

Leszek Garlicki

Trybunał strasburski a status związków monoseksualnych (refleksje na tle wyroku z 13.07.2021 r., Fedotova and Others p. Rosji)¹

1. Jubileusz Profesora Krzysztofa Skotnickiego jest znakomitą okazją dla podkreślenia Jego dorobku naukowego oraz pozycji w nauce prawa konstytucyjnego. Stał się On w szczególności czołowym znawcą zagadnień prawa wyborczego i procedur pokrewnych, zaś Jego ranga w środowisku polskich konstytucjonalistów znajduje m.in. potwierdzenie w powierzeniu Mu szaczonej funkcji prezesa Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego. Zagadnienia prawnego statusu związków monoseksualnych nie wchodzą wprawdzie w główny nurt badań naukowych Jubilata, jak jednak zobaczymy w zakończeniu tego opracowania, badania te mogą i tutaj odegrać poważną rolę.

2. Określenie prawnego statusu związków monoseksualnych stanowi – od ponad 20 lat – stały element debaty o poszanowaniu praw mniejszości seksualnych. Debata ta daje wyraz rozbieżnym – kulturowym i religijnym – wizjom współczesnego społeczeństwa, nierzadko jest wykorzystywana do instrumentalnych (i prymitywnych) celów politycznych, ma też – coraz szersze odzwierciedlenie w sferze prawa, tak stanowionego, jak i tworzonego przez sędziów.

Historycznie rzecz biorąc, w państwach naszego kręgu kulturowego doszło najpierw do odrzucenia penalizacji związków i kontaktów monoseksualnych, potem – do stopniowego odchodzenia od uregulowań i praktyk dyskryminujących osoby (związki) nieheteroseksualne w różnych

¹ Skarga nr 40792/10 – mimo że nie doszło do uprawomocnienia się tego wyroku, bo sprawa została ponownie rozpoznana przez Wielką Izbę Trybunału w trybie art. 44 par. 2 Konwencji Europejskiej, to jednak miał on poważne znaczenie tak dla debaty doktrynalnej, jak i dla ostatecznego rozstrzygnięcia podjętego 17.01.2023 r. (zob. niżej pkt 7).

dziedzinach życia społecznego, a wreszcie – do stworzenia ram prawnych pozwalających na pełną regularyzację statusu prawnego tych związków.

Regularyzacja przybiera różne formy prawne: w niektórych państwach uznano, że może lub musi być to forma związku małżeńskiego (i wówczas – prawne zrównanie nabiera pełnego charakteru), w innych przyjmuje się, że małżeństwo może (lub musi) mieć tylko charakter heteroseksualny, a związkom osób jednej płci nadawać należy inną postać prawną. Nierzadko też wprowadzenie „związków partnerskich” stanowi tylko pierwszy etap regularyzacji, a po pewnym czasie następuje odpowiednie rozszerzenie instytucji małżeństwa. Jak wiadomo, dynamika tego procesu daleka jest od jednolitości. Wykazuje szczególne zaawansowanie w państwach Europy Zachodniej, w obu Amerykach czy w Australii, gdzie indziej można raczej mówić o „samotnych wyspach” regularyzacji, a często – tolerancji w ogóle.

Kraje naszego regionu znajdują się niejako w sferze buforowej. Co ciekawe, dopuszczenie bądź wykluczenie regularyzacji nie zawsze odpowiada ogólniejszej, liberalnej bądź autorytarnej, charakterystyce poszczególnych państw. W żadnym z tych państw nie dopuszczono jeszcze zawierania związków małżeńskich przez pary monoseksualne. Czarnogóra, Czechy, Estonia, Słowenia oraz Węgry wprowadziły natomiast różne wersje „związków partnerskich”².

374

3. Regularyzacja zakłada – z natury rzeczy – dokonywanie odpowiednich zmian stanu prawnego. Nie można jej sfinalizować bez odpowiednich działań ustawodawcy, więc powstaje pytanie o zakres swobody, jaki przysługuje mu w tej kwestii. Z jednej strony, jest on poddany zakazom i nakazom wynikającym z konstytucji, z drugiej strony – w Europie – ustawodawstwo krajowe musi też czynić zadość wymaganiom Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz prawa UE. Oznacza to, że proces kształtowania decyzji regularyzacyjnych zostaje poddany kontroli sądowej. Krajowe sądy konstytucyjne dysponują właściwością do oceniania, czy konstytucja: 1) nakazuje bądź zakazuje dopuszczenie związków monoseksualnych do instytucji małżeństwa; 2) nakazuje bądź zakazuje zapewnienie im innej formy regularyzacji prawnej; 3) pozostawia te rozstrzygnięcia – całkowicie lub częściowo – w gestii ustawodawcy zwykłego. Trybunały ponadnarodowe rozstrzygają zaś te same kwestie z perspektywy „swoich” systemów praw podstawowych. Odpowiednio, ukształtowało się już bogate orzecznictwo dotyczące tych kwestii.

W większości państw europejskich orzecznictwo sądowe przybiera charakter akceptujący, bo sądy konstytucyjne uznają, że dokonanie regularyzacji należy przede wszystkim do ustawodawcy zwykłego, więc ani brak

² Fedotova, par. 29.

odpowiedniego ustawodawstwa, ani też jego wprowadzenie nie stanowi naruszenia konstytucji³. Wyjątkowo tylko sądy samodzielnie ustalają pełniejsze ramy prawne tego procesu, czy to uznając, że ustawodawca jest konstytucyjnie zobowiązany do wprowadzenia regularyzacji (a nawet – do dopuszczenia małżeństw monoseksualnych)⁴, czy też uznając, że konstytucja nie pozwala na – przyszłościowe – wprowadzenie takich małżeństw. Sądy konstytucyjne dysponują tu szeroką przestrzenią interpretacyjną, bo teksty konstytucji praktycznie nie zawierają stwierdzeń odnoszących się – *expressis verbis* – do związków monoseksualnych.

Szereg konstytucji zawiera natomiast stwierdzenie, że małżeństwo jest związkiem „kobiety i mężczyzny”, co – jak choćby w Polsce – bywa odzwierciedleniem poglądów ich twórców na rangę tradycyjnego ujmowania tej instytucji⁵. Nie przeszkadza to sądom konstytucyjnym w re-interpretacji podejścia tradycyjnego, opartej na wskazaniu, że formuła konstytucyjna ma charakter pozytywny, tzn. nakazuje ustawodawcy ustanowienie, ochronę i wspomaganie małżeństw heteroseksualnych. Nie można jej jednak interpretować *a contrario*, więc – dopóki nie przeszkodzi to parom heteroseksualnym w dostępie do instytucji małżeństwa i nie zakłóci funkcjonowania tej instytucji – ustawodawca może tworzyć inne, pozakonstytucyjne, formy związków małżeńskich. Znalazło to najpełniejszy wyraz w rozstrzygnięciach hiszpańskiego TK⁶. Odmianą interpretację przyjął zaś rosyjski Sąd Konstytucyjny, nie tylko uznając, że konstytucyjna definicja ma charakter zamknięty i nie wymaga odejścia od tradycyjnego pojmowania „małżeństwa”, ale też że „ani z Konstytucji, ani z międzynarodowych zobowiązań nie wynika obowiązek państwa do stworzenia warunków dla propagowania, wspierania bądź uznawania związków monoseksualnych”⁷.

³ L. Garlicki, *Związki monoseksualne a prawa człowieka – kształtowanie się europejskiego standardu?* [dalej – *Związki (I)*], „Przegląd Konstytucyjny” 2019, nr 2, zwłaszcza s. 10 i n.

⁴ Tak w Europie wyrok austriackiego Trybunału Konstytucyjnego z 4.12.2017 r. (zob. L. Garlicki, *Związki (I)*, s. 18–20). Więcej swobody przyznają sobie natomiast sądy w innych regionach geograficznych, bo konstytucyjny nakaz wprowadzenia małżeństw (a nie tylko – związków) monoseksualnych przyjął SN USA (*Obergefell et al. v. Hodges*, 2015 – zob. L. Garlicki, *Związki monoseksualne w najnowszym orzecznictwie SN USA i ETPCz*, [w:] *Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Bałabana*, red. J. Ciapała, J. Mijał, Warszawa 2017), a także m.in. Trybunały Konstytucyjne w RPA (2005), Kolumbii (2016) oraz Tajwanu (2017). Bardzo istotna była też opinia doradcza kanadyjskiego SN z 2004 r.

⁵ Na tym tle pojawiły się praktyki „antycypacyjnej zmiany konstytucji”, ostatnio zastosowane w Rosji w 2020 r. (zob. np. A. Katz, *International Law – European Court of Human Rights Holds that Russia Must Give Legal Recognition to Same-Sex Couples*, „Harvard Law Review” 2022, nr 135).

⁶ Zob. L. Garlicki, *Związki (I)*, s. 14–16 oraz powołana tam literatura.

⁷ Wyrok z 16.12.2006 r., 496-0 (Murzin) – zob. wyrok Fedotova, par. 25.

Odniesienia do instytucji małżeństwa nie mają natomiast bezpośredniego zastosowania dla rozwiązań prawnych ustanawiających inne postaci regularyzacji związków monoseksualnych. Orzecznictwo konstytucyjne sięga tu do praw podstawowych o ogólniejszym charakterze bądź do generalnych zasad porządku konstytucyjnego, np. nakazu poszanowania godności człowieka i jego decyzyjnej autonomii⁸.

Podobna sytuacja występuje na szczeblu ponadnarodowym. Zarówno MPPPiO, jak i konwencje regionalne w Ameryce i Europie łączą pojęcie małżeństwa ze związkiem kobiety i mężczyzny⁹. Nie przeszkodziło to Amerykańskiemu Trybunałowi Praw Człowieka w uznaniu, że natura Konwencji – jako „żyjącego instrumentu” – nie tylko pozwala na odnalezienie w niej obowiązku państw członkowskich do dokonania regularyzacji, ale też wymaga, aby regularyzacja ta polegała na odpowiednim rozszerzeniu instytucji małżeństwa, a – tylko wyjątkowo – mogła się ograniczyć się do formy związków partnerskich¹⁰. Bardziej tradycyjne stanowisko zajmuje natomiast genewski Komitet Praw Człowieka¹¹, a także – o czym niżej – ETPC.

4. Punktem wyjścia orzecznictwa strasburskiego było, jak wiadomo, rozstrzygnięcie w sprawie *Schalk and Kopf p. Austrii* (2010). Trybunał wyraźnie stwierdził, że związki monoseksualne stanowią legitymowaną formę „życia rodzinnego”, podlegają więc ochronie z art. 8 Konwencji. Dano do zrozumienia, że rodzi to konieczność zapewnienia im jakiejś formy prawnego uznania, ale – ponieważ ustawodawca austriacki wprowadził w międzyczasie stosowne regulacje – nie nadano temu stwierdzeniu kategorię charakteru. Natomiast w sposób wyraźny odrzucono stosowność art. 12 Konwencji do sytuacji par monoseksualnych. Trybunał stwierdził, że skoro przepis ten *expressis verbis* odnosi prawo do małżeństwa do „kobiety i mężczyzny”, to nie ma możliwości rozszerzającej wykładni tego prawa. Oznacza to, że państwa członkowskie nie mają obowiązku dopuszczenia małżeństw jednopłciowych, choć mogą oczywiście zdecydować o takim dopuszczeniu w ramach swojego „marginesu oceny”¹².

⁸ Zob. np. wyrok niemieckiego FTK z 17.07.2002 r. (L. Garlicki, *Związki* (I), s. 13–14).

⁹ Tylko Karta Praw Podstawowych UE przyjmuje formułę o neutralnym i bardziej generalnym charakterze (art. 9).

¹⁰ Opinia doradcza z 24.11.2017 r., potem potwierdzona przez Izbę Konstytucyjną SN Kostaryki oraz Trybunał Konstytucyjny Ekwadoru (zob. S. Saxon, *The Fundamental Right to Family: How the Inter-American Court of Human Rights Shaped Ecuador's Constitutional Right to Same-Sex Marriage*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 1).

¹¹ Zob. L. Garlicki, *Ponadnarodowe standardy ochrony związków monoseksualnych*, [w:] *Integracja, polityka zagraniczna, praworządność, wyzwania dla Polski współczesnej. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Witoldowi Maciejowi Góralskiemu*, red. E. Mreńca, Warszawa 2019.

¹² Tę ostatnią konkluzję uzasadniono m.in. przez przywołanie art. 9 KPP UE.

Dalsze orzecznictwo ETPC potwierdziło powyższe ustalenia. W sposób konsekwentny wskazywano, że do sytuacji związków monoseksualnych nie odnoszą się gwarancje z art. 12 Konwencji¹³. Zarazem jednak stopniowo wzmacniano ochronę z art. 8 Konwencji i zakres – wynikających z tego przepisu – pozytywnych obowiązków państwa do poszanowania życia rodzinnego osób tworzących te związki. Uznano najpierw, że wprowadzenie instytucji „związków partnerskich” nie może mieć charakteru niepełnego, tzn. ograniczać się tylko do par heteroseksualnych. Wprowadza to bowiem zróżnicowanie oparte na kryterium orientacji seksualnej, a na to nie pozwala art. 14 Konwencji¹⁴.

Nadal nie dawało to wyraźnej odpowiedzi, czy zgodne z Konwencją jest powstrzymanie się ustawodawcy od jakiegokolwiek regularyzacji związków, które pozostają poza tradycyjną instytucją małżeństwa. Dopiero w wyroku Oliari z 2015 r. Trybunał stwierdził, że brak ustawodawstwa regularyzacyjnego we Włoszech stanowi naruszenie art. 8 Konwencji. Wskazano, że nakaz poszanowania życia rodzinnego odnosi się do wszelkich związków o trwałym charakterze, niezależnie od orientacji seksualnej osób je tworzących. Tworzy to „pozytywny obowiązek” państwa do prawnej formy generalnego uznania takich związków. Powtórzono tezę, że ustawodawcy przysługuje szeroki „margines oceny” w wyznaczeniu konturów tego uznania, ale wskazano też – co było nowym i bardzo ważnym elementem – że musi ono obejmować pewne minimum („jądro”) praw wskazane przez Trybunał¹⁵. Zarazem jednak stwierdzono, że regularyzacja nie musi przybierać formy „małżeństwa”, bo ta kwestia jest odrębnie ujęta w art. 12 Konwencji.

Wyrok Oliari stanowił pierwszą, zasadniczą wypowiedź ETPC w kwestii zapewnienia parom monoseksualnym pełnego uznania prawnego¹⁶. Zarazem argumentacja Trybunału była silnie zorientowana na specyfikę sytuacji we Włoszech, bo m.in. wskazano szeroki stopień społecznej akceptacji związków monoseksualnych oraz przywołano krytyczne stanowisko Trybunału Konstytucyjnego oraz Trybunału Kasacyjnego

¹³ Wyroki: Oliari i inni p. Włochom (2015); Chapin i Charpentier p. Francji (2016); Orlandi i inni p. Włochom (2017).

¹⁴ Vallianatos i inni p. Grecji (2013).

¹⁵ Par. 174, wskazujący, że ustawodawstwo regularyzacyjne musi „zapewniać odpowiedni stopień ochrony poprzez przyznanie ‘praw najważniejszych’, pozwalających partnerom na stabilny i zaangażowany związek, wolny od barier pozbawionych uzasadnienia”.

¹⁶ Powtórzono je później w wyroku Orlandi (2017), dotyczącym braku prawnej formy uznawania jednopłciowych małżeństw zawieranych za granicą. Gdy jednak, w 2016 r., ustawodawca włoski wprowadził regulację związków partnerskich (zob. np. N. Cipriani, *Unioni Civili: Same-Sex Partnerships Law in Italy*, „The Italian Law Journal” 2017, t. 2), problem regularyzacji utracił swoją ostrość.

wobec istniejącego stanu prawnego. Mogło to pozostawiać wątpliwości, czy nowy standard europejski odnosi się z równą imperatywnością do państw, w których poglądy społeczeństwa oraz orzecznictwo sądowe zachowują bardziej tradycyjną orientację¹⁷.

5. Przełom przyniosło dopiero rozstrzygnięcie w sprawie Fedotova i inni p. Rosji. Trybunał uznał, że brak jakiegokolwiek ustawodawstwa regularyzującego sytuację prawną związków monoseksualnych stanowi naruszenie art. 8 Konwencji.

Trybunał nawiązał do ustaleń wcześniejszych, szczególnie szeroko przywołując wyrok Oliari:

– wskazano, że art. 8 Konwencji ustanawia pozytywny obowiązek do stworzenia ram prawnych pozwalających na efektywne korzystanie z gwarantowanych w nim praw (par. 44). Do praw tych zalicza się też poszanowanie „życia rodzinnego” w ramach związków monoseksualnych;

– podkreślono, że „związki monoseksualne wykazują taką samą zdolność jak związki heteroseksualne do tworzenia relacji opartych na wzajemnym oddaniu. Tym samym, znajdują się one w sytuacji podobnej do związków heteroseksualnych, gdy chodzi o potrzebę prawnego uznania oraz ochrony” (par. 48);

378 – przypomniano, że przy ustalaniu zakresu obowiązków pozytywnych państwom członkowskim pozostawiony jest „pewien” [certain] margines oceny (par. 47). Przy jego wyznaczaniu zachować trzeba „rzetelną równowagę” [fair balance] pomiędzy interesami jednostki oraz interesami społeczności jako takiej (par. 46). Wziąć pod uwagę należy m.in., czy istniejąca sytuacja tworzy rozdziew między realiami społecznymi a regulacją prawną, a także jaki może być wpływ danego obowiązku państwa na funkcjonowanie państwa, zwłaszcza gdy chodzi o wynikające obciążenia (par. 45).

