

## **1081 Posiedzenie, 31 Marca 2010 r.**

4 Prawa człowieka

### **4.7 Komitet Sterujący Praw Człowieka (CDDH) –**

Projekt Zalecenia CM/Rec(2010)[5 – uzupełniono w toku prac nad tłumaczeniem] Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej  
Memorandum Wyjaśniające

Pozycja przygotowana przez GR-H na posiedzeniu w dniu 23 marca 2010

---

**Projekt Zalecenia CM/Rec(2010)[5 – uzupełniono w toku prac nad tłumaczeniem] Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej**

## **MEMORANDUM WYJAŚNIAJĄCE**

Niniejsze memorandum wyjaśniające zostało przygotowane przez Sekretariat we współpracy z Przewodniczącym komitetu ekspertów do spraw dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (DH-LGBT).

### **I. Wstęp**

W ciągu ostatnich prawie trzydziestu lat różne organy Rady Europy przyjęły w niniejszej kwestii wiele dokumentów. Od 1981 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy (ZPRE) przyjęło kilka zaleceń dla Komitetu Ministrów, zaś obecnie, w ramach Komitetu Spraw Prawnych i Praw Człowieka przygotowuje raport „Dyskryminacja oparta na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej”. W marcu 2007 r. Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy przyjął Rekomendację nr 211 (2007) w sprawie wolności zgromadzeń i wypowiedzi lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Komitet Ministrów ze swojej strony przyjął odpowiedzi do wyżej wymienionych rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego i Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych, a niedawno także inne odpowiedzi na pisemne zapytania członków ZPRE, w których powtórzył zasadę równego przysługiwania praw człowieka wszystkim ludziom, niezależnie od ich osobistych uwarunkowań takich jak orientacja seksualna czy tożsamość płciowa, oraz obejmujących kwestie wolności wyrażania opinii, zgromadzeń, zrzeszania się i wolności słowa. Sekretarz Generalny Rady Europy oraz Komisarz Praw Człowieka kilkakrotnie złożyli publiczne

---

<sup>1</sup> Niniejszy dokument został sklasyfikowany jako zastrzeżony do czasu rozpoznania przez Komitet Ministrów.

oświadczenia potępiające homofobię i dyskryminację opartą na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w państwach członkowskich Rady Europy. Komisarz Praw Człowieka poświęcił również części w swoich rocznych raportach z działalności, w szczególności za rok 2006 i 2008, problemom dyskryminacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, a także przygotował kilka dokumentów tematycznych w tym zakresie.

W systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, pomimo, że lista podstaw dyskryminacji zakazanych przez artykuł 14 Konwencji oraz Protokół nr 12 do niej (generalny zakaz dyskryminacji) nie wymienia *expressis verbis* orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, to lista ta stanowi otwarty katalog, przez co nic w praktyce nie stoi na przeszkodzie do włączenia tych przesłanek w krąg wartości chronionych przez ten system. Europejski Trybunał Praw Człowieka (zwany dalej „Trybunałem”) uznał już w swoim orzecznictwie, że artykuł 14 Konwencji obejmuje również orientację seksualną<sup>2</sup>, a raport wyjaśniający do Protokołu nr 12 wskazuje, że instrument ten zapewnia również ochronę przed dyskryminacją opartą ze względu na orientację seksualną. Pomimo braku bezpośredniego odniesienia do tożsamości płciowej, słusznym wdaje się stwierdzenie, że artykuł 14 oraz Protokół nr 12 obejmują również tę kwestię. Trybunał stwierdził, że w rozumieniu artykułu 14 różnica w traktowaniu ma charakter dyskryminacyjny, jeżeli nie znajduje obiektywnego lub słusznego uzasadnienia, to znaczy, jeżeli nie dąży do uprawnionego celu lub jeżeli nie istnieje odpowiedni związek pomiędzy proporcjonalnością zastosowanych środków a celem, który ma zostać osiągnięty<sup>3</sup>. Trybunał stwierdził również, że zakres swobodnego uznania pozostawiony państwom w takich sprawach, odnoszący się do najbardziej intymnych kwestii życia prywatnego, jest wąski, i w związku z tym muszą istnieć szczególnie poważne podstawy uzasadniające ingerencję władz publicznych<sup>4</sup>. Test proporcjonalności nie tylko wymaga, aby poprzez taką ingerencję został osiągnięty zamierzony cel: należy również wykazać, że ingerencja ta była konieczna do osiągnięcia tego celu<sup>5</sup>.

Inne organizacje międzynarodowe również przygotowały podobne dokumenty.

W ramach Unii Europejskiej, artykuł 13 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską w liście podstaw dyskryminacji *expressis verbis* wymienia orientację seksualną. Ponadto artykuł 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej zawiera generalną klauzulę antydyskryminacyjną, wyraźnie wymieniającą „orientację seksualną” jako niedopuszczalną podstawę dyskryminacji. Rada Unii Europejskiej przyjęła dyrektywę ustanawiającą ogólne ramy równego traktowania w kwestii zatrudnienia<sup>6</sup>, która obejmuje kwestię orientacji seksualnej. Rada analizuje obecnie również projekt dyrektywy w sprawie implementacji zasady równego traktowania niezależnie od wyznania, niepełnosprawności, wieku lub orientacji seksualnej w innych obszarach niż zatrudnienie. Europejski Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) miał również okazję orzekania w sprawie różnych aspektów dyskryminacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych<sup>7</sup>, w

<sup>2</sup> Zob., między innymi, *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii*, skarga nr 33280/96, wyrok z dnia 21 grudnia 2001 r., oraz *Karner p. Austrii*, skarga nr 40016/98, wyrok z dnia 24 lipca 2003 r.

<sup>3</sup> Zob., *Karner p. Austrii*, par. 37.

<sup>4</sup> Tamże, par. 41 oraz *Schlumpf p. Szwajcarii*, skarga nr 29002/06, wyrok z dnia 8 stycznia 2009 r., par. 115.

<sup>5</sup> Zob., *Karner p. Austrii*, par. 41.

<sup>6</sup> Dyrektywa Rady nr 2000/78/EC z dnia 27 listopada 2000 r.

<sup>7</sup> Zob. na przykład sprawę *P. p. S. i Cornwall County Council*, sprawa nr C-13/94, wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r. (dostępny jedynie w języku angielskim); sprawa *Sarah Margaret Richards p. Secretary of State for Work and Pension*, sprawa nr C-423/04, wyrok z dnia 27 kwietnia 2007 r. oraz sprawa *K. B. p. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, sprawa nr C-117/01, wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r.

szczegółności w kwestii dostępu osób transpłciowych do zatrudnienia i ochrony socjalnej. Zgodnie z orzecznictwem ETS, zwolnienie osoby, która zamierza zmienić płeć lub która już to uczyniła, uważane jest za dyskryminację ze względu na płeć w rozumieniu europejskiego prawa wspólnotowego<sup>8</sup>. Dalej, również Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) opublikowała dwa raporty zatytułowane „Homofobia i dyskryminacja oparta na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej” (*Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*)<sup>9</sup>.

Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE/ODHIR) opublikowała ostatnio kilka raportów i innych dokumentów zawierających analizę różnych aspektów dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w państwach członkowskich OBWE: roczne raporty OBWE/ODIHR z lat 2006 i 2007 zatytułowane „Przestępstwa na tle nienawiści w regionie OBWE: przypadki i reakcje” (*Hate crimes in the OSCE region: incidents and responses*), które zawierają rozdziały poświęcone nietolerancji wobec lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych; raport OBWE z dnia 9 marca 2009 r. dotyczący „Prawa odnoszące się do przestępstw na tle nienawiści: praktyczny przewodnik” (*Hate Crime Laws: A Practical Guide*); podręcznik praw człowieka oraz podstawowych wolności personelu sił zbrojnych w regionie OBWE/ODHIR (*Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel of the OSCE/ODIHR*),<sup>10</sup> raport „Obrońcy praw człowieka w regionie OBWE: wyzwania i dobre praktyki” (*Human rights defenders in OSCE region: challenges and good practices*), obejmujący okres od kwietnia 2007 do kwietnia 2008 r.<sup>11</sup>

W strukturach Organizacji Narodów Zjednoczonych, przyjęto w dniu 17 grudnia 2008 r. w ramach Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych deklarację, popartą przez 66 państw<sup>12</sup>, potępiającą naruszenia prawa oparte na orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej, takie jak zabójstwa, tortury, arbitralne aresztowania, pozbawienie praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych, w tym prawa do zdrowia. Była to pierwsza deklaracja w tej kwestii przyjęta w ramach Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Mechanizmy ochrony praw człowieka w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych – organy traktatowe oraz Rada Praw Człowieka – coraz częściej zajmują się problemami dyskryminacji ze względu na orientację płciową<sup>13</sup>. Ogólnie można dostrzec, że kwestie związane z

<sup>8</sup> Zob. *P p. S i Cornwall County Council*, par. 21 wyroku.

<sup>9</sup> *Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Part I – Legal analysis. Part II – The social situation*. Publikacja dostępna w języku angielskim na stronie: <http://www.fra.europa.eu>.

<sup>10</sup> Publikacja dostępna jedynie w języku angielskim na stronie: <http://www.osce.org/item/30553.html>.

<sup>11</sup> Publikacja dostępna jedynie w języku angielskim na stronie: <http://www.osce.org/item/30553.html>.

<sup>12</sup> Albania, Andora, Argentyna, Armenia, Australia, Austria, Belgia, Boliwia, Bośnia i Hercegowina, Brazylia, Bułgaria, Chile, Chorwacja, Cypr, Czarnogóra, Czechy, Dania, Ekwador, Estonia, Finlandia, Francja, Gabon, Grecja, Gruzja, Gwinea-Bissau, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Islandia, Izrael, Japonia, Kanada, Kolumbia, Kuba, Liechtenstein, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Macedonia, Malta, Mauritius, Meksyk, Nepal, Niemcy, Nikaragua, Norwegia, Nowa Zelandia, Paragwaj, Polska, Portugalia, Republika Środkowoafrykańska, Republika Zielonego Przylądka, Rumunia, San Marino, Serbia, Słowacja, Słowenia, Szwajcaria, Szwecja, Timor Wschodni, Urugwaj, Wielka Brytania, Wenezuela, Włochy, Wyspy Świętego Tomasza i Książęca. W marcu 2009 r. również Stany Zjednoczone podpisały się pod tą deklaracją.

<sup>13</sup> W sprawie *Toonen p. Australii* (Komunikacja nr 488/1992, dok. ONZ CCPR/C/50/D/488/1992(1994)), Komitet Praw Człowieka wyraźnie uznał, że prawa człowieka osób homoseksualnych są chronione przez system ochrony praw człowieka Narodów Zjednoczonych, wskazując, że art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych (MPPOiP) obejmuje orientację seksualną pod pojęciem „płeć”. W sprawach *Young p. Australii* (Komunikacja nr 941/2000, dok. ONZ CCPR/C/78/D/941/2000(2003)) i *X p. Kolumbii* (Komunikacja

dyskryminacją opartą na orientacji seksualnej są coraz bardziej brane pod uwagę. Za przykład może służyć nota informacyjna dotycząca skarg uchodźców, związanych z orientacją seksualną i tożsamością płciową<sup>14</sup>, opublikowana przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. uchodźców (UNHCR) w listopadzie 2008 r. Komitet Rady Społecznej i Gospodarczej ONZ ds. Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych opublikował komentarze ogólne na temat niedyskryminacji w wykonywaniu praw gospodarczych, socjalnych i kulturowych zawartych w artykule 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przypominając, że orientacja seksualna i tożsamość płciowa są podstawami dyskryminacyjnymi zabronionymi przez Pakt, jako mieszczące się w kategorii „jakiegokolwiek inne okoliczności”<sup>15</sup>. Również Komitet Narodów Zjednoczonych ds. Praw Dziecka podkreślił, że Konwencja Praw Dziecka wymaga od państw członkowskich przyjęcia odpowiednich środków, w tym środków prawnych, zapewniających ochronę dzieci przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną<sup>16</sup>. Komitet wyraził również zaniepokojenie że młode osoby homoseksualne i transpłciowe nie mają dostępu do odpowiednich informacji, wsparcia oraz niezbędnej ochrony, które pozwoliłyby im żyć w zgodzie z ich orientacją seksualną<sup>17</sup>.

Niniejszy dokument jest pierwszym sporządzonym przez Komitet Ministrów Rady Europy dokumentem odnoszącym się wyłącznie do problemu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

W dniu 2 lipca 2008 r. na 1031 posiedzeniu zastępców ministrów, Komitet Ministrów podkreślił swoje przywiązanie, w formie deklaracji, do zasady równych praw oraz godności każdego człowieka, w tym lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Mając na uwadze, że w Europie występuje niestety w dalszym ciągu powszechna dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, a także homofobia oraz nietolerancja wobec osób transpłciowych, Komitet Ministrów powtórzył, że standardy Rady Europy odnośnie tolerancji oraz niedyskryminacji powinny być stosowane we wszystkich społeczeństwach europejskich, zaś dyskryminacja ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową nie jest z nimi zgodna.

W związku z tym, Komitet Ministrów w zwrócił się do Komitetu Sterującego ds. Praw Człowieka (CDDH) o przygotowanie zalecenia w sprawie środków do zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, aby zapewnić poszanowanie praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz aby promować tolerancję wobec tych osób. Zostało również wskazane, że zalecenie to powinno wskazywać środki, jakie powinny zostać przyjęte w tym celu i w związku z tym nie powinno

---

nr 1361/2005, dok. ONZ CCPR/C/89/D/1361/2005 (2007)) pogląd ten został potwierdzony w odniesieniu do dyskryminacji żyjącego partnera w związku osób tej samej płci w kwestii uprawnień do świadczeń emerytalnych po zmarłym partnerze.

<sup>14</sup> Nota *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* z listopada 2008 r. dostępna jest tylko w języku angielskim na stronie:

<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c22547,,48abd5660,0.html>.

<sup>15</sup> Zob. dokument Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych, par. 32,

[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20\\_fr.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_fr.doc).

<sup>16</sup> Uwagi końcowe Komitetu Praw Dziecka w sprawie Wielkiej Brytanii (Wyspa Man) z 16 października 2000 r., dok. CRC/C/15/Add. 134.

<sup>17</sup> Uwagi końcowe Komitetu Praw Dziecka w sprawie Wielkiej Brytanii z 9 października 2002 r., dok. CRC/C/15/Add. 188.

jedynie opierać się na standardach i zasadach dotyczących praw człowieka, ale powinno również mieć praktyczne zastosowanie.

Komitet Ministrów zwrócił się również do komitetów sterujących oraz innych komitetów zajmujących się współpracą międzyrządową w ramach Rady Europy o zwrócenie szczególnej uwagi, w ramach ich kompetencji, na kwestię unikania oraz zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej oraz o propozycje konkretnych działań międzyrządowych lub innych działań, mających na celu umocnienie, zarówno w prawie jak i w praktyce, równych praw oraz poszanowania godności lesbijek, gejów osób biseksualnych i transpłciowych, a także o zwalczanie dyskryminacyjnych zwyczajów w społeczeństwie wobec takich osób.

