

ŁUKASZ MIROCHA*

**PRYWATNA DYSKRYMINACJA
ZE WZGLĘDU NA ORIENTACJĘ SEKSUALNĄ
W RELACJACH CYWILNOPRAWNYCH.
PERSPEKTYWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
PRAW CZŁOWIEKA**

W odniesieniu do praw człowieka w klasycznym ujęciu prawdziwe są dwa twierdzenia. Po pierwsze, prawa człowieka dotyczą relacji między jednostką a władzą państwową (relacji wertykalnych). Po drugie, mają one na celu zapobieganie nieuprawnionym ingerencjom władzy państwowej w życie jednostki – są sformułowane negatywnie, jako zakazy¹.

Zakończona prawomocnym już wyrokiem Sądu Rejonowego w Łodzi sprawa pracownika prywatnego przedsiębiorcy, który ze względu na przekonania odmówił druku materiałów reklamowych dla fundacji promującej prawa członków społeczności LGBT, zdaje się stać w sprzeczności z zarysowanymi wyżej założeniami klasycznej koncepcji praw człowieka. W sprawie tej obwiniony odwoływał się do wolności sumienia i religii², swobody działalności gospodarczej oraz swobody umów, zaś oskarżenie kładło nacisk na naruszenie przez niego zakazu dyskryminacji z uwagi na orientację seksualną³. Do konfliktu praw człowieka doszło w relacji horyzontalnej, poziomej – między podmiotami ewentualnego stosunku cywilnoprawnego.

* Doktor nauk prawnych.

¹ Por. C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 258; I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1(17), s. 57.

² W kwestiach terminologicznych por. W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013, s. 38–57.

³ *Drukarz odmówił fundacji LGBT wydrukowania plakatów. Jest wyrok łódzkiego sądu*; na stronie internetowej: <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,21574886,drukarz-odmowil-fundacji-lgbt-wydrukowania-plakatow-jest-wyrok.html> (dostęp: 6.04.17 r.).

Praktyka orzecznicza pokazuje, że coraz częściej konflikt między wolnością sumienia i religii a zakazem dyskryminacji będzie rozstrzygany na rzecz tego drugiego również w relacjach poziomych⁴. Uznając to za wyraz pewnej tendencji, w artykule staram się naświetlić problem prywatnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w relacjach cywilnoprawnych z perspektywy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: Trybunał bądź ETPCz).

Przed przejściem do zasadniczej części rozważań warto poczynić kilka uwag metodologicznych.

W tytule pracy posługuję się dwoma kryteriami. „Prywatność” dyskryminacji odnosi się do podmiotu, od którego będzie ona pochodziła, określenie to wyklucza dyskryminację ze strony władz publicznych. Odróżnienie dyskryminacji prywatnej od nieprywatnej może być trudne, co pokazują kazusy przywołane w III części pracy. Jaśniejsze jest kryterium gałęzi prawa – interesuje mnie dyskryminacja w relacjach cywilnoprawnych, chociaż odwołuję się także do orzeczeń wykraczających poza tę dziedzinę (np. spraw pracowniczych), które można potraktować jako swego rodzaju *genus proximum*⁵. Kryteria te mogą pozostawać ze sobą w różnych relacjach, z perspektywy tematu najbardziej interesujące będą orzeczenia ETPCz, które będą spełniać obydwa te kryteria pozostające w relacji krzyżowania.

Nie wszystkie orzeczenia, do których się odwołuję, zostały rozstrzygnięte na podstawie art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja lub EKPCz) bądź art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji, czyli przepisy zakazujące dyskryminacji. Sprawy dotyczące nieuzasadnionego, odmiennego traktowania⁶ ze względu na orientację seksualną rozstrzygane były przez Trybunał również na podstawie innych przepisów, zwłaszcza art. 8 Konwencji.

⁴ Por. D. McGoldrick, *The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law*, „Human Rights Law Review” 2016, vol. 16, no. 4, s. 638, zwłaszcza przypis 198, gdzie autor przywołuje sprawę odmowy wykonania przez piekarnię tortu weselnego dla homoseksualnej pary.

⁵ Kwestia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zatrudnieniu była przedmiotem wielu orzeczeń ETPCz (por. F. Edel, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Strasbourg 2015, s. 59–63), jest względnie niekontrowersyjna, o czym świadczą chociażby zapisy art. 18^{3a} § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy. Zasadniczą różnicą między relacjami pracodawca – pracownik a podmiotami stosunków *stricte* cywilnoprawnych jest występowanie w tych pierwszych podporządkowania, co podważa równość stron właściwą dla relacji cywilnych.

⁶ Na temat trudności w definiowaniu dyskryminacji: W. Burek, W. Klaus, *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego” 2013, vol. XI, s. 72–90.

W tekście posługuję się sformułowaniem „homoseksualizm”, mimo że jednym z postulatów środowisk LGBT jest rezygnacja z niego jako redukcjonistycznego i niestosownego. Sformułowanie to jest jednak powszechnie używane w orzecznictwie ETPCz, posługują się nim dokumenty Rady Europy⁷.

1. Europejski Trybunał Praw Człowieka a homoseksualizm. Krótki przegląd orzecznictwa

W nauce wątpliwości budziło pierwotnie, czy homoseksualizm objęty jest zakazem dyskryminacji wynikającym z przepisów prawa nieuznających orientacji seksualnej wprost za zakazaną przyczynę odmiennego traktowania. Po przyjęciu, że regulacje prawne obejmują swym zakresem dyskryminację osób homoseksualnych, pojawiały się kontrowersje, czy wynika to z podpadania tej cechy pod zakaz dyskryminacji ze względu na płeć, czy przesłankę „innych przyczyn”⁸.

Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że orientacja seksualna mieści się w pojęciu „jakichkolwiek innych przyczyn” obecnym w art. 14 Konwencji i czyniącym katalog zakazanych przyczyn odmiennego traktowania otwartym⁹. Mimo to, w latach 1955–1980 wszystkie skargi dotyczące ochrony osób homoseksualnych ze względu na orientację seksualną były oddalane, gdyż Trybunał i Europejska Komisja Praw Człowieka (dalej: Komisja) uznawały, że ograniczenia praw z uwagi na orientację seksualną są dopuszczalne ze względu na ochronę zdrowia i moralności¹⁰. Przełom stanowiło orzeczenie w sprawie Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu z 22 paździer-

⁷ F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 7–8; słowo „homoseksualizm” ma względnie krótką historię – pojawiło się po raz pierwszy ok. 160 lat temu (por. M. Stanulewicz, *Zboczenie a może prawidłowość? Kilka uwag o postrzeganiu homoseksualizmu w historii Europy*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. III, 2006, s. 391). Ogólną filozoficzną podstawę roszczeń środowisk homoseksualnych stanowi polityka uznania (por. M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010, s. 206 i n.), podstawę roszczeń na płaszczyźnie językowej stanowi ideologia politycznej poprawności, uznająca, że język może być wyrazem opresji, „może skrywać dyskryminację i nietolerancję” (por. A. Szahaj, M.N. Jakubowski, *Filozofia polityki*, Warszawa 2006, s. 175).

⁸ D. McGoldrick, *The Development and Status...*, s. 617.

⁹ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010, s. 776; M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 741.

¹⁰ J. Czepek, *Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenia w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011, s. 134; F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 45.

nika 1981 r. (skarga nr 7525/76). Dotyczyło ono penalizacji dobrowolnych stosunków homoseksualnych między dorosłymi mężczyznami w Irlandii Północnej. W orzeczeniu tym stwierdzono naruszenie art. 8 Konwencji (prawo do prywatności), co otworzyło drogę do rozwoju gwarancji praw osób homoseksualnych. Trybunał utrwalił swoje zapatrywanie na tej płaszczyźnie, stwierdzając wielokrotnie, że penalizacja stosunków homoseksualnych między dorosłymi narusza EKPCz (Norris p. Irlandii z 26 października 1988 r., skarga nr 10581/83, Modinos p. Cypr z 22 kwietnia 1993 r., skarga nr 15070/89).

W kolejnych wyrokach ETPCz uznał, że różnicowanie regulacji prawnej odnośnie do stosunków seksualnych między osobami dorosłymi a wyrażającymi zgodę młodocianymi jedynie ze względu na jedнопłciowy charakter tych relacji stanowi naruszenie art. 8 w zw. z art. 14 Konwencji. Naruszeniem jest również to, że penalizacji podlegały wyłącznie stosunki między mężczyznami (L. i V. p. Austrii z 9 stycznia 2003 r., skarga nr 39392/98 i 39829/98 oraz S.L. p. Austrii z 9 stycznia 2003 r., skarga nr 45330/99)¹¹.

Przytoczona linia orzecznicza nie oznacza, że Trybunał całkowicie wykluczył możliwość ingerencji władz w sferę relacji seksualnych. W wyrokach przeciwko Zjednoczonemu Królestwu w sprawach A. D. T. (z 31 lipca 2000 r., nr skargi 35765) oraz Laskey, Jaggard and Brown (z 19 lutego 1997 r., nr skarg 21627/93, 21826/93, 21974/93) ETPCz potwierdził możliwość wprowadzenia w pewnych sytuacjach ograniczeń ze względu na zdrowie publiczne i moralność. Jednak tylko w drugiej ze spraw, dotyczącej praktyk sadomasochistycznych, Trybunał uznał trafność zaprezentowanych przez rząd racji (w odniesieniu do przesłanki zdrowia publicznego)¹². W sprawie A. D. T. stwierdzono naruszenie Konwencji polegające na skazaniu skarżącego za filmowanie i udział w grupowych czynnościach homoseksualnych.

Drugim – obok wyroku w sprawie Dudgeon – przełomem w orzecznictwie Trybunału w komentowanym zakresie było wyprowadzenie ochrony gwarantowanej homoseksualistom poza sferę prywatną. Dokonano tego orzeczeniami z dnia 27 września 1999 r. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu ze skarg Smith i Grady oraz Lustig-Prean i Beckett (nr skarg 31417/96, 32377/96)¹³.

¹¹ Por. także orzeczenia ETPCz: B. B. p. Zjednoczonemu Królestwu z 10 lutego 2004 r., skarga nr 53760/00 (odnośnie do różnego minimalnego wieku legalnych stosunków seksualnych w zależności od charakteru tych stosunków); Fernando dos Santos Couto p. Portugalii z 21 września 2010 r., skarga nr 31874/07 (konieczność równego karania za stosunki z młodocianymi, bez względu na charakter stosunków).

¹² Por. M. Balcerzak, *Zakres ochrony życia seksualnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, s. 242 i n.; autor komentuje tam również orzeczenie w sprawie K. A. i A. D. p. Belgii z 17 lutego 2005 r., skargi nr 42758/98 i 45558/99, w którym Trybunał zmodyfikował nieco swoje stanowisko odnośnie do praktyk sadomasochistycznych.

¹³ F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 45.

Dotyczyły one zwolnień ze służby w brytyjskiej armii ze względu na homoseksualizm skarżących. Sprawy te zostały rozstrzygnięte na podstawie art. 8 Konwencji gwarantującego prawo do prywatności. Zwolnienia skarżących poprzedzone były śledztwami wobec nich. Warto podkreślić, że wyroki te były odejściem od obowiązującego dotychczas stanowiska Komisji, która akceptowała zakazy związane z homoseksualizmem w armii¹⁴.

Kolejną istotną zmianę podejścia ETPCz do ochrony praw osób homoseksualnych stanowiło uznanie, że stabilny związek homoseksualny mieści się w pojęciu życia rodzinnego, a nie jedynie życia prywatnego, jak uważano dotychczas¹⁵. Tezę tę pogłębił wyrok Schalk i Kopf p. Austrii z 24 czerwca 2010 r. (skarga nr 30141/04). Skarżący – tworzący parę jedнопłciową – zarzucali, że brak możliwości zawarcia przez nich małżeństwa bądź innego sposobu formalizacji ich związku narusza art. 8 w zw. z art. 14 oraz art. 12 EKPCz. Trybunał, dostrzegając coraz częstsza obecność instytucji związków partnerskich w systemach prawnych państw Rady Europy, uznał, że konstytutywnym elementem dla życia rodzinnego jest stabilność i długotrwałość związku dwójki ludzi niezależnie od ich płci¹⁶. Oznaczało to ostateczne porzucenie koncepcji, w myśl której elementem takim jest prokreacyjna funkcja rodziny¹⁷. Trybunał nie dopatrywał się jednak naruszenia, uznając, że kwestia legalizacji związków par jedнопłciowych mieści się w marginesie uznania władz. Do czasu wydania wyroku w sprawie Oliari p. Włochom (nr skargi 18766/11) ETPCz utrzymywał pogląd, że wprowadzenie bądź nie instytucji związków partnerskich mieści się w sferze marginesu uznania władz. W orzeczeniu z 21 lipca 2015 r. Trybunał uznał, że władze zobowiązane są zapewnić pewną formę prawnego uznania związków jedнопłciowych¹⁸. Podkreślić trzeba, że w razie wprowadzenia komentowanej instytucji winna ona

¹⁴ Por. decyzja Komisji w sprawie B. p. Zjednoczonemu Królestwu z 12 października 1983 r., skarga nr 9237/81.

¹⁵ Na temat filozoficznych podstaw prawa do prywatności por. M. Urbańczyk, *Prawo do prywatności w myśli wybranych filozofów liberalnych*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. IV, 2007, s. 95–103.

¹⁶ Na temat orzeczenia por. J. Czepek, *Dylematy zobowiązań pozytywnych...*, s. 141–146; P. Domagała, *Granice interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk i Kopf przeciwko Austrii (wyrok ETPC z 24.06.2010 r.)*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka...*, s. 147–161.

¹⁷ Już w wyroku z 11 lipca 2002 r. w sprawie transseksualnej Ch. Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu, nr skargi 28957/95, ETPCz zanegował, by potomstwo było konstytutywnym elementem dla rodziny. Na rzecz tezy o prokreacyjnej funkcji rodziny jako elemencie stanowiącym o zaistnieniu rodziny np. M. Łączkowska, *Związki osób tej samej płci w świetle prawa polskiego*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. III, 2006, s. 360; tak również polski Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96.

¹⁸ Por. F. Staiano, *(In)Comparable Situations: Same-Sex Couples' Right to Marriage in European Case Law*, „Federalismi.it” 2017/6, s. 14.

być dostępna również dla par homoseksualnych (wyrok z 7 listopada 2013 r. w sprawie Vallianatos i inni p. Grecji, skarga nr 29381/09, 32684/09), państwo jest także zobowiązane do równego traktowania związków jedнопłciowych i heteroseksualnych¹⁹.

Obok kwestii penalizacji relacji homoseksualnych, problemu dyskryminacji w zatrudnieniu czy legalizacji związków jedнопłciowych przed Trybunałem rozpatrywane były także sprawy związane z uprawnieniami homoseksualistów w zakresie adopcji dzieci i wykonywania praw rodzicielskich, prawa do zgromadzeń, prawa do sądu, ochrony przed przemocą, dziedziczenia po partnerze prawa najmu czy dostępu do usług w sferze cywilnoprawnej. Dwie ostatnie kwestie łączą się bezpośrednio w zasadniczym przedmiocie artykułu, dlatego zostaną omówione szerzej w dalszej jego części. Odnośnie do pozostałych problemów można odesłać czytelnika do literatury i raportów instytucji Rady Europy i Unii Europejskiej²⁰.

Warto wskazać, że duża część skarg, w których zarzuca się naruszenie art. 14 EKPCz, to sprawy związane z orientacją seksualną skarżących – spośród 104 stwierdzonych przypadków dyskryminacji w latach 1998–2008 aż 31 dotyczyło właśnie tej podstawy²¹.

Komentując generalne tendencje występujące w orzecznictwie Trybunału dotyczącym praw osób homoseksualnych, należy zwrócić uwagę na stale w nim obecne zmagania doktryny marginesu uznania oraz wykładni ewolucyjnej, tj. traktującej Konwencję jako „żywy instrument”. W zmaganiach tych częstsze sukcesy odnosi wykładnia ewolucyjna, której podstawą jest – często oderwana od literalnego brzmienia – ocena zapisów Konwencji odwołująca się do zmian społecznych zachodzących wśród państw-stron EKPCz²². Przyjmuje się, że w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć i orientację seksualną sfera marginesu uznania państwa jest co do zasady wąska²³. Wyjątek stanowią kwestie legalizacji małżeństw i związków jedнопłciowych oraz dostępu do adopcji²⁴. Przewidywać można, że i na tych płaszczyznach, w rezultacie ujednocnienia się rozwiązań prawnych wśród państw europejskich i funkcjonowania wykładni ewolucyjnej, margines uznania przyznawany przez ETPCz stronom Konwencji będzie zawężany.

¹⁹ Por. F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 96 i n.

²⁰ F. Edel, *Case law of the European Court...*; O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for the EU non-discrimination directives – an update*, Luxembourg 2011.

²¹ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 760.

²² Por. A. Paprocka, *Budowanie tożsamości europejskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo”, z. 12(826), grudzień 2014, s. 25–27.

²³ M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 750; D. McGoldrick, *The Development and Status...*, s. 635.

²⁴ F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 85 i n.

Trafne jest spostrzeżenie, że margines uznania jest szerszy odnośnie do problemów związanych z pozytywnymi obowiązkami państw, węższy z kolei, gdy chodzi o obowiązek nieingerencji²⁵.

2. Konwencja a horyzontalny efekt praw człowieka

Przedmiotem oceny Trybunału nie są zachowania jednostek, a działania i zaniechania państw-stron Konwencji. Artykuł 1 ust. 2 Protokołu nr 12 do Konwencji wprost oznacza adresata, stwierdzając, że „Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne (...)”²⁶. Trybunał nie ocenia przy tym wyłącznie treści prawa, ale również praktykę jego stosowania – jest także „sądem faktu”. Pojawia się więc pytanie o to, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, interesująca nas kwestia prywatnej dyskryminacji w relacjach cywilnoprawnych może stać się przedmiotem wypowiedzi strasburskich sędziów.

Odpowiedź stanowi odwoływanie się do horyzontalnego oddziaływania praw jednostki. Jest to jeden z najbardziej kontrowersyjnych problemów prawa konstytucyjnego i międzynarodowego prawa praw człowieka. Konstytucje współczesnych państw incydentalnie wyrażają wprost poziome obowiązywanie praw człowieka, uznanie horyzontalnego efektu jest najczęściej zasługą orzecznictwa sądów konstytucyjnych. U podstaw *Drittwirkung* – bo tak określa tę instytucję najbardziej rozwinięta w komentowanym zakresie doktryna niemiecka – stoi spostrzeżenie, że sytuacja jednostki w konfrontacji z wielkimi korporacjami (które mają status podmiotu cywilnoprawnego) nie odbiega znacząco od relacji jednostka – państwo²⁷. W ramach teorii *Drittwirkung* spory budzi, czy horyzontalne oddziaływanie praw człowieka ma polegać na bezpośrednim stosowaniu norm konstytucyjnych, czy aktów dotyczących praw człowieka w relacjach między jednostkami, czy też normy te mają oddziaływać „promieniować” na praktykę stosowania, interpretację przepisów prawa prywatnego (pośredni efekt horyzontalny)²⁸.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie wypracował teorii horyzontalnego oddziaływania praw chronionych Konwencją. Co więcej, jak stwierdził w orzeczeniu z 28 czerwca 2001 r., w sprawie VgT Verein gegen Tierfabriken p. Szwajcarii (skarga nr 24699/94): „The Court does not consider it desirable,

²⁵ A. Paprocka, *Budowanie tożsamości europejskiej...*, s. 22.

²⁶ Zastrzec trzeba, że Protokół ten nie został na chwilę obecną ratyfikowany przez wszystkie państwa-strony Konwencji.

²⁷ I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 57–60.

²⁸ I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 60; B. Skwara, *Poziome obowiązywanie praw człowieka w świetle Konstytucji RP*, „Homines Hominibus” 2009/1(5), s. 49.

let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*". W nauce przyjmuje się, że Konwencja nie przewiduje wprost horyzontalnego efektu swojego obowiązywania. Jej poziome oddziaływanie może ujawnić się wówczas, gdy państwo było zobowiązane do zapobiegnięcia określonemu naruszeniu chronionego prawa i nie dopełniło tego obowiązku. Mówienie o horyzontalnym efekcie w kontekście EKPCz jest więc konsekwencją pozytywnych obowiązków państw-stron²⁹.

Również w zakresie obowiązków pozytywnych Trybunał nie wypracował generalnej teorii³⁰, *ad hoc* rozstrzygając, czy obowiązki takie istniały po stronie państwa, czy nie. Cezary Mik wskazuje nawet, że obowiązki pozytywne „nie zostały wpisane do języka Konwencji”, zaś ich wyprowadzenie jest zasługą Trybunału³¹. Bywa, że trudne jest oddzielenie obowiązków pozytywnych od negatywnych. Warto zauważyć, że od początku funkcjonowania Konwencji sporne było, czy z zakazu dyskryminacji możliwe jest wyprowadzenie obowiązków pozytywnych. Przeciwnicy tego rozwiązania przekonywali, że Konwencja nie posługuje się nakazem równego traktowania – co nakładałoby na państwa-strony obowiązek dążenia do równości – a jedynie zakazem dyskryminacji³². Sprawą, która miała największy wpływ na rozwój obowiązków pozytywnych, była słynna belgijska sprawa językowa (wyrok z 23 lipca 1968 r.)³³.

U podstaw obowiązków pozytywnych państwa leży stale podkreślana w orzecznictwie ETPCz idea realnej i efektywnej ochrony praw człowieka. W sytuacji gdy obowiązkowi pozytywnemu nie da się wyprowadzić z artykułu Konwencji chroniącego konkretne prawo, Trybunał sięga do art. 1 Konwencji³⁴. Warto zwrócić uwagę, że pomimo wskazania władz publicznych jako adresata art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji już w raporcie wyjaśniającym do protokołu podkreślono, że państwa mogą być zobowiązane do podjęcia kroków w celu zapobieżenia dyskryminacji między jednostkami, osobami prywatnymi. Obowiązki aktualizowałyby się, gdyby bierność władz uniemożliwiała jednostkom efektywne korzystanie z przysługujących im praw³⁵.

²⁹ J.-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007, s. 14–16.

³⁰ Tamże, s. 7.

³¹ C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych...*, s. 260.

³² *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 789.

³³ J.-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations...*, s. 5.

³⁴ C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych...*, s. 270; J.-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations...*, s. 8–9.

³⁵ M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 764; O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination...*, s. 37; F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 36.

Warto zwrócić uwagę na brzmienie art. 14 EKPCz: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji (...)”. Sformułowanie „powinno być zapewnione” wyraźnie współgra z obecnym w art. 1 Konwencji „Strony zapewniają każdemu człowiekowi (...) prawa i wolności” i sugeruje obecność po stronie władz obowiązków pozytywnych w zakresie gwarantowania nied dyskryminacji w relacjach horyzontalnych³⁶.

Podkreślenia wymaga, że leżące ewentualnie po stronie władz państwowych obowiązki pozytywne mają charakter zobowiązań należytej staranności, a nie obowiązków rezultatu³⁷. Ilustracją tego może być sprawa Stasi p. Francji (wyrok z 20 października 2011 r., skarga nr 25001/07). Skarżący, więzień-homoseksualista, utrzymywał, że na skutek zaniedbań władz więziennych był podmiotem szykanowania ze strony współwięźniów, ofiarą gwałtów, musiał zaprzestać korzystania z prysznicza ze względu na docinki innych osadzonych. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 3 Konwencji (zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania), gdyż władze podjęły wszelkie możliwe kroki w celu zapobieżenia naruszeniom, m.in. umieściły skazanego na oddziale dla więźniów zagrożonych atakami.

Konkludując tę część rozważań, trzeba wskazać, że Trybunał przyjmuje istnienie obowiązków pozytywnych po stronie państw-stron Konwencji w zakresie ochrony przed dyskryminacją. Obowiązki te mogą mieć różny kształt, mogą również dotyczyć ochrony przed dyskryminacją ze strony innych podmiotów prawa prywatnego, zwłaszcza jeśli między stronami stosunku prawnego czy faktycznego występuje wyraźna „dysproporcja sił”³⁸. Na tym polega horyzontalny efekt zapisów Konwencji. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że obowiązki pozytywne władz mają swoje granice – nie są obowiązkami rezultatu, lecz starannego działania. Ponadto działania państwa w wykonaniu obowiązków pozytywnych nie mogą naruszać sfery prywatnej jednostki, co byłoby sprzeczne z art. 8 Konwencji. Mogą natomiast wkraczać w sferę relacji państwo – jednostka oraz jednostka – jednostka (w relacjach cywilnoprawnych)³⁹.

³⁶ Na gruncie polskiej Konstytucji doktryna doszukuje się podstaw do uznania horyzontalnego efektu praw nią gwarantowanych m.in. w art. 30 (godność ludzka), art. 8 (bezpośrednie stosowanie Konstytucji), art. 87 (mówi o źródłach powszechnie, a więc nie tylko w relacjach państwo – jednostka, obowiązującego prawa, por. B. Skwara, *Poziome obowiązywanie praw człowieka...*, s. 47, 57 i n.

³⁷ M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 752; C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych...*, s. 263, 272.

³⁸ *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 790; M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 744, 758.

³⁹ O. de Schutter, *The Prohibition of Discrimination...*, s. 37.

3. Dyskryminacja homoseksualistów w relacjach cywilnoprawnych

Trybunał kilkakrotnie wypowiadał się w sprawach, u podstaw których leżało odmienne traktowanie w relacjach cywilnoprawnych osób ze względu na ich orientację seksualną. Rozpoznaniu nie podlegała sprawa, której stan faktyczny odpowiadał ściśle opisanej we wstępie sprawie Sądu Rejonowego w Łodzi, jednakże komentowane niżej wyroki pozwalają na wyprowadzenie pewnych wniosków co do możliwego rozstrzygnięcia sporu przez ETPCz.

Stan faktyczny w sprawie Karner p. Austrii (wyrok z 24 lipca 2003 r., skarga nr 40016/98) przedstawiał się następująco. Skarżący pozostawał w stałym związku z chorym na AIDS partnerem, który był najemcą mieszkania, gdzie obydwaj zamieszkiwali. Mężczyźni dzielili się rachunkami za najem. W 1994 r. najemca – partner skarżącego zmarł, czyniąc uprzednio skarżącego swoim spadkobiercą. Właściciel mieszkania wypowiedział skarżącemu umowę najmu, jednakże ten skutecznie odwołał się do sądu. Sądy I i II instancji uznawały racje skarżącego, interpretując, że prawo do przejęcia umowy najmu po śmierci członka rodziny chroni również homoseksualnego partnera zmarłego. Austriacki Sąd Najwyższy uznał jednak racje właściciela nieruchomości, podnosząc, że odpowiednie przepisy winny być interpretowane zgodnie z wolą historycznego ustawodawcy⁴⁰, zaś jego intencją w 1974 r. nie było objęcie tymi regulacjami par jednopłciowych (§ 10–15 wyroku ETPCz).

Mimo zastrzeżeń proceduralnych ze strony rządu (skarżący zmarł po wniesieniu skargi) Trybunał uznał, że zagadnienie odmiennego traktowania homoseksualistów w kontekście prawa do przejęcia umów najmu po zmarłej osobie najbliższej stanowi istotny problem i wymaga rozstrzygnięcia. W skardze zarzucono naruszenie art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji (§ 20–28).

Trybunał doszedł do wniosku, że skarga mieści się w hipotezie art. 8 (prawo do swojego mieszkania), zatem możliwe jest rozpatrywanie zarzutu naruszenia zakazu dyskryminacji (art. 14), który nie ma w systemie Konwencji samodzielnego, autonomicznego bytu (§ 32–33)⁴¹. Strona rządowa argumentowała, że przepisy dotyczące przejęcia umowy najmu miały na celu ochronę tradycyjnego modelu rodziny i traktując to jako uzasadnioną podstawę odmiennego traktowania, domagała się oddalenia skargi (§ 35). Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że względy ochrony tradycyjnego modelu rodziny mogą być podstawą ograniczeń praw chronionych Konwencją (§ 40). Istotne jest natomiast zbadanie, czy cel ten stał rzeczywiście

⁴⁰ Na temat subiektywnej i obiektywnej teorii wykładni prawa: L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2012, s. 153–154.

⁴¹ Por. B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 194–195; M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 742.

u podstaw kwestionowanej regulacji (w interpretacji przyjętej przez Sąd Najwyższy Austrii) oraz czy ograniczenia sprostają testowi proporcjonalności i mieściły się w sferze marginesu uznania.

W ocenie strasburskich sędziów stanowisko rządu nie zasługiwało na uwzględnienie. Z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego Austrii wynikało, że celem regulacji dotyczącej przejmowania umów najmu nie była ochrona rodziny w tradycyjnym znaczeniu, lecz ochrona rodziny w ogóle (§ 39). Nawet gdyby przyjąć, że było inaczej, to ograniczenia nie były proporcjonalne względem celu (§ 41–43). Tym samym, stosunkiem głosów 6 do 1, Trybunał uznał naruszenia art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji. Głos przeciwny dotyczył kwestii formalnej. Składający *votum separatum* sędzia Garbenwarter uważał, że ze względu na śmierć skarżącego sprawa winna być usunięta z listy.

W zbliżonej pod względem faktycznym sprawie Kozak p. Polsce (wyrok z 2 marca 2010 r., skarga nr 13102/02) Trybunał był konsekwentny. Uznał, że pozbawienie homoseksualnego partnera zmarłego najemcy prawa do przejęcia po nim umowy najmu w sytuacji, gdy jest to gwarantowane heteroseksualnym partnerem⁴², stanowi naruszenie EKPCz. Stanowisko rządowe opierało się w tej sprawie na wykazywaniu, że skarżący nie mieszkał przed śmiercią partnera razem z nim, co więcej, zmarły próbował wymeldować skarżącego. Nie mogło więc być mowy o trwałym związku czy traktowaniu skarżącego jako osoby najbliższej, a tym samym odmowa umożliwienia przejęcia najmu przez skarżącego nie miała charakteru dyskryminacyjnego (§ 11, 90). Różnicę między sprawami Karner i Kozak stanowiło to, że w tej pierwszej wynajmującym była osoba prywatna, zaś w sprawie przeciwko Polsce wynajmującym była gmina, czyli w rozumieniu ETPCz przedstawiciel władz publicznych (co nie zmienia faktu, że umowa najmu mieściła się w sferze relacji cywilnoprawnych).

W innej sprawie istotnej z perspektywy celów opracowania – P. B. i J. S. p. Austrii (wyrok z 22 lipca 2010 r., skarga nr 18984/02), również kluczowa okazała się kwestia uznawania partnerów homoseksualnych za osoby najbliższe. Sprawa ta dotyczyła możliwości objęcia partnera pracownika służby cywilnej ubezpieczeniem zdrowotnym i wypadkowym tego pracownika (§ 7). Skarżący wyczerpał ścieżkę instancyjną w ramach postępowania administracyjnego, jednak dopiero Trybunał Konstytucyjny, powołując się na orzeczenie ETPCz w sprawie Karner, uznał że relewantne przepisy są dyskryminacyjne (§ 15). Orzeczenie było podstawą zmiany ustawodawczej. Sąd Administracyjny orzekający uprzednio, oceniając stan faktyczny przez pryzmat zapisów art. 8 i 14 Konwencji, doszedł do wniosku, że skoro art. 8 nie gwarantuje żadnych konkretnych praw socjalnych, nie może być mowy

⁴² Obecnie reguluje to art. 691 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (przesłanka „osoby, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu z najemcą”).

o naruszeniu (§ 14). Podkreślić trzeba, że interpretacja odpowiednich przepisów, jako wykluczających pary homoseksualne, pochodziła od podmiotu prawa prywatnego – towarzystwa ubezpieczeniowego, dopiero następnie została przyjęta przez organy państwa⁴³.

W skardze powołano się na naruszenie art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz oraz w zw. z art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji (prawo własności) ze względu na odmowę przez austriackie władze objęcia ubezpieczeniem pierwszego ze skarżących drugiego z nich. Skarżący podnosili, że mimo zmiany przepisów nadal są ofiarami naruszenia. Rząd nie odniósł się merytorycznie do zarzutów, wskazując jedynie na wyrok Trybunału Konstytucyjnego i idące za nim nowelizacje (§ 23–24).

Co ciekawe, w wyroku tym, zapadłym miesiąc po rozstrzygnięciu w sprawie Schalk i Kopf p. Austrii, Trybunał odmówił wypowiedzi na temat tego, czy sytuacja skarżących mieści się w pojęciu życia rodzinnego. Sędziowie uznali natomiast, że niewątpliwie relacje między skarżącymi mieszczą się w przesłance życia prywatnego (§ 26). Na podstawie tej konstatacji Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji, które trwało do momentu wejścia w życie przepisów wprost wyrażających neutralność w zakresie płci osoby obejmowanej dodatkowo ubezpieczeniem.

Interesująco brzmi złożone do komentowanego orzeczenia *votum separatum* dwójki sędziów. Nie zgodzili się oni, że w pierwszym okresie objętym zarzutami⁴⁴ miało miejsce naruszenie, argumentując: „It can thus be said that at the material time there was no European consensus as to whether homosexual couples should be treated on an equal footing with heterosexual couples, even unmarried ones, for various legal purposes in general, and for that of social security in particular. In these conditions we find it difficult to accept that the decisions by the various competent Austrian authorities rejecting the applicants' request, all those decisions having been issued between 1997 and 2001 (see paragraphs 8 to 14), may be regarded as contrary to Articles 8 and 14 taken together”. Treść zdania odrębnego doskonale ukazuje mechanizm działania wykładni ewolucyjnej.

Orzeczenia w przytoczonych wyżej sprawach dotyczyły relacji cywilnoprawnych, w których dyskryminacyjne stanowisko podmiotów prawa cywilnego znajdowało oparcie bezpośrednio w treści lub w przyjętej interpretacji przepisów prawa. Można się więc spierać, czy dyskryminacja rzeczywiście miała charakter „prywatnej”. Wyrok komentowany niżej dotyczył sytuacji odwrotnej – gdy to regulacje prawne zakazywały dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w relacjach horyzontalnych, skarżący natomiast

⁴³ Por. F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 35.

⁴⁴ Trybunał rozdzielił stan faktyczny sprawy na trzy okresy: 1) od 1 lipca 1997 r. do 1 sierpnia 2006 r., 2) od 1 sierpnia 2006 r. do 30 czerwca 2007 r., 3) po 1 lipca 2007 r.

uznawali, że odmowa dostosowania się do tych regulacji może znajdować uzasadnienie w prawie do wolności sumienia i religii. Zbliżyła to okoliczności sprawy do orzeczenia Sądu Rejonowego w Łodzi stanowiącego punkt wyjścia rozważań zawartych w opracowaniu.

Wyrok, o którym mowa, zapadł 15 stycznia 2013 r. w sprawie skierowanych do łącznego rozpoznania skarg Eweida, Chaplin, Ladele i McFarlane (nr skarg odpowiednio: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10) p. Zjednoczonemu Królestwu. Kwestii prywatnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną dotyczyły skargi Lilian Ladele i Gary'ego McFarlane'a.

Skarżąca Ladele była chrześcijanką, uznającą, że związki jedнопłciowe naruszają prawo boże. Zatrudniona była przez lokalny urząd, który wprowadził politykę równościową „Godność dla wszystkich”⁴⁵. W 2002 r. skarżąca zaczęła pełnić funkcję rejestratora narodzin, zgonów i małżeństw, zaś po wprowadzeniu w 2004 r. instytucji związków partnerskich miała asystować w ceremoniach ich zawierania (§ 23–25). Początkowo skarżąca nie była obligowana do wykonywania tych czynności. Na zasadzie nieformalnych uzgodnień z innymi pracownikami starała się zapewnić zastępstwo na potrzeby ceremonii zawierania związków jedнопłciowych. Następnie skarżąca została zobowiązana do podpisania deklaracji, w myśl której będzie asystować przy ceremoniach niezależnie od płci zainteresowanych. Pojawiły się skargi na Lilian Ladele, w których jej współpracownicy – dwójka gejów, twierdzili, że czują się wiktyimizowani jej zachowaniem. Po przeprowadzeniu postępowania dyscyplinarnego skarżąca została zwolniona z pracy. Sąd I instancji uznał, że pracodawca przyznał większą wagę ochronie praw gejów i lesbijek, bagatelizując wolność sumienia skarżącej. Stanowisko to nie zostało jednak utrzymane przez sąd apelacyjny, który orzekł, że nie doszło do dyskryminacji na tle religijnym. Władze odwołały się bowiem do uprawnionego celu, jakim była ochrona równości. Sąd zwrócił uwagę, że skarżąca była pracowniczką urzędu publicznego, zaś jej wizja małżeństwa nie była centralną ideą wyznawanej przez nią religii (§ 27–29).

Drugi ze skarżących był psychoterapeutą należącym do stowarzyszenia, którego kodeks etyczny zakładał uznanie prawa do samostanowienia klientów i przestrzegania przed wszelkimi uprzedzeniami. Gary McFarlane był praktykującym chrześcijaninem, wierzył, że homoseksualizm jest grzechem i nie powinien być wspierany w jakiegokolwiek formie (§ 31–32). Mimo uprzedniego doradzania dwóm parom lesbijskim, po uzyskaniu dyplomu psychoterapeuty skarżący poinformował pracodawcę, że nie będzie wykonywał usług na rzecz par homoseksualnych. Po przeprowadzeniu postępowania wobec skarżącego

⁴⁵ Inne przykłady angielskiej polityki równościowej – np. uchylenie zwolnienia z pracy w szkole katolickiej dyrektora, który okazał się być gejem, w: M.D. Stern, *Liberty v. Equality; Equality v. Liberty*, „Northwestern Journal of Law and Social Policy” 2010, vol. 5:2, s. 312.

został on zwolniony z pracy z uwagi na odmowę realizowania polityki równościowej pracodawcy (§ 34–37). Skarżący bezskutecznie odwoływał się od tej decyzji przed angielskimi sądami. Odmowa przyjęcia skargi kasacyjnej oparta była na precedensie ze sprawy skarżącej Ladele (§ 38–40).

Ladele i McFarlane oparli swoje skargi na art. 14 w zw. z art. 9 Konwencji (§ 70–74). W odniesieniu do skarżącej Ladele Trybunał uznał, że mogło dojść do naruszenia. Wskazał jednakże, iż w przypadku konfliktu praw (w tym przypadku wolności sumienia i zakazu dyskryminacji) władzom przysługuje szeroki margines uznania, który nie został przekroczony (§ 105–106). Skarga została więc oddalona. Tożsamą decyzję ETPCz wydał w odniesieniu do skarżącego McFarlane’a. Trybunał przyznał – podobnie jak w przypadku skarżącej Ladele – że stanowisko skarżącego było motywowane religijnie, potwierdził także, wynikający z art. 9 Konwencji, pozytywny obowiązek państwa do ochrony przekonań skarżącego (§ 108). Ochrona równości została jednak uznana przez strasburskich sędziów za uprawniony cel ograniczenia praw (§ 109), co przesądziło o niepowodzeniu skargi.

Wyrok w sprawie Eweida i inni p. Zjednoczonemu Królestwu nie daje prostej odpowiedzi na pytanie o to, czy w ocenie Trybunału jednostka w relacjach cywilnoprawnych może odmówić wykonywania usług na rzecz osób homoseksualnych ze względu na swoje przekonania. W przedmiotowym stanie faktycznym zakaz dyskryminacji w relacjach horyzontalnych wynikał z obowiązujących skarżących przepisów krajowych i owszem – został przez Trybunał uznany za uzasadnioną podstawę ograniczenia praw skarżących. W wyroku nie znajdziemy jednak wypowiedzi na temat tego, czy Trybunał uznaje obowiązek pozytywny państwa do wprowadzenia takich przepisów⁴⁶. Mimo to należy przewidywać, że rozwój orzecznictwa ETPCz będzie zmierzał w kierunku wykreowania takiego obowiązku. Kwestii, czy zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w relacjach horyzontalnych będzie absolutny, poświęcona jest kolejna część artykułu.

⁴⁶ Oczywiście jest natomiast, że Trybunał akceptuje stosowanie dyferencjacji – dyskryminacji pozytywnej, por. *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 775.

4. Ewentualne ograniczenia zakazu prywatnej dyskryminacji

Analizując problem ewentualnych ograniczeń zakazu prywatnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, trzeba rozważyć następujące racje.

Po pierwsze, zakazy dyskryminacji gwarantowane art. 14 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 12 do Konwencji nie mają samodzielnego bytu. By Trybunał mógł uznać złamanie art. 14 EKPCz, niezbędne jest, by – o ile żadne konkretne uprawnienie gwarantowane Konwencją nie jest naruszone – płaszczyzna, w której miało dojść do dyskryminacji, mieściła się w ogóle w sferze zainteresowania Konwencji⁴⁷. Nie chodzi o podleganie hipotezie któregoś z artykułów I rozdziału Konwencji, ale o wystarczający związek z uprawnieniem gwarantowanym Konwencją bądź protokołami o charakterze materialnym. Na tym zastrzeżeniu opierała się argumentacja austriackiego Sądu Administracyjnego w sprawie P. B. i J. S. Organ ten uznał, że roszczenia socjalne, w tym prawo do objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym partnera, nie mieści się w zakresie ochrony gwarantowanej art. 8 Konwencji. Stanowisko to zostało zakwestionowane przez Trybunał, co uzmysławia, jak szeroko interpretowane są przepisy Konwencji i jak „luźny” może być związek danego stanu faktycznego z zakresem zastosowania konkretnego przepisu Konwencji, by uznano zarzut dyskryminacji.

Jeszcze dalej niż sama Konwencja idą postanowienia Protokołu nr 12 do niej. Artykuł 1 Protokołu zabrania dyskryminacji w zakresie jakiegokolwiek prawa gwarantowanego przez państwo, niezależnie od tego, czy znajduje się ono pod ochroną EKPCz. Stąd – odnosząc się do spraw Karner i Kozak – nawet gdyby Konwencja nie gwarantowała w art. 8 prawa do własnego mieszkania, Trybunał stwierdziłby naruszenie, gdyż prawo do przejęcia najmu po zmarłym partnerze gwarantowały odpowiednie przepisy pozwanych państw.

Mając na uwadze powyższe, zadać należy pytanie o to, czy wszystkie sytuacje z dziedziny relacji cywilnoprawnych będą znajdowały się w dostatecznym związku z którymś z praw chronionych Konwencją albo będą wprost gwarantowane prawem krajowym. Dopiero to umożliwiłoby stosowanie – w razie odmiennego potraktowania jednostki ze względu na jej orientację seksualną – art. 14 EKPCz bądź art. 1 Protokołu nr 12. Należy stwierdzić, że tak nie jest. Konwencja nie gwarantuje prawa do zawarcia umowy z konkretnym kontrahentem⁴⁸, może co najwyżej wymagać, by został zapewniony

⁴⁷ F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 32 i n.

⁴⁸ Por. np. wyrok ETPCz z 16 lipca 2013 r., skarga nr 1562/10 w sprawie Remuszko p. Polsce.

ogólny dostęp do usług bądź towarów określonego typu (np. usługi zdrowotne, towary spożywcze).

Teza o absolutnym charakterze zakazu dyskryminacji w relacjach cywilnoprawnych może się okazać fałszywa również w sytuacji kolizji praw. Rozważmy ten problem na przykładzie konfliktu zakazu prywatnej dyskryminacji z wolnością sumienia i religii.

W nauce prezentowane bywa stanowisko, że zakaz dyskryminacji i wolność sumienia nie mogą pozostawać ze sobą w konflikcie, gdyż ich zakresy zastosowania się nie krzyżują⁴⁹. Nie wydaje się to przekonujące. Judaizm i chrześcijaństwo odnoszą się do homoseksualizmu z potępieniem, podobnie islam⁵⁰. Przekonania religijne chronione są przez art. 9 Konwencji. Ilustracją konfliktu jest chociażby wyrok w sprawie Eweida p. Zjednoczonemu Królestwu.

Prawa gwarantowane artykułami 8–11 EKPCz w swoich ustępach drugich przewidują okoliczności umożliwiające ich ograniczenie. Jedną z takich okoliczności jest „ochrona praw i wolności innych osób”. Nie oznacza to jednak – *a contrario* – że inne prawa wynikające z Konwencji są bezwzględne, absolutne. Również w przypadku pozostałych praw Trybunał (abstrahując już od kwestii marginesu uznania, o której niżej) posługuje się często dwustopniową kontrolą – w pierwszej kolejności bada, czy konkretne prawo w ogóle zostało naruszone, następnie ocenia, czy naruszenie było uzasadnione, czy też nie⁵¹. Oznacza to, że zakazy dyskryminacji wynikające z art. 14 Konwencji i art. 1 Protokołu nr 12 mogą, z uwagi na istotne racje, podlegać ograniczeniu. Racją taką może być wolność sumienia i religii.

Koncepcja *Drittwirkung* i znajdujący w niej oparcie zakaz prywatnej dyskryminacji są szczególnie narażone na krytykę ze względu na argument uwikłania władz publicznych w rozstrzyganie kolizji praw podstawowych w sferze, która winna być rządzona zasadami autonomii woli stron, swobody umów⁵².

W konflikcie z zakazem dyskryminacji szczególnie silną pozycję może mieć wolność sumienia i religii w aspekcie zbiorowym, np. gdy będzie chodziło o przynależność do związków religijnych czy zatrudnienie przez prywatne podmioty o charakterze wyznaniowym. Wynika to z podkreślanej

⁴⁹ Por. M.D. Stern, *Liberty v. Equality*, s. 309 (odnośnie do konfliktu legalizacji małżeństw jedнопłciowych z wolnością sumienia i religii).

⁵⁰ M. Stanulewicz, *Zboczenie a może prawidłowość?*, s. 392, 397; D. McGoldrick, *The Development and Status...*, s. 621, 626.

⁵¹ Por. G. van der Schyff, *Classifying the Limitation of the Right to Education in the First Protocol to the European Convention*, „International Journal for Education Law and Policy” 2006, vol. 2, issue 1–2, s. 154 i n.; F. Edel, *Case law of the European Court...*, s. 28.

⁵² Por. I. Wróblewska, *Poziome działanie praw jednostki...*, s. 63.

przez ETPCz autonomii tych podmiotów, wykluczającej ingerencje państwa w ich organizację⁵³.

Kolizje zakazu prywatnej dyskryminacji ze zbiorową wolnością religijną były przedmiotem głośnych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W sprawie *Christian Legal Society p. Martinez SN USA* uznał, że dopuszczalne było wprowadzenie na wydziale prawa uczelni wyższej przepisów, które zobowiązywały wszystkie stowarzyszenia do ustalenia zasad rekrutacji otwartych dla homoseksualistów. Przepisy te nie przewidywały wyjątków dla stowarzyszeń o wyznaniowym charakterze, mimo to stosunkiem głosów 5 do 4 Sąd Najwyższy uznał, że nie doszło do naruszenia I Poprawki do amerykańskiej Konstytucji. Do odmiennych wniosków doszedł ten Sąd w sprawie *Boy Scouts of America p. Dale*, w której uznał za uprawnione wykluczenie przez chłopięcą organizację harcerską osoby, której przynależność podważała potępiający względem homoseksualizmu charakter organizacji⁵⁴. Orzeczenie to także zapadło stosunkiem głosów 5 do 4.

Również na płaszczyźnie indywidualnej wolności religii konflikt przekonania może stanowić argument przemawiający za odmową wykonania określonych czynności. Trybunał akceptuje przecież istnienie klauzuli sumienia w zawodach medycznych, zaś w orzeczeniu do sprawy *Bayatyan p. Armenii* (wyrok z 7 lipca 2011 r., skarga nr 23459/03) zaaprobował ugruntowanie w art. 9 Konwencji zwolnienia od służby wojskowej⁵⁵. W wypadku zaistnienia konfliktu wolności sumienia i religii z zakazem prywatnej dyskryminacji Trybunał będzie każdorazowo badał, które z praw winno zyskać prymat. Nie można zapominać o tym, że wolność sumienia i religii również podlega ograniczeniom. Wynik ważenia racji będzie uzależniony nie tylko od okoliczności faktycznych sprawy, ale także od tego, które państwo będzie oskarżone o naruszenie. Ta ostatnia kwestia wiąże się z oceną sfery marginesu uznania państwa.

W dotychczasowych rozważaniach wielokrotnie sygnalizowałem wagę doktryny interpretacyjnej Trybunału, jaką jest margines uznania. Margines uznania w sprawach dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć i orientację seksualną jest co do zasady wąski. Strasburscy sędziowie w tym kontekście chętniej odwołują się do konkurencyjnego modelu wykładni ewolucyjnej. Posługiwanie się wynikającymi z niego dyrektywami interpretacji jest

⁵³ Por. W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii...*, s. 525–535.

⁵⁴ Por. W. P. Marshall, *Smith, Christian Legal Society, and Speech-Based Claims for Religious Exemptions from Neutral Laws of General Applicability*, "Cardozo Law Review" 2011, vol. 32, s. 1937, 1947; w polskiej literaturze na ten temat: G. Maroń, *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA*, „Forum Prawnicze” 2015/6(32), s. 64. Podkreślić trzeba, że orzeczenia ta dzieli okres 10 lat, *Christian Legal Society* zapadło w 2010 r., natomiast *Boy Scouts of America* w 2000 r.

⁵⁵ Por. W. Sobczak, *Wolność myśli, sumienia i religii...*, s. 458–462.

jednak uzależnione do istnienia w danej kwestii europejskiego konsensusu. Trudno jest mówić o nim w zakresie prywatnej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w relacjach cywilnoprawnych, stąd znaczenie może zyskać doktryna marginesu uznania. Jest to tym bardziej prawdopodobne, że reformy systemu Konwencji zmierzają właśnie w kierunku podkreślenia znaczenia tej instytucji (ma zostać wpisana do preambuły Konwencji) i przypomnienia o subsydiarnej roli Trybunału⁵⁶.

5. Konkluzje

Nie może budzić wątpliwości, że zapobieganie dyskryminacji jest godnym aprobaty celem działalności Trybunału. Strasburscy sędziowie dysponują instrumentami pozwalającymi im piętnować przejawy dyskryminacji również w relacjach horyzontalnych, na płaszczyźnie cywilnoprawnej. Pod znakiem zapytania pozostaje, czy będą oni z nich korzystać, a w przypadku twierdzącej odpowiedzi, jak wysoko wyznaczą standardy zakazu prywatnej dyskryminacji. Jeśli sprawa łódzkiego drukarza, o której wspomniałem we wstępie, znajdzie swoją kontynuację w gmachu ETPCz⁵⁷, sędziowie po raz kolejny staną przed problemem rozstrzygnięcia konfliktu między dwiema niezwykle istotnymi dyrektywami Konwencji.

W artykule biorąc za podstawę dotychczasowe orzecznictwo Trybunału, starałem się prześledzić możliwe linie argumentacji stron ewentualnego postępowania. Jeśli Trybunał zajmie stanowisko, w myśl którego prywatny przedsiębiorca nie miał prawa odmówić wykonania usługi ze względu na przekonania, będzie można zadać pytanie, czy horyzontalny efekt praw człowieka nie powinien być odnoszony jedynie do relacji opartych na znacznej dysproporcji sił zbliżonych do relacji wertykalnych. Jeśli sędziowie zdecydują, że wolność przekonań nie może prowadzić do dyskryminacji, istotą żadnej godnej aprobaty religii nie jest bowiem nierówne traktowanie⁵⁸, proponenci

⁵⁶ Por. A. Wiśniewski, *Protokół 15 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXII, 2014, s. 403–414; godna polecenia jest także imponująca monografia tego autora pt. *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008.

⁵⁷ Nie można wykluczyć, że ewentualna skarga zostanie odrzucona z uwagi na niespełnienie kryterium znaczącego uszczerbku (art. 35 § 3 lit. b Konwencji) – obwinionemu w sprawie nie została wymierzona żadna kara, mimo że został uznany za winnego.

⁵⁸ Por. np. orzeczenie ETPCz z 10 lipca 2012 r. w sprawie *Staatkundig Gereformeerde Partij p. Holandii*, skarga nr 58369/10, w którym uznano, że wstrzymanie dotacji publicznych dla partii politycznej, której religijnie inspirowane zasady organizacji nie pozwalały na kandydowanie z jej ramienia kobietom, nie narusza art. 9 EKPCz.

wolności sumienia podniosą, że rolą Trybunału ani tym bardziej państwa nie jest ocena treści wierzeń. Każda ze stron będzie dysponowała wartościowymi, ugruntowanymi w judykaturze Strasburga racjami. Nie można jednak wykluczyć, że ETPCz w zupełnie odmienny, oryginalny i zaskakujący sposób podejdzie do problemu, godząc strony ewentualnego konfliktu. W zakończeniu wypada wyrazić nadzieję, że tak się stanie.

W mojej ocenie odwołania do *Drittwirkung* powinny być ostrożne i stosowane pod warunkiem, że zależność między stronami relacji prawnej rzeczywiście przypomina tę między państwem a obywatelem. Zachodzi stosunek podporządkowania, dysproporcji sił. W stanie faktycznym sprawy łódzkiego drukarza warunek ten nie został spełniony, a mimo to doszło do istotnej ingerencji w sferę sumienia.

Słowa kluczowe: prywatna dyskryminacja, horyzontalny efekt praw człowieka, homoseksualizm, *Drittwirkung*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, wolność sumienia i religii

Bibliografia

- Akandji-Kombe J.-F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007.
- Balcerzak M., *Zakres ochrony życia seksualnego w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011.
- Burek W., Klaus W., *Definiowanie dyskryminacji w prawie polskim w świetle prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego*, „Problemy współczesnego prawa międzynarodowego, europejskiego i porównawczego” 2013, vol. XI.
- Czepek J., *Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenia w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011.
- de Schutter O., *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for the EU non-discrimination directives – an update*, Luxembourg 2011.
- Domagała P., *Granice interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk i Kopf przeciwko Austrii (wyrok ETPC z 24.06.2010 r.)*, [w:] M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, Toruń 2011.
- Edel F., *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Strasbourg 2015.

- Gronowska B., Jasudowicz T., Balcerzak M., Lubiszewski M., Mizerski R., *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, t. I, Komentarz do artykułów 1–18, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010.
- Łączkowska M., *Związki osób tej samej płci w świetle prawa polskiego*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. III, 2006.
- Maroń G., *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA*, „Forum Prawnicze”, 2015/6(32).
- Marshall W.P., *Smith, Christian Legal Society, and Speech-Based Claims for Religious Exemptions from Neutral Laws of General Applicability*, “Cardozo Law Review” 2011/32.
- McGoldrick D., *The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law*, “Human Rights Law Review” 2016, vol. 16, no. 4.
- Mik C., *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, [w:] J. Białocerkiewicz, M. Balcerzak, A. Czeczko-Durlak (red.), *Księga jubileuszowa profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2012.
- Nowicki M., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010.
- Paprocka A., *Budowanie tożsamości europejskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo”, z. 12(826), grudzień 2014.
- Skwara B., *Poziome obowiązywanie praw człowieka w świetle Konstytucji RP*, „Homines Hominibus” 2009/1(5).
- Sobczak W., *Wolność myśli, sumienia i religii. Poszukiwanie standardu europejskiego*, Toruń 2013.
- Soniewicka M., *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Warszawa 2010.
- Staiano F., *(In)Comparable Situations: Same-Sex Couples’ Right to Marriage in European Case Law*, “Federalismi.it” 2017/6.
- Stanulewicz M., *Zboczenie a może prawidłowość? Kilka uwag o postrzeganiu homoseksualizmu w historii Europy*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. III, 2006.
- Stern M.D., *Liberty v. Equality; Equality v. Liberty*, “Northwestern Journal of Law and Social Policy” 2010, vol. 5:2.
- Szahaj A., Jakubowski M. N., *Filozofia polityki*, Warszawa 2006.
- Urbańczyk M., *Prawo do prywatności w myśli wybranych filozofów liberalnych*, „Prawo wobec wyzwań współczesności”, t. IV, 2007.
- van der Schyff G., *Classifying the Limitation of the Right to Education in the First Protocol to the European Convention*, „International Journal for Education Law and Policy” 2006, vol. 2, issue 1–2.

Wiśniewski A., *Protokół 15 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XXXII, 2014.

Wróblewska I., *Poziome działanie praw jednostki jako rozwiązanie ustrojowe*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1(17).

Prywatna dyskryminacja ze względu na orientację seksualną w relacjach cywilnoprawnych. Perspektywa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

PRIVATE DISCRIMINATION ON THE BASIS OF SEXUAL ORIENTATION IN CIVIL-LAW RELATIONSHIPS. PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

S u m m a r y

The paper is devoted to the question of private discrimination on the basis of sexual orientation in civil-law relationships. Recent judgement of District Court in Łódź regarding the question of refusal to print posters for foundation acting in favour of LGBT society is treated as starting point. The problem is analysed from the perspective of the case-law of European Court of Human Rights. The author explains how is it possible, that ECHR manage with civil-law disputes although human rights in classical form concerned citizen-state relations. The argumentation for thesis that prohibition of private discrimination could be limited in civil-law relationships due to religious freedom is supported by examples from case-law of US Supreme Court.

Key words: private discrimination, horizontal effect of human rights, homosexuality, Drittwirkung, European Court of Human Rights, religious freedom.

ЧАСТНАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ, УЧИТЫВАЯ СЕКСУАЛЬНУЮ ОРИЕНТАЦИЮ В ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ. ПЕРСПЕКТИВА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Р е з ю м е

Статья посвящена проблеме частной дискриминации, учитывая сексуальную ориентацию в гражданско-правовых отношениях. Исходной точкой размышлений является решение Районного Суда в г. Лодзь касающиеся отказам выполнения услуги в интересах фонда, содействующего правам сообщества ЛГБТ (LGBT). Данная проблема анализируется из перспективы вынесения решения Европейского суда по правам человека. Автор объясняет, в какой способ есть возможность, что суд касается вопроса гражданско-правовых отношениях, невзирая на право человека в классической трактовке относились к отношениям между единицей и государством. Представлена аргументация в интересах тезиса, что запрет частной дискриминации может быть ограничива-

емым из внимания на свободу совести и религии сторон гражданско-правовых взаимоотношений.

Ключевые слова: частная дискриминация, горизонтальный эффект прав человека, гомосексуализм, *Drittwirkung*, Европейский суд по правам человека, свобода совести и религии.

Tłum. na j. rosyjski Michał Mościcki