– zauważono, że art. 8 nie ustanawia – *expressis verbis* – obowiązku prawnego uznania związków monoseksualnych (par. 49). Tym samym problem musi być rozwiązywany w oparciu o metodologię „rzetelnej równowagi” między interesem jednostki, a względami interesu publicznego. Wymaga to oceny sytuacji istniejącej w danym kraju, stosownie do jego specyfiki (par. 50).

Trybunał rozważył sytuację istniejącą w Rosji, kolejno analizując standardy ustalone w wyroku Oliari i argumenty przedstawiane przez strony postępowania:

¹⁷ Nie służył ich rozwianiu wyrok ETPC z 26.10.2017 r., Ratzenbock i Seydl p. Austrii (zob. m.in. J. Pawliczek, *Zarejestrowanie związku partnerskiego przez osoby tej samej płci*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 4, s. 143 i n.).

– stwierdzono, że prawo rosyjskie nie zakazuje parom jedнопłciowym wspólnego pożycia (nie ma więc naruszenia „negatywnych obowiązków” państwa”). Zarazem jednak prawo nie przewiduje żadnej formy uznania tych par, co rodzi realne komplikacje, np. w sferze dostępu do świadczeń socjalnych, dostępu do informacji medycznej, statusu w procedurze karnej, czy w kwestiach dziedziczenia. To „tworzy konflikt pomiędzy realiami społecznej sytuacji skarżących (którzy pozostają w stosunkach wzajemnego oddania opartego na uczuciu) a prawem, które zawodzi w ochronie najbardziej typowych potrzeb, napotykanych przez pary monoseksualne” (par. 51);

– rozważono argument, że większość społeczeństwa rosyjskiego z dezaprobatą odnosi się do związków jedнопłciowych. Nie kwestionując tego faktu, wskazano jednak, że Konwencja nakazuje ostrożne podejście do żądań społecznych, by „istotnej grupie ludności odmówić dostępu do podstawowego prawa do poszanowania życia prywatnego oraz rodzinnego” (par. 52). Przywołując orzecznictwo dyskwalifikujące rosyjskie ustawodawstwo ograniczające inne swobody mniejszości seksualnych¹⁸, stwierdzono, iż sytuacja, gdy „korzystanie z praw konwencyjnych przez grupę mniejszościową byłoby zależne od akceptacji przez większość, byłaby niepołączalna z podstawowymi wartościami Konwencji jako instrumentu europejskiego porządku prawnego” (par. 52). Innymi słowy, w tym wymiarze, standardy europejskie ustalają granicę o wyraźnym charakterze;

– nie kwestionowano, że ochrona tradycyjnego małżeństwa „stanowi w zasadzie poważny i legitymowany interes” i przypomniano, że jej wzmocnieniu służyły m.in. poprawki konstytucyjne przyjęte w 2020 r. Zarazem jednak osłabiono relewantność tego argumentu, wskazując, że Trybunał „nie dostrzega żadnych zagrożeń, jakie mogłyby wyniknąć z formalnego uznania związków jedнопłciowych, bo nie ograniczałoby to par heteroseksualnych ani w zawieraniu związków małżeńskich, ani korzystania z przywilejów wynikających z małżeństwa” (par. 54). Równie pozbawiony relewantności jest argument ochrony nieletnich przed ukazywaniem orientacji homoseksualnej, zresztą zdyskwalifikowany już w wyroku Bayev z 2017 r. (par. 53).

Doprowadziło to Trybunał do wniosku, że interesom skarżących nie można przeciwstawić „żadnego interesu społecznego o przeważającym znaczeniu”. Oznacza to, że państwu pozwanemu nie udało się uzasadnić pozbawienia skarżących możliwości prawnego uznania ich związku. Innymi słowy, nie zachowano w tej sprawie „rzetelnej równowagi” pomiędzy

¹⁸ Aleksejev p. Rosji (2010); Bayev i inni p. Rosji (2017), a także Beizaras i Levickas p. Litwie (2020).

prawami (interesami) skarżących a względami interesu publicznego (par. 55). Tym samym obecna sytuacja stanowi naruszenie art. 8 Konwencji (par. 56).

Usunięcie tego naruszenia pozostaje – w znacznym stopniu – w sferze „marginesu oceny” przynależnego władzom krajowym. Poza tym marginesem znajduje się tylko sytuacja całkowitego braku prawnej regularyzacji. Natomiast ustawodawca krajowy ma wybór formy, w jakiej zostanie ona dokonana, i może ją dostosować do specyfiki kontekstu społecznego i kulturowego w Rosji. W przekonaniu Trybunału „stworzenie dostępu [par monoseksualnych] do uznania prawnego w innej formie niż związek małżeński nie pozostanie w konflikcie z tradycyjnym pojmowaniem ‘małżeństwa’, dominującym w Rosji” (par. 56). Zwrócono bowiem uwagę, że – przywoływane przez stronę rządową – poglądy większości społeczeństwa kierują się przeciwko małżeństwom monoseksualnym, a nie przeciwko innym prawnej regularyzacji (par. 56).

6. Wyrok w sprawie Fedotova ma charakter przełomowy, przede wszystkim dlatego, że został wydany w odniesieniu do Rosji. Podobnie jak w wyroku Oliari, ustalenie, czy doszło do zachowania „rzetelnej równowagi” przeciwstawnych interesów, dokonane zostało na tle społeczno-kulturowej specyfiki sytuacji w państwie pozwany. Różnica pomiędzy obu wyrokami polega na treściach owego kontekstu. Rosyjskie społeczeństwo (a także – elity władzy) zajmują, w odróżnieniu od Włoch, stanowisko o zdecydowanie bardziej „tradycyjnym” charakterze wobec problemu związków monoseksualnych.

Nie przeszkodziło to Trybunałowi w stwierdzeniu naruszenia art. 8 Konwencji oraz wskazania, że obowiązek ustanowienia „jakiejsz” formy prawnego uznania związków monoseksualnych dotyczy także Rosji. Można twierdzić, że doszło w ten sposób do ustalenia aktualnego standardu europejskiego, wydobywającego z Konwencji obowiązek prawnej regularyzacji, która nie musi jednak przybierać formy związku małżeńskiego, w pełni zrównanego z małżeństwem tradycyjnym.

Nawet gdyby przyjąć, że wyrok Fedotova nadal wymaga, aby rozwiązania każdego z państw należących do Konwencji były dokonywane na tle oceny specyfiki sytuacji w danym kraju, to obecna wypowiedź Trybunału nie pozostawia większej swobody manewru dla oponentów regularyzacji. Wykazanie przed Trybunałem, iż sytuacja w jakimś kraju nie dojrzała jeszcze do prawnej regularyzacji związków monoseksualnych, wymaga teraz udowodnienia, iż kontekst kraju pozostaje jeszcze silniej w sferze podejść tradycyjnych niż w wypadku społeczeństwa rosyjskiego. Poprzeczka, o ile w ogóle jeszcze istnieje, została przesunięta zdecydowanie niżej, co zasadniczo redukuje atrakcyjność argumentacji kontekstualnej.

Co więcej, bardzo istotne – i uniwersalnie wiążące – było przypomnienie, że podstawowe prawa mniejszości seksualnych nie mogą być uzależnione od aprobaty większości społeczeństwa, tu bowiem podstawowe prawa człowieka muszą mieć charakter przeważający¹⁹. Raz jeszcze trzeba podkreślić, że pozostawia to znacznie mniej miejsca dla argumentów przywołujących opinie dominujące w danym społeczeństwie bądź akcentujących – jak w tej sprawie (par. 33) – „unikalną drogę historii” danego państwa.

Zarazem trzeba zauważyć, że wyrok Fedotova został napisany w bardzo ostrożny sposób. Jak można przypuszczać, wynikało to z jednej strony z dążenia do zapewnienia jednomyślności składu orzekającego, zwłaszcza – uniknięcia votum separatum ze strony sędziego narodowego. Z drugiej strony, miano chyba nadzieję, że ułatwi to przekonanie władz krajowych do podjęcia odpowiednich kroków legislacyjnych. Nie tylko pamiętano przy tym, że rosyjski sąd konstytucyjny przyznaje sobie prawo do odmowy stosowania wyroków ETPC uznanych za sprzeczne z konstytucją, ale także, że w praktyce korzysta z tej możliwości tylko w wyjątkowych wypadkach²⁰. Zapewne z tych samych względów ETPC powstrzymał się od jakiegokolwiek polemiki ze stanowiskiem rosyjskiego TK, wyrażonego we wspomnianym wyroku Murzin z 2006 r.

Efektom było jednak przyjęcie różnorodnych kompromisów i pozostawienie szeregu niedopowiedzeń. Wspomnieć tu zwłaszcza należy:

– potwierdzenie dotychczasowego stanowiska ETPC w kwestii braku konwencyjnych podstaw dla uznania, że parom monoseksualnym powinno przysługiwać prawo do zawierania „normalnych” związków małżeńskich. Nie miało to pierwszoplanowego znaczenia, bo skarżący nie postawili oddzielnie takiego zarzutu. Co więcej, wcześniejsze orzecznictwo Trybunału zajęło wyraźne stanowisko wobec tego problemu. Ale skoro Trybunał zdecydował się o nim wspomnieć (zwłaszcza par. 65), to pojawia się pytanie, czy jego wywody nie wymagały pewnej aktualizacji. W najnowszym orzecznictwie sądowym pojawia się bowiem pogląd, że regularyzacja w formie „tylko” związków partnerskich ma charakter stygmatyzujący i narusza zakaz dyskryminacji opartej na kryterium orientacji seksualnej²¹;

– powstrzymanie się od wyraźnego wskazania minimalnych treści, jakie musi zawierać ustawodawstwo regularyzacyjne, tak jak uczyniono to w wyroku Oliari;

¹⁹ Tak też A. Katz, *International Law...*

²⁰ Jak wskazuje A. Katz (*International Law...*), na 1112 wyroków ETPC stwierdzających naruszenie Konwencji tylko dwa uznano za niewykonalne z powodu niekonstytucyjności (sprawa kompanii Jukos, w której od Rosji zasądzono 1,9 mld euro oraz sprawa praw wyborczych osób pozbawionych wolności).

²¹ Tak zarówno Opinia Doradczca ATPCz (2017), jak i wyrok austriackiego TK z 2017 r. (zob. L. Garlicki, *Związki* (I), s. 20).

– powstrzymanie się od merytorycznego rozpoznania zarzutu, że brak ustanowienia jakiegokolwiek formy prawnej regularyzacji przez prawo rosyjskie narusza nie tylko prawo do poszanowania życia rodzinnego (art. 8), ale także – zakaz dyskryminacji (art. 14 w zw. z art. 8). Choć „technika minimalistyczna”, uznająca, że stwierdzenie naruszenia jednego z postanowień Konwencji czyni zbędnym analizowanie innych zarzutów, jest widoczna w praktyce Trybunału, to można zastanawiać się, czy nie jest już czas na szersze podejście do sytuacji, gdy brakuje wszelkich form prawnej regularyzacji związków monoseksualnych²²;

– powstrzymanie się nie tylko od – często stosowanego w sprawach naruszeń systemowych – rozważenia problemu w perspektywie art. 46 Konwencji, ale też (par. 61) od zasądzenia „słusznego zadośćuczynienia”, przewidzianego w art. 41. Znaczną powściągliwość okazano też wobec zwrotu kosztów zastępstwa prawnego przed Trybunałem (par. 64), co zresztą stało się jedynym punktem, wobec którego dwóch sędziów złożyło zdanie odrębne. Trudno wreszcie nie zauważyć, że rozpoznanie skarg zajęło Trybunałowi bardzo dużo czasu, bo pierwsza z nich wpłynęła w lipcu 2010 r.

7. Wskazane niejasności i niedopowiedzenia, a także istotna ranga problemu regularyzacji związków monoseksualnych, przekonały Trybunał o potrzebie ponownego rozpoznania sprawy przez jego Wielką Izbę.

Jej rozstrzygnięcie zapadło już po złożeniu niniejszego tekstu, więc ograniczyć się trzeba do kilku tylko uwag²³.

Po pierwsze, Wielka Izba przyjęła podejście replikacyjne i w całości potwierdziła orzeczenie „izbowe”, stwierdzając naruszenie art. 8 Konwencji przez Rosję.

Po drugie, argumentacja Wielkiej Izby nie pozostawiła wątpliwości, że nakaz regularyzacji związków jedнопłciowych stał się standardem europejskim, obowiązującym wszystkie państwa członkowskie. Regularyzacja ta musi mieć zakres „adekwatny” do nakazu uznania i ochrony związków monoseksualnych. Nie musi jednak (choć, oczywiście, może) przybierać formy małżeństwa.

Po trzecie, wyrok Wielkiej Izby otwiera drogę do sfinalizowania innych spraw o podobnym charakterze. Przypomnieć należy, że na wokan-

²² Tak formowała się ewolucja orzecznictwa ETPC o „sektoralnych” przejawach dyskryminacji w początkach lat 90. Początkowo Trybunał zadowalał się stwierdzeniem, że doszło do naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego (art. 8 Konwencji), a nie uznawał za konieczne dodatkowe analizowania zarzutu naruszenia art. 14. Zmiana nastąpiła dopiero kilka lat później.

²³ Zob. L. Garlicki, *Fedotova i inni przeciwko Rosji, czyli sformułowanie europejskiego standardu nakazującego prawne uznanie związków monoseksualnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 2, s. 27 i n.

dzie Trybunału znajdują się skargi m.in. z Polski i że zakwalifikowane już one zostały do merytorycznego rozpoznania²⁴.

Po czwarte, oznacza to, że obecny brak pełnej regularyzacji w Polsce oceniać należy jako naruszenie obowiązków wynikających z Konwencji Europejskiej. Nie trzeba tu czekać na rozstrzygnięcie polskich spraw, bo standard europejski już ostatecznie zaistniał i wymaga realizowania przez wszystkie państwa członkowskie. Nie wydaje się bowiem, by istniały realne szanse przekonania Trybunału strasburskiego, że sytuacja w Polsce wykazuje wyższy stopień unikalności i przywiązania do tradycji, niż ma to miejsce w Rosji. Rozwijanie tego typu argumentacji byłoby zresztą bardzo ryzykowne w sensie polityki wewnętrznej oraz ambicji polskiego elektoratu.

Po piąte, realizacja tego standardu powinna – już dziś – znajdować wyraz w rozstrzygnięciach sądów polskich, zwłaszcza tam, gdzie możliwe jest posłużenie się wykładnią „przyjazną wobec zobowiązań międzynarodowych”. Pełnego rozwiązania nie da się jednak uzyskać bez nowej regulacji ustawodawczej. Jej przyjęcie jest możliwe na gruncie obecnej regulacji konstytucyjnej, bo art. 18 Konstytucji odnosi się tylko do instytucji małżeństwa.

Gdyby zaś decydenci polityczni poszukiwali legitymizacyjnego alibi²⁵, można też wyobrazić wykorzystanie instytucji referendum. Nie miałyby sensu przeprowadzania referendum odnośnie do regularyzacji jako takiej, bo nie mogłoby to przecież uchylać standardu ponadnarodowego. Natomiast kwestie zakresu regularyzacji, a może też nadania jej formy związku małżeńskiego mogłyby stanowić legitymowany przedmiot pytań referendalnych i wyznaczać treści przyszłego ustawodawstwa, a może nawet – poprawki konstytucyjnej. Przy takim scenariuszu wiedza, doświadczenie i naukowy autorytet Profesora Skotnickiego mogą okazać się w najwyższym stopniu przydatne.

²⁴ W pierwszym rzędzie skarga *Formela and Formela v. Poland* (58828/12), zakomunikowana polskiemu rządowi 20.06.2020 r. Skarżące zawarły związek partnerki, a potem – związek małżeński w Wielkiej Brytanii, a przedmiotem ich skargi (zarzucającej naruszenie art. 8 oraz art. 14 w zw. z art. 8 Konwencji) jest odmowa uznania tego związku przez prawo polskie, a także brak możliwości zawarcia małżeństwa bądź uzyskania innej formy prawnego uznania ich związku.

²⁵ Patologicznym „rozwiązaniem” byłoby zaś zaproszenie Trybunału Konstytucyjnego do zadeklarowania niekonstytucyjności kolejnego fragmentu Konwencji Europejskiej. Nie zmieniłoby to ani treści standardu europejskiego, ani jego mocy wiążącej, natomiast przyniosłoby kolejny uszczerbek dla pozycji Polski w strukturach europejskich.