W dniu 16 lutego 2009 r., na swoim 1048 spotkaniu, Komitet Ministrów zatwierdził warunki pracy komitetu ekspertów do spraw dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej (DH-LGBT), działającego w ramach CDDH. Komitet ten zebrał się dwukrotnie w celu przygotowania projektu zaleceń. Zdecydował on, że załącznik do Zalecenia powinien zawierać zasady wynikające z już istniejących europejskich bądź międzynarodowych instrumentów, ze szczególnym uwzględnieniem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. CDDH zatwierdził tekst niniejszego zalecenia w zaproponowanym brzmieniu na 69 posiedzeniu (24 – 27 listopada 2009 r.) oraz przekazał Komitetowi Ministrów, który ją przyjął [w dniu 31 marca 2010 r. na 1081 posiedzeniu zastępców ministrów – uzupełniono w toku prac nad tłumaczeniem].

## **II. Uwagi**

### ***Rozważania ogólne***

Niniejsze Zalecenie zachęca państwa członkowskie do zagwarantowania, by zasady i środki zawarte w załączniku do niego, zostały wdrożone do ustawodawstwa krajowego, polityki krajowej i praktyki, odnoszących się do ochrony praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz promowania tolerancji w stosunku do nich.

Punktem wyjścia dla zasad i środków zawartych w załączniku do Zalecenia jest potrzeba walki z wysokim stopniem dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe były przez wieki – i nadal są – narażone na homofobię, transfobię i inne formy szeroko rozpowszechnionej i długotrwałej nietolerancji, prowadzącej do aktów wrogości, od wykluczenia społecznego do dyskryminacji, w całej Europie i we wszystkich dziedzinach życia, z powodu ich orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. W rezultacie, niezliczona liczba osób musiała skrywać lub tłumić swoją tożsamość i żyć w strachu, być niewidzialnym, nawet w swoich własnych rodzinach.

Zasady niniejszego Zalecenia oparte są głównie na Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Europejskiej Karcie Społecznej (w tym na zrewidowanej Karcie), ale zawierają także odniesienia do, między innymi, Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Międzynarodowych Paktów Praw Osobistych i Politycznych oraz Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Konwencji o Prawach Dziecka, Konwencji dotyczącej statusu uchodźców oraz do orzecznictwa odpowiednich trybunałów i organów traktatowych. Tylko te państwa członkowskie, które ratyfikowały powyższe konwencje – tworzące podstawy dla zasad niniejszego Zalecenia, są związane zobowiązaniami i orzecznictwem z nich wynikających. Niemniej jednak, wymienione wyżej instrumenty międzynarodowej ochrony praw człowieka stanowią źródło inspiracji i wszystkie państwa członkowskie są zachęcane do poszanowania zasad i wdrożenia odpowiednich środków do walki z dyskryminacją opartą na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej oraz do promowania tolerancji. W całym tekście zawarte są również inne ważne odniesienia do różnych instrumentów, w tym do Białej Księgi Dialogu Międzykulturowego, Europejskiej Karty Sportu, rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1608 (2008) w sprawie samobójstw dzieci i młodzieży w Europie, stanowiących poważny problem zdrowia publicznego, rezolucji nr 1660 (2009) na temat sytuacji obrońców praw człowieka w krajach członkowskich Rady Europy, zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich nr R (97) 20 w sprawie „mowy nienawiści”, zalecenia nr Rec (2001) 10 w sprawie Europejskiego Kodeksu Etyki Policyjnej, zalecenia nr Rec (2007) 17 w sprawie standardów i mechanizmów dotyczących równości płci oraz do Zalecenia Ogólnego nr 10 Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w sprawie zwalczania rasizmu i dyskryminacji rasowej w oświacie i procesie edukacji.

Działania mające na celu zwalczanie dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej powinny rozpocząć się od przeglądu istniejących środków prawnych i innych środków, które mogłyby prowadzić, w sposób bezpośredni lub pośredni, do dyskryminacji danej osoby lub grupy osób na tej podstawie. W dalszej kolejności działania te powinny objąć przeprowadzenie odpowiednich badań oraz zebranie i poddanie analizie właściwych danych, w celu systematycznego i efektywnego monitorowania wpływu istniejących środków prawnych i innych środków na prawo do bycia niedyskryminowanym z powodu orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej oraz zadośćuczynienia za akty dyskryminacji, bezpośredniej bądź pośredniej, opartej na tych podstawach. Powyższe działania będą wymagały czasu na ich pełne wdrożenie i różne ramy czasowe mogą zostać przewidziane na zrealizowanie poszczególnych, wymienionych wyżej elementów. Zrozumiałym jest, że będą musiały zostać zniesione tylko te ograniczenia, które mają charakter dyskryminujący.

Europejski Trybunał Praw Człowieka już w swoich wyrokach w sprawach *Dudgeon p. Wielkiej Brytanii*<sup>18</sup> i *Norris p. Irlandii*<sup>19</sup> uznał, że utrzymywanie w mocy przepisów prawa zakazujących prywatnych stosunków homoseksualnych stanowi trwałe naruszenie prawa skarżącego do poszanowania jego życia prywatnego (którego elementem jest życie seksualne), nawet gdy to prawo nie skutkuje już wszczęciem postępowania karnego. Istniejąca dawniej Europejska Komisja Praw Człowieka w raporcie kończącym sprawę

---

<sup>18</sup> *Dudgeon p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 7525/76, wyrok z dnia 22 października 1981 r., par. 41. Była to pierwsza sprawa, w której Komisja i Trybunał wypowiedziały się przeciwko istnieniu prawa uznającego homoseksualizm za nielegalny.

<sup>19</sup> *Norris p. Irlandii*, skarga nr 10581/83, wyrok z dnia 26 października 1988 r., par. 38.

*Sutherland p. Wielkiej Brytanii*<sup>20</sup> uznała, że, mimo iż przeciwko skarżącemu nie zostało wytoczone postępowanie karne, ani nie grożono mu jego wszczęciem, to samo istnienie przepisów umożliwiających takie działanie miało bezpośredni wpływ na jego życie prywatne. Zaś Komitet Ministrów Rady Europy w odpowiedzi na Rekomendację 211 (2007) Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy zwrócił uwagę, że „w szeregu wyroków<sup>21</sup> Trybunał podkreślił, że jakkolwiek dyskryminacja oparta na orientacji seksualnej jest sprzeczna z Konwencją. Wszystkie Państwa Członkowskie stosując prawo krajowe muszą przestrzegać Konwencji, w szczególności w świetle orzecznictwa Trybunału”<sup>22</sup>.

W odniesieniu do środków kontrolnych, jedną z możliwych opcji mogłoby być przyjęcie i skuteczne implementowanie przez państwa członkowskie okresowych planów działania na szczeblu krajowym, regionalnym i lokalnym, a także przyjęcie odpowiednich wskaźników pozwalających na zmierzenie skutków i postępów we wdrażaniu tych planów.

Dodatkowo powinny zostać przyjęte i skutecznie wdrożone właściwe środki do zwalczania dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, zapewniające poszanowanie praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz propagujące tolerancję względem nich. Państwa członkowskie powinny dołożyć starań, aby przewidziane w ich krajach środki prawne i inne środki były odpowiednie do walki z dyskryminacją na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, powinny również opracować i skutecznie implementować wszechstronną strategię, obejmującą także długoterminową edukację i programy podnoszące świadomość, ukierunkowaną na przeciwdziałanie dyskryminacji i opartym na uprzedzeniach postawom i zachowaniom w społeczeństwie oraz na korygowanie stereotypów i uprzedzeń (poprzez na przykład jasny przekaz polityczny skierowany do społeczeństwa, w tym do specjalistów związanych z mediami).

Państwa członkowskie powinny zapewnić ofiarom skuteczny dostęp do środków ochrony prawnej za pośrednictwem odpowiednich organów krajowych, nawet jeśli naruszenie zostało popełnione przez osoby sprawujące władzę publiczną. Środki te powinny być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające oraz zakładać, we wskazanych przypadkach, przyznanie odpowiedniego odszkodowania ofiarom dyskryminacji. Władze państwowe powinny również przedsięwziąć odpowiednie kroki w celu zapewnienia, aby ofiary miały świadomość istnienia takich środków.

Państwa członkowskie są także zachęcane do zapewnienia, poprzez właściwe narzędzia (włączając w to Internet) i inicjatywy, aby treść niniejszego Zalecenia wraz z załącznikiem została jak najszerszej rozpowszechniona, tak, aby lesbijki, geje, osoby biseksualne i

---

<sup>20</sup> *Sutherland p. Wielkiej Brytanii*, nr skargi 25186/94, raport Komisji z 1 lipca 1997 r. – nie publikowany, w którym krytyce zostało poddane istnienie przepisów różnicujących minimalną granicę wieku (wiek, od którego osoba jest zdolna do wyrażenia prawnie wiążącej zgody na stosunki seksualne) dla dobrowolnych stosunków homoseksualnych i heteroseksualnych mężczyzn.

<sup>21</sup> W szczególności: *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii*, cyt. wyżej; *L. i V. p. Austrii*, skargi nr 39392/98 i 39829/98, wyrok z dnia 9 stycznia 2003 r.; *Karner p. Austrii*, cyt. wyżej; *B.B. p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 53760/00, wyrok z dnia 10 lutego 2004 r.

<sup>22</sup> Odpowiedź przyjęta przez Komitet Ministrów dnia 16 stycznia 2008 r. na 115 spotkaniu zastępców ministrów – CM/Cong(2008)Rec211 final.

transpłciowe poznały swoje prawo do równego traktowania, ale także aby zwiększyć świadomość wśród administracji publicznej, organów prawo stosujących, w tym systemu penitencjarnego, sądownictwa, państwowego systemu ochrony praw człowieka, systemu oświaty, systemu ochrony zdrowia oraz wśród przedstawicieli publicznych i prywatnych związków pracowników i pracodawców, mediów i właściwych organizacji pozarządowych.

Co się tyczy kwestii uzupełniających odnośnie niniejszego Zalecenia, rządy państw członkowskich są zaproszone do dokonania przeglądu jej stosowania poprzez Komitet Ministrów, po upływie trzech lat od jej przyjęcia.

## **I. Prawo do życia, bezpieczeństwa i ochrony przed przemocą**

### **A. „Przestępstwa na tle nienawiści” i inne „incydenty na tle nienawiści”**

1-2. Przestępstwa na tle 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.<sup>23</sup> Na potrzeby niniejszego Zalecenia, termin „incydent na tle nienawiści” (*hate-motivated incident*) obejmuje 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. Termin ten jest wystarczająco szeroki, aby objąć nim szereg przejawów nietolerancji, od incydentów motywowanych uprzedzeniem aż do aktów przestępstwa<sup>24</sup>. Przestępstwa i inne incydenty na tle nienawiści są bardzo przykre dla ofiar i społeczności, do której te ofiary należą, a co bardziej uderzające – z punktu widzenia ofiary największe znaczenie ma fakt, iż padła ofiarą przestępstwa z powodu niezmiennego i fundamentalnego aspektu swojej tożsamości<sup>25</sup>. Ale przestępstwa te uderzają także w podstawę społeczeństw demokratycznych i rządów prawa, jako że stanowią atak na fundamentalną zasadę równości w godności i prawach wszystkich ludzi, zapisaną w artykule 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ. Lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe są celem wielu takich przestępstw i incydentów. Według raportu OBWE/ODIHR „Przestępstwa na tle nienawiści w regionie OBWE: przypadki i reakcje<sup>26</sup>”, homofobiczne przestępstwa i incydenty często charakteryzują

---

<sup>23</sup> We wstępie do raportu OBWE *Hate Crime Laws – A Practical Guide* (s. 7) przestępstwa na tle nienawiści zostały zdefiniowane jako “przestępstwa motywowane nietolerancją w stosunku do pewnych grup społeczeństwa”. OBWE/ODIHR przedstawia także „roboczą definicję” w swoim raporcie rocznym za rok 2006, gdzie przestępstwa na tle nienawiści to „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”. Zob. również definicję brytyjskiego resortu ds. spraw wewnętrznych (Home Office): <http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime/hate-crime/> lub też amerykańskiego resortu sprawiedliwości (Department of Justice – Bureau of Justice Assistance): *A Policymaker’s Guide to Hate Crimes*, <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/bja/162304.pdf>.

<sup>24</sup> Zob. raport roczny OBWE za rok 2006, s. 9, [http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296\\_931\\_en.pdf](http://www.osce.org/publications/odihr/2007/09/26296_931_en.pdf).

<sup>25</sup> Zob. raport OBWE *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, s. 42, [http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671\\_1263\\_en.pdf](http://www.osce.org/publications/odihr/2009/03/36671_1263_en.pdf).

<sup>26</sup> Zob. raport roczny OBWE za rok 2006, s. 53-54.

się wysokim stopniem okrucieństwa i brutalności, obejmują ciężkie pobicia, tortury, okaleczenia, kastrację a nawet napaść seksualną i mogą doprowadzić do śmierci. Mogą także przyjąć formę zniszczenia własności, obrażania, ataków werbalnych, gróźb lub zastraszania.

Zrozumiałym jest, że dobór najbardziej odpowiednich środków i procedur odnoszących się do przestępstw i incydentów na tle nienawiści będzie zależał od stosownych regulacji krajowych i okoliczności danej sprawy, tj. od tego, czy dotyczyć ona będzie naruszenia prawa karnego, cywilnego, administracyjnego czy też innych regulacji (na przykład dotyczących postępowań dyscyplinarnych). W związku z tym, terminy „śledztwo” i „sankcje” powinny być odczytywane szeroko, w zależności od okoliczności danej sprawy.

Środki prawne do walki z tymi przestępstwami są kluczowe. Poprzez potępienie dyskryminujących pobudek, wysyłają do sprawców tych przestępstw sygnał, że w sprawiedliwym i obywatelskim społeczeństwie takie zachowania nie będą tolerowane. Zaś poprzez uznanie krzywdy wyrządzanej ofiarom, dają tym ludziom i ich społecznościom pewność bycia chronionym przez system sądownictwa karnego. Dodatkowo, istnienie takich środków sprawia, że przestępstwa i incydenty motywowane nienawiścią stają się bardziej widoczne i łatwiejsze staje się zbieranie danych statystycznych na ich temat, które z kolei są niezwykle istotne dla opracowania środków służących zapobieganiu tym przestępstwom i przeciwdziałaniu im.

W ustawodawstwie przestępstwa na tle nienawiści będą na ogół zagrożone większym wymiarem kary, gdyż popełniane są z dyskryminujących pobudek. Niewzięcie pod uwagę takiego dyskryminującego motywu może zostać uznane w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka za przejaw dyskryminacji pośredniej<sup>27</sup>. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby dyskryminujące pobudki związane z orientacją seksualną i tożsamością płciową mogły zostać uznane za okoliczność obciążającą. Co więcej, powinny zapewnić, aby takie pobudki były właściwie udokumentowane gdy sąd zadecyduje o nałożeniu surowszej kary<sup>28</sup>. Co najmniej 14 państw członkowskich Rady Europy włączyło do swojego ustawodawstwa orientację seksualną jako okoliczność obciążającą<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> *Angelova i Iliev p. Bułgarii*, nr skargi 55523/00, wyrok z dnia 26 lipca 2007 r., par. 115: „W czasie prowadzenia śledztwa w sprawie brutalnych wystąpień władze państwowe mają dodatkowy obowiązek do przedsięwzięcia wszelkich uzasadnionych kroków w celu zdemaskowania wszelkich rasistowskich pobudek oraz ustalenia czy nienawiść lub uprzedzenia na tle etnicznym odgrywały rolę w tych wydarzeniach. Brak takich działań i potraktowanie przemocy i brutalności wywołanej rasizmem na równi ze sprawami, które nie mają rasistowskiego podtekstu, byłoby ignorowaniem specyficznej natury aktów, które mają szczególnie niszczący wpływ na podstawowe prawa. Brak przeprowadzenia rozróżnienia w sposobie załatwiania spraw, które są zasadniczo od siebie różne może stanowić nieuzasadnione traktowanie nie dające się pogodzić z artykułem 14 Konwencji”.

<sup>28</sup> Cytowany wyżej raport OBWE *Hate Crime Laws – A Practical Guide*, s. 36, wskazuje, że w niektórych krajach przyczyny zaostrzenia kary nie są publicznie dokumentowane, co w znacznej części pozbawia odpowiednie przepisy ich symbolicznego waloru i statystycznej wartości.

<sup>29</sup> Tytułem przykładu, artykuł 132-77 francuskiego kodeksu karnego mówi, że „W przypadkach określonych przez odpowiednie przepisy, kary przewidziane za przestępstwo lub występki powinny zostać zaostrzone, gdy naruszenie przepisów prawa nastąpiło z powodu orientacji seksualnej ofiary”. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) zauważa, że 10 państw członkowskich Unii Europejskiej uznało orientację seksualną jako okoliczność obciążającą. Są to: Belgia, Dania, Finlandia, Francja, Hiszpania, Holandia, Portugalia, Rumunia, Szwecja i Wielka Brytania. Zob. *Homophobia...*, cyt. wyżej, część I – analiza prawna, s. 122. Jeśli chodzi o państwa członkowskie Rady Europy to uczyniły to również Andora, Chorwacja, Islandia i Norwegia.

W rzeczywistości, z wielu raportów wynika, że niewiele spośród takich przestępstw lub incydentów zostaje zgłoszonych policji lub innym przedstawicielom władzy publicznej. Fakt, że wrogość wobec lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych może być również okazywana przez policję, tak w sytuacji, gdy ofiara sama się zgłasza, jak i w sytuacji inicjatywy samej policji, sprawia, że osoby te są jeszcze bardziej niechętne do zgłaszania się do tych instytucji<sup>30</sup>.

Prawo do ochrony ze strony państwa przed wszelkimi formami przemocy, zagwarantowane artykułem 2 i 3 Konwencji, zakłada obowiązek przyjęcia skutecznych mechanizmów prowadzenia śledztwa w przypadku użycia siły, która doprowadziła do śmierci lub w przypadku nieludzkiego i poniżającego traktowania, niezależnie od tego, czy śledztwo prowadzone jest przez przedstawicieli państwa czy też przez osoby prywatne.

Trybunał już wcześniej potwierdził, że w przypadku podejrzenia aktów przemocy o podłożu dyskryminacyjnym może zostać przyjęta specjalna procedura w celu zgromadzenia dowodów. We wcześniejszej sprawie Trybunał uznał, że dany środek może zostać uznany za dyskryminujący na podstawie skutków jego wpływu (nieproporcjonalnie szkodliwy wpływ na określoną grupę), nawet jeśli nie był bezpośrednio skierowany do tej grupy<sup>31</sup>. W przypadkach, w których użycie przemocy nastąpiło z pobudek homofobicznych lub transfobicznych, artykuły 2 i 3 w związku z artykułem 14 (korzystanie z praw i wolności przewidzianych w Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji) należy nakłaniać państwa do podjęcia wszelkich uzasadnionych kroków w celu wyjaśnienia roli, jaką domniemane uprzedzenia odegrały w danym zdarzeniu i, w konsekwencji, do przeprowadzenia rozróżnienia, zarówno w prawie, jak i w praktyce, pomiędzy sprawami, w których nastąpiło nadmierne użycie siły i sprawami dotyczącymi przestępstw na tle nienawiści. Państwa powinny podjąć szczególny wysiłek, aby zbadać, w szczególności, wszelkie homofobiczne i transfobiczne konotacje aktu przemocy, zwłaszcza że w praktyce udowodnienie pobudek homofobicznych i transfobicznych może okazać się trudne. Jako że pobudki dyskryminujące są niezwykle trudne do udowodnienia, jakość przeprowadzonego śledztwa jest szczególnie istotna. Podobnie, obowiązek przeprowadzenia efektywnego śledztwa w sprawach o podłożu rasistowskim musi zostać wypełniony bez dyskryminacji, tak jak wymaga tego artykuł 14 Konwencji<sup>32</sup>. Obowiązek ten w sposób oczywisty odnosi się również do sytuacji, w których motywem przestępstwa jest orientacja płciowa czy tożsamość płciowa.

---

<sup>30</sup> Zob. raport FRA *Homophobia...*, cyt. wyżej, część II – sytuacja społeczna, s. 46-47.

<sup>31</sup> *Hugh Jordan p. Wielkiej Brytanii*, nr skargi 24746/94, wyrok z dnia 4 maja 2001 r., par. 154.

<sup>32</sup> Zob. uzasadnienie Trybunału do sprawy *Nachova i inni p. Bułgarii*, dotyczącej zabójstw na podłożu rasistowskim, skargi nr 43577/98 i 43579/98, wyrok z dnia 26 lutego 2004 r., par. 155-162: „Prawo do życia zawarte w art. 2 Konwencji oraz ogólny zakaz dyskryminacji, jak i z powodu rasy i pochodzenia etnicznego w szczególności, zawarty w art. 14, odzwierciedlają podstawowe wartości społeczeństw demokratycznych, z których składa się Rada Europy. Czyny, których motywem jest nienawiść etniczna, i które prowadzą do pozbawienia życia, podważają podstawy tych społeczeństw i wymagają szczególnej uwagi i skutecznej odpowiedzi ze strony władz państwowych”. Ponadto, brak przeprowadzenia rozróżnienia w sposobie załatwiania spraw, które są zasadniczo od siebie różne może stanowić nieuzasadnione traktowanie niedające się pogodzić z artykułem 14 Konwencji (zob. m.in. *Thlimmenos p. Grecji* [WI], nr skargi 34369/97, wyrok z dnia 6 kwietnia 2000 r., par. 44).

3. Państwa członkowskie powinny wprowadzić odpowiednie środki mające na celu zachęcenie ofiar i świadków przestępstw i innych incydentów na tle nienawiści, dokonanych z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej ofiary, do zgłaszania takich zdarzeń. Środki te powinny zawierać:

- a. przygotowanie i rozpowszechnienie prostej i zrozumiałej definicji „przestępstwa na tle nienawiści”, zawierającej również odniesienie do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, skierowanej do społeczeństwa – aby przestępstwa te były częściej zgłaszane, oraz do policji, która rejestruje takie zgłoszenia;
- b. ustanowienie programów szkoleniowych w celu zapewnienia, aby różne struktury organów ścigania, w tym sądownictwo, posiadały umiejętności niezbędne do zapewnienia ofiarom i świadkom właściwej opieki i pomocy;
- c. utworzenie specjalnych jednostek, których zadaniem byłoby, między innymi, badanie spraw przestępstw i incydentów związanych z orientacją seksualną lub tożsamością płciową oraz powołanie specjalnych oficerów łącznikowych odpowiedzialnych za utrzymywanie kontaktów z lokalnymi społecznościami w celu rozwijania relacji opartej na zaufaniu;
- d. położenie szczególnego nacisku na ustanowienie niezależnego i skutecznego mechanizmu przyjmowania i badania zgłoszeń o przestępstwach na tle nienawiści lub innych incydentów na tle nienawiści popełnianych przez pracowników organów ścigania, w szczególności, gdy jednym z motywów była orientacja seksualna lub tożsamość płciowa;
- e. wdrożenie systemu anonimowych skarg lub skarg składanych przez Internet lub poprzez inne środki łatwej i szybkiej komunikacji oraz dopuszczenie możliwości przyjmowania zgłoszeń składanych przez osoby trzecie w celu zgromadzenia informacji na temat zasięgu i szczególnej natury tych incydentów.

Dodatkowo, państwa członkowskie powinny podjąć odpowiednie kroki, na przykład poprzez opracowanie kodeksów dobrych praktyk i przeprowadzenie szkoleń, aby zapewnić, by lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe były traktowane bez dyskryminacji przez organy ścigania i inne organy utworzone po to, aby zachęcać ofiary i świadków do zgłaszania przestępstw i incydentów na tle nienawiści. Państwa członkowskie powinny również podjąć odpowiednie działania w celu zapewnienia, aby homofobiczne i transfobiczne zachowania, w tym tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie takie jak molestowanie seksualne, nadmiernie przykre przeszukania osobiste i uwłaczający język były w tych organach unikane i, w przypadku zaistnienia takiej konieczności, postępowania dyscyplinarne i sankcje karne były stosowane.

4. Stosowanie tortur oraz innego nieludzkiego lub poniżającego traktowania jest całkowicie zakazane przez Europejską Konwencję Praw Człowieka (artykuł 3). Osoby pozbawione wolności, w tym umieszczone w szpitalach psychiatrycznych, znajdujące się pod opieką i odpowiedzialnością władz państwowych, są szczególnie podatne na krzywdę i władze mają obowiązek ich ochrony, zarówno przed działaniami funkcjonariuszy państwowych, jak i innych osadzonych. Jest to tym bardziej istotne dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, które są jeszcze bardziej podatne na pewne rodzaje nadużyć i narażone na zastraszanie przez innych, przemoc, upokorzenie, molestowanie seksualne, gwałt

i inne formy znęcania się. Państwa powinny być szczególnie wyczulone na takie sytuacje, powinny zapewnić też, aby zobowiązania wynikające z orzecznictwa Trybunału były przestrzegane, a także wdrożyć właściwe i skuteczne procedury pozwalające na ustalenie i pociągnięcie do odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej osób odpowiedzialnych za takie zachowania lub za zaniechania w nadzorze nad miejscami osadzenia.

W przypadku osób transpłciowych władze państwowe powinny być szczególnie ostrożne przy wyborze rodzaju więzienia (męskiego czy żeńskiego), tak aby zapewnić właściwą ochronę i poszanowanie tożsamości płciowej osoby skazanej. Waga subiektywnego wyboru danej osoby jest nierozdzielnie 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 więzienia, 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 zmiany płci.

5. Aby móc zwalczać dyskryminację, 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. Komisarz Praw Człowieka zwrócił uwagę na brak danych dotyczących sytuacji osób transpłciowych w Europie, w szczególności w państwach członkowskich nie należących do Unii Europejskiej<sup>33</sup>.

Narzędzia tego rodzaju powinny wyjść poza zaledwie dokumentowanie incydentów – powinny być one przydatne dla przyszłych inicjatyw skierowanych na zapobieganie takim incydentom i podnoszenie świadomości społecznej na temat agresji na tle homofobicznym i transfobicznym oraz dla wykształcenia odpowiednich środków do jej zwalczania. Państwa członkowskie powinny zatem wyposażyć się w skuteczne narzędzia do analizy danych i informacji, aby uzyskać lepsze pojęcie, jakościowe i ilościowe, na temat dyskryminacji wobec lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, w szczególności gdy obejmuje ona przestępstwa na tle nienawiści. Państwa powinny również w sposób aktywny zachęcać do prowadzenia badań nad naturą i przyczynami wrogiego i negatywnego zachowania w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, z zamiarem wykorzystania tych badań do sformułowania skutecznej polityki zwalczania tego zjawiska.

## ***B. „Mowa nienawiści”***

6-8. W swoim zaleceniu nr R (97) 20 z dnia 30 października 1997 r. w sprawie „mowy nienawiści”, Komitet Ministrów stwierdził, że termin „mowa nienawiści” powinien być rozumiany jako obejmujący wszelkie formy wypowiedzi, które rozpowszechniają, podżegają,

---

<sup>33</sup> *Human Rights and Gender Identity*, Issue Paper, Komisarz Praw Człowieka, 29 lipca 2009 r., s. 9, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1331143&SecMode=1&DocId=1433126&Usage=2>.

promują, bądź usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm i inne formy nienawiści opartej na nietolerancji, w tym dyskryminację i wrogość wobec mniejszości. Na potrzeby niniejszego Zalecenia, termin „mowa nienawiści” jest rozumiany jako obejmujący wszystkie te formy wypowiedzi motywowane nienawiścią, niezależnie od użytych środków wyrazu – włączając w to Internet i inne środki nowoczesnej komunikacji.

Jak wskazuje również Biała Księga Dialogu Międzykulturowego, debata publiczna musi szanować różnorodność kulturalną<sup>34</sup>. Publiczne wypowiedzi rasistowskie, ksenofobiczne lub dotyczące innej formy nietolerancji, niezależnie od tego czy wypowiedziane zostały przez indywidualne osoby w urzędach państwowych, czy przez członków społeczeństwa obywatelskiego, powinny zostać odrzucone i potępione, w zgodzie z odpowiednimi zapisami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w tym z artykułem 17. Homofobiczne wypowiedzi osób publicznych są szczególnie niepokojące, gdyż mogą negatywnie wpływać na opinię publiczną i podsycać nietolerancję.

W tym samym zaleceniu, Komitet Ministrów zapewnia, że „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 pojawią” (zasada 1). Jednocześnie bardzo ważne jest, aby wszelkie ograniczenia wolności wypowiedzi były „wąsko określone i stosowane zgodnie z prawem oraz w sposób wolny od arbitralności, na podstawie obiektywnych kryteriów i poddane niezależnej kontroli sądowej” (zasada 3).

Trybunał stwierdził, że „ktokolwiek korzysta ze swobody wypowiedzi, podejmuje «obowiązki i odpowiedzialność», których zakres uzależniony jest od okoliczności i użytych środków technicznych”<sup>35</sup> oraz, że korzystanie z tych wolności może podlegać ograniczeniom, w szczególności w celu ochrony praw innych osób<sup>36</sup>. Trybunał uznał również, że podczas gdy artykuł 10 Konwencji pozwala na nieznaczne tylko ograniczenia swobody debaty politycznej lub debaty, to korzystanie z wolności słowa przez polityków pochodzących z wyborów, którzy jednocześnie sprawują urzędy rządowe w sferze władzy wykonawczej, pociąga za sobą szczególną odpowiedzialność<sup>37</sup>. Takie osoby, korzystając z wolności słowa muszą wykazywać się powściągliwością, zważywszy na to, że ich poglądy mogą być odbierane przez urzędników państwowych, których zatrudnienie i awanse zależą od ich zgody, jako wskazówki.

Stosownie do tego, państwa członkowskie powinny uświadamiać władze publiczne i ich organy – na poziomie ogólnokrajowym, regionalnym i lokalnym – o ich obowiązku powstrzymywania się od wypowiedzi, w szczególności skierowanych do mediów, które mogą zasadnie zostać odebrane jako mogące wywołać skutek w postaci podżegania,

---

<sup>34</sup> W sekcji 5.1 Białej Księgi stwierdzone zostało, między innymi, że „państwa powinny mieć silne ustawodawstwo zakazujące „mowy nienawiści” i rasistowskich, ksenofobicznych, homofobicznych, antysemitycznych, islamofobicznych, antyromskich i innych wypowiedzi, gdy podżegają do nienawiści lub przemocy.

<sup>35</sup> *Handyside p. Wielkiej Brytanii*, nr skargi 5493/72, wyrok z dnia 7 grudnia 1976 r., par. 49.

<sup>36</sup> Artykuł 10 § 2 Konwencji.

<sup>37</sup> *Bączkowski i inni p. Polsce*, nr skargi 1543/06, wyrok z dnia 3 maja 2007 r., par. 98-99.

rozpowszechnienia czy promowania nienawiści lub innych form dyskryminacji przeciwko lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transpłciowym. Podczas prowadzenia dialogu z reprezentantami różnych sektorów społeczeństwa obywatelskiego, w tym z firmami prywatnymi, związkami zawodowymi, organizacjami pracodawców, organizacjami politycznymi i innymi organizacjami pozarządowymi, jak i z środowiskami filozoficznymi i wspólnotami religijnymi, przedstawiciele władzy publicznej i inni reprezentanci państwa powinni także dążyć do promowania tolerancji i szacunku wobec między innymi lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz posługiwania się odpowiedzialnym i nieagresywnym językiem.

Powinno być zrozumiałym, że walka z mową nienawiści nie wymaga systematycznej kryminalizacji każdej wypowiedzi motywowanej nietolerancją i że najbardziej odpowiednie środki i procedury będą zależały od stosownych przepisów krajowych oraz od okoliczności każdej sprawy.

Komitet Ministrów w zaleceniu nr R (97) 21 dotyczącego mediów i promowania kultury tolerancji podkreśla wagę praktyki mediów i odpowiedzialności za ochronę różnych grup osób przed negatywnym stereotypizowaniem i pokazywanie pozytywnego wkładu tych grup w społeczeństwo, jaka spoczywa na mediach. Organizacje zrzeszające media, w tym media internetowe, powinny w swoich własnych działaniach promować kulturę szacunku, tolerancji i różnorodności po to, aby uniknąć negatywnego i stereotypowego ukazywania lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych i wykorzystywania poniżających materiałów lub seksistowskiego języka. Praktyki wykształcone w niektórych krajach wymagają sporządzenia kodeksów postępowania w sposób niedyskryminujący w sprawach związanych z lesbijkami, gejami, osobami biseksualnymi i transpłciowym. Inny polecany rodzaj dobrych praktyk wymaga zorganizowania medialnych kampanii uświadamiających promujących pozytywny wizerunek lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych.

Biorąc pod uwagę rosnące znaczenie Internetu i trudności z wykryciem i ukaraniem osób dopuszczających się „mowy nienawiści” w Internecie, państwa członkowskie powinny ustanowić lub utrzymać jednolite i odpowiednie ramy prawne dla działalności nowych mediów i usług oraz sieci komunikacyjnych, w tym dotyczące obszaru „mowy nienawiści” opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej<sup>38</sup>. Środki tego rodzaju powinny być wdrożone w zgodzie z art. 10 ust. 2 Konwencji, tak aby ingerencja w swobodę wypowiedzi była jak najbardziej ograniczona, przewidziana przez prawo i proporcjonalna do założonego celu. Państwa powinny między innymi<sup>39</sup>:

- zapewnić, aby orientacja seksualna i tożsamość płciowa zostały uwzględnione w odpowiednich przepisach odnoszących się do kryminalizacji naruszeń popełnionych za pośrednictwem Internetu oraz osądzić osoby odpowiedzialne za te naruszenia;

---

<sup>38</sup> W odniesieniu do powyższego, zob. także *Protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości, dotyczącego penalizacji czynów o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym popełnionych przy użyciu systemów komputerowych*, Seria Traktatów Rady Europy, nr 189.

<sup>39</sup> *Protokół dodatkowy do Konwencji o cyberprzestępczości* z dnia 30 stycznia 2003 r. ustanowił już zasadę mówiącą o tym, że akty o charakterze rasistowskim i ksenofobicznym, rozpowszechniane przez systemy komputerowe, muszą być kryminalizowane.

- przedstawić określone środki mające na celu uniknięcie rozpowszechnienia w Internecie na stronach internetowych nadzorowanych przez dostawców usług internetowych materiałów o treści homofobicznej, gróźb i obelg;
- udoskonalić międzynarodową współpracę i wzajemną pomoc pomiędzy władzami sądowymi w celu walki z rozpowszechnianiem w Internecie materiałów motywowanych nienawiścią, w tym materiałów opartych na orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

## II. Wolność stowarzyszania się

9. Trybunał stwierdził, że pozytywny obowiązek państwa do zapewnienia faktycznego i skutecznego poszanowania wolności stowarzyszania i gromadzenia się jest „szczególnie ważny dla osób o niepopularnych poglądach czy przynależących do mniejszości, ponieważ osoby te są bardziej narażone na prześladowanie”<sup>40</sup>.

Raport 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” ujawnia, iż, mimo że w ostatnich latach aktywność obrońców praw człowieka w państwach członkowskich Rady Europy zajmujących się prawami człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych znacznie się zintensyfikowała, to wciąż osoby te narażają się na duże ryzyko<sup>41</sup>. Raport OBWE zatytułowany „Obrońcy praw człowieka w regionie OBWE: wyzwania i dobre praktyki”<sup>42</sup> pokazuje, że 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. W raporcie tym wymienione są dalej środki o charakterze represyjnym: sankcje kryminalne za działalność niezarejestrowaną, nieuzasadnione ściganie, żądanie nadmiernie wygórowanych opłat za rejestrację lub ponowną rejestrację, kontrole, audyty, śledztwa prowadzone przez przedstawicieli państwa, nadużycia podatkowe a nawet nielegalne opodatkowanie.

Każdy powinien mieć możliwość – bez bycia dyskryminowanym – założenia i uzyskania akredytacji stowarzyszeń, które przekazywałyby informacje dla lub na temat lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, ułatwiałyby komunikację pomiędzy nimi i działały na rzecz ich praw. Państwa powinny zapewnić, aby pojęcia porządku publicznego, moralności publicznej, zdrowia i bezpieczeństwa publicznego nie były nadużywane w celu ograniczania korzystania z prawa do wolności stowarzyszania się. 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 lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych powinny uchylić to prawo lub zakazać praktyki oraz pozwolić

<sup>40</sup> Zob. np. Bączkowski i inni p. Polsce, cyt. wyżej, para. 64.

<sup>41</sup> Par. 31-32 raportu.

<sup>42</sup> [http://www.osce.org/publications/odihr/2008/12/35711\\_1217\\_en.pdf](http://www.osce.org/publications/odihr/2008/12/35711_1217_en.pdf), par. 19 i następne.

na ponowną rejestrację w przypadkach, w których dana organizacja została rozwiązana<sup>43</sup>. 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 usłyszany.

10. Dostęp do środków publicznych przeznaczonych na finansowanie organizacji pozarządowych powinien być zapewniony bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową. Organizacje pozarządowe powinny móc bez ograniczeń ubiegać się o i otrzymywać dotacje – w gotówce lub innego rodzaju – nie tylko od władz publicznych w ich własnych państwach, ale i od darczyńców instytucjonalnych i indywidualnych oraz od innych państwowych lub międzynarodowych agencji. Dotacje te mogą podlegać tylko stosownym przepisom celnym, dewizowym, dotyczącym przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz dotyczącym finansowania kampanii wyborczych i partii politycznych<sup>44</sup>.

11. Ci, którzy bronią praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych są – jak przypomina Zgromadzenie Parlamentarne<sup>45</sup> – najbardziej spośród obrońców praw człowieka narażeni na ataki i nadużycia, z uwagi na ich tożsamość lub z powodu kwestii, którymi się zajmują. Zgodnie z Deklaracją Komitetu Ministrów w sprawie działań Rady Europy na rzecz poprawy ochrony obrońców praw człowieka i promowania ich działalności z dnia 6 lutego 2008 r.<sup>46</sup>, 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.

Działania te mogą obejmować, na przykład, pozwolenie obrońcom praw człowieka na wiązanie się między sobą w sieć, 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

<sup>43</sup> Zob. *Partia Prezydencka Mordovia p. Rosji*, skarga nr 65659/01, wyrok z dnia 5 października 2004 r.; *Turecka Zjednoczona Partia Komunistyczna i inni p. Turcji*, skarga nr 19392/92, wyrok z dnia 30 stycznia 1998 r.; *Kościół Metropolitalny Besarabii i inni p. Mołdawii*, skarga nr 45701/99, wyrok z dnia 13 grudnia 2001 r.; *Zjednoczona Organizacja Macedońska Ilinden – PIRIN i inni p. Bułgarii*, skarga nr 59489/00, wyrok z dnia 20 października 2005 r. oraz przeglądy Komitetu Ministrów z wykonywania tych wyroków (zob. np. dokument CM/Inf/DH(2007)8 z dnia 7 stycznia 2007 r.).

<sup>44</sup> W związku z powyższym zob. Zalecenie CM/Rec (2007) 14 Komitetu Ministrów skierowane do państw członkowskich dotyczące statusu prawnego organizacji pozarządowych w Europie.

<sup>45</sup> Zob. rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1660 (2009) – Sytuacja obrońców praw człowieka w państwach członkowskich Rady Europy, par. 5.

<sup>46</sup> Deklaracja Komitetu Ministrów w sprawie działań Rady Europy na rzecz poprawy ochrony obrońców praw człowieka i promowania ich działalności (przyjęta dnia 6 lutego 2008 r. na 1017 spotkaniu zastępców ministrów).

polegać na zachęcaniu do udziału obrońców praw człowieka w szkoleniach, międzynarodowych konferencjach i innych działaniach mających na celu popieranie praw człowieka.

W związku z tym istotne jest również, aby państwa członkowskie zapewniały szybką pomoc i środki ochrony obrońcom praw człowieka w państwach trzecich, takie jak obserwacja procesów sądowych tam, gdzie jest to wskazane i/lub wydawanie wiz w nagłych przypadkach, jeśli jest to możliwe.

12. Państwa członkowskie są mocno zachęcane do opracowania planów współpracy z organizacjami broniącymi praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, planów wymiany informacji i dobrych praktyk na temat sposobów zapobiegania dyskryminacji na podstawie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej oraz promowania szacunku i tolerancji. Państwa są również zaproszone do zaangażowania się w kampanie uświadamiające, aby sprzyjać atmosferze zaufania i wzajemnego szacunku pomiędzy członkami danych społeczności a administracją publiczną. Państwa członkowskie powinny konsultować się z organizacjami broniącymi praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych odpowiednio przy uchwalaniu i wdrażaniu środków, które mogą mieć wpływ na ich prawa człowieka.

### **III. Wolność wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się**

13. Prawo do swobody wyrażania opinii, w szczególności do dzielenia się swoją tożsamością i wyrażania jej, jest fundamentalne dla promocji różnorodności i tolerancji w społeczeństwie<sup>47</sup>. Trybunał wielokrotnie orzekał, że swoboda wypowiedzi odnosi się nie tylko do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz także do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. „Takie są wymagania pluralizmu i tolerancji, bez których społeczeństwo demokratyczne nie istnieje”<sup>48</sup>.

Każdy musi mieć prawo do wolności wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się bez dyskryminowania, między innymi na podstawie swojej orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. 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 jakikolwiek środek wyrazu<sup>49</sup>.

Państwa powinny podjąć odpowiednie kroki, aby zachęcić odbieranie i przekazywanie informacji i poglądów związanych z orientacją seksualną i tożsamością płciową, włączając w

---

<sup>47</sup> Odpowiedź Komitetu Ministrów z dnia 16 stycznia 2008 r. na Rekomendację 211 (2007) Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy.

<sup>48</sup> *Handyside p. Wielkiej Brytanii*, cyt. wyżej, par. 49.

<sup>49</sup> Art. 19 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r.; Art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka.

to działania wspierające prawa człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, publikację materiałów, relacje medialne, organizację i/lub udział w konferencjach oraz rozpowszechnianie i dostęp do informacji na temat bezpiecznych praktyk seksualnych. Państwa powinny również zachęcać do pluralizmu i niedyskryminacji w mediach w odniesieniu do kwestii orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

14. Zostało zauważone, że wśród państw członkowskich Rady Europy korzystanie ze swobody wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe oraz organizacje ich reprezentujące powodowało czasami pojawienie się wrogości, która bywało że skutkowało nawet zakazem dla parad dumy „gay pride” lub brutalnymi atakami na demonstrantów oraz niedopełnieniem przez policję obowiązku zapewnienia ochrony tym demonstrantom. W wielu przypadkach zauważono również, że władze, pomimo pozytywnego obowiązku ochrony swoich obywateli przed dyskryminacją, aprobują, aktywnie wspierają lub same dopuszczają się takich niesprawiedliwych działań, przez co zachęcają do homofobicznych i transfobicznych postaw i działań<sup>50</sup>.

15. Oznacza to, że władze mają pozytywny obowiązek przyjęcia skutecznych środków w celu zapewnienia bezpieczeństwa i poszanowania lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, którzy chcą się gromadzić i wypowiadać, nawet jeśli ich poglądy są niepopularne i nie są podzielane przez większość społeczeństwa. Lokalne władze, sądy, policja i państwowe struktury ochrony praw człowieka oraz ombudsman mają w związku z tym obowiązek ochrony prawa do swobodnego wypowiedzania się i pokojowego zgromadzania się również lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych oraz organizacji zajmujących się ochroną praw tych osób.

Odnosnie w szczególności organów ścigania, powinno zostać zaznaczone, że Komitet Ministrów w zaleceniu z dnia 19 września 2001 r. w sprawie Europejskiego Kodeksu Etyki Policyjnej<sup>51</sup> stwierdził, że policja podczas wykonywania swoich czynności „powinna zawsze mieć na uwadze podstawowe prawa każdej osoby, takie jak wolność myśli, sumienia, wyznania, wypowiedzi, pokojowego zgromadzania się, przemieszczania się i niezakłóconego korzystania z mienia”, i że „personel policji powinien postępować uczciwie i odnosić się z szacunkiem do ludzi, przykładając właściwą uwagę do sytuacji osób należących do szczególnie wrażliwych grup”.

16. Mimo, że Konwencja dopuszcza nałożenie pewnych ograniczeń na korzystanie z prawa do wolności wyrażania opinii i zgromadzania się, to jednak ograniczenia muszą być przewidziane przez prawo i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności oraz ochronę praw i wolności innych osób<sup>52</sup>. Państwa członkowskie powinny zapewnić, aby

<sup>50</sup> Raport FRA, *Homophobia...*, cyt. wyżej, część II – sytuacja społeczna, s. 54-58.

<sup>51</sup> Zalecenie Komitetu Ministrów Rec(2001)10 w sprawie Europejskiego Kodeksu Etyki Policyjnej, przyjęte przez Komitet Ministrów w dniu 19 września 2001 r., podczas 765 posiedzenia Zastępców Ministrów, par. 43 i 44.

<sup>52</sup> Zob. również OBWE/ODIHR – Komisja Wenecka, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, w szczególności par. 69.

pojęcia te nie były nadużywane w celu ingerowania w korzystanie z prawa do swobody wyrażania opinii przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe. Co więcej, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, pokojowe zgromadzenia, niezależnie od tego, czy wyrażające poparcie dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, czy też dla innych osób, 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 demonstracji<sup>53</sup>.

Trybunał w swoim orzecznictwie uznał, że demonstracja może „rozgniewać lub obrazić osoby przeciwne poglądom lub twierdzeniom, które chce ona promować. Jednak uczestnicy demonstracji muszą być w stanie przeprowadzić demonstrację nie obawiając się o to, że zostaną narażeni na przemoc fizyczną ze strony swoich przeciwników; (...) W demokracji prawo do kontrmanifestacji nie może ograniczać prawa do manifestowania”<sup>54</sup>.

W każdym razie, jakakolwiek ingerencja w korzystanie z wolności wypowiedzi powinna być „wąsko określona i stosowana zgodnie z prawem oraz w sposób wolny od arbitralności i na podstawie obiektywnych kryteriów” oraz powinna być „poddana niezależnej kontroli sądowej”<sup>55</sup>.

17. Władze publiczne na wszystkich szczeblach powinny być zachęcane do publicznego potępienia – szczególnie w mediach – wszelkich bezprawnych ingerencji w prawo osoby, bądź grupy osób, do korzystania z ich swobody wyrażania opinii i pokojowego zgromadzania się, także wtedy, gdy zainteresowane strony pragną bronić sprawy lesbijek, gejów, osób biseksualnych i trans płciowych, a także do wspierania korzystania przez te osoby z owego prawa, w tym przez demonstrowanie wraz z nimi, jeśli zajdzie taka potrzeba.

#### **IV. Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego**

18. Prawo do wolności wyrażania seksualności, jako element życia prywatnego, podlega ochronie na mocy artykułu 8 Konwencji. Trybunał zdecydowanie potępił nie tylko istnienie przepisów prawnych, które penalizują dobrowolne, prywatne stosunki homoseksualne osób dorosłych<sup>56</sup>, ale także ustawodawstwo przewidujące inną granicę wiekową dla takich stosunków i inną dla stosunków heteroseksualnych<sup>57</sup>. Trybunał orzekł również, że jest to jedna z najbardziej intymnych sfer życia prywatnego, a margines oceny przysługujący państwom w tej dziedzinie jest wąski.

<sup>53</sup> Odpowiedź Komitetu Ministrów z dnia 16 stycznia 2008 r. na Rekomendację 211 (2007) Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych Rady Europy, par. 3.

<sup>54</sup> *Plattform "Ärzte für das Leben" p. Austrii*, skarga nr 10126/82, wyrok z dnia 21 czerwca 1988 r., par. 32.

<sup>55</sup> Zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy nr R (97) 20 w sprawie „mowy nienawiści”.

<sup>56</sup> *Dudgeon p. Zjednoczonemu Królestwu*, cyt. wyżej; *Norris p. Irlandii*, cyt. wyżej oraz *Modinos p. Cypru*, skarga nr 15070/89, wyrok z dnia 23 kwietnia 1993 r. Zob. również *A.D.T. p. Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 35765/97, wyrok z dnia 30 czerwca 2000 r., w którym Trybunał uznał prawo Zjednoczonego Królestwa zakazujące odbywających się na osobności męskich stosunków homoseksualnych angażujących więcej niż dwóch partnerów za sprzeczne z Konwencją.

<sup>57</sup> Zobacz także wyroki *L. i V. p. Austrii*, cyt. wyżej, oraz *S. L. p. Austrii*, skarga nr 45330/99, wyrok z dnia 9 stycznia 2003 r.

Państwa członkowskie powinny uchylić wszelkie przepisy, które penalizują dobrowolne stosunki homoseksualne osób dorosłych i zapewnić, aby ich ustawodawstwo przewidywało ten sam minimalny dopuszczalny wiek dla stosunków, jaki obowiązuje w przypadku stosunków heteroseksualnych. Powinny również zadbać o uchycenie wszelkich przepisów prawa karnego, które ze względu na ich treść, mogą być stosowane w sposób dyskryminujący lub których zakres może prowadzić do zatrzymania i przeszukania z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej.

19. Państwa członkowskie powinny zagwarantować, aby dane osobowe odnoszące się do orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej nie były zbierane, przechowywane lub w inny sposób wykorzystywane przez instytucje publiczne, w tym zwłaszcza w strukturach organów ścigania<sup>58</sup>, za wyjątkiem przypadków, w których jest to konieczne dla realizacji szczególnych, zgodnych z prawem i uzasadnionych celów.

Odnosi się to szczególnie do rejestru karnego, danych lub plików lub innych dokumentów dotyczących śledztwa w sprawach karnych (na przykład pliki zawierające informacje na temat orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej osób przesłuchanych w charakterze pokrzywdzonych, świadków i sprawców w postępowaniu), a także istniejących specjalnych rejestrów lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Istniejące bazy danych zawierające takie informacje powinny być ponownie przeanalizowane pod kątem zapewnienia natychmiastowego zniszczenia zapisów, które nie są zgodne z powyższymi zasadami<sup>59</sup>.

Oczywiście korzystanie ze zgromadzonych statystyk dotyczących zachowań dyskryminujących i innych przestępstw przeciwko lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transpłciowym motywowanych ich orientacją seksualną lub tożsamością płciową nie jest sprzeczne z koniecznością ochrony danych osobowych dotyczących orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej – która jest celem uprawnionym – pod warunkiem, że dane statystyczne są zbierane anonimowo lub anonimizowane, gdy tylko nie są już potrzebne w formie umożliwiającej identyfikację. W każdym przypadku powinny one służyć jedynie do takich celów i nie powinny w żadnym razie zostać wykorzystane do podejmowania decyzji lub działań w odniesieniu do osób, których dane dotyczą lub w celu uzupełnienia lub korygowania istniejących dokumentów służących do celów innych niż statystyczne<sup>60</sup>.

20-21. Dwa obszary, które stanowią problem dla osób transpłciowych to wymogi zakwalifikowania się do procedury zmiany płci oraz kwestie prawnego uznania.

---

<sup>58</sup> Zalecenie Rec (2001) 10 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich dotyczące Europejskiego Kodeksu Etyki Zawodowej Policji stanowi, że policja ingeruje w prawo do prywatności, kiedy jest to bezwzględnie konieczne i wyłącznie w celu osiągnięcia uprawnionego celu. Gromadzenie, przechowywanie i wykorzystywanie danych osobowych przez policję dokonywane jest w zgodzie z międzynarodowymi zasadami ochrony danych osobowych, w szczególności zaś jest ograniczone do niezbędnych rozmiarów, koniecznych dla działań prawnych oraz uzasadnionych i określonych celów. Rejestr policyjny zawierający informacje związane z życiem prywatnym musi spełniać wymogi art. 8 Konwencji.

<sup>59</sup> Jak przewidziano już w 1981 r. przez Zalecenie Zgromadzenia Parlamentarnego nr 924 (1981).

<sup>60</sup> Zalecenie Komitetu Ministrów nr R (97) 18, z dnia 30 września 1997 r., w sprawie ochrony danych osobowych gromadzonych i przetwarzanych dla celów statystycznych, zasady 3.3 i 4.1. Zob. także raport FRA, dotyczący tej problematyki, część I – analiza prawna, par. 145-148.

Jak wskazano w zaleceniu Komitetu Ministrów Rec (2007) 17 w sprawie norm i mechanizmów równości płci, „zarówno kobiety jak i mężczyźni muszą mieć niezbywalne prawo do decydowania o własnym ciele, w tym o sprawach seksualnych i reprodukcyjnych. Takie stwierdzenie musi znaleźć odzwierciedlenie w postaci rozwoju, wdrażana, dostępne do, monitorowaniu i ocenie usług zdrowotnych i priorytetów badawczych”<sup>61</sup>.

W niektórych krajach dostępność zmiany płci jest uzależniona od procedur, takich jak nieodwracalna sterylizacja, leczenie hormonalne, wstępne operacje chirurgiczne, a czasem także dowód zdolności człowieka do życia przez dłuższy okres czasu w warunkach zmienionej płci (tzw. „doświadczenia prawdziwego życia”). W związku z tym, obowiązujące wymagania i procedury powinny zostać poddane przeglądowi w celu usunięcia tych wymogów, które są nieproporcjonalne. W szczególności należy zwrócić uwagę, że dla niektórych osób, z powodów zdrowotnych, może nie być możliwe podjęcie każdego z wymaganych kroków dotyczących terapii hormonalnej i/lub modyfikacji chirurgicznych. Te same rozważania znajdują zastosowanie w odniesieniu do prawnego uznania zmiany płci, które mogą być uzależnione od różnych procedur i wymogów, w tym zaistnienia zmiany natury fizycznej.

Trybunał od wielu lat bada kwestię prawnego uznania nowej tożsamości płciowej osób transpłciowych, które przeszły operację. W wyroku w sprawie *B. p. Francji* z dnia 25 marca 1992 r., a w szczególności w sprawie *Christine Goodwin p. Wielkiej Brytanii*, Trybunał stwierdził, że odmowa przez państwo prawnego uznania zakończonego procesu zmiany płci stanowiła naruszenie artykułu 8 Konwencji.

Na państwach ciąży pozytywny obowiązek prawnego uznania nowej tożsamości osób transpłciowych<sup>62</sup>, które w całości poddały się procesowi zmiany płci. Obejmuje on obowiązek wydania nowych dokumentów urzędowych, takich jak akty urodzenia, dokumenty tożsamości, prawa jazdy, paszporty, karty i numery ubezpieczenia społecznego, rejestry wyborców, katastry i rejestry podatkowe. Trybunał podkreślił „kluczowe znaczenie” tego, aby Konwencja była interpretowana i stosowana w sposób, który czyni jej prawa praktycznymi i efektywnymi, a nie teoretycznymi i iluzorycznymi<sup>63</sup>. Istnieje obowiązek państwa w tej materii, na przykład odnośnie wydania nowego aktu urodzenia, a także dotyczący dokumentów prywatnych, wystawionych przez podmioty pozarządowe, takie jak dyplomy, świadectwa pracy, dokumenty ubezpieczeniowe i bankowe, które powinny, w stosownych przypadkach i na wniosek zainteresowanej strony, podlegać zmianie na zgodne z nową tożsamością płciową takich osób.

---

<sup>61</sup> Zalecenie Komitetu Ministrów Rec (2007) 17, z dnia 21 listopada 2007 r., zasada 44.

<sup>62</sup> Wyroki *B. p. Francji*, skarga nr 13343/87, wyrok z dnia 25 marca 1992 r.; *Sheffield i Horsham p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 22985/93 i 23390/94, wyrok z dnia 30 lipca 1998 r.; *Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu* [WI], skarga nr 28957/95, wyrok z dnia 11 lipca 2002 r., par. 89 i 124 oraz *Grant p. Zjednoczonemu Królestwu*, nr skargi 32570/03.

<sup>63</sup> *Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu*, cyt. wyżej, par. 74.

Państwa powinny również zapewnić, aby procedury prawne zmiany płci i nazwiska były szybkie, przejrzyste, dostępne i zapewniały poszanowanie integralności fizycznej takich osób oraz ich życia prywatnego (tak, aby żadna osoba trzecia nie mogła odkryć zmiany płci).

22. Osoby transpłciowe mają prawo do zawarcia małżeństwa z osobami o płci przeciwnej do ich nowo przypisanej płci, pod warunkiem, że ich zmiana płci została uznana zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz ustępami 20 i 21. Trybunał przyjął, że osoby, które przeszły całkowitą zmianę płci mają prawo do zawarcia małżeństwa i orzekł, że uznawanie w prawie krajowym na potrzeby zawarcia związku małżeńskiego płci przypisanej w chwili urodzenia jest ograniczeniem naruszającym samą istotę prawa do zawarcia małżeństwa<sup>64</sup>. Ponadto uznał, że choć treść artykułu 12 *expressis verbis* mówi o prawie mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa, nie był przekonany, aby nadal jeszcze można było zakładać, że przesłanki te muszą odnosić się do płci określonej przez kryteria czysto biologiczne<sup>65</sup>. Podobnie, odmowa przyznania emerytury transpłciowemu partnerowi kobiety niebędącemu małżonkiem (para nie była w stanie się pobrać ze względu na przepisy o zmianie płci), należącemu do systemu emerytalno-rentowego, w którym takie świadczenia były wypłacane jedynie pozostałemu przy życiu małżonkowi, stanowi dyskryminację ze względu na płeć podstawie prawa Wspólnoty Europejskiej, co zostało stwierdzone orzeczeniem ETS<sup>66</sup>.

23. Jeśli ustawodawstwo krajowe określa prawa i obowiązki par niebędących małżeństwami, państwa członkowskie powinny zapewnić, że prawo to stosuje się w sposób niedyskryminujący zarówno no do par tej samej, jak i różnej płci. Trybunał, na przykład, rozważył już kilka szczegółowych kwestii, uznając, że wprowadzenie rozróżnienia na tle orientacji seksualnej wymaga uzasadnienia szczególnie ważnymi powodami, a margines uznania przyznany państwom członkowskim w tej dziedzinie jest wąski. W sprawach dotyczących prawa najmu, Trybunał orzekł na przykład, że odmowa partnerowi tej samej płci niebędącemu małżonkiem do wstąpienia w prawo najmu po śmierci partnera, w sytuacji gdy heteroseksualny partner niebędący małżonkiem byłby do tego uprawniony, stanowiła dyskryminację ze względu na orientację seksualną w ramach wykonywania prawa do poszanowania mieszkania, niezgodną z artykułami 8 i 14 Konwencji<sup>67</sup>. W sprawie *Young p. Australii*, Komitet Praw Człowieka ONZ uznał, że dokonana przez państwo odmowa przyznania osobie pozostającej w związku osób tej samej płci świadczeń emerytalnych na tej podstawie, że osoby te nie spełniają wymogów definicji „rodziny”, naruszyła artykuł 26 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych, stanowiąc dyskryminację z uwagi na orientację seksualną. Dochodząc do tego wniosku Komitet przypomniał swoją ustaloną linię orzeczniczą, zgodnie którą nie każda różnica w traktowaniu stanowi dyskryminację zakazaną na gruncie Paktu, o ile jest ona uzasadniona z uwagi na zaistnienie obiektywnych

<sup>64</sup> *Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu*, cyt. wyżej oraz *I. p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94, wyrok z dnia 11 lipca 2002 r., par. 101 i 81.

<sup>65</sup> Tamże, par. 100 i 80. Należy pamiętać, że orzecznictwo to nie ma służyć utworzeniu drogi do zawarcia małżeństwa osób tej samej płci, gdyż Trybunał akceptuje jedynie pojęcie „płci społecznej” jako czynnika decydującego w określaniu płci. Niemniej przed Trybunałem zawisła sprawa dotycząca stwierdzenia nieważności ślubu cywilnego dwóch osób tej samej płci, w szczególności ze względu na to, że zgodnie z przedmiotowymi przepisami „małżeństwo to związek mężczyzny i kobiety”. Sprawa *Chapin i Charpentier p. Francji*, nr skargi 40183/07, zob. Zbiór zakomunikowanych spraw: Zestawienie faktów i Pytania do stron: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=40183/07&sessionid=30302497&skin=hudoc-cc-fr>.

<sup>66</sup> *K.B. p. Biuru Emerytur Państwowej Służby Zdrowia i Ministrowi Zdrowia Wielkiej Brytanii*, ETS, sprawa C-117/01, wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r.

<sup>67</sup> *Karner p. Austrii*, cyt. wyżej, par. 37-42.

kryteriów i zauważył, że państwo-strona nie przedstawiło żadnych argumentów, w jaki sposób rozróżnienie między partnerami żyjącymi w związkach jedнопłciowych, którzy zostali wyłączeni z mocy prawa ze świadczeń emerytalnych, oraz partnerami heteroseksualnymi niebędącymi małżonkami, którzy otrzymali takie świadczenia, było uzasadnione i obiektywne, i nie przedstawiło żadnych dowodów, które wskazywałyby na istnienie okoliczności uzasadniających takie rozróżnienie<sup>68</sup>.

24. Jeżeli zarejestrowane związki partnerskie osób tej samej płci są uznawane przez ustawodawstwo krajowe, ich status prawny oraz ich prawa i obowiązki powinny być równoważne ze statusem prawnym, prawami i obowiązkami par heteroseksualnych w podobnej sytuacji<sup>69</sup>. Ocenę, czy zgodnie z prawem krajowym para tej samej płci znajduje się w „sytuacji porównywalnej” z sytuacją pary płci przeciwnej pozostawia się jednak uznaniu władz krajowych, na podstawie konkretnych okoliczności każdego przypadku<sup>70</sup>. Oznacza to, że w pewnych okolicznościach pary osób tej samej płci mogą nie być traktowane jako znajdujące się w sytuacji porównywalnej do sytuacji pary przeciwnej płci.

25. Należy przypomnieć, że prawo do zawarcia małżeństwa, jak określono w artykule 12 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, odnosi się do tradycyjnego małżeństwa między osobami przeciwnej płci. Zostało to potwierdzone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka na gruncie kilku spraw. Przygotowane dla Komitetu Rady Europy do spraw współpracy prawnej (CDCJ) przez duński Instytut Praw Człowieka studium dotyczące różnych form związków małżeńskich i pozamałżeńskich oraz wspólnego pożycia w celu wskazania możliwych środków do uniknięcia dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową stwierdza także, że brak dostępu dla par osób tej samej płci do małżeństwa czy do wstąpienia w związek o podobnym statusie ma negatywny wpływ na skuteczną ochronę praw człowieka lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych<sup>71</sup>.

W przypadku gdy prawo krajowe nie uznaje ani zarejestrowanych związków partnerskich osób tej samej płci, ani konkubinatów, państwa członkowskie powinny przynajmniej 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 jakiegokolwiek rodzaju. Oczywiście jest, iż w szczególności nie powinno to prowadzić do dyskryminującego traktowania par osób różnej płci, gdy mają one podobne potrzeby. W tym zakresie należy również zauważyć, że już w 2000 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w swoim zaleceniu 1474 (2000), wezwało

---

<sup>68</sup> Zob. *Young p. Australii*, cyt. wyżej, par. 10.2. Podobne uwagi znalazły zastosowanie w sprawie *X p. Kolumbii*, cyt. wyżej, par. 7.2.

<sup>69</sup> Pełny przegląd krajowych regulacji dotyczących związków partnerskich osób tej samej płci w państwach członkowskich Rady Europy zawarto w opracowaniu dotyczącym różnych form małżeństwa, związków partnerskich i konkubinatów, przygotowanym dla Komitetu Rady Europy do spraw współpracy prawnej (CDCJ) przez duński Instytut Praw Człowieka w celu identyfikacji możliwych środków ochrony przed dyskryminacją opartą na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, dokument CDCJ (2009) 9, par. 18-22.

<sup>70</sup> *Tadao Maruko p. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, sprawa C-267/06, § 65 do 73.

<sup>71</sup> Opracowanie dla CDCJ, cyt. wyżej, s. 23.

państwa członkowskie do przyjęcia przepisów, które przewidywałyby związki partnerskie podlegające rejestracji dostępne dla par osób tej samej płci<sup>72</sup>.

26. W życiu rodzinnym oraz w razie separacji lub rozvodu rodziców, we wszystkich decyzjach dotyczących władzy rodzicielskiej lub opieki nad dzieckiem, między innymi pieczy i ochrony, zapewnienia edukacji, utrzymania osobistych kontaktów z dzieckiem, miejsca zamieszkania, zarządzania majątkiem dziecka, reprezentacji prawnej, itd., sprawą nadrzędną powinno być najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka, zgodnie z artykułem 3 ust. 1 Konwencji o Prawach Dziecka. Biorąc powyższe pod uwagę, państwa członkowskie powinny zapewnić podejmowanie takich decyzji bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową<sup>73</sup>. W sprawie *Salgueiro Da Silva Mouta p. Portugalii*<sup>74</sup>, dotyczącej przyznania opieki nad dzieckiem byłej żonie skarżącego, Trybunał stwierdził, że sąd krajowy dokonał rozróżnienia w tym zakresie w oparciu o orientację seksualną skarżącego, które było nie do zaakceptowania na gruncie Konwencji. W konsekwencji Trybunał stwierdził naruszenie prawa skarżącego do poszanowania życia rodzinnego (artykuł 8) w związku z zakazem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną (artykuł 14).

27. Żadne z państw nie jest zobowiązane do umożliwienia samodzielnej adopcji dzieci pojedynczym osobom. Jeżeli jednak zdecyduje się dopuścić takie adopcje na mocy prawa krajowego, powinno stosować owe przepisy prawne bez dyskryminacji<sup>75</sup>. Lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe powinny być w stanie samodzielnie przysposobić dziecko na takich samych zasadach jak osoby heteroseksualne w podobnej sytuacji, przy czym sprawą nadrzędną we wszystkich decyzjach dotyczących dziecka powinno być najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka<sup>76</sup>.

Trybunał miał już okazję wypowiedzieć się w kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w odniesieniu do adopcji dzieci przez osoby stanu wolnego. W sprawie *Fretté p. Francji*, po stwierdzeniu, że „decyzja [o odrzuceniu wniosku o wydanie zezwolenia na adopcję] zaskarżona przez skarżącego oparta była w przeważającym stopniu na jego jawnym homoseksualizmie”<sup>77</sup>, Trybunał orzekł, że uzasadnienie przedstawione przez Rząd wydawało się rzeczowe i racjonalne oraz, że różnica w traktowaniu będąca przedmiotem skargi nie stanowiła dyskryminacji, w rozumieniu artykułu 14 Konwencji<sup>78</sup>, a także, że nie było wątpliwości, iż decyzja w sprawie odrzucenia wniosku o wydanie zezwolenia realizowała cel uprawniony, a mianowicie wydana została w celu ochrony zdrowia i praw dzieci, które mogły być zaangażowane w procedurę adopcyjną<sup>79</sup>. Następnie, w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *E.B. p. Francji*, Trybunał stwierdził, że orientacja seksualna skarżącej była decydującym czynnikiem podczas podejmowania decyzji przez władze odnośnie odmowy udzielenia jej

<sup>72</sup> Niedawno, w dniu 14 stycznia 2009 r. Parlament Europejski wezwał państwa członkowskie, które jeszcze tego nie uczyniły, stosując zasady równości, do podjęcia działań legislacyjnych w celu przewyciężenia dyskryminacji, której doświadczają niektóre pary ze względu na ich orientację seksualną.

<sup>73</sup> W odniesieniu do tożsamości płciowej, może to oznaczać na przykład, że jeżeli jeden z rodziców zmienia płeć, nie powinno to mieć wpływu na jego pierwotny status jako rodzica, ani też być istotną kwestią w razie orzekania w przedmiocie władzy rodzicielskiej.

<sup>74</sup> *Salgueiro Da Silva Mouta p. Portugalii*, cyt. wyżej, par. 34-36.

<sup>75</sup> Zob. *E.B p. Francji*.

<sup>76</sup> Zob. art. 3 Konwencji o prawach dziecka.

<sup>77</sup> *Fretté p. Francji*, skarga nr 36515/97, wyrok z 26 maja 2002 r., par. 37.

<sup>78</sup> Tamże, par. 43.

<sup>79</sup> Tamże, par. 38.

zezwolenia na adopcję, którego uzyskanie było niezbędne do przysposobienia dziecka. Trybunał przyjął, powołując się na orzeczenie w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta*, że władze „dokonały rozróżnienia w oparciu o rozważania dotyczące jej orientacji seksualnej, rozróżnienia, które nie jest dopuszczalne na gruncie Konwencji”. Trybunał stwierdził naruszenie artykułów 8 i 14 Konwencji.

28. Tam, gdzie prawo krajowe pozwala na leczenie samotnych kobiet w zakresie wspomaganego rozrodu, państwa członkowskie powinny dążyć do zapewnienia, aby z dostępu do takiego leczenia można było korzystać bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną.

## V. Zatrudnienie

29. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, sprawy z zakresu prawa pracy mogą również zostać objęte ochroną artykułu 8, gwarantującego poszanowanie życia prywatnego. W sprawie *Niemietz p. Niemcom*<sup>80</sup>, Trybunał stwierdził, że „[w]ydaje się ponadto, iż nie ma zasadniczego powodu, dla którego z zakresu pojęcia „życie prywatne” należałoby wykluczyć działalność o charakterze zawodowym lub handlowym, skoro mimo wszystko to w trakcie życia zawodowego większość ludzi ma znaczną, jeśli nie największą, możliwość nawiązania stosunków ze światem zewnętrznym. Pogląd ten potwierdza fakt, że [...] nie zawsze jest możliwe wyraźne rozróżnienie, które z form działalności jednostki stanowią część jej życia zawodowego lub zarobkowego, a które nie”. W tym kontekście, państwa powinny zapewnić stworzenie i wdrożenie odpowiednich środków prawnych i innych środków, zapewniających skuteczną ochronę przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w zakresie zatrudnienia i wykonywania pracy.

Zarówno w sektorze publicznym jak i prywatnym, należy przyjąć środki, w celu zagwarantowania każdemu równych warunków zatrudnienia (w tym w odniesieniu do rekrutacji i awansów) oraz w celu zapobiegania i zwalczania dyskryminacji i szykanowania na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej i wszelkich form prześladowania, w tym na przykład:

- przyjęcie zasad postępowania mających zastosowanie zarówno do pracodawców jak i pracowników;
- szkolenie i podnoszenie świadomości za pomocą programów skierowanych zarówno do pracodawców jak i pracowników, w kwestiach związanych z taką dyskryminacją w miejscu pracy oraz w sprawie konsekwencji prawnych praktyk dyskryminacyjnych, ze szczególnym uwzględnieniem procedur rekrutacji i awansu;
- dystrybuowanie 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.

---

<sup>80</sup> Zob. *Niemietz p. Niemcom*, nr skargi 13710/88, wyrok z 16 grudnia 1992 r., par. 29.

Należy zachęcać, aby środki te były opracowywane we współpracy z istniejącymi grupami pracowników lub stowarzyszeniami uznanymi za reprezentatywne dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych.

W szczególności, państwa powinny podjąć odpowiednie środki w celu wyeliminowania przepisów ustawowych, wykonawczych oraz praktyk, które dyskryminują 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. W szczególności, w odniesieniu do tych ostatnich, należy opracować i wdrożyć środki w celu zapewnienia ochrony przed ingerencjami w życie codzienne członków sił zbrojnych z powodu ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej (np. śledztwa, ostrzeżenia, molestowanie, zastraszanie, zjawisko fali, poniżanie i inne formy złego traktowania), zgodnie z orzecznictwem Trybunału<sup>81</sup>. W celu promowania tolerancji i poszanowania godności ludzkiej każdego człowieka należy wprowadzić zasady postępowania i programy szkoleniowe, mające na celu zwalczanie dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w siłach zbrojnych.

Powyższe pozostaje bez uszczerbku dla możliwości, zgodnie z którą, odmienne traktowanie w oparciu o cechę związaną z płcią nie stanowi dyskryminacji tam, gdzie ze względu na rodzaj działalności zawodowej lub warunki, w których są się odbywa, cecha taka jest istotnym i determinującym wymogiem zawodowym, pod warunkiem, że jego cel jest uprawniony, a wymóg proporcjonalny. Zasada niedyskryminacji nie zostanie naruszona, jeżeli rozróżnienie pomiędzy osobami znajdującymi się w analogicznych sytuacjach ma obiektywne i racjonalne uzasadnienie, gdyż służy realizacji uprawnionego celu i stosuje środki, które są racjonalnie proporcjonalne do celu jaki ma zostać zrealizowany<sup>82</sup>.

30. Dyskryminacji w zakresie pracy i zatrudnienia ma szczególne znaczenie dla osób transpłciowych, które są dotknięte bezrobociem i wykluczeniem społecznym. Liczba osób transpłciowych zwalnianych z pracy, zwłaszcza w trakcie procedury zmiany płci, oraz osób rezygnujących z pracy, aby uniknąć wszelkich form prześladowania lub osób, które nie decydują się na zmianę płci z tych samych powodów jest również bardzo wysoka<sup>83</sup>.

Państwa członkowskie powinny zatem zapewnić, aby środki zmierzające do zwalczania dyskryminacji w zatrudnieniu znajdowały zastosowanie również do kwestii tożsamości płciowej, zatroszczyć się o uniknięcie niepotrzebnego ujawnienia przeszłości płciowej osoby transpłciowej lub jej poprzedniego nazwiska, zarówno w procesie rekrutacji jak i w toku

---

<sup>81</sup> Zob. *Smith i Grady p. Zjednoczonemu Królestwu* oraz *Lustig-Prean i Beckett p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 33985/96 i 33986/96 oraz 31417/96 i 32377/96, wyroki z 27 grudnia 1999 r. Kwestia dyskryminacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych w siłach zbrojnych, o których mowa ujęta jest również w projekcie Zalecenia Komitetu Ministrów w sprawie praw człowieka członków sił zbrojnych.

<sup>82</sup> Zob. także Zalecenie Komitetu Ministrów dla państw członkowskich CM/Rec(2010)4 w sprawie praw człowieka członków sił zbrojnych (przyjęte 24 lutego 2010 r. podczas 1077 posiedzenia zastępców ministrów).

<sup>83</sup> Zatrudnienie ma również istotne znaczenie dla dostępu do niektórych zabiegów zmiany płci, które mogą zostać pokryte przez ubezpieczenie zdrowotne.

pracy zawodowej<sup>84</sup>, a także opracować programy skupiające się w szczególności na możliwości zatrudnienia osób transpłciowych.

## VI. Edukacja

31. Prawo do edukacji jest wyrażone w artykule 2 Protokołu nr 1 do Konwencji. Zdrowie i rozwój młodych ludzi pozostają w znacznym stopniu pod wpływem środowiska, w którym żyją, a szkoła zajmuje tutaj miejsce kluczowe, zwłaszcza ze względu na fakt, 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 samobójczych. Prawo dzieci do wolności od dyskryminacji w korzystaniu z ich praw jest również wyrażone w artykule 2 Konwencji o prawach dziecka, a artykuł 29 ust. 1 tej samej Konwencji stanowi, że edukacja jest ukierunkowana na „rozwijanie w jak najpełniejszym zakresie osobowości, talentów oraz zdolności umysłowych i fizycznych dziecka”. W nawiązaniu do powyższego Komitet Praw Dziecka zauważa, że orientacja seksualna stanowi zabronioną podstawę dyskryminacji oraz, 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, a także, 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 społeczeństwie<sup>85</sup>.

Państwa powinny zatem zapewniać poszanowanie 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. Muszą również podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że dyrektorzy szkół i nauczyciele są w stanie zdiagnozować, przeanalizować i skutecznie reagować oraz zwalczać wszelkie formy dyskryminacji na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w szkole, a także, że dyscyplina w placówkach oświatowych jest 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 oddzielani lub izolowani ze względu na potrzebę ich ochrony: ich dobro powinno zostać określone i podlegać poszanowaniu na zasadzie ich partycypacji, a działania zmierzające do zaradzenia takim sytuacjom powinny być przede wszystkim kierowane pod adresem sprawców.

32. Brak rozwiązań w dziedzinie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej może mieć szkodliwe konsekwencje dla samooceny młodych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych. Państwa powinny zatem zajmować się kwestią orientacji seksualnej i

---

<sup>84</sup> Według raportu FRA (część I, str. 155), nawet po oficjalnym uznaniu procesu zmiany płci, wciąż mogą być zbierane informacje dotyczące przeszłości takich osób, zwłaszcza w kontekście podań o pracę, poprzez dostęp do niektórych zapisów. ETS, w sprawie *P. i S. p. Radzie Miasta Kornwalii* (C-13/94), uznał zwolnienie z pracy osoby, z powodów związanych ze zmianą płci za dyskryminację ze względu na płeć.

<sup>85</sup> Komitet Praw Dziecka, Komentarz Ogólny nr 4 (2003): „Zdrowie i rozwój młodzieży w kontekście Konwencji o prawach dziecka”, 1 lipca 2003 r.

tożsamości płciowej, w pełen szacunku i obiektywny sposób, na przykład w programach nauczania lub podczas zajęć edukacji seksualnej i zdrowotnej, oraz opracować programy szkoleń wstępnych i stacjonarnych lub wsparcie i poradnictwo dla nauczycieli i pozostałej kadry pedagogicznej aby poruszać tę problematykę, w szczególności z punktu widzenia przeciwdziałania dyskryminacji. Europejski Komitet Praw Społecznych potwierdził ostatnio, że państwo, poprzez oficjalne zatwierdzenie lub dopuszczenie do użytku podręczników, które zawierają treści anty-homoseksualne, nie zrealizowało swojego pozytywnego obowiązku zapewnienia efektywnego korzystania z prawa do ochrony zdrowia za pomocą wolnej od dyskryminacji edukacji seksualnej i w zakresie zdrowia prokreacyjnego, która „rozciąga się na zapewnienie, że materiały edukacyjne nie wzmacniają poniżających stereotypów oraz nie utrwalają form uprzedzeń, które przyczyniają się do wykluczenia społecznego, wzmożonej dyskryminacji i zaprzeczenia godności człowieka, często doświadczanych przez grupy historycznie marginalizowane, takie jak osoby o orientacji odmiennej niż heteroseksualna”<sup>86</sup>.

Państwa powinny również zachęcać uczniów do sięgania po informacje na temat orientacji seksualnej i tożsamości płciowej i do przyjmowania kodeksów postępowania zakładających sprzeciw wobec postaw homofobicznych i transfobicznych lub innych bezpośrednich lub pośrednich przejawów dyskryminującego traktowania, publikować i dystrybuować podręczniki dla kadry nauczycielskiej i zachęcać do prowadzenia w szkołach kampanii i imprez kulturalnych przeciwko homofobii i transfobii, z udziałem zainteresowanych podmiotów w tych dziedzinach – w tym, w stosownych przypadkach, przedstawicieli organizacji lesbijek, gejų, osób biseksualnych i transpłciowych – w celu podniesienia świadomości wokół kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową wśród kadry nauczycielskiej, uczniów, studentów i rodziców.

Metody kształcenia, programy nauczania i zasoby powinny służyć zwiększaniu zrozumienia i poszanowania, między innymi, różnych osób, niezależnie od ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, z uwzględnieniem szczególnych potrzeb uczniów, studentów, ich rodziców i członków rodziny. Na przykład, państwa powinny podjąć działania, aby w odpowiedni sposób sprostać szczególnym potrzebom uczniów transpłciowych w życiu szkolnym (np. poprzez ułatwienie zmiany w dokumentach szkolnych zapisu zawierającego imię i płeć).

Wszystkie środki powinny uwzględniać prawo rodziców do wychowania dzieci, takich jak prawo do zapewnienia im wychowania i nauczania zgodnych z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi, zawarte w artykule 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

## VII. Zdrowie

33. Międzynarodowe prawo praw człowieka gwarantuje każdemu prawo do standardu życia odpowiedniego dla stanu zdrowia i samopoczucia jego samego i jego rodziny, w tym do opieki medycznej i koniecznych świadczeń socjalnych, a państwa uznają prawo każdego do

---

<sup>86</sup> Zob.: *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) p. Chorwacji* – skarga na naruszenie Europejskiej Karty Społecznej nr 45/2007, decyzja z dnia 30 marca 2009 r., par. 60-61.

korzystania z możliwie jak najwyższego poziomu zdrowia fizycznego i psychicznego<sup>87</sup>. Zalecenie Rec (2006) 18 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w zakresie usług zdrowotnych w społeczeństwie wielokulturowym, przyjęte w dniu 8 listopada 2006 r. zaleca, aby państwa dostosowały usługi medyczne do potrzeb społeczeństwa wielokulturowego, między innymi poprzez rozwój „kompetencji kultury” wśród pracowników służby zdrowia, która może być zdefiniowana jako zdolność do oferowania skutecznej służby zdrowia z należyty uwzględnieniem, między innymi, orientacji seksualnej pacjenta.

Sprawozdanie FRA wskazuje, że wiele lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych jest dyskryminowanych w zakresie służby zdrowia: na przykład, zaleca się im leczenie psychiatryczne, geje są nadal kojarzeni z HIV, a nawet pedofilię<sup>88</sup>. Dlatego też wiele lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych nie ujawnia swojej orientacji seksualnej swojemu lekarzowi rodzinnemu i zrezygnuje z leczenia z obawy przed dyskryminacją i nietolerancyjnymi reakcjami, co może prowadzić nie tylko do problemów ze zdrowiem fizycznym, ale także ze zdrowiem psychicznym<sup>89</sup>, w tym do zaburzeń w odżywianiu, nadużywania narkotyków lub alkoholu, depresji, samobójstw i prób samobójczych<sup>90</sup>.

Państwa powinny zatem podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania każdemu dostępu do placówek opieki zdrowotnej, towarów i usług oraz dostępu do własnej dokumentacji medycznej, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową.

Państwa powinny wprowadzić odpowiednie polityki i programy edukacyjne i szkoleniowe, aby umożliwić 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. Obejmuje to, na przykład:

- 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, w programach kształcenia medycznego oraz w kursach i materiałach 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

---

<sup>87</sup> Art. 25 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych.

<sup>88</sup> Raport FRA, Część II – sytuacja społeczna, s. 78.

<sup>89</sup> W związku z odmową ujawnienia lekarzowi ogólnemu orientacji seksualnej z obawy przed dyskryminacją, wśród lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, a zwłaszcza wśród młodych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych można zaobserwować wyraźną tendencję do problemów natury psychologicznej, samobójstw i prób samobójczych.

<sup>90</sup> Zob. także rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego nr 1608(2008) w sprawie samobójstw dzieci i młodzieży w Europie, stanowiących poważny problem zdrowia publicznego, w szczególności par. 9 i 10.

poszanowania 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, na przykład poprzez prowadzenie kampanii informacyjnych.

Jeśli chodzi o kwestię tego, kto ma dostęp do osoby hospitalizowanej i informacji o jej stanie zdrowia, jak również o kwestię podejmowania decyzji medycznych w nagłych wypadkach, państwa powinny uznawać za „osobę najbliższą” osobę wskazaną przez samego pacjenta lub pacjentkę. W każdym przypadku przepisy krajowe regulujące kwestie dotyczące „osób najbliższych” powinny być stosowane bez dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową.

34. Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) w jasny sposób wskazała, że homoseksualizm nie jest uważany za chorobę, poprzez usunięcie tego pojęcia z Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych w 1990 r. i zaprzestanie jego klasyfikacji w ramach listy chorób podczas Kongresu WHO w 1992 r., mającego znaczenie dla wszystkich państw sygnatariuszy Karty WHO. W związku z tym państwa powinny podjąć niezbędne środki, aby homoseksualizm został wyraźnie usunięty z ich krajowych klasyfikacji chorób. Powinny również zapewnić, że nikt nie jest zmuszony do poddania się jakiegokolwiek formie leczenia, procedurze lub badaniu lekarskiemu lub psychologicznemu, lub umieszczony w instytucji medycznej, z powodu jego orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej.

35-36. Orzecznictwo Trybunału uznaje prawo do samostanowienia seksualnego za jeden z aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego, gwarantowanego przez artykuł 8 Konwencji i wymaga od Umawiających się Państw zapewnienia możliwości poddania się operacji prowadzącej do całkowitej zmiany płci, ale również tego, aby w planie ubezpieczenia znajdowało się, ogólnie rzecz ujmując, leczenie „medycznie niezbędne”, którego częścią mogą być operacje zmiany płci<sup>91</sup>. 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<sup>92</sup>, z uwzględnieniem dostępności zasobów.

Odnosnie warunków regulujących procedury zmiany płci, międzynarodowe prawo praw człowieka stanowi, że nikt nie może być poddany leczeniu lub eksperymentowi medycznemu bez swojej zgody<sup>93</sup>. Leczenie hormonalne lub chirurgiczne, jako wstępny warunek dla prawnego uznania zmiany płci (zob. ustęp 19 powyżej) powinno być zatem ograniczone do przypadków, które są absolutnie niezbędne i odbywają się za zgodą osoby zainteresowanej. Podobnie, należy zaprzestać terapii osób transpłciowych mających doprowadzić do

<sup>91</sup> *Van Kück p. Niemcom*, nr skargi 35968/07, wyrok z dnia 12 czerwca 2003 r., par. 73- 86.

<sup>92</sup> Zob. *L p. Litwie*, wyrok z dnia 11 września 2007 r., par. 59, oraz *Schlumpf p. Szwajcarii*, cyt. wyżej, par. 115.

<sup>93</sup> Zob. w związku z tym Komentarz Ogólny nr 14 Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ, par. 8, oraz Konwencję z Oviedo o Prawach Człowieka i Biomedycynie z dnia 4 kwietnia 1997 r., CETS nr 164, Rozdział II.

zaakceptowania przez te osoby ich płci urodzenia, a państwa powinny podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia, że organizm żadnego dziecka nie zostanie poddany 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 zdrowotnych.

### VIII. Mieszkalnictwo

37. Państwa powinny podjąć odpowiednie środki w celu zapewnienia, bez żadnej dyskryminacji, bezpieczeństwa własności i dostępu lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych 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 wypadkach<sup>94</sup>.

Zgodnie z tą zasadą, należy podjąć środki w celu zapobiegania sytuacjom takim jak, na przykład, odmowa sprzedaży lub wynajmu mieszkania osobie, albo nieudzielenie jej pomocy finansowej na zakup mieszkania, lub brak uznania praw partner najemcy, z powodu orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. W nawiązaniu do powyższego, w sprawie *Karner p. Austrii*<sup>95</sup> Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że odmowa wydania zezwolenia na wstąpienie w prawo najmu pozostałemu przy życiu partnerowi tej samej płci niebędącemu małżonkiem, w sytuacji, gdy taka możliwość przysługiwała partnerom heteroseksualnym niepozostającym w związku małżeńskim, stanowiła dyskryminujące traktowanie ze względu na orientację seksualną w ramach wykonywania prawa do poszanowania własnego domu, sprzeczne z artykułami 8 i 14 Konwencji. Materiały informacyjne dotyczące tej sprawy mogłyby, na przykład, zostać udostępnione właścicielom i najemcom w celu zidentyfikowania problemu i zapobiegania przypadkom dyskryminacji w mieszkalnictwie.

Odpowiednie i skuteczne środki prawne lub inne odpowiednie środki zaradcze powinny być dostępne dla tych, którzy twierdzą, że są ofiarami dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w odniesieniu do prawa dostępu do mieszkalnictwa.

38. Wiele lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, w szczególności młodych osób, bywa odrzucanych przez własne rodziny i może stać się bezdomnymi. Państwa powinny ustanowić programy społeczne, w tym programy wspierające, dotyczące czynników odnoszących się do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, które zwiększają zagrożenie bezdomnością, szczególnie odnośnie dzieci i młodzieży<sup>96</sup>, oraz promować systemy sąsiedzkiej pomocy i ochrony. Państwa powinny również prowadzić szkolenia i programy uświadamiające w celu zapewnienia, że odpowiednie agencje są świadome i wrażliwe na

---

<sup>94</sup> Komentarz Ogólny nr 4 Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych dotyczący art. 11 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, dokument E/1992/23. Zob. także *Karner p. Austrii*, cyt. wyżej, dotyczący art. 8 Konwencji Europejskiej. Propozycja dyrektywy europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną przewiduje wyraźnie ochronę lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych przed dyskryminacją w dostępie do towarów i usług, w tym mieszkań.

<sup>95</sup> *Karner p. Austrii*, cyt. wyżej, par. 37-42.

<sup>96</sup> Takich jak wykluczenie społeczne, przemoc domowa i inne formy przemocy, dyskryminacja, brak niezależności finansowej i odrzucenie przez rodziny lub wspólnoty kulturowe.

potrzeby osób skazanych na bezdomność lub niekorzystną sytuację społeczną w wyniku ich orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, w szczególności młodych lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych.

## IX. Sport

39-41. Sport może odgrywać kluczową rolę w integracji społecznej i promowaniu tolerancji i poszanowania różnorodności społecznej. Lesbijki, geje, osoby biseksualne i transpłciowe często są w gorszej sytuacji, jeśli chodzi o udział w aktywności sportowej, zarówno w ramach profesjonalnych organizacji sportowych jak i w szkole. Homofobia, transfobia i dyskryminacja na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej w sporcie, zarówno wśród zawodników, jak też w ich kontaktach z kibicami, są, jak rasizm i inne formy dyskryminacji, nie do przyjęcia i powinny być zwalczane.

Państwa członkowskie powinny zatem podjąć odpowiednie środki w celu wcielenia w życie zaleceń związanych ze sportem oraz zasad przyjętych przez organy Rady Europy w odniesieniu do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, bez względu na to czy zawierają one tego rodzaju szczegółowe odniesienia, czy też nie. Państwa powinny mieć wzgląd na Zalecenie ZPRE nr 1635 (2003) z dnia 25 listopada 2003 r. w sprawie lesbijek i gejów w sporcie, wzywające państwa do „objęcia homofobii i obraźliwych sformułowań skierowanych do lesbijek i gejów za podstawę do oskarżenia o dyskryminację i prześladowania w oparciu o orientację seksualną; uczynienia z homofobicznych śpiewów mających miejsce podczas lub w związku z wydarzeniami sportowymi przestępstwa, co ma obecnie miejsce w przypadku śpiewania pieśni rasistowskich w wielu państwach członkowskich; zaangażowania organizacji pozarządowych społeczności gejów i lesbijek w kampanie sportowe oraz we wszystkie inne niezbędne działania budujące zaufanie”. Powinny one również zastosować odpowiednie przepisy Europejskiej Konwencji w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej, Europejskiej Karty Sportu i Zalecenia Ogólnego nr 12 Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI)<sup>97</sup>, w taki sposób, aby obejmowały swym zakresem również dyskryminację w stosunku do sportowców lub widzów ze względu na ich orientację seksualną i tożsamość płciową.

Zajęcia sportowe i obiekty sportowe powinny być dostępne dla wszystkich, bez dyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn, w tym z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. W związku z tym państwa powinny wspierać ustanawianie i rozpowszechnianie reguł postępowania w kwestiach związanych ze sportem i orientacją seksualną lub tożsamością płciową na potrzeby związków sportowych i klubów. Powinny one również zachęcać do współpracy pomiędzy stowarzyszeniami reprezentującymi lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe a klubami sportowymi, do prowadzenia kampanii antydyskryminacyjnych w świecie sportu, i wspierać kluby sportowe tworzone przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe. Zwłaszcza w odniesieniu do osób transpłciowych, państwa powinny podjąć odpowiednie środki, aby położyć kres ich wykluczeniu z aktywności

---

<sup>97</sup> Europejska konwencja w sprawie przemocy i ekscesów widzów w czasie imprez sportowych, a w szczególności meczów piłki nożnej z 19 sierpnia 1985 r., Seria Traktatów Rady Europy nr 120, Europejska Karta Sportu, Zalecenie nr R (92) 13, zrewidowana przez Komitet Ministrów, przyjęte dnia 24 września 1992 r.; Zalecenie Ogólne nr 12 Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) w sprawie zwalczania rasizmu i dyskryminacji rasowej w sporcie (przyjęte w dniu 19 grudnia 2008 r.).

sportowej lub zawodów<sup>98</sup>, w celu usunięcia przeszkód, na które napotykają osoby transpłciowe podczas uprawiania sportu i uznania preferowanej przez nie płci, w szczególności w związku z korzystaniem z szatni, w interesie uczciwej rywalizacji.

## X. Prawo do ubiegania się o azyl

42. W swoim Zaleceniu nr 1470 (2000)<sup>99</sup>, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy skrytykowało fakt, że większość państw członkowskich Rady Europy nie uznaje prześladowania ze względu na orientację seksualną za uzasadniony powód przyznawania azylu. Zauważyło również, że homoseksualiści, którzy odczuwają uzasadnioną obawę przed prześladowaniem, będącym następstwem ich preferencji seksualnych, są uchodźcami zgodnie z artykułem 1 lit. A pkt. 2. Konwencji z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców jako członkowie „grupy społecznej”, i w konsekwencji należy przyznać im status uchodźcy. W Zaleceniu nr Rec (2004) 9 Komitetu Ministrów z dnia 30 czerwca 2004 r. zawarto definicję terminu „określona grupa społeczna” i ustalono zasady służące określaniu, czy dana osoba jest prześladowana ze względu na przynależność do takiej grupy<sup>100</sup>. W przypadkach, gdy kraje członkowskie posiadają zobowiązania międzynarodowe w tym zakresie, powinny 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. Jednakże, wykładnia pojęcia przynależności do określonej grupy społecznej, zawartego w Konwencji z 1951 r., nie powinna nakładać na państwa zobowiązań, co do których nie wyraziły one zgody.

W odniesieniu do procedury rozpatrywania wniosków azylowych, należy organizować szkolenia dla personelu odpowiedzialnego za rozpatrywanie wniosków, dotyczące konkretnych problemów napotykanych przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne i transpłciowe ubiegające się o przyznanie statusu uchodźcy lub o azyl. Wniosek o azyl nie powinien zostać odrzucony tylko z tego powodu, że wnioskodawca może uniknąć

---

<sup>98</sup> Zgodnie z Deklaracją Sztokholmską, przyjętą przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski w maju 2004 r. określającą warunki, na jakich dana osoba może brać udział w rywalizacji sportowej posiadając płeć różniącą się od płci urodzenia.

<sup>99</sup> Zalecenie nr 1470 (2000), przyjęte dnia 30 czerwca 2000 r. w sprawie sytuacji gejów, lesbijek i ich partnerów w związku z azylem i imigracją do państw członkowskich Rady Europy.

<sup>100</sup> Zalecenie nr Rec (2004) 9, przyjęte w dniu 30 czerwca 2004 r. w sprawie pojęcia „członkostwo w określonej grupie społecznej” w kontekście Konwencji z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców. Zakłada ono, że „określoną grupą społeczną jest grupa osób, które posiadają wspólną cechę lub którym została ona przypisana, inną niż ryzyko bycia prześladowanym, i które są postrzegane jako grupa przez społeczeństwo lub określone w ten sposób przez państwo lub prześladowców. Działania prześladowcze wobec grupy mogą jednak być istotnym czynnikiem przy określaniu dostrzegalności grupy w danym społeczeństwie”. Przewiduje również, że „pojęcie członkostwa w określonej grupie społecznej powinno być interpretowane w sposób szeroki i inkluzyjny, w świetle przedmiotu i celu Konwencji z 1951 roku. Jednakże interpretacja pojęcia członkostwa w określonej grupie społecznej nie powinna rozszerzyć zakresu Konwencji w celu nałożenia na państwa obowiązków, na które nie wyraziły zgody” oraz, że „sama przynależność do określonej wyżej grupy społecznej nie jest zazwyczaj wystarczająca, aby uzasadnić wniosek o nadanie statusu uchodźcy. Każdy wniosek o azyl musi być rozpatrywany indywidualnie, z uwzględnieniem związku pomiędzy przynależnością do określonej grupy społecznej i istniejącego ryzyka prześladowań. Ponadto, należy wziąć pod uwagę okoliczności faktyczne mające miejsce w kraju pochodzenia. Jednakże, mogą zaistnieć szczególne okoliczności, w indywidualnych przypadkach, w których samo członkostwo w grupie może być wystarczającym powodem do wystąpienia obawy prześladowania”.

prześladowania w kraju pochodzenia jeżeli zachowa w tajemnicy swą orientację seksualną lub tożsamość płciową.

43. Ochrona prawa do życia oraz zakaz tortur nakładają na państwa członkowskie obowiązek niewydalania osoby do państwa, w którym osoba taka może zostać poddana traktowaniu sprzecznemu z artykułem 2 lub 3 Konwencji<sup>101</sup>. Zgodnie z artykułem 33 Konwencji z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców „żadne Umawiające się Państwo nie wydałi lub nie zawróci w żaden sposób uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo z względu na jego [...] przynależność do określonej grupy społecznej”. Jeżeli istnieje ryzyko wymierzenia danej osobie kary śmierci albo poddania jej torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową w jej kraju pochodzenia, państwa członkowskie powinny powstrzymać się od zwracania takich osób i zamiast tego udzielać im ochrony, o jaką się zwracają. W sytuacji, gdy stosunki płciowe osób tej samej płci nie są w danym społeczeństwie legalne, nałożenie surowych sankcji karnych, urastające do zagrożeń opisanych wyżej, mogłoby również zostać uznane za powód, aby nie odsyłać danej osoby do takiego kraju.

44. Zgodnie z pozytywnym obowiązkiem ochrony wszystkich osób pozbawionych wolności (zob. ustęp 4 powyżej), zwłaszcza tych, które są w sposób szczególny narażone na nadużycia, państwa powinny podjąć niezbędne środki w celu ochrony lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transpłciowych, ubiegających się o status uchodźcy lub o azyl, przed takimi nadużyciami jak zastraszanie, poniżanie, napaść na tle seksualnym, gwałty i inne formy molestowania i zapewnić skuteczne środki zaradcze w przypadku wystąpienia takich nadużyć.

Państwa powinny również zapewnić lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transpłciowym, ubiegającym się o status uchodźcy lub o azyl, odpowiednią pomoc i informację 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 płciowej.

## **XI. Narodowe struktury praw człowieka**

45. Narodowe struktury ochrony praw człowieka, które mogą obejmować, organy ds. równości i rzecznika praw obywatelskich, ale nie są do nich ograniczone, należy wyposażyć w możliwie jak najszerszy wachlarz kompetencji w zakresie rozwiązywania problemów dyskryminacji, w tym na tle orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, jak również różnorodnych form dyskryminacji, z uwzględnieniem „zasad paryskich” odnoszących się do

---

<sup>101</sup> *Soering p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 14038/88, wyrok z dnia 7 czerwca 1989 r. Trybunał zastosował już Regułę 39 Regulaminu Trybunału w odniesieniu do deportacji osób zarzucających ryzyko ich potraktowania sprzecznego z art. 2 i / lub 3 Konwencji ze względu na ich orientację seksualną w sytuacji ich odesłania do kraju pochodzenia (np. w przypadku deportacji do Afganistanu, Pakistanu i Iranu). Sprawy te nie zostały jeszcze rozpoznane co do istoty.

statusu i funkcjonowania krajowych instytucji powołanych do ochrony i promocji praw człowieka<sup>102</sup>.

## **XII. Dyskryminacja oparta na wielu podstawach**

46. Istoty ludzkie nie są definiowalne w ramach jednego kryterium, takiego jak płeć, kolor skóry, język, narodowość, pochodzenie etniczne lub społeczne, wyznanie, wiek lub orientacja seksualna, ale są ludźmi o różnych tożsamościach, a szereg kryteriów wchodzi w interakcje z innymi. Można przyjąć, że dyskryminacja oparta na wielu podstawach ma miejsce wówczas, kiedy osoba doznaje dyskryminacji ze względu na co najmniej dwie różne podstawy dyskryminacji, lub z uwagi na specyficzne połączenie co najmniej dwóch takich podstaw. Ta ostatnia sytuacja jest często określana również jako dyskryminacja międzysektorowa. Przykładem tego jest sytuacja, gdy lesbijka traktowana jest mniej korzystnie niż kobieta heteroseksualna, a także mniej korzystnie niż gej<sup>103</sup>.

Orientacja seksualna i tożsamość płciowa są czynnikami, które w połączeniu z innym czynnikiem lub większą ich ilością, takimi jak rasa czy płeć, zwiększa stopień podatności na dyskryminację. Państwa powinny zatem być świadome realiów zjawiska dyskryminacji opartej na wielu podstawach i międzysektorowej oraz być zachęcane do podejmowania odpowiednich środków w celu zapewnienia skutecznej ochrony przeciwko niemu.

Mogą one, na przykład, dążyć do wypracowania narzędzi statystycznych, które uwzględniają doświadczanie dyskryminacji opartej na wielu podstawach lub międzysektorowej, przy jednoczesnym poszanowaniu podstawowych zasad dotyczących prawa do prywatności. Ponadto, przepisy prawne zakazujące dyskryminacji powinny znajdować zastosowanie w przypadkach dyskryminacji opartej na wielu podstawach

i dyskryminacji międzysektorowej, a krajowe struktury ochrony praw człowieka, w tym organy do spraw równości i rzecznicy praw obywatelskich, należy wyposażyć w możliwie jak najszerszy wachlarz uprawnień, aby mogły rozwiązywać problemy związane z dyskryminacją ze względu na szereg przyczyn, w tym w szczególności na orientację seksualną i tożsamość płciową.

---

<sup>102</sup> Zasady odnoszące się do statusu i funkcjonowania krajowych instytucji powołanych do ochrony i promowania praw człowieka, znane są jako „Zasady Paryskie”, określone w Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych 48/134 z 20 grudnia 1993 r. (A/RES/48/134).

<sup>103</sup> Duński Instytut Praw Człowieka: „Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej - praktyki, polityki i prawa”, raport na zlecenie Komisji Europejskiej, wrzesień 2007 r. Podczas Światowej Konferencji przeciw Rasizmowi, Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i Związanej z Nimi Nietolerancji w Durbanie w 2001 r., Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych rozpoznało zjawisko dyskryminacji wielokrotnej (Raport, deklaracja nr 2, A/CONF.189/12 dokument, str. 5).