obszarze zatrudnienia¹⁷, a ze względu na płeć – a więc także tożsamość płciową – wyłącznie w zakresie zatrudnienia, warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego¹⁸ i dostępu do usług¹⁹.

2.2. Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Zakaz dyskryminacji wyrażony został przede wszystkim w art. 32 ust. 2 Konstytucji, zgodnie z którym, nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

Pomimo tak szerokiego zakazu dyskryminacji wyrażonego w Konstytucji, środki ochrony prawnej przed dyskryminacją są ograniczone. Realizacja obowiązków państwa wynikających z art. 32 ust. 2 Konstytucji przybiera różną postać w polskim porządku prawnym i jest rozproszona w wielu aktach normatywnych rangi ustawowej.

Ochronę przed dyskryminacją zapewniać ma m.in. ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania²⁰. Jednak już w trakcie prac

¹⁴ Komentarz Ogólny nr 31 Komitetu Praw Człowieka ONZ “The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant” 29 March 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13; Opinia Komitetu Praw Człowieka ONZ w sprawie Toonen p. Australii, zawiadomienie nr No. 488/1992.

¹⁵ Wyrok ETPC z 30.11.2010 r. P. i V. p. Hiszpanii, skarga nr 35159/09, § 30.

¹⁶ Polska nie ratyfikowała Protokołu nr 12.

¹⁷ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. WE L 303 z 02.12.2000, str. 16; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 79).

¹⁸ Dyrektywa Rady 86/613/EWG z dnia 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 19.12.1986, str. 56; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, str. 330), dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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 26.07.2006, str. 23, dalej jako: dyrektywa 2006/54).

¹⁹ Dyrektywa Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej 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 21.12.2004, str. 37, dalej jako: dyrektywa 2004/113).

²⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 1219; dalej jako: „ustawa o równym traktowaniu”.

legislacyjnych ustawa ta budziła istotne kontrowersje, a szereg uwag do projektu zgłaszały wówczas zarówno organizacje pozarządowe, jak i Rzecznik Praw Obywatelskich²¹. Podstawowym zarzutem kierowanym pod adresem ustawy jest zróżnicowanie sytuacji prawnej ofiar nierównego traktowania ze względu na ich cechę osobistą będącą jednocześnie przesłanką dyskryminacji. Ustawa o równym traktowaniu najszerszą ochronę przyznaje bowiem osobom traktowanym nierówno ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość, najslabiej chroni zaś ofiary dyskryminacji ze względu na religię, wyznanie, światopogląd, wiek, niepełnosprawność i orientację seksualną. Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną obejmuje wyłącznie obszar zatrudnienia, zakaz dyskryminacji ze względu na płeć – a więc także tożsamość płciową – obejmuje wyłącznie obszar zatrudnienia, warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego i dostępu do usług.

W ocenie Rzecznika, ustawa o równym traktowaniu, w zakresie, w jakim wprowadza zamknięty katalog przesłanek dyskryminacyjnych oraz uzależnia zakres ochrony od cechy osobistej pokrzywdzonego, jest niekonstytucyjna²². Jako nierówne traktowanie ustawa określa dyskryminację bezpośrednią²³, dyskryminację pośrednią²⁴, molestowanie²⁵, molestowanie seksualne²⁶, a także mniej korzystne traktowanie osoby fizycznej wynikające z odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego lub podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu, oraz zachęcanie do takich zachowań i nakazywanie tych zachowań (art. 3 ustawy).

Każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania (art. 13 ust. 1 ustawy). Odszkodowanie to należy rozumieć nie tylko jako naprawienie szkody majątkowej, ale także krzywdy spowodowanej dyskryminacją. Przepisy ustawy, jako przepisy stanowiące

²¹ Zob. min. uzasadnienie do projektu ustawy: Sejm RP VI kadencji, nr druku 3386.

²² 31 marca 2016 r. Rzecznik skierował do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją RP niektórych przepisów ustawy o równym traktowaniu (sygn. akt K 17/16). Wniosek został jednak przez Rzecznika wycofany, a postępowanie umorzone. Niezależnie od powyższego, Rzecznik podtrzymuje pogląd o niekonstytucyjności tych regulacji, czemu dał wyraz m.in. w wystąpieniu generalnym do Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania z 31 lipca 2019 r.

²³ Według art.3 pkt. 1 ustawy o równym traktowaniu za dyskryminację bezpośrednią należy rozumieć sytuację, w której osoba fizyczna ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną jest traktowana mniej korzystnie niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba w porównywalnej sytuacji.

²⁴ Według art.3 pkt. 2 ustawy o równym traktowaniu za dyskryminację pośrednią należy rozumieć sytuację, w której dla osoby fizycznej ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na skutek pozornie neutralnego postanowienia, zastosowanego kryterium lub podjętego działania występują lub mogłyby wystąpić niekorzystne dysproporcje lub szczególnie niekorzystna dla niej sytuacja, chyba że postanowienie, kryterium lub działanie jest obiektywnie uzasadnione ze względu na zgodny z prawem cel, który ma być osiągnięty, a środki służące osiągnięciu tego celu są właściwe i konieczne.

²⁵ Według art.3 pkt. 3 ustawy o równym traktowaniu za molestowanie należy rozumieć każde niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby fizycznej i stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery.

²⁶ Według art.3 pkt. 4 ustawy o równym traktowaniu za molestowanie seksualne należy rozumieć każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej lub odnoszące się do płci, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności tej osoby, w szczególności przez stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery; na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy.

transpozycję dyrektyw unijnych, należy bowiem interpretować zgodnie z brzmieniem i celem tych dyrektyw – odszkodowanie ma zapewnić rzeczywistą i skuteczną rekompensatę, a dyskryminacja wywołuje nie tyle szkodę o charakterze majątkowym, ale przede wszystkim krzywdę. Charakter odszkodowania jest jednak różnie interpretowany przez sądy powszechne – zdaniem Sądu Okręgowego w Warszawie²⁷ odszkodowanie z art. 13 ust. 1 ustawy „nie podlega rozróżnieniu na naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej (krzywdy)”, zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie²⁸ – „z uwagi na brak takiego wyraźnego zastrzeżenia w przepisach ustawy antidyskryminacyjnej, możliwość żądania zadośćuczynienia z tytułu naruszenia przewidzianego w niej zakazu nierównego traktowania wydaje się być wyłączona”, zdaniem Sądu Apelacyjnego w Gdańsku²⁹ odszkodowanie z art. 13 ust 1 ustawy „obejmuje także zadośćuczynienie za krzywdę, a więc szkodę niemajątkową”. Po ponad ośmiu latach od wejścia w życie przepisów ustawy o równym traktowaniu zapadło jedynie kilka prawomocnych wyroków w sprawach, których podstawę roszczeń stanowił przepis art. 13 tej ustawy. Dwie ze znanych Rzecznikowi spraw rozstrzygniętych na podstawie ustawy o równym traktowaniu dotyczyły dyskryminacji ze względu na orientację seksualną wobec osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej, jedna dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową w zatrudnieniu niepracowniczym. Wszystkie trzy zostały omówione w rozdziale na temat zatrudnienia.

Ze względu na ograniczony zakres zastosowania ustawy o równym traktowaniu i jej mankamenty osoby doświadczające dyskryminacji zmuszone są stosować inne środki ochrony. W sprawach dyskryminacyjnych znajdują niekiedy zastosowanie przepisy o ochronie dóbr osobistych w trybie ustawy z dnia 24 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny³⁰. W sprawach dyskryminacji w obszarze opieki zdrowotnej, dodatkowo zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, szerzej omówione w rozdziale poświęconym opiece zdrowotnej³¹.

Pozew skierowany do sądu powszechnego o ochronę dóbr osobistych w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego jest jednak o wiele mniej korzystny dla osoby poszkodowanej dyskryminacją, niż żądanie odszkodowania na podstawie ustawy o równym traktowaniu. W sprawie opartej o przepisy ustawy o równym traktowaniu poszkodowany byłby zobowiązany jedynie do uprawdopodobnienia – a nie do udowodnienia – że doszło do nierównego traktowania. W sprawie, w której poszkodowany powództwo wytoczył w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego, zobowiązany jest do udowodnienia – a nie tylko do uprawdopodobnienia – naruszenia zasady równego traktowania, doznanej krzywdy, jej rozmiaru i związku przyczynowego między nimi, a także winy sprawcy naruszenia. Sytuacja procesowa poszkodowanego, wobec którego naruszono zasadę równego traktowania i który korzysta z ochrony przewidzianej w Kodeksie cywilnym w przypadku naruszenia dóbr osobistych, jest zatem o wiele mniej korzystna niż sytuacja poszkodowanego poszukującego ochrony na podstawie ustawy o równym

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt V Ca 3611/14, LEX nr 2147965.

²⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1522/15, LEX nr 2149609.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 14 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACa 187/17 (niepubl.).

³⁰ Dz.U. z 2019 r., poz. 1145, t.j. dalej jako: Kodeks cywilny.

³¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 1318. Problemy pojawiające się w związku z praktyką stosowania tej ustawy omówiono w rozdziale poświęconym opiece zdrowotnej.

traktowaniu. Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę nie jest ponadto należne zawsze wtedy, kiedy sąd stwierdzi, że doszło do naruszenia dóbr osobistych – sąd może, ale nie musi go zasądzać. Tymczasem odszkodowanie z ustawy o równym traktowaniu jest należne zawsze wtedy, kiedy sąd stwierdzi, że doszło do nierównego traktowania. Korzystniejsza sytuacja procesowa osoby doświadczającej dyskryminacji objętej zakresem zastosowania ustawy o równym traktowaniu stanowi więc – na gruncie litery prawa – właściwe zapewnienie rzeczywistej równości stron i sprawiedliwości proceduralnej. Praktyka stosowania kształtujących tę sytuację procesową przepisów rodzi już jednak istotne problemy, wskazujące na nieskuteczność sankcji i ochrony, którą przewidują.

Do 4 lipca 2019 r. w sprawach dyskryminacji w obszarze dostępu do usług zastosowanie znajdowały także przepisy ustawy Kodeks wykroczeń.

Przykład z orzecznictwa

Jedna z fundacji działających na rzecz praw osób LGBT zamówiła w drukarni wydruk materiałów reklamowych z tęczowym logo fundacji i jej nazwą. Drukarz odmówił wykonania usługi, uzasadniając odmowę niechęcią do przyczyniania się do „promocji ruchów LGBT” pracą firmy. Rzecznik przekazał sprawę do Komendanta Miejskiego Policji w Łodzi, który skierował wniosek o ukaranie w sprawie umyślnego, bez uzasadnionej przyczyny, odmówienia świadczenia usługi, tj. popełnienia wykroczenia z art. 138 k.w. W ocenie Rzecznika, odmowa wykonania publicznie oferowanej usługi wyłącznie ze względu na związek treści zamawianych materiałów reklamowych z organizacjami działającymi na rzecz praw osób LGBT stanowi naruszający godność przejaw dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w obszarze dostępu do usług. W dniu 31 marca 2017 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi-Widzewa³² uznał, że przedsiębiorca jest winny popełnienia tego wykroczenia i wskazał, że jego przekonania nie uzasadniają odmowy wykonania usługi. Sąd odstąpił od wymierzenia kary.

Od wyroku apelację wniósł obwiniony drukarz. Sąd Okręgowy w Łodzi³³ utrzymał w mocy wyrok sądu rejonowego. W jego ocenie, „indywidualny światopogląd czy subiektywne rozumienie wyznawanej religii nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny odmowy świadczenia w rozumieniu art. 138 Kodeksu wykroczeń” (...). *Oddanie prawa poszczególnym ludziom do kierowania się w przestrzeni publicznej czy też w obrocie gospodarczym swoim subiektywnym rozumieniem wyznawanej religii nie może być przez państwo akceptowane i usprawiedliwiane*”.

Od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi kasację wniósł Prokurator Generalny. Sąd Najwyższy oddalił kasację³⁴ potwierdzając znaczenie art. 138 k.w. jako przepisu antydyskryminacyjnego. Sąd Najwyższy wskazał, że w pakiecie ustaw regulujących działalność gospodarczą nie przewidziano możliwości powoływania się na klauzulę sumienia. Uzasadnioną przyczyną odmowy świadczenia usługi w niektórych przypadkach mogą być przekonania religijne usługodawcy, o ile pozostają one w oczywistej sprzeczności z cechami i charakterem

³² Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z dnia 31 marca 2017 r., sygn. akt VII W 1640/16 (niepubl.).

³³ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 26 maja 2017 r., sygn. akt V Ka 557/17 (LEX nr 2301814).

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 czerwca 2018 r., sygn. II KK 333/17 (LEX nr 2521644).

usługi. Przykładowo, za uzasadnioną Sąd Najwyższy uznał odmowę przez katolika wydruku reklamy propagującej treści oczywiście sprzeczne z zasadami jego wiary. Działanie pracownika drukarni było jednak odtwórcze, wiązało się z wykonywaniem czynności technicznych, treść projektu wydruku sprowadzała się do tęczowego logo i nazwy organizacji. Zamawiająca wydruk Fundacja działa na rzecz wprowadzenia zasady równego traktowania osób LGBT w miejscu pracy – cele fundacji są zatem zdaniem Sądu Najwyższego spójne z wyrażonymi w Katechizmie Kościoła Katolickiego nakazami traktowania osób homoseksualnych przez członków wspólnoty katolickiej z szacunkiem, współczuciem i delikatnością, przy unikaniu wobec nich jakichkolwiek oznak niesłusznej dyskryminacji.

Pomimo, że w omówionym powyżej orzeczeniu Sąd Najwyższy wyraźnie podkreślił antydyskryminacyjną rolę art. 138 Kodeksu wykroczeń, Prokurator Generalny wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o uznanie go za niezgodny z Konstytucją podnosząc, że jest on nadmiernie represyjny oraz stanowi nieuzasadnioną ingerencję w sferę wolności jednostki.

W ocenie Trybunału zarzut ten okazał się słuszny. W wyroku z dnia 26 czerwca 2019 r.³⁵, Trybunał stwierdził, że art. 138 k.w., w części, w jakiej penalizuje odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP. Do zakończonego tym wyrokiem postępowania przyłączył się Rzecznik Praw Obywatelskich³⁶, wnosząc o uznanie art. 138 k.w. za zgodny z Konstytucją oraz argumentując jego szczególną antydyskryminacyjną funkcję. W opinii Rzecznika, derogacja z polskiego porządku prawnego art. 138 k.w., w części w jakiej penalizowała on odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, niesie za sobą szereg negatywnych konsekwencji dla realizacji zasady równego traktowania w Polsce – zarówno pod względem znacznego ograniczenia skuteczności systemu prawnej ochrony przed dyskryminacją, jak i społecznego znaczenia tej zmiany. W związku z eskalacją funkcjonujących w społeczeństwie uprzedzeń i nienawiści wobec osób LGBT w 2019 r., powyższe mankamenty systemu prawnej ochrony przed dyskryminacją mogą dotyczyć tę grupę w sposób szczególny. Luka prawna, zwiększona poprzez częściowe uchylenie art. 138 Kodeksu wykroczeń, może być bowiem błędnie odczytywana przez środowiska wrogo nastawione do osób nieheteronormatywnych jako prawne przyzwolenie na dyskryminację. Wymownym przykładem tego błędnego podejścia było m.in. dołączenie do jednego z tygodników naklejek przedstawiających przekreślone koło wypełnione tęczowymi paskami, opatrzone napisem „Strefa wolna od ideologii LGBT”³⁷, wprost nawołującym do dyskryminacji i wykluczenia osób nieheteronormatywnych.

Podczas gdy wykorzystywanie niedoskonałości systemu prawnej ochrony osób LGBT przed dyskryminacją przez prywatnych usługodawców lub inne podmioty prywatne budzi sprzeciw i stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania, za szczególnie niebezpieczne i rodzące jeszcze więcej obaw należy uznać naruszanie art. 32 ust. 2 Konstytucji przez organy władzy publicznej.

³⁵ Sygn. akt K 16/17; Dz. U. z 2019 r. poz. 1238

³⁶ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w postępowaniu o sygn. akt K 16/17, z dnia 29 marca 2018 r.

³⁷ Gazeta Polska z dnia 24 lipca 2019. Slogan na naklejkach brzmiał pierwotnie „Strefa wolna od LGBT”, wydawca w ostatnim momencie zdecydował się na jego zmianę. naklejki do oznaczenia miejsc świadczenia przez nich usług jako „stref wolnych od ideologii LGBT”.

Przykład z praktyki

Na przestrzeni ostatnich miesięcy – od marca 2019 r. – ponad 50 organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego przyjęło uchwały wyrażające sprzeciw wobec tzw. „ideologii LGBT”. Powodem ich przyjęcia wydaje się być eskalacja uprzedzeń wobec osób LGBT, zastrzeżenie języka debaty publicznej w stosunku do tej grupy społecznej, a także powielanie w przestrzeni społecznej nieprawdziwych teorii wiążących homoseksualność z pedofilią i uznających równe traktowanie osób LGBT jako demoralizację dzieci i zagrożenie dla wartości rodziny. Te oparte na uprzedzeniach i stereotypach poglądy znalazły wyraz we wskazanych uchwałach organów j.s.t, co nie mogło pozostać bez interwencji Rzecznika Praw Obywatelskich. Niezależnie bowiem od przyjętej tytułatury (większość uchwał przyjęto w formie „stanowiska” lub „deklaracji”), każda aktywność organu stanowiącego jako organu kolegialnego przyjmuje formę uchwały, a każdy akt organu władzy publicznej musi być podejmowany na podstawie i w granicach prawa. W opinii Rzecznika, sformułowanej m.in. na podstawie przygotowanej na jego zlecenie ekspertyzy prawnej³⁸, uchwały te jednoznacznie godzą w wolności i prawa jednostki, naruszają zakaz dyskryminacji wynikający z art. 32 Konstytucji RP, a także nie spełniają kryteriów legalności, wykraczając poza zakres zadań własnych poszczególnych jednostek samorządu terytorialnego. Z tego względu Rzecznik przygotowuje się do zaskarżenia ww. uchwał na drodze sądowo-administracyjnej. Swoją sprzeciw co do takich działań organów władzy publicznej Rzecznik wyraził także w oficjalnym stanowisku³⁹.

2.3. Wnioski i rekomendacje

Na mocy Konstytucji RP oraz obowiązujących w Polsce przepisów prawa międzynarodowego dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową jest jednoznacznie zakazana. Faktyczna ochrona prawna przed tego rodzaju dyskryminacją uzależniona jest jednak od brzmienia przepisów szczegółowych, których funkcję pełni w polskim systemie prawnym przede wszystkim ustawa o równym traktowaniu. Zakres gwarantowanej przez nią ochrony jest natomiast niewystarczający w odniesieniu do osób LGBT, a chociaż ustawa wdraża przepisy antydyskryminacyjne wyznaczone przez dyrektywy UE, należy stwierdzić, że pozostaje w sprzeczności z międzynarodowymi standardami w zakresie równej ochrony prawnej przysługującej ofiarom dyskryminacji. Ochrona przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną jest ograniczona w obszarze dostępu do usług, edukacji czy zdrowia. W szczególności, uniemożliwienie dochodzenia odszkodowania z art. 13 ust. 1 ustawy o równym traktowaniu w obszarach innych niż zatrudnienie, podczas gdy taką możliwość ustawa przewiduje m.in. dla osób doświadczających dyskryminacji ze względu na rasę, narodowość lub pochodzenie etniczne, budzi zastrzeżenia w odniesieniu do szerokiego zakazu dyskryminacji wyrażonego w Konstytucji. Wydaje się, że niewyrażenie w ustawie wprost

³⁸ Dawid Sześciło, Opinia w sprawie dopuszczalności zaskarżenia przez Rzecznika Praw Obywatelskich uchwał rad niektórych jednostek samorządu terytorialnego w sprawie „powstrzymywania ideologii LGBT”, 6 sierpnia 2019 r.

³⁹ Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich wobec przyjmowania przez organy władzy publicznej deklaracji „przeciw ideologii LGBT” z dnia 17 maja 2019 r., dostępne w wersji elektronicznej na stronie: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/stanowisko-rpo-ws-przyjmowania-przez-organy-wladzy-publicznej-deklaracji-przeciw-ideologii-lgbt>

zakazu dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową, może ponadto powodować, że nie znalazłaby ona zastosowania w przypadku dyskryminacji osoby transpłciowej.

Niezależnie od ograniczonego zakresu zastosowania ustawy, zgłaszane do niej liczne zastrzeżenia – jak choćby brak wyrażenia wprost możliwości żądania zadośćuczynienia czy przeproszenia – powodują, że ustawa właściwie nie jest stosowana nawet w sprawach, w których do dyskryminacji dochodzi w obszarze zatrudnienia. Środki ochrony prawnej przewidziane w innych przepisach – ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta czy Kodeksie cywilnym – zyskują w tej sytuacji na znaczeniu. Niestety, od 4 lipca 2019 r. tj. dnia wejścia w życie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 czerwca 2019 r.⁴⁰ derogującego z polskiego porządku prawnego art. 138 k.w., w części w jakiej penalizował on odmowę świadczenia usługi bez uzasadnionej przyczyny, osoby pokrzywdzone dyskryminacją w obszarze dostępu do usług nie mają już zagwarantowanej prawno-karnej ochrony.

Poza ograniczeniem ochrony prawnej osób LGBT przed dyskryminacją na skutek wskazanego orzeczenia Trybunału, rok 2019 przyniósł także inne wydarzenia mające znaczenie dla stopnia przestrzegania i realizacji zasady równego traktowania ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w Polsce. Wśród nich niewątpliwie należy wskazać przyjmowanie przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego uchwał o powstrzymaniu „ideologii LGBT”, które jednoznacznie naruszają konstytucyjny zakaz dyskryminacji, w związku z czym zostaną zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich.

Rekomendacje:

- Zwiększenie ochrony przed dyskryminacją poza obszarem zatrudnienia poprzez nowelizację ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania⁴¹, tak żeby zakazywała dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową we wszystkich wskazanych w niej obszarach, tj. nie tylko w obszarze zatrudnienia, ale także edukacji i szkolnictwa wyższego, warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego, opieki zdrowotnej i dostępu do usług, w tym usług mieszkaniowych.
- Ratyfikacja Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, ustanawiającego ogólny zakaz dyskryminacji, zgodnie z którym korzystanie z każdego prawa przewidzianego w prawie powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn.

⁴⁰ Sygn. akt K 16/17; Dz. U. z 2019 r. poz. 1238.

⁴¹ Dz. U. z 2016 r., poz. 1219.

3. Prawo do życia, bezpieczeństwo, ochrona przed przemocą (przestępstwa motywowane uprzedzeniami i mowa nienawiści)

3.1. Przestępstwa motywowane uprzedzeniami w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Przestępstwa z nienawiści (*hate crimes*) to przestępstwa popełniane z powodu rzeczywistej bądź domniemanej przynależności ofiary do określonej grupy, wyróżnionej zazwyczaj na podstawie kryterium rasy, religii, orientacji seksualnej, tożsamości płciowej, narodowości, pochodzenia etnicznego, niepełnosprawności itp.⁴². „Incydentem z nienawiści” (*hate-motivated incident*) jest natomiast jakiegokolwiek działanie – niezależnie od tego, czy przez ustawodawstwo krajowe jest ono uznane za przestępstwo – przeciwko osobom bądź mieniu, którego cel został wybrany z uwagi na rzeczywisty bądź domniemany związek z pewną grupą lub członkostwo w tej grupie. Obejmuje szereg przejawów nietolerancji, od incydentów motywowanych uprzedzeniem aż do przestępstw⁴³. Przestępstwa i inne incydenty na tle nienawiści uderzają nie tylko w same ofiary z powodu niezmiennego i znaczącego aspektu ich tożsamości⁴⁴, ale również w demokratyczne społeczeństwo i zasadę rządów prawa, z którymi nie da się pogodzić ataku na fundamentalną zasadę godności i równości w prawach wszystkich ludzi, zapisaną w artykule 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ.

Remedium na powyższe powinny stanowić odpowiednie regulacje i procedury krajowe, których dobór zależy od państwa. Ich znaczenie jest kluczowe. Potępiając działanie z pobudek dyskryminacyjnych, państwo daje sygnał sprawcom przestępstw, że w społeczeństwie demokratycznym nie ma na takie zachowania miejsca. Jednocześnie ofiary, poprzez uznanie ich krzywdy, otrzymują zapewnienie ochrony ze strony wymiaru sprawiedliwości. Dodatkowo, dzięki istnieniu takich środków, przestępstwa i incydenty motywowane nienawiścią stają się bardziej widoczne, co sprzyja opracowaniu środków zapobiegających ich popełnianiu⁴⁵.

Przestępstwa z nienawiści powinny być więc zagrożone wyższym wymiarem kary. Władze państwowe mają obowiązek podjęcia wszelkich uzasadnionych kroków w celu ustalenia rzeczywistej motywacji sprawców, w tym czy nienawiść lub uprzedzenia odgrywały rolę w tych wydarzeniach. Brak takich działań i potraktowanie przemocy i brutalności wywołanej uprzedzeniami na równi ze sprawami, które

⁴² We wstępie do raportu OBWE Hate Crime Laws – A Practical Guide, s. 7 (<https://www.osce.org/odihr/36426?download=true> (dostęp: 9/10/2018 r.); przestępstwa na tle nienawiści zostały zdefiniowane jako „przestępstwa motywowane nietolerancją w stosunku do pewnych grup społeczeństwa”.

Istnieje również „robocza definicja” OBWE/ODIHR (zob. raport roczny z 2006 r.): „jakiegokolwiek przestępstwa, włączając w to przestępstwa przeciwko osobom i przeciwko mieniu, gdzie ofiara, nieruchomość czy inny cel przestępstwa zostały wybrane z powodu ich rzeczywistego bądź domniemanego związku, przynależności, więzi, członkostwa w pewnej grupie czy poparcia dla tej grupy”.

⁴³ http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_en.pdf (dostęp: 9.10.2018 r.).

⁴⁴ http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf (dostęp: 9.10.2018 r.).

⁴⁵ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5), s. 8.

nie mają takiego podtekstu, byłoby ignorowaniem specyficznej natury aktów, które mają szczególnie destrukcyjny wpływ na prawa podstawowe. Brak przeprowadzenia rozróżnienia w sposobie załatwiania spraw, które są zasadniczo od siebie różne, może stanowić nieuzasadnione traktowanie nie dające się pogodzić z artykułem 14 Konwencji⁴⁶. Przesłupstwo motywowane uprzedzeniami z uwagi na orientację seksualną czy tożsamość płciową pokrzywdzonego powinny stanowić okoliczność obciążającą. Tego typu pobudki powinny być przez sąd udokumentowane, zwłaszcza, gdy zadecyduje o wymierzeniu surowszej kary celem nadania odpowiednim przepisom symbolicznego znaczenia i wartości statystycznej⁴⁷.

Przykładowo zgodnie z art. 132-77 francuskiego kodeksu karnego, w przypadkach określonych przez odpowiednie przepisy, kary przewidziane za zbrodnię lub występki powinny zostać zastrzone, gdy naruszenie przepisów prawa nastąpiło z powodu orientacji seksualnej ofiary. Powyższa okoliczność obciążająca zachodzi, jeżeli przestępstwo jest poprzedzone, towarzyszą mu lub następują po nim słowa, pisma, obrazy lub przedmioty, lub akty jakiegokolwiek rodzaju godzące w dobre imię lub cześć ofiary lub grupy osób, których ofiara jest częścią z powodu ich prawdziwej lub domniemanej orientacji seksualnej⁴⁸. Tego rodzaju ochronę prawną przed przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami na tle orientacji seksualnej przewiduje wiele innych państw w Europie – 27 z nich rozpoznaje przestępstwa motywowane homofobią lub bifobią, 14 – transfobią⁴⁹.

Jak wynika z badań Agencji Praw Podstawowych, osoba pokrzywdzona przestępstwem lub incydentami z nienawiści może niekiedy spotkać się również z wrogością policji przy zgłaszaniu tego typu spraw czy też z inicjatywy samej policji. Skutkuje to zniechęceniem czy też zaniechaniem zawiadamiania organów ścigania o tych przestępstwach czy incydentach⁵⁰.

Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, państwo ma obowiązek, celem zapewnienia ochrony przed wszelkimi formami przemocy, wynikający z art. 2 i 3 Konwencji, przyjęcia skutecznych mechanizmów prowadzenia śledztwa w przypadku niehumanitarnego i poniżającego traktowania. Prowadząc śledztwo w sprawie czynów z użyciem przemocy, państwo ma obowiązek podjęcia wszelkich rozsądnych kroków celem zdemaskowania możliwych motywów dyskryminacyjnych, co nie jest łatwym zadaniem. Obowiązek przeprowadzenia dochodzenia w sprawie dyskryminacyjnych motywów kryjących się za czynami z użyciem przemocy jest obowiązkiem państwa mającym charakter obowiązku należytej staranności. Obowiązek ten nie jest absolutny. Władze powinny zrobić wszystko, co rozsądne w danych okolicznościach, aby zebrać i zabezpieczyć materiał

⁴⁶ Wyrok ETPC z 26.7.2007 r. Angelova i Iliev p. Bułgarii, skarga nr 55523/00, § 115.

⁴⁷ Raport OBWE Hate Crime Laws – A Practical Guide, s. 36.

⁴⁸ Treść przepisu można znaleźć na stronie:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417503&dateTexte=20111218> (dostęp: 9/10/2018 r.).

⁴⁹ Zob. Przesłupstwa motywowane uprzedzeniami. Analiza i zalecenia, raport z serii Zasada równego traktowania - prawo i praktyka nr 23, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2017, nr 6, Warszawa 2017, s. 79-82 i 84-85.

⁵⁰ Homofobia i dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich UE, Część II Sytuacja społeczna, Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, 2009, s. 46-47, <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/homophobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender-identity-eu>

dowodowy, wykorzystać wszystkie praktyczne środki umożliwiające ustalenie prawdy oraz wydać w pełni uzasadnione, bezstronne i obiektywne decyzje, bez pomijania faktów, które mogłyby wskazywać na przemoc motywowaną np. homofobią.

Państwa powinny podjąć szczególny wysiłek, aby zbadać, w szczególności, wszelkie homofobiczne, bifobiczne i transfobiczne konotacje aktu przemocy. Jako że pobudki dyskryminujące są niezwykle trudne do udowodnienia, jakość przeprowadzonego śledztwa jest szczególnie istotna. Władze powinny zrobić wszystko, co rozsądne w danych okolicznościach, aby zebrać i zabezpieczyć materiał dowodowy, wykorzystać wszystkie praktyczne środki dochodzenia prawdy oraz dostarczyć w pełni uzasadnione, bezstronne i obiektywne decyzje, bez pomijania podejrzanych faktów, które mogłyby wskazywać na przemoc motywowaną np. homofobią⁵¹. Obowiązek ten w sposób oczywisty odnosi się również do sytuacji, w których motywem przestępstwa jest orientacja seksualna czy tożsamość płciowa.

Prowadzenie postępowań w sprawach przemocy motywowanej uprzedzeniami na tych samych zasadach co w sprawach, w których motywacja sprawcy nie miała takiego charakteru, stanowiłoby „zamknięcie oczu” na szczególny charakter tych czynów o szczególnie niszczącym skutku dla praw podstawowych. Brak rozróżnienia w prowadzeniu spraw, które są zasadniczo różne, może stanowić nieusprawiedliwione traktowanie nie dające się pogodzić z art. 14 Konwencji⁵².

Trybunał wskazał również, że wszelkie negatywne stereotypizowanie grupy, gdy osiągnie pewien poziom, może wpłynąć na poczucie tożsamości grupy oraz uczucie samooceny i pewności siebie członków tych grup. W ten sposób może mieć wpływ na życie prywatne członków tych grup⁵³.

Orzecznictwo Trybunału nie przesądza o tym, że zachowanie, które nie osiąga stopnia dolegliwości wymaganego, aby wejść w zakres art. 3 EKPC, może stanowić mimo wszystko naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego wynikające z art. 8 EKPC, jeżeli skutki dla fizycznej i psychicznej integralności skarżącego są wystarczające dolegliwe⁵⁴. W świetle Artykułu 8 Konwencji państwo powinno podjąć odpowiednie pozytywne środki w zakresie ochrony prawnokarnej dotyczącej aktów przemocy, takie jak spowodowanie lekkiego uszczerbku na zdrowiu oraz groźby karalne⁵⁵. Podobny obowiązek może powstać w sprawach, gdzie traktowanie umotywowane uprzedzeniami nie osiągnęło poziomu dolegliwości wymaganego przez art. 3 EKPC, ale stanowiło ingerencję w prawo skarżącego do prawa prywatnego (art. 8 EKPC), to jest, gdy dana osoba w sposób wiarygodny podaje, że była poddana nękanii motywowanemu uprzedzeniem, łącznie z atakami werbalnymi czy groźbami użycia

⁵¹ Wyroki ETPC: *Identoba i Inni p. Gruzji* z 12.5.2015 r., skarga nr 73235/12, § 77; *M.C. i C.A. p. Rumunii* z 12.4.2016 r., skarga nr 12060/12, § 113. *Mutatis mutandis* wyroki ETPC: *Nachova i Inni p. Bułgarii* z 26.2.2004 r., skargi nr 43577/98 i 43579/98, § 160; *Members of the Gldani Congregation of Jehovah's Witnesses i Inni p. Gruzji* z 3.5.2007 r., skarga nr 71156/01, § 138-42; *Mudric p. Mołdawi* z 16.7.2013 r., skarga nr 74839/10, § 60-64.

⁵² Wyrok ETPC *Identoba...*, § 67; wyrok ETPC z 12.4.2016 r. skarga nr 12060/12, *M.C. i A.C. p. Rumunii*, skarga nr 12060/12, § 111.

⁵³ Wyrok ETPC z 12.4.2016 r. *R.B. p. Wegrom*, skarga nr 64602/12, § 78.

⁵⁴ *Ibidem*, § 79.

⁵⁵ *Ibidem*, § 83.

przemocy. W sytuacjach, gdy istnieją dowody na stosowanie przemocy czy nietolerancji wobec mniejszości, pozytywne obowiązki państwa wymagają wyższego standardu odpowiedzi państwa na zdarzenia motywowane uprzedzeniami⁵⁶.

Europejska Konwencja Praw Człowieka całkowicie zakazuje stosowania tortur oraz innego nieludzkiego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPC). Osoby homoseksualne, biseksualne i transpłciowe pozbawione wolności, znajdujące się pod opieką i odpowiedzialnością władz państwowych, są szczególnie narażone na krzywdę (a przede wszystkim na zastraszanie przez innych, przemoc, upokorzenie, molestowanie seksualne, gwałt i inne formy znęcania się) i władze mają obowiązek ich ochrony, zarówno przed działaniami funkcjonariuszy państwowych, jak i współosadzonych. Państwo ma obowiązek wdrożyć odpowiednie i skuteczne procedury pozwalające na ustalenie i pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej osób odpowiedzialnych za takie zachowania lub za zaniedbania w nadzorze nad miejscami osadzenia.

W przypadku osób transpłciowych władze państwowe powinny być szczególnie ostrożne przy wyborze rodzaju jednostki penitencjarnej (męskiej czy żeńskiej), tak aby zapewnić właściwą ochronę i poszanowanie tożsamości płciowej osoby skazanej. Waga subiektywnego wyboru danej osoby jest nierozzerwalnie związana z obiektywnymi kryteriami odnoszącymi się do jej tożsamości. Dlatego też poszanowanie dla tożsamości płciowej nie oznacza w tym kontekście prawa danej osoby do arbitralnego wyboru swojej tożsamości płciowej. W przypadkach, w których dokumenty urzędowe są niewystarczające dla dokonania wyboru odpowiedniego zakładu karnego, władze powinny przeprowadzić obiektywną ocenę sprawy, biorąc pod uwagę nie tylko subiektywny wybór zainteresowanej osoby i zapisy dokumentów urzędowych, ale także, na przykład, stan zaawansowania procesu uzgodnienia płci⁵⁷.

Podjęcie środków ochrony więźnia przed fizycznym wykorzystaniem przez współosadzonych wykluczających go całkowicie z życia więziennego stanowi naruszenie art. 3 Konwencji⁵⁸. W sprawie X przeciwko Turcji, skarżący zwracał się do władz więziennych z wnioskiem o przeniesienie go do innej celi, którą mógłby dzielić z innymi homoseksualnymi więźniami albo do odpowiedniego oddziału. Było to uzasadnione prześladowaniami ze strony współosadzonych. W rezultacie, skarżący, który został skazany za popełnienie czynów niezwiązanych z użyciem przemocy, został umieszczony w pojedynczej celi, w której osadza się oskarżonych o pedofilię czy zgwałcenie, co jest zazwyczaj środkiem dyscyplinarnym. Przebywając w celi nie miał żadnego kontaktu z innymi więźniami ani możliwości społecznej aktywności. Nie wychodził na spacer i mógł przebywać jedynie w swojej celi. Skarżący domagał się przy tym równego traktowania, dostępu do spaceru oraz dostępu do społecznych aktywności z innymi osadzonymi z jednoczesnym zapewnieniem mu fizycznej ochrony. Informował równocześnie, że jest osobą homoseksualną, a nie transwestytczną czy transseksualną. Tych argumentów nie wzięto jednak pod uwagę. Sąd turecki zasłonił się dyskrecjonalną władzą służby

⁵⁶ Ibidem, § 84.

⁵⁷ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5).

⁵⁸ Wyrok ETPC z 9.10.2012 r. X p. Turcji, skarga nr 24626/09, § 51.

więziennej, która w jego ocenie mogła, biorąc pod uwagę hipotetyczne ryzyko, a mianowicie „złinczowanie” – poważne ryzyko uszkodzenia ciała z uwagi na orientację seksualną – wykluczyć go całkowicie ze społeczności więziennej uznając to za środek najbardziej odpowiedni w tej sytuacji⁵⁹.

Trybunał przypomniał, że władze mają obowiązek wynikający z art. 14 w związku z art. 3 Konwencji wzięcia pod uwagę wszelkich możliwych środków celem ustalenia, czy dyskryminacyjne podejście odgrywało rolę w podjęciu środka całkowicie wyłączającego go z życia więziennego⁶⁰. W ocenie Trybunału, władze więzienne nie dokonały prawidłowej oceny ryzyka bezpieczeństwa skarżącego. Nie wyjaśniono, dlaczego skarżącego pozbawiono całkowicie, czy nawet w części, zajęć na zewnątrz. Z tych przyczyn Trybunał uznał za niewystarczające zasłonięcie się potrzebą zapewnienia bezpieczeństwa skarżącego przed uszkodzeniem ciała dla całkowitego wykluczenia go z życia więziennego. Zdaniem Trybunału, to orientacja seksualna skarżącego była przyczyną podjęcia tych środków. Dlatego uznając że doszło do dyskryminacji, stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 3 Konwencji⁶¹.

Zupełnie inaczej sytuacja wyglądała w sprawie Stasi przeciwko Francji⁶², gdzie skarżący przy przeniesieniu do nowego zakładu karnego poinformował o swojej orientacji seksualnej i został umieszczony w pojedynczej celi na oddziale przeznaczonym dla tzw. więźniów wrażliwych. Przez jakiś czas dzielił tę celę z inną osobą. Przydzielenie mu współosadzonego zostało wyjaśnione sędziemu śledczemu zwiększeniem populacji więźniów oraz profilem współosadzonego, zgodnym z profilem skarżącego. Służby medyczne znały sytuację skarżącego. Dlatego Trybunał uznał, że władze więzienne podjęły wszystkie odpowiednie środki, aby zapewnić bezpieczeństwo skarżącego w zakładzie karnym.

Istotne jest również zachowanie państwa w toku deportacji, wydalenia cudzoziemca należącego do tzw. grupy wrażliwych osób. Wówczas władze powinny unikać sytuacji, które mogłyby odtworzyć trudną sytuację tych osób, przed którą uciekły ze swojego kraju. W sprawie O.M. przeciwko Węgrom władze nie uczyniły tego, zarządzając areszt skarżącego bez rozważenia stopnia bezpieczeństwa czy też niebezpieczeństwa osób wrażliwych – dla przykładu osób LGBT, jak skarżący (gej z Iranu) – w więzieniu pośród innych więźniów, którzy pochodzili z krajów o powszechnym kulturowym i religijnym uprzedzeniu wobec takich osób⁶³.

Analny gwałt na skarżącym przez strażników w ośrodku dla cudzoziemców w Grecji został uznany za tortury⁶⁴. Tortury czy złe traktowanie objęte są proceduralnym obowiązkiem władz przeprowadzenia skutecznego, sprawnego śledztwa w tym zakresie. Takie śledztwo powinno prowadzić do zidentyfikowania i ukarania odpowiedzialnych. Jest to zobowiązanie starannego działania, a nie rezultatu. Władze muszą więc przedsięwziąć wszystkie rozsądne kroki w celu uzyskania dowodów

⁵⁹ Ibidem, § 54.

⁶⁰ Ibidem, § 55.

⁶¹ Ibidem, § 57-58.

⁶² Wyrok ETPC z 20.10.2011 r., Stasi p. Francji, skarga nr 25001/07.

⁶³ Wyrok ETPC z 5.7.2016 r. O.M. p. Węgrom, . skarga nr 9912/15, § 53.

⁶⁴ Wyrok ETPC z 17.1.2012 r. Zontul p. Grecji, skarga nr 12294/07.

odpowiadających faktom. Niezbędna jest terminowość i staranność. Osoby odpowiedzialne za śledztwo oraz prowadzące dochodzenie muszą być niezależne od osób powiązanych ze zdarzeniami, wyłączając wszelki związek hierarchiczny czy instytucjonalny⁶⁵.

Aby móc przeciwdziałać dyskryminacji, niezbędnym jest przeprowadzenie odpowiednich badań i zgromadzenie – przykładając należną uwagę do prawa do poszanowania życia prywatnego – danych dotyczących dyskryminujących środków i praktyk, w szczególności, gdy dotyczą one przestępstw i incydentów na tle nienawiści, związanych z orientacją seksualną i tożsamością płciową.

Nie wystarczy samo dokumentowanie incydentów. Konieczne jest stworzenie narzędzi przydatnych dla przyszłych inicjatyw mających zapobiegać takim incyidentom i podnoszenia świadomości społecznej na temat agresji na tle homo- bi- i transfobicznym oraz wykształcenia odpowiednich środków do jej zwalczania. Zadaniem państwa jest wyposażenie się w skuteczne narzędzia do analizy danych i informacji, aby uzyskać lepsze pojęcie, jakościowe i ilościowe, na temat dyskryminacji wobec osób LGBT, w szczególności, gdy obejmuje ona przestępstwa na tle nienawiści. Państwo ma obowiązek aktywnego zachęcania do prowadzenia badań nad charakterem i przyczynami wrogiego i negatywnego zachowania w stosunku do osób LGBT, w celu wykorzystania tych badań do sformułowania skutecznej polityki zwalczania tego zjawiska⁶⁶.

3.2. Mowa nienawiści w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Definicję mowy nienawiści można znaleźć w Zaleceniu Komitetu Ministrów Rady Europy R (97) 20 z dnia 30 października 1997 r. w sprawie „mowy nienawiści”⁶⁷. Mowa nienawiści obejmuje wszelkie formy wypowiedzi, które rozpowszechniają, podżegają, promują, bądź usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm i inne formy nienawiści opartej na nietolerancji, w tym dyskryminację i wrogość wobec mniejszości. Obejmuje również wszystkie formy wypowiedzi motywowane nienawiścią, niezależnie od użytych środków wyrazu – włączając w to Internet i inne środki nowoczesnej komunikacji.

Zgodnie z Białą Księgą Dialogu Międzykulturowego Rady Europy, debata publiczna powinna respektować różnorodność kulturową⁶⁸. Jak wynika z ustępu 5.1 „państwa powinny mieć silne ustawodawstwo zakazujące „mowy nienawiści” i rasistowskich, ksenofobicznych, homofobicznych, antysemitycznych, islamofobicznych, antyromskich i innych wypowiedzi, gdy podżegają do nienawiści lub przemocy”. Należy potępiać i odrzucać wszelkie rasistowskie, ksenofobiczne czy nietolerancyjne publiczne wypowiedzi, niezależnie od tego, czy wypowiedziane zostały przez indywidualne osoby

⁶⁵ Wyrok ETPC z 8.11.2011 r. Halat p. Turcji, skarga nr 23607/08, § 51.

⁶⁶ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 12.

⁶⁷ Zalecenie KMRE dostępne jest na stronie:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505d5b> (dostęp: 9/10/2018 r.).

⁶⁸ Biała Księga Dialogu Międzykulturowego Rady Europy dostępna jest na stronie:

<https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/source/white%20paper%20final%20revised%20en.pdf> (dostęp: 9/10/2018 r.).

w urzędach państwowych, czy przez członków społeczeństwa obywatelskiego⁶⁹. Homofobiczne wypowiedzi osób publicznych są szczególnie niepokojące – mogą bowiem wpływać negatywnie na opinię publiczną i dawać przyzwolenie na nietolerancję.

Zgodnie z zasadą nr 1 Zalecenia KMRE R (97) 20 „władze publiczne i instytucje publiczne (...) mają szczególny obowiązek powstrzymywania się od stwierdzeń, w szczególności skierowanych do mediów, które mogą zasadnie zostać odebrane jako mowa nienawiści (...) lub inne formy dyskryminacji lub nienawiści opartej na nietolerancji. Takie wypowiedzi powinny zostać zakazane i publicznie potępione, gdy tylko się pojawiają”. W myśl zasady 3 wszelkie ograniczenia wolności wypowiedzi muszą być „wąsko określone i stosowane zgodnie z prawem oraz w sposób wolny od arbitralności, na podstawie obiektywnych kryteriów i poddane niezależnej kontroli sądowej”.

Dlatego władze publiczne i ich organy, niezależnie od tego, czy na poziomie ogólnokrajowym czy lokalnym, powinny być świadome obowiązku powstrzymywania się od wypowiedzi, w szczególności za pośrednictwem mediów, które mogą zasadnie zostać odebrane jako mogące skutkować podżeganiem, rozpowszechnieniem czy promowaniem nienawiści lub innych form dyskryminacji przeciwko osobom LGBT. Powinny one w ramach dialogu z reprezentantami różnych sektorów społeczeństwa obywatelskiego promować tolerancję i szacunek m.in. wobec lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, korzystając przy tym z języka pozbawionego agresji. Celem nie jest penalizacja każdej mowy nienawiści – decydować będą okoliczności danej sprawy i znajdujące zastosowanie odpowiednie przepisy prawa krajowego⁷⁰.

Jak wynika z zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97) 21 dotyczącego mediów i promowania kultury tolerancji⁷¹ istotne są działania mediów oraz ich odpowiedzialność za ochronę przed negatywnym stereotypizowaniem, a także pokazywanie pozytywnego wkładu w społeczeństwo. Nacisk położony jest na promowanie kultury szacunku, tolerancji i różnorodności przez organizacje zrzeszające media (w tym media internetowe) celem uniknięcia negatywnego i stereotypowego ukazywania osób LGBT, wykorzystywania poniżających materiałów lub seksistowskiego języka. Zaleca się stworzenie kodeksów dobrych praktyk w tym zakresie, w tym dotyczących medialnych kampanii uświadamiających i promujących pozytywny wizerunek lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych⁷².

Państwo ma obowiązek stworzenia i utrzymania odpowiednich jednolitych ram prawnych dla działalności nowych mediów i usług oraz sieci komunikacyjnych, w tym dotyczące obszaru „mowy

⁶⁹ Zob. art. 17 EKPC, zgodnie z którym: Żadne z postanowień niniejszej konwencji nie może być interpretowane jako przyznanie jakiegokolwiek państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do znieważenia praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji albo ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje konwencja.

⁷⁰ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)... , s. 14.

⁷¹ Zalecenie dostępne jest na stronie:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168050513b> (dostęp: 9/10/2018 r.).

⁷² Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)... , s. 14

nienawiści” opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej⁷³. Ingerencja w swobodę wypowiedzi powinna być jak najbardziej ograniczona, legalna i proporcjonalna – dlatego tego typu środki powinny być podjęte zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji.

Państwo powinno więc, po pierwsze, zapewnić, aby orientacja seksualna i tożsamość płciowa zostały uwzględnione w odpowiednich przepisach odnoszących się do penalizacji naruszeń popełnionych za pośrednictwem Internetu oraz osądzić osoby odpowiedzialne za te naruszenia. Po drugie, powinno przedstawić środki zapobiegające rozpowszechnieniu w Internecie materiałów o treści homofobicznej, gróźb i obelg. Po trzecie, powinno udoskonalić międzynarodową współpracę i wzajemną pomoc pomiędzy władzami sądowymi w celu zwalczania rozpowszechniania w Internecie materiałów motywowanych nienawiścią, w tym materiałów opartych na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej⁷⁴.

Zdaniem Trybunału, nawoływanie do nienawiści nie musi wiązać się z wzywaniem do przemocy albo innych aktów kryminalnych. Wystarczy, że dane wypowiedzi w sposób wyraźny prowadzą do budzenia poczucia nieufności, odrzucenia lub nawet nienawiści do określonych osób. Ze względu na same ustne ataki polegające na obrażaniu albo szkalowaniu określonej grupy ludności władze mogą uznać, że powinny wziąć stronę pokrzywdzonych takimi wypowiedziami, a nie chronić niewłaściwe korzystanie z wolności wypowiedzi. Ataki na inne osoby popełnione poprzez obrażanie, wyśmiewanie czy oczernianie poszczególnych grup społecznych mogą być wystarczające dla władz dla zwalczania mowy nienawiści z uwagi na korzystanie z wolności wypowiedzi w nieodpowiedzialny sposób⁷⁵. Dyskryminacja zaś oparta na orientacji seksualnej jest tak samo poważna jak dyskryminacja oparta na rasie, pochodzeniu czy kolorze skóry⁷⁶.

Trybunał wskazał na możliwość nieznacznego ograniczenia swobody debaty politycznej lub debaty w kwestiach dotyczących interesu powszechnego wynikającego z art. 10 ust. 2 Konwencji (m.in. z potrzeby ochrony praw osób innych). Jednakże „korzystanie z wolności słowa przez polityków pochodzących z wyborów, którzy jednocześnie sprawują urzędy rządowe w sferze władzy wykonawczej, pociąga za sobą szczególną odpowiedzialność. W pewnych sytuacjach normalną częścią obowiązków wykonywanych przez urzędników rządowych jest wydawanie indywidualnych decyzji administracyjnych bądź upoważnianie innych do wydawania decyzji, które mogą dotyczyć sfery praw indywidualnych. Dlatego korzystanie z wolności słowa przez takich urzędników może w sposób nadmierny kolidować z wykonywaniem innych praw zagwarantowanych Konwencją. Korzystając z wolności słowa powinni oni wykazywać się powściągliwością, zważywszy na to, że ich poglądy mogą

⁷³ Por. Protokół dodatkowy do Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości dotyczący penalizacji czynów o charakterze rasistowskim lub ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych, sporządzony w Strasburgu dnia 28 stycznia 2003 r., Dz.U. 2015 poz. 730.

⁷⁴ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 14-15.

⁷⁵ Wyrok ETPC z 16.7.2009 r. Féret p. Belgii, skarga nr 15615/07, § 73.

⁷⁶ Wyrok ETPC z 27.9.1999 r. Smith i Grady p. Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 33985/96 oraz 33986/96, § 97.

być odbierane przez urzędników służby cywilnej, których zatrudnienie i awanse zależą od ich zgody, jako wskazówki⁷⁷.

W sprawie dotyczącej skazania skarżących za rozpowszechnianie ulotek z homofobicznymi treściami w celu wywołania debaty na temat braku obiektywizmu edukacji w szwedzkich szkołach, ETPC nie dopatrywał się naruszenia art. 10 Konwencji. Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że nawet jeśli cel uznać za akceptowalny, to nie można nie wziąć pod uwagę obraźliwej treści ulotek (użytych słów), które wskazywały, że homoseksualizm jest „dewiacyjną skłonnością seksualną”, która miała „moralnie destrukcyjny wpływ na społeczeństwo”, a także jedną z głównych przyczyn HIV i AIDS. W ulotkach wskazywano, że „lobby homoseksualne” próbowało umniejszać pedofilię. W ocenie Trybunału, nawet jeśli te treści nie nawoływały do nienawiści, to zawierały poważne i krzywdzące zarzuty⁷⁸. Istotne również było to, że ulotki pozostawiono w szafkach młodych ludzi, którzy byli we wrażliwym wieku podatnym na wpływy, w szkole, do której żaden ze skarżących nie uczęszczał. Poza tym skarżącym za ich rozpowszechnianie wymierzono jedynie karę grzywny. Z tych przyczyn Trybunał uznał, że ingerencja w ich wolność wypowiedzi nie była nieproporcjonalna.

3.3.Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Do kategorii przestępstw motywowanych uprzedzeniami penalizowanych obecnie w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny⁷⁹ należą przestępstwa popełniane ze względu na narodowość, rasę, pochodzenie etniczne, wyznanie i bezwyznaniowość, światopogląd czy przynależność polityczną pokrzywdzonego. Organy ścigania prowadząc postępowanie przygotowawcze w sprawie zabójstwa, spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, stosowania przemocy lub groźby bezprawnej z powodu rasy, narodowości, pochodzenia etnicznego, wyznania lub bezwyznaniowości, są zatem zobowiązane do ustalenia motywu sprawcy. Motywacja uprzedzeniowa jest bowiem jednym ze znamion przestępstwa. Jeżeli wskazane wyżej przestępstwo zostanie popełnione ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową pokrzywdzonego, organy ścigania nie są zobowiązane do ustalenia motywu sprawcy – może to prowadzić do wskazanego wyżej „zamykania oczu” na specyfikę przestępstw motywowanych uprzedzeniami względem osób LGBT. Sprawcom wskazanych wyżej przestępstw popełnionych z powodu rasy, narodowości, pochodzenia etnicznego, wyznania lub bezwyznaniowości pokrzywdzonego grozi surowsza odpowiedzialność karna niż sprawcom tych przestępstw popełnionych z powodu orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej.

Przestępstwo znieważenia i naruszenia nietykalności cielesnej jest ponadto przestępstwem ściganym z oskarżenia prywatnego – nawet jeśli motywem sprawcy jest orientacja seksualna czy tożsamość płciowa pokrzywdzonego. Jeżeli motywem sprawcy jest jednak rasa, narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie lub bezwyznaniowość, przestępstwo to ścigane jest z urzędu. To oznacza, że osoby znieważone z powodu orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej są zobowiązane do sporządzenia

⁷⁷ Wyrok ETPC z 3.5.2007 r. Bączkowski i Inni p. Polsce, skarga nr 1543/06, § 98.

⁷⁸ Wyrok ETPC z 9.2.2012 r. Vejdeland p. Szwecji, skarga nr 1813/07, § 54.

⁷⁹ Dz. U. z 2018 r. poz. 1600, dalej jako: Kodeks karny.

prywatnego aktu oskarżenia oraz samodzielnego ustalenia tożsamości sprawcy i zgromadzenia materiału dowodowego. Przepęstwa te mogą zostać objęte ściganiem z urzędu, jeśli w ocenie prokuratora przemawia za tym interes społeczny. Rzecznikowi Praw Obywatelskich znane są przypadki objęcia ściganiem z urzędu przestępstwa znieważenia i naruszenia nietykalności cielesnej z powodu orientacji seksualnej pokrzywdzonych – prokurator wziął przy tym pod uwagę szczególnie charakter przestępstw motywowanych uprzedzeniami. Obejmowanie ściganiem z urzędu przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego, motywowanych homofobią, bifobią lub transfobią, zasługuje na aprobatę i jest zgodne z opisanymi wyżej międzynarodowymi standardami ochrony prawnokarnej osób pokrzywdzonych przestępstwami z nienawiści.

Przykład z praktyki

Prokurator Okręgowy w Gdańsku uwzględnił zażalenie pokrzywdzonych przestępstwem znieważenia organizatorów Pikniku Tęczowych Rodzin, zakłóconego przez zgromadzenie członków skrajnie prawicowych organizacji. Zgromadzenie to zostało rozwiązane przez Prezydenta Sopotu. Prokurator Rejonowy w Sopocie uznał, że brak jest podstaw do objęcia ściganiem z urzędu postępowania w sprawie znieważonych przez uczestników zgromadzenia biorących udział w pikniku rodziców tej samej płci i ich dzieci. Prokurator Okręgowy przyznał rację pokrzywdzonym, że znieważenie miało charakter przestępstwa z nienawiści motywowanego homofobią. Zachowanie osób zakłócających piknik uzasadnia stwierdzenie, że interes społeczny wymaga wszczęcia postępowania przygotowawczego (postanowienie Prokuratora Okręgowego w Gdańsku z dnia 20 października 2017 r., sygn. akt PO VI Dsn 81.2017).

Nawoływanie do nienawiści i znieważenia grupy ludności z innych powodów niż narodowość, rasa, pochodzenie etniczne, wyznanie lub bezwyznaniowość w ogóle nie jest w Polsce przestępstwem. To oznacza, że homo- bi- i transfobiczna mowa nienawiści nie jest ścigana – o ile wypowiedzią nie jest pokrzywdzona bezpośrednio konkretna osoba, która mogłaby ewentualnie skierować do sądu prywatny akt oskarżenia w sprawie znieważenia.

Co więcej, nawet w sprawach karnych wszczętych w trybie prywatnoskargowym, wypowiedź niepodważalnie homofobiczna może zostać przez sąd uznana za mieszczącą się w granicach wolności wypowiedzi i szczególnych zasad debaty publicznej.

Przykład z orzecznictwa

W toku debaty na temat organizacji pierwszego Marszu Równości w Lublinie w 2018 r., (sprawa trafiła do Sądu Apelacyjnego, który przychylił się do zażaleń Rzecznika Praw Obywatelskich i organizatorów na zakaz organizacji Marszu ze względu na zagrożenie ze strony kontrmanifestantów⁸⁰), Wojewoda Lubelski umieścił na portalu internetowym swoją wypowiedź na temat Marszu i jego organizatorów, określając homoseksualność jako „zboczenie”, „dewiację” i „wynaturzenie”. Oskarżyciel prywatny, będący głównym i znanym publicznie organizatorem wydarzenia, zarzucił Wojewodzie Lubelskiemu popełnienie przestępstwa

⁸⁰ Zob. pełny opis sprawy w podrozdziale 5.6 Wolność zgromadzeń w orzecznictwie krajowym.

zniesławienia, tj. pomówienie za pomocą środków masowego przekazu, które poniżyło go w opinii publicznej oraz naraziło go na utratę zaufania potrzebnego w prowadzonej przez niego działalności społecznej.

Sąd rejonowy, mimo iż stwierdził, że słowa użyte przez Wojewodę były określeniami jednoznacznie i niezależnie od wyznawanego światopoglądu ujemnymi, umorzył postępowanie⁸¹. W opinii Sądu ukaranie w sprawie byłoby próbą „zmiany ocen społecznych za pomocą przymusu państwowego”, a „tak zwana mowa nienawiści nie może stanowić knebla wolności słowa”. Sąd powołał się więc na konstytucyjną swobodę wypowiedzi, podnosząc, że nie może być „cenzorem debaty publicznej”, której to uczestnicy powinni ponadto „przyjąć zasadę grubej skóry” i zaakceptować dolegliwą krytykę.

Oskarżyciel prywatny wniósł zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania, Sąd Okręgowy w Lublinie, postanowieniem z dnia 7 lutego 2019 r.⁸² zażalenie uwzględnił i przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu Sąd Okręgowy podkreślił, że Sąd pierwszej instancji nie poddał wypowiedzi oskarżonego będącej przedmiotem postępowania wystarczającej ocenie, niesłusznie uznając ją za zgodną z prawem tylko na podstawie szerokiego zakresu wolności wypowiedzi w ramach debaty publicznej. W opinii Sądu Odwoławczego wolność słowa nie ma charakteru absolutnego i nie oznacza prawa do obrażania kogokolwiek, a zatem Sąd pierwszej instancji powinien przeprowadzić postępowanie dowodowe, dokonać wszechstronnej, całościowej analizy i dopiero na ich podstawie ocenić czy wypowiedź oskarżonego wypełniła znamiona występku zniesławienia.

W toku postępowania prowadzonego przez Sąd Rejonowy w Lublinie, ponownie rozpoznającego sprawę, dnia 9 maja 2019 r. oskarżyciel prywatny i Wojewoda Lubelski zawarli w wyniku mediacji ugodę. Działania podjęte przez Wojewodę w celu jej realizacji nie spełniły jednak w opinii organizatora Marszu wynikających z ugody ustaleń, dlatego też wniósł on zażalenie na postanowienie o umorzeniu postępowania.

Mając na uwadze fakt, że homo- bi- i transfobiczna mowa nienawiści nie jest w Polsce przestępstwem, w sprawach publicznego prezentowania haseł czy symboli o takim charakterze zastosowanie znajdują niekiedy przepisy ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń⁸³.

Przykładowo, posługiwanie się w miejscu publicznym symbolem „zakaz pedałowania” może wyczerpywać znamiona wykroczenia art. 141 Kodeksu wykroczeń, zgodnie z którym, kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzyzwoite ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzyzwoitych, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany. Pogląd, zgodnie z którym symbol „zakaz pedałowania” ma charakter nieprzyzwoitego rysunku, o jakim mowa w art. 141 Kodeksu wykroczeń, wyraził m.in. Prokurator Okręgowy w Warszawie w apelacji z dnia 28 listopada 2011 r. złożonej w sprawie rejestracji symbolu „zakaz pedałowania” jako symbolu partii politycznej Narodowe Odrodzenie Polski rozpatrywanej w Sądzie Okręgowym w Warszawie⁸⁴. Za umieszczenie

⁸¹ Postanowienie Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie z dnia 6 listopada 2018 r., III K 936/18 (niepubl.).

⁸² Postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 7 lutego 2019 r., V Kz 54/19.

⁸³ Dz. U. z 2018 r. poz. 618, dalej jako: Kodeks wykroczeń.

⁸⁴ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2012 r., sygn. akt VII Ns Rej Ew Pzm 11/12 (niepubl.).

w miejscu publicznym tego symbolu podczas zgromadzenia publicznego Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach wyrokiem z dnia 15 maja 2014 r. skazał jego uczestników na karę grzywny⁸⁵. Ochrona prawnokarna przed przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami jest więc zróżnicowana w zależności od cechy dyskryminacyjnej, która jest powodem ich popełnienia. Ponieważ mowa nienawiści oraz inne przestępstwa z nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową są karalne tylko w ograniczonym zakresie, ściganie ich sprawców musi następować na podstawie innych przepisów (w tym Kodeksu wykroczeń) lub w trybie prywatnoskargowym, znacznie trudniejszym dla osoby pokrzywdzonej. W takiej sytuacji, w opinii Rzecznika, niezależnie od rekomendowania niezbędnych zmian w przepisach prawa, należy też postulować większe zaangażowanie organów ścigania w zapewnienie osobom LGBT ochrony przed przestępstwami motywowanymi homofobią, bifobią i transfobią. Zaangażowanie to może być realizowane m.in. poprzez wskazane już obejmowanie ściganiem z urzędu czynów, dla których ustawa przewiduje tryb prywatnoskargowy, ze względu na interes publiczny, a także poprzez dostrzeganie i uwzględnianie w toku prowadzonych postępowań homo-bi-lub-transfobicznego motywu sprawcy, co mimo braku przepisów szczególnych w tym zakresie, może mieć znaczenie dla rozstrzygającego sprawę Sądu.

Przykład z orzecznictwa

Sąd Rejonowy w Sopocie rozpatrywał sprawę karną dotyczącą napaści fizycznej na parę lesbijek, w wyniku której kobiety doznały naruszenia ciała i obrażeń. Ponieważ działaniu sprawczyni towarzyszyły wyzwiska i komentarze jednoznacznie świadczące o jej uprzedzeniach co do orientacji seksualnej pokrzywdzonych, organy ścigania uwzględniły ten motyw w toku postępowania przygotowawczego. Ten istotny element zdarzenia został też zauważony przez sąd, który w uzasadnieniu wyroku skazującego z dnia 21 maja 2019 r.⁸⁶ podkreślił, że poglądy na temat osób LGBT w żadnym wypadku nie uzasadniają przemocy atakującej godność ludzką, w związku z czym zachowanie oskarżonej wymagało ze strony Sądu wyraźnej reakcji prawnokarnej. Niezależnie natomiast od prawnokarnej ochrony przed homo-bi-i transfobiczną mową nienawiści, osoby pokrzywdzone mogą dochodzić swoich roszczeń na drodze powództwa cywilnego, o naruszenie dóbr osobistych. Dotychczasowa praktyka polskich sądów sugeruje, że warunkiem koniecznym dla skuteczności takiego powództwa jest wykazanie przez powoda, że dane naruszenie dotyczyło go w sposób bezpośredni, a nie w sposób ogólny odnosiło się do całej społeczności, np. osób LGBT. Taka linia orzecznicza może jednak ulec zmianie, gdyż w związku z nasilonym w 2019 roku zjawiskiem publicznej mowy nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, osoby LGBT lub reprezentujące ich interesy organizacje pozarządowe, skierowały do sądów powszechnych powództwa o naruszenie ich dóbr osobistych. Podczas gdy sprawy, o których wiadomo Rzecznikowi, oczekują na rozpoznanie, w dwóch z nich Sądy wydały postanowienia o zabezpieczeniu roszczenia, zakazując rozpowszechniania materiałów będących przedmiotem

⁸⁵ Wyrok Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach z dnia 15 maja 2014 r. sygn. akt V W 222/14.

⁸⁶ Wyrok Sądu Rejonowego w Sopocie z dnia 21 maja 2019 r., sygn. akt II K 140/19, nieprawomocny.

powództwa. Takie działanie Sądów zasługuje na aprobatę, jako znacząco przyczyniające się do poprawy sytuacji osób pokrzywdzonych homo-bi-i transfobiczną mową nienawiści.

Przykład z praktyki i orzecznictwa

W 2019 r. fundacja reprezentująca ruchy pro-life zorganizowała w wielu miastach w Polsce akcje mające na celu rozpowszechnianie negatywnego i naruszającego godność wizerunku osób LGBT, poprzez nieprawdziwe łączenie homoseksualności z pedofilią. Akcje polegały przede wszystkim na jeźdźeniu po ulicach furgonetką z billboardami przedstawiającymi obraźliwe hasła i zdjęcia, przy jednoczesnym emitowaniu tychże haseł przez megafon.

Pomimo bardzo zbliżonego kształtu akcji w miastach, w których była prowadzona, organy ścigania różnie zareagowały na te zdarzenia. W obliczu braku przepisów jednoznacznie umożliwiających ściganie za nawoływanie do nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, niektóre jednostki Policji – w tym we Wrocławiu i w Zielonej Górze - prowadziły lub prowadzą postępowania pod kątem wykroczenia z art. 51 Kodeksu wykroczeń, tj. zakłócanie spokoju, porządku publicznego i wywoływanie zgorzenia w miejscu publicznym. Prokurator Rejonowy Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku uwzględnił jednak wniosek pokrzywdzonych o objęcie ściganiem z urzędu czynów prywatnoskargowych z art. 212 § 1 i art. 212 § 2 Kodeksu karnego, tj. zniesławienia i zniesławienia za pomocą środków masowego przekazu. (postanowienie Prokuratora Rejonowego Gdańsk-Śródmieście w Gdańsku z dnia 13 marca 2019 r., sygn.. PR 1 Ds. 597.2019).

Jednocześnie w związku z tym samym zdarzeniem, organizacja pozarządowa zrzeszająca i reprezentująca osoby LGBT skierowała w sierpniu 2019 r. pozew do Sądu Okręgowego w Gdańsku, o naruszenie dóbr osobistych i zapłatę 75 000 zł., wraz z wnioskiem o zabezpieczenie roszczenia. W ocenie powoda, treści prezentowane i nagłaśniane publicznie przez organizację prowadzącą kampanię naruszają godność i dobre imię osób nieheteroseksualnych, a także stanowią przejaw mowy nienawiści skierowanej przeciwko tej konkretnej grupie społecznej. Postanowieniem z dnia 26 września 2019 r. (sygn. akt IC 1134/19) Sąd Okręgowy w Gdańsku uwzględnił wniosek o zabezpieczenie roszczenia, zakazując organizatorom kampanii rozpowszechniania wizerunku dwóch nagich mężczyzn, wraz z hasłami wiążącymi osoby nieheteroseksualne z pedofilią poprzez powoływanie się na niepoparte źródłami statystyki, np. „91% dzieci wychowywanych przez lesbijki i 25% wychowywanych przez pederastów jest molestowanych”. W ocenie Sądu takie materiały kampanii mogły naruszać dobra osobiste powoda, a zatem zakazanie rozpowszechniania wskazanych tam informacji mogło zostać uwzględnione.

W innych sprawach cywilnych i gospodarczych, sądy powszechne udzielały jednak ochrony wypowiedziom o cechach homofobicznej mowy nienawiści, nie zaś wypowiedziom krytycznym względem osób publicznych wypowiadających te słowa.

Przykład z orzecznictwa

W 2014 r. fundacja działająca na rzecz polskiego i światowego reportażu literatury faktu, prowadząca także klubokawiarnię, zorganizowała akcję wylewania piwa C. i namawiała do bojkotu tej marki z powodu

homofobicznych wypowiedzi właściciela browaru. Właściciel m.in. publikował w mediach społecznościowych wulgarnie wypowiedzi na temat znanego boksera, który zadeklarował, że jest sojusznikiem osób LGBT oraz wypowiadał się w innych mediach, twierdząc m.in., że „homoseksualiści to nie jest mój problem, bo ja homoseksualistą nie jestem. Natomiast byłbym bardzo zadowolony, gdyby wszyscy, którzy mają ten problem, zostawiali go dla siebie, a nie epatowali wszystkich naokoło, w tym moje dzieci”.

Browar pozwał fundację i domagał się zasądzenia kwoty 100 000 zł na rzecz instytucji związanej ze wspieraniem kultury polskiej i ochrony dziedzictwa narodowego za dokonanie zawinionego czynu nieuczciwej konkurencji oraz przeproszenie browaru za wylewanie piwa i namawianie do bojkotu tej marki, które to działania godzą w „dobro polskiej marki o 150- letniej tradycji, brakiem szacunku dla ludzkiej pracy oraz niszczeniem polskiego przemysłu”, a także przeproszenia „wszystkich konsumentów za naruszanie ich prawa do możliwości nieskrępowanego zakupu piwa C. oraz narażenie na negatywną ocenę ich światopoglądu”.

Sąd Okręgowy w Warszawie uwzględnił powództwo browaru⁸⁷. Sąd Okręgowy ustalił, że podczas akcji wylewania piwa C., obecni byli przedstawiciele mediów, a informacja o wydarzeniu zamieszczona została w prasie i internecie, ukazała się także w telewizji i w radiu. Browar utracił klientów, pogorszył się wizerunek piwa, niektóre lokale wycofywały je ze sprzedaży lub odmawiały współpracy w obawie o to, aby nie być kojarzonym jako podmiot, który nie toleruje osób LGBT. Browar żądał ochrony na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zawalczeniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419) wskazując, iż działania fundacji polegające na „namawianiu do bojkotu produktów i jego ośmieszaniu” wypełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, tj. ograniczeniu dostępu do rynku. Nie stanowiło usprawiedliwienia zdaniem Sądu Okręgowego dążenie fundacji do tego, aby jak największa liczba ludzi dowiedziała się o wypowiedzi właściciela browaru, która zdaniem fundacji miała charakter homofobiczny oraz obrona boksera i zaprotestowanie przeciw poglądom właściciela. Właściciel browaru usunął obraźliwy wpis i przeprosił boksera oraz inne osoby, które poczuły się dotknięte formą jego wypowiedzi. Fundacja nie powinna utożsamiać wypowiedzi właściciela udziałów z samym browarem – właściciel korzystał z wolności słowa. Choć Sąd Okręgowy uznał, że „krytyka zachowań społecznie szkodliwych, w tym przeciwstawianie się mowie nienawiści, krytyka wypowiedzi o charakterze homofobicznym zasługuje na aprobatę”, nie ma to wpływu na jego rozstrzygnięcie. Cel bojkotu zdaniem sądu miał bowiem charakter ekonomiczny i zmierzał do „ograniczenia lub nawet wyeliminowania możliwości działania na rynku poprzez zerwanie dotychczasowych relacji oraz utrudnianie, czy nawet izolację powodowych przedsiębiorców”. Sąd nakazał przeproszenie browaru oraz – biorąc pod uwagę sytuację materialną fundacji – wypłatę kwoty 5 000 zł na rzecz instytucji związanej ze wspieraniem kultury polskiej i ochrony dziedzictwa narodowego.

Sąd Apelacyjny w Warszawie częściowo uwzględnił apelację fundacji⁸⁸ - nakazał Fundacji jedynie opublikowanie przeprosin, oddalił powództwo w zakresie żądania wypłaty odpowiedniej kwoty pieniężnej na rzecz instytucji związanej ze wspieraniem kultury polskiej i ochrony dziedzictwa narodowego. W uzasadnieniu

⁸⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 marca 2018 r. sygn. akt XX GC 1186/14 (LEX nr 2095550).

⁸⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 marca 2018 r. sygn. akt VII Aga 786/18 (niepubl.).

ustnym Sąd Apelacyjny podkreślił też, że słowa powoda, które były przyczyną zorganizowanego happeningu należy zakwalifikować jako mowę nienawiści.

Jak wynika z badań przeprowadzonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, konsekwencje psychologiczne i społeczne dla osób biorących udział w badaniu, które doświadczyły przestępstw motywowanych uprzedzeniami – zwłaszcza przestępstw motywowanych homofobią i nienawiścią na tle rasowym lub etnicznym – są znacząco bardziej poważne, niż konsekwencje podobnych przestępstw niemotywowanych uprzedzeniami. Zaobserwowane różnice to przede wszystkim większe nasilenie symptomów PTSD⁸⁹, niższe wsparcie otrzymywane przez osoby pokrzywdzone i mniejsze uznanie ze strony społeczeństwa krzywd doznanych przez pokrzywdzonych przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami⁹⁰. Z tego powodu możemy mówić o szczególnych potrzebach osób pokrzywdzonych przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami.

Zapewnienie realizacji indywidualnych potrzeb osób pokrzywdzonych przestępstwami, w szczególności motywowanymi uprzedzeniami, nakłada na Polskę dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. Zgodnie z dyrektywą, przy dokonywaniu oceny potrzeb osoby pokrzywdzonej przestępstwem należy brać pod uwagę takie cechy osobowe ofiary jak m.in. tożsamość i ekspresja płciowa oraz orientacja seksualna, a także rodzaj i charakter oraz okoliczności przestępstwa, na przykład: czy chodzi o przestępstwo z nienawiści, wynikające z uprzedzeń lub dyskryminacji.

Dyrektywa została wdrożona do polskiego porządku prawnego przede wszystkim poprzez uchwalenie ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁹¹ oraz wprowadzenie zmian do Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu karnego. W celu zapewnienia osobom pokrzywdzonym przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami standardu ochrony, o którym mowa w dyrektywie, konieczne wydaje się wprowadzenie dalszych zmian⁹².

Jak wynika z omówionego wyżej międzynarodowego standardu, niezwykle istotne jest stałe monitorowanie postępowań w sprawach przestępstw motywowanych uprzedzeniami, m.in. w celu ewentualnego zwiększenia ochrony prawnej przed przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami względem innych niż wymienione obecnie w przepisach grup.

Przepisem prawa, który może znajdować zastosowanie w sprawach mowy nienawiści w przekazie reklamowym, jest art. 16b ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁹³, zgodnie z którym przekaz handlowy nie może zawierać treści dyskryminujących ze względu na rasę, płeć, narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek czy

⁸⁹ Posttraumatic stress disorder – zespół stresu pourazowego.

⁹⁰ Por. Przepisy prawa motywowane uprzedzeniami. Analiza i zalecenia, raport z serii Zasada równego traktowania - prawo i praktyka nr 23, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2017, nr 6, Warszawa 2017.

⁹¹ Dz. U. z 2015 r. poz. 21.

⁹² *Przestępstwa motywowane uprzedzeniami. Analiza i zalecenia*, raport z serii Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka nr 23, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2017, nr 6, Warszawa 2017, s. 91.

⁹³ Dz. U. z 2017 r. poz. 1414.

orientację seksualną. Za naruszenie tego obowiązku nadawca może zostać ukarany karą pieniężną przez Prezesa Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (art. 53 ust. 1 ustawy). W art. 18 ustawy, formułującym wymogi wobec audycji i innych przekazów medialnych, wskazano natomiast, że nie mogą zawierać one treści nawołujących do nienawiści lub dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość. Orientacja seksualna i tożsamość płciowa nie zostały więc wymienione w tym zamkniętym katalogu przesłanek.

Warto też podkreślić, że w obliczu braku przepisów prawa powszechnie obowiązującego jednoznacznie zakazujących mowy nienawiści wobec osób LGBT, na znaczeniu zyskują wewnętrzne regulacje podmiotów prawa prywatnego, np. Polskiego Związku Piłki Nożnej.

Przykład z praktyki

W marcu 2019 r. podczas meczy klubów Lechia Gdańsk - Wisła Płock oraz Legia Warszawa - Miedź Legnica, kibice wywiesili na stadionach jednoznacznie homofobiczne transparenty, których treści miały charakter niewątpliwie obraźliwy i naruszający godność osób nieheteronormatywnych. W wyniku wskazanych zdarzeń, Komisja Ligi Ekstraklasy nałożyła kary dyscyplinarne na kluby Legia Warszawa. Podstawę nałożenia kar stanowił art. 67 w zw. z art. 4§2 Regulaminu Dyscyplinarnego PZNP, w myśl których zabronione jest prezentowanie na stadionach treści o charakterze pogardliwym, rażąco nieetycznym i treści dyskryminujących (katalog przesłanek dyskryminacyjnych jest w przepisie otwarty), a kluby ponoszą odpowiedzialność za takie – i inne- zachowania swoich kibiców na zasadzie ryzyka.

3.4. Wnioski i rekomendacje

Wskazany wyżej międzynarodowy standard ochrony przed mową nienawiści i przestępstwami z nienawiści, w tym związanymi z uprzedzeniami ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, zobowiązuje państwa do podejmowania wszelkich niezbędnych kroków mających na celu przeciwdziałanie tym zjawiskom. Międzynarodowe standardy jednoznacznie wskazują m.in. na obowiązek przyjęcia krajowych regulacji i procedur gwarantujących ustalenie szczególnego motywu sprawców przestępstw z nienawiści oraz zagrożenie takich czynów wyższym wymiarem kary.

Polski system prawny pozostaje obecnie daleki od realizacji wskazanych wyżej standardów w odniesieniu do osób LGBT. Popęlenie przestępstwa z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej pokrzywdzonego zgodnie z przepisami prawa krajowego nie nakłada na organy ścigania obowiązku ustalenia homo-, bi- czy transfobicznego motywu sprawcy – może to prowadzić do opisywanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka „zamykania oczu” na specyfikę przestępstw motywowanych uprzedzeniami względem osób LGBT.

Ścigane z urzędu przestępstwa znieważenia i naruszenia nietykalności cielesnej popełnione ze względu na rasę, narodowość, pochodzenie etniczne, wyznanie lub bezwyznaniowość, jeśli zostały popełnione ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową – ścigane są na wniosek. Na aprobatę zasługują przypadki objęcia ich ściganiem z urzędu ze względu na szczególny charakter przestępstw motywowanych uprzedzeniami.

Nawoływanie do nienawiści i znieważenia grupy ludności z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej nie jest w Polsce przestępstwem. Jedynie, jeżeli nienawistna wypowiedź jest skierowana bezpośrednio do konkretnej osoby, może ona skierować do sądu prywatny akt oskarżenia w sprawie znieważenia. Z tego powodu w sprawach publicznego prezentowania haseł czy symboli o takim charakterze zastosowanie znajdują niekiedy przepisy Kodeksu wykroczeń – wykroczeniem jest bowiem umieszczenie w miejscu publicznym „nieprzyzwoitego” ogłoszenia, napisu lub rysunku albo używanie słów „nieprzyzwoitych”.

W obliczu braku regulacji prawnych gwarantujących pełną ochronę przed przemocą motywowaną homo- bi- i transfobią oraz mową nienawiści opartą na uprzedzeniach wobec osób LGBT, organy ścigania powinny w sposób szczególnie angażować się w przeciwdziałanie tym zjawiskom, przy wykorzystaniu obowiązujących przepisów. Brak regulacji szczególnych dotyczących takich zdarzeń nie oznacza bowiem w żadnym wypadku, że przemoc i mowa nienawiści ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową są dozwolone.

Analiza orzecznictwa sądowego – także w sprawach cywilnych – pozwala wysnuć wniosek, że sądy udzielają ochrony prawnej wypowiedziom o cechach homofobicznej mowy nienawiści jako korzystającym z wolności słowa, nie zaś wypowiedziom krytycznym względem osób publicznych stosujących mowę nienawiści.

Wypowiedzi naruszające godność osób LGBT mogą być także przedmiotem powództwa cywilnego o naruszenie dóbr osobistych, w których to sprawach powodom udaje się skutecznie wnieść o zabezpieczenie roszczenia, w drodze zakazu rozpowszechniania homo- bi- i transfobicznych treści.

Rekomendacje:

- Zwiększenie ochrony osób pokrzywdzonych przestępstwami motywowanymi homofobią, bifobią i transfobią poprzez:
 - kryminalizację nawoływania do nienawiści i znieważenia, w tym znieważenia publicznego, poszczególnych grup z powodu rzeczywistej lub domniemanej orientacji seksualnej i tożsamości płciowej;
 - nowelizację art. 119 § 1, art. 256 § 1 i art. 257 Kodeksu karnego – tak aby przestępstwa motywowane uprzedzeniami ze względu na rzeczywistą lub domniemaną orientację seksualną lub tożsamość były ścigane z urzędu i karane;
 - zapewnienie osobom pokrzywdzonym przestępstwami motywowanymi homofobią, bifobią i transfobią faktycznego dostępu do środków ochrony przewidzianych w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁹⁴, w celu realizacji

⁹⁴ Dz.U. z 2015 r. poz. 21.

standardu ochrony wynikającego z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r.⁹⁵.

- Nowelizacja art. 18 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁹⁶ w celu zapewnienia ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną nie tylko w materiałach reklamowych, ale też audycjach i innych przekazach.

⁹⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW.

⁹⁶ Dz. U. z 2017 r. poz 1414.

4. Wolność stowarzyszania

4.1. Wolność stowarzyszania w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Stowarzyszenia są istotne dla prawidłowego funkcjonowania demokracji. Pluralizm jest zbudowany na autentycznym uznaniu i poszanowaniu różnorodności oraz dynamice tradycji kulturowej, etnicznej i kulturowej tożsamości, przekonaniach religijnych, artystycznych literackich oraz koncepcjach i pojęciach socjoekonomicznych⁹⁷. Harmonijna interakcja osób i grup o różnej tożsamości jest niezbędna do osiągnięcia spójności społecznej. Społeczeństwo obywatelskie funkcjonuje w prawidłowy sposób, gdy udział obywateli w demokratycznych procesach w dużym stopniu uzyskiwany jest przez przynależność do stowarzyszeń, w ramach których mogą oni integrować się oraz razem popierać wspólne cele⁹⁸.

Państwo jest podstawowym gwarantem zasady pluralizmu⁹⁹. Faktyczne i skuteczne poszanowanie wolności stowarzyszania i gromadzenia się nie może być ograniczone jedynie do obowiązku po stronie państwa do nieingerowania. Państwo ma pozytywny obowiązek zabezpieczenia korzystania z tych wolności¹⁰⁰. Obowiązek ten jest szczególnie ważny dla osób o niepopularnych poglądach czy przynależących do mniejszości, ponieważ osoby te są bardziej narażone na prześladowanie¹⁰¹.

Pojęcie „stowarzyszenie” ma wymiar autonomiczny, bez względu na jego klasyfikację w systemie prawa krajowego¹⁰². Wolność stowarzyszania się pozwala każdej osobie na dobrowolne i wolne od ingerencji państwa łączenie się z innymi w zamiarze osiągnięcia wspólnego celu¹⁰³. W ten sposób jednostka nie tylko chroni sferę swojej prywatnej egzystencji przed ingerencją ze strony państwa, ale także wkracza w ten sposób w sferę życia społecznego danej wspólnoty¹⁰⁴.

Swoboda stowarzyszania się ma szczególnie istotne znaczenie dla osób należących do mniejszości, nie tylko narodowych i etnicznych¹⁰⁵, ale również dla osób homoseksualnych. Wymogiem demokracji jest zapewnienie stowarzyszania się m.in. na rzecz rozwijania świadomości mniejszości. Wynika to z pluralizmu oraz wstępowaniu obywateli do stowarzyszeń, co jest charakterystyczne dla procesu demokratycznego¹⁰⁶.

⁹⁷ Wyrok ETPC z 3.5.2007 r. Bączkowski i inni p. Polsce, skarga nr 1543/06, § 62.

⁹⁸ Wyrok ETPC z 17.2.2004 r. Gorzelik i Inni p. Polsce (WI), skarga nr 44158/98, § 92.

⁹⁹ Wyrok ETPC z 24.12.1993 r. Informationsverein Lentia oraz Inni p. Austrii, skargi nr 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 oraz 17207/90, § 38.

¹⁰⁰ Wyrok ETPC z 2.7.2002 r. Wilson, National Union of Journalists i Inni p. Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 30668/96, 30671/96 i 30678/96, § 41.

¹⁰¹ Wyrok ETPC Bączkowski..., § 64.

¹⁰² Wyrok ETPC z 29.4.2009 r. Chassagnou i inni p. Francji, skargi nr 25088/94, 28331/95 oraz 28443/95.

¹⁰³ Decyzja Komisji PC z 6.7.1977 r. Association X p. Szwecji, skarga nr 6094/73.

¹⁰⁴ Zob. Ch. Tomuschat, Freedom of Association, [w:] R. St. J. Macdonald (red.), The European System for the Protection of Human Rights, Londyn 1993, s. 493.

¹⁰⁵ Wyrok ETPC Gorzelik i inni p. Polsce, Wielka Izba, § 93.

¹⁰⁶ Ibidem, § 92.

Art. 11 EKPC chroni jednostkę przed arbitralną ingerencją władzy publicznej w wykonywanie praw chronionych tym przepisem. Państwo ma pozytywny obowiązek działania w celu zapewnienia efektywnego korzystania z tych praw¹⁰⁷. Z przepisu tego wynika obowiązek państwa zapewnienia odpowiednich podstaw prawnych dla efektywnego wykonywania prawa swobodnego zrzeszania się poprzez stworzenie zasad i trybu tworzenia zrzeszeń, określenia ram ich struktury organizacyjnej oraz nabywania osobowości prawnej, zasad odpowiedzialności oraz zasad i trybu likwidacji oraz rozwiązywania zrzeszeń. Esencją prawa do stowarzyszania się jest możliwość tworzenia struktur prawnych dla zbiorowego działania pozwalającego realizować wspólne interesy. O tym jaki jest poziom demokracji w danym kraju świadczy sposób określenia przez ustawodawcę tej swobody oraz stosunek państwa do niej¹⁰⁸.

Ograniczenia swobodnego stowarzyszania się są wskazane przez art. 11 ust. 2 Konwencji i muszą być: określone ustawami i konieczne w społeczeństwie demokratycznym dla realizacji jednego lub więcej celów wymienionych enumeratywnie w tym przepisie. Interpretując zwrot „konieczne w społeczeństwie demokratycznym” należy uwzględnić konwencyjną koncepcję demokracji¹⁰⁹. „Pluralizm, tolerancja i otwartość są cechami demokratycznego społeczeństwa i chociaż interesy jednostki trzeba czasami podporządkować interesom grupowym, demokracja nie oznacza, iż poglądy większości zawsze przeważają. Chodzi o zapewnienie równowagi pozwalającej na rzetelne i właściwe traktowanie mniejszości oraz uniknięcie nadużyć wynikających z dominującej pozycji”¹¹⁰. Przy dokonywaniu oceny wskazanej konieczności, a także naglącej społecznej potrzeby, państwa mają ograniczony margines swobody oceny, który podlega kontroli Trybunału pod kątem proporcjonalności ingerencji do poszukiwanego celu oraz powodów państwa za tą ingerencją stojących. Ograniczenie prawa do wolności zrzeszania się powinno być bowiem proporcjonalne do poszukiwanego celu, a konkurujące interesy wyważone. Państwo powinno bardzo ostrożnie korzystać z uprawnienia do obrony społeczeństwa przed stowarzyszeniami, które mogą mu zagrażać: wyjątki muszą być interpretowane ściśle, a przemawiać za nimi nieodparte przyczyny¹¹¹.

ETPC zakomunikował rosyjskiemu rządowi sprawę *Alekseyev* oraz *Movement for Marriage Equality*¹¹² dotyczącą odmowy zarejestrowania stowarzyszenia z uwagi na niezgodność jego celów z rosyjskim prawem. Sąd rosyjski oddalając zażalenie skarżącego wskazał, że zgodnie z narodową tradycją małżeństwo stanowi związek mężczyzny i kobiety zawarty w celu urodzenia i wychowywania dzieci. Promocja legalizacji małżeństw jedнопłciowych była zatem niezgodna z moralnością publiczną, państwową polityką rodzinną i macierzyństwem oraz prawem krajowym. Skarżący zarzucili naruszenie

¹⁰⁷ Wyrok ETPC *Wilson, National Union of Journalists i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 41.

¹⁰⁸ Wyrok ETPC *Sidiripoulos i Inni p. Grecji* z 10.7.1998 r., skarga nr 26695/95, § 40.

¹⁰⁹ Wyrok ETPC *United Communist Party of Turkey i inni p. Turcji* z 30.1.1998 r., skarga nr 19392/92, §45.

¹¹⁰ M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 827.

¹¹¹ Wyrok ETPC z 27.10.2016 r. *Les Authentiks i Supras Auteuil* 91 p. Francji, skargi nr 4696/11 oraz 4703/11, § 80-84.

¹¹² Komunikacja z 22.3.2016 r. *Alekseyev* oraz *Movement for Marriage Equality* p. Rosji, skargi nr 35949/11 oraz 58282/12.

art. 11 EKPC osobno oraz w związku z art. 14 EKPC z uwagi na odmowę rejestracji stowarzyszenia oraz dyskryminację wynikającą z orientacji seksualnej. Wskazali, że odmowa rejestracji została oparta na przekonaniu władz, że homoseksualizm jest niemoralny oraz stanowi grzech, a organizacje broniące praw homoseksualistów nie powinny istnieć. ETPC w komunikacji zadał rosyjskiemu rządowi pytania odnośnie do tego, czy odmowa zarejestrowania organizacji była zgodna z art. 11 EKPC, a dyskryminacja organizacji naruszyła art. 14 EKPC. Orzeczenie jeszcze nie zapadło.

Każdy powinien mieć możliwość założenia stowarzyszenia, które przekazywałyby informacje dla lub na temat osób homoseksualnych, biseksualnych i transpłciowych, ułatwiałyby komunikację pomiędzy nimi i działały na rzecz ich praw. Nie można nadużywać pojęcia porządku publicznego, moralności publicznej, zdrowia i bezpieczeństwa publicznego w celu ograniczania korzystania z prawa do wolności stowarzyszania się - obowiązkiem państwa jest ochrona jednostek przed tego typu nadużyciami. Odmowa zarejestrowania stowarzyszenia może nastąpić tylko na podstawie obiektywnie usprawiedliwionej i właściwie uzasadnionej decyzji, podlegającej zaskarżeniu. Państwa, w których prawo lub praktyka zakazuje zakładania organizacji działających na rzecz praw człowieka osób homoseksualnych, biseksualnych i transpłciowych, powinny uchylić to prawo lub zakazać praktyki oraz pozwolić na ponowną rejestrację w przypadkach, w których dana organizacja została rozwiązana¹¹³.

Organizacje pozarządowe powinny mieć dostęp do środków publicznych przeznaczonych na ich finansowanie bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową. Powinny one mieć nieograniczoną możliwość ubiegania się i otrzymywania dotacji od władz publicznych czy też prywatnych darczyńców. Dotacje te mogą podlegać tylko stosownym przepisom celnym, dewizowym, dotyczącym przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz dotyczącym finansowania kampanii wyborczych i partii politycznych¹¹⁴.

Jak wynika z Raportu Komitetu Spraw Prawnych i Praw Człowieka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 24 lutego 2009 r. pt. „Sytuacja obrońców praw człowieka w państwach członkowskich Rady Europy”¹¹⁵, mimo że w ostatnich latach aktywność obrońców praw człowieka w państwach członkowskich Rady Europy zajmujących się prawami człowieka osób LGBT znacznie się zintensyfikowała, to wciąż osoby te narażają się na duże ryzyko.

¹¹³ Wyroki ETPC: z 20.10.2005 r. United Macedonian Organisation Ilinden – PIRIN i Inni p. Bułgarii, skarga nr 59489/00, § 56; z 5.10.2004 r. Presidential Party of Mordovia p. Rosji, skarga nr 65659/01, § 26-33; z 30.1.1998 r. The United Communist Party of Turkey p. Turcji., skarga nr 19392/92, § 43-47.

¹¹⁴ Zalecenie CM/Rec (2007) 14 Komitetu Ministrów skierowane do państw członkowskich dotyczące statusu prawnego organizacji pozarządowych w Europie; <https://www.osce.org/odihr/33742?download=true> (dostęp: 9/10/2018 r.).

¹¹⁵ <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbnQvbnceveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0xMjI5NSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvW HNsdc9QZGYvWFJlZi1XRClBVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTEyMjk1> (dostęp: 9/10/2018 r.).

Zgodnie z Raportem OBWE „Obrońcy praw człowieka w regionie OBWE: wyzwania i dobre praktyki”¹¹⁶ przeszkody w korzystaniu z wolności stowarzyszania się mogą przybrać formę odmowy rejestracji stowarzyszenia, rozwiązania, wydalenia lub gróźb wydalenia z zajmowanych budynków, uszkodzenia lub ataków na budynki, kampanii zniesławiających i nadużyć podatkowych. Mogą też mieć charakter represyjny: sankcje karne za działalność niezarejestrowaną, nieuzasadnione ściganie, bardzo wysokie opłaty za rejestrację lub ponowną rejestrację, kontrole, audyty, śledztwa prowadzone przez przedstawicieli państwa, nadużycia podatkowe, a nawet nielegalne opodatkowanie.

Obrońcy praw LGBT są najbardziej, spośród wszystkich obrońców praw człowieka, narażeni na ataki i nadużycia z uwagi na ich tożsamość oraz zagadnienia, którymi się zajmują¹¹⁷. Jak wynika z Deklaracji Komitetu Ministrów w sprawie działań Rady Europy na rzecz poprawy ochrony obrońców praw człowieka i promowania ich działalności z dnia 6 lutego 2008 r.¹¹⁸, państwa członkowskie powinny przyjąć skuteczne środki w celu ochrony, promocji i poszanowania obrońców praw człowieka i zapewnienia poszanowania dla ich działalności oraz powinny stworzyć sprzyjającą atmosferę dla ich pracy, umożliwiając jednostkom, grupom i stowarzyszeniom swobodne wykonywanie ich działań, mających na celu promowanie i dążenie do zapewnienia ochrony praw człowieka i podstawowych wolności na podstawie prawa i w zgodzie ze standardami międzynarodowymi – bez ograniczeń innych niż te, które zostały dopuszczone przez Europejską Konwencję Praw Człowieka.

W szczególnej sytuacji znajdują się przy tym osoby i organizacje pozarządowe podejmujące działania na rzecz ochrony praw człowieka i podstawowych wolności oraz przeciwstawiające się nienawiści. Jak wynika z przekazanego w listopadzie 2016 r. przez organizacje pozarządowe Specjalnemu Sprawozdawcy ONZ ds. obrońców praw człowieka raportu o sytuacji w Polsce, postępowania w sprawach fizycznych ataków na aktywistów i mienie organizacji pozarządowych działających na rzecz osób LGBT nie przyniosły oczekiwanych rezultatów. Obserwacje organizacji pozarządowych znajdują potwierdzenie w raporcie Specjalnego Sprawozdawcy z dnia 23 stycznia 2017 r. o sytuacji obrońców praw człowieka przedłożonym Radzie Praw Człowieka¹¹⁹. Skala dyskryminacji i ataków skierowanych w obrońców praw lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transpłciowych i interpłciowych w jego ocenie wzrosła w alarmującym stopniu (pkt 26).

Zapewnienie wsparcia osobom i organizacjom działającym na rzecz ochrony praw człowieka i podstawowych wolności, w tym praw osób LGBT, umożliwiającemu im niezakłócaną działalność

¹¹⁶ http://www.osce.org/publications/odihr/2008/12/35711_1217_en.pdf, § 19 i następne (dostęp: 9/10/2018 r.).

¹¹⁷ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1660 (2009) – Sytuacja obrońców praw człowieka w państwach członkowskich Rady Europy, § 5; <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=17727&lang=en> (dostęp: 9/10/2018 r.).

¹¹⁸ Deklaracja Komitetu Ministrów w sprawie działań Rady Europy na rzecz poprawy ochrony obrońców praw człowieka i promowania ich działalności (przyjęta dnia 6.2.2008 r. na 1017 spotkaniu zastępców ministrów).

¹¹⁹ Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights defenders, <https://daccess-ods.un.org/TMP/2874885.20145416.html> (dostęp: 9/10/2018 r.).

w poczuciu bezpieczeństwa, jest obowiązkiem państwa, zgodnie z rezolucją Rady Praw Człowieka w sprawie obrońców praw człowieka z dnia 12 kwietnia 2013 r.¹²⁰

Działania te mogą obejmować, na przykład, pozwolenie obrońcom praw człowieka na wiązanie się między sobą w sieć organizacji, a także z niezależnymi państwowymi instytucjami zajmującymi się prawami człowieka i rzecznikami praw obywatelskich, mediami, obrońcami praw człowieka z innych krajów i organizacjami międzynarodowymi; działania te mogą też polegać na zachęcaniu do udziału obrońców praw człowieka w szkoleniach, międzynarodowych konferencjach i innych działaniach mających na celu popieranie praw człowieka¹²¹.

Państwa powinny nie tylko powstrzymać się przed ingerencją w działalność tych stowarzyszeń, skutkującą dyskryminacyjnymi restrykcjami w korzystaniu z prawa do wolności stowarzyszania się, ale i powziąć odpowiednie kroki, aby zapewnić, by takie organizacje działały swobodnie i mogły bronić swoich interesów, gdy jest to konieczne, jak i powinny ułatwiać i promować pracę tych organizacji. Państwa powinny również zaangażować je na partnerskich zasadach w prace nad tworzeniem i wdrażaniem odpowiednich polityk, tak aby ich głos mógł zostać usłyszany¹²².

Zadaniem państwa jest zatem opracowanie planu współpracy z organizacjami broniącymi praw osób LGBT, planów wymiany informacji i dobrych praktyk na temat sposobów zapobiegania dyskryminacji na podstawie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej oraz promowania szacunku i tolerancji. Państwa powinny angażować się w prowadzenie kampanii uświadamiających, aby sprzyjać atmosferze zaufania i wzajemnego szacunku pomiędzy członkami danych społeczności a administracją publiczną. Powinny również konsultować się z organizacjami broniącymi praw LGBT odpowiednio przy uchwalaniu i wdrażaniu środków, które mogą mieć wpływ na ich prawa człowieka¹²³.

4.2.Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Rzecznikowi znany jest przypadek oddalenia wniosku o zarejestrowanie fundacji, której celem była m.in. działalność na rzecz osób transpłciowych i interpłciowych¹²⁴. Jak wynika z uzasadnienia postanowienia Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu, w ocenie referendarza sądowego cele fundacji nie mieściły się w zakresie celów, dla których fundacje mogą być powoływane. Zgodnie z art. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach¹²⁵, fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad

¹²⁰ Rezolucja Rady Praw Człowieka w sprawie obrońców praw człowieka z dnia 12 kwietnia 2013 r., A/HRC/RES/22/6, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/129/29/PDF/G1312929.pdf?OpenElement> (dostęp: 9/10/2018 r.).

¹²¹ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)... , s. 16.

¹²² Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)... , s. 17.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Postanowienie Sądu Rejonowego Poznań-Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu z dnia 22 marca 2017 r., sygn. akt PO.VIII.Ns-Rej.KRS 4941/17/900 (niepubl.).

¹²⁵ Dz. U. z 2016 r. poz. 40.

zabytkami. Sąd uznał co prawda, że cele fundacji są społecznie użyteczne, ale są sprzeczne z „podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej”. Trudno znaleźć zdaniem Sądu „przełożenie celów fundacji na prawa i wolności określone w Konstytucji”. Za odmową dokonania rejestracji fundacji przemawiać miał także brak przejrzystości statutu, który posługiwał się pojęciami takimi jak: osoby transseksualne, transgenderowe, niebinarne, agenderowe, queergenderowe, transwestytyczne, interseksualne. Fundacja została zarejestrowana po wykreśleniu z jej statutu celów odnoszących się do działań na rzecz osób transpłciowych i interpłciowych.

W ostatnich latach realizacji celów statutowych fundacji i stowarzyszeń działających na rzecz praw osób LGBT zagrażać mogą ponadto nasilające się ataki na siedziby tych organizacji. Rzecznik kilkakrotnie wzywał organy ścigania do dołożenia wszelkich starań w celu wykrycia sprawców tych ataków i ich właściwego ukarania¹²⁶. Postępowania karne w sprawach fizycznych ataków na aktywistów i siedziby organizacji pozarządowych działających na rzecz osób LGBT zostały umorzone z powodu niewykrycia sprawców. Rzecznik apelował także do przedstawicieli władzy publicznej o potępienie wszelkich ataków na tego rodzaju organizacje w celu budowania w osobach pokrzywdzonych przestępstwami motywowanymi uprzedzeniami przekonania o tym, że zasługują na skuteczną ochronę, a przypadki naruszeń ich praw podstawowych nie są władzy publicznej obojętne.

4.3. Wnioski i rekomendacje

Zobowiązania międzynarodowe obligują państwo do przestrzegania, ochrony i realizacji wolności stowarzyszania, stanowiącej jeden z fundamentów demokracji i pluralistycznego społeczeństwa. Obowiązek ten jest szczególnie istotny w odniesieniu do mniejszości i obrońców praw człowieka działających na ich rzecz. Jak wynika z prowadzonych badań i analiz, osoby i organizacje działające na rzecz praw osób LGBT są narażone na ataki, stygmatyzację i nadużycia ze względu na sprawy, którymi się zajmują. Zapewnienie im wsparcia i ochrony, umożliwiających niezakłócone działanie w poczuciu bezpieczeństwa, jest więc szczególnie istotnym obowiązkiem państwa.

Polskie prawo w żaden sposób nie ogranicza prawa do stowarzyszania się osobom LGBT - Rzecznikowi znany jest jednak jeden przypadek oddalenia wniosku o zarejestrowanie fundacji ze względu przedmiot jej działalności na rzecz osób transpłciowych i interpłciowych. Jakkolwiek jest to przypadek jednostkowy, istotne wydaje się monitorowanie procesu rejestracji organizacji pozarządowych na wypadek wystąpienia takiej sytuacji ponownie.

Niepokój wywołują też coraz częstsze ataki na siedziby stowarzyszeń i fundacji działających na rzecz osób LGBT, które mogą prowadzić do ograniczenia możliwości realizacji przez nie działań statutowych. Chociaż więc co do zasady Polska nie narusza międzynarodowych zobowiązań dotyczących umożliwienia osobom LGBT korzystania z ich wolności stowarzyszania, nie sposób stwierdzić,

¹²⁶ Zob. m.in. oświadczenie z dnia 5 marca 2016 r.: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rzecznik-w-sprawie-atakow-na-osoby-i-organizacje-dzialajace-na-rzecz-promowania-i-ochrony-praw> oraz oświadczenie z dnia 9 maja 2017 r.

że międzynarodowy standard dotyczący szczególnej ochrony organizacji zrzeszających obrońców praw osób LGBT jest obecnie w Polsce satysfakcjonująco realizowany.

Rekomendacje:

- Zapewnienie organizacjom broniącym praw osób LGBT możliwości niezakłóconego działania w poczuciu bezpieczeństwa poprzez zwiększenie ochrony osób pokrzywdzonych przestępstwami motywowanymi homofobią, bifobią i transfobią.

5. Wolność wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się

5.1. Wolność wyrażania opinii w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Zgodnie z art. 10 ust. 1 oraz 11 ust. 1 EKPC Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii oraz do swobodnego, pokojowego zgromadzania się. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Powyższa wolność nie może być ograniczona z uwagi na orientację seksualną czy tożsamość płciową. Prawo do swobodnego wyrażania opinii obejmuje swobodę poszukiwania, otrzymywania i rozpowszechniania wszelkich informacji i poglądów, bez względu na granice państwowe, ustnie, pismem lub drukiem, w postaci dzieła sztuki bądź w jakiegokolwiek inny sposób według własnego wyboru (art. 19 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.).

Prawo to obejmuje prawo do wyrażania swojej tożsamości i osobowości za pomocą mowy, sposobu zachowania się, ubioru, fizycznej cechy charakterystycznej, wyboru imienia lub jakiegokolwiek innego środka, jak i swobodę poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji i poglądów wszelkiego rodzaju, w tym dotyczących praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, poprzez jakiegokolwiek środek wyrazu¹²⁷.

Po stronie państwa leży obowiązek zachęcania do odbierania i przekazywania informacji i poglądów związanych z orientacją seksualną i tożsamością płciową, łącznie ze wspieraniem działań na rzecz praw człowieka osób LGBT, publikacji materiałów, relacji medialnych, organizacji lub udziału w konferencjach oraz rozpowszechniania i dostępu do informacji na temat bezpiecznych praktyk seksualnych. Zadaniem państwa jest wspieranie pluralizmu i niedyskryminacji w mediach w odniesieniu do kwestii orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

W sprawie *Kaos GL*¹²⁸, dotyczącej zajęcia przez tureckie władze wszystkich egzemplarzy numeru poświęconego pornografii z perspektywy osób LGBT (różne podejścia do tematu, analizy krytyczne) na podstawie nakazu sądu kierującego się ochroną moralności publicznej, Trybunał przy ocenie „konieczności” ingerencji zwrócił uwagi na motywy podane przez sąd – w istocie, nie sposób było ustalić z orzeczeń sądów, dlaczego dany artykuł czy zdjęcie z magazynu stanowiło zagrożenie dla moralności publicznej. Powołanie się w sposób ogólny i bez uzasadnienia na kwestię ochrony moralności publicznej nie może uzasadniać środka w postaci zajęcia czy konfiskaty wszystkich numerów magazynu. Trybunał zauważył, że treść magazynu mogła być postrzegana jako mogąca urazić wrażliwość nieświadomej publiki. Zdaniem Trybunału, biorąc pod uwagę treść artykułów dotyczących seksualności społeczności LGBT oraz pornografii, a także charakter zdjęć w nim zamieszczonych,

¹²⁷ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 17.

¹²⁸ Wyrok ETPC z 22.11.2016 r. *KAOS GL* p. Turcji, skarga nr 4982/07.

magazyn ten mógł być postrzegany jako nieprzeznaczony dla wszystkich, lecz dla wybranego odbiorcy. Środki zmierzające do zamknięcia dostępu do magazynu pewnym grupom (w szczególności małoletnim) mogłyby zostać więc uznane za konieczne w społeczeństwie. Mimo to nie było uzasadnione zamknięcie dostępu do magazynu wszystkim, zaś władze nie poszukiwały środka mniej dolegliwego niż zajęcie wszystkich magazynów tego numeru (np. zakaz sprzedaży osobom poniżej 18. roku życia, obowiązek sprzedaży ze specjalną naklejką, że magazyn jest przeznaczony dla dorosłych, czy też nawet usunięcie publikacji z kiosków, pozostawiając możliwość jego dostania przez prenumeratorów). Z tych przyczyn ingerencji nie uznano za proporcjonalną, stwierdzając naruszenie art. 10 Konwencji¹²⁹.

Sprawa Bayev przeciwko Rosji dotyczyła skargi złożonej przez trzech gejowskich aktywistów na rosyjskie prawo zakazujące promocji homoseksualności znane jako „prawo dotyczące gejowskiej propagandy”. W kilku aktach prawnych - ostatni z 2013 r. – zakazano publicznego promowania homoseksualności wśród nieletnich poprzez m.in. wprowadzenie nowego typu wykroczenia polegającego na publicznym promowaniu homoseksualności wśród nieletnich.

Czyny „promujące nietradycyjne związki seksualne” wśród nieletnich zagrożone zostały karą grzywny. W proteście przeciwko tym aktom prawnym, aktywiści organizowali demonstracje w latach 2009-2012 przed szkołami, w czasie których trzymali banery z hasłami m.in. „Homoseksualność jest normalna”, „Jestem dumny z bycia homoseksualistą”, „Dzieci mają prawo wiedzieć. Wielkimi tego świata są również geje; są również wspaniali geje. Homoseksualność jest zgodna z naturą i normalna”, „Homoseksualność nie jest perwersją w przeciwieństwie do hokeja na trawie czy baletu na lodzie”. W konsekwencji skarżący zostali ukarani grzywnami za popełnienie wykroczeń polegających na publicznym promowaniu homoseksualności wśród nieletnich.

Trybunał stwierdził, iż niezgodne z wartościami wynikającymi z Konwencji byłoby uwarunkowanie praw mniejszości od akceptacji większości. Gdyby to uczynić prawa mniejszości do wolności wyznania, słowa i zgromadzeń stałyby się teoretyczne a nie skuteczne, jak tego wymaga Konwencja. Dlatego nie da się usprawiedliwić zakazu publicznej debaty w kwestiach dotyczących środowisk LGBT ochroną moralności.

Trybunał uznał w szczególności, że pomimo że przedmiotowe akty prawne miały początkowo na celu ochronę nieletnich, to granice tych praw nie zostały jasno wytyczone, a ich zastosowanie było arbitralne. Dodatkowo prawdziwym celem tych aktów prawnych, biorąc pod uwagę sposób ich sformułowania i zastosowania w sprawie skarżących, była dyskryminacja, która nie służyła żadnemu uzasadnionemu publicznemu celowi. Istotnie, dokonując zmian legislacyjnych władze rosyjskie wzmocniły stygmatyzm oraz uprzedzenia, zachęcając do homo- i bifobii, która jest niezgodna z wartościami demokratycznego społeczeństwa.

¹²⁹ Ibidem, § 60-65.

Trybunał wskazał, że „nawet przyjmując, że obowiązek władz do poszanowania poglądów religijnych i filozoficznych rodziców może być interpretowany jako wymagający od nich podjęcia środków ustalających program instytucji edukacyjnych, to byłoby nierealnym wymagać, by automatycznie dawać priorytet poglądom religijnym i filozoficznym rodziców w każdej sytuacji, zwłaszcza poza szkołą. Konwencja nie gwarantuje bowiem prawa do nie bycia konfrontowanym z opiniami, które są sprzeczne z naszymi przekonaniem¹³⁰.

Żart w telewizji ze znanego homoseksualnego prezentera telewizyjnego poprzez nazwanie go kobietą nie został uznany przez Trybunał za mowę nienawiści. W uzasadnieniu wskazano, że oskarżony o zniesławienie w postępowaniu karnym nie miał zamiaru atakować reputacji skarżącego i oceniał to w sposób, w jaki rozsądny widz przedmiotowego programu komediowego postrzegał ten żart. Ograniczenie wolności słowa na rzecz reputacji skarżącego byłoby więc w tej sytuacji nieproporcjonalne z punktu widzenia art. 10 Konwencji¹³¹.

5.2. Wolność zgromadzeń w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Jak wynika z doświadczenia państw członkowskich Rady Europy korzystanie ze swobody wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe oraz organizacje ich reprezentujące wiązała się czasami z pojawieniem się wrogości, prowadzącej do zakazywania marszów równości lub do brutalnych ataków na demonstrantów przy jednoczesnym niedopełnieniu przez policję obowiązku zapewnienia ochrony tym demonstrantom. Wielokrotnie władze, pomimo pozytywnego obowiązku ochrony swoich obywateli przed dyskryminacją, aprobują, aktywnie wspierają lub same dopuszczają się takich niesprawiedliwych działań, przez co zachęcają do homo-, bi- i transfobicznych postaw i działań¹³².

Byłoby niezgodne z wartościami leżącymi u podstaw Konwencji, gdyby wykonywanie praw w niej zawartych przez grupę mniejszości było zależne od akceptacji większości. Wówczas, prawa mniejszości do wolności religii, wyrażania opinii czy zgromadzeń stałyby się teoretyczne¹³³.

Trybunał wskazuje, że niezależnie od swojej autonomicznej funkcji i szczególnej sfery zastosowania, art. 11 EKPC powinien być również rozważany z punktu widzenia art. 10 EKPC. Ochrona opinii oraz wolności ich wyrażania jest jednym z celów wolności zgromadzeń i stowarzyszeń zapisanej w art. 11¹³⁴. Taki związek ma szczególne znaczenie w sytuacjach, gdy władze państwowe podejmują interwencję przeciwko zgromadzeniu czy stowarzyszeniu w reakcji na ich poglądy czy oświadczenia uczestników czy członków.

¹³⁰ Wyrok ETPC z 20.6.2017 r. Bayev i Inni p. Rosji, skargi nr 67667/09, 44092/12 oraz 56717/12, §81.

¹³¹ Wyrok ETPC z 22.3.2016 r. Sousa Goucha p. Portugalii, skarga nr 70434/12, § 55.

¹³² Raport FRA, Homophobia..., op. cit., część II – sytuacja społeczna, s. 54-58.

¹³³ Wyrok ETPC z 21.10.2010 r. Alekseyev p. Rosji, skargi nr 4916/07, 25924/08 oraz 14599/09, § 81.

¹³⁴ Wyrok ETPC z 8.12.1999 r. Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) p. Turcji, skarga nr 23885/94, § 37.

Wolność zgromadzeń chroni demonstracje, które mogą denerwować lub obrażać osoby przeciwne poglądom czy żądaniom, które chcą promować¹³⁵. Konieczność w demokratycznym społeczeństwie, o której mowa w art. 11 EKPC, zakłada, że ingerencja odpowiada „nagłej społecznej potrzebie”, a w szczególności, że jest proporcjonalna w stosunku do poszukiwanego celu. Jedną z cech charakterystycznych demokracji jest możliwość rozwiązywania problemów państwa w drodze dialogu bez odwołania się do przemocy, nawet jeśli te problemy są nieprzyjemne. Demokracja dobrze się rozwija przez wolność wypowiedzi. Z tego punktu widzenia, nie ma uzasadnienia dla utrudniania działań grupie tylko dlatego, że stara się debatować publicznie o sytuacji części obywateli oraz znaleźć, zgodnie z demokratycznymi zasadami, rozwiązania zdolne zadowolić zainteresowanych¹³⁶. Władze krajowe muszą zachować szczególną czujność, aby zagwarantować, że krajowa opinia publiczna nie będzie chroniona kosztem uznania poglądów mniejszości, niezależnie od tego, jak bardzo niepopularne by mogły być¹³⁷.

W sprawie Lashmankin i inni¹³⁸ władze powoływały się na szereg przyczyn uzasadniających zmianę lokalizacji, czasu i sposobu przeprowadzenia zgromadzenia aktywistów działających na rzecz praw osób LGBT. Wśród nich można wymienić ryzyko różnych zakłóceń zwyczajnego życia: ingerencja w ruch samochodowy i pieszych, w normalne funkcjonowanie władz publicznych oraz usług użyteczności publicznej, w utrzymanie prac w sąsiedztwie, w codzienne życie mieszkańców poprzez zakłócenie korzystania z parków czy sklepów, względy bezpieczeństwa narodowego - ryzyko zamachu terrorystycznego czy negatywny stosunek innych do poglądów wyrażanych w czasie publicznego zgromadzenia oraz ryzyko przemocy. Trybunał podkreślił, że zawsze wolność zgromadzeń koliduje z powyższymi dobrami. Władze przy tym nie wykazały, aby te ograniczenia wolności zgromadzeń były konieczne w demokratycznym społeczeństwie, w szczególności zaś proporcjonalne do poszukiwanego celu. Nie wykazały bowiem, w jaki sposób przekraczały nieunikniony stopień ingerencji w tych okolicznościach ani nie rozpatrzyły środków zminimalizowania stopnia ingerencji w zwyczajne życie (zmiana trasy komunikacji, stworzenie alternatywnych dróg dojazdu)¹³⁹.

Trybunał przyznał, że odmowa zatwierdzenia zgromadzenia publicznego tylko na tej podstawie, że ma się odbyć w tym samym miejscu i czasie, co inne publiczne zdarzenie, przy braku jasnego oraz obiektywnego wskazania, że oba wydarzenia nie mogą być zarządzane w odpowiedni sposób, stanowi nieproporcjonalną ingerencję w wolność zgromadzeń¹⁴⁰.

Trybunał przypomniał, że negatywny stosunek innych do poglądów wyrażanych na zgromadzeniu oraz towarzyszące mu ryzyko przemocy czy nawet ryzyko starcia jest niewystarczające do uzasadnienia

¹³⁵ Wyroki ETPC: z 21.6.1988 r. Plattform “Ärzte für das Leben” p. Austrii, skarga nr 10126/82, § 32; z 2.10.2001 r. Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden p. Bułgarii, skargi nr 29221/95 oraz 29225/95 § 86.

¹³⁶ Wyrok ETPC Stankov..., § 88.

¹³⁷ Ibidem, § 107.

¹³⁸ Wyrok ETPC z 7.2.2017 r., Lashmankin i Inni p. Rosji, skarga nr 57818/09.

¹³⁹ Ibidem, § 423.

¹⁴⁰ Ibidem, § 422.

zakazania wydarzenia. Gdyby zakazać każdego tego typu zdarzenia, społeczeństwo byłoby pozbawione możliwości usłyszenia poglądów odmiennych na tematy naruszające wrażliwość większości. Uczestnicy zgromadzenia muszą mieć możliwość przeprowadzania demonstracji bez strachu, że staną się obiektem fizycznej przemocy ze strony swoich przeciwników. Negatywny stosunek innych do poglądów wyrażanych na zgromadzeniu nie może być więc podstawą jego zakazania¹⁴¹.

Praktyka zezwalania na zgromadzenia, ale tylko w miejscu, gdzie nie może zobaczyć ani usłyszeć docelowa publiczność, a gdzie wpływ jest ograniczony, jest niezgodna z wymogami art. 11 EKPC¹⁴².

Jak wskazał Trybunał w sprawie *Bączkowski*: „dla istoty demokratycznej debaty czas publicznego zgromadzenia, na którym zostaną przedstawione pewne opinie, może być wyjątkowo istotny dla politycznej i społecznej wagi takiego zgromadzenia. Dlatego władze państwowe w pewnych okolicznościach mają prawo nie udzielić pozwolenia na odbycie demonstracji, jeśli taka odmowa jest zgodna z wymogami Artykułu 11 Konwencji, jednak nie mogą zmienić terminu zgromadzenia, w którym organizatorzy planują je odbyć. Jeśli zgromadzenie publiczne odbywa się później traci ono swoje znaczenie i wagę, co do bieżącej debaty politycznej i społecznej, a jego wpływ może znacząco się zmniejszyć. Wolność zgromadzeń może być pozbawiona znaczenia, jeśli nie można korzystać z niej w odpowiednim czasie”¹⁴³. Dlatego by mówić o skutecznym korzystaniu z prawa do wolności zgromadzeń, prawo krajowe powinno zawierać rozsądne terminy, w granicach, których władze państwowe powinny działać przy wydawaniu decyzji¹⁴⁴.

5.3. Obowiązek zabezpieczenia realizacji wolności wyrażania opinii i wolności zgromadzeń

Istnieje pozytywny obowiązek państwa przyjęcia skutecznych środków w celu zapewnienia bezpieczeństwa i poszanowania osób LGBT, które chcą się gromadzić i wypowiadać, nawet jeśli ich poglądy są niepopularne i nie są podzielane przez większość społeczeństwa. Lokalne władze, sądy, policja i krajowe organy ochrony praw człowieka mają w związku z tym obowiązek ochrony prawa do swobodnego wypowiedzania się i pokojowego zgromadzania się lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz organizacji zajmujących się ochroną praw tych osób¹⁴⁵. Władze mają obowiązek podjęcia odpowiednich środków, aby zapobiec przemocy skierowanej przeciwko uczestnikom zgromadzenia, a przynajmniej ograniczyć jej zakres¹⁴⁶.

Państwo musi działać jako ostateczny gwarant zasad pluralizmu, tolerancji oraz otwartości. Prawdziwa, skuteczna wolność zgromadzeń nie może być zredukowana do obowiązku państwa nieingerowania: negatywna koncepcja nie byłaby zgodna z przedmiotem i celem art. 11 EKPC. Przepis ten czasami

¹⁴¹ Ibidem, § 425.

¹⁴² Ibidem, § 426.

¹⁴³ Wyrok ETPC w sprawie *Bączkowski*..., § 82.

¹⁴⁴ Ibidem, § 83.

¹⁴⁵ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 18.

¹⁴⁶ Wyrok ETPC z 20.10.2005 r. *United Macedonian Organisation Ilinden and Ivanov p. Bułgarii*, skarga nr 44079/98, § 115.

wymaga podjęcia pozytywnych środków w sferze stosunków między jednostkami, jeżeli zachodzi taka potrzeba. Ten pozytywny obowiązek ma szczególne znaczenie dla osób posiadających niepopularne poglądy czy też należących do mniejszości, ponieważ są oni podatni na wiktyimizację¹⁴⁷.

Władze mają obowiązek podjąć odpowiednie środki odnośnie do legalnych demonstracji w celu zapewnienia ich pokojowego przebiegu oraz bezpieczeństwa wszystkich obywateli¹⁴⁸. Mimo wszystko, obowiązek ten nie ma charakteru absolutnego, a władze mają szeroki margines wyboru środków, z których skorzystają¹⁴⁹. Jest to zobowiązanie starannego działania, a nie rezultatu¹⁵⁰. Trybunał podkreślił wagę podjęcia środków prewencyjnych w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa, przykładowo poprzez zabezpieczenie obecności służb udzielających pierwszej pomocy manifestującym celem zagwarantowania sprawnego przebiegu zdarzenia, spotkania czy innego zbiegowiska, czy to politycznego, kulturalnego, czy też o innym charakterze¹⁵¹.

W sprawie *Identoba i inni przeciwko Gruzji*, Trybunał wskazał, że władze nie wykorzystały okresu 9 dni między wyrażeniem zgody na demonstrację a jej terminem na to, by starannie się do niej przygotować. Biorąc pod uwagę stosunek części społeczeństwa do mniejszości seksualnych, władze wiedziały, albo powinny były wiedzieć, o ryzyku napięć związanych z organizacją marszu ulicznego, aby uczcić Międzynarodowy Dzień Walki z Homofobią, Bifobią i Transfobią. Władze miały więc obowiązek użycia wszelkich możliwych środków, np. przez publiczne wcześniejsze informowanie o demonstracji, aby promować bez żadnych dwuznaczności tolerancyjny i pokojowy jej przebieg, jak również by ostrzec osoby, które potencjalnie mogą chcieć złamać prawo o charakterze możliwych sankcji. Tymczasem liczba funkcjonariuszy policji obecnych na demonstracji nie była wystarczająca. Wystarczyłoby dla zachowania należytej ostrożności, gdyby władze krajowe, biorąc pod uwagę prawdopodobieństwo zamieszek, zagwarantowały większy udział policji poprzez np. zmobilizowanie oddziałów prewencyjnych¹⁵². Nie podejmując powyższych działań, władze nie zapewniły pokojowego przebiegu zgromadzenia poprzez skuteczne zahamowanie homofobicznej i gwałtownej kontrademonstracji, co stanowiło naruszenie pozytywnych obowiązków w sposób niezgodny z art. 11 i 14 EKPC¹⁵³.

W myśl zalecenia Komitetu Ministrów z 19 września 2001 r. w sprawie Europejskiego Kodeksu Etyki Zawodowej Policji¹⁵⁴ podejmując działania, policja powinna być zawsze świadoma podstawowych praw jednostki, takich jak: wolność myśli, sumienia, wyznania, wyrażania opinii, pokojowego zgromadzania się, przemieszczania się oraz pokojowego korzystania z własności (punkt 43), zaś

¹⁴⁷ Wyrok ETPC w sprawie *Identoba*..., § 94.

¹⁴⁸ Wyrok ETPC z 26.7.2007 r. *Makhmoudov p. Rosji*, skarga nr 35082/04, § 63-65.

¹⁴⁹ Wyrok ETPC z 24.2.2009 r. *Protopapa p. Turcji*, skarga nr 16084/90, § 108.

¹⁵⁰ Wyrok ETPC z 15.10.2015 r. *Kudrevičius i Inni p. Litwie*, skarga nr 37553/05, § 159.

¹⁵¹ *Ibidem*, § 160.

¹⁵² *Ibidem*, § 99.

¹⁵³ *Ibidem*, § 100.

¹⁵⁴ Zalecenie Rec (2001)10 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące Europejskiego Kodeksu Etyki Zawodowej Policji (przyjęte przez Komitet Ministrów 19 września 2001 r. na 765. sesji Zastępców Ministrów).

funkcjonariusze policji działają uczciwie i z poszanowaniem społeczeństwa oraz ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji jednostek należących do grup szczególnie wymagających ochrony (punkt 44).

5.4. Dopuszczalne ograniczenia wolności wyrażania opinii i wolności zgromadzeń

Przewidziane w art. 10 ust. 2 Konwencji ograniczenia muszą być przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Państwo powinno zapobiegać nadużywaniu tych pojęć celem ingerowania w korzystanie z prawa do swobody wyrażania opinii przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe. Pokojowe zgromadzenia nie mogą być zakazane tylko z uwagi na istnienie wrogich postaw wobec demonstrantów lub spraw, które popierają. Przeciwnie, państwa mają obowiązek podjęcia uzasadnionych i odpowiednich środków w celu umożliwienia pokojowego przebiegu zgodnej z prawem demonstracji¹⁵⁵.

Zgromadzenie może „rozgniewać lub obrazić osoby przeciwne poglądom lub twierdzeniom, które chce ona promować. Mimo wszystko, uczestnicy zgromadzenia muszą być w stanie przeprowadzić demonstrację nie obawiając się o to, że zostaną narażeni na przemoc fizyczną ze strony swoich przeciwników; taki strach byłby zdolny powstrzymać stowarzyszenia czy inne grupy popierające wspólne poglądy czy interesy od otwartego wyrażania ich opinii w wysoce kontrowersyjnych sprawach dotyczących społeczności. W demokracji prawo do kontrmanifestacji nie może rozciągać się na ograniczanie prawa do manifestowania”.

Jak wskazał Trybunał strasburski w sprawie Bączkowski: „dla istoty demokratycznej debaty czas publicznego zgromadzenia, na którym zostaną przedstawione pewne opinie, może być wyjątkowo istotny dla politycznej i społecznej wagi takiego zgromadzenia. Dlatego władze państwowe w pewnych okolicznościach mają prawo nie udzielić pozwolenia na odbycie demonstracji, jeśli taka odmowa jest zgodna z wymogami Artykułu 11 Konwencji, jednak nie mogą zmienić terminu zgromadzenia, w którym organizatorzy planują je odbyć. Jeśli zgromadzenie publiczne odbywa się później traci ono swoje znaczenie i wagę, co do bieżącej debaty politycznej i społecznej, a jego wpływ może znacząco się zmniejszyć. Wolność zgromadzeń może być pozbawiona znaczenia, jeśli nie można korzystać z niej w odpowiednim czasie”¹⁵⁶. Dlatego by mówić o skutecznym korzystaniu z prawa do wolności zgromadzeń, prawo krajowe powinno zawierać rozsądne terminy, w granicach, których władze państwowe powinny działać przy wydawaniu decyzji¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Odpowiedź Komitetu Ministrów z dnia 16 stycznia 2008 r. na Zalecenie 211 (2007) Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy, § 3, <https://rm.coe.int/168047f2a6> (dostęp: 28/8/2018 r.).

¹⁵⁶ Wyrok ETPC w sprawie Bączkowski..., § 82.

¹⁵⁷ Ibidem, § 83.

W sprawie *Alekseyev* Trybunał stwierdził, że to nie zachowanie czy ubiór uczestników zgromadzenia zostało uznane za niewłaściwe przez władze, ale fakt, że chcieli otwarcie utożsamiać się jako geje czy lesbijki. Rząd zaś przyznał, że granica tolerancji władz w stosunku do zachowań homoseksualnych została osiągnięta, gdy przeniosła się ze sfery prywatnej do publicznej¹⁵⁸. Dlatego zakaz organizowania wydarzeń przez skarżącego nie odpowiadał nagłej społecznej potrzebie, a przez to nie był konieczny w demokratycznym społeczeństwie¹⁵⁹. Trybunał przyznał, że przyznanie praw materialnych osobom homoseksualnym różni się zasadniczo od uznania ich prawa do ubiegania się o te prawa. Nie ma dwuznaczności w stwierdzeniu, że inne państwa-strony Rady Europy uznały prawo do otwartego utożsamiania się jako gej, lesbijka czy jakakolwiek inna mniejszość seksualna oraz do promowania tych praw i wolności, w szczególności ich wolności do pokojowych zgromadzeń¹⁶⁰.

Tam, gdzie różnica w traktowaniu oparta jest na płci czy orientacji seksualnej, margines swobody przyznany państwu jest wąski, a zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie wskazania środków zmierzających do poszukiwanego celu, ale również ich konieczności w danych okolicznościach. Jeżeli przyczyny w traktowaniu były oparte jedynie na orientacji seksualnej skarżącego, zgodnie z Konwencją stanowiłoby to dyskryminację¹⁶¹.

Dla przykładu, w sprawie *Genderdoc-M* przeciwko Mołdawii, władze nie wyjaśniły różnicy w traktowaniu stowarzyszenia LGBT, któremu zakazano przeprowadzenia zgromadzenia oraz innych stowarzyszeń, którym w tym czasie zezwolono na zgromadzenia. Przyczyną zakazu była niezgoda władz na promocję homoseksualizmu czy też sprzeciw wielu Mołdawian dla homoseksualizmu. Ponadto nie przedstawiono jasnych przyczyn ograniczenia prawa do wolności zgromadzeń. Dlatego stwierdzono naruszenie art. 14 w związku z art. 11 Konwencji¹⁶².

Jak wynika z zasady 3 Zalecenia R 97(20) Komitetu Ministrów Rady Europy¹⁶³ w sprawie mowy nienawiści, jakakolwiek ingerencja w korzystanie z wolności wypowiedzi powinna być „wąsko określona i stosowana w sposób zgodny z prawem i niearbitralny na podstawie obiektywnych kryteriów” oraz powinna być „poddana niezależnej kontroli sądowej”. Ten wymóg jest szczególnie istotny w sprawach, gdzie wolność wypowiedzi musi zostać pogodzona z poszanowaniem ludzkiej godności i ochroną reputacji oraz praw innych.

Pochodzący z wyborów politycy, którzy korzystają z wolności słowa, sprawują ważne funkcje publiczne, ponoszą szczególną odpowiedzialność. Wydają oni bowiem decyzje administracyjne (czy też upoważniają do ich wydawania), które ingerują w sferę praw indywidualnych. Korzystając z wolności słowa urzędnicy państwowi mogą więc ingerować w wykonywanie innych praw zagwarantowanych Konwencją. Powinni więc wykazywać się powściągliwością, zważywszy na to, że ich poglądy mogą

¹⁵⁸ Wyrok ETPC w sprawie *Alekseyev*..., § 82.

¹⁵⁹ *Ibidem*, § 87.

¹⁶⁰ *Ibidem*, § 84.

¹⁶¹ Wyrok ETPC z 12.6.2012 r. *Genderdoc-M* p. Mołdawii, skarga nr 9106/06, § 51.

¹⁶² *Ibidem*, § 52-55.

¹⁶³ Przyjęte przez KMRE w dniu 30 października 1997 r. na 607 spotkaniu Ministrów.

być odbierane przez urzędników służby cywilnej, których zatrudnienie i awanse zależą od ich zgody, jako wskazówki¹⁶⁴.

Trybunał bierze więc pod uwagę przy ocenie, czy doszło do naruszenia art. 11 EKPC, zdecydowane poglądy osobiste publicznie wyrażane przez Prezydenta miasta w kwestiach mających bezpośrednio znaczenie dla decyzji dotyczących wykonywania wolności zgromadzeń¹⁶⁵. W sprawie Bączkowski Trybunał zwrócił uwagę na to, że decyzje odmawiające przeprowadzenia parady równości w Warszawie „zostały wydane przez władze miejskie działające z upoważnienia Prezydenta, po tym jak ujawnił on publicznie swoje poglądy dotyczące wykonywania wolności zgromadzeń i „propagandy homoseksualizmu” (...) w okresie, kiedy wniosek o zgodę na zorganizowanie wieców był na etapie rozpoznawania przez władze miejskie. (...) można zasadnie przypuszczać, że poglądy Prezydenta mogły mieć wpływ na proces podejmowania decyzji w niniejszej sprawie i w rezultacie, negatywnie wpłynąć na korzystanie przez skarżących z prawa do zgromadzeń w sposób dyskryminujący”¹⁶⁶.

W sprawie Alekseyev przeciwko Rosji Trybunał zauważył, że podstawową przyczyną zakazu zgromadzenia była nieprzychylność władz dla, jak ją nazywały, promocji homoseksualizmu. Trybunał nie mógł nie zauważyć mocno osobistych publicznych opinii wyrażanych przez mera Moskwy oraz niezaprzeczalnego związku między tymi oświadczeniami oraz zakazem. W świetle tych okoliczności Trybunał przyznał, iż doszło do dyskryminacji z uwagi na orientację seksualną skarżących¹⁶⁷.

5.5. Wolność wyrażania opinii w orzecznictwie krajowym

Jak wyżej wspomniano, dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych wskazuje, że są one gotowe udzielać ochrony wypowiedziom o cechach homofobicznej mowy nienawiści, nie zaś wypowiedziom krytycznym względem osób publicznych wypowiadających te słowa. Do ograniczenia wolności słowa ze względu na orientację seksualną dochodzi w szczególności, gdy autorem wypowiedzi krytycznej względem wypowiedzi homofobicznych jest organizacja pozarządowa działająca na rzecz praw osób LGBT.

Przykład z orzecznictwa

Rzecznik Praw Obywatelskich przyłączył się do postępowania w sprawie z powództwa Paula Camerona o naruszenie jego dobrego imienia i renomy, wytoczonego przeciwko organizacji pozarządowej działającej na rzecz osób LGBT. Paul Cameron, przy okazji wizyt w Polsce w szkołach i na uczelniach, publicznie wygłaszał poglądy, które organizacja oceniła jako homofobiczne – przykładowo, zdaniem Paula Camerona, ci, którzy „angażują się w homoseksualizm” nie są pełnowartościowymi obywatelami, ponieważ „kosztują społeczeństwo więcej niż kontrybuują” „w sposób nieproporcjonalnie duży wykorzystują seksualnie młodzież, przez co przekształcają molestowane przez siebie dzieci w homoseksualistów”.

¹⁶⁴ Wyrok ETPC w sprawie Bączkowski..., § 98.

¹⁶⁵ Ibidem, § 100.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Wyrok ETPC w sprawie Alekseyev..., § 109.

Sąd Okręgowy w Toruniu¹⁶⁸ uwzględnił powództwo Paula Camerona i zobowiązał pozwane stowarzyszenie do opublikowania przeprosin. Oddalił powództwo w zakresie żądania zasądzenia kwoty 30 000 złotych na rzecz katolickiej fundacji.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Toruniu, użyte przez stowarzyszenie określenia – że powód nie jest badaczem i ekspertem, że jest „pseudonaukowcem” i „hochsztaplerem”, że „powód został przez środowisko akademickie w swoim kraju odrzucony” i „powód notorycznie fałszuje dane i pozoruje badania”, „powód nie kieruje się wiernością prawdzie” i „powód jest kłamcą” – naruszają dobra osobiste Paula Camerona. Sąd poddał je ocenie w kategoriach prawdy i fałszu i uznał, że prawdziwe jest jedynie określenie, że „powód nie kieruje się wiernością prawdzie” i „powód jest kłamcą”. Sąd I instancji uznał, że działanie pozwanych w interesie społecznym nie stanowi okoliczności wyłączającej bezprawność naruszenia dóbr osobistych powoda. Sąd I instancji przyjął ponadto, że powód nie działał jako osoba publiczna i z tego powodu nie przysługuje mu mniejsza ochrona z powodu naruszenia dóbr osobistych niż przyznawana osobie, która osobą publiczną nie jest.

Powód w apelacji o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od pozwanych solidarnie na rzecz katolickiej fundacji kwoty 30 000 zł. Apelację wnieśli także pozwani, wnosząc o oddalenie powództwa w zakresie, w jakim uwzględnił je sąd I instancji.

Do postępowania apelacyjnego przyłączył się Rzecznik Praw Obywatelskich. W jego ocenie sąd I instancji nie wziął pod uwagę, że pozwane stowarzyszenie korzystało z gwarantowanej w Konstytucji i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wolności słowa, zaś granice krytyki względem Paula Camerona, jako osoba publicznej, są szersze. Wypowiedzi pozwanych zasługują na szczególną ochronę m.in. z tego względu, że były krytyczne względem wypowiedzi homofobicznych, dyskryminacyjnych i naruszających godność osób homoseksualnych. Za przekroczenie granicy wolności słowa należało uznać raczej wypowiedzi samego powoda. Wreszcie krytycznie oceniał Rzecznik ocenianie przez sąd I instancji wypowiedzi pozwanych w kategoriach prawdy i fałszu. Tymczasem wypowiedzi te należało uznać należy za opinie, nie fakty podlegające dowodzeniu.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku¹⁶⁹ zgodził się z Rzecznikiem, że Paul Cameron jest osobą publiczną i w związku z tym dopuszczalna jest względem niego surowsza krytyka, choć pozwane stowarzyszenie powinno przeprosić za niektóre z użytych w publikacjach określeń, które naruszały jego dobra osobiste. Sąd Apelacyjny, podobnie jak Sąd Okręgowy, oceniał wypowiedzi pozwanych w kategoriach prawdy i fałszu i dodatkowo za prawdziwe uznał stwierdzenie, że powód nie jest badaczem i ekspertem oraz że jest „pseudonaukowcem”. Sąd Apelacyjny uznał, że pozwane stowarzyszenie przekroczyło granice wolności słowa – brak jest w jego ocenie przyzwolenia na „używanie języka agresji, pomówień, oszczerstw i świadomego godzenia w dobre imię, godność i renomę naukową adwersarza”. Wypowiedzi Paula Camerona sąd uznał co najwyżej za przejaw „braku tolerancji dla odmienności seksualnej części populacji ludzkiej”. Zgodnie z wnioskiem Rzecznika, sąd

¹⁶⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 1 lipca 2015 r., sygn. akt I C 1779/14 (niepubl.).

¹⁶⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 30 marca 2017 r., sygn. akt V ACa 786/15 (niepubl.).

oddalił ponadto apelację Paula Camerona, tak więc pozwane stowarzyszenie nie było zobowiązane do zapłaty kwoty 30 000 zł na rzecz katolickiej fundacji.

Do Rzecznika wpływają niekiedy skargi na ograniczanie wolności twórczości artystycznej ze względu na orientację seksualną. Przykładowo, jedna ze skarg, która wpłynęła do Biura w 2014 roku, dotyczyła przedterminowego zamknięcia wystawy zdjęć dwóch kobiet w sukniach ślubnych organizowanej w galerii miejskiej w Elblągu. Decyzja o wcześniejszym demontażu wystawy miała być związana ze skargami, które wpływały do galerii – w ocenie dyrektora galerii, ograniczenie wolności twórczości artystycznej było w tej sytuacji uzasadnione z uwagi na bezpieczeństwo, porządek i moralność publiczną.

Podobna skarga wpłynęła do Biura w 2017 roku. Galeria miejska w Nowym Sączu odwołała zaplanowany pokaz filmu „Artykuł 18” na temat rodzin tworzonych przez pary tej samej płci i ich sytuacji prawnej w Polsce. Jako przyczynę odwołania wydarzenia dyrektor galerii wskazał awarię instalacji hydraulicznej w budynku. Jednak zgodnie z doniesieniami medialnymi, o odwołaniu spotkania zdecydował Prezydent Nowego Sącza. Przedstawiciel urzędu miasta wyjaśniał w mediach, że w jego ocenie takie wydarzenia, jak pokaz filmu pt. „Artykuł 18”, nie powinny odbywać się w miejskich instytucjach kultury, z uwagi na przyjęcie przez Nowy Sącz patronatu św. Małgorzaty. Jego zdaniem galeria miejska nie powinna być kojarzona z tematyką, która mogłaby „wzbudzać kontrowersje wśród mieszkańców miasta”¹⁷⁰. W odpowiedzi na interwencję Rzecznika, Prezydent Nowego Sącza zadeklarował, że „z inicjatywy władz miejskich nie będą organizowane wydarzenia promujące prawa osób o jakiegokolwiek orientacji seksualnej, w tym także LGBT”¹⁷¹.

Opisane wyżej przedterminowe zamknięcie wystawy oraz odwołanie projekcji filmu dokumentalnego na temat sytuacji par tej samej płci wyłącznie z powodu potencjalnych kontrowersji mieszkańców jest rażącym przejawem niezgodnego z prawem ograniczenia wolności twórczości artystycznej i wolności wypowiedzi oraz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

5.6. Wolność zgromadzeń w orzecznictwie krajowym

Rzecznik Praw Obywatelskich od lat monitoruje przebieg marszów równości¹⁷². W 2016 roku Rzecznik z satysfakcją odnotował, że po upływie niemal dekady od wydania jednego z kluczowych orzeczeń dla zapewnienia faktycznej realizacji wolności zgromadzeń uczestnikom marszów równości – opisanego wyżej wyroku ETPC w sprawie Bączkowski przeciwko Polsce – dzięki wysiłkom funkcjonariuszy Policji zabezpieczenie przebiegu tych pokojowych zgromadzeń jest bardziej profesjonalne i skuteczne.

¹⁷⁰ Pismo zastępcy dyrektora Wydziału Kultury, Sportu, Komunikacji Społecznej i Promocji w Urzędzie Miasta Nowego Sącza z dnia 20 listopada 2017 r. WKS.PT.1431.1.2017.

¹⁷¹ Pismo Prezydenta Nowego Sącza z dnia 12 stycznia 2018 r. SEK.530.1.2017.

¹⁷² Podsumowanie działań podejmowanych przez Rzecznika w tym obszarze, a także ocena stopnia i sposobu realizacji wolności zgromadzeń w Polsce w ostatnich latach w: Wolność zgromadzeń w Polsce w latach 2016-2018. Raport Rzecznika Praw Obywatelskich, red. M. Wróblewski, Warszawa 2018. Raport dostępny w wersji elektronicznej na stronie: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wolnosc-zgromadzen-w-polsce-jest-naruszana-zrenica-wolnosc-raport-rpo> (dostęp 26.04.2019).

Takie zdanie wyrazili wówczas organizatorzy marszów równości, którzy pozytywnie ocenili współpracę z komendami miejskimi Policji i zgodnie przyznali, że co roku, z każdym kolejnym marszem, zabezpieczenie przebiegu zgromadzenia jest bardziej profesjonalne¹⁷³.

Od 2018 roku, równoległe do gwałtownego wzrostu liczby marszy równości organizowanych w polskich miastach¹⁷⁴, ochrona zarówno samego prawa do pokojowego gromadzenia się – realizowanego poprzez możliwość uczestnictwa w marszu – jak i zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom tych zgromadzeń, są coraz częściej ograniczane. Na skutek społecznej eskalacji uprzedzeń wobec osób nieheteronormatywnych w 2019 r., marsze równości znalazły się pod większym zagrożeniem ze strony przeciwnych im grup społecznych, reprezentujących homo- bi-i-transfobiczne poglądy. Przypadkiem szczególnej agresji był organizowany 20 lipca 2019 r. Marsz Równości w Białymstoku, w czasie którego doszło do niebezpiecznych, fizycznych i słownych ataków na uczestników tego pokojowego i legalnego zgromadzenia. W związku z tym wydarzeniem – a także w związku z innymi marszami, w czasie których dochodziło do aktów przemocy motywowanej uprzedzeniami – Rzecznik podjął działania zwracając się do właściwych miejscowo jednostek Policji o informacje na temat sposobów zabezpieczenia tych pokojowych zgromadzeń oraz o szczegóły postępowań karnych lub wykroczeniowych zainicjowanych w związku z atakami. W ocenie Rzecznika, nawet jeśli Policja dołożyła wszelkich starań żeby skutecznie zabezpieczyć marsze, działania podjęte przed i podczas zgromadzeń powinny być konsekwentnie kontynuowane w celu ustalenia sprawców przestępstw i wykroczeń.

Poza niebezpieczeństwem ze strony kontrmanifestantów, marsze równości znalazły się także w obliczu zagrożenia zakazem ich organizacji przez organy gminy – prezydentów miast, nieprawidłowo stosujących przepis ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. Prawo o zgromadzeniach¹⁷⁵.

Marszom równości towarzyszy zgłaszanie licznych kontrmanifestacji, których uczestnicy wielokrotnie stanowią zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi oraz mienia w znacznych rozmiarach. Zagrożenie życia, zdrowia czy mienia w znacznych rozmiarach, uzasadnia wezwanie organizatora później zgłoszonego zgromadzenia (kontrmanifestacji) do zmiany miejsca lub czasu zgromadzenia na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy Prawo o zgromadzeniach. W celu usprawnienia uzgodnienia zmiany miejsca lub czasu zgromadzeń, działając na podstawie art. 13 ust. 1 ustawy Prawo o zgromadzeniach, organ gminy może przeprowadzić rozprawę administracyjną. Jeżeli na rozprawie administracyjnej organizatorzy zgromadzeń nie uzgodnią miejsca lub czasu zgromadzeń w taki sposób, aby ich przebieg nie zagrażał życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, organizatorzy zgromadzeń dokonują

¹⁷³ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Komendanta Głównego Policji z dnia 24 maja 2016 r. XI.613.1.2016.

¹⁷⁴ Według statystyk zgromadzonych na podstawie doniesień prasowych, w 2017 r. przeszło 7 marszów równości, w 2018 r. 15, a na 2019 r. zaplanowanych jest 26. Zob. Jarosław Kopeć, Gazeta Wyborcza, 22 lipca 2019 r., dostęp elektroniczny: <http://sonar.wyborcza.pl/sonar/7,156422,25017737,marsze-rownosci-przeszlo-ich-juz-w-polsce-ponad-100-w-tym.html> (dostęp: 23.08.2019).

¹⁷⁵ Dz. U. z 2018 r. poz. 408.

wyboru miejsca lub czasu zgromadzeń zgodnie z kolejnością wniesienia zawiadomień o zamiarze zorganizowania zgromadzenia.

Należy zatem uznać, że jeżeli w ocenie prezydenta miasta istnieje zagrożenie życia lub zdrowia ludzi albo mienia w znacznych rozmiarach, jego obowiązkiem jest wezwanie organizatora zgłoszonego później zgromadzenia (kontrmanifestacji) do zmiany miejsca lub czasu zgromadzenia. Nie powinien być zobowiązany do zmiany miejsca i czasu zgromadzenia jedynie organizator marszu równości – tymczasem przykładowo tego rodzaju zobowiązanie nałożył na organizatorów marszu równości Prezydent Gdańska w 2016 roku, powołując się na niewyrażenie zgody na zmianę miejsca i czasu zgromadzenia przez organizatorów kontrmanifestacji¹⁷⁶.

Zagrożenie życia lub zdrowia albo mienia w znacznych rozmiarach ze strony kontrmanifestantów – a nie uczestników marszów równości – nie może w szczególności prowadzić do wydania zakazu zgromadzenia. Organy władzy publicznej, dokonując oceny, czy zgłoszone zgromadzenie zagraża życiu lub zdrowiu ludzi albo mieniu w znacznych rozmiarach, powinny odnosić się wyłącznie do zachowania organizatorów i uczestników zgromadzenia, nie zaś do zachowania osób trzecich, a cel zgromadzenia może być przy dokonywaniu tej oceny istotny. Ponadto, jak wynika z międzynarodowego i krajowego standardu ochrony wolności zgromadzeń, wszelkie ograniczenia tej wolności muszą spełniać test niezbędności i proporcjonalności i powinny być traktowane jako absolutny wyjątek. Organy administracji mają obowiązek umożliwić przeprowadzenie pokojowego zgromadzenia również wtedy, kiedy jego uczestnicy będą prezentować idee odmienne od poglądów większości, a dodatkowo takie zgromadzenie będą się starali zakłócić lub udaremnić uczestnicy kontrmanifestacji. Przesłanki pozwalające na wydanie zakazu zgromadzenia nie mogą być interpretowane rozszerzająco, w szczególności zaś nie mogą opierać się wyłącznie na ogólnych prognozach lub przypuszczeniach i muszą uwzględniać wartości i normy wyższego rzędu wynikające z Konstytucji i przepisów prawa międzynarodowego;

Pomimo powyższych standardów, ugruntowanych w orzecznictwie sądów międzynarodowych i krajowych¹⁷⁷, od października 2018 r. do października 2019 r. Rzecznik Praw Obywatelskich aż 7-krotnie interweniował w sprawach marszów równości bezpodstawnie zakazywanych przez prezydentów miast, tj. w Lublinie w październiku 2018 r., w Gnieźnie w kwietniu 2019 r., w Rzeszowie w czerwcu 2019 r., w Kielcach w lipcu 2019 r., w Gorzowie Wielkopolskim w sierpniu 2019 r., w Nowym Sączu we wrześniu 2019 r. i ponownie w Lublinie we wrześniu 2019 r. Przystępując do

¹⁷⁶ Pismo z dnia 17 maja 2016 r. WSO.VII.5310.91.2016.SN.

¹⁷⁷ Postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 11 kwietnia 2019 r., sygn. akt I Ns 77/19 (niepubl.); Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 października 2018 r., sygn. akt I ACz 1145/18, LEX nr 2559817; Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 lutego 2017 r., sygn. akt I ACz 232/17, LEX nr 2240072; Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 2 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACz 2213/17, LEX nr 2477366; Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 maja 2017 r., sygn. akt XXIV Ns 40/17, LEX nr 2334714; por. uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 marca 1994 r., W 8/93, OTK 1994, Nr 1, poz. 18; wyroki ETPC z dnia: 2 października 2001 r. w sprawie Stankov i the United Macedonian Organisation Ilinden przeciwko Bułgarii, skargi nr 29221/95, 29225/95; 20 lutego 2003 r. w sprawie Djavit An przeciwko Turcji, skarga nr 20652/92; 8 lipca 2008 r. w sprawie Vajnai przeciwko Węgrom, skarga Nr 33629/06

postępowań sądowych, w których organizatorzy odwoływali się od ww. zakazów Rzecznik stawał w obronie prawa do wolności zgromadzeń, podnosząc, że zakaz marszu jest jego nieproporcjonalnym ograniczeniem. We wszystkich wskazanych przypadkach sądy przychyliły się do argumentacji organizatorów i Rzecznika, uchylając ostatecznie wydane przez prezydentów zakazy.

Przykład z orzecznictwa

Z uwagi na zagrożenie ze strony kontrmanifestantów decyzją z dnia 9 października 2018 r. Prezydent Miasta Lublina zakazał marszu równości¹⁷⁸. Sąd Okręgowy w Lublinie¹⁷⁹ nie uwzględnił odwołania organizatora, pomimo ustalenia, że zagrożenie życia lub zdrowia ludzi albo mienia w znacznych rozmiarach nie istniało po stronie uczestników Marszu Równości. Źródłem tego zagrożenia miał by fakt, że po dacie zgłoszenia Marszu Równości na ten sam dzień zaplanowana została organizacja kontrmanifestacji. Następnie Sąd wyjaśnił, że zagrożenie stanowią także „organizacje i osoby, które mimo iż nie złożyły zawiadomienia o chęci organizacji zgromadzenia publicznego, aktywnie przejawiają chęć zakłócenia przedmiotowego zgromadzenia”. Zdaniem Sądu spotkanie uczestników zgłoszonych zgromadzeń z uczestnikami kontrmanifestacji mogło prowadzić do eskalacji konfliktu, który zagraża uczestnikom Marszu Równości, mieszkańcom Lublina, turystom, budynkom i innym urządzeniom znajdującym się w obszarze zgromadzenia. W ocenie Sądu Okręgowego organizator nie zadbał o bezpieczeństwo uczestników Marszu, zakładając przy udziale około 1500 osób wsparcie 10-20 wolontariuszy. Wreszcie bez znaczenia zdaniem Sądu Okręgowego dla rozstrzygnięcia sprawy pozostawał cel zgromadzenia, a sam wniosek i odwołanie od decyzji o zakazie powinny być rozpoznawane w całkowitym od niego oderwaniu.

Zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego skierował do Sądu Apelacyjnego organizator marszu oraz Rzecznik Praw Obywatelskich. Sąd Apelacyjny przychylił się do obu zażaleń¹⁸⁰. Jego zdaniem niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości realizacji wolności zgromadzeń od reakcji przeciwników zgromadzenia – w szczególności nienawistnych komentarzy w internecie. Wystarczające dla uniemożliwienia realizacji zgromadzenia byłoby wówczas nawoływanie do przemocy wobec jego uczestników. Ocena zagrożenia powinna odnosić się wyłącznie do organizatorów i uczestników tego zgromadzenia. To na władzach państwowych spoczywa obowiązek zapewnienia ochrony jego uczestnikom, bez względu na stopień kontrowersyjności przedstawianych poglądów. Wolontariusze marszu równości odpowiadają za zachowanie uczestników marszu równości, a nie za zachowanie innych osób, które będą próbowały zakłócić jego przebieg. Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy – to nie uczestnicy marszu równości stanowili zagrożenie życiu i zdrowiu ludzi lub mieniu w znacznych rozmiarach. Wreszcie Sąd Apelacyjny uznał, że istotne przy ocenie zachowanie uczestników zgromadzenia jest to, że celem zgromadzenia jest promocja praw człowieka, w tym praw osób LGBT, mniejszości etnicznych, narodowościowych oraz innych skazanych na wykluczenie społeczne, a także ochrona przed dyskryminacją i wykluczeniem.

¹⁷⁸ Decyzja z dnia 9 października 2018 r. BM-BP-I.5310.34.2018.

¹⁷⁹ Postanowienie z dnia 10 października 2018 r. sygn. akt I Ns 347/18.

¹⁸⁰ Postanowienie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt I Acz 1145/18.

5.7. Wnioski i rekomendacje

Wolność wypowiedzi, ekspresji i poglądów oraz gromadzenia się w celu ich wyrażania, to fundamenty demokracji i gwarancje jej rozwoju, co podkreślają międzynarodowe standardy, w szczególności te ukształtowane w systemie Rady Europy. Jakakolwiek ingerencja w korzystanie z tych praw musi być więc wąsko określona, zgodna z prawem, stosowana niearbitralnie i na podstawie obiektywnych kryteriów oraz poddana niezależnej kontroli sądowej. Jest to niezwykle istotne w sprawach, w których wolność wypowiedzi musi zostać pogodzona z poszanowaniem ludzkiej godności i ochroną reputacji oraz praw innych.

Jak wyżej wspomniano, dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych wskazuje, że są one gotowe udzielać ochrony wypowiedziom o cechach homofobicznej mowy nienawiści, nie zaś wypowiedziom krytycznym względem osób publicznych wypowiadających te słowa. Chociaż w takich sprawach wyważenie interesów i praw stron pozostaje w kwestii oceny niezawisłego sądu, należy zauważyć, że międzynarodowe standardy wskazują na szczególne znaczenie wolności wypowiedzi dla osób posiadających poglądy mniejszościowe. Z orzecznictwa strasburskiego wynika też, że osoby sprawujące ważne funkcje publiczne korzystając z wolności słowa powinny wykazywać się szczególną powściągliwością. Jako zgodne z tym standardem należy więc ocenić orzeczenie sądu okręgowego, w którym rozpoznając w drugiej instancji sprawę zniesławienia działacza na rzecz praw osób LGBT przez urzędnika państwowego stwierdził, że urzędnik ten powinien być kierować się szczególną ostrożnością wypowiedzi, a wolność słowa nie ma charakteru nieograniczonego.

Do Rzecznika wpływają niekiedy skargi na ograniczanie wolności twórczości artystycznej ze względu na orientację seksualną. Opisane wyżej przedterminowe zamknięcie wystawy oraz odwołanie projekcji filmu dokumentalnego na temat sytuacji par tej samej płci wyłącznie z powodu potencjalnych kontrowersji mieszkańców jest rażącym przejawem ograniczenia wolności twórczości artystycznej i wolności wypowiedzi oraz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, niezgodnych zarówno z polskim prawem, jak i międzynarodowymi standardami w zakresie ochrony prawa do wyrażania opinii i gromadzenia się.

W 2016 roku Rzecznik z satysfakcją odnotował, że po upływie niemal dekady od wydania jednego z kluczowych orzeczeń dla zapewnienia faktycznej realizacji wolności zgromadzeń uczestnikom marszów równości – opisanego wyżej wyroku Trybunału w sprawie Bączkowski przeciwko Polsce – dzięki wysiłkom funkcjonariuszy Policji zabezpieczenie przebiegu tych pokojowych zgromadzeń jest coraz bardziej profesjonalne i skuteczne. Niestety, niezależnie od starań Policji, rok 2019 dostarczył wielu przypadków agresji fizycznej i słownej wobec uczestników pokojowych zgromadzeń, ze strony przeciwnych im kontrmanifestantów. W takiej sytuacji, działania Policji na rzecz bezpieczeństwa osób LGBT podjęte przed i podczas marszów powinny być konsekwentnie kontynuowane w celu ustalenia sprawców przestępstw i wykroczeń.

Zastrzeżenia i niepokój budzi natomiast coraz częstsze, nieprawidłowe stosowanie przepisów ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. - Prawo o zgromadzeniach przez organy gminy – prezydentów miast, w których

organizowane są marsze równości. Wydając zakazy marszów organy w sposób nieproporcjonalny i niezasadniony ograniczały prawo do pokojowego gromadzenia, zmuszając tym samym organizatorów do kwestionowania ich decyzji w postępowaniu sądowym.

Rekomendacje:

- Umożliwienie swobodnej realizacji wolności zgromadzeń poprzez jej poszanowanie w procesie stosowania prawa przez organy administracji, tj. wydawanie decyzji o zakazie odbycia zgromadzenia tylko w wyjątkowych przypadkach i w oparciu o realne zagrożenie ze strony uczestników tego zgromadzenia, a nie ze strony jego przeciwników.
- Zapewnienie bezpieczeństwa uczestnikom wszystkich marszów równości i innych pokojowych zgromadzeń społeczności LGBT, poprzez właściwe i profesjonalne działania lokalnych jednostek Policji.

6. Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

6.1. Procedura uzgodnienia płci w przepisach prawa międzynarodowego i orzecznictwie

Osoby transpłciowe napotykać na bariery związane ze spełnieniem wymogów do zakwalifikowania się do procedur medycznych zmierzających do uzgodnienia płci oraz kwestie prawnego uznania.

Niektóre kraje uzależniają dostępność procedur medycznych czy też prawnego uznania uzgodnienia płci od procedur, na które składają się nieodwracalna sterylizacja, leczenie hormonalne, wstępne operacje chirurgiczne, a czasem wykazanie zdolności do życia przez dłuższy okres czasu w roli uzgodnionej płci (tzw. „doświadczenia prawdziwego życia”)¹⁸¹. W związku z tym konieczne jest dokonanie przeglądu tego typu wymagań i procedur oraz usunięcie tych, które są nieproporcjonalne. Przykładowo, niektóre osoby nie mogą poddać się terapii hormonalnej czy też zabiegom chirurgicznym z przyczyn zdrowotnych.

Odmowa sprostowania aktu urodzenia poprzez zmianę oznaczenia płci, zakaz zmiany imienia, wykazywanie w różnych dokumentach płci (akt urodzenia, paszport unijny, dowód osobisty, numer identyfikacji podatkowej, faktury, czeki) stanowi naruszenie art. 8 EKPC¹⁸².

Kwestią prawnego uznania nowej tożsamości płciowej osób transpłciowych Trybunał zajmował się w sprawie Christine Goodwin, gdzie wskazał na poważne problemy, z jakimi zmagają się osoby transpłciowe, podkreślając wagę kontroli środków prawnych podejmowanych w tym zakresie¹⁸³. Jednocześnie stwierdził, że odmowa przez państwo prawnego uznania zakończonego procesu uzgodnienia płci stanowiła naruszenie artykułu 8 Konwencji. Podobnie Trybunał uznał w kwestii uzależnienia dostępu do operacji uzgodnienia płci od sterylizacji¹⁸⁴. Uwarunkowanie uznania tożsamości płciowej osoby transpłciowej od poddania się operacji czy sterylizacji wbrew jej woli skutkuje tym, że skorzystanie prawa do poszanowania życia prywatnego (art. 8) jest uzależnione od rezygnacji z pełnego skorzystania z poszanowania prawa do fizycznej integralności zabezpieczonej również art. 3 Konwencji. W konsekwencji nie doszło do odpowiedniego wyważenia konkurujących interesów (publicznego i indywidualnego) i doszło do naruszenia art. 8 Konwencji¹⁸⁵.

Państwo ma pozytywny obowiązek prawnego uznania nowej tożsamości osoby transpłciowej, która poddała się procesowi uzgodnienia płci¹⁸⁶. Wiąże się to z obowiązkiem wydania nowych dokumentów

¹⁸¹ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 21.

¹⁸² Wyrok ETPC z 25.3.1992 r. B. p. Francji, skarga nr 13343/87, § 55-62.

¹⁸³ Wyrok ETPC z 11.7.2002 r. Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu [WI], skarga nr 28957/95, § 74.

¹⁸⁴ Wyrok ETPC z 10.3.2015 r. Y.Y. p. Turcji, skarga nr 14793/08.

¹⁸⁵ Wyrok ETPC z 6.4.2017 r. A.P., Garçon & Nicot p. Francji, skargi nr 79885/12, 52471/13 oraz 52596/13, 126-135.

¹⁸⁶ Wyroki ETPC: z 30.7.1998 r. Sheffield i Horsham p. Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 22985/93 i 23390/94.; Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu [WI], § 89 i 124; z 23.5.2006 r. Grant p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 32570/03, § 39-44.

urzędowych, pośród których można wymienić: akty urodzenia, dokumenty tożsamości, prawa jazdy, paszporty, karty i numery ubezpieczenia społecznego, rejestry wyborców, katastry i rejestry podatkowe. Istotne znaczenie ma przy tym wykładanie i stosowanie Konwencji w sposób, który czyni jej prawa praktycznymi i efektywnymi, a nie teoretycznymi i iluzorycznymi¹⁸⁷. Państwo ma obowiązek wydania nowego aktu urodzenia czy też zapewnienia, by inne dokumenty wystawiane przez organizacje pozarządowe (dyplomy, świadectwa pracy, dokumenty ubezpieczeniowe i bankowe) uwzględniały na wniosek zainteresowanych nową tożsamość płciową.

Procedura uzgodnienia płci i nazwiska powinna być sprawna, przejrzysta, ogólnie dostępna, zapewniająca poszanowanie integralności fizycznej osoby transpłciowej oraz jej życia prywatnego, tak by fakt uzgodnienia płci nie był w nich uwidoczniiony.

Na Litwie, przykładowo, prawo pomimo uznawania prawa do uzgodnienia płci i stanu cywilnego, nie przewidywało odpowiedniej regulacji w zakresie dostępu do odpowiednich operacji. W związku z tym, osoba transpłciowa nie dysponowała żadnymi środkami medycznymi, aby dokonać wszystkich zabiegów medycznych, po przejściu zabiegu częściowego i zainicjowaniu zmiany stanu cywilnego. Taka luka prawna stawia osobę transpłciową w sytuacji stresującej niepewności w zakresie życia prywatnego oraz uznania jej prawdziwej tożsamości. Z tych przyczyn, z uwagi na niewyważenie w sposób odpowiedni pomiędzy interesem publicznym a interesem pacjenta, Trybunał stwierdził naruszenie Artykułu 8 Konwencji¹⁸⁸.

Za bezprawną ingerencję w prawo do życia prywatnego chronione przez Artykuł 8 Konwencji Trybunał uznał też odmowę włoskiego organu administracji na zmianę imienia osoby transpłciowej na zgodne z płcią odczuwaną, ze względu na to, że nie uzyskała wcześniej prawomocnego orzeczenia sądowego w przedmiocie uzgodnienia płci. W wyroku z 11 października 2018 r. w sprawie *S.V. przeciwko Włochom*, ETPCz orzekł, że państwo nie wypełniło swojego obowiązku pozytywnego, gdyż w obliczu trwającego ponad 2 lata postępowania sądowego w sprawie uzgodnienia płci, nie mogąc jednocześnie zmienić imienia w trybie administracyjnym, skarżąca znalazła się w bardzo niekomfortowej sytuacji, wywołującej u niej poczucie poniżenia i niepokoju¹⁸⁹.

Osoby transpłciowe mają prawo do zawarcia małżeństwa z osobami o płci przeciwnej do ich nowo przypisanej płci, pod warunkiem, że ich uzgodnienie płci zostało uznane zgodnie z obowiązującymi przepisami. Trybunał przyjął, że osoby transseksualne, tj. takie, które uzgodniły swoją płć prawną oraz które poddały się zabiegom operacyjnym, mają prawo do zawarcia małżeństwa i orzekł, że naruszeniem Konwencji jest uznawanie w prawie krajowym na potrzeby zawarcia związku małżeńskiego płci przypisanej w chwili urodzenia¹⁹⁰.

W ocenie Trybunału, zgodnie z art. 8 EKPC, test zgodności czynników biologicznych nie może dłużej być decydujący w zakresie odmowy prawnego uznania uzgodnienia płci po operacji osoby

¹⁸⁷ Wyrok ETPC w sprawie Christine Goodwin..., § 74.

¹⁸⁸ Wyrok ETPC z 11.9.2007 r. L. p. Litwie, skarga nr 27527/03, § 59.

¹⁸⁹ Wyrok ETPC z 11.10.2018 r. S.V. p. Włochom, skarga nr 55216/08.

¹⁹⁰ Wyrok ETPC z 16.07.2014 r. Hämaläinen p. Finlandii, skarga nr 37359/09.

transpłciowej. Istnieją inne ważne czynniki, jak akceptacja stanu zaburzenia tożsamości płciowej przez zawodowych lekarzy i odpowiednie władze państwowe, leczenie łącznie z operacją, aby zasymilować jednostkę jak to tylko możliwe z płcią, z którą się utożsamia oraz przybranie przez osobę transpłciową roli społecznej w przypisanej płci¹⁹¹. Prawo do poszanowania życia prywatnego wyrażone w art. 8 EKPC nie obejmuje wszystkich przesłanek z art. 12 EKPC, gdzie warunkom wynikającym z prawa krajowego nadaje się szczególne znaczenie. Konieczne jest zatem zbadanie, czy przypisanie płci w prawie krajowym do zarejestrowanej z chwilą urodzenia jest ograniczeniem osłabiającym istotę prawa do małżeństwa. Byłoby sztuczne przyjęcie, że osoby transseksualne, które przeszły zabiegi operacyjne, nie zostają pozbawione prawa do małżeństwa, ponieważ zgodnie z prawem, mogą zawrzeć związek małżeński z osobą płci odmiennej do tej sprzed operacji. Brak możliwości poślubienia osoby płci przeciwnej do tej po operacji stanowi naruszenie istoty prawa do małżeństwa¹⁹².

Podczas gdy to do państwa należy ustalenie m.in. warunków, na jakich osoba żądając prawnego uznania jako osoba transpłciowa może stwierdzić, że przypisanie płci zostało właściwie przeprowadzone czy zgodnie z którymi dawne małżeństwa przestają być ważne oraz formalności związane z przyszłymi małżeństwami, to nie ma uzasadnienia dla zakazywania osobom transpłciowym korzystania z prawa do małżeństwa w jakichkolwiek okolicznościach¹⁹³.

Ponadto, również w sytuacji nieprzyznania renty rodzinnej transpłciowemu partnerowi kobiety niebędącemu małżonkiem (stały temu na przeszkodzie przepisy o uzgodnieniu płci), należącemu do systemu emerytalno-rentowego, w którym takie świadczenia były wypłacane jedynie pozostałemu przy życiu małżonkowi, stanowi, zgodnie z prawem unijnym, dyskryminację ze względu na płeć¹⁹⁴. Formą dyskryminacji w oparciu o przesłankę płci jest też w opinii Trybunału Sprawiedliwości UE uniemożliwienie transpłciowej kobiecie przejścia na emeryturę w wieku ustawowo przewidzianym dla kobiet, w sytuacji w której nie otrzymała ona pełnego świadectwa uzgodnienia płci ponieważ chciała uniknąć konieczności rozwodu ze swoim mężem (wymaganego przez przepisy dotyczące uzgodnienia płci w czasie, gdy dokonywała jej korekty). Nie ma bowiem uzasadnienia dla różnego traktowania w prawie emerytalnym osób, które pozostają w związku małżeńskim i przeszły operację korekty płci od osób, które pozostają w związku małżeńskim i nie przeszły operacji korekty płci¹⁹⁵.

¹⁹¹ Wyrok ETPC w sprawie Christine Goodwin..., § 100.

¹⁹² Ibidem, § 101.

¹⁹³ Ibidem, § 103.

¹⁹⁴ Wyrok TSUE z 7.1.2004 r. K.B. p. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, C-117/01.

¹⁹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 26 czerwca 2018 r., skarga nr C-451/16 (MB przeciwko Secretary of State for Work and Pensions).

6.2. Procedura uzgodnienia płci w praktyce sądów krajowych i organów administracji

W prawie polskim, pomimo podejmowanych inicjatyw legislacyjnych w tym zakresie¹⁹⁶, nie istnieją do dzisiaj przepisy prawne regulujące możliwość pełnego uzgodnienia płci – dokonania odpowiednich zmian oznaczenia płci w akcie urodzenia i dokumentach tożsamości – w sposób zgodny ze wskazanymi standardami międzynarodowymi. Jedynym dostępnym dla osób transpłciowych rozwiązaniem jest w tej sytuacji wytoczenie powództwa przeciwko rodzicom na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. -Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2018 r., poz. 1360, z późn. zm.; dalej jako: „k.p.c.”). Zgodnie z art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. O takiej formule uzgodnienia płci metrykalnej ze stanem faktycznym przez osoby transpłciowe rozstrzygnęła uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.¹⁹⁷. Sąd Najwyższy jednocześnie rozstrzygnął, że w sytuacji, gdyby rodzice (albo jedno z rodziców) nie żyli, powództwo powinno być wytoczone przeciwko kuratorowi ustanowionemu przez sąd.

Rzecznik Praw Obywatelskich od wielu lat podnosi postulaty wypełnienia wskazanej powyższej luki prawnej poprzez ustanowienie przepisów umożliwiających uzgodnienie płci w sposób szybki, przejrzysty i przystępny¹⁹⁸. Ze skarg kierowanych do Rzecznika wynika, że proces z udziałem najbliższych może powodować ogromne spustoszenie emocjonalne u stron, a w przypadku, gdy rodzice mają trudności z zaakceptowaniem tożsamości płciowej osoby dochodzącej ustalenia płci, postępowanie może przedłużać się z powodów nieuzasadnionych w żaden sposób interesem prawnym. Ponadto niepotrzebne trudności w szybkim procedowaniu mogą występować również w sytuacjach, w których powód nie utrzymuje kontaktów z rodzicami, a ich miejsce pobytu nie jest znane. W ocenie Rzecznika, niejednokrotnie przewlekłe postępowania w sprawach o ustalenie płci naruszają godność i prawo do życia prywatnego osób transpłciowych, które zmuszone są funkcjonować w rzeczywistości administracyjnej i prawnej zgodnie z płcią inną niż odczuwana. W wyroku z dnia 6 grudnia 2013 r.¹⁹⁹ Sąd Najwyższy uznał za niezbędne pozwanie w postępowaniu o ustalenie płci także małżonka osoby transpłciowej – o ile w momencie wytoczenia powództwa powód pozostaje w związku małżeńskim – a także jej dzieci. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich już sama konieczność pozywania w postępowaniu o ustalenie płci metrykalnej rodziców osoby transpłciowej stanowi naruszenie jej godności i prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, konieczność skierowania powództwa przeciwko dzieciom prowadzi niewątpliwie do dalszego, rażącego naruszenia praw osób transpłciowych, a także do naruszenia praw dziecka. Linię orzecniczą w tym zakresie Sąd Najwyższy

¹⁹⁶ W 2015 roku została co prawda uchwalona ustawa o uzgodnieniu płci (nr druku sejmowego 1469), jednak ostatecznie nie weszła w życie, ponieważ zawetował ją Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej.

¹⁹⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt III CZP 118/95, LEX nr 9240.

¹⁹⁸ Zob. Wystąpienie Generalne Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 sierpnia 2011 r.; Oświadczenie Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie uchwalenia ustawy o uzgodnieniu płci z dnia 2 września 2015 r.

¹⁹⁹ Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2013 r., sygn. akt I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

zmienił wyrokiem z dnia 10 stycznia 2019 r.²⁰⁰, uznając że kierowanie powództwa przeciwko dzieciom osoby dochodzącej ustalenia płci nie jest konieczne, a wymóg występowania po stronie pozwanej rodziców wynika tylko i wyłącznie z procesowego trybu postępowania, gdyż jedyną osobą posiadającą interes prawny w realizacji prawa osobistego do uzgodnienia płci jest podmiot tego prawa. Przesłanki uwzględnienia powództwa o ustalenie płci zostały ukształtowane przez praktykę sądową. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 roku²⁰¹, uwzględnienie powództwa o ustalenie płci uzależnione jest od oceny przez sąd trwałości poczucia przynależności osoby transpłciowej do innej płci – istnieje zatem wymóg podjęcia określonych interwencji medycznych, przede wszystkim podjęcia terapii hormonalnej i w przypadku transmężczyzn, poddania się mastektomii²⁰². Kryterium brany pod uwagę w toku postępowań sądowych o ustalenie płci nie jest dokonanie zabiegu pozbawiającego zdolności płodzenia²⁰³. W aktualnym stanie prawnym chirurgiczne zabiegi adaptacyjne, które prowadzą m.in. do pozbawienia zdolności płodzenia, mogą nastąpić, ale po ustaleniu przez sąd płci powoda i zmianie wpisu określającego płeć w aktach stanu cywilnego. Brak wymogu sterylizacji jest wyrazem poszanowania godności, prawa do nietykalności cielesnej oraz zakazu stosowania ingerencji medycznych bez niewymuszonej zgody zainteresowanej osoby i jest spójny z międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka osób transpłciowych wyrażonym w opisanym wyżej orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa sądów, drugim niezbędnym wymogiem stawianym osobom transpłciowym, jest niepozostawanie w związku małżeńskim. We wspomnianym wyżej wyroku z dnia 6 grudnia 2013 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że transseksualność jednego z małżonków, o ile spowodował trwałe i zupełny rozkład pożycia w związku małżeńskim, może uzasadniać rozwiązanie zawartego małżeństwa przez rozwód. W praktyce osoby transpłciowe pozostające w związku małżeńskim rzeczywiście decydują się na rozwiązanie go przez rozwód przed wytoczeniem powództwa o ustalenie płci. W świetle omówionego wyżej orzecznictwa ETPCz, biorąc pod uwagę, że w Polsce brak jest jakiegokolwiek formy instytucjonalizacji związków osób tej samej płci, wydaje się, że wymóg niepozostawania w związku małżeńskim wobec osób transpłciowych, które zawarły już związek małżeński, stanowi nieproporcjonalne naruszenie ich prawa do życia rodzinnego. Fakt, że transpłciowość powoda nie doprowadziła do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego, nie powinien prowadzić z kolei do ograniczenia prawa do prywatności poprzez uniemożliwienie uzgodnienia płci małżonkom.

²⁰⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. akt II CSK 371/18.

²⁰¹ Sygn. akt III CRN 28/91.

²⁰² *Sytuacja prawna osób transpłciowych w Polsce, raporty z badań i propozycje zmian*, pod red. Wiktora Dynarskiego i Krzysztofa Śmiszka, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Fundacja Trans-Fuzja, Warszawa 2013, s.164.

²⁰³ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, Studia i Analizy Sądu Najwyższego, 2010, nr 4, s. 126.

Przykład z orzecznictwa

Transpłciowa kobieta wytoczyła powództwo przeciwko swoim rodzicom o uzgodnienie płci. Sąd Okręgowy w Sieradzu²⁰⁴ zobowiązał powódkę do wskazania imion i nazwisk swoich dzieci, przedłożenia odpisów aktów ich urodzenia i złożenia odpowiedniej liczby odpisów pozwu, oraz wskazania imienia i nazwiska oraz adresu przedstawicielki ustawowej małoletniego, pod rygorem zawieszenia postępowania. Do postępowania przyłączył się Rzecznik Praw Obywatelskich, wnosząc o zmianę tego postanowienia. Sąd Okręgowy w Łodzi nie przychylił się do wniosku Rzecznika, a wobec niewykonania przez powódkę zobowiązania, oddalił powództwo. Apelację od tego wyroku wniósł do Sądu Apelacyjnego w Łodzi Rzecznik Praw Obywatelskich.

Sąd Apelacyjny²⁰⁵ zgodnie z wnioskiem Rzecznika zmienił zaskarżony wyrok i uwzględnił powództwo. Jak wynika z uzasadnienia wyroku, przedmiotem postępowania w sprawie o ustalenie płci nie są prawa i obowiązki członków rodziny powódki, lecz ustalenie płci znajdujące odzwierciedlenie w jej akcie urodzenia. Prawa i obowiązki dziecka wobec rodziców i rodziców wobec dziecka są takie same, bez względu na płeć dziecka i bez względu na płeć jego rodzica.

Sąd Apelacyjny uwzględnił powództwo opierając się o wyniki badania seksuologicznego, psychologicznego i psychiatrycznego, dołączone do pozwu. Nie stwierdził ponadto, żeby dobro małoletniego syna powódki sprzeciwiało się uwzględnieniu powództwa. W ocenie Sądu Apelacyjnego w interesie małoletniego jest doprowadzenie do sytuacji, w której płeć rodzica znajdująca odzwierciedlenie w jego dokumentach tożsamości, będzie odpowiadała płci przez niego odczuwanej zgodnie z którą na co dzień funkcjonuje.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego skargę kasacyjną wniósł Prokurator Regionalny w Łodzi. Prokurator Regionalny wskazał, że pogląd prawny Sądu Apelacyjnego prowadzi do wniosku, że dziecko jest każdorazowo bezwarunkowo gotowe zaakceptować ustalenie płci swojego rodzica. Prokurator wyraził pogląd, że dziecko „ma prawo oczekiwać pozostawania w rolach ojca oraz matki przez osoby o płci zgodnej z jej ustawowym rozumieniem” i wywodzi, że gdyby przyjąć, że dziecko nie ma interesu prawnego w postępowaniu o ustalenie płci jego rodzica, dziecko nie miałyby prawa do „zakwestionowania odmiennej od dotychczas pełnionej roli społecznej rodzica oraz byłoby każdorazowo zobowiązane do odnalezienia się w sytuacji, że w swoim rodzicu ma widzieć osobę innej płci niż wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia, narodzin oraz jego wychowania”.

Rzecznik Praw Obywatelskich w odpowiedzi na skargę wyjaśnił, że poczucie przynależności do innej płci niż przypisana przy urodzeniu nie jest decyzją osoby transpłciowej – potrzeby funkcjonowania zgodnie z odczuwaną płcią także nie można wybrać, a umożliwienie jej zaspokojenia jest obowiązkiem państwa. Osoba transpłciowa nie zmienia swojej roli społecznej w momencie uprawomocnienia się wyroku ustalającego jej płeć – osoba transpłciowa w momencie orzekania funkcjonuje już zgodnie z odczuwaną przez siebie płcią, najczęściej od wielu lat. Tym samym, brak akceptacji ze strony innych osób, w tym członków rodziny osób transpłciowych nie doprowadzi do tego, że osoba transpłciowa przestanie funkcjonować zgodnie z odczuwaną przez siebie płcią czy przerwie leczenie. Z dotychczasowego orzecznictwa wynika, że jednym z kryteriów

²⁰⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt I C 50/16, LEX nr 2213054.

²⁰⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 15 grudnia 2017 r., sygn. akt I ACa 531/17, LEX nr 2463463.

branych pod uwagę w procesie o ustalenie płci, była do tej pory bezdzietność powoda lub osiągnięcie przez dzieci wieku i stopnia rozwoju umożliwiających im zrozumienie i akceptację transpłciowości rodzica. Sądy uwzględniały zatem interes faktyczny dzieci osoby transpłciowej przy rozpoznawaniu sprawy.

Sąd Najwyższy, wyrokiem z dnia 10 stycznia 2019 r.²⁰⁶, oddalił skargę kasacyjną. W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że prawo do identyfikowania się z daną płcią to prawo osobiste, z którego charakteru wynika, że interes prawny w uzgodnieniu płci ma wyłącznie podmiot tego prawa. Konieczność pozywania rodziców przez osobę dochodzącą ustalenia zmiany oznaczenia płci jest w opinii Sądu Najwyższego jedynie dostosowaniem do konstrukcji procesu dwustronnego, wynikającym z luki prawnej w postaci braku regulacji określającej wprost procedurę uzgodnienia płci. Wykorzystanie w tym celu założeń powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.), będące przyjętym przez judykaturę rozwiązaniem, narzuca konieczność wystąpienia strony pozwanej ze względu na charakter trybu procesowego, ale nie oznacza to, że bez udziału rodziców rozstrzygnięcie w sprawie o uzgodnienie płci nie byłoby możliwe z powodu ich interesu prawnego związanego z przedmiotem postępowania. W konsekwencji, jak wskazał Sąd Najwyższy, oczywiste jest, że dzieci osoby transpłciowej nie posiadają biernej legitymacji procesowej w sprawie o ustalenie płci, a tym samym nie muszą występować po stronie pozwanej.

W związku z tym, że nadal brak jest przepisów umożliwiających uzgodnienie płci w sposób szybki, przejrzysty i przystępny, zgodnie z opisanymi wyżej międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka, osoby transpłciowe, które dokonały uzgodnienia płci za granicą, wnoszą niekiedy o dokonanie wzmianki dodatkowej i zmiany oznaczenia płci w ich polskich aktach urodzenia na podstawie zagranicznych orzeczeń.

Istnieje rozbieżność w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach dotyczących uznania tego rodzaju zagranicznego orzeczenia. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Katowicach postanowieniem z dnia 13 czerwca 2017 r.²⁰⁷ oddalił zażalenie na postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 28 marca 2017 r.²⁰⁸ oddalające wniosek o uznanie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej postanowienia Sądu Okręgowego w Kolonii w sprawie dotyczącej zmiany stanu cywilnego. Sąd Apelacyjny w Katowicach orzeczenie sądu niemieckiego uznał za sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Wnioskodawca pozostawał bowiem w związku małżeńskim, z którego pochodzi małoletnie dziecko. W konsekwencji uznania zagranicznego orzeczenia i zmiany oznaczenia jego płci w akcie urodzenia, pozostawałby w Rzeczypospolitej Polskiej w związku małżeńskim z osobą tej samej płci – w ocenie Sądu Apelacyjnego, uznanie orzeczenia prowadziłoby zatem do naruszenia art. 18 Konstytucji i art. 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy²⁰⁹. Sąd Apelacyjny szeroko odniósł się do znaczenia art. 18 Konstytucji, obszernie relacjonując przebieg dyskusji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, która miała miejsce

²⁰⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2019 r., sygn. akt II CSK 371/18.

²⁰⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 czerwca 2017 r., sygn. akt V ACz 495/17, LEX nr 2317651.

²⁰⁸ Postanowienie Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt II CO 81/16 (niepubl.).

²⁰⁹ Dz. U. Z 2017 r. poz. 682, dalej jako: Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

w dniu 4 kwietnia 1995 r.. W uzasadnieniu nie odniósł się natomiast do opisanego wyżej, międzynarodowego standardu ochrony praw człowieka osób transpłciowych.

Przeciwnie, Sąd Okręgowy w Warszawie postanowieniem z dnia 14 lutego 2018 r.²¹⁰. postanowił, że podlega uznaniu na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej świadectwo uznania płci legalnej wydane w Wielkiej Brytanii przez Gender Recognition Panel (*Gender Recognition Certificate*). Sąd Okręgowy krótko wyjaśnił, że nie zachodzi żadna z przesłanek odmowy uznania zagranicznego orzeczenia – rozstrzygnięcie nie zapadło w sprawie należącej do wyłącznej jurysdykcji sądów polskich, strony postępowania nie były pozbawione możliwości obrony, sprawa o to samo roszczenie między tymi samymi stronami nie zawisła w Rzeczypospolitej Polskiej wcześniej niż przed sądem państwa obcego, orzeczenie nie jest sprzeczne z wcześniej wydanym prawomocnym orzeczeniem sądu państwa obcego, spełniającym przesłanki jego uznania w Rzeczypospolitej Polskiej, zapadłym w sprawie o to samo roszczenie między tymi samymi stronami, nie jest także sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego).

Biorąc pod uwagę, że brak jest w Polsce odpowiednich przepisów, dokonanie wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia na podstawie zagranicznego orzeczenia wydaje się jedyną obecnie możliwością uzgodnienia płci w sposób pozwalający na poszanowanie prawa do życia prywatnego i rodzinnego osób transpłciowych. Wymóg niepozostawania w związku małżeńskim nawet w sytuacji, gdy takiego wymogu nie stawia przed osobą transpłciową procedura uzgodnienia płci za granicą, prowadzi jednakże do naruszenia prawa do życia rodzinnego.

Jak wyżej wspomniano, ustalenie płci prowadzi wyłącznie do zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia osoby transpłciowej. Kwestia skutków prawnych wyroku sądu uwzględniającego powództwo nie jest więc uregulowana w sposób kompleksowy, spełniający międzynarodowy standard pełnego uznania nowej tożsamości płciowej osoby transpłciowej. Wyrok o ustaleniu płci jest podstawą do dokonania zmiany numeru PESEL, a także zmian w świadectwach szkolnych i dyplomie ukończenia szkoły wyższej. Brak jest natomiast podstawy prawnej do dokonania odpowiednich korekt w innych istotnych dokumentach wydawanych przez podmioty niepaństwowe, w tym w świadectwach pracy. Minister Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej zadeklarował, że umożliwi osobom transpłciowym aktualizację ich świadectw pracy przy nowelizacji rozporządzenia z dnia 15 maja 1996 r. Ministra Pracy i Polityki Socjalnej w sprawie szczegółowej treści świadectwa pracy oraz sposobu i trybu jego wydawania i prostowania²¹¹. Brak natomiast informacji jaki jest stan prac na wskazaną nowelizacją i na kiedy planowane jest ich zakończenie.

Ze względu na omówione wyżej niedostatki postępowania w sprawach ustalenia płci, osoby transpłciowe, które z różnych przyczyn nie zdecydowały się na wytoczenie powództwa przeciwko swoim rodzicom (np. w trosce o relacje rodzinne czy pozostając w związku małżeńskim), składają niekiedy wnioski o zmianę imienia w trybie administracyjnym - na podstawie ustawy z dnia 17

²¹⁰ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 lutego 2018 r., sygn. akt VI Co 1080/16 (niepubl.).

²¹¹ Odpowiedź na wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia z 12 września 2017 r. (XI.411.2.2017).

października 2008 r. o zmienia imienia i nazwiska (Dz.U. z 2016 r. poz. 10, t.j.). Zgodnie z jej art. 4, zmiany imienia lub nazwiska można dokonać wyłącznie z ważnych powodów, w szczególności: w sprawach zmiany imienia lub nazwiska ośmieszającego albo nieliczącego z godnością człowieka; na imię lub nazwisko używane; na imię lub nazwisko, które zostało bezprawnie zmienione; na imię lub nazwisko noszone zgodnie z przepisami prawa państwa, którego obywatelstwo również się posiada. Praktyka organów administracji w tego typu sprawach jest niejednolita. Co do zasady, umożliwia się osobom transpłciowym zmianę imienia na imię neutralne płciowo. RPO znane są jednak decyzje kierowników USC, którzy odmawiali zmiany imienia na imię wskazujące płeć, z którą wnioskodawca się identyfikuje, inną niż ta oznaczona w akcie urodzenia.

W ocenie niektórych kierowników USC transpłciowość wnioskodawcy nie jest "ważnym powodem" zmiany imienia, a ponadto, ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego wymaga, w ich ocenie, aby imię wskazane w akcie urodzenia odzwierciedlało płeć osoby, której akt ten dotyczy. Kierownicy USC powołują się przy tym na wyrok z dnia 15 lutego 2017 r.²¹², w którym WSA w Łodzi uznał, że zmiana imion z męskich na żeńskie, jak również nazwiska w formie wskazującej, że dana osoba jest płci żeńskiej, nie może nastąpić bez wcześniejszego uzyskania orzeczenia sądowego w przedmiocie ustalenia płci. Tymczasem ustawa o zmianie imienia i nazwiska wprowadza samodzielny, administracyjny tryb zmiany imienia i nazwiska, uniezależniony od przepisów innych ustaw, w tym ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. Fakt, że ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego wprowadza wymóg wskazania w akcie urodzenia dziecka imienia wskazującego na jego płeć nie ma wpływu na możliwość późniejszej zmiany imienia w trybie administracyjnym na imię neutralne lub wskazujące na inną płeć osoby transpłciowej. Stanowisko WSA w Łodzi jest w tym kontekście niezgodne z najnowszym orzecznictwem ETPCz – w wyroku z dnia 11 października 2018 r. za naruszenie art. 8 Konwencji Trybunał uznał długotrwałą odmowę zmiany imienia osoby transseksualnej w aktach stanu cywilnego, przed uzyskaniem sądowego potwierdzenia zakończenia procesu korekty płci w drodze zabiegu operacyjnego. W celu realizacji prawa do poszanowania życia prywatnego osób transpłciowych, biorąc pod uwagę, że droga sądowa nie została zastrzeżona dla zmiany imienia osoby transpłciowej w ustawie, w ocenie RPO należy umożliwić osobom transpłciowym zmianę imienia w trybie administracyjnym, przed uzyskaniem sądowego orzeczenia o ustaleniu płci. Jest to szczególnie istotne ze względu na wskazane wyżej zastrzeżenia co stosowanej obecnie procedury w sprawach ustalenia płci, w szczególności przewlekłość postępowań.

W szczególnie trudnej sytuacji prawnej znajdują się w Polsce małoletnie osoby transpłciowe, które nie mają możliwości samodzielnego wytoczenia powództwa o ustalenie płci, ze względu na brak pełnej zdolności do czynności prawnych. Ponieważ powództwo to musi być skierowane przeciwko rodzicom, którzy nie mogą w takiej sytuacji działać w imieniu swojego dziecka, za małoletnią osobę transpłciową może występować w takiej sprawie jedynie kurator. Rzecznikowi Praw Obywatelskich znany jest jeden

²¹² Wyrok WSA w Łodzi z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt III SA/Łd 745/16.

wyrok – Sądu Okręgowego w Zielonej Górze, w którym orzeczono o ustaleniu płci osoby małoletniej²¹³. Ze względu na powyższe trudności z wytoczeniem powództwa, rodzice małoletnich osób transpłciowych starają się ułatwić ich sytuację poprzez zmianę imienia na imię używane i zgodne z płcią odczuwaną, w przywołanym już trybie administracyjnym z ustawy o zmianie imienia i nazwiska. Podobnie jak w przypadku osób pełnoletnich, praktyka organów administracji jest w tym przedmiocie niejednolita, a z informacji przekazywanych Rzecznikowi w skargach wynika, że najczęściej skuteczne okazują się być wnioski o zmianę imienia na imię neutralne płciowo.

6.3. Związki partnerskie i małżeńskie w orzecznictwie międzynarodowym

Na wstępie należy zaznaczyć, że prawo do zawarcia małżeństwa (art. 12 EKPC), zgodnie z aktualnym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dotyczy tradycyjnego małżeństwa między osobami różnej płci. W sytuacji, gdy prawo krajowe nie przewiduje rejestracji związków partnerskich osób tej samej płci czy konkubinatów, państwo powinno rozważyć możliwość zapewnienia parom osób tej samej płci pewnych środków prawnych, pozwalających radzić sobie z praktycznymi problemami wynikającymi z braku takiego prawnego uznania bez dyskryminacji. Nie powinno to również skutkować dyskryminującym traktowaniem par osób różnej płci, gdy mają one podobne potrzeby²¹⁴. W 2000 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wezwało państwa członkowskie do przyjęcia przepisów, które przewidywałyby rejestrację związków partnerskich osób tej samej płci²¹⁵.

Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał, że pary jedнопłciowe żyjące w stałych związkach znajdują się pod ochroną art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i korzystają z ochrony swojego życia rodzinnego. Trybunał uznał ponadto, że pary jedнопłciowe mają potrzebę prawnego uznania i ochrony prawnej takiego związku²¹⁶.

Określenie przez ustawodawcę praw i obowiązków par niebędących małżeństwami, powinno nastąpić w sposób wolny od dyskryminacji par tej samej czy odmiennej płci. Rozróżnienie na tle orientacji seksualnej wymaga bowiem każdorazowo uzasadnienia szczególnie ważnymi powodami. Państwo ma w tym zakresie wąski margines swobody oceny. Wówczas zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie, by wybrany środek był odpowiedni do realizacji danego celu, ale musi być konieczny w danych okolicznościach. Jeżeli zatem powody przedstawione jako uzasadnienie różnicy w traktowaniu są oparte wyłącznie na orientacji seksualnej skarżącego, oznacza to dyskryminację w świetle Konwencji²¹⁷. Stąd przykładowo, odmowa partnerowi tej samej płci wstąpienia w stosunek najmu po śmierci jego partnera, w sytuacji, gdy partner różnej płci niebędący małżonkiem byłby do tego uprawniony, stanowi

²¹³ Wyrok Sądu Okręgowego w Zielonej Górze z dnia 31 lipca 2019 r., sygn. akt I C 238/19, niepubl.

²¹⁴ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 23.

²¹⁵ Zalecenie 1474(2000) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 30.6.2000 r. o sytuacji lesbijek i gejów w państwach członkowskich Rady Europy, dostępne na stronie: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16829&lang=en> (dostęp: 2/10/2018 r.).

²¹⁶ Wyrok ETPC z 24.6.2010 r. Schalk i Kopf p. Austrii, skarga nr 30141/04, § 99.

²¹⁷ Wyroki ETPC: z 22.1.2008 r. E.B. p. Francji (Wielka Izba), skarga nr 43546/02, § 91 i 93; z 27.9.1999 r. Smith i Grady p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 33985/96 oraz 33986/96, § 89 i 94; z 24.7.2003 r. Karner p. Austrii, skarga nr 40016/98, § 37 i 41.

dyskryminację z uwagi na orientację seksualną w związku z prawem do poszanowania mieszkania wyrażonym w art. 8 w związku z art. 14 EKPC²¹⁸.

Dyskryminację z uwagi na orientację seksualną stanowi również odmowa przyznania osobie pozostającej w związku tej samej płci świadczeń emerytalno-rentowych na tej podstawie, że wraz z partnerem nie spełniła wymogów definicji rodziny²¹⁹. Podobnie, nieprzyznanie emerytury z uwagi na osiągnięcie wieku wymaganego dla kobiety z uwagi na brak prawnego uznania uzgodnienia płci²²⁰. Aby uzasadnić dyskryminację w traktowaniu należy zawsze wskazać obiektywne kryteria uzasadniające rozróżnienie.

To do uznania władz należy ocena tego, czy zgodnie z prawem krajowym para tej samej płci znajduje się w „sytuacji porównywalnej” z sytuacją pary różnej płci w danym przypadku²²¹. W konsekwencji, w określonych okolicznościach, pary osób tej samej płci mogą nie być traktowane jako znajdujące się w sytuacji porównywalnej do sytuacji pary różnej płci. Tam jednak, gdzie istnieje możliwość zarejestrowania związków partnerskich osób tej samej płci, powinny one mieć ten sam status prawny, prawa i obowiązki, co pary różnej płci.

W sprawie Vallianatos i Inni przeciwko Grecji. Trybunał uznał, że Grecja uniemożliwiając zawarcie związku cywilnego osobom tej samej płci, podczas gdy możliwe jest zawarcie związku cywilnego przez osoby różnej płci, naruszyła Konwencję²²². Jak zasadnie wskazał Tomasz Dudek, „(...) Trybunał wskazał na argument podnoszony także w trakcie polskiej debaty nad związkami partnerskimi, zgodnie z którym ich instytucjonalizacja jest zbędna, ponieważ szereg spraw można już dziś załatwić w formie umów cywilnoprawnych. Trybunał jasno stwierdził, że argument ten jest nietrafny. Instytucjonalizacja związków osób tej samej płci ma bowiem służyć nie tylko ułatwieniu im wspólnego, codziennego życia w obszarze majątkowym, ale przede wszystkim stanowić państwowe uznanie ich związku”²²³.

Fundamentalne znaczenie ma ponadto wyrok w sprawie Oliari i inni przeciwko Włochom. Trybunał doszedł do wniosku, że sam fakt nieuregulowania w krajowym porządku prawnym danego państwa sytuacji związków jednopłciowych, w związku z osiągnięciem europejskiego konsensusu w sprawie instytucjonalizacji pożycia par jednopłciowych, stanowi naruszenie art. 8 Konwencji²²⁴. Trybunał orzekł ponadto, że z art. 8 Konwencji wynikają pozytywne obowiązki państwa, a swoboda w ich realizacji nie jest nieograniczona w sprawach, w których rolę odgrywa szczególnie istotny aspekt życia i tożsamości jednostki²²⁵. W ocenie Trybunału odzwierciedlenie rzeczywistej sytuacji skarżących – tj. pozostawanie w związku jednopłciowym – nie stanowi żadnego ciężaru dla państwa i służy ważnej społecznej

²¹⁸ Wyrok ETPC z 2.3.2010 r. Kozak p. Polsce, skarga nr 13102/02.

²¹⁹ Decyzja Komitetu Praw Człowieka ONZ z 6.8.2013 r. w sprawie nr 941/2000, Young v. Australia.

²²⁰ Wyrok ETPC w sprawie Grant v. Zjednoczone Królestwo, § 41-44.

²²¹ Wyrok TSUE z 1.4.2008 r. Tadao Maruko p. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06, § 65, ECLI:EU:C:2008:179.

²²² Wyrok ETPC z 7.11.2013 r. Vallianatos i Inni p. Grecji, skargi nr 29381/09 oraz 32684/09.

²²³ T. Dudek, <https://www.rpo.gov.pl/en/node/3098> (dostęp: 9/10/2018 r.).

²²⁴ Wyrok ETPC z 21.7.2015 r. Oliari i inni p. Włochom, skargi nr 18766/11 i 36030/11, § 185.

²²⁵ Ibidem, § 162.

potrzebie²²⁶. Interes skarżących, domagających się prawnego uznania i ochrony ich jednopłciowego związku, nie narusza w żaden sposób interesu społecznego²²⁷.

W sprawie *Orlandi przeciwko Włochom* Trybunał podkreślił, że państwa członkowskie mają swobodę wyboru, czy dopuszczają zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci. Muszą jednakże zagwarantować takim parom prawne uznanie i ochronę. Trybunał podkreślił, że w większości państw Rady Europy (27 spośród 47 państw) formą takiego uznania jest instytucja związków partnerskich o statusie porównywalnym z małżeństwem, która co do zasady jest wystarczająca do realizacji standardów EKPC. Tymczasem do 2016 r., kiedy to zaczęły obowiązywać przepisy dotyczące jednopłciowych związków partnerskich, prawo włoskie nie zapewniało parom osób tej samej płci jakiegokolwiek ochrony prawnej. ETPC uznał, że taka sytuacja nie była uzasadniona żadnymi racjonalnymi argumentami, co doprowadziło do naruszenia art. 8 Konwencji²²⁸.

Z przytoczonego powyżej orzecznictwa Trybunału wynika, że państwa powinny stwarzać odpowiednie uwarunkowania prawne dla funkcjonowania par jednopłciowych. Trybunał nie przesądza wprawdzie formy tych uwarunkowań, wydaje się jednak, że może to być przykładowo taka ocena zdolności małżeńskiej wnioskodawcy, żeby możliwe było zawarcie przez niego związku małżeńskiego za granicą z partnerem tej samej płci. Umożliwienie parom jednopłciowym zawierania związków małżeńskich za granicą służyłoby realizacji gwarantowanego Konwencją prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego wnioskodawcy, a jednocześnie nie stanowiłoby żadnego zagrożenia dla interesu społecznego czy innych dóbr prawnie chronionych. Pomimo że w sprawie umożliwienia zawierania parom tej samej płci związków małżeńskich Konwencja pozostawia państwom-stronom szeroki margines swobody²²⁹, to umożliwienie im zawierania związków partnerskich przyznających co najmniej pewne uprawnienia podatkowe, majątkowe i socjalne można uznać w zasadzie za pozytywny obowiązek państwa zapewnienia tym samym realizacji prawa do poszanowania ich życia rodzinnego²³⁰.

²²⁶ Ibidem, § 173.

²²⁷ Ibidem, § 185.

²²⁸ Wyrok ETPC z 14.12.2017 r. *Orlandi i Inni p. Włochom*, skargi nr 26431/12, 26742/12, 44057/12 oraz 60088/12.

²²⁹ Wyrok ETPC z 9.6.2016 r. *Chapin i Charpentier p. Francji*, skarga nr 40183/07.

²³⁰ Ibidem, § 49.

6.4. Związki partnerskie i małżeńskie zawierane za granicą

Niezwykle istotne są wnioski, do których doszedł TSUE, w zapadłym w dniu 5 czerwca 2018 roku wyroku w sprawie Coman²³¹. Sprawa dotyczyła odmowy przyznania prawa pobytu obywatelowi Stanów Zjednoczonych, który pozostawał w zawartym w Belgii związku małżeńskim z obywatelem Rumunii. Podstawą odmowy były przepisy rumuńskiego kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, małżeństwa pomiędzy osobami tej samej płci zawarte za granicą nie podlegają uznaniu. Sąd konstytucyjny skierował do Trybunału kilka pytań prejudycjalnych, m.in., czy określenie „współmałżonek”, o którym mowa w dyrektywie w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, obejmuje współmałżonka tej samej płci, pochodzącego z państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, z którym obywatel Unii Europejskiej zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż państwo przyjmujące. W wyroku z dnia 5 czerwca 2018 r. TSUE za naruszenie art. 21 ust. 1 TFUE uznał odmowę przyznania prawa pobytu z tego powodu, że prawo rumuńskie nie przewiduje małżeństwa osób tej samej płci.

Jak wynika z uzasadnienia wyroku w sprawie Coman, obowiązek zapewnienia skuteczności prawa Unii – w tym prawa do swobody przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich – wymaga, aby życie rodzinne, które obywatel Unii prowadził w państwie członkowskim innym niż to, którego obywatelstwo posiada, mogło toczyć się dalej po jego powrocie do państwa członkowskiego jego przynależności państwowej. Uniemożliwienie mu prowadzenia takiego życia rodzinnego po powrocie mogłoby bowiem odwozić obywateli Unii od jego opuszczenia w celu skorzystania z przysługującego mu prawa pobytu w innym państwie członkowskim z tego względu, że nie miałby pewności, czy w państwie członkowskim swego pochodzenia będzie mógł kontynuować życie rodzinne, rozwinięte lub umocnione w przyjmującym państwie członkowskim.

Państwo członkowskie nie może zatem powoływać się na swoje prawo krajowe, by sprzeciwić się uznaniu na swoim terytorium – wyłącznie do celów przyznania pochodnego prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego – małżeństwa zawartego przez niego z obywatelem Unii tej samej płci w innym państwie członkowskim zgodnie z prawem tego ostatniego państwa²³².

Organy administracji nie mogą ze względu na prawo krajowe nieuznające rodzicielstwa osób tej samej płci sprzeciwić się transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia wyłącznie z tego powodu, że jako rodziców wskazano w nim dwie osoby tej samej płci. Oczywiście TSUE przyznaje, że państwa członkowskie mają swobodę w kwestiach dotyczących stanu cywilnego czy dopuszczalności małżeństw tej samej płci, ale obowiązek uznania – wyłącznie w celu zapewnienia realizacji swobody przemieszczania się – tej kompetencji nie narusza. Dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wskazane są dwie osoby tej samej płci, nie oznacza, że państwo członkowskie zobowiązane jest do wprowadzenia takiej możliwości w swoim prawie krajowym.

²³¹ Wyrok TSUE z 5.6.2018 r. Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept p. Rumunii, C-673/16.

²³² Ibidem, pkt 36.

Sprowadza się to wyłącznie do uznania rodzicielstwa osób tej samej płci jedynie dla celów wykonywania praw zagwarantowanych przez prawo Unii. W sprawie Coman TSUE raz jeszcze powtórzył, że państwa członkowskie powinny wykonywać kompetencje zastrzeżone do ich wyłącznej właściwości zgodnie z prawem Unii, a w szczególności zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich przyznanej każdemu obywatelowi Unii²³³.

Sądy krajowe zobowiązane są do zapewnienia pełnej efektywności prawu unijnemu. Jeżeli sąd uzna, że dany akt prawa krajowego narusza jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej (jak np. swobodę przemieszczania), a dokonanie wykładni tego aktu w sposób zapewniający zgodność z prawem Unii jest niemożliwe, jest zobowiązany z własnej inicjatywy odmówić zastosowania takiego aktu bez względu na to, w jakiej dziedzinie został wydany²³⁴. Co więcej, TSUE stanął na stanowisku, że obowiązek zagwarantowania przestrzegania zasad prawa Unii Europejskiej poprzez niestosowanie, w razie potrzeby, jakichkolwiek sprzecznych z nim przepisów prawa krajowego, spoczywa na sądzie krajowym, przed którym zawisł spór między jednostkami, niezależnie od przysługującego mu w wypadkach wskazanych w art. 267 ust. 2 TFUE uprawnienia do zwrócenia się do Trybunału w trybie prejudycjalnym o wykładnię prawa Unii Europejskiej²³⁵.

Z kolei Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał za obowiązek państwa-strony Konwencji przyznanie prawa pobytu osobie pozostającej w nieformalnym związku jednopłciowym z obywatelem innego państwa członkowskiego²³⁶ a także osobie pozostającej w jednopłciowym związku małżeńskim z obywatelem państwa trzeciego²³⁷ nawet w sytuacji, w której państwa te nie zdecydowały się na dokonanie instytucjonalizacji związków osób tej samej płci czy na umożliwienie parom tej samej płci zawierania małżeństw.

Przepisy prawa polskiego obecnie nie przewidują możliwości zawierania związków małżeńskich przez osoby tej samej płci, nie przewidują także jakiejkolwiek formy instytucjonalizacji związków partnerskich. W toku jest obecnie pięć postępowań, w których pary tej samej płci zgłosiły się do kierowników urzędów stanu cywilnego składając zapewnienia o nieistnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, co jest warunkiem złożenia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński. Kierownicy urzędów stanu cywilnego odmawiali przyjęcia tych zapewnień, informując wnioskodawców, że przepisy prawa polskiego jako małżeństwo rozumieją wyłącznie związek kobiety i mężczyzny. Decyzje kierowników urzędów stanu cywilnego podtrzymały następnie sądy rejonowe i okręgowe. Do Trybunału Konstytucyjnego trafiły skargi o stwierdzenie, że art. 1 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiejkolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków

²³³ Ibidem, pkt 37-38.

²³⁴ Wyrok TSUE z 18.9.2003 r. Tommaso Morelato p. Comune di Padova, C-416/00, pkt 45.

²³⁵ Wyrok TSUE z 19.1.2010 r. Küçükdeveci p. Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07.

²³⁶ Wyrok ETPC z 23.2.2016 r. Pajić p. Chorwacji, skarga nr 68453/13.

²³⁷ Wyrok ETPC z 30.6.2016 r. Tadeucci & McCall p. Włochom, skarga nr 51362/09.

tworzonych przez osoby tej samej płci, jest niezgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji RP²³⁸. Skargi oczekują na rozpoznanie.

Pary tej samej płci zawierają związki partnerskie i małżeńskie za granicą, podejmując następnie próby dokonania transkrypcji – przeniesienia do polskiego rejestru stanu cywilnego – zagranicznego aktu małżeństwa. W wyroku z dnia 28 lutego 2018 r. Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną w sprawie odmowy transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa dwóch kobiet²³⁹. NSA powołał się na art. 12 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zgodnie z którym mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa. Transkrypcja aktu małżeństwa dwóch kobiet byłaby zdaniem NSA sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁰. Podstawową zasadą porządku prawnego jest zdaniem NSA art. 18 Konstytucji, który „definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, a tym samym wynika z niego zasada nakazująca jako małżeństwo traktować w Polsce jedynie związek heteroseksualny”, a także art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Linia orzecznicza wyznaczona w ten sposób przez NSA jest do dnia dzisiejszego konsekwentnie realizowana przez wojewódzkie sądy administracyjne, które odmawiają transkrypcji zagranicznych aktów małżeństwa²⁴¹. W uzasadnieniu jednego z wyroków w takiej sprawie²⁴² Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie przedstawił jednak opinię przeciwną do dominującej w dotychczasowym orzecznictwie, wskazując że art. 18 Konstytucji nie stanowi samoistnej przeszkody do dokonania transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa pary jedнопłciowej i byłaby ona możliwa, gdyby ustawodawca zwykły zinstytucjonalizował status związków osób tej samej płci. Orzecznictwo jednoznacznie rozstrzyga natomiast, że wskazane przez NSA przepisy prawa krajowego stoją na przeszkodzie zawarcia związku małżeńskiego przez pary tej samej płci

Jakkolwiek brak możliwości zawarcia jedнопłciowego związku małżeńskiego w Polsce można próbować uzasadniać brzmieniem art. 18 Konstytucji, trudno tym samym przepisem uzasadniać odmowę wydawania polskim obywatelom i obywatelkom zaświadczenia umożliwiającego im zawarcie związku małżeńskiego z osobą tej samej płci za granicą.

Przykład z orzecnictwa

Wnioskodawca zwrócił się do kierownika urzędu stanu cywilnego o wydanie zaświadczenia stwierdzającego, że zgodnie z prawem polskim może zawrzeć małżeństwo. Kierownik odmówił wydania tego zaświadczenia,

²³⁸ Sygn. akt SK 12/17 oraz sygn. akt SK 4/19

²³⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 lutego 2018 r., sygn. akt, II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

²⁴⁰ Art. 107 pkt 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 2064) i art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2015 r. poz. 1792).

²⁴¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 stycznia 2019 r. (sygn. IV Sa/Wa 2618/18, nieprawomocny), Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 25 stycznia 2019 r. (sygn. IV Sa/Wa 2717/18, nieprawomocny), Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 29 stycznia 2019 r. (sygn. III SA/Lu 536/18 i sygn. III SA/Lu 537/18, nieprawomocny).

²⁴² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2019 r., sygn. akt IV SA/Wa 2618/18 (nieprawomocny).

wnioskodawca zwrócił się wobec tego do sądu rejonowego z wnioskiem o rozstrzygnięcie, czy okoliczności przedstawione przez kierownika urzędu stanu cywilnego uzasadniały odmowę dokonania czynności.

Postanowieniem z dnia 17 marca 2015 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie²⁴³ podtrzymał decyzję kierownika urzędu stanu cywilnego – zgodnie z prawem polskim, wnioskodawca nie może bowiem zawrzeć związku małżeńskiego z osobą tej samej płci. Wnioskodawca złożył od tego wyroku apelację.

Do postępowania przyłączył się Rzecznik Praw Obywatelskich. Zdaniem Rzecznika, pomimo tego, że uregulowania dotyczące zdolności małżeńskiej należą do kompetencji wyłącznych państw członkowskich, obowiązkiem państwa jest poszanowanie praw ustanowionych Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i swobód gwarantowanych prawem Unii Europejskiej oraz takie stosowanie prawa krajowego, żeby było ono zgodne z wiążącymi Polskę przepisami prawa międzynarodowego, w tym przepisami prawa Unii Europejskiej. Prawo krajowe skonstruowane w sposób uniemożliwiający wydanie zaświadczenia o zdolności do zawarcia związku małżeńskiego za granicą wyłącznie z powodu braku różnicy płci nupturientów, stanowi naruszenie art. 8 i art. 14 Konwencji oraz nieproporcjonalne ograniczenie swobody przepływu.

Wyrokiem z dnia Sąd Okręgowy w Warszawie²⁴⁴ oddalił apelację wnioskodawcy. Powołał się na art. 18 Konstytucji, który „zakazuje nadawania związkom faktycznym dwojga osób różnej lub tej samej płci charakteru małżeństwa”.

W związku z brakiem możliwości jakiegokolwiek instytucjonalizacji związków partnerskich tej samej płci, sądy udzielają ochrony parom jednopłciowym w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego pewne uprawnienia przyznają związkom nieformalnym. Przykładowo, w uchwale z dnia 28 listopada 2012 r.²⁴⁵ Sąd Najwyższy uznał, że osobą pozostającą we wspólnym pożyciu z najemcą jest osoba połączona z nim więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą, także osoba tej samej płci. W uchwale z dnia 25 lutego 2017 r.²⁴⁶ Sąd Najwyższy za osobę pozostającą we wspólnym pożyciu uznał także partnera tej samej płci w rozumieniu art. 115 § 11 Kodeksu karnego. Omówione wyżej orzecznictwo ETPCz, jak i orzecznictwo Sądu Najwyższego wyraźnie wskazują, że ilekroć przepisy prawa polskiego przyznają jakieś uprawnienie – jako osobie najbliższej – partnerom pozostającym w związku nieformalnym, uprawnienie to przysługuje partnerom bez względu na ich płeć. Przykładowo, partner tej samej płci, jako osoba bliska w rozumieniu ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku praw

²⁴³ Postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt III RNs 661/14 (niepubl.).

²⁴⁴ Postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 października 2015 r., sygn. akt VI Ca 435/15 (niepubl.).

²⁴⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., sygn. akt III CZP 65/12, LEX nr 1230043.

²⁴⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2017 r., sygn. akt I KZP 20/15, LEX nr 1984687.

pacjenta²⁴⁷, ma zatem takie samo prawo do otrzymania informacji o stanie zdrowia nieprzytomnego pacjenta, jak małżonek czy rodzic²⁴⁸.

Wiele uprawnień zastrzeżonych dla małżonków nie przysługuje partnerom w związkach nieformalnych – tej samej, czy to różnej płci. Partnerzy różnej płci mają jednak szansę uzyskać do niego dostęp poprzez zawarcie związku małżeńskiego, partnerzy tej samej płci pozbawieni są tej możliwości. Sądy nie są jednakże skłonne z tego powodu udzielać partnerom tej samej płci dostępu do tego rodzaju uprawnień, nie dopatrując się tu dyskryminacji pośredniej. Przykładowo, Naczelny Sąd Administracyjny²⁴⁹ oddalił skargę kasacyjną w sprawie odmowy objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym partnerki tej samej płci jako członka rodziny – wnioskodawczyni zawarła związek partnerski ze swoją partnerką w Wielkiej Brytanii. NSA stanął na stanowisku – odmiennie niż dominujące orzecznictwo sądów powszechnych i administracyjnych – że art. 18 Konstytucji, jak i art. 47, „nie dają podstaw do zbudowania prawnej definicji rodziny”. Z art. 18 Konstytucji NSA wyprowadził jedynie wniosek, że „na ochronę zasługują w szczególności związki rodzinne oparte na małżeństwie kobiety i mężczyzny oraz macierzyństwie i rodzicielstwie”. Przepis ten nie daje także podstaw „do zredukowania pojęcia rodziny do związków zakotwiczonych w małżeństwie w rozumieniu w nim określonym”. Skoro Konstytucja nie definiuje pojęcia rodziny, ustalenie kręgu osób należących do rodziny należy zatem zdaniem NSA do ustawodawcy zwykłego. W rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych²⁵⁰ członkami rodziny są małżonkowie, a więc w rozumieniu art. 18 Konstytucji i art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, dwie osoby różnej płci. Instytucja związku partnerskiego nie jest rozpoznana przez polski porządek prawny i jest to także instytucja odmienna od związku małżeńskiego. Podstawą zróżnicowania sytuacji osób pozostających w związkach partnerskich i małżeńskich jest zdaniem NSA ich status formalny, a nie płeć. Jednakowo traktowane są „osoby pozostające w związku partnerskim heteroseksualnym i homoseksualnym”. Wyjaśnia następnie NSA, że nawet jeżeli „za niemożnością uzyskania statusu małżonka przez osobę pozostającą w związku homoseksualnym kryje się wynikający z art. 18 Konstytucji zakaz zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci, to nie można byłoby dopatrywać się w tym dyskryminacji pośredniej. Wymagałoby to bowiem wykazania, że dyskryminujący charakter ma art. 18 Konstytucji”.

Za dyskryminację pośrednią uznać należy także uniemożliwienie zmiany nazwiska na nazwisko partnera tej samej płci. Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 17 października 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska²⁵¹, zmiany nazwiska można dokonać wyłącznie z „ważnych powodów”. Ustawa zawiera otwarty katalog powodów uzasadniających zmianę nazwiska. Pomimo tego, że w praktyce kierownicy urzędy stanu cywilnego wielokrotnie zmieniały nazwiska osobom pozostającym w trwałym związku

²⁴⁷ Dz. U. z 2017 r. poz. 1318.

²⁴⁸ Por. Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej, raport z serii Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka nr 14, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2014, nr 7, Warszawa 2014, s. 29-36.

²⁴⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt II GSK 866/15, LEX nr 2168889.

²⁵⁰ Dz. U. z 2018 r. poz. 1510.

²⁵¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 10, z późn. zm.

z osobą tej samej płci (na nazwiska drugiego partnera lub nadając obu partnerom wspólne, podwójne nazwisko), Naczelny Sąd Administracyjny oddalił skargę kasacyjną w sprawie, w której kierownik urzędu stanu cywilnego odmówił zmiany nazwiska. Kierownik urzędu stanu cywilnego uznał, że „chęć noszenia nazwiska osoby uznanej przez stronę za bliską” nie stanowi ważnego powodu umożliwiającego uwzględnienie wniosku; nie jest wystarczająca „sama wola strony oparta na sympatii do osoby, z którą zamieszkuje, ma wspólne konto w banku czy prowadzi wspólne gospodarstwo”. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 10 października 2017 r.²⁵² ocenił, że zmiana nazwiska jest możliwa w szczególności w związku z zawarciem małżeństwa i uregulowana została w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Instytucja związku partnerskiego nie jest znana prawu polskiemu – nie jest zatem w interesie społecznym uznanie, że „ważnym powodem” uzasadniającym zmianę nazwiska jest fakt pozostawania w takim związku, czy to z osobą tej samej, czy to różnej płci. Wreszcie odmowa zmiany nazwiska zdaniem NSA nie narusza prawa do życia prywatnego, z którego wnioskodawczyni korzysta „kształtując prawo do wspólnego lokalu, konta bankowego”.

6.5. Rodzicielstwo par tej samej płci i osób transpłciowych – orzecznictwo międzynarodowe

W razie separacji lub rozwodu czy innych sytuacji, przy podejmowaniu decyzji dotyczących władzy rodzicielskiej lub opieki nad dzieckiem, a zwłaszcza pieczy i ochrony, zapewnienia edukacji, utrzymania osobistych kontaktów z dzieckiem, miejsca zamieszkania, zarządzania majątkiem dziecka, reprezentacji prawnej, najważniejsze jest najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, zgodnie z artykułem 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka²⁵³. Dlatego państwo ma obowiązek zapewnienia, by powyższe decyzje były podejmowane w sposób wolny od dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową. Uzgodnienie płci nie powinno mieć wpływu na status rodzica²⁵⁴.

Dokonanie rozróżnienia w oparciu o orientację seksualną danej osoby w sprawie o przyznanie opieki nad dzieckiem stanowi niedającą się zaakceptować na gruncie Konwencji dyskryminację stanowiącą naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego²⁵⁵.

W sprawie Gas i Dubois przeciwko Francji Trybunał uznał, że sytuacja prawna skarżących nie mogła być porównana do sytuacji pary małżeńskiej w kwestii przysposobienia przez drugiego rodzica. Trybunał nie znalazł także żadnych dowodów na istnienie różnic w traktowaniu ze względu na orientację seksualną skarżących, ponieważ pary przeciwnej płci, które wstąpiły w formalny związek partnerski miały także zamknięty dostęp do adopcji niepełnej²⁵⁶. Natomiast w sprawie X przeciwko Austrii, Trybunał zajął stanowisko, że adopcja dziecka pochodzącego z poprzedniego związku jednego

²⁵² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt II OSK 293/16, LEX nr 2419453.

²⁵³ Dz. U. z 1991 r. Nr 20, poz. 526.

²⁵⁴ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 24.

²⁵⁵ Wyrok ETPC z 21.12.1999 r. Salgueiro Da Silva Mouta p. Portugalii, skarga nr 33290/96, § 34-36.

²⁵⁶ Wyrok ETPC z 15.3.2012 r. Gas i Dubois p. Francji, skarga nr 25951/07.

z partnerów przez drugiego partnera tej samej płci, powinna być dozwolona na takich samych zasadach, jak dla par heteroseksualnych²⁵⁷.

Państwo nie ma obowiązku umożliwienia samodzielnej adopcji dzieci pojedynczym osobom. Dopuszczenie jednak takiej możliwości w prawie krajowym, skutkuje koniecznością jego stosowania bez dyskryminacji²⁵⁸. W konsekwencji, lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe powinny mieć możliwość samodzielnego przysposobienia dziecka na takich samych zasadach jak osoby heteroseksualne w podobnej sytuacji, przy czym sprawą nadrzędną we wszystkich decyzjach dotyczących dziecka powinno być najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka²⁵⁹.

Orzecznictwo strasburskie w tym zakresie również ewoluowało. W sprawie *Fretté p. Francji*, Trybunał ustaliwszy, że decyzja o odrzuceniu wniosku o wydanie zezwolenia na adopcję została oparta głównie na jego nieskrywanym homoseksualizmie, stwierdził jednocześnie, że różnica w traktowaniu nie stanowiła dyskryminacji, a decyzja w sprawie odrzucenia wniosku o wydanie zezwolenia realizowała cel uprawniony - ochronę zdrowia i praw dzieci, które mogły być zaangażowane w procedurę adopcyjną²⁶⁰. Następnie, w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *E.B. p. Francji*, Trybunał stwierdzając, że orientacja seksualna skarżącej była decydującym czynnikiem podczas podejmowania decyzji przez władze odnośnie do odmowy udzielenia jej zezwolenia na adopcję, stwierdził naruszenie art. 8 i 14 EKPC z uwagi na to, że władze „dokonały rozróżnienia w oparciu o rozważania dotyczące jej orientacji seksualnej, rozróżnienia, które nie jest dopuszczalne na gruncie Konwencji”²⁶¹.

W wydanej 10 kwietnia 2019 r. pierwszej opinii doradczej na podstawie Protokołu 16 do Konwencji²⁶², Trybunał odpowiedział francuskiemu Sądowi Kasacyjnemu, że uznanie prawnego związku dziecka z rodzicem społecznym nie musi przybrać formy wpisu do ksiąg stanu cywilnego, ale może zostać zapewnione inaczej, np. w drodze adopcji. Chociaż ETPC pozostawia państwu swobodę wyboru drogi uznania prawnej więzi dziecka z obojgiem rodziców, niezależnie od ich płci, w opinii wyraźnie zaznaczono też obowiązek tego uznania, ze względu na konieczność kierowania się dobrem dziecka.

Problematyka rodzicielstwa osób LGBT jest też przedmiotem czterech spraw zakomunikowanych Polsce przez ETPCz 26 lutego 2019 r. Dwie z nich – *A.S. p. Polsce*²⁶³ oraz *X. p. Polsce*²⁶⁴ dotyczą kwestii nieprzyznania opieki nad dzieckiem osobom nieheteronormatywnym, po rozpadzie ich różnopłciowych związków. Jedna, *A.D-K. p. Polsce*²⁶⁵, dotyczy odmowy transkrypcji aktu urodzenia dziecka pochodzenia polskiego urodzonego za granicą, w którym jako rodziców wskazano dwie matki. Wreszcie, sprawa *Schlittner-Hay p. Polsce*²⁶⁶ dotyka kwestii potwierdzenia obywatelstwa polskiego

²⁵⁷ Wyrok ETPC z 9.2.2013 r. X i Inni p. Austrii, skarga nr 19010/07.

²⁵⁸ Wyrok ETPC w sprawie *E.B. p. Francji* (WI), § 49.

²⁵⁹ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 24.

²⁶⁰ Wyrok ETPC z 26.2.2002 r. *Fretté p. Francji*, skarga nr 36515/97, § 38 i 43.

²⁶¹ Wyrok ETPC w sprawie *E.B. p. Francji* (WI), § 96.

²⁶² Opinia doradcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10 kwietnia 2019 r., pytanie nr P16-2018-001

²⁶³ Skarga nr 58012/10.

²⁶⁴ Skarga nr 20741/10,

²⁶⁵ Skarga nr 30806/15.

²⁶⁶ Skargi nr 56846/15 i 56849/15.

dziecka urodzonego za granicą przez surogację. We wszystkich czterech sprawach skarżący zarzucają Polsce naruszenie art. 8 w i art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji.

6.6. Rodzicielstwo par tej samej płci w orzecznictwie krajowym

Polski system prawny nie przewiduje rodzicielstwa osób tej samej płci – nie ma możliwości wskazania w akcie urodzenia dziecka dwóch osób tej samej płci. Prawo nie dopuszcza też przysposobienia dziecka przez parę jednopłciową i nie reguluje instytucji macierzyństwa zastępczego, tzw. surogacji. W wielu krajach, w tym w obrębie Unii Europejskiej, przepisy dopuszczają jednak rodzicielstwo osób tej samej płci²⁶⁷, w czego konsekwencji żyjący za granicą obywatele i obywatelki Polski pozostający z związkach jednopłciowych często zakładają tam rodziny i wskazują w aktach urodzenia swoich dzieci dwie kobiety lub dwóch mężczyzn jako rodziców. O ile jednym z rodziców wskazanych w akcie urodzenia jest obywatel Polski, dziecko nabywa obywatelstwo polskie z mocy prawa. Zgodnie bowiem z art. 34 ust. 1 Konstytucji, obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi. Art. 14 ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim²⁶⁸ precyzuje, że małoletni nabywa obywatelstwo polskie z mocy prawa, przez urodzenie, w przypadku, gdy co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim.

W obecnym stanie prawnym transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia jest obowiązkowa. Wymóg przedłożenia polskiego aktu stanu cywilnego w sytuacji ubiegania się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL został wprost wyrażony w art. 104 ust. 5 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. A zatem, aby otrzymać paszport, dowód osobisty, numer PESEL, a tym samym umożliwić dziecku korzystanie z opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych czy dostępu do bezpłatnej edukacji, rodzice powinni dokonać transkrypcji aktu urodzenia. Niekiedy wymogiem stawianym rodzicom – parom tej samej płci – było także przedłożenie w urzędzie stanu cywilnego decyzji o potwierdzeniu obywatelstwa polskiego.

Do niedawna orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach transkrypcji aktów urodzenia czy potwierdzenia obywatelstwa dzieci pochodzących ze związków osób tej samej płci było jednomyślne. Z uwagi na niezgodność z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, kierownicy urzędów stanu cywilnego odmawiali dokonania transkrypcji, a wojewodowie odmawiali potwierdzenia obywatelstwa polskiego, w efekcie uniemożliwiając wydanie polskich dokumentów tożsamości czy numerów PESEL. Sądy administracyjne utrzymywały te decyzje administracyjne w mocy, za podstawowe zasady porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej uznając przepisy polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego.

Rzecznik Praw Obywatelskich przyłączył się do opisanych wyżej postępowań przed sądami administracyjnymi. Zdaniem Rzecznika, odmowa transkrypcji i odmowa potwierdzenia obywatelstwa

²⁶⁷ Najnowsze statystyki dotyczące globalnej praktyki państw w zakresie ochrony praw osób LGBT, w tym rodzicielstwa, są dostępne na stronie internetowej organizacji ILGA Europe: <https://rainbow-europe.org/#0/8682/0> (dostęp: 03.04.2018 r.).

²⁶⁸ Dz. U. z 2018 r. poz. 1829.

wyłącznie ze względu na fakt, że w aktach urodzenia jako rodzice wskazane są dwie osoby tej samej płci, prowadzi do naruszenia zakazu dyskryminacji dzieci ze względu na cenzus urodzenia i status prawny ich rodziców i naruszenia praw dziecka, w tym prawa do nabycia obywatelstwa, prawa do zachowania tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska i stosunków rodzinnych oraz prawa do poszanowania życia rodzinnego. Gdyby dzieci, których opisane w niniejszym wystąpieniu sprawy dotyczą, były dziećmi pochodzącymi z małżeństwa, kierownicy urzędu stano cywilnego niewątpliwie dokonaliby transkrypcji aktów urodzenia, a wojewodowie wydawaliby decyzje w sprawie potwierdzenia obywatelstwa. Odmowa transkrypcji aktu urodzenia i odmowa wydania decyzji w sprawie potwierdzenia obywatelstwa może prowadzić w konsekwencji do *de facto* bezpaństwowości u dzieci, które nie nabyły jednocześnie obywatelstwa innego państwa. Rzecznik podnosił, że organy administracji ani sądy administracyjne nie brały pod uwagę konieczności zabezpieczenia najlepszego interesu dziecka. Oceny wpływu decyzji o odmowie dokonania transkrypcji aktu urodzenia czy odmowy potwierdzenia jego obywatelstwa na dobro dziecka dokonywał zatem Rzecznik.

Odmowa dokonania transkrypcji i odmowa potwierdzenia obywatelstwa prowadzą do uniemożliwienia nadania numeru PESEL. Wskazanie numeru PESEL jest konieczne w przypadku ubiegania się przez rodziców o objęcie dziecka opieką w żłobku lub klubie dziecięcym. Numerem PESEL lub numerem dokumentu potwierdzającego tożsamość świadczeniobiorcy posługuje się cały system świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Brak dokumentu tożsamości może powodować problemy z ustaleniem legalnej podstawy pobytu w Polsce. W skrajnych przypadkach małoletni przebywający na terytorium RP może zostać uznany za przebywającego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej bez opieki i umieszczony w placówce opiekuńczo-wychowawczej lub w strzeżonym ośrodku²⁶⁹. Brak dokumentu tożsamości potwierdzającego obywatelstwo polskie może zatem prowadzić do naruszenia – odpowiednio – prawa dziecka do ochrony zdrowia, prawa do nauki, prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego.

Po uzyskaniu pełnoletności, bez dokumentu potwierdzającego obywatelstwo polskie, nie jest możliwe korzystanie z wielu praw zastrzeżonych w Konstytucji dla obywateli polskich – prawa do dostępu do służby publicznej (art. 60 Konstytucji), prawa udziału w referendum oraz prawa wybierania Prezydenta Rzeczypospolitej, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego (art. 61 ust. 2 Konstytucji), prawa do zabezpieczenia społecznego (art. 67 Konstytucji), równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych (art. 68 ust. 2 Konstytucji), równego dostępu do wykształcenia (art. 70 ust. 4 Konstytucji).

Nie ulega zatem wątpliwości, że w najlepszym interesie dziecka jest dokonanie transkrypcji aktu urodzenia czy potwierdzenie obywatelstwa i umożliwienie wydania dokumentu tożsamości i nadania numeru PESEL.

Tymczasem organy administracji i sądy administracyjne, uznając za podstawowe zasady porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczące ustalenia

²⁶⁹ Art. 397 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. z 2017 r. poz. 2206, z późn. zm.).

pochodzenia dziecka, powoływały się niesłusznie na klauzulę porządku publicznego. Sama sprzeczność przepisów prawa obcego, na podstawie których ustalono rodzicielstwo osób tej samej płci, nie powoduje automatycznie sprzeczności z „podstawowymi zasadami porządku prawnego”. Należy ponadto wskazać na wartości, które zagrożone są transkrypcją zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wskazane są dwie matki, a nie wyłącznie treść przepisów polskiego prawa rodzinnego. Organy administracji i sądy administracyjne powinny być także wziąć pod uwagę przepisy Konstytucji, Konwencji o prawach dziecka i Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, a w przypadku ustalenia, że przepisy ustawowe są z przepisami prawa międzynarodowego sprzeczne – powinny odmówić ich zastosowania, zgodnie z art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Przykład z orzecznictwa

Wyrokiem z dnia 10 października 2018 r. Naczelny Sąd Administracyjny²⁷⁰ przychylił się do argumentacji Rzecznika i zdecydował o obowiązku dokonania transkrypcji brytyjskiego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wskazane zostały dwie matki, obywatelki Polski. Uchylił tym samym wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie²⁷¹ oraz decyzję Wojewody Małopolskiego²⁷², które odmówiły transkrypcji aktu powołując się na klauzulę porządku publicznego i Kodeks rodzinny i opiekuńczy, nie przewidujący rodzicielstwa pary jedнопłciowej. Rozpatrując skargę kasacyjną Naczelny Sąd Administracyjny wskazał natomiast, że zarówno organy administracji publicznej, jak i Sąd pierwszej instancji, powinny być kierować się zasadą priorytetu dobra dziecka, wynikającą z Konwencji o prawach dziecka²⁷³, mającą pierwszeństwo w przypadku kolizji z przepisami ustawy. Ponadto, NSA podkreślił w uzasadnieniu wyroku wynikający z Prawa o aktach stanu cywilnego²⁷⁴ obowiązek transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego, w sytuacji, w której obywatel Polski, którego sprawa dotyczy, ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. W opinii NSA, odmowa transkrypcji ze względu na porządek publiczny, równoznaczna z odmową wydania dziecku dokumentu potwierdzającego jego tożsamość – obywatelstwo nabyte z mocy prawa, nie jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa.

Wyrokiem z dnia 30 października 2018 r.²⁷⁵ Naczelny Sąd Administracyjny, zgodnie z wnioskiem Rzecznika, zdecydował także o potwierdzeniu obywatelstwa czterech dziewczynek urodzonych dzięki surogacji w Stanach Zjednoczonych i wychowywanych przez dwóch ojców, z których jeden jest obywatelem Polski. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, oddalając skargę na decyzje organów administracji publicznej²⁷⁶, uznał, że dziewczynki nie są obywatelkami Polski, ponieważ nie jest możliwe ustalenie ich

²⁷⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt II OSK 2552/16.

²⁷¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt III SA/Kr 1400/500.

²⁷² Decyzja z dnia 21 sierpnia 2015 r., nr. WO-II.6231.6.2015

²⁷³ Konwencja o prawach dziecka, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. nr 120 poz. 526), dalej jako: Konwencja o prawach dziecka.

²⁷⁴ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2014 r. poz. 1741), dalej jako: Prawo o aktach stanu cywilnego.

²⁷⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 30 października 2018 r., sygn. akt II OSK 1868/16, II OSK 1869/16, II OSK 1870/16 i II OSK 1871/16.

²⁷⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 kwietnia 2016 r., sygn. akt IV SA/Wa 3683/15, IV SA/Wa 3682/15, IV SA/Wa 3681/15., IV SA/Wa 3680/15.

pochodzenia od polskich rodziców zgodnie z przepisami polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, który nie reguluje kwestii macierzyństwa zastępczego i nie dopuszcza rodzicielstwa pary jednopłciowej. Naczelny Sąd Administracyjny przychylił się do argumentacji skarżących i RPO, podkreślając w uzasadnieniu wyroku, że zgodnie z Konstytucją RP Konwencja o prawach dziecka ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z przepisami ustawy, a zatem sprawa powinna być rozpatrywana z uwzględnieniem zasady priorytetu dobra dziecka. Ponadto, NSA wskazał, że sprawa dotyczy tylko i wyłącznie potwierdzenia obywatelstwa dzieci, a zatem rozważania Sądu pierwszej instancji na temat dopuszczalności w polskim systemie prawnym instytucji macierzyństwa zastępczego i rodzicielstwa pary jednopłciowej były bezzasadne. W uzasadnieniu wyroku NSA zwrócił także uwagę, że obywatelstwo to prawo człowieka, a także szczególna więź między jednostką a państwem, podlegająca wyłącznie reżimowi publicznoprawnemu. Niezależnie zatem od regulacji prawnorodzinnych, w przedmiotowej sprawie dziewczynki nabyły obywatelstwo polskie w momencie urodzenia, z mocy prawa, ze względu na obywatelstwo polskie ojca.

Choć mogło się wydawać, że wskazany wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 października 2018 r. odwróci linię orzecniczą i praktykę w sprawach transkrypcji, rozbieżności w opiniach i interpretacjach wciąż rodzą trudności w obszarze stosowania prawa. Do Rzecznika wpływają kolejne sprawy, w których kierownicy USC odmówili dokonania transkrypcji, w tym – co rodzi szczególne obawy – po konsultacjach w tym przedmiocie z organem drugiej instancji, tj. właściwym Wojewodą. Podczas gdy ww. wyrok NSA nie jest skuteczny *erga omnes* i organy administracji nie są nim związane w innych sprawach, niewątpliwie wyrok ten jest wiążący dla sprawy, której dotyczy. Praktyczne problemy pojawiły się jednak również w kontekście wykonania tego wyroku.

Przykład z orzecnictwa

Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego w Krakowie dnia 12 grudnia 2018 r. wykonał omówiony powyżej wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 października 2018 r. i dokonał transkrypcji do polskiego rejestru stanu cywilnego brytyjskiego aktu urodzenia syna dwóch matek. Prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie zaskarżył tę czynność materialno-techniczną, zarzucając organowi administracji naruszenie art. 104 ust. 1 i 2 oraz art. 107 pkt. 3 p.a.s.c. poprzez dokonanie transkrypcji sprzecznej z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Do postępowania przystąpił Rzecznik Praw Obywatelskich, wnosząc o uznanie skargi Prokuratora za bezzasadną w całości, a jej wniesienie za nadużycie prawa procesowego przez Prokuratora. Matka dziecka wniosła o jej odrzucenie jako niedopuszczalnej. Wyrokiem z dnia 4 czerwca 2019 r.²⁷⁷ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie uznał, że skarga Prokuratora jest bezzasadna i pozbawiona podstawy prawnej, a tym samym podlega oddaleniu. W uzasadnieniu wyroku WSA odwołał się do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu wyroku NSA, a także podkreślił, że skarga Prokuratora stanowiła nieuzasadnioną i nie znajdującą podstawy prawnej polemikę z prawomocnym orzeczeniem NSA.

²⁷⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 4 czerwca 2019 r., sygn. akt III SA/Kr 233/19, LEX nr 2691369.

Problemy z wykonaniem wyroku NSA z 10 października 2018 r. naświetliły także inne trudności praktyczne w obszarze transkrypcji. Brak bowiem konsensusu co do tego, w jaki sposób transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia, w którym wpisano rodziców tej samej płci, powinna zostać dokonana. Przepisy zobowiązują kierownika USC do transkrypcji wiernej i literalnej, bez ingerencji w treść aktu, co powinno być rozumiane jako konieczność wpisania obojga rodziców w części aktu, która wskazuje na ich imiona. Organy administracji stają jednak wówczas wobec przeszkody technicznej, polegającej na tym, że formularz polskiego aktu urodzenia definiuje odpowiednie rubryki jako „matka” i „ojciec”, co w opinii niektórych uniemożliwia wpisanie w nie dwóch osób tej samej płci. Taki pogląd znalazł również wyraz w zaleceniach Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji, przekazanych za pośrednictwem Wojewody Małopolskiego kierownikowi USC w Krakowie, który miał wątpliwość w jaki sposób dokonać transkrypcji stanowiącej wykonanie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego. Zgodnie z ww. zaleceniami, matka biologiczna została wpisana w polskim rejestrze stanu cywilnego jako matka, dane ojca pozostały puste, a informacja o drugiej matce została umieszczona w adnotacjach aktu. Takie rozwiązanie może rodzić obawy co do jego zgodności z wymogiem wiernej transkrypcji i co do skuteczności potwierdzenia rzeczywistych relacji rodzicielskich łączących dziecko z obiema matkami.

Ponieważ najprostszym rozwiązaniem tego technicznego problemu byłaby odpowiednia zmiana rozporządzenia określającego wzór formularza aktu urodzenia, Rzecznik zwrócił się w tym przedmiocie do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji²⁷⁸. W swojej odpowiedzi Minister wskazał, że nie planuje takiej zmiany, gdyż opisanie rubryk w formularzu jako „rodzic 1” oraz „rodzic 2” stanowiłoby naruszenie zasad polskiego prawa rodzinnego oraz art. 18 Konstytucji RP.

Omówione powyżej problemy praktyczne i rozbieżności interpretacyjne w sprawach dotyczących transkrypcji mają szansę zostać niebawem rozstrzygnięte. Są one bowiem przedmiotem pytania prawnego przedstawionego składowi siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, przez skład orzekający rozpatrujący skargę kasacyjną od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, potwierdzającego decyzje organów administracji o odmowie dokonania transkrypcji. Rozpatrując zadane pytanie skład siedmiu sędziów NSA rozstrzygnie, czy w świetle art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego²⁷⁹ w związku z art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe²⁸⁰, transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodziców wpisano osoby tej samej płci jest dopuszczalna.

Problematyka transkrypcji nie pozostaje też bez związku z prawem Unii Europejskiej. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich odmowa dokonania transkrypcji aktu urodzenia, zamykająca drogę do skutecznego starania się o dokument tożsamości umożliwiający swobodne przemieszczanie się po terytorium Unii Europejskiej i przebywanie na terytorium państw członkowskich, stanowi naruszenie

²⁷⁸ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 marca 2019 r.

²⁷⁹ Dz. U. 2014 r. poz. 1741 ze zm.

²⁸⁰ Dz. U. z 2015 r. poz. 1792

fundamentalnej dla prawa Unii swobody przemieszczania się, gwarantowanej obywatelom UE. Jednocześnie, takie ograniczenie przez organy administracji traktatowej swobody przepływu osób, jako stosowanie prawa Unii, aktualizuje ochronę wynikającą z przepisów Karty Praw Podstawowych UE, które to przepisy również zostają naruszone przez odmowę dokonania transkrypcji. Z tego względu, w oczekującej na rozpoznanie skardze, wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie w jednej ze spraw dotyczących przedmiotowej problematyki²⁸¹, Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o zadanie Trybunałowi Sprawiedliwości UE pytania prejudycjalnego o treści:

Czy art. 21 ust. 1 w zw. z art. 20 ust. 2 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w zw. z art. 7, art. 21 ust. 1 i art. 24 ust. 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, należy rozumieć w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by organy państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada małoletni, odmówiły mu transkrypcji jego aktu urodzenia wydanego przez inne państwo członkowskie, niezbędnej do uzyskania dokumentu tożsamości państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada, z tego powodu, że prawo krajowe tego państwa nie przewiduje rodzicielstwa par jedнопłciowych, a w akcie tym jako rodziców wskazano osoby tej samej płci?

6.7. Rodzicielstwo osób transpłciowych w orzecznictwie krajowym

Jak wyżej wspomniano, w postępowaniu o ustalenie płci brak jest wymogu pozbawienia osoby transpłciowej zdolności płodzenia. To oznacza, że transpłciowe kobiety mogą w Polsce płodzić dzieci, a transpłciowi mężczyźni mogą je w Polsce rodić. Otwarte pozostaje pytanie o to, jak odzwierciedlać w aktach urodzenia rodzicielstwo osób transpłciowych.

Przykład z orzecznictwa

Do Rzecznika Praw Obywatelskich zwrócił się transpłciowy mężczyzna, którego płeć męska została uzgodniona wyrokiem sądu w 2011 r. We wrześniu 2014 r. urodził córkę. Cięża powstała w wyniku gwałtu, postępowanie przygotowawcze w tej sprawie zostało umorzone z uwagi na niezłożenie przez pokrzywdzonego wniosku o ściganie. Wnioskodawca zgłosił urodzenie w urzędzie stanu cywilnego. Kierownik urzędu stanu cywilnego zwrócił się do sądu rejonowego o ustalenie treści aktu urodzenia. Sąd rejonowy przekazał sprawę sądowi okręgowemu z uwagi na powstanie zagadnienia prawnego budzącego poważne wątpliwości – czy wnioskodawca powinien być wpisany do aktu urodzenia jako matka, czy jako dane matki wskazać poprzednie imię i nazwisko wnioskodawcy, czy też ze względu na wyjątkowe okoliczności sprawy powinno zostać przyjęte jakieś inne rozwiązanie. Udział w sprawie zgłosił prokurator okręgowy, który jednocześnie skierował do sądu okręgowego skargę o wznowienie postępowania z 2011 r. w sprawie o uzgodnienie płci wnioskodawcy z powodu wykrycia nowych okoliczności faktycznych, które mogły mieć wpływ na wynik sprawy. Te „nowe okoliczności” to zdaniem prokuratora urodzenie dziecka w 2014 r. oraz niezbadanie przez sąd w 2011 r., czy wnioskodawca zachował zdolność płodzenia. W ocenie prokuratora wnioskodawca silnie

²⁸¹ Skarga Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 24 października 2019 r. na decyzję Kierownika Urzędu Stanu Cywilnego w Krakowie z dnia 16 kwietnia 2019 r.

odczuwa potrzebę macierzyństwa, a to oznacza, że jest kobietą. Do obu postępowań przyłączył się także Rzecznik Praw Obywatelskich.

Sąd kręgowy²⁸² we wrześniu 2015 r. ustalił treść aktu urodzenia zgodnie z wnioskiem Rzecznika, tj. jako ojca wskazano w akcie urodzenia transpłciowego mężczyznę, a w rubryce „matka” wpisano tzw. dane kryjące, tj. imię i nazwisko wskazane przez wnioskodawcę. Do aktu urodzenia dodano wzmiankę dodatkową z informacją, że ojciec dziecka ustalił płeć prawomocnym wyrokiem. Sąd wziął pod uwagę konieczność najlepszego zabezpieczenia interesu dziecka oraz godność wnioskodawcy i jego poczucie przynależności do płci męskiej. Sąd przez analogię zastosował przepisy, które znajdują zastosowanie w sytuacji, gdy nie ustalono ojcostwa. Wówczas do aktu urodzenia wpisuje się dane matki i dane kryjące ojca.

Apelację od postanowienia sądu okręgowego wniósł prokurator okręgowy. Wnioskodawca, Rzecznik Praw Obywatelskich i Rzecznik Praw Dziecka, który przyłączył się do postępowania, wnosili o oddalenie apelacji.

Sąd apelacyjny²⁸³ w marcu 2016 r. zmienił postanowienie sądu okręgowego w ten sposób, że jako matkę wskazał wnioskodawcę, a w miejscu danych ojca podał dane kryjące. W efekcie w akcie urodzenia jako rodziców wskazano dwóch mężczyzn. Sąd apelacyjny uznał, że w najlepszym interesie dziecka jest ustalenie aktu urodzenia „zgodnie z prawdą genetyczną”. Sąd wziął pod uwagę, że mimo, że wnioskodawca „metrykalnie funkcjonuje obecnie jako mężczyzna”, to „biologicznie pozostał kobietą”. Fakt, że matka dziecka w dniu jego urodzenia metrykalnie jest mężczyzną, nie stanowi zdaniem sądu przeszkody do sporządzenia aktu urodzenia dziecka „zgodnie z faktami”.

Wyrokiem z dnia 27 lipca 2018 r. sąd okręgowy²⁸⁴ oddalił skargę prokuratora okręgowego o wznowienie postępowania w sprawie o ustalenie płci. Sąd oparł się na opiniach biegłych, którzy jednoznacznie stwierdzili, że wnioskodawca jest osobą transpłciową. Wyrok jest prawomocny.

Opisana wyżej sprawa to jedyne znane Rzecznikowi postępowanie, którego przedmiotem było ustalenie treści aktu urodzenia dziecka transpłciowego rodzica. Wydaje się, że „prawdę genetyczną” oddawał akt urodzenia, w którym transpłciowy mężczyzna wskazany był jako ojciec dziecka i do którego dołączono wzmiankę dodatkową. Treść aktu urodzenia ustalona przez sąd apelacyjny wymuszała na dziecku każdorazowe wyjaśnianie, że jej rodzicem – matką – jest osoba transpłciowa. W celu uniknięcia dyskryminacji i stygmatyzacji córki wnioskodawcy, wskazane byłoby doprowadzenie do sytuacji, w której jej rodzic – funkcjonujący społecznie i formalnie jako mężczyzna – w świetle prawa był jej ojcem. Wpisanie wnioskodawcy w akcie urodzenia jako matki stanowi ponadto naruszenie wskazanej wyżej zasady, że uzgodnienie płci przez osobę transpłciową powinno prowadzić do pełnego prawnego uznania tej zmiany we wszystkich dziedzinach życia. Tymczasem z orzeczenia sądu apelacyjnego wynika, że wnioskodawcy odmówiono uznania skutków uzgodnienia przez niego płci w dziedzinie życia rodzinnego.

²⁸² Postanowienie z dnia 24 września 2015 r. sygn. akt I Ns 3/15 (niepubl.).

²⁸³ Postanowienie z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt I ACa 1830/15 (niepubl.).

²⁸⁴ Wyrok z dnia 27 lipca 2018 r., sygn. akt I C 1486/16 (niepubl.).

Kwestia rodzicielstwa osób transpłciowych może dotyczyć także innych sytuacji prawnych, np. ojcostwa transpłciowego mężczyzny niemającego zdolności płodzenia. Choć przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego co do zasady wskazują na konieczność kierowania się dobrem dziecka we wszelkich dotyczących go sytuacjach, praktyka wskazuje, że rygorystyczna wykładnia prawa dającego prymat relacjom biologicznym nad emocjonalnymi wpływa na to, jak dobro dziecka jest rozumiane.

Przykład z orzecznictwa

Transpłciowy mężczyzna M., który otrzymał sądowe orzeczenie o ustaleniu płci i jego partnerka postanowili mieć dziecko. Dziewczynka została poczęta w drodze sztucznego zapłodnienia z nasienia anonimowego dawcy, ponieważ M. nie ma zdolności płodzenia. Po jej urodzeniu, M. uznał ojcostwo przez Kierownika USC, co potwierdziła matka dziecka. Po kilku latach ich związek rozpadł się, co nie wpłynęło jednak na relacje M. z córką. Matka dziecka złożyła jednak do Prokuratora wnioski o wytoczenie powództwa w przedmiocie bezskuteczności uznania ojcostwa, wskazując, że M. nie jest i nie może być ojcem biologicznym dziecka. Wyrokiem z dnia 18 września 2018 r. Sąd Rejonowy Szczecin-Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie uznał powództwo Prokuratora²⁸⁵, stwierdzając, że oświadczenie o uznaniu ojcostwa składane w trybie art. 73 § 1 k.r.o. musi odnosić się do relacji biologicznej mężczyzny z dzieckiem, które uznaje. Z tego względu, w ocenie Sądu Rejonowego, M. nadużył prawa składając po urodzeniu dziecka oświadczenie o uznaniu ojcostwa, skoro wiedział, że nie jest biologicznym ojcem i nie ma możliwości, żeby nim był.

Pozwany nie zgodził się z wyrokiem Sądu Rejonowego i zaskarżył go w apelacji w całości. Sąd Okręgowy w Szczecinie, rozpatrujący sprawę w drugiej instancji, postanowił przedstawić Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości i zapytał „czy w sprawie o ustalenie bezskuteczności uznania ojcostwa, wytoczonej przez prokuratora wobec dziecka pochodzącego ze sztucznego zapłodnienia od anonimowego dawcy nasienia, dobro dziecka, o jakim mowa w art. 86 k.r.o. sprzeciwia się uwzględnieniu powództwa.”²⁸⁶. Sprawa oczekuje na rozpoznanie.

6.8. Wnioski i rekomendacje

Naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego osób LGBT w Polsce wynika przede wszystkim z nieuregulowania sytuacji prawnej rodzin tworzonych przez pary tej samej płci i osoby transpłciowe oraz z braku przepisów określających procedurę uzgodnienia płci.

Standardy międzynarodowe wskazują na obowiązek państw do przyjęcia niezbędnych środków gwarantujących pełne prawne uznanie uzgodnienia płci w sposób szybki, przejrzysty i dostępny, we wszystkich dziedzinach życia, w tym do umożliwienia zmiany wszelkich oficjalnych dokumentów tożsamości, a także dokonania korekty kluczowych dokumentów wydawanych przez podmioty niepaństwowe, takich jak świadectwa pracy czy też dokumenty potwierdzające wykształcenie.

²⁸⁵ Wyrok Sądu Rejonowego Szczecin-Prawobrzeże i Zachód w Szczecinie z dnia 18 września 2018 r., sygn. akt VIII RC 1268/17.

²⁸⁶ Postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 5 czerwca 2019 r., sygn. akt X RCa 5/19, sygn. akt postępowania w Sądzie Najwyższym III CZP 56 /19, sprawa oczekuje na wyznaczenie terminu

W obecnym stanie prawnym, polski system nie reguluje procedury uzgodnienia płci w sposób zgodny z powyższymi standardami. Luka ta została z konieczności uzupełniona przez praktykę sądów i organów administracji publicznych. Obecnie możliwe jest prawne uzgodnienie płci poprzez wytoczenie powództwa przeciwko rodzicom na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 grudnia 2013 r. uznał za niezbędne dopozwanie także małżonka osoby transpłciowej – o ile w momencie wytoczenia powództwa powód pozostaje w związku małżeńskim – a także jej dzieci. Wyrokiem z dnia 10 stycznia 2019 r. Sąd Najwyższy zmienił stanowisko i uznał, że pozywanie dzieci osoby transpłciowej w postępowaniu w sprawie ustalenia płci nie jest konieczne, a wymóg pozywania rodziców wynika wyłącznie ze specyfiki trybu procesowego, a nie ich interesu prawnego związanego z przedmiotem postępowania

Pomimo tej pozytywnej zmiany linii orzeczniczej, wypracowana przez judykaturę praktyka procesowych postępowań w sprawach uzgodnienia płci nie spełnia międzynarodowych standardów szybkości i dostępności. Ponadto, ze względu na konieczność pozywania rodziców oraz konieczność niepozostawania w związku małżeńskim przez osoby zamierzające uzgodnić płeć, przyjęta obecnie procedura nie spełnia też wymogu poszanowania życia prywatnego i rodzinnego osób transpłciowych.

W związku z powyższym, na aprobatę zasługuje dokonywanie przez urzędy stanu cywilnego wzmianek dodatkowych w aktach urodzenia osób transpłciowych na podstawie zagranicznych orzeczeń, co pozwala uniknąć naruszającego godność postępowania. Również umożliwienie osobom transpłciowym zmiany imienia w trybie administracyjnym, przed uzyskaniem sądowego orzeczenia o ustaleniu płci, poprawiłoby sytuację osób w trakcie tranzycji. Niestety praktyka krajowych organów administracji pozostaje w tym względzie niejednolita, wbrew przepisom ustawowym i orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Niesatysfakcjonujące w świetle międzynarodowych standardów są także obowiązujące w Polsce przepisy dotyczące skutków orzeczenia sądowego o ustaleniu płci. W myśl zasady o pełnym prawnym uznaniu uzgodnienia płci we wszystkich dziedzinach życia, osoby transpłciowe powinny mieć możliwość uzyskania zmian we wszelkich dokumentach, w tym świadectwach pracy wydawanych przez podmioty prywatne.

Za zgodny z międzynarodowymi standardami oraz poszanowaniem godności, prawa do nietykalności cielesnej, a także zakazu stosowania ingerencji medycznych bez niewymuszonej zgody zainteresowanej osoby, należy natomiast uznać brak wymogu przeprowadzenia zabiegu pozbawiającego zdolności płodzenia w postępowaniu w sprawie ustalenia płci. Transpłciowe kobiety mogą więc w Polsce płodzić dzieci, a transpłciowi mężczyźni mogą je rodić. Otwarte pozostaje wynikające z tego pytanie, jak odzwierciedlać w aktach urodzenia rodzicielstwo osób transpłciowych.

Przepisy prawa polskiego nie umożliwiają obecnie zawierania związków małżeńskich przez osoby tej samej płci - nie przewidują także jakiegokolwiek formy instytucjonalizacji związków partnerskich. Pozostają zatem w sprzeczności z międzynarodowymi standardami w tym zakresie, w szczególności z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który pozostawiając państwu swobodę

co do otwarcia instytucji małżeństwa dla par jedнопłciowych, stoi na jasnym stanowisku, że brak regulacji gwarantującej takim związkom prawne uznanie i ochronę stanowi naruszenie art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Sądy administracyjne konsekwentnie za zgodne z prawem uznają odmowy dokonania transkrypcji – przeniesienia do polskiego rejestru stanu cywilnego – zagranicznych aktów małżeństwa jedнопłciowego, tak więc tego rodzaju związki, zawarte za granicą, nie znajdują odzwierciedlenia w polskim rejestrze stanu cywilnego. Co więcej, sądy odmawiają także wydawania polskim obywatelom i obywatelkom zaświadczenia umożliwiającego im zawarcie związku małżeńskiego z osobą tej samej płci za granicą.

Międzynarodowe standardy wskazują, iż określenie praw i obowiązków par niebędących małżeństwem powinno być w systemie prawnym wolne od dyskryminacji par jedнопłciowych wobec par różнопłciowych. W Polsce, sądy niekiedy udzielają ochrony parom jedнопłciowym w sytuacji, gdy przepisy prawa krajowego pewne uprawnienia przyznają związkom nieformalnym. Praktyka ta realizuje wskazany standard, jednak tylko w niewielkim stopniu. Wiele uprawnień zastrzeżonych tylko dla małżonków nie przysługuje partnerom w związkach nieformalnych – tej samej, czy to różnej płci. Partnerzy tej samej płci mają jednak szansę uzyskać do niego dostęp poprzez zawarcie związku małżeńskiego, partnerzy tej samej płci pozbawieni są tej możliwości. Sądy nie są jednakże skłonne z tego powodu udzielać partnerom tej samej płci dostępu do tego rodzaju uprawnień, nie dopatrując się tu dyskryminacji pośredniej.

W odniesieniu do kwestii rodzicielstwa osób tej samej płci, orzecznictwo międzynarodowe konsekwentnie stoi na stanowisku, że niezależnie od przyjętych w danym państwie regulacji, we wszystkich sprawach dotyczących dzieci priorytetem powinna być zasada dobra dziecka. Polskie przepisy nie przewidują rodzicielstwa par jedнопłciowych – nie oznacza to jednak, że takie rodzicielstwo nie występuje w realiach społecznych. Ponieważ w wielu krajach istnieje możliwość wskazania w akcie urodzenia dziecka dwóch osób tej samej płci jako rodziców, obywatele i obywatelki Polski mieszkający za granicą często zakładają tam rodziny. Organy administracji i sądy administracyjne coraz częściej stają więc przed koniecznością rozpatrywania spraw dotyczących transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia lub potwierdzenia obywatelstwa małoletnich Polaków i Polek pochodzących ze związków jedнопłciowych. Do niedawna, orzecznictwo w takich sprawach było jednomyślne. Z uwagi na niezgodność z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, kierownicy urzędów stanu cywilnego odmawiali dokonania transkrypcji, a wojewodowie odmawiali potwierdzenia obywatelstwa polskiego, w efekcie uniemożliwiając wydanie polskich dokumentów tożsamości czy numerów PESEL. Naczelny Sąd Administracyjny w 2018 roku zdecydował o obowiązku dokonania transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, w którym jako rodzice wskazane zostały dwie matki, obywatelki Polski, ze względu na dobro dziecka, oraz o potwierdzeniu obywatelstwa dzieci urodzonych za granicą dzięki surogacji i wychowywanych przez dwóch ojców, z których jeden jest obywatelem Polski. Wskazany wyrok należy uznać za zgodny z międzynarodowym

standardem rozpatrywania tego typu spraw przy założeniu priorytetu dobra dziecka. Niezależnie jednak od jego wydania, kwestia transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia, w których jako rodziców wskazano osoby jednej płci rodzi spory interpretacyjne, a praktyka organów administracji w stosowaniu przepisów pozostaje niespójna. Wszelkie rozbieżności w tym zakresie rozstrzygnie skład siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, który rozpatruje obecnie pytanie prawne o dopuszczalność takiej transkrypcji, w świetle klauzuli porządku publicznego. Zagadnienie prawne rodzące wątpliwości w odniesieniu do rodzicielstwa osób LGBT rozstrzygnie także Sąd Najwyższy. Rozważając pytanie zadane przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w toku postępowania o bezskuteczność uznania ojcostwa przez transpłciowego mężczyznę, Sąd Najwyższy ma rozstrzygnąć jak rozumieć w tej sprawie dobro dziecka i czy jego uwzględnienie powinno prowadzić do uznania powództwa czy też nie.

Rekomendacje:

- Wprowadzenie regulacji prawnych dotyczących uzgodnienia płci co najmniej realizujących standard sformułowany w projekcie ustawy z dnia 10 września 2015 r. o uzgodnieniu płci²⁸⁷ oraz zgodnych ze standardem międzynarodowym, tj. umożliwienie uzgodnienia płci w procedurze:
 - szybkiej, przejrzystej i przystępnej;
 - uwzględniającej konieczność posiadania dokumentu tymczasowego do posługiwania się nim w czasie tranzytacji;
 - zapewniającej realizację obowiązku pełnego uznania nowej tożsamości osoby transpłciowej we wszystkich dziedzinach życia, z uwzględnieniem kwestii zmiany wszelkich dokumentów wydanych przed tranzytacją.
- Zapewnienie faktycznej realizacji prawa do poszanowania życia rodzinnego osób LGBT poprzez:
 - instytucjonalizację związków osób tej samej płci w celu zapewnienia równego traktowania bez względu na orientację seksualną osób pozostających we wspólnym pożyciu, zgodnie ze standardem europejskiego konsensusu wyznaczonym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu w sprawie Oliari i inni p. Włochom²⁸⁸;
 - uregulowanie sytuacji prawnej dzieci pochodzących ze związków osób tej samej płci, urodzonych za granicą, w których aktach urodzenia jako rodziców wskazano dwie matki lub dwóch ojców,
 - uregulowanie sytuacji prawnej dzieci urodzonych po uzgodnieniu płci przez ich transpłciowych rodziców.

²⁸⁷ Ustawa z dnia 10 września 2015 r. o uzgodnieniu płci; nie weszła w życie ze względu na weto prezydenta.

²⁸⁸ Wyrok ETPC z 21.7.2015 r. Oliari i inni p. Włochom, skargi nr 18766/11 i 36030/11, § 185.

7. Prawo do pracy

7.1. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo

Jak wynika z orzecznictwa ETPC, byłoby zbyt restrykcyjnym ograniczenie pojęcia „życie prywatne” do „wewnętrznego kręgu”, w jakim jednostka może wieść życie osobiste i wyłączenie zeń całego świata zewnętrznego. Poszanowanie życia prywatnego musi również obejmować do pewnego stopnia prawo ustalenia oraz rozwijania stosunków z innymi ludźmi. Nie ma więc podstaw do wyłączenia życia zawodowego z pojęcia „życia prywatnego”, zwłaszcza, że to pierwsze wiąże się ze znaczącą, jeśli nie największą, możliwością rozwijania relacji z innymi w świecie zewnętrznym. Nie jest nadto zawsze możliwe jasne rozróżnienie, które działania jednostki należą do życia zawodowego, a które nie, zwłaszcza dla osób wykonujących wolny zawód. Odmówienie objęcia tym przepisem życia zawodowego mogłoby doprowadzić do nierównego traktowania między osobami, u których rozdzielenie życia osobistego i zawodowego jest precyzyjne oraz łatwe do przeprowadzenia, a tymi, u których ta granica została zatarta²⁸⁹. Dlatego zadaniem państwa jest stworzenie i wdrożenie odpowiednich środków prawnych oraz wszelkich środków, zapewniających skuteczną ochronę przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w zakresie zatrudnienia i wykonywania pracy²⁹⁰.

Każdy powinien mieć równe warunki zatrudnienia (w zakresie rekrutacji i awansu), niezależnie od tego, czy pracuje w sektorze publicznym czy prywatnym. Państwo powinno przyjąć w tym zakresie odpowiednie środki, zwłaszcza mając na względzie zapobieganie i zwalczanie dyskryminacji i szykanowania z uwagi na orientację seksualną lub tożsamość płciową bez względu na ich formę. Przykładem takich środków jest: przyjęcie zasad postępowania pracodawców jak i pracowników; szkolenie i podnoszenie świadomości za pomocą programów skierowanych zarówno do pracodawców, jak i pracowników, w kwestiach związanych z dyskryminacją w miejscu pracy oraz w sprawie konsekwencji prawnych praktyk dyskryminacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem procedur rekrutacji i awansu; rozpowszechnianie wśród pracowników materiałów informacyjnych, wyjaśniających ich prawa, wszelkie dostępne mechanizmy składania skarg i skuteczne środki odwoławcze; działania ukierunkowane na rekrutację lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Powyższe środki powinny zostać opracowane we współpracy z istniejącymi grupami pracowników lub stowarzyszeniami uznanymi za reprezentatywne dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych²⁹¹.

Zadaniem państwa jest podjęcie odpowiednich środków celem wyeliminowania przepisów oraz praktyk dyskryminacyjnych ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, w zakresie dostępu do zatrudnienia i awansu zawodowego w ramach określonych profesji lub zawodów, takich jak siły zbrojne. Konieczne jest zatem opracowanie i wdrożenie środków zapobiegających ingerencji w życie

²⁸⁹ Wyrok ETPC z 16.12.1992 r. Niemietz p. Niemcom, skarga nr 13710/88, § 29.

²⁹⁰ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 25.

²⁹¹ Ibidem, s. 25-26.

prywatne członków sił zbrojnych z powodu ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej (np. śledztwa, ostrzeżenia, molestowanie, zastraszanie, zjawisko fali, poniżanie i inne formy złego traktowania)²⁹². Wprowadzenie odpowiednich zasad postępowania i programów szkoleniowych mających na celu zwalczanie dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej ma szczególne znaczenie właśnie w siłach zbrojnych.

Zgodnie z punktem 77 Zalecenia CM/Rec(2010)4 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie praw człowieka członków sił zbrojnych²⁹³ w kontekście pracy i życia zawodowego członków sił zbrojnych, jak również w związku z dostępem do służby w siłach zbrojnych, niedopuszczalna jest dyskryminacja związana z ich prawami człowieka i wolnościami i wynikająca z takich powodów jak m.in. orientacja seksualna. Zasada niedyskryminacji nie będzie naruszona, jeśli zróżnicowanie pomiędzy jednostkami w analogicznych sytuacjach ma obiektywne i rozsądne uzasadnienie i zmierza do uprawnionego celu, takiego jak utrzymanie skuteczności bojowej, oraz jeśli zastosowane środki są rozsądnie proporcjonalne do zamierzonego celu. Dodatkowo, członkowie sił zbrojnych powinni mieć prawo wniesienia zarzutów dyskryminacji w związku z ich prawami i wolnościami do właściwych władz krajowych.

Jak wynika z orzecznictwa TSUE Dyrektywę Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy interpretować w ten sposób, że odmowę zatrudnienia z uwagi na orientację seksualną można uznać za „fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu [...] dyskryminacji”, w odniesieniu do zawodowego klubu piłkarskiego, gdy rozpatrywane oświadczenia pochodzą od osoby tytułującej się głównym dyrektorem tego klubu i za niego uważanej zarówno w mediach, jak i przez społeczeństwo, choć niekoniecznie ma ona zdolność do czynności prawnych w zakresie zobowiązania lub reprezentowania tego klubu w sprawach zatrudnienia. Jednocześnie ciężar dowodu, o którym mowa w art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78, nie prowadzi do tego, że wymagany jest dowód niemożliwy do przedstawienia bez naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego. Dodatkowo art. 17 dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego w przypadku ustalenia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w rozumieniu tej dyrektywy możliwe jest tylko wydanie upomnienia, gdy takie ustalenie następuje po upływie sześciomiesięcznego terminu przedawnienia biegnącego od dnia, w którym nastąpiły okoliczności faktyczne, jeżeli na podstawie tegoż uregulowania taka dyskryminacja nie jest karana na zasadach materialnych i proceduralnych, które nadają karze charakter skuteczny, proporcjonalny oraz dolegliwy. Do sądu odsyłającego należy dokonanie oceny, czy tak jest w przypadku uregulowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym, i w razie potrzeby dokonanie wykładni prawa krajowego tak dalece, jak jest

²⁹² Wyrok ETPC z 27.9.1999 r. Lustig-Prean i Beckett p. Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr 31417/96 i 32377/96.

²⁹³ Przyjęte przez KMRE dnia 24.2.2010 r. na 1077 posiedzeniu Komitetu Delegatów Ministrów.

to możliwe, w świetle brzmienia i celu wspomnianej dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat²⁹⁴.

TSUE wypracował w zakresie dyskryminacji w zatrudnieniu z uwagi na orientację seksualną bogate orzecznictwo. Uznał, że odmowa przez pracodawcę przyznania kosztów przejazdu do osoby tej samej płci, z którą pracownik pozostaje w stałej relacji, podczas gdy tego rodzaju benefity są przyznawane małżonkom czy partnerom różnej płci, z którymi pracownik pozostaje w stałym związku pozamałżeńskim nie stanowi dyskryminacji²⁹⁵. Jednocześnie nie stanowi dyskryminacji różne traktowanie zarejestrowanych partnerstw w Szwecji i małżeństw dla celów uzyskania zasiłku²⁹⁶.

Przeciwdziałanie dyskryminacji w zakresie pracy i zatrudnienia ma szczególne znaczenie dla osób transpłciowych dotkniętych bezrobociem i wykluczeniem społecznym. Bardzo wysoka jest również liczba osób transpłciowych zwalnianych z pracy, zwłaszcza w trakcie procedury uzgodnienia płci, oraz osób rezygnujących z pracy, aby uniknąć wszelkich form prześladowania a także tych, które nie decydują się na uzgodnienie płci z tych samych powodów²⁹⁷.

Zadaniem państwa jest zagwarantowanie zastosowania środków zmierzających do zwalczania dyskryminacji w zatrudnieniu również w zakresie tożsamości płciowej, nieujawniania przeszłości płciowej osoby transpłciowej (w tym jej poprzedniego imienia czy nazwiska) w procesie rekrutacji czy pracy zawodowej²⁹⁸. Zakaz dyskryminacji ze względu na płeć wyrażony w prawie unijnym obejmuje osoby transpłciowe. Państwo powinno również opracować programy kładące nacisk na możliwości zatrudnienia osób transpłciowych.

Jak wynika z orzecznictwa TSUE, przepisy, które uniemożliwiają parze jedнопłciowej spełnienie wymogu zawarcia małżeństwa, koniecznego, aby jedna z tych osób mogła otrzymywać część wynagrodzenia drugiej osoby, należy uznać zasadniczo za niezgodne z prawem unijnym²⁹⁹. Mając na uwadze, że do państw członkowskich należy określenie przesłanek prawnego uznania uzgodnienia płci danej osoby, zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy w takim przypadku partner osoby transpłciowej może powoływać się na art. 141 WE w celu uznania jej prawa do wyznaczenia swojego partnera jako beneficjenta renty rodzinnej³⁰⁰. TSUE przyjął, że art. 141 WE stoi, co do zasady, na przeszkodzie przepisom, które, naruszając EKPC, uniemożliwiają parze takiej jak K.B. i R. spełnienie wymogu zawarcia małżeństwa, koniecznego, aby jedna z tych osób mogła otrzymywać część wynagrodzenia drugiej osoby. Zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, czy w przypadku takim jak

²⁹⁴ Wyrok TSUE z 25.4.2013 r. *Asociația Accept p. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C-81/12.

²⁹⁵ Wyrok TSUE z 17.2.1998 r. *Grant p. South-West Trains*, C-249/96.

²⁹⁶ Wyrok TSUE z 31.5.2001 r. *D & Szwecja p. Radzie UE*, C-122/99, C-125/99.

²⁹⁷ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 26-27.

²⁹⁸ Por. wyrok TSUE z 30.4.1996 r. *P p. S i Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170.

²⁹⁹ Wyrok TSUE z 7.1.2004 r. *K.B. p. National Health Service Pensions Agency*, C-117/01.

³⁰⁰ *Ibidem*, pkt. 35.

rozpatrywany przez ten sąd osoba w sytuacji K.B. może powoływać się na art. 141 WE w celu uznania jej prawa do wyznaczenia swojego partnera jako beneficjenta renty rodzinnej³⁰¹.

TSUE również wskazał, że wykładni art. 4 ust. 1 dyrektywy 79/7 należy dokonywać w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi odmawiającemu emerytury osobie, która zmieniła – zgodnie z warunkami określonymi przez prawo krajowe – płeć męską na płeć żeńską, z uwagi na to, że osoba ta nie ukończyła 65 roku życia, podczas gdy ta sama osoba miałaby prawo do emerytury w wieku 60 lat, gdyby była uznana za kobietę w świetle prawa krajowego³⁰².

7.2.Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Dyskryminacja ze względu na orientację seksualną i płeć – a więc także tożsamość płciową – jest zakazana zgodnie z ustawą z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy³⁰³ i ustawą o równym traktowaniu. Tym samym zakaz dyskryminacji obejmuje zarówno osoby zatrudnione na podstawie stosunku pracy, jak i osoby zatrudnione na podstawie umowy cywilnoprawnej czy prowadzące działalność gospodarczą.

Zgodnie z art. 18^{3a} § 1 Kodeksu pracy, pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na, m.in. płeć i orientację seksualną. Zakazana jest dyskryminacja bezpośrednia i pośrednia, zachęcanie innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu jej naruszenia tej zasady oraz niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery (molestowanie), a także molestowanie seksualne. Za naruszenie zasady równego traktowania uważa się w szczególności odmowę nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą oraz pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe. Pracownik, który doświadczył nierównego traktowania, ma prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej, niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Poza niekwestionowanym obowiązkiem przestrzegania przez pracodawców powyższego zakazu dyskryminacji pracowników są oni zobowiązani także do podejmowania działań pozytywnych. Art. 94 Kodeksu pracy, określający podstawowe obowiązki pracodawcy, wymienia wśród nich obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji, w tym ze względu na – wymienioną wprost – orientację seksualną w miejscu zatrudnienia.

Ochronę przed dyskryminacją w obszarze zatrudnienia zapewnia także omówiona wyżej ustawa o równym traktowaniu. Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy, zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych ze względu m.in. na płeć i orientację seksualną w zakresie: 1) podejmowania kształcenia

³⁰¹ Ibidem, pkt 36.

³⁰² Wyrok TSUE z 27.4.2006 r. Richards p. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04.

³⁰³ Dz. U. z 2018 r. poz. 917, dalej jako: Kodeks pracy.

zawodowego, w tym doksztalcania, doskonalenia, przekwalifikowania zawodowego oraz praktyk zawodowych; 2) warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej; 3) przystępowania i działania w związkach zawodowych, organizacjach pracodawców oraz samorządach zawodowych, a także korzystania z uprawnień przysługujących członkom tych organizacji; 4) dostępu i warunków korzystania z instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy określonych w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy oferowanych przez instytucje rynku pracy oraz instrumentów rynku pracy i usług rynku pracy oferowanych przez inne podmioty działające na rzecz zatrudnienia, rozwoju zasobów ludzkich i przeciwdziałania bezrobociu.

Jak wyżej wspomniano, dwie ze znanych Rzecznikowi spraw rozstrzygniętych na podstawie ustawy o równym traktowaniu dotyczyły dyskryminacji ze względu na orientację seksualną wobec osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Pierwsza z nich dotyczyła rozwiązania umowy przez firmę ochroniarską ze względu na udział powoda w paradzie równości. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia³⁰⁴ w Warszawie zasądził od pozwanego zleceniodawcy – firmy ochroniarskiej kwotę 2500 zł, oddalając jednocześnie powództwo w pozostałym zakresie, tj. żądania kwoty 2500 zł tytułem zadośćuczynienia. Sąd stwierdził, że doszło do dyskryminacji przez asocjację. Sąd Okręgowy³⁰⁵ oddalił apelacje powoda i pozwanego. Sąd stwierdził, że zasądzona kwota 2500 zł „w sposób wystarczający kompensuje szkody, jakie poniósł powód w wyniku wypowiedzenia umowy-zlecenia”.

Druga sprawa dotyczyła konferansjera, z którym umowę o prowadzenie koncertu zerwała diecezja z powodu wyrażenia przez powoda poparcia dla instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci na Facebooku. Sąd rejonowy oddalił powództwo m.in. z uwagi na fakt, że „główną wartością propagowaną przez kościół katolicki jest związek heteroseksualny, w formie małżeństwa”, a więc zdaniem sądu diecezja mogła odmówić współpracy z osobą, która „propaguje treści sprzeczne z działalnością statutową grupy oraz nauką kościoła, z czym powinien liczyć się powód”. Sąd Okręgowy³⁰⁶ zmienił wyrok przyznając powodowi odszkodowanie w kwocie 1000 zł oraz zasądził 1000 zł na rzecz organizacji pozarządowej działającej na rzecz równego traktowania. Zdaniem sądu doszło do dyskryminacji pośredniej ze względu na światopogląd. Sąd Okręgowy słusznie zauważył, że przedmiotem umowy była usługa konferansjerska w ramach imprezy prezentującej muzykę świecką. Prezentowany przez powoda światopogląd nie musiał być zatem zgodny z nauką kościoła celem właściwego zrealizowania tej umowy. Sąd uznał, że doszło do naruszenia godności powoda, który doznał „ujemnych odczuć psychicznych” – kwota zasądzona na cel społeczny miała kompensować krzywdę poniesioną przez powoda w wyniku naruszenia zasady równego traktowania.

³⁰⁴ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia w Warszawie z dnia 9 lipca 2014 r., sygn. akt VI C 402/13 (niepubl.).

³⁰⁵ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 listopada 2015 r., sygn. akt V Ca 3611/14, LEX nr 2147965.

³⁰⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Łomży z dnia 22 marca 2017 r., sygn. akt I Ca 75/17, niepublikowany.

Rzecznikowi znane jest tylko jedno orzeczenie w sprawie, gdzie powództwo oparte było na ustawie o równym traktowaniu, dotyczącej dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową w zatrudnieniu niepracowniczym. Sprawa dotyczyła transpłciowej kobiety, której odmówiono wykonywania pracy zaraz po zatrudnieniu, w związku z powzięciem wiadomości o jej tożsamości płciowej i rozbieżności pomiędzy wyglądem zewnętrznym i używanym imieniem a dokumentami. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie nie zgodził się jednak z powódką, że zachowanie pracodawcy stanowiło dyskryminację bezpośrednią i molestowanie w rozumieniu ustawy o równym traktowaniu, na skutek czego 24 lipca 2019 r. oddalił powództwo³⁰⁷.

Powyższa sprawa to tylko jeden przykład trudności i odrzucenia, których osoby transpłciowe doświadczają w środowisku pracy. Jak wynika z przeprowadzonych na zlecenie Rzecznika badań, dyskryminacja w obszarze zatrudnienia jest codziennością wielu osób transpłciowych w Polsce³⁰⁸. Jedną z jej form, a jednocześnie możliwych przyczyn stygmatyzacji i dyskryminacji w środowisku pracy, jest konieczność posługiwania się przez osoby transpłciowe świadectwami pracy wystawionymi na dane osobowe i płeć sprzed procedury uzgodnienia płci³⁰⁹.

Osoby transpłciowe mają też w Polsce utrudniony dostęp do służby wojskowej. W rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 stycznia 2018 r. w sprawie orzekania o zdolności do czynnej służby wojskowej oraz trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach³¹⁰, „transseksualizm” jest wymieniony jako choroba będąca podstawą do orzeczenia przez komisję kategorii „E” oznaczająca trwałą i całkowitą niezdolność do czynnej służby wojskowej. Do Rzecznika Praw Obywatelskich są kierowane związane z tym skargi od obywateli.

7.3. Wnioski i rekomendacje

Ochrona przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w obszarze zatrudnienia jest stosunkowo szeroka – w szczególności w porównaniu z ochroną praw osób LGBT w Polsce w innych obszarach. Zapewniają ją zarówno Kodeks pracy, jak i ustawa o równym traktowaniu, a obowiązujące przepisy należy uznać za odpowiadające międzynarodowym standardom w tym zakresie.

Praktyka stosowania wskazanych przepisów pokazuje jednak, że są one rzadko wykorzystywane do dochodzenia swoich praw przez osoby LGBT, co może sugerować, że świadomość co do ich obowiązywania i ochrony, którą gwarantują, jest zbyt niska. Rzecznikowi znane są jedynie dwie sprawy sądowe dotyczące naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu ze względu na orientację seksualną i tylko jedno orzeczenie w sprawie dyskryminacji osoby transpłciowej w tym obszarze.

³⁰⁷ Postanowienie Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z 24 lipca 2019 r., sygn.. akt I C 5038/17, nieprawomocne, niepubl.

³⁰⁸ Por. Równe traktowanie w zatrudnieniu bez względu na tożsamość płciową. Analiza i zalecenia, raport z serii Zasada równego traktowania - prawo i praktyka nr 19, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2016, nr 6, Warszawa 2016.

³⁰⁹ Brak satysfakcjonujących rozwiązań w polskim systemie prawnym w tym zakresie został szerzej omówiony w rozdziale 6.2.

³¹⁰ Załącznik nr 2 do Rozporządzenia, Dz.U. z 2018 r., poz. 268.

Trudno więc stwierdzić, czy w praktyce zakaz dyskryminacji ze względu na płeć zapewnia ochronę przez dyskryminacją także osobom transpłciowym. Brak orzecznictwa w tych sprawach nie pozwala więc ocenić, czy spełnione zostały standardy wyznaczone przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej co do obejmowania zasadą równego traktowania niezależnie od płci także przesłanki tożsamości płciowej.

Za niezgodne z Zaleceniami Komitetu Ministrów Rady Europy³¹¹ należy uznać obowiązujące obecnie w Polsce przepisy ograniczające osobom transpłciowym dostęp do czynnej służby wojskowej. Brak satysfakcjonujących rozwiązań prawnych określających procedurę uzgodnienia płci i jej skutki może także prowadzić do dyskryminacji osób transpłciowych w obszarze zatrudnienia, m.in. ze względu na konieczność posługiwania się przez nie świadectwami pracy wystawionymi na dane osobowe sprzed tranzycji. Ten stan rzeczy pozostaje więc w sprzeczności z międzynarodowym zobowiązaniem do pełnego uznania uzgodnienia płci przez osobę transpłciową we wszystkich dziedzinach życia.

Rekomendacje:

- Nowelizacja rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 grudnia 2016 r. w sprawie świadectwa pracy³¹², w celu umożliwienia otrzymania świadectwa pracy uwzględniającego zmienione dane osobowe osób, które uzyskały orzeczenie sądu o ustaleniu płci zgodnej z ich tożsamością płciową.
- Zmiana rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 stycznia 2018 r. w sprawie orzekania o zdolności do czynnej służby wojskowej oraz trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach, w celu wyeliminowania „transseksualizmu” z listy chorób uniemożliwiających czynną służbę wojskową.

³¹¹ Zalecenia CM/Rec(2010)4 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie praw człowieka członków sił zbrojnych, przyjęte przez KMRE dnia 24.2.2010 r. na 1077 posiedzeniu Komitetu Delegatów Ministrów.

³¹² Dz.U. z 2018 r. poz. 1289.

8. Prawo do edukacji

8.1. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo

Zgodnie z art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Niewątpliwie wpływ na zdrowie i rozwój młodych ludzi ma w znacznym stopniu środowisko, w którym żyją. Szkoła ma tu kluczowe znaczenie, zwłaszcza, że dyskryminacja na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wśród młodych ludzi jest czynnikiem sprzyjającym izolacji, osiągnięciu złych wyników w nauce i apatii, a może nawet prowadzić do prób samobójczych³¹³.

W myśl art. 2 Konwencji o prawach dziecka („KPD”) Państwa-Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w tej 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. Według art. 29 ust. 1 lit. a) KPD nauka dziecka będzie ukierunkowana na rozwijanie w jak najpełniejszym zakresie osobowości, talentów oraz zdolności umysłowych i fizycznych dziecka. Dotyczy to również orientacji seksualnej nastolatków oraz ich stanu zdrowia. Komitet Praw Dziecka wskazał, że wiele młodych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych nie ma dostępu do właściwej informacji, wsparcia i niezbędnej ochrony, które pozwoliłyby im prowadzić życie w zgodzie z ich orientacją seksualną. Dodał, że prawa człowieka przysługujące młodzieży powinny być promowane w celu zapewnienia, że cieszy się ona najwyższą dostępną jakością zdrowia, rozwija się w sposób zrównoważony i jest odpowiednio przygotowana do wejścia w dorosłość i objęcia twórczej roli zarówno w ich społeczności jak i w społeczeństwie³¹⁴.

Zadaniem państwa jest zagwarantowanie poszanowania prawa dzieci i młodzieży do nauki w bezpiecznym środowisku, wolnym od przemocy, zastraszania, wykluczenia społecznego lub innych form dyskryminującego i poniżającego traktowania związanego z orientacją seksualną lub tożsamością płciową. Państwo ma również obowiązek podjęcia środków zapewniających, że dyrektorzy szkół i nauczyciele będą w stanie zdiagnozować, przeanalizować i skutecznie zareagować, a także zwalczać wszelkie formy dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w szkole. Jednocześnie dyscyplina w placówkach oświatowych ma być wdrażana w sposób nienaruszający ludzkiej godności, oraz w sposób wolny od takiej dyskryminacji. Uczniowie i studenci będący lesbijkami, gejami, osobami biseksualnymi i transpłciowymi, którzy doświadczają wykluczenia lub przemocy, nie powinni być wyłączeni lub izolowani ze względu na potrzebę ich ochrony: ich dobro powinno zostać określone, uwzględniając ich partycypację, a działania zmierzające do przeciwdziałania takim sytuacjom powinny być przede wszystkim adresowane do sprawców³¹⁵.

³¹³ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 27.

³¹⁴ Komitet Praw Dziecka, Komentarz Ogólny nr 4 (2003) : „Zdrowie i rozwój młodzieży w kontekście Konwencji o prawach dziecka”, 1 lipca 2003 r.

³¹⁵ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 27.

Brak rozwiązań w zakresie edukacji o orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej może mieć szkodliwe konsekwencje dla samooceny młodych osób LGBT. W związku z powyższym obowiązkiem państwa jest zajęcie się kwestią orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w pełen szacunek i obiektywny sposób. Powinno to znaleźć wyraz m.in. w programach nauczania lub podczas zajęć edukacji seksualnej i zdrowotnej, programach szkoleń wstępnych i stacjonarnych, we wsparciu i poradnictwie dla nauczycieli i pozostałej kadry pedagogicznej, kładąc nacisk na poruszanie tej problematyki, zwłaszcza z punktu widzenia przeciwdziałania dyskryminacji³¹⁶.

W jednej ze spraw przeciwko Chorwacji Europejski Komitet Praw Społecznych stwierdził, że pewne elementy materiałów edukacyjnych w normalnym programie są ukazane w sposób oczywiście uprzedzający, dyskryminujący oraz umniejszający. Chodziło o to, w jaki sposób osoby o nieheteroseksualnej orientacji są opisane czy pokazane. Te określenie stygmatyzowały osoby homoseksualne i były oparte na negatywnych, zniekształconych, nagannych i poniżających stereotypach o zachowaniach seksualnych gejów i lesbijek. Tego typu stwierdzenia służyły atakowaniu ludzkiej godności i nie powinny mieć miejsca w edukacji seksualnej, zdrowotnej czy reprodukcyjnej. Ich włączenie do materiałów edukacyjnych stanowi naruszenie art. 11 ust. 2 Europejskiej Karty Społecznej w świetle klauzuli niedyskryminacyjnej ujętej w Preambule Karty³¹⁷.

Wyrażenie zgody czy też zezwolenie na użycie w książkach antyhomoseksualnych haseł stanowi naruszenie pozytywnego obowiązku państwa do zapewnienia skutecznego korzystania z prawa do ochrony zdrowia poprzez niedyskryminacyjną edukację zdrowotną, seksualną i reprodukcyjną, która nie utrwała ani nie wzmacnia społecznego wykluczenia czy wyparcia ludzkiej godności³¹⁸.

Jak wynika z orzecznictwa ETPC, w zakresie prawa do edukacji władze publiczne mają obowiązek, który „jest szeroki w swoim zakresie i znajduje zastosowanie nie tylko do meritum edukacji oraz sposobu jej świadczenia, ale także wykonywanie wszystkich funkcji przypisanych państwu. (...) W dodatku do negatywnego obowiązku, wiąże się z pozytywnym obowiązkiem państwa”³¹⁹. Na gruncie art. 11 ust. 2 EKS ten pozytywny obowiązek rozszerza się na zapewnienie, że materiały edukacyjne nie wzmacniają poniżających stereotypów ani nie utrwalają form uprzedzeń, które przyczyniają się do społecznego wykluczenia, wzmocnionej dyskryminacji czy wyłączenia ludzkiej godności często doświadczanej przez historycznie marginalizowane grupy osób o orientacji nieheteroseksualnej³²⁰.

Zadaniem państwa jest także zachęcanie uczniów do sięgania po informacje na temat orientacji seksualnej i tożsamości płciowej i do przyjmowania kodeksów postępowania wyrażających sprzeciw wobec postaw homo-, bi- i transfobicznych lub innych bezpośrednich lub pośrednich przejawów dyskryminującego traktowania. Państwo powinno publikować i dystrybuować podręczniki dla kadry nauczycielskiej i zachęcać do prowadzenia w szkołach kampanii i imprez kulturalnych przeciwko

³¹⁶ Ibidem, s. 28.

³¹⁷ Decyzja Europejskiego Komitetu Praw Społecznych z 10.8.2009 r. International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERRIGHTS) p. Chorwacji, skarga nr 45/2007, § 60.

³¹⁸ Ibidem, § 61.

³¹⁹ Wyrok ETPC z 29.6.2007 r. Folgerø i Inni p. Norwegii, skarga nr 15472/02, § 84.

³²⁰ Decyzja EKPS w sprawie Interights p. Chorwacji, § 61.

homo-, bi- i transfobii, z udziałem zainteresowanych podmiotów w tych dziedzinach – w tym, w stosownych przypadkach, przedstawiciele organizacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Celem powyższych działań jest podniesienie świadomości wokół kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową wśród kadry nauczycielskiej, uczniów, studentów i rodziców³²¹.

Metody kształcenia oraz programy nauczania powinny zmierzać do zwiększania zrozumienia i poszanowania innych osób, niezależnie od ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, uwzględniając przy tym szczególne potrzeby uczniów, studentów, ich rodziców i członków rodziny. Przykładowo państwa powinny znaleźć rozwiązania ułatwiające życie uczniom transpłciowym, odpowiadając na ich potrzeby (np. poprzez ułatwienie zmiany w dokumentach szkolnych zapisu zawierającego imię i płeć)³²².

Wskazane środki powinny jednocześnie uwzględniać prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi (art. 2 Protokołu Nr 1 do Konwencji).

8.2. Ochrona przed dyskryminacją w obszarze edukacji - przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Opisana wyżej ustawa o równym traktowaniu zakazuje dyskryminacji ze względu na orientację seksualną wyłącznie w obszarze zatrudnienia, a dyskryminacji ze względu na płeć – a więc także tożsamość płciową – wyłącznie w obszarze zatrudnienia, warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego i dostępu do usług. To oznacza, że ze środków ochrony prawnej przewidzianych w tej ustawie nie mogą osoby, które dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową doświadczyły w obszarze edukacji. Jak już wyjaśniono, jedynym środkiem ochrony prawnej jest w takiej sytuacji pozew cywilny skierowany do sądu powszechnego o ochronę dóbr osobistych. Dochodzenie roszczeń w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego jest jednak o wiele mniej korzystne dla osoby poszkodowanej dyskryminacją, niż żądanie odszkodowania na podstawie ustawy o równym traktowaniu.

Rzecznikowi znana jest tylko jedna sprawa, w której poszkodowany dyskryminacją ze względu na orientację seksualną w obszarze edukacji poszukiwał ochrony na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego. Nie jest mu znana żadna sprawa, w której ochrony żądałby poszkodowany dyskryminacją ze względu na tożsamość płciową.

Przykład z orzecznictwa

Powód, będąc uczniem jednej z warszawskich szkół, doświadczał nękania ze strony innych uczniów z tego powodu, że nie ukrywał, że jest osobą homoseksualną – powód był wulgarnie wyzywany, publicznie wyśmiewany. W szkole rozklejano naklejki z symbolami poniżającymi osoby homoseksualne, podobny symbol został ustawiony jako wygaszacz w komputerze w bibliotece. W powoda rzucano przedmiotami

³²¹ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 28.

³²² Ibidem.

i kamieniami, inni uczniowie podkładali mu nogę i chowali jego plecak. Powód wielokrotnie informował o swojej sytuacji dyrektora, pedagoga szkolnego, wychowawczynię i innych nauczycieli, których reakcja sprowadzała się do upominania uczniów – sprawców dyskryminacji. Sąd Okręgowy w Warszawie³²³ uznał, że doszło do naruszenia godności, nietykalności cielesnej oraz prywatności powoda. Działania uczniów motywowane były homofobią. Szkoła w ocenie sądu „nie zauważała problemu”, bagatelizowała go, „zamiatała pod dywan” i obrała strategię „przeczekania” do czasu zakończenia nauki przez powoda. Szkoła ponosi odpowiedzialność, ponieważ zaniechała skutecznych działań, które powinny zostać podjęte w celu zapewnienia powodowi bezpieczeństwa. Powód mógł w ocenie sądu mówić o swojej orientacji seksualnej, skoro statut szkoły zapewniał uczniom prawo do swobody wyrażania myśli i przekonań światopoglądowych, religijnych oraz dotyczących życia szkoły. Sąd zobowiązał szkołę do opublikowania przeprosin na stronie internetowej szkoły oraz w lokalnej gazecie. Na skutek apelacji, Sąd Apelacyjny w Warszawie³²⁴ nieznacznie zmienił treść przeprosin i za wystarczające uznał opublikowanie przeprosin na stronie internetowej szkoły.

Do Rzecznika wpływają skargi uczniów, którzy czują się dyskryminowani lub wykluczeni w społeczności szkolnej, ze względu na swoją orientację seksualną lub tożsamość płciową. Potwierdzają to także dostępne opracowania wyników badań. Według Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej 69% uczniów z Polski, biorących udział w badaniu, „zawsze” albo „często” doświadczyło albo było świadkiem negatywnych komentarzy albo czynów wobec osób LGBT w środowisku szkolnym³²⁵. Z innych badań wynika, że blisko 30% przypadków agresji motywowanej homofobią zdarza się na terenie szkoły, a w prawie 50% osobami stosującymi przemoc na tle homofobicznym są koledzy i koleżanki ze szkoły³²⁶. Sytuacja transseksualnych uczniów wydaje się szczególnie trudna, ponieważ przed osiągnięciem pełnoletności nie mają oni możliwości wszczęcia postępowania o medyczne i prawne uzgodnienie płci, w związku z czym muszą mierzyć się z koniecznością funkcjonowania w swojej płci metrykalnej i brakiem możliwości rozwoju w zgodzie ze swoją tożsamością płciową, co ma zazwyczaj bardzo negatywny wpływ na ich postępy w nauce i rozwój osobowościowy. W ocenie Rzecznika rolą szkoły powinno być w takiej sytuacji zapewnienie uczniowi bezpiecznej i wolnej od dyskryminacji przestrzeni, w tym uszanowanie próśb osoby o zwracanie się do niej wybranym imieniem i przy użyciu preferowanych męskich lub żeńskich form gramatycznych, niezależnie od płci metrykalnej. Ze względu na lukę prawną w ramach ochrony przed dyskryminacją w obszarze edukacji, a także wspomniany brak orzecznictwa w tego typu sprawach, postępowanie szkół wobec uczniów transpłciowych pozostaje jedynie pod ogólnym nadzorem kuratorów oświaty i Ministra Edukacji Narodowej.

³²³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt I C 1042/15 (niepubl.).

³²⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 listopada 2017 r., sygn. akt I ACa 1372/16 (niepubl.).

³²⁵ Raport “Safe at school: Education sector responses to violence based on sexual orientation, gender identity/expression or sex characteristics in Europe”, Rada Europy, Strasburg, 2018, str. 62.

³²⁶ M. Makułowska (red.), Przemoc motywowana homofobią. Raport 2011, Kampania Przeciw Homofobii, Warszawa 2011, s. 82; dostępny w wersji elektronicznej pod adresem: <https://kph.org.pl/publikacje/raport-przemoc.pdf> (dostęp 11.03.2019).

Na zmniejszenie skali dyskryminacji i przemocy motywowanej uprzedzeniami w szkołach ogromny wpływ ma edukacja antydyskryminacyjna. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie zwracał się do Ministra Edukacji Narodowej w sprawie konieczności wdrożenia edukacji antydyskryminacyjnej i potrzeby uzupełnienia podstawy programowej o tematykę praw człowieka i równego traktowania³²⁷. W odpowiedziach na wystąpienia Rzecznika Ministerstwo Edukacji Narodowej odpowiedzialnością za przeciwdziałanie dyskryminacji konsekwentnie obarcza szkoły uznając, że dostatecznym gwarantem realizowania edukacji antydyskryminacyjnej jest obowiązująca podstawa programowa i wyrażenie obowiązku jej prowadzenia w przepisach ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty³²⁸ i odpowiednich rozporządzeniach Ministra Edukacji Narodowej. Rzecznik w 2017 roku zgłaszał jednakże uwagi co do samej treści podstawy programowej – w jego ocenie, treści dotyczące edukacji o prawach człowieka i edukacji antydyskryminacyjnej nie zostały wystarczająco uwzględnione w nowej podstawie programowej, która jedynie w sposób ogólny odnosi się do formowania wśród uczniów postaw tolerancji i kształtowania szacunku dla ludzkiej godności³²⁹. Lukę w obszarze programowej edukacji antydyskryminacyjnej szkoły próbują wypełniać samodzielnie, z inicjatywy dyrekcji, nauczycieli, uczniów lub przy wsparciu organizacji pozarządowych. Inicjatywą o ogólnopolskim zasięgu jest akcja „Tęczowy Piątek”, w ramach której 26 października 2018 r. i 25 października 2019 r. zorganizowano w szkołach różnorodne wydarzenia, mające na celu podkreślenie akceptacji dla uczniów LGBT (np. poprzez tęcze ubrania i ozdoby), podjęcie dyskusji na istotne kwestie społeczne oraz pogłębienie wiedzy na temat praw człowieka i równego traktowania (np. poprzez tematyczne debaty i zajęcia lekcyjne). Chociaż inicjatorem akcji jest Stowarzyszenie Kampania Przeciw Homofobii, w wielu miejscach Polski z oddolną inicjatywą wyszli sami uczniowie.

Ku wielkiemu zaniepokojeniu Rzecznika, Minister Edukacji Narodowej i podległe kuratoria oświaty nie tylko nie wspierają tego typu inicjatyw, ale publicznie zniechęcają do nich, a także podejmują działania mające na celu ich powstrzymanie lub zastosowanie sankcji dyscyplinarnych wobec zaangażowanych szkół. Za przykłady mogą posłużyć aktywność kuratora oświaty, w wyniku której odwołano lub ograniczono obchody Międzynarodowego Dnia Dziewczynek, działania przeciwko projektowi „Równa szkoła – szkoła bez dyskryminacji”, a także wydarzenia związane ze wspomnianą akcją „Tęczowy Piątek”. Jej edycja w 2018 r. przebiegła w atmosferze zastraszania kreowanego przez resort oświaty, a kuratorzy oświaty przeprowadzili czynności nadzoru pedagogicznego w wielu szkołach, które wzięły udział w inicjatywie. Rzecznik Praw Obywatelskich skierował do Minister Edukacji Narodowej wystąpienia³³⁰ z prośbą o ustosunkowanie się do przytoczonych spraw. Ponieważ udzielone przez MEN odpowiedzi nie odnosiły się do meritum sprawy i pozostawiły większość podniesionych przez Rzecznika kwestii bez wyjaśnienia, Rzecznik zwrócił się bezpośrednio do wszystkich kuratorów oświaty o przedstawienie raportów z kontroli przeprowadzonych w związku

³²⁷ Wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji Narodowej z dnia: 3 lipca 2012 r. (RPO-690507-I/11), 24 kwietnia 2014 r. (I.800.1.2014), 17 marca 2016 r. (XI.800.15.2016), 22 października 2019 r. (XI.800.3.2017).

³²⁸ Dz. U. z 2018 r. poz. 1457.

³²⁹ Wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji Narodowej z dnia 20 marca 2017 r. (XI.800.3.2017) i z 25 sierpnia 2017 r. (XI.800.3.2017)

³³⁰ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Minister Edukacji Narodowej z dnia 3 grudnia 2018 (XI.800.3.2017.AKB/AS) oraz z dnia 17 stycznia 2019 r. (XI.800.3.2017.MA)

z „Tęczowym Piątkiem” oraz wszelkich innych kontroli mających za przedmiot współpracę szkół z zewnętrznymi organizacjami społecznymi. Otrzymane odpowiedzi wzbudziły szereg wątpliwości, które Rzecznik przedstawił Ministrowi Edukacji Narodowej w wystąpieniu³³¹, prosząc o zabranie stanowiska w sprawie. Za szczególnie niepokojące, w ocenie Rzecznika, należy uznać stosowanie przez kuratorów oświaty rozszerzającej wykładni prawa oświatowego, poprzez formułowanie wobec dyrektorów szkół zaleceń uzyskiwania zgody wszystkich rodziców na współpracę szkoły z organizacją społeczną, podczas gdy prawo oświatowe wskazuje wprost na konieczność uzyskania pozytywnej opinii jedynie rady rodziców. Ponadto Rzecznik z obawą przyjął przedstawione przez kuratorów oświaty informacje, z których wynika, że kontrole przeprowadzono w szkołach najczęściej ze względu na podejrzenie, że włączyły się one w akcję „Tęczowy Piątek” lub zorganizowały inne wydarzenia o tematyce praw człowieka i równego traktowania. Takie wykorzystywanie środków nadzoru pedagogicznego przeciwko działaniom mającym na celu przeciwdziałanie dyskryminacji, może skutecznie zniechęcać dyrektorów szkół do podejmowania działań tego typu. Tym samym może niebezpiecznie ograniczać rolę placówek oświatowych w zapewnianiu bezpieczeństwa i możliwości rozwoju wszystkim uczniom, niezależnie od ich cech szczególnych, w tym orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

8.3. Wnioski i rekomendacje

Ustawa o równym traktowaniu nie zapewnia ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w obszarze edukacji. Jedynym środkiem ochrony prawnej jest więc pozew cywilny o ochronę dóbr osobistych. Dochodzenie roszczeń w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego jest jednak o wiele mniej korzystne dla osoby poszkodowanej dyskryminacją, niż żądanie odszkodowania na podstawie ustawy o równym traktowaniu.

Uczniowie LGBT są w polskich szkołach szczególnie narażeni na dyskryminację, stygmatyzację i przemoc motywowaną uprzedzeniami. Na zmniejszenie skali tych negatywnych zjawisk znaczący wpływ mogłaby mieć powszechna i obowiązkowa edukacja antydyskryminacyjna – konieczność jej prowadzenia wynika nie tylko z zaleceń międzynarodowych organów praw człowieka, ale też z prawnych zobowiązań Polski na gruncie Konwencji o prawach dziecka. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie zwracał się do Ministra Edukacji Narodowej w sprawie potrzeby wdrożenia edukacji antydyskryminacyjnej, uzupełnienia podstawy programowej o tematykę praw człowieka i równego traktowania, a tym samym dostosowania polskiego systemu oświaty do międzynarodowych standardów. Niestety, w ocenie Ministra Edukacji Narodowej przyjęte obecnie rozwiązania są satysfakcjonujące i nie wymagają żadnych zmian. Co więcej, Minister zniechęcał do podejmowania inicjatyw mających na celu przeciwdziałanie dyskryminacji w obszarze edukacji, a także podejmował działania mające na celu ich powstrzymanie lub zastosowanie sankcji dyscyplinarnych wobec zaangażowanych szkół.

Rekomendacje:

- Uzupełnienie podstawy programowej dla wszystkich typów szkół o treści dotyczące praw człowieka i edukacji antydyskryminacyjnej, zgodnej z międzynarodowymi standardami.
- Nowelizacja ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³³² tak, aby możliwe było dochodzenie odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku naruszenia zasady równego traktowania w obszarze edukacji ze względu na orientację seksualną i płeć (a w tym tożsamość płciową).

³³¹ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Edukacji Narodowej z dnia 22 października 2019 r. (XI.800.3.2017).

³³² ³³² Dz. U. z 2016 r., poz. 1219.

9. Prawo do ochrony zdrowia

9.1. Ochrona zdrowia osób homoseksualnych – przepisy prawa międzynarodowego

W dniu 17 maja 1990 r. Zgromadzenie Ogólne Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) usunęło homoseksualizm z Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych. Zaprzestano jego klasyfikacji w ramach listy chorób podczas Kongresu WHO w 1992 r., co miało skutek dla wszystkich państw sygnatariuszy Konstytucji Światowej Organizacji Zdrowia³³³. W konsekwencji, zadaniem państwa jest podjęcie niezbędnych środków, aby homoseksualność została jednoznacznie usunięta z ich krajowych klasyfikacji chorób, a także, by nikt nie był zmuszany do poddania się jakiegokolwiek formie leczenia, procedurze lub badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu, lub nie był umieszczany w instytucji medycznej, z powodu jego orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej³³⁴.

Zgodnie z art. 25 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, każdy człowiek ma prawo do stopy życiowej zapewniającej zdrowie i dobrobyt jego i jego rodziny, włączając w to wyżywienie, odzież, mieszkanie, opiekę lekarską i konieczne świadczenia socjalne oraz prawo do ubezpieczenia na wypadek bezrobocia, choroby, niezdolności do pracy, wdowieństwa, starości lub utraty środków do życia w inny sposób od niego niezależny. W myśl zaś art. 12 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych Państwo potwierdza prawo każdego do korzystania z najwyższego osiągalnego poziomu ochrony zdrowia fizycznego i psychicznego. W myśl art. 12 ust. 2 MPPGSiK Państwo powinno podjąć odpowiednie kroki celem osiągnięcia pełnego wykonania tego prawa obejmujące m.in. zapobieganie chorobom epidemicznym, endemicznym, zawodowym i innym oraz ich leczenie i zwalczanie, a także stworzenie warunków, które zapewniłyby wszystkim pomoc i opiekę lekarską na wypadek choroby.

Zgodnie z Zaleceniem Rec (2006) 18 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w zakresie usług zdrowotnych w społeczeństwie wielokulturowym³³⁵, zaleca się państwom dostosowanie usług medycznych do potrzeb społeczeństwa wielokulturowego, między innymi poprzez rozwój „umiejętności kulturowych” wśród pracowników służby zdrowia, które mogą być rozumiane jako zdolność do oferowania skutecznej służby zdrowia z należytym uwzględnieniem, między innymi, orientacji seksualnej pacjenta.

Zgodnie z art. 3 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie³³⁶ uwzględniając potrzeby zdrowotne oraz dostępne środki, Strony podejmą w ramach swoich właściwości, stosowne działania w celu zapewnienia sprawiedliwego dostępu do opieki zdrowotnej o właściwej jakości.

³³³ Dz.U. 1948 nr 61 poz. 477.

³³⁴ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 30.

³³⁵ Przyjęte przez Komitet Ministrów Rady Europy w dniu 8.11.2006 r. na 979 spotkaniu Deputowanych Ministrów.

³³⁶ Przyjęta przez Komitet Ministrów w dniu 19.11.1996 roku. Polska nie ratyfikowała tej konwencji.

Problemy zidentyfikowane przez Agencję Praw Podstawowych UE w zakresie dyskryminacji osób LGBT w obszarze opieki zdrowotnej to m.in.: zalecanie leczenia psychiatrycznego, kojarzenie gejów z HIV czy pedofilią³³⁷. Powyższe skutkuje ukrywaniem swojej orientacji seksualnej przed lekarzem rodzinnym oraz rezygnacją z leczenia z uwagi na obawę przed dyskryminacją i nietolerancyjnymi reakcjami. W konsekwencji, pozbawia to gejów, lesbijki, osoby biseksualne i transpłciowe dostępu do opieki medycznej, w tym opieki psychiatrycznej. Może skutkować również zaburzeniami w odżywianiu, nadużywaniem narkotyków lub alkoholu, depresją, samobójstwem lub próbami samobójczymi.

Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zaniepokoił znacznie wyższy współczynnik samobójstw wśród młodych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych niż wśród osób młodych w ogólności. Odnotowało, że to podwyższone ryzyko nie jest związane z ich orientacją seksualną czy tożsamością płciową, lecz ze stygmatyzacją, marginalizacją oraz dyskryminacją, której doświadczają w ich wyniku. To podwyższone ryzyko ma także znaczący wymiar w zakresie praw człowieka. Jednocześnie Zgromadzenie potępiło wszelkie formy dyskryminacji płciowej i podkreśliło swoje zaangażowanie w zwalczanie stygmatyzacji związanej z zachowaniem seksualnym, w tym z transpłciowością³³⁸.

Zadaniem państwa jest więc podjęcie odpowiednich kroków celem zagwarantowania każdemu dostępu do placówek opieki zdrowotnej, towarów i usług medycznych oraz dostępu do własnej dokumentacji medycznej, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową³³⁹. W tym celu państwo powinno prowadzić odpowiednią politykę wdrażając programy edukacyjne i szkoleniowe, umożliwiając tym samym osobom pracującym w sektorze opieki zdrowotnej zapewnienie opieki zdrowotnej o najwyższej możliwej jakości wszystkim osobom, z pełnym poszanowaniem orientacji seksualnej i tożsamości płciowej każdej osoby. Należy przez to rozumieć m.in. wspieranie studiów i badań na temat zdrowia lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych w celu określenia i zaspokojenia ich potrzeb; uwzględnianie specjalnych potrzeb lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych podczas tworzenia krajowych planów ochrony zdrowia, badań nad zdrowiem, programów kształcenia medycznego oraz kursów i materiałów szkoleniowych, a także w zakresie monitorowania i oceny jakości usług opieki zdrowotnej; zagwarantowanie w programach i usługach edukacyjnych, profilaktycznych, opieki zdrowotnej i leczenia w zakresie zdrowia seksualnego i reprodukcyjnego, poszanowanie dla różnorodności orientacji seksualnych i tożsamości płciowej i ich jednakowej dostępności dla wszystkich; zachęcanie pracowników służby zdrowia i pracowników socjalnych do tworzenia otoczenia, które byłoby przyjazne i otwarte na młode lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe (m.in. poprzez prowadzenie kampanii informacyjnych)³⁴⁰.

³³⁷ Raport FRA, Część II – sytuacja społeczna, s. 78.

³³⁸ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego nr 1608(2008) w sprawie samobójstw dzieci i młodzieży w Europie: poważny problem zdrowia publicznego, § 9-10, dostępne na stronie: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17639&lang=en> (dostęp: 9/10/2018 r.).

³³⁹ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 29.

³⁴⁰ Ibidem, s. 29-30.

Za osobę najbliższą dla osoby hospitalizowanej, która miałaby dostęp do informacji o jej stanie zdrowia oraz możliwość podejmowania decyzji co do leczenia w nagłych wypadkach, państwo powinno uznawać osobę wskazaną przez samego pacjenta lub pacjentkę, a przepisy w tym zakresie powinny być wolne od dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową³⁴¹.

9.2. Ochrona zdrowia osób transpłciowych – orzecznictwo międzynarodowe

Zgodnie z art. 8 EKPC prawo do samostanowienia seksualnego jest jednym z aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego³⁴². Dlatego państwo ma obowiązek zapewnienia możliwości poddania się operacyjnej korekcie płci. Nadto tam, gdzie ubezpieczenie pokrywa leczenie „medycznie niezbędne”, obejmuje również uzgodnienie płci³⁴³.

W sprawie Schlumpf przeciwko Szwajcarii Trybunał wskazał również, że sądy krajowe powinny rozważyć wyjątek od zasady dwuletniej przerwy między podjęciem decyzji o nieodwracalnej operacji uzgodnienia płci a operacją w konkretnym przypadku. Za istotny Trybunał uznał fakt, że opóźnienie decyzji skarżącej o poddaniu się operacji uzasadnione było szacunkiem, jaki miała do swoich dzieci i byłego męża: uczyniła to odpowiednio po uzyskaniu przez nie pełnoletności i po jego śmierci. Dlatego termin dwuletni w sposób niezasadny wydłużał i tak długi okres oczekiwania na operację. Poszanowanie życia prywatnego skarżącej wymagało wzięcia pod uwagę sytuacji medycznej, biologicznej i psychologicznej, aby uniknąć mechanicznego zastosowania terminu dwuletniego. W konsekwencji, mając na uwadze bardzo szczególną sytuację, w jakiej znalazła się skarżąca w wieku 67 lat w chwili złożenia wniosku o zwrot kosztów operacji (uzależnionych od spełnienia warunku dwuletniej przerwy), Trybunał uznał, że nie wyważono w sposób odpowiedni interesów zakładu ubezpieczeń oraz skarżącej, czym naruszono art. 8 Konwencji³⁴⁴.

Tam, gdzie ustawodawstwo przewiduje pokrycie niezbędnych kosztów opieki zdrowotnej z publicznych lub prywatnych systemów ubezpieczeń społecznych, takie pokrycie kosztów powinno być wówczas zapewnione w sposób rozsądny, wolny od arbitralności i niedyskryminujący, z uwzględnieniem dostępności zasobów³⁴⁵.

Zgodnie z art. 5 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie nie można przeprowadzić interwencji medycznej bez swobodnej i świadomej zgody osoby jej poddanej. Przed dokonaniem interwencji osoba jej poddana otrzyma odpowiednie informacje o celu i naturze interwencji, jak również jej konsekwencjach i ryzyku. Osoba poddana interwencji może w każdej chwili swobodnie wycofać zgodę. Ma to szczególne znaczenie odnośnie do warunków regulujących procedury uzgodnienia płci. Należy zatem ograniczyć leczenie hormonalne lub chirurgiczne, jako wstępny warunek dla prawnego uznania

³⁴¹ Ibidem, s. 30.

³⁴² Wyroki ETPC: w sprawie Christin Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu (WI); z 12.6.2003 r. Van Kück p. Niemcom, skarga nr 35968/97; w sprawie Grant p. Zjednoczonemu Królestwu; w sprawie L. p. Litwie.

³⁴³ Wyrok ETPC w sprawie Van Kück v. Niemcy, § 73-86.

³⁴⁴ Wyrok ETPC z 8.1.2009 r. Schlumpf p. Szwajcarii, skarga nr 29002/06, § 114-115.

³⁴⁵ Ibidem; wyrok ETPC w sprawie L. v. Litwa.

uzgodnienia płci, do przypadków, które są absolutnie niezbędne i odbywają się za zgodą osoby zainteresowanej. Zadaniem państwa jest również zaprzestanie terapii osób transpłciowych mających doprowadzić do zaakceptowania przez te osoby ich płci urodzenia. Państwo ma obowiązek podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia, że ciało żadnego dziecka nie zostanie poddane nieodwracalnym zmianom poprzez zastosowanie metod leczenia mających na celu narzucenie tożsamości płciowej bez pełnej, wolnej i świadomej zgody dziecka, stosownie do jego wieku i stopnia dojrzałości, chyba że taka ingerencja medyczna jest niezbędna z innych powodów zdrowotnych³⁴⁶.

Jak wynika z orzecznictwa TSUE, trwałe przeciwwskazanie do oddawania krwi dla całej grupy obejmującej mężczyzn mających stosunki seksualne z innymi mężczyznami jest proporcjonalne tylko wtedy, gdy nie istnieją mniej restrykcyjne metody zapewniające wysoki poziom ochrony zdrowia biorców³⁴⁷. Dlatego sąd krajowy powinien w szczególności zbadać, czy szczegółowe pytania dotyczące okresu, jaki upłynął od ostatniego stosunku seksualnego w odniesieniu do trwania „okresu utajnienia”, stałego charakteru związku z daną osobą lub charakteru stosowanych zabezpieczeń podczas stosunków seksualnych umożliwiłyby ocenę poziomu ryzyka, jakie jest związane z każdym poszczególnym dawcą ze względu na jego własne zachowanie seksualne³⁴⁸. W ocenie TSUE, jeżeli metody mniej restrykcyjne niż trwały zakaz oddawania krwi wobec całej grupy obejmującej mężczyzn mających stosunki seksualne z innymi mężczyznami pozwoliłyby zapewnić wysoki poziom ochrony zdrowia biorców, to takie trwałe przeciwwskazanie byłoby niezgodne z zasadą proporcjonalności w rozumieniu art. 52 ust. 1 karty³⁴⁹.

9.3. Ochrona zdrowia osób interpłciowych – przepisy prawa międzynarodowego

Osoby interpłciowe rodzą się z zestawem cech płciowych, które nie mieszczą się jednoznacznie w kategoriach biologicznie męskiej lub żeńskiej płci, co często prowadzi do inwazyjnych interwencji chirurgicznych, podejmowanych nawet we wczesnym dzieciństwie. Procedury te, nazywane operacjami „normalizującymi” płeć, są w znacznej mierze przeprowadzane mimo braku zagrożenia dla życia i zdrowia, naruszając prawo do integralności cielesnej, co dokumentują raporty ONZ, Światowej Organizacji Zdrowia i Rady Europy³⁵⁰.

Chociaż ochrona przed wskazanymi naruszeniami praw osób interpłciowych jest gwarantowana przez istniejące akty prawa międzynarodowego i unijnego – w tym m.in. Kartę Praw Podstawowych Unii

³⁴⁶ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 30-31.

³⁴⁷ Wyrok TSUE z 29.4.2015 r. Léger p. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, *Établissement français du sang*, C-528/13, pkt. 65.

³⁴⁸ Ibidem, pkt. 67.

³⁴⁹ Ibidem, pkt. 68.

³⁵⁰ Sprawozdanie Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. Tortur (A/HRC/22/53) z dnia 1 lutego 2013; Raport „Human Rights and Intersex People”, Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, 1 kwietnia 2014; „Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: An interagency statement”, Światowa Organizacja Zdrowia, 1 maja 2014; „End violence and harmful medical practices on intersex children and adults, UN and regional experts urge”, Biuro Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka, 26 października 2016

Europejskiej, Europejską Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz Konwencję ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur – wprowadzenie szczegółowych rozwiązań politycznych i prawnych jest konieczne dla pełnej realizacji standardu tej ochrony.

12 października 2017 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło rezolucję, która wzywa państwa Rady Europy do wprowadzenia zakazu przeprowadzania operacji „normalizujących” płeć, sterylizacji i innych procedur medycznych na osobach interpłciowych bez ich świadomej zgody³⁵¹. Zgromadzenie zajęło też stanowisko, że wszystkie procesy prowadzące do zmiany cech płciowych w przypadkach braku bezpośredniego zagrożenia dla życia interpłciowego dziecka powinny być odsunięte w czasie do momentu, w którym może ono uczestniczyć w podejmowaniu decyzji o poddaniu się im³⁵².

Parlament Europejski w rezolucji z 14 lutego 2019 r. poinformował o pilnej potrzebie zajęcia się naruszeniami praw człowieka osób interpłciowych i wezwał Komisję Europejską oraz państwa członkowskie Unii Europejskiej do wprowadzenia prawa zakazującego przeprowadzania operacji normalizacji płci³⁵³. PE zaapelował o respektowanie tożsamości osób interpłciowych w zakresie wydawania dokumentów tożsamości i ustalania statusu cywilnego oraz o zwalczanie przejawów dyskryminacji wobec osób interpłciowych³⁵⁴.

9.4.Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Pomimo jednoznacznych regulacji międzynarodowych wskazujących, że homoseksualność nie jest chorobą i zobowiązujących państwa do zakazania tzw. praktyk konwersyjnych („leczenia homoseksualizmu”), terapie tego typu nie są w Polsce zabronione przez prawo. Chociaż trudno oszacować ile osób i instytucji prowadzi obecnie takie praktyki, z doniesień medialnych³⁵⁵ i skarg kierowanych do Rzecznika wynika, że wciąż są one stosowane i promowane. Problem ten zauważył również Komitet ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami ONZ, który w wydanych we wrześniu 2018 r. rekomendacjach dla Polski³⁵⁶ wprost zalecił władzom ustanowienie zakazu stosowania wszelkich praktyk konwersyjnych, opartych na założeniu, że homoseksualność można wyleczyć. W opinii Ministerstwa Zdrowia zmiany prawne w tym zakresie nie są konieczne³⁵⁷.

³⁵¹ Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 2191 (2017) ws. promowania praw człowieka i wyeliminowania dyskryminacji wobec osób interpłciowych z dnia 12 października 2017, § 7 pkt. 1.1

³⁵² Ibidem, § 7 pkt. 1.2

³⁵³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego nr 2018/2878(RSP) w sprawie praw osób interpłciowych z dnia 14 lutego 2019, § 1-2

³⁵⁴ Ibidem, § 9-11

³⁵⁵ Zob. m.in. Artykuł Newsweek z 17 maja 2018 r. dostępny pod adresem:

<https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/leczenie-homoseksualizmu-psychoterapia-nest/967g29v> (dostęp 14 lutego 2019 r.).

³⁵⁶ Uwagi końcowe Komitetu ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami z 25 września 2018 r. dot. pierwszego sprawozdania okresowego Polski, CRPD/C/POL/CO/1. 2018.

³⁵⁷ Stanowisko przedstawiciela Ministerstwa Zdrowia zaprezentowane w Genewie w czasie prezentacji raportu rządowego przed Komitetem ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami, za <http://www.tokfm.pl/Tokfm/7,130517,23865992,pytano-m-in-o-zakaz-leczenia-homoseksualnosci.html> (dostęp 14 lutego 2019 r.).

Jak wyżej wyjaśniono, ustawa o równym traktowaniu zakazuje dyskryminacji ze względu na orientację seksualną wyłącznie w obszarze zatrudnienia, a dyskryminacji ze względu na płeć – a więc także tożsamość płciową – wyłącznie w obszarze zatrudnienia, warunków korzystania z zabezpieczenia społecznego i dostępu do usług. To oznacza, że ze środków ochrony prawnej przewidzianych w tej ustawie nie mogą skorzystać osoby, które dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową doświadczyły w obszarze zdrowia.

Jedynym środkiem ochrony prawnej jest w takiej sytuacji pozew cywilny skierowany do sądu powszechnego o ochronę dóbr osobistych. Rzecznikowi nie jest znana ani jedna sprawa, w której pacjent żądałby ochrony na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w obszarze opieki zdrowotnej. Jednocześnie, wiele przejawów dyskryminacji doświadczanej przez osoby homoseksualne i osoby transpłciowe, może stanowić naruszenie praw pacjenta, o których mowa w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Rzecznikowi znane są trzy decyzje Rzecznika Praw Pacjenta, w których dyskryminację ze względu na orientację seksualną uznał on za naruszenie praw pacjenta.

Przykład z praktyki

Za naruszenie prawa do intymności i godności uznał Rzecznik Praw Pacjenta komentowanie przez lekarza podczas udzielania świadczeń zdrowotnych orientacji seksualnej pacjentki³⁵⁸. Za naruszenie prawa do intymności i godności Rzecznik Praw Pacjenta uznał także komentarze lekarki odnoszące się do życia rodzinnego pacjentki – kandydatki na rodzinę zastępczą – i wychowywania dzieci przez pary tej samej płci. Analogiczną decyzję Rzecznik Praw Pacjenta wydał też w sprawie dotyczącej niewłaściwych komentarzy i pytań psycholożki, dotyczących orientacji seksualnej pacjenta, a nie związanych w żaden sposób z przedmiotem wizyty³⁵⁹. Zdaniem Rzecznika Praw Pacjenta lekarz „nie ma prawa oceniać pacjenta, jego przekonań, sposobu życia czy deklarowanej orientacji seksualnej”³⁶⁰, a „wszelkie uwagi dotyczące prywatnej sfery życia pacjenta są niezasadne i, o ile nie są związane z charakterem udzielanych świadczeń, nie powinny mieć miejsca.”³⁶¹

Jak wynika z badań zleconych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, jednym z najczęściej zgłaszanych przez homoseksualnych pacjentów problemów jest kwestionowanie ich praw pacjenta w odniesieniu do osób bliskich, partnerów tej samej płci³⁶².

³⁵⁸ Pismo Rzecznika Praw Pacjenta do Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6 lipca 2016 r., RzPP-WPR.432.16.2016.

³⁵⁹ Pismo Rzecznika Praw Pacjenta do Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 16 listopada 2018 r., RzPP-DPW-WPII.431.191.2018.

³⁶⁰ Decyzja Rzecznika Praw Pacjenta z dnia 29 września 2016 r. RzPP-WPR.432.760.2016.

³⁶¹ Decyzja Rzecznika Praw Pacjenta z dnia 17 października 2018 r., RzPP-DPW-WPII.431.191.2018, str.5.

³⁶² Równe traktowanie pacjentów – osoby nieheteroseksualne w opiece zdrowotnej, raport z serii Zasada równego traktowania. Prawo i praktyka nr 14, Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich 2014, nr 7, Warszawa 2014

Zgodnie z ustawą o Rzeczniku praw pacjenta i prawach pacjenta, osoba bliska to małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta. Osobą pozostającą we wspólnym pożyciu, w świetle omówionego wyżej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, niewątpliwie jest także partner tej samej płci. Przykładowo, do kategorii osób pozostających we wspólnym pożyciu partnerów tej samej płci zaliczył Trybunał w wyroku w sprawie Kozak przeciwko Polsce. Partner tej samej płci powinien zatem korzystać ze wszystkich praw pacjenta tak jak osoby spokrewnione z pacjentem czy jego małżonek.

Przykładowo, partner tej samej płci ma prawo do obecności przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych (art. 21 ust. 1 ustawy) czy otrzymania informacji o stanie zdrowia pacjenta, jeżeli pacjent jest nieprzytomny lub niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji (art. 31 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentysty³⁶³). Wypowiedzi respondentów wskazują, że wiedza o tych przepisach nie jest niestety wśród przedstawicieli zawodów medycznych rozpowszechniona.

Wreszcie do Rzecznika wpływały pojedyncze skargi dotyczące dyskwalifikowania homoseksualnych mężczyzn jako dawców krwi czy dawców szpiku kostnego.

Tymczasem zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 11 września 2017 r. w sprawie warunków pobierania krwi od kandydatów na dawców krwi i dawców krwi³⁶⁴, jednym z kryteriów dyskwalifikujących stosowanych wobec dawców krwi są zachowania czy działalność, które powodują, że kandydaci na dawców są szczególnie narażeni na zakażenie chorobami przenoszonymi drogą przetoczenia krwi. Tego rodzaju zachowania czy działania nie są jednak utożsamiane z osobami homoseksualnymi, tak więc mogą zostać one dawcami krwi, podobnie jak osoby heteroseksualne.

Kryteria dyskwalifikujące dawców szpiku kostnego określono w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 12 marca 2010 r. w sprawie ośrodków dawców szpiku³⁶⁵. Nie ma w nim jednak mowy o orientacji seksualnej kandydatów na dawców ani o ryzykownych zachowaniach seksualnych. Zgodnie z międzynarodowymi zaleceniami dotyczącymi kryteriów dyskwalifikujących potencjalnych dawców szpiku, np. wytycznymi World Marrow Donor Association (WMDA), dawcę szpiku dyskwalifikować powinny ryzykowne zachowania seksualne, takie jak częsta zmiana partnerów, a nie jego orientacja seksualna. Ryzykownym zachowaniem seksualnym nie jest współżycie dwóch partnerów tej samej płci, o ile deklarują oni współżycie z tym samym partnerem od dłuższego czasu.

W kontekście ochrony zdrowia osób transpłciowych, kryterium brany pod uwagę w toku postępowań sądowych o ustalenie płci nie jest dokonanie zabiegu pozbawiającego zdolności płodzenia³⁶⁶. W aktualnym stanie prawnym chirurgiczne zabiegi adaptacyjne, które prowadzą m.in. do pozbawienia zdolności płodzenia, mogą nastąpić, ale po ustaleniu przez sąd płci powoda i zmianie wpisu

³⁶³ Dz. U. z 2018 r. poz. 617.

³⁶⁴ Dz. U. z 2017 r. poz. 1741.

³⁶⁵ Dz. U. Nr 54, poz. 330.

³⁶⁶ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, Studia i Analizy Sądu Najwyższego, 2010, nr 4, s. 126.

określającego płeć w aktach stanu cywilnego. Brak wymogu sterylizacji jest wyrazem poszanowania godności, prawa do nietykalności cielesnej oraz zakazu stosowania ingerencji medycznych bez niewymuszonej zgody zainteresowanej osoby.

W Polsce nie istnieją szczegółowe rozwiązania prawne dotyczące sytuacji osób interplciowych ani w zakresie ustalania płci metrykalnej³⁶⁷, ani zasad opieki zdrowotnej. Chociaż przepisy krajowe gwarantują prawo każdego pacjenta – lub ustawowego opiekuna w przypadku małoletnich – do uzyskania rzetelnych informacji o swoim stanie zdrowia, możliwych metodach diagnostycznych i leczniczych oraz prawo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych³⁶⁸, brak regulacji terapii zaburzeń rozwoju płci budzi obawy o naruszenia praw osób interplciowych przez niepotrzebne interwencje chirurgiczne. Do Rzecznika nie wpłynęła jeszcze ani jedna sprawa naruszeń integralności cielesnej przez operacje „normalizujące” płeć.

W 2017 roku do Biura Rzecznika Praw Obywatelskich wpłynął jeden wniosek dotyczący zakazania operacji „normalizujących” płeć na małoletnich osobach interplciowych oraz wprowadzenia w Polsce możliwości oznaczenia płci osoby interplciowej w dokumentach tożsamości inaczej niż jako kobieta lub mężczyzna, na wzór systemu wprowadzonego w Malcie w 2015 roku³⁶⁹.

W odpowiedzi na interpelację poselską nr 14114 w sprawie interwencji chirurgicznych przeprowadzanych na niepełnoletnich z zaburzeniami rozwoju płci, Ministerstwo Zdrowia udostępniło dane dotyczące interwencji medycznych w zakresie zaburzeń rozwoju płci, z których wynika, że w Polsce przeprowadzono 22 takich interwencji w 2015 roku i 14 w roku 2016³⁷⁰. Ministerstwo potwierdziło też, że w Polsce nie ma możliwości umieszczenia w karcie urodzenia, która jest podstawą do wydania w urzędzie stanu cywilnego aktu urodzenia, oznaczenia płci innego niż mężczyzna lub kobieta ani odroczenia decyzji o jego umieszczeniu³⁷¹.

Powyższe dane obrazują skalę zjawiska, ale nie pozwalają rozstrzygnąć, czy standardy medyczne i praktyka lekarska spełniają wymogi ochrony praw osób interplciowych wynikające z międzynarodowych aktów prawnych. Z tego względu, za niezbędne należy uznać działania mające na celu opracowanie i przyjęcie rozwiązań prawnych regulujących sytuację osób interplciowych

9.5. Wnioski i rekomendacje

Z badań przeprowadzonych na zlecenie Rzecznika Praw Obywatelskich wynika, że standard opieki zdrowotnej w przypadku pacjentów LGBT może być niższy z powodu stereotypów i uprzedzeń rozpowszechnionych wśród personelu medycznego. Pacjenci LGBT są też narażeni na niestosowne komentarze, poniżające traktowanie, a nawet na próby ich „leczenia” z orientacji seksualnej, gdyż praktyki konwersyjne wciąż są w Polsce stosowane.

³⁶⁷ Zob. Aneta Gawlik, Agnieszka Bielska-Brodziak, „Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych? Część pierwsza”, Prawo i medycyna, 2016, 3, s. 6-30

³⁶⁸ Ustawa z dnia 6 listopada 2008 o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. 2009 Nr 52 poz. 417; ustawa z dnia 5 grudnia 1996 o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz. U. 1997 Nr 28 poz. 152

³⁶⁹ Malta Adopts Ground-breaking Trans and Intersex Law – TGEU Press Release, 1 kwietnia 2015, www.tgeu.org/malta-adopts-ground-breaking-trans-intersex-law/ [dostęp: 28.08.2019]

³⁷⁰ Odpowiedź na interpelację nr 14114 w sprawie interwencji chirurgicznych przeprowadzanych na niepełnoletnich z zaburzeniami rozwoju płci – z dnia 18.08.2017, pkt. 1, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=5FD62242> [dostęp: 28.08.2019]

³⁷¹ Ibidem, pkt. 4.

Jednym z najczęściej zgłaszanych przez homoseksualnych pacjentów problemów jest kwestionowanie ich praw pacjenta w odniesieniu do osób bliskich, partnerów tej samej płci. Do Rzecznika wpływały pojedyncze skargi dotyczące niezgodnego z prawem dyskwalifikowania homoseksualnych mężczyzn jako dawców krwi czy dawców szpiku kostnego.

W obliczu wskazanych zagrożeń nierównego traktowania osób LGBT w obszarze ochrony zdrowia, dostępne środki ochrony prawnej są niedostateczne. Ustawa o równym traktowaniu nie zapewnia ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w obszarze zdrowia, a więc jedynym środkiem ochrony prawnej – podobnie jak w przypadku dyskryminacji w obszarze edukacji – jest pozew cywilny o ochronę dóbr osobistych. Dochodzenie roszczeń w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego jest jednak o wiele mniej korzystne dla osoby poszkodowanej dyskryminacją niż żądanie odszkodowania na podstawie ustawy o równym traktowaniu. Rzecznikowi nie jest jednak znana ani jedna tego rodzaju sprawa. Dyskryminacja doświadczanej przez osoby homoseksualne i osoby transpłciowe może jednakże stanowić naruszenie praw pacjenta, co stwierdzał w swoich decyzjach Rzecznik Praw Pacjenta.

W związku z powyższym, należy stwierdzić, że chociaż polski system prawny nie dyskryminuje osób LGBT w dostępie do ochrony zdrowia, nie zapewnia im też dostatecznej ochrony przed nierównym traktowaniem ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, które może spotykać osoby LGBT przede wszystkim na skutek uprzedzeń personelu medycznego. Przepisy prawa międzynarodowego i międzynarodowe standardy w zakresie, w jakim zobowiązują państwa do odpowiedniej edukacji pracowników ochrony zdrowia, zapewnienia przyjaznego środowiska osobom LGBT i uwzględnienia ich szczególnych potrzeb, wydają się więc pozostawać w Polsce niezrealizowane.

Za zgodny z międzynarodowymi standardami należy natomiast uznać brak wymogu przeprowadzenia zabiegu pozbawiającego zdolności płodzenia w postępowaniu w sprawie ustalenia płci,

Rekomendacje

- Nowelizacja ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta³⁷² tak, aby każda dyskryminacja, w tym ze względu na orientację seksualną, uznawana była za naruszenie prawa pacjenta i aby możliwe było dochodzenie zadośćuczynienia na gruncie ustawy o prawach pacjenta.
- Nowelizacja ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³⁷³ tak, aby możliwe było dochodzenie odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku naruszenia zasady równego traktowania w obszarze zdrowia ze względu na orientację seksualną i płeć (a w tym tożsamość płciową).

³⁷² Dz.U. z 2017 r. poz. 1318.

³⁷³ Dz. U. z 2016 r., poz. 1219.

- Ustanowienie zakazu wszelkich praktyk konwersyjnych opartych na założeniu, że osoby LGBT można wyleczyć, zgodnie z uwagami końcowymi Komitetu ds. Osób z Niepełnosprawnościami z 21 października 2018 r.³⁷⁴.
- Uregulowanie sytuacji prawnej osób interplciowych, w tym wprowadzenie zakazu przeprowadzania operacji „normalizujących” płeć bez świadomej zgody, gdy taka interwencja nie jest konieczna ze względu na zagrożenie dla życia i zdrowia.

³⁷⁴ Zob. Uwagi końcowe Komitetu ds. Praw Osób z Niepełnosprawnościami z 21 października 2018 r. po rozpatrzeniu sprawozdania wstępnego Polski z wdrażania Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami, CRPD/C/POL/CO/1, pkt 30-31.

10. Prawo do mieszkania i prawo własności

10.1. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo

Zadaniem państwa jest podjęcie odpowiednich środków, których celem jest zagwarantowanie osobom LGBT bezpieczeństwa w zakresie własności oraz dostępu do przystępnych, nadających się do zamieszkania, dostępnych, odpowiednich pod względem kulturowym oraz bezpiecznych pomieszczeń mieszkalnych, w tym schronisk i innych miejsc noclegowych, dostępnych w nagłych wypadkach³⁷⁵. W konsekwencji, państwo powinno zrobić wszystko, aby zapobiegać sytuacjom odmowy sprzedaży lub wynajmu mieszkania, odmowy udzielenia kredytu na zakup mieszkania czy też nieuznania praw partnera najemcy z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej.

Aby uzasadnić różnicę w traktowaniu opartą na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, należy wskazać bardzo poważne powody³⁷⁶. W takich sytuacjach zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie, by wybrany środek był odpowiedni do realizacji danego celu, ale musi również zostać wykazane, że był on konieczny w danych okolicznościach³⁷⁷. Jeżeli zatem powody przedstawione jako uzasadnienie różnicy w traktowaniu są oparte wyłącznie na orientacji seksualnej skarżącego, oznacza to dyskryminację w świetle Konwencji.

W sprawie Karner przeciwko Austrii, po śmierci partnera, z którym skarżący żył w związku jednopłciowym, próbował on skorzystać z możliwości sukcesji najmu. Austriackie sądy ustalając zakończenie stosunku najmu stwierdziły, że celem ustawy pozwalającej na wstąpienie w stosunek najmu nie była ochrona par tej samej płci, a raczej ochrona tradycyjnej komórki rodzinnej³⁷⁸. Analizując przyczyny uzasadniające różnicę w traktowaniu, Trybunał strasburski wskazał, że rząd nie zaproponował żadnych przekonujących ani poważnych przyczyn uzasadniających wąską interpretację prawa, która uniemożliwiała osobie homoseksualnej wstąpienie w stosunek najmu po śmierci partnera - najemcy, co stanowiło naruszenie art. 14 w związku z art. 8 EKPC³⁷⁹.

Podobnie w sprawie Kozak przeciwko Polsce Trybunał badał, czy władze polskie przedstawiły „obiektywne i uzasadnione usprawiedliwienie” dla kwestionowanego zróżnicowania traktowania wobec prawa partnerów pozostających w związkach tej samej i różnej płci, czyli czy środek ten służył „celowi prawowitemu” i czy została zachowana „rozsądna proporcjonalność pomiędzy zastosowanymi środkami a celem, jaki starano się osiągnąć”. Jak wskazały polskie sądy, również i w tej sprawie głównym celem różnego traktowania było zapewnienie ochrony rodzinie stworzonej na podstawie „związku mężczyzny i kobiety”, zgodnie z artykułem 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W

³⁷⁵ Komentarz Ogólny nr 4 Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych dotyczący art. 11 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, dokument E/1992/23.

³⁷⁶ Wyroki ETPC z: 22.2.1994 Burghatz p. Szwajcarii, § 27; 18.2.1994 r. Karlheinz Schmidt p. Niemcom, § 24; w sprawie Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii, § 29; Smith i Grady p. Zjednoczonemu Królestwu, § 94; Fretté p. Francji, § 34 i 40.

³⁷⁷ Wyrok ETPC w sprawie Kozak p. Polsce, § 92.

³⁷⁸ Wyrok ETPC w sprawie Karner p. Austrii, § 38.

³⁷⁹ Ibidem, § 42-43.

ocenie Trybunału, ochrona rodziny w tradycyjnym sensie stanowi, co do zasady, ważki i legitymizowany powód, który może uzasadnić różnicę traktowania³⁸⁰. Zwrócił jednak uwagę na to, że państwo realizując ten cel ma do dyspozycji cały wachlarz różnorodnych środków. Jednocześnie państwo nie może pozostać ślepe na rozwój społeczeństwa i zmianę sposobu postrzegania kwestii społecznych, statusu cywilnego oraz stosunków międzyludzkich łącznie z faktem, że nie istnieje tylko jeden sposób ani jedna droga wyboru w sferze życia rodzinnego lub prywatnego³⁸¹.

Trybunał stwierdził, że blankietowe wyłączenie osób pozostających w związku jedнопłciowym z możliwości wstępowania w stosunek najmu nie może być uznane za konieczne dla ochrony rodziny postrzeganej w sposób tradycyjny. W związku z powyższym Trybunał również i w tej sprawie stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji z uwagi na niezachowanie przez władze polskie rozsądnego stosunku proporcjonalności pomiędzy celem, jaki chciały osiągnąć, a zastosowanymi środkami³⁸².

Osoby twierdzące, że są ofiarami dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową powinny mieć dostęp do odpowiednich i skutecznych środków prawnych lub zaradczych w zakresie prawa dostępu do mieszkania.

10.2. Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Omawiana wyżej ustawa o równym traktowaniu zakazuje dyskryminacji w dostępie do usług, w tym usług mieszkaniowych, jedynie ze względu na płeć, rasę, narodowość i pochodzenie etniczne. Podobnie jak w przypadku ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w obszarze edukacji i zdrowia, poszkodowani tego rodzaju dyskryminacją są zmuszeni poszukiwać ochrony prawnej w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących ochrony dóbr osobistych. Rzecznikowi nie jest znana ani jedna sprawa, w której osoby poszkodowane dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w obszarze dostępu do usług mieszkaniowych wytoczyły powództwo przeciwko sprawcy dyskryminacji na podstawie Kodeksu cywilnego.

Przykład z orzecznictwa

W kontekście dostępu do mieszkania istotna jest wspomniana już uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., w której Sąd Najwyższy dokonał wykładni art. 691 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, w razie śmierci najemcy lokalu mieszkalnego w stosunek najmu lokalu wstępują: małżonek niebędący współnajemcą lokalu, dzieci najemcy i jego współmałżonka, inne osoby, wobec których najemca był obowiązany do świadczeń alimentacyjnych, oraz osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą. Sąd Najwyższy uznał, że osobą faktycznie pozostającą we wspólnym pożyciu z najemcą – w rozumieniu art. 691 § 1 k.c. – jest osoba połączona z najemcą więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą; także osoba tej samej płci³⁸³.

³⁸⁰ Wyrok ETPC w sprawie Kozak p. Polsce, § 98.

³⁸¹ Ibidem.

³⁸² Ibidem, § 99.

³⁸³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2012 r., III CZP 65/12, OSNC 2013/5/57.

Zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w dostępie do prawa własności był przedmiotem wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Przykład z orzecznictwa

Obywatel Chile, który zawarł związek partnerski z obywatelem polskim w Wielkiej Brytanii wystąpił do Ministra Spraw Wewnętrznych o zezwolenie na nabycie nieruchomości. Minister odmówił udzielenia zezwolenia oceniając, że wskazane przez cudzoziemca okoliczności nie stanowią potwierdzenia istnienia związków z Polską w rozumieniu art. 1a ust. 1 ustawy 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców³⁸⁴. Naczelny Sąd Administracyjny³⁸⁵ uchylił wyrok Sądu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie stwierdzając, że związki partnerskie osób tej samej płci zawarte za granicą, podobnie jak związki małżeńskie, także mogą być okolicznością potwierdzającą istnienie więzi z Polską, która pozwalałaby na wydanie zgody na nabycie nieruchomości w strefie nadgranicznej przez cudzoziemca. Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że katalog okoliczności, które mogą potwierdzić istnienie związków z Polską jest otwarty, a ten fakt może potwierdzać nie tylko małżeństwo, ale także związek o charakterze nieformalnym, w tym hetero- i homoseksualny.

Naczelny Sąd Administracyjny podkreślił, że skoro jedynym prawnie uregulowanym związkiem dwojga osób jest małżeństwo, będące zgodnie z art. 18 Konstytucji związkiem kobiety i mężczyzny, sytuacja małżonków nie jest porównywalna z sytuacją osób pozostających we wspólnym pożyciu bez względu na orientację seksualną partnerów. Naczelny Sąd Administracyjny nie dopatrywał się przy tym dyskryminacji pośredniej ze względu na orientację seksualną, choć stwierdził, że odmienne traktowanie osób tej samej płci będących w związku partnerskim nie wynika z tego, jakiej są orientacji seksualnej, ale ze statusu prawnego, jaki ich związek posiada, przy czym państwo jest uprawnione do kształtowania tego statusu odmiennie od pozycji małżeństw.

10.3. Wnioski i rekomendacje

Orzecznictwo międzynarodowe dotyczące realizacji prawa do mieszkania wobec osób LGBT wskazuje, że różne traktowanie w tym obszarze musi być nie tylko uzasadnione bardzo ważnymi powodami, ale konieczne w danych okolicznościach. Z tego względu, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że w sprawie Kozak przeciwko Polsce, państwo naruszyło Konwencję ograniczając możliwość wstąpienia w stosunek najmu po zmarłym partnerze lub partnerce tylko do par różnopłciowych. Za realizującą międzynarodowe standardy należy więc uznać uchwałę Sądu Najwyższego w sprawie wykładni art. 691 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, w razie śmierci najemcy lokalu mieszkalnego w stosunek najmu lokalu wstępuje m.in. osoba, która pozostawała we wspólnym pożyciu z najemcą – według Sądu Najwyższego, także partnerka lub partner tej samej płci.

³⁸⁴ Dz. U. z 2017 r. poz. 2278.

³⁸⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 września 2016 r., sygn. akt II OSK 2982/14, LEX nr 2167531.

Standardy międzynarodowe zobowiązują też państwo do ochrony osób LGBT przed dyskryminacją w dostępie do usług mieszkaniowych. Niestety, ustawa o równym traktowaniu nie zapewnia ochrony przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną w tym obszarze. Odszkodowania na jej podstawie mogą jednak żądać osoby transpłciowe – ustawa zakazuje bowiem nierównego traktowania w dostępie do usług, w tym usług mieszkaniowych, ze względu na płeć.

Rzecznikowi nie jest znana ani jedna sprawa, w której osoby poszkodowane dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w obszarze dostępu do usług mieszkaniowych wytoczyły powództwo przeciwko sprawcy dyskryminacji na podstawie Kodeksu cywilnego.

Rekomendacje:

- Nowelizacja ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania ³⁸⁶ tak, aby możliwe było dochodzenie odszkodowania i zadośćuczynienia w przypadku naruszenia zasady równego traktowania w obszarze dostępu do usług ze względu na orientację seksualną.

³⁸⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 1219.

11. Prawo do ubiegania się o azyl

11.1. Przepisy prawa międzynarodowego i orzecznictwo

W ocenie Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, osoby homoseksualne, które odczuwają uzasadnioną obawę przed prześladowaniem, będącym konsekwencją ich orientacji seksualnej, są uchodźcami zgodnie z artykułem 1 lit. a pkt. 2. Konwencji dotyczącej statusu uchodźców³⁸⁷, jako członkowie „grupy społecznej”, i w konsekwencji należy przyznać im status uchodźcy³⁸⁸.

Zgodnie z zaleceniem nr Rec (2004) 9 Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 30 czerwca 2004 r. dotyczącym pojęcia „przynależności do określonej grupy społecznej”³⁸⁹ w związku z Konwencją o statusie uchodźcy, państwo powinno uznać, że uzasadniona obawa przed prześladowaniem z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej może stanowić wystarczający powód przyznania statusu uchodźcy oraz azylu zgodnie z prawem krajowym.

W zakresie procedury rozpatrywania wniosków azylowych, zadaniem państwa jest organizowanie szkoleń dla personelu odpowiedzialnego za rozpatrywanie wniosków, dotyczących konkretnych problemów napotykanych przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe ubiegających się o przyznanie statusu uchodźcy lub o azyl. Nie należy odrzucać wniosku o azyl tylko z tego powodu, że wnioskodawca może uniknąć prześladowania w kraju pochodzenia, jeżeli zachowa w tajemnicy swą orientację seksualną lub tożsamość płciową³⁹⁰.

Państwo ma oczywiście prawo kontrolowania wjazdu, pobytu i wydalania cudzoziemców. Jednocześnie prawo do azylu nie jest chronione ani Europejską Konwencją Praw Człowieka ani żadnym z jej protokołów. Mimo to, wydalenie cudzoziemca z państwa może stanowić naruszenie art. 3 EKPC i dlatego wiąże się z odpowiedzialnością państwa zgodnie z Konwencją, jeżeli ukazano materialne podstawy pozwalające przypuszczać, że dana osoba w razie wydalenia będzie narażona na ryzyko poddania torturom, nieludzkiego lub poniżającego traktowaniu lub karaniu w państwie przyjmującym. W tych okolicznościach art. 3 EKPC zawiera obowiązek niewydalania danej osoby do takiego państwa³⁹¹.

³⁸⁷ Sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. - Dz.U. 1991 Nr 119 poz.515.

³⁸⁸ Przepis ten brzmi: w rozumieniu niniejszej Konwencji termin „uchodźca” stosuje się do osoby, która: w rezultacie zdarzeń, jakie nastąpiły przed dniem 1 stycznia 1951 r., oraz na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa.

³⁸⁹ Dostępne na stronie: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dc829 (dostęp: 8/10/2018 r.).

³⁹⁰ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 33.

³⁹¹ Wyroki ETPC: z 15.11.1996 r. Chahal p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 22414/93, § 73-74; z 28.2.2008 r. Saadi p. Włochom (Wielka Izba), skarga nr 37201/06, § 124-125.

Ustalenie, czy istnieją podstawy uzasadniające przypuszczenie, że istnieje nieuniknione ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 EKPC, wymaga uprzedniego zbadania warunków w kraju przyjmującym³⁹². Złe traktowanie w rozumieniu art. 3 EKPC musi wiązać się z pewnym minimalnym stopniem dolegliwości, którego ocena zależy od wszystkich okoliczności sprawy³⁹³. Należy wykazać, że zagrożenie jest rzeczywiste, a władze kraju przyjmującego nie są w stanie wyeliminować tego ryzyka poprzez zapewnienie odpowiedniej ochrony³⁹⁴.

Mając na względzie fakt, że art. 3 EKPC chroni podstawowe wartości w demokratycznym społeczeństwie, wyrażając absolutny zakaz tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania lub karania, szczególnie ostrożnie należy badać skargi jednostek podnoszące, że ich deportacja może narazić ich na traktowanie sprzeczne z art. 3 EKPC³⁹⁵. Trybunał jednocześnie nie wykluczył, że analogicznie można postrzegać zastosowanie art. 2 EKPC w sytuacji, gdy wydalenie cudzoziemca naraża jego życie na niebezpieczeństwo z uwagi na wymierzenie kary śmierci lub z innych powodów³⁹⁶.

Trybunał rozpoznawał również sprawy osób, które zarzucały, że wydalenie do Iranu może narazić je na traktowanie sprzeczne z art. 3 EKPC z uwagi na ich homoseksualność. W tym przypadku Trybunał bada, czy dostępne i wiarygodne materiały przedstawione mu przez skarżącego lub organizacje międzynarodowe, a nawet międzynarodowe organizacje pozarządowe wskazują, że w kraju przyjmującym dochodzi do skazywania dorosłych osób z powodu ich seksualnej aktywności z partnerami tej samej płci, pomimo obopólnej zgody i w sferze prywatnej. Bada wówczas, czy w danym kraju doszło do skazania tylko na podstawie tego typu aktywności³⁹⁷.

Z uwagi na szczególną sytuację osób poszukujących schronienia bardzo często konieczne jest udzielenie im kredytu zaufania w zakresie oceny wiarygodności ich zeznań i dostarczonych dokumentów. Mimo to, jeżeli zaprezentowana informacja daje silne podstawy do kwestionowania prawdziwości twierdzeń takiej osoby, jednostka musi wówczas wskazać dostateczne wyjaśnienie ujawnionych rozbieżności³⁹⁸.

Państwo musi unikać deportacji osób poszukujących azylu do państwa (gdziekolwiek na świecie), gdzie mogłyby być zabite czy prześladowane³⁹⁹. Trybunał strasburski rozszerzył tę zasadę na deportację gejów czy osób biseksualnych do Iranu czy Iraku⁴⁰⁰. Wydalenie cudzoziemca może się bowiem wiązać

³⁹² Wyrok ETPC z 4.2.2005 r. Mamatkulov i Askarov p. Turcji (Wielka Izba), skargi nr 46827/99 oraz 46951/99, § 67.

³⁹³ Wyrok ETPC z 6.3.2001 r. Hilal p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 45276/99, § 60.

³⁹⁴ Wyrok ETPC z 29.4.1997 r. , H.L.R. p. Francji, skarga nr 24573/94, § 40.

³⁹⁵ Wyrok ETPC z 11.7.2000 r. Jabari p. Turcji, skarga nr 40035/98, § 39.

³⁹⁶ Wyrok ETPC z 19.2.1998 r. Bahaddar p. Holandii, skarga nr 25894/94, opinia Komisji - § 75-78; decyzje ETPC: z 11.5.1999 r. Sinnarajah p. Szwajcarii, skarga nr 45187/99; z 11.3.2003 r. Razaghi p. Szwecji, skarga nr 64599/01.

³⁹⁷ Decyzje ETPC: z 9.12.2004 r. I.I.N. p. Holandii (decyzja o dopuszczalności), skarga nr 2035/04; z 22.6.2004 r. F. p. Zjednoczonemu Królestwu (decyzja o dopuszczalności), skarga nr 17341/03; wyrok ETPC z 17.7.2008 r. NA. p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 25904/07, § 119.

³⁹⁸ Decyzje ETPC: z 8.3.2007 r. Collins i Akaziebie p. Szwecji, skarga nr 23944/05; z 27.3.2008 r. Hakizimana p. Szwecji, skarga nr 37913/05.

³⁹⁹ Wyroki ETPC: z 7.7.1989 r. Soering p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 14038/88, § 111; z 15.11.1996 r. Chahal p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 22414/93, § 95-107.

⁴⁰⁰ Decyzja ETPC z 22.6.2004 r. F. p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 17341/03.

z ryzykiem tortur czy złego traktowania (art. 3 Konwencji) i w ten sposób angażować odpowiedzialność państwa pod Konwencją, gdzie wskazano, że dana osoba w razie deportacji narazi się na niebezpieczeństwo poddania torturom czy też nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu czy karaniu w państwie przyjmującym. W tych okolicznościach art. 3 Konwencji nakłada obowiązek niewydalania danej osoby do tego kraju⁴⁰¹. Dodatkowo, Trybunał również nie wyłącza takiej możliwości w sytuacji, gdy powrót do kraju oznaczałby zagrożenie dla życia poprzez nałożenie kary śmierci albo w związku z innymi czynnikami⁴⁰².

Trybunał zauważył, że przykładowo w Iranie istnieje w praktyce pewna tolerancja władz w odniesieniu do znanych miejsc spotkań osób homoseksualnych w Teheranie. Sam fakt istnienia możliwości skazania za aktywność seksualną z partnerami tej samej płci nie wystarczy do wykazania, że skarżący znajduje się w realnym zagrożeniu znalezienia się w zainteresowaniu władz z tego powodu. Konieczne jest istnienie w praktyce przykładów takich skazań⁴⁰³.

W jednej ze spraw Trybunał wskazał, że sam fakt zatrzymania za całowanie się z mężczyzną na ulicy przez skarżącego oraz istnienia teoretycznie drakońskich kar za stosunki homoseksualne bez wskazania, że skutkowało to postępowaniem karnym przeciwko niemu nie wystarczy do przyjęcia realnego zagrożenia bycia poddanym traktowaniu sprzecznemu z art. 3 Konwencji z uwagi na homoseksualność⁴⁰⁴.

W kilku sprawach samo złożenie skargi do ETPC skutkowało udzieleniem ochrony skarżącym, co skutkowało skreśleniem skargi z listy spraw. Chodziło o sytuację ryzyka deportacji osób homoseksualnych do Libii⁴⁰⁵, Iraku⁴⁰⁶ i Kamerunu⁴⁰⁷. Za nieuzasadnione sąd uznał twierdzenia o rzekomym ryzyku złego traktowania osób homoseksualnych w Senegalu⁴⁰⁸ czy Sierra Leone⁴⁰⁹.

Zgodnie z art. 33 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców żadne umawiające się państwo nie wydali lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne. Wyjątkiem jest sytuacja uchodźcy, co do którego istnieją podstawy, aby uznać go za groźnego dla bezpieczeństwa państwa, w którym się on znajduje, lub który będąc skazanym prawomocnym wyrokiem za szczególnie poważne zbrodnie stanowi niebezpieczeństwo dla społeczeństwa tego państwa.

⁴⁰¹ Wyrok ETPC w sprawie Chahal..., § 73-74.

⁴⁰² Decyzje ETPC z 11.5.1999 r. Sinnarajah p. Szwajcarii, skarga nr 45187/99; z 11.3.2003 r. Razaghi p. Szwecji, skarga nr 64599/01.

⁴⁰³ Decyzje ETPC w sprawach: I.I.N. p. Holandii oraz F. p. Zjednoczonemu Królestwu.

⁴⁰⁴ Ibidem.

⁴⁰⁵ Wyrok ETPC z 8.12.2015 r. M.E. p. Szwecji (Wielka Izba), skarga nr 71398/12,.

⁴⁰⁶ Decyzja ETPC z 22.9.2015 r. A.E. p. Finlandii, skarga nr 30953/11.

⁴⁰⁷ Decyzja ETPC z 13.12.2016 r. M.B. p. Hiszpanii, skarga nr 15109/15.

⁴⁰⁸ Decyzja ETPC z 19.4.2016 r. A.N. p. Francji, skarga nr 12956/15.

⁴⁰⁹ Decyzja ETPC z 19.12.2017 r. I.K. p. Szwajcarii, skarga nr 21417/17.

Państwo ma pozytywny obowiązek ochrony wszystkich osób pozbawionych wolności, zwłaszcza zaś tych, które są w sposób szczególnie narażone na nadużycia. W takiej sytuacji obowiązkiem państwa jest podjęcie niezbędnych środków w celu ochrony osób LGBT ubiegających się o status uchodźcy lub o azyl, przed zastraszaniem, poniżaniem, napaścią na tle seksualnym, gwałtami i innymi formami molestowania i zapewnić skuteczne środki zaradcze w przypadku wystąpienia takich nadużyć⁴¹⁰.

Zadaniem państwa jest również zagwarantowanie osobom LGBT ubiegającym się o status uchodźcy lub o azyl odpowiedniej pomocy i informacji na temat ich praw, w szczególności w odniesieniu do ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, w języku, który rozumieją. Pracownicy administracyjnych ośrodków dla cudzoziemców, policji, personelu medycznego i organizacji społecznych, które mają dostęp do takich miejsc, powinni otrzymać odpowiednie szkolenie i informację na temat kwestii dotyczących orientacji seksualnej i tożsamości płciowej⁴¹¹.

W wyroku X, Y i Z⁴¹² TSUE wskazał, że dyrektywę Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. 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 należy interpretować w ten sposób, że istnienie przepisów karnych, które dotyczą specyficznie osób o orientacji homoseksualnej, pozwala na przyjęcie, iż osoby te należy uznać za tworzące określoną grupę społeczną. Jednocześnie dyrektywę 2004/83 należy interpretować w ten sposób, że sama penalizacja zachowań seksualnych nie stanowi jako taka aktu prześladowania. Natomiast karę pozbawienia wolności, która grozi za popełnienie czynu homoseksualnego i jest faktycznie stosowana w państwie pochodzenia, które przyjęło tego rodzaju uregulowanie, należy uznać za nieproporcjonalną lub dyskryminującą, a w rezultacie za stanowiącą akt prześladowania. TSUE podkreślił, że wyłącznie te zachowania homoseksualne, które są uznawane za przestępcze zgodnie z prawem krajowym państw członkowskich, są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy. Rozpatrując wniosek o nadanie statusu uchodźcy, właściwe organy nie mogą zasadnie oczekiwać, że w celu uniknięcia ryzyka prześladowań osoba ubiegająca się o azyl będzie ukrywała swój homoseksualizm w państwie swojego pochodzenia lub będzie zachowywać powściągliwość w wyrażaniu swojej orientacji seksualnej.

Unijny standard poszanowania życia prywatnego i rodzinnego obywateli państw trzecich na potrzeby postępowań w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej został nakreślony w orzecznictwie TSUE. W wyroku A, B i C⁴¹³ Trybunał stwierdził, że w ramach badania przez właściwe organy krajowe faktów i okoliczności dotyczących podnoszonej orientacji seksualnej osoby ubiegającej się o azyl, której wniosek motywowany jest obawą przed prześladowaniem ze względu na tę orientację, oświadczenia wnioskodawcy, jak również dokumentacja i inny materiał dowodowy przedstawione na poparcie tego wniosku nie mogą być przedmiotem oceny przeprowadzanej przez te organy w drodze przesłuchań opartych wyłącznie na stereotypowych pojęciach dotyczących zachowań osób

⁴¹⁰ Memorandum wyjaśniające do projektu zalecenia KM 2010(5)..., s. 34.

⁴¹¹ Ibidem.

⁴¹² Wyrok TSUE z 7.11.2013 r., X, Y i X p. Minister voor Immigratie en Asiel, C-199/12, C-200/12 i C-201/12.

⁴¹³ Wyrok TSUE z 2.12.2014 r. A, B i C p. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-148/13. C-149/13 i C-150/13.

homoseksualnych. Ponadto, artykuł 4 Dyrektywy 2004/83, czytany w świetle przepisów Karty Praw Podstawowych UE, stoi na przeszkodzie temu, by w ramach tego badania właściwe organy krajowe przeprowadzały szczegółowe przesłuchania na okoliczność praktyk seksualnych osoby ubiegającej się o azyl, uwzględniały dowody takie jak dokonanie przez daną osobę ubiegającą się o azyl czynności homoseksualnych, poddanie się przez nią testom mającym wykazać jej homoseksualność lub przedstawienie przez nią zapisów wideo takich czynności. Brak wiarygodności danej osoby ubiegającej się o azyl nie może zostać stwierdzony z tego jedynie powodu, że wskazywana orientacja seksualna tego wnioskodawcy nie została podniesiona przy pierwszej okazji, gdy mógł on przedstawić powody prześladowania.

W późniejszym orzecznictwie⁴¹⁴ TSUE wskazał, że wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej uzasadniane obawą przed prześladowaniami na tle orientacji seksualnej, podlegają ocenie ze strony organów krajowych, tak jak i inne wnioski. Dyrektywa 2011/95 nie zawiera zamkniętego katalogu środków, za pomocą których można weryfikować oświadczenia osób ubiegających się o azyl. Nie można tym samym wykluczyć dopuszczenia dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia, czy wnioskodawca rzeczywiście potrzebuje ochrony międzynarodowej. Mimo to, regulacje krajowe dotyczące sposobu sporządzania takich opinii nie mogą naruszać prawa unijnego, w szczególności dotyczących praw podstawowych takich jak prawo do poszanowania godności oraz ochrony prywatności. Co istotne, organy rozstrzygające o udzieleniu ochrony międzynarodowej nie mogą opierać swoich decyzji wyłącznie na ustaleniach biegłych. Opinia biegłych nie może być bezwzględnie wiążąca, a jedynie uzupełniać zebrany materiał dowodowy.

Zdaniem TSUE, nawet jeśli badania psychologiczne są sporządzane za zgodą wnioskodawców, to i tak dochodzi do ingerencji w ich prawo do prywatności. Zgoda nie jest bowiem wyrażana w sposób w pełni swobodny, skoro ewentualna odmowa mogłaby prowadzić do negatywnego rozpatrzenia wniosku przez organy. Dokonując oceny dopuszczalności tego rodzaju badań należy przeprowadzić test proporcjonalności, biorąc pod uwagę zwłaszcza, czy badanie jest przeprowadzane w oparciu o wiarygodne naukowo metody. TSUE stwierdził jednocześnie, że zakres takich opinii jest nieproporcjonalny do celów, jakim mają one służyć - testy psychologiczne dotyczą bowiem intymnych aspektów życia wnioskodawcy. Nikt nie może zostać zmuszony do poddania się jakiegokolwiek formie badania psychologicznego ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową, tym bardziej w celu weryfikacji wiarygodności swoich oświadczeń. Wystarczy samo przesłuchanie wnioskodawcy, a jeżeli jego oświadczenia są spójne i wiarygodne, to nie jest konieczne ich potwierdzenie przez biegłych. Należy wziąć pod uwagę również to, że opinia psychologiczna daje jedynie przybliżony obraz orientacji seksualnej i pełni ograniczoną rolę jeśli chodzi o weryfikowanie wiarygodnych i spójnych oświadczeń wnioskodawców. W ocenie TSUE dyrektywa 2011/95 stoi na przeszkodzie możliwości sporządzenia i wykorzystania dla potrzeb ustalenia rzeczywistej orientacji seksualnej osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej opinii biegłego psychologa, która w oparciu o projekcyjne testy osobowości ma dawać obraz orientacji seksualnej takiej osoby.

⁴¹⁴ Wyrok TSUE z 25.1.2018 r. F p. *Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16.

11.2. Przepisy prawa krajowego i orzecznictwo

Status uchodźcy, zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁴¹⁵, nadaje się cudzoziemcowi, jeżeli na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem w kraju pochodzenia z powodu, m.in., przynależności do określonej grupy społecznej, nie może lub nie chce korzystać z ochrony tego kraju. Osoby homoseksualne stanowią grupę społeczną, o której mowa w art. 13 ust. 1 ustawy, zgodnie z art. 10 ust. 1 pkt d) dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych standardów dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub osób, które, z innych powodów, potrzebują ochrony międzynarodowej, oraz zakresu przyznanej ochrony. W rozumieniu art. 13 ust. 1 ustawy, faktyczne pozbawienie wolności za zachowania homoseksualne jest prześladowaniem względem określonej grupy społecznej.

Szef Urzędu ds. Cudzoziemców deklaruje, że wpływają pojedyncze wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej ze względu na prześladowania z powodu orientacji seksualnej. Rzecznikowi znane są dwa przypadki⁴¹⁶ nadania statusu uchodźcy w związku z prześladowaniami wobec osób homoseksualnych. Status uchodźcy nadano obywatelowi Maroka, w którym penalizowano współżycie między dwoma mężczyznami, oraz obywatelowi Ugandy. Rzecznikowi znany jest także jeden przypadek nadania statusu uchodźcy transpłciowej kobiecie na tej podstawie, że jest prześladowana ze względu na tożsamość płciową w kraju pochodzenia (Białoruś).

W związku z tym, że od lat najlicniejszą grupą cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową w Polsce, są obywatele Federacji Rosyjskiej deklarujący narodowość czeczeńską, Rzecznik zwrócił się do Komendanta Straży Granicznej o przekazanie funkcjonariuszom Straży Granicznej informacji o trwających od 2017 roku zatrzymaniach homoseksualnych mężczyzn oraz o uwrażliwienie na szczególne potrzeby cudzoziemców ubiegających się o udzielenie ochrony na podstawie prześladowań związanych z ich homoseksualną orientacją i zapewnienie im poufności i poczucia bezpieczeństwa⁴¹⁷. Uzyskana odpowiedź Komendanta Straży Granicznej wskazująca, że kwestia postępowań w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej pozostaje w całości w zakresie kompetencji Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców, może rodzić obawy co do tego, czy funkcjonariusze Straży Granicznej, którzy przeprowadzają pierwszą rozmowę z cudzoziemcami dążącymi do złożenia wniosku o ochronę, zostali odpowiednio poinstruowani i uwrażliwieni zgodnie z rekomendacjami Rzecznika.

W celu podjęcia dokładniejszej analizy prowadzonych w Polsce postępowań wszczętych na podstawie wniosków o ochronę międzynarodową motywowanych obawą cudzoziemca przed prześladowaniem w państwie pochodzenia z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, Rzecznik zwrócił się

⁴¹⁵ Dz. U. z 2018 r. poz. 1109.

⁴¹⁶ <https://kph.org.pl/polska-nadaje-status-uchodzczy-marokanczykowi-przesladowanemu-z-powodu-homoseksualnej-orientacji/> (dostęp: 04.04.2019)

⁴¹⁷ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Komendanta Straży Granicznej z dnia 18 kwietnia 2017 r. XI.543.19.2017.

też do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców o udzielenie szczegółowych informacji na temat tych postępowań⁴¹⁸. Rzecznik nie uzyskał jednak satysfakcjonującej odpowiedzi odnoszącej się do meritum sprawy.

11.3. Wnioski i rekomendacje

Przynależność do grupy społecznej osób LGBT w sytuacji, w której spełnione są też inne przesłanki niezbędne do uzyskania statusu uchodźcy, może być w Polsce podstawą przyznania tego statusu. Wynika to zarówno z ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP, jak i z przepisów wiążącego Polskę prawa międzynarodowego.

Z informacji dostępnych Rzecznikowi Praw Obywatelskich wynika, że do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców wpływają jedynie pojedyncze wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej ze względu na prześladowania z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Rzecznikowi znane są też tylko dwa przypadki nadania statusu uchodźcy w związku z prześladowaniami wobec osób homoseksualnych i jeden przypadek – w związku z prześladowaniami wobec transpłciowej kobiety.

Ze względu na tak niewielką liczbę postępowań w sprawach o nadanie statusu uchodźcy osobom LGBT, nie sposób na ich podstawie ocenić, czy międzynarodowe standardy dotyczące sposobu prowadzenia takich postępowań są obecnie w Polsce realizowane. Analiza tego problemu będzie więc kontynuowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich.

Korespondencja prowadzona przez Rzecznika Praw Obywatelskich z Komendantem Straży Granicznej oraz Szefem Urzędu ds. Cudzoziemców w przedmiocie osób LGBT starających się w Polsce o ochronę międzynarodową może jednak rodzić pewne obawy, czy szczególna sytuacja tych osób jest wystarczająco uwzględniona w działaniach wskazanych podmiotów.

Rekomendacje:

- Zapewnienie gwarancji realizacji prawa do wnioskowania o ochronę międzynarodową przez osoby prześladowane ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową, poprzez odpowiednie szkolenia funkcjonariuszy Straży Granicznej.

⁴¹⁸ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Szefa Urzędu ds. Cudzoziemców z dnia 8 czerwca 2018 r., XI.543.19.2017.

Raport w wersji internetowej dostępny pod adresem:

