



**Analiza nt. kształtowania się zwyczajowego rozumienia praw człowieka w świetle orzecznictwa organów Rady Europy, Unii Europejskiej i Organizacji Narodów Zjednoczonych (wybrane problemy)**

**1. Wprowadzenie**

Przedmiotem niniejszej analizy jest problematyka wywodzenia przez organy Rady Europy, Unii Europejskiej i Organizacji Narodów Zjednoczonych z traktatów międzynarodowych nowych, kontrowersyjnych i nieznanych historycznemu prawodawcy praw, które nigdy nie zostały w nich zapisane takich jak: prawo kobiet do aborcji, prawo par homoseksualnych do sformalizowania ich związku przez państwo, prawo osoby transseksualnej do zmiany płci metrykalnej, prawo do legalizacji skutków surogacji przeprowadzonej za granicą. Najczęściej te nowe prawa wywodzone są z prawa do prywatności - art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC), art. 7 Karty praw podstawowych UE (KPP), art. 17 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPOiP). Niektóre z tych praw – jak np. prawo do aborcji – wyprowadzane są także z innych praw człowieka, takich jak zakaz tortur (art. 3 EKPC, art. 7 MPPOiP), prawo do życia (art. 2 EKPC, art. 6 MPPOiP) czy prawo do zdrowia (art. 12 Międzynarodowego paktu praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych, MPESiK czy art. 12 Konwencji ONZ o likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, CEDAW).

Poza zakresem rozważań pozostawia się postulaty, które jak dotąd nie znalazły szerszego uznania w orzecznictwie międzynarodowym, takie jak prawo do antykoncepcji hormonalnej bez recepty czy prawo do eutanazji.

Analiza poświęcona jest dwóm zagadnieniom: opisuje aktualne tendencje w orzecznictwie międzynarodowym (ze szczególnym uwzględnieniem organów Rady Europy) w zakresie kreatywnej interpretacji prawa do prywatności, prawa do życia, zakazu tortur i prawa do zdrowia oraz wskazuje na ryzyko przekształcenia się niewiążącej wykładni orzeczniczej w powszechnie obowiązujący zwyczaj międzynarodowy.

Władze publiczne takich państw jak Polska, opowiadających się – przynajmniej teoretycznie – za ochroną życia ludzkiego od poczęcia, poszanowaniem naturalnej tożsamości małżeństwa, prawem dziecka do matki i ojca czy obroną kobiet przed przedmiotowym traktowaniem, muszą się liczyć z tym, że z czasem ich stanowisko zostanie uznane przez społeczność międzynarodową za sprzeczne z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a w pewnym zakresie także z prawem do życia i zdrowia oraz zakazem tortur. Już na wstępie należy bowiem podkreślić, że władze polskie nie zgłaszają na forum międzynarodowym sprzeciwu wobec kontrowersyjnej wykładni tych praw,

forsowanej przez organy RE, UE i ONZ, co otwiera drogę do uznania jej za normę prawa zwyczajowego.

## 2. Ogólne tendencje w orzecznictwie międzynarodowym

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. W orzecznictwie ETPC przyjmuje się, że elementem «życia prywatnego» w rozumieniu art. 8 EKPC jest: decyzja matki o uśmierceniu jej nienarodzonego dziecka<sup>1</sup>; aspiracja pary jedнопłciowej co do formalizacji jej związku; decyzja osoby transseksualnej o zmianie jej płci metrykalnej; decyzja niepłodnej pary o wynajęciu ciała innej kobiety do poczęcia i urodzenia upragnionego dziecka. Konsekwencją uznania tych kwestii za część prywatności każdego człowieka jest z jednej strony zobowiązanie państw do «poszanowania» swobody decyzji w tych sprawach (aspekt negatywny), a z drugiej strony obowiązek podjęcia pozytywnych działań na rzecz wcielenia tej decyzji w życie (aspekt pozytywny). Innymi słowy, skoro aborcja, pragnienie małżeństwa z osobą tej samej płci, chęć posiadania dziecka są prywatną sprawą człowieka, to państwo szanujące prywatność człowieka musi zapewnić dostęp do aborcji, umożliwić osobom homoseksualnym zawierać małżeństwa lub związki partnerskie, a osobom, które nabyły dziecko za granicą na podstawie umowy z kobietą-surogatką przyznać pełne prawa rodzicielskie.

Przy interpretacji art. 8 Konwencji organy ETPC nie kierują się brzmieniem przepisu, ani nie biorą pod uwagę intencji historycznych twórców Konwencji, lecz posługują się tzw. wykładnią dynamiczną, czyli dostosowującą treść Konwencji do zmieniającej się rzeczywistości oraz oczekiwań społecznych (bez formalnej zmiany jej postanowień). Dlatego też w orzecznictwie i w literaturze określa się Konwencję jako „żywy instrument” (ang. *living instrument*, fr. *instrument vivant*)<sup>2</sup>.

Dynamiczna wykładnia traktatu jest charakterystyczna nie tylko dla organów interpretujących EKPC. Podobna metoda jest wykorzystywana do interpretacji innych traktatów z zakresu praw człowieka – MPPOiP, MPESiK, CEDAW czy KPP. Zważywszy, że wszystkie traktaty z zakresu praw człowieka posługują się podobnymi sformułowaniami na określenie praw podstawowych, wykładnia EKPC może mieć przełożenie na wykładnię MPPOiP, MPESiK czy KPP oraz *vice versa*.

W podejściu organów międzynarodowych występują pewne różnice – ETPC nie uznaje prawa do aborcji, ale uznaje prawo związków jedнопłciowych do formalizacji ich relacji; TSUE nie uznaje ani prawa do aborcji, ani prawa związków jedнопłciowych do formalizacji ich relacji, przyjmując, że obie kwestie są pozostawione uznaniu państw członkowskich; ETPC nie dostrzega sprzeczności między surogacją a prawami człowieka, a Parlament Europejski domaga się jej delegalizacji; ETPC uznaje prawo transseksualistów do zmiany płci metrykalnej, TSUE nie wypowiedział się na ten temat;

---

<sup>1</sup> Tu trzeba jednak zastrzec, że w temacie aborcji sam Trybunał w Strasburgu wypowiada się powściągliwie, a bardziej śmiało stanowisko zajmuje Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy i Komisarz Praw Człowieka, o czym będzie jeszcze mowa poniżej.

<sup>2</sup> W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Warszawa 2019, s. 78.

najbardziej radykalne są organy ochrony praw człowieka ONZ, które uznają za prawny obowiązek legalizację aborcji, instytucjonalizację związków jedнопłciowych oraz maksymalne ułatwienia zmiany płci metrykalnej.

Choć formalnie rzecz biorąc orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie mają mocy powszechnie obowiązującej, lecz wiążą jedynie państwo będące stroną konkretnego postępowania (art. 46 ust. 1 EKPC), to w praktyce utrwalona linia orzecznicza może prowadzić do powstania normy prawa zwyczajowego, niejako uzupełniającej traktat, jakim jest Europejska Konwencja Praw Człowieka. Także choć opinie i rezolucje Zgromadzenia Parlamentarnego, Komitetu Ministrów i Komisarza Praw Człowieka formalnie nie wiążą nawet państw, do których są skierowane, to z czasem również one mogą przyczynić się do powstania normy prawa zwyczajowego. Podobny efekt mogą wywołać akty wydawane przez Parlament Europejski, Komitet Praw Człowieka ONZ czy Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ.

Co więcej, nawet praktyka innych państw członkowskich może wpłynąć na ukształtowanie się prawa zwyczajowego – ma ona znaczenie zwłaszcza w przypadku Rady Europy. Przykładowo jeśli większość państw ustanawia nową instytucję prawa rodzinnego w postaci związków partnerskich (dostępnych dla par jedнопłciowych), to może to świadczyć o istnieniu przeświadczenia, że takiego uregulowania związków jedнопłciowych wymagają prawa człowieka. Takie zaś przeświadczenie może prowadzić do powstania normy zwyczajowej. Do tematu tego wrócimy w pkt 3 analizy. W tym miejscu ograniczamy się do stwierdzenia, że treść prawa do prywatności jest ustalana z uwzględnieniem orzecznictwa organów międzynarodowych, a w przypadku Rady Europy szczególną rolę odgrywa także praktyka dominującej części państw członkowskich danej organizacji.

## **2.1. Prawo do legalnej aborcji i prawo do legalizacji aborcji**

Pierwszym prawem podmiotowym, którego twórcy i pierwsi sygnatariusze Konwencji nie uznawali, a które zostało wykreowane przez sam Europejski Trybunał Praw Człowieka, jest tzw. prawo do legalnej aborcji.

Na chwilę obecną państwa członkowskie mogą dość swobodnie decydować o legalizacji bądź delegalizacji aborcji, ponieważ w ocenie ETPC brak jest konsensusu w Europie i w środowiskach naukowych co do prawnej i naukowej definicji życia ludzkiego, dlatego też kwestia ustalenia początku życia ludzkiego należy do marginesu swobody władz krajowych<sup>3</sup>. Chociaż Trybunał w Strasburgu nie uznaje na chwilę obecną prawa do legalizacji aborcji, to uznaje jednak prawo do tzw. aborcji legalnej, które wywiódł z prawa do prywatności zagwarantowanego w art. 8 EKPC. Jeśli zatem państwo członkowskie zdecyduje się zalegalizować aborcję w pewnych przypadkach (np. zagrożenia dla życia lub zdrowia matki, gwałtu, upośledzenia dziecka), to Trybunał odczytuje to jako

---

<sup>3</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8 lipca 2004 r. w sprawie *Vo p. Francji*, § 82.

wykreowanie na poziomie prawa krajowego prawa podmiotowego do poddania się aborcji. Kobieta nabywa takie prawo, jeśli spełnia warunki określone w prawie krajowym. W takiej sytuacji na poziomie Konwencji powstaje pozytywny obowiązek państwa do stworzenia procedury gwarantującej, że prawo do legalnej aborcji nie będzie uprawnieniem teoretycznym ani iluzorycznym<sup>4</sup>.

Brak takiej procedury wypomina Polsce Komitet Ministrów Rady Europy (organ odpowiedzialny za czuwanie nad wykonywaniem orzeczeń ETPC przez państwa) uznając, że do dnia dzisiejszego nie zrealizowała wyroków w sprawach *Tysiāc*<sup>5</sup>, *P. i S.*<sup>6</sup> oraz *R. R.*<sup>7</sup>. Tymczasem już w 2009 roku weszły w życie nowe przepisy gwarantujące prawo pacjenta do żądania drugiej opinii lekarskiej lub zwołania konsylium lekarskiego oraz prawo wniesienia sprzeciwu na opinię lub orzeczenie lekarza do Komisji Lekarskiej przy Rzeczniku Praw Pacjenta<sup>8</sup>. Ustawodawca wprowadził aż dwie procedury gwarantujące kobietom weryfikację odmownej decyzji lekarza w przedmiocie ich dostępu do aborcji, których brak zarzucił Trybunał we wspomnianych trzech wyrokach. Warto podkreślić, że wszystkie stany faktyczne, na kanwie których te rozstrzygnięcia zapadły, miały miejsce przed wejściem w życie wspomnianych przepisów. Mimo to Komitet nie uznaje wyroków w sprawach *Tysiāc*, *P. i S.* oraz *R.R.* za wykonane. W ocenie Komitetu pacjenci zbyt rzadko korzystają z prawa wniesienia sprzeciwu, co ma świadczyć o niskiej efektywności wprowadzonego środka. Komitet domaga się zatem uproszczenia procedury wnoszenia sprzeciwów do Komisji Lekarskiej przy RPP. W ostatnich decyzjach z 2020 r. Komitet wyraził też oczekiwanie nowelizacji przepisów o klauzuli sumienia, tak aby kobiety, którym lekarz odmówi aborcji, miały prawnie zagwarantowany dostęp do informacji o tym, kto i w jakim miejscu będzie mógł przeprowadzić aborcję.

O krok dalej poszło Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, które w rezolucji nr 1607 z 16 kwietnia 2008 r. w sprawie dostępu do bezpiecznej i legalnej aborcji w Europie wezwało państwa do całkowitej dekryminalizacji aborcji, uznania „wolności wyboru” oraz zniesienia wszelkich ograniczeń, które *de iure* lub *de facto* utrudniają dostęp do bezpiecznej aborcji<sup>9</sup>. Inaczej niż Trybunał w Strasburgu w dotychczasowym orzecznictwie, który pozostawia państwom członkowskim decyzję

---

<sup>4</sup> Wyroki ETPC z: 20 marca 2007 roku w sprawie *Tysiāc przeciwko Polsce*, § 110; 16 grudnia 2010 r. w sprawie *A., B. i C. p. Irlandii*, § 245; 26 maja 2011 r. w sprawie *R. R. p. Polsce*, § 185; 30 października 2012 r. w sprawie *P. i S. p. Polsce*, § 96.

<sup>5</sup> Decyzja z posiedzenia Komitetu Ministrów 3-5 marca 2020 r. dot. stanu wykonania wyroków ETPC w sprawach *Tysiāc p. Polsce i R.R. p. Polsce*, informacja z bazy HUDOC-EXEC, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Tysi%C4%85c%22%5D%2C%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-20592%22%5D%7D> (20.4.2020). Zob. też wcześniejsze decyzje, dostępne pod wskazanym linkiem.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Decyzja z posiedzenia Komitetu Ministrów dot. stanu wykonania wyroku ETPC w sprawie *P. i S. p. Polsce*, <https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22P.%20and%20S.%22%5D%2C%22EXECDocumentTypeCollection%22:%5B%22CEC%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-20614%22%5D%7D> (20.4.2020). Zob. też wcześniejsze decyzje, dostępne pod wskazanym linkiem.

<sup>8</sup> Zob. art. 6 ust. 3 oraz rozdział 8 ustawy z 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2017 r. poz. 1318 ze zm.).

<sup>9</sup> Pkt 7.1, 7.3 i 7.4. Tekst angielski rezolucji dostępny pod adresem: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638> (20.4.2020).

o legalizacji bądź delegalizacji aborcji, Zgromadzenie twardo stawia postulat pełnej legalizacji aborcji.

Najdalej idące stanowisko w sprawie aborcji zajmuje Komisarz Praw Człowieka Rady Europy. Przez ostatnie 12 lat, wszystkie osoby piastujące stanowisko Komisarza okazywały się zwolennikami poszerzania dostępu do aborcji: w tym aktualna komisarz Dunja Mijatović z Bośni (od 2018 r.)<sup>10</sup>, Nils Muižnieks z Łotwy (2012-2018)<sup>11</sup> i Thomas Hammarberg ze Szwecji (2006-2012)<sup>12</sup>. W 2017 roku komisarz Nils Muižnieks opublikował obszerny raport na temat tzw. praw seksualnych i reprodukcyjnych, w którym postawił kontrowersyjną tezę, że prawo do aborcji wynika z prawa do życia, prawa do wolności od maltretowania i prawa do prywatności. Oprócz tego sformułował szereg szczegółowych postulatów do państw członkowskich w zakresie zwiększenia dostępu do aborcji<sup>13</sup>.

Praktyka państw członkowskich wchodzących w skład Rady Europy zmierza w kierunku wytyczonym przez Zgromadzenie Parlamentarne i Komisarza Praw Człowieka. Aktualnie aborcja jest legalna w 43 państwach członkowskich Rady Europy (nie licząc Rosji, wykluczonej z RE w 2022 r.), przy czym w 36 jest dostępna na życzenie kobiety, w 4 jest dostępna z przyczyn społeczno-ekonomicznych, a w 3 jest co do zasady zakazana, z zastrzeżeniem kilku ściśle określonych wyjątków tj. 1) zagrożenia życia matki; 2) zagrożenia zdrowia matki; 3) pochodzenia ciąży z przestępstwa, w szczególności gwałtu lub kazirodztwa; 4) poważnego upośledzenia lub choroby nienarodzonego dziecka. W pozostałych 3 państwach członkowskich aborcja jest zakazana całkowicie. Do grupy 4 państw europejskich, w których aborcja jest dostępna z przyczyn społeczno-ekonomicznych, należą Wielka Brytania (bez Irlandii Północnej), Finlandia, Islandia oraz Włochy. Do grupy 3 państw europejskich, w których aborcja jest dopuszczalna w ściśle określonych przypadkach należy: Monako – dozwolona z powodu zagrożenia życia lub zdrowia matki, pochodzenia ciąży z przestępstwa, poważnego upośledzenia lub choroby dziecka; w Polsce i Liechtensteinie - ograniczona do przypadku zagrożenia życia lub zdrowia matki lub pochodzenia ciąży z przestępstwa. Aborcja pozostaje zakazana całkowicie w Andorze, na Malcie i San Marino, przy czym w praktyce uśmiercenie nienarodzonego dziecka w celu ratowania życia matki jest uznawane na gruncie prawa karnego tych państw za działanie w stanie wyższej konieczności, wyłączające bezprawność czynu zabronionego<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Zob. jej wypowiedź dla E. Coyne, *Three-day wait for abortions must go, rights chief demands*, "The Times" z 15 grudnia 2018 r., <https://www.thetimes.co.uk/article/three-day-wait-for-abortion-must-go-rights-chief-demands-thdrb826x> (20.4.2019).

<sup>11</sup> Skróć z raportu *Progress needed to ensure women's sexual and reproductive health and rights in Europe*, komunikat prasowy z 4 grudnia 2017 r., <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/progress-needed-to-ensure-women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe> (20.4.2020).

<sup>12</sup> Sprawozdanie Thomasa Hammarberga z wizyty w Irlandii w dniach 1-2 czerwca 2011 r., <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1831077> (20.4.2020 ).

<sup>13</sup> Raport Komisarza Praw Człowieka Rady Europy: *Women's sexual and reproductive health and rights in Europe*, Council of Europe 2017, <https://rm.coe.int/women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-in-europe-issue-pape/168076dead> (20.4.2020).

<sup>14</sup> Dane zebrane na podstawie danych pozarządowej organizacji Center for Reproductive Rights, dostępnych na stronie <http://worldabortionlaws.com/map/> (20.4.2020). Włochy zostały na mapie oznaczone błędnie jako zapewniające aborcję na życzenie – w rzeczywistości aborcja jest dostępna z przyczyn społeczno-ekonomicznych (zob. tekst włoskiej ustawy nr 194 z 22 maja 1978 roku w wersji angielskiej, pkt 4: [http://www.columbia.edu/itc/history/degrazia/courseworks/legge\\_194.pdf](http://www.columbia.edu/itc/history/degrazia/courseworks/legge_194.pdf) ).

W sytuacji, w której niemal wszystkie państwa zapewniają swoim obywatelkom dostęp do aborcji na życzenie i z przyczyn społecznych, kwestią czasu jest zmiana linii orzeczniczej Trybunału i uznanie, że państwa pozostające w mniejszości (w tym i Polska) nie mogą już dalej chronić życia dzieci nienarodzonych. Jak już wspomniano, Trybunał przy wykładni Konwencji przywiązuje bowiem dużą wagę do praktyki legislacyjnej państw członkowskich, a ta w sprawie aborcji zmierza w jednoznacznym kierunku.

Bardziej radykalne stanowisko w sprawie aborcji reprezentują organy Organizacji Narodów Zjednoczonych. O ile ETPC wciąż dopuszcza możliwość ochrony życia w prenatalnej fazie rozwoju, coraz więcej organów ONZ ją kategorycznie wyklucza, uznając, że dzieci nienarodzone nie mają prawa do życia, natomiast kobiety mają prawo do aborcji, które ma wynikać nie tylko z prawa do prywatności, ale także z innych traktatowych praw – w 2016 r. Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych wyprowadził prawo do aborcji na życzenie z prawa do zdrowia zagwarantowanego w art. 12 MPESiK<sup>15</sup>, w 2018 r. Komitet Praw Człowieka ONZ wyprowadził prawo do aborcji z przyczyn medycznych, eugenicznych i kryminalnych z zagwarantowanego w art. 6 MPPOiP prawa do życia (sic)<sup>16</sup>, a w 2022 r. Komitet ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet wyprowadził prawo do aborcji na życzenie z art. 12 CEDAW<sup>17</sup>. Równie radykalne stanowisko zajął Parlament Europejski, który w rezolucji z 2020 r. uznał aborcję za prawo człowieka, ale jednak – co znamienne – bez wskazania konkretnego przepisu Karty Praw Podstawowych, które by takie prawo gwarantowało<sup>18</sup>, a w rezolucji z 2022 r. pośrednio przyznał, że brakuje podstaw prawnych do formułowania prawa do aborcji, bo przedstawił postulat dodania do KPP art. 7a gwarantującego wprost „prawo do bezpiecznej i legalnej aborcji”<sup>19</sup>. Sam TSUE, jak już wspomniano powyżej, nie narzuca państwom rozwiązań w tej kwestii.

## **2.2. Prawo do instytucjonalizacji związków homoseksualnych**

Kolejnym prawem podmiotowym stworzonym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka jest prawo do instytucjonalizacji związków homoseksualnych. W 2010 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że stabilna i zaangażowana relacja homoseksualna stanowi życie rodzinne w rozumieniu art. 8 EKPC, czego konsekwencją jest obowiązek stworzenia przez państwo odpowiednich ram prawnych dla jej formalizacji<sup>20</sup>. W 2015 r. Trybunał orzekł, że Włochy naruszyły art. 8 Konwencji, nie dając parom homoseksualnym prawnej możliwości sformalizowania ich związków<sup>21</sup>. Wkrótce potem – w 2016 roku – Włochy przyjęły ustawę o związkach partnerskich. W uzasadnieniu Trybunał podkreślił, że zapewnienie parom homoseksualnych ram prawnych umożliwiających uznanie i ochronę ich

<sup>15</sup> Komentarz ogólny Komitetu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych nr 22 z 2 maja 2016 r. do art. 12 MPESiK.

<sup>16</sup> Komentarz ogólny Komitetu Praw Człowieka ONZ nr 36 z 30 października 2018 r. do art. 6 MPPOiP.

<sup>17</sup> Oświadczenie Komitetu ONZ ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet z 1 lipca 2022 r. z apelem do USA w zw. z wyrokiem SN USA w sprawie *Dobbs v. Jackson*.

<sup>18</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 26 listopada 2020 r. w sprawie faktycznego zakazu aborcji w Polsce (2020/2876(RSP)).

<sup>19</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 7 lipca 2022 r. w sprawie decyzji Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych o uchyleniu prawa do aborcji w Stanach Zjednoczonych oraz konieczności ochrony prawa do aborcji i zdrowia kobiet w UE.

<sup>20</sup> Wyrok z 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, §94.

<sup>21</sup> Wyrok ETPC z 21 lipca 2015 roku w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*.

związków stanowi „pozytywny obowiązek” ciążyący na państwach członkowskich na mocy art. 8 Konwencji<sup>22</sup>. Pozytywny obowiązek (*positive obligation*) w żargonie strasburskim oznacza zobowiązanie państw członkowskich do podjęcia określonych działań gwarantujących efektywne zabezpieczenie praw i wolności konwencyjnych<sup>23</sup>. W 2021 i 2023 r. Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji przez Rosję, zobowiązując ją do instytucjonalizacji związków jedнопłciowych<sup>24</sup>. Trybunał pozostawia pewną swobodę państwom jedynie co do formy tej instytucjonalizacji (małżeństwo czy związek partnerski) oraz zakresu uprawnień prawnorodzinnych przysługujących parom jedнопłciowym.

Praktyka prawodawcza państw członkowskich jednoznacznie zmierza w kierunku uznania związku homoseksualnego za relację równoprawną wobec związku kobiety i mężczyzny. Według stanu na 2023 rok, w 30 na 47 państw Rady Europy doszło do instytucjonalizacji związków jedнопłciowych – w 18 państwach funkcjonuje instytucja tzw. małżeństwa homoseksualnego, a w kolejnych 12 państwach – instytucja homoseksualnych związków partnerskich<sup>25</sup>.

Pary jedнопłciowe z Polski – powołując się na orzeczenie w sprawie *Oliari* - składają skargi do Trybunału w Strasburgu, w których zarzucają władzom krajowym naruszenie ich prawa do prywatności i życia rodzinnego z powodu braku możliwości zawarcia małżeństwa lub przynajmniej związku partnerskiego. Dotychczasowa linia orzecznicza, jak również dominująca tendencja wśród państw członkowskich, wskazuje na to, że Trybunał orzeknie na niekorzyść Polski. Wówczas Polska zostanie formalnie zobowiązana do umożliwienia parom homoseksualnym zawierania małżeństw albo ewentualnie do stworzenia dla nich odrębnej instytucji w postaci związków partnerskich.

Pogląd o konieczności instytucjonalizacji związków jedнопłciowych wyrażono również w wielu aktach *soft law* przyjętych przez liczne organy Rady Europy, Unii Europejskiej, ONZ i Organizacji Państw Amerykańskich, w tym w rekomendacji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 2000 r.<sup>26</sup>, rekomendacjach Komitetu Ministrów z 2010 r.<sup>27</sup>, zaleceniach Wysokiego Komisarza ONZ ds. praw człowieka z 2015 r.<sup>28</sup> obserwacjach Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ z 2017 r.<sup>29</sup>, opinii Komisarza Praw Człowieka Rady Europy z 2017 r.<sup>30</sup>, opinii doradczej Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 2017 r.<sup>31</sup>, rezolucji Zgromadzenia

---

<sup>22</sup>§164 i 185.

<sup>23</sup> Szerzej: L. Lavrysen, *System of Restrictions*, w: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s. 321-326; J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2019, s. 110-135.

<sup>24</sup> Wyroki ETPC z 13 lipca 2021 r. i z 17 stycznia 2023 r. w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja*.

<sup>25</sup> M. Lipka, D. Masci, *Where Europe stands on gay marriage and civil unions*, portal Pew Research Center z 28 października 2019 r., <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/10/28/where-europe-stands-on-gay-marriage-and-civil-unions/> (20.4.2020).

<sup>26</sup> Rekomendacja nr 1474 (2000) z 26.9.2000 r.: *situation of lesbians and gays in Council of Europe member states*.

<sup>27</sup> Rekomendacje nr CM/Rec(2010)5: *measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*.

<sup>28</sup> Raport z 29.5.2015 r. *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*.

<sup>29</sup> *Concluding Observations on the sixth periodic report of the Russian Federation*, opublikowane dn. 16.10.2017 r.

<sup>30</sup> *Access to registered same-sex partnerships: it's a question of equality*, opublikowane dn. 21.2.2017 r.

<sup>31</sup> Opinia z 24.11.2017 r. nr OC-24/17.

Parlamentarnej Rady Europy z 2018 r.<sup>32</sup>, stanowisku Europejskiej Komisji Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji z 2018 r.<sup>33</sup> i z 2021 r.<sup>34</sup>, raporcie Komitetu Sterującego ds. Praw Człowieka z 2020 r.<sup>35</sup>, rezolucji Parlamentu Europejskiego z 2021 r.<sup>36</sup> oraz rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z 2022 r.<sup>37</sup> Powściągliwe stanowisko zajmuje natomiast Trybunał Sprawiedliwości UE, który uznaje, że *państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci lub alternatywnej formy prawnego uznania ich relacji, a także w razie potrzeby określenia, od jakiej chwili takie małżeństwo lub taka alternatywna forma będą wywoływać skutek*<sup>38</sup>. Ten sam TSUE wymaga jednak od państw uznawania prawa do swobodnego przemieszczania się dla osób niebędących obywatelami UE, które pozostają jednak w sformalizowanym związku z obywatelem UE, na analogicznych zasadach jak w przypadku małżonków<sup>39</sup>.

W obecnym stanie, ukształtowanym przez utrwalone orzecznictwo ETPC, organy międzynarodowe i praktykę państw członkowskich, według jednoznacznie dominującej wykładni prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego obejmuje również prawo par homoseksualnych do objęcia ochroną prawną łączącej ich więzi, czyli – innymi słowy – do instytucjonalizacji ich związku, przy czym nie musi mieć ona formy małżeństwa, lecz może mieć również inną formę np. związku partnerskiego.

### 2.3. Prawo do zmiany płci metrykalnej

W 2002 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka wykreował po raz kolejny nowe prawo podmiotowe, ponownie wywodząc je z art. 8 Konwencji: prawo osoby transseksualnej do zmiany płci metrykalnej<sup>40</sup>. Wymagało to od państwa stworzenia procedury umożliwiającej zmiany płci metrykalnej tj. widniejącej w akcie urodzenia oraz innych dokumentach urzędowych. Rok później Trybunał poszedł o krok dalej, stwierdzając, że państwo nie może uzależniać zmiany płci metrykalnej od poddania się przez osobę transseksualną operacji chirurgicznej<sup>41</sup>. Stanowisko o prawie osób transseksualnych do korekty ich płci metrykalnej, bez konieczności poddania się operacji zmiany wyglądu, zostało podtrzymane w późniejszym orzecznictwie<sup>42</sup>. Z punktu widzenia Trybunału państwo ma obowiązek traktować kobietę jak mężczyznę, nawet jeśli cały czas wygląda ona jak kobieta, a mężczyznę jak kobietę, nawet jeśli wygląda on nadal jak mężczyzna. To oznacza, że mężczyzna uznający się za kobietę może korzystać z uprawnień przyznanych kobietom np. prawa do

---

<sup>32</sup> Rezolucja nr 2239 (2018) z 10.10.2018 r., *Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation*.

<sup>33</sup> Raport dot. Federacji Rosyjskiej z 4.12.2018 r.

<sup>34</sup> *Factsheet on LGBTI issues* z 1.3.2021 r. oraz *Conclusions on the implementation of the recommendations in respect of the Russian Federation subject to interim follow-up* z 5.10.2021 r.

<sup>35</sup> Report on the implementation of Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers

<sup>36</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 14.9.2021 r. w sprawie praw LGBTI w UE.

<sup>37</sup> Rezolucja nr 2417 (2022) z 25.1.2022 r.: *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*.

<sup>38</sup> Wyrok TSUE z 24 listopada 2016 r., C-443/15, *Parris*, pkt 59.

<sup>39</sup> Wyrok Wielkiej Izby TSUE z 5 czerwca 2018 r., C-673/16, *Coman*.

<sup>40</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii*, § 90.

<sup>41</sup> Wyrok ETPC z 12 czerwca 2003 r., *Van Kück przeciwko Niemcom*, § 56.

<sup>42</sup> Wyroki ETPC z: 23 maja 2006 r., *Grant przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, §§39-44; 11 września 2007 r., *L. przeciwko Litwie*, §§56-58; 6 kwietnia 2017 r., *A.P., Garçon i Nicot przeciwko Francji*, §§131-135.

wcześniejszej emerytury, prawa do udziału w rywalizacjach sportowych dla kobiet, prawa do odbywania służby wojskowej razem z kobietami, prawa do odbywania kary pozbawienia wolności w więzieniu dla kobiet czy prawa do korzystania z damskiej toalety. Trybunał dopuszcza jednak uzależnienie uznania zmiany płci metrykalnej od potwierdzenia w badaniach psychologicznych istnienia zaburzenia tożsamości płciowej<sup>43</sup> oraz od poddania się terapii hormonalnej<sup>44</sup>

W 2010 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, powołując się na prawo do poszanowania życia prywatnego, wezwało państwa członkowskie do usuwania z systemu prawnego „nadmiernie dotkliwych” warunków wstępnych do prawnego uznania zmiany płci, za które uznano w szczególności wymóg poddania się operacji chirurgicznej skutkującej sterylizacją<sup>45</sup>. Identyczne stanowisko zajął Komitet Ministrów<sup>46</sup>.

W 2022 r. Komitet Sterujący Rady Europy ds. Przeciwdziałania Dyskryminacji, Różnorodności i Włączenia Społecznego wskazał na konieczność *wyraźnego rozróżnienia między prawną procedurą zmiany płci a działaniami medycznymi związanymi ze zmianą płci, którym osoba poddaje się według swobodnej decyzji*. Państwa powinny przeprowadzić dyskusje między osobami transseksualnymi, interseksualnymi, reprezentującymi ich organizacjami pozarządowymi, pracownikami medycznymi, ekspertami z zakresu praw człowieka i władzami publicznymi nad kwestią obligatoryjnych badań psychologicznych<sup>47</sup>. W tej wypowiedzi można dostrzec delikatną, ale wyraźną sugestię o potrzebie zniesienia nawet elementarnych wymagań wobec osób transseksualnych pragnących dokonać zmiany płci metrykalnej takich jak terapia hormonalna czy weryfikacja psychologiczna.

Także organy ONZ uznają zmianę płci metrykalnej za prawo człowieka, choć wyraźnie unikają wskazania podstawy prawnej swego stanowiska. W 2008 r. Komitet Praw Człowieka ONZ zalecił Irlandii wprowadzenie „praw osób transpłciowych do zmiany płci”<sup>48</sup>. W 2011 r. podobne zalecenie dla wszystkich państw sformułował Wysoki Komisarz ONZ ds. Praw Człowieka w raporcie dla Komisji Praw Człowieka<sup>49</sup>, a w 2015 r. wzywał do „zniesienia znieważających warunków” zmiany płci metrykalnej takich jak wymóg kompleksowej operacji chirurgicznej czy „przymusowego leczenia”, przez które zdawał się mieć na myśli wymóg poddania się terapii hormonalnej<sup>50</sup>. Wypowiedzi te

---

<sup>43</sup> A.P., *Garçon i Nicot przeciwko Francji*, §§136-144.

<sup>44</sup> Postanowienie ETPC z 27 maja 2008, *Nunez przeciwko Francji*.

<sup>45</sup> Pkt IV.20 rezolucji nr 1728 (2010) z 29 kwietnia 2010 roku w sprawie dyskryminacji na podstawie orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.

<sup>46</sup> Pkt. 20-21 rekomendacji Komitetu Ministrów z 31 marca 2010 r. nr CM/Rec 2010(5).

<sup>47</sup> *Thematic Report on Legal Gender Recognition in Europe. First thematic implementation review report on Recommendation CM/Rec(2010)5*, Council of Europe 2022, s. 39-40.

<sup>48</sup> *Concluding observations of the Human Rights Committee. Ireland*, CCPR/C/IRL/CO/3

30 lipca 2008, pkt 8.

<sup>49</sup> Raport Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka z 17 listopada 2011 r., *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41, pkt 84(h).

<sup>50</sup> Raport Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka z 4 maja 2015 r., *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/29/23, pkt 70 i 79(i).

świadczą o pewnej tendencji interpretacyjnej, która jednak nie jest jeszcze tak ugruntowana jak w przypadku Rady Europy.

Na chwilę obecną praktyka prawodawcza państw członkowskich Rady Europy jest daleka od oczekiwań organów międzynarodowych – w 21 państwach jakaś forma chirurgicznej zmiany wyglądu jest wciąż warunkiem koniecznym prawnego uznania korekty płci, a jedynie w 9 państwach członkowskich możliwa jest zmiana płci metrykalnej na podstawie samej deklaracji osoby transseksualnej, bez konieczności poddawania się operacji chirurgicznej oraz jakimkolwiek badaniom psychologicznym<sup>51</sup>. Z roku na roku maleje jednak liczba państw stawiających osobom transseksualnym wymagania dla zmiany płci metrykalnej.

#### **2.4. Prawo do legalizacji skutków surogacji przeprowadzonej za granicą**

Następnym prawem podmiotowym wykreowanym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka jest prawo do legalizacji skutków urodzenia dziecka przez kobietę-surogatkę, w ramach procedury tzw. macierzyństwa zastępczego przeprowadzonej za granicą. W większości państw europejskich surogacja jest całkowicie nielegalna m.in. w Polsce, Austrii, Bułgarii, Chorwacji, Danii, Estonii, Finlandii, Francji, Niemczech, Norwegii i Hiszpanii<sup>52</sup>. Pary cierpiące na niepłodność, jak również pary homoseksualne wyjeżdżają zatem do państw, w których surogacja jest legalna po to, aby wynająć tam surogatkę, która urodzi dla nich dziecko. Ponieważ trudno znaleźć chętną kobietę, która zgodziłaby się na taki proceder za darmo, największą popularnością cieszą kraje, w których wynagrodzenie za surogację jest legalne: zwłaszcza Rosja, Ukraina, Gruzja, a do niedawna także Indie i Nepal. W państwach tych można zapłacić kobiecie za poczęcie, urodzenie i oddanie dziecka oraz uzyskać akt urodzenia ze zleceńodawcami jako rodzicami. Kobieta, która dziecko urodziła, nie jest więc tam uznawana za matkę, jeśli zrzeknie się swoich praw na rzecz drugiej strony umowy surogacyjnej.

W państwach, w których surogacja jest nielegalna, takie akty urodzenia nie są uznawane np. we Francji czy we Włoszech. Nie jest możliwa tam tzw. transkrypcja, a zatem formalne uznanie skutków prawnych aktu urodzenia wystawionego za granicą, w którym zamiast danych prawdziwej matki podano dane kobiety, która „zamówiła” dziecko. Jako rodzice mogą bowiem być w takim akcie wskazani wyłącznie matka jako kobieta, która dziecko urodziła oraz ojciec jako mężczyzna, który je spłodził.

Europejski Trybunał Praw Człowieka nie przesądza, czy surogacja powinna być legalna czy nielegalna, uznając to zagadnienie za materię mieszczącą się w marginesie swobody państw członkowskich. ETPC jednak wypowiadał się na temat skutków prawnych nielegalnych kontraktów

---

<sup>51</sup> *Trans Rights Europe & Central Asia Map & Index 2022*, dane organizacji pozarządowej Transgender Europe, <https://tgeu.org/trans-rights-map-2022/> (2.2.2023).

<sup>52</sup> A. Cuddy, *Where in Europe is surrogacy legal?*, portal euronews z 13 września 2018 r., <https://www.euronews.com/2018/09/13/where-in-europe-is-surrogacy-legal> (20.4.2020).

między surogatką a zleceniodawcami, którzy chcieli je wygzekwować w kraju ojczystym, w którym macierzyństwo zastępcze było nielegalne. W 2019 r. Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w odpowiedzi na pytanie prawne francuskiego Sądu Kasacyjnego, wydał opinię nakazującą uznawanie dzieci kobiet-surogatek za potomstwo osób, które zleciły poczęcie i urodzenie dziecka (tzw. aspirujących rodziców, *intended parents*), nawet jeśli surogacja w danym państwie jest zakazana. Państwo powinno umożliwić takim osobom adoptowanie tego dziecka lub zapewnić inną możliwość formalizacji relacji pomiędzy nimi<sup>53</sup>. Tym samym Trybunał wywiódł z art. 8 Konwencji prawo do legalizacji skutków surogacji przeprowadzonej za granicą. Choć opinia Trybunału formalnie wiąże tylko francuski Sąd Kasacyjny, to de facto wyznacza ona kierunek interpretacji art. 8 Konwencji, którego Trybunał będzie się trzymał przy rozstrzyganiu podobnych spraw w przyszłości. Orzeczenie ETPC oznacza, że państwo co prawda może zakazywać surogacji, ale jeśli już ktoś z niej skorzysta, to władze muszą uznać jej skutki prawne. Jedynym warunkiem jest istnienie genetycznego pokrewieństwa między zleceniodawcą a dzieckiem surogatki.

Na tym tle pozytywnie wyróżnia się Parlament Europejski, który jednoznacznie potępia surogację jako taką. W 2011 r. wezwał państwa członkowskie do *uznania macierzyństwa zastępczego za poważny problem będący formą wykorzystywania ciała kobiety i jej narządów rozrodczych* oraz wyraził przekonanie, że *kobiety i dzieci są poddawane tym samym formom wykorzystywania oraz że zarówno kobiety, jak i dzieci mogą być postrzegane jako towar na międzynarodowym rynku rozrodczym, a nowe zjawiska w dziedzinie rozrodczości, takie jak macierzyństwo zastępcze, przyczyniają się do zwiększenia handlu kobietami i dziećmi oraz liczby przypadków nielegalnej adopcji ponad granicami*.<sup>54</sup>

Z kolei 2015 r. Parlament Europejski potępił *praktykę macierzyństwa zastępczego, która podważa godność ludzką kobiety, ponieważ jej ciało i funkcje reprodukcyjne wykorzystywane są jako towar; uważa, że praktyka ta, która obejmuje reprodukcyjne wykorzystywanie ciała ludzkiego dla osiągnięcia zysku lub innych korzyści, zwłaszcza w przypadku kobiet znajdujących się w trudnym położeniu w krajach rozwijających się, powinna być zakazana i traktowana jako pilna kwestia w ramach instrumentów z zakresu praw człowieka*.<sup>55</sup>

### **3. Wpływ orzecznictwa organów międzynarodowych i praktyki państw członkowskich na kształtowanie się prawa zwyczajowego**

Oczywiste jest, że formalnie rzecz biorąc Europejski Trybunał Praw Człowieka, Komitet Ministrów, Zgromadzenie Parlamentarne nie mogą dokonywać żadnych zmian czy uzupełnień w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, komitety ONZ – w Międzynarodowych paktach

---

<sup>53</sup> Opinia Wielkiej Izby ETPC z 10 kwietnia 2019 r. nr P16-2018-001.

<sup>54</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 5 kwietnia 2011 r. w sprawie priorytetów oraz zarysu ram nowej polityki UE w dziedzinie walki z przemocą wobec kobiet, pkt 20-21 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0/EN> (16.1.2023).

<sup>55</sup> Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 17 grudnia 2015 r. w sprawie rocznego sprawozdania dotyczącego praw człowieka i demokracji na świecie za rok 2014 oraz polityki UE w tym zakresie, pkt 115, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_EN.html) (16.1.2023).

praw człowieka, a Parlament Europejski – w Karcie praw podstawowych. Ewentualna zmiana tych traktatów wymagałoby zgody wszystkich państw członkowskich, jeśli miałyby ona być wiążąca wobec każdego z nich.

Nie można jednak zapominać, że prawo międzynarodowe kształtowane jest nie tylko przez traktaty, czyli pisemne akty prawne przyjęte przez państwa-strony w ściśle określonej procedurze, ale również przez zwyczajowy sposób postępowania organów międzynarodowych i państwowych.

Zwyczaj międzynarodowy jest niepisaną normą prawa międzynarodowego, opisującą utrwaloną praktykę państw w danej dziedzinie stosunków międzynarodowych, która została powszechnie uznana za obowiązek prawny (pomimo braku wyraźnego przepisu umowy międzynarodowej, który by taki obowiązek wyrażał). Zwyczaj powstaje na skutek długotrwałej, zgodnej i powszechnej praktyki grupy państw, której towarzyszy przekonanie o jej prawnie wiążącym charakterze. Przez praktykę międzynarodową rozumie się działalność organów państw (w tym prawodawstwo krajowe, oświadczenia rządowe, wyroki sądowe czy decyzje administracyjne), a także działalność organów organizacji międzynarodowych (w tym orzeczenia organów odpowiedzialnych za interpretację traktatów np. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy Komitetu Praw Człowieka ONZ). O powszechności praktyki świadczy nie tylko działania bezpośrednio zainteresowanych państw, ale również milcząca akceptacja (*acquiescence*) innych państw. Brak wyraźnego sprzeciwu wobec zwyczaju skutkuje domniemaniem zgody. Nie ma znaczenia w takiej sytuacji, czy dane państwo bezpośrednio uczestniczyło w kształtowaniu danej praktyki. Państwo nie może się sprzeciwić mocy wiążącej już istniejącego zwyczaju międzynarodowego<sup>56</sup>. Państwo może zapobiec związaniu się zwyczajem międzynarodowym jedynie przed jego powstaniem, wyrażając na arenie międzynarodowej wyraźny sprzeciw wobec przyjętej praktyki państw danej dziedzinie stosunków międzynarodowych – w nauce określa się taki podmiot jako „państwo uporczywie protestujące” (*persistent objector*)<sup>57</sup>.

Za dowód istnienia wiążącej normy zwyczajowej uchodzi ustawodawstwo wewnętrzne państw, oświadczenia i przemówienia upoważnionych przedstawicieli państw na konferencjach międzynarodowych i posiedzeniach organów międzynarodowych, umowy międzynarodowe, a w pewnym zakresie także orzeczenia sądów międzynarodowych oraz stanowisko międzynarodowej nauki prawa<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Więcej o procesie powstawania zwyczajów międzynarodowych - J. Klabbers, *International Law*, Oxford 2017, s. 21-37; H. Thirlway, *The Sources of International Law*, w: M. D. Evans (red.), *International Law*, Oxford 2014, s. 97-103; A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, Oxford 2012, s. 57-64; M.N.Shaw, *International Law*, Oxford 2017, s. 53-69; M. Akehurst, *Custom as a Source of International Law*, w: J. Weiler, A.T. Nissel (red.), *International Law. Fundamentals of International Law I*, tom II z serii Critical Concepts in Law, New York 2011, s. 149-206; A. Verdross, S. Verosta, K. Zemanek, *Völkerrecht*, Wien 1964, s. 137-142; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 2017, s. 71 i 109-113; L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Warszawa 2011, s. 32-33; J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2007, s. 111-113; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2014, s. 112, 117-118.

<sup>57</sup> J. Klabbers, *op. cit.*, s. 33-34; H. Thirlway, *op. cit.*, s. 103; M. N. Shaw, *op. cit.*, s. 67; M. Akehurst, *op. cit.*, s. 165-168; W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 118.

<sup>58</sup> W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 115-117.

Choć tradycyjnie orzeczenia sądów międzynarodowych uznaje się jedynie za pomocnicze środki dowodzenia istnienia normy zwyczajowej, to w czasach współczesnych coraz więcej autorytetów nauki prawa narodów wyraża przekonanie, że w sprawach spornych to orzeczenie sądu międzynarodowego ma decydujące znaczenie dla uznania istnienia normy zwyczajowej<sup>59</sup>.

W nauce prawa międzynarodowego zwraca się uwagę na dynamizację procesów powstawania prawa zwyczajowego – kiedyś uważano, że na ukształtowanie się zwyczaju potrzeba było co najmniej 100 lat, dziś norma prawa zwyczajowego może powstać nawet w ciągu kilkunastu czy kilku lat<sup>60</sup>.

Odnosząc powyższe do problemu będącego przedmiotem niniejszej analizy, utrwalone orzecznictwo organów RE, UE i ONZ, a także praktyka państw członkowskich Rady Europy, stopniowo prowadzi do kształtowania się zwyczajowego rozumienia prawa do prywatności, które obejmuje prawo do legalnej aborcji, prawo do instytucjonalizacji związku jedнопłciowego, prawo osoby transseksualnej do zmiany płci metrykalnej i prawo do legalizacji skutków surogacji przeprowadzonej za granicą. W mniejszym stopniu, ale w sposób wyraźny, za sprawą takich organów jak Komitet Praw Człowieka ONZ, Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ, Komitet CEDAW oraz Komisarz Praw Człowieka Rady Europy kształtuje się również zwyczajowe rozumienie prawa do życia, zakazu tortur i prawa do zdrowia jako źródła prawa do aborcji.

Od chwili uznania przez organy międzynarodowe, że takie rozumienie ma moc zwyczaju międzynarodowego, państwa przeciwne wymienionym zjawiskom będą musiały je zaakceptować. Państwa takie jak Polska nie będą mogły uchylić się od nowych zobowiązań, powołując się na skutek *inter partes* orzeczeń ETPC, brak formalnej mocy wiążącej stanowisk komitetów ONZ i Parlamentu Europejskiego oraz na wykładnię językową traktatów, ponieważ w momencie powstania zwyczaju międzynarodowego staje się on wiążący dla wszystkich państw znajdujących się w jego zasięgu oddziaływania. Aktualnie największe prawdopodobieństwo wykształcenia się zwyczaju interpretacyjnego występuje w Radzie Europy, bo ETPC i inne jej organy są najbardziej zdeterminowane i konsekwentne w kreowaniu nowych praw człowieka.

#### **4. Sprzeciw wobec zwyczajowego rozumienia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego**

Jak już wyżej wspomniano, państwo może sprzeciwić się powstaniu normy zwyczajowej przed jej powstaniem występując jako *persistent objector* – czyli stale i wyraźnie wyrażając sprzeciw. Sprzeciw taki może w imieniu państwa wyrazić konstytucyjny organ upoważniony do prowadzenia polityki

---

<sup>59</sup> A. Clapham, *op. cit.*, s. 65; T. Meron, *The Making Of International Criminal Justice: A View from the Bench*, Oxford 2011, s. 242.

<sup>60</sup> J. Barcik, T. Srogosz, *op. cit.*, s. 113.

zagranicznej, czyli w przypadku Polski – Minister Spraw Zagranicznych, Rada Ministrów lub Prezydent RP.

Nie istnieje żaden traktat, który określałby procedurę, w jakiej mogłoby nastąpić zgłoszenie takiego sprzeciwu, wiele jest więc pozostawione uznaniu i wyczuciu państwa, które pragnie go wyrazić.

Zwyczajowe prawo międzynarodowe zna jednak konstrukcję deklaracji interpretacyjnej (*interpretative declaration*). Jak wyjaśnia Komisja Prawa Międzynarodowego, deklaracja interpretacyjna to „jednostronne oświadczenie, jakkolwiek sformułowane lub nazwane, dokonane przez państwo lub organizację międzynarodową, w którym to państwo lub organizacja wyraża wolę dookreślenia lub wyklarowania znaczenia lub zakresu traktatu lub niektórych jego postanowień”<sup>61</sup>. Złożenie deklaracji interpretacyjnej nie wymaga upoważnienia traktatowego, wystarczy jeśli traktat nie zakazuje jej złożenia<sup>62</sup>. Choć zwyczaj nie narzuca określonej formy deklaracji interpretacyjnej, to dla zwiększenia jej efektywności zaleca się formę pisemną<sup>63</sup>. Deklaracja taka powinna zostać sformułowana przez organ krajowy upoważniony do prowadzenia polityki zagranicznej<sup>64</sup> i zakomunikowana innym państwom-stronom traktatu, bezpośrednio lub za pośrednictwem depozytariusza, jeśli został ustanowiony<sup>65</sup>.

## **5. Możliwość kontroli konstytucyjności ugruntowanego znaczenia przepisów traktatów z zakresu praw człowieka**

Alternatywnym rozwiązaniem może być zaskarżenie w trybie wnioskowym do Trybunału Konstytucyjnego art. 8 EKPC i innych przepisów, z których w dyskusyjny sposób wyprowadzane są nowe prawa człowieka. Przykładowo wyprowadzane z prawa do prywatności prawa do aborcji mogłoby zostać uznane za niezgodne z art. 38 Konstytucji, a wyprowadzanie prawa do instytucjonalizacji związków jedнопłciowych – z art. 18 Konstytucji. Przedmiotem ewentualnego wniosku do TK nie byłyby oczywiście całe przepisy traktatowe (nie chodzi o zaprzeczenie zobowiązaniom państwa polskiego w zakresie ochrony praw podstawowych), a jedynie ściśle określone, wyinterpretowane z nich normy, które są nie do pogodzenia z polskim porządkiem konstytucyjnym. Trybunał Konstytucyjny mógłby wówczas wydać wyrok interpretacyjny, w którym mógłby stwierdzić niekonstytucyjność określonego rozumienia traktatu. Istnieje już precedens – wyrok TK z 24 listopada 2021 r., K 6/21, w którym Trybunał orzekł o niekonstytucyjności art. 6 ust. 1 EKPC w zakresie, w jakim jej pojęcie „sądu” odnosi się do TK oraz w jakim umożliwia ETPC ocenę legalności wyboru sędziów TK.

---

<sup>61</sup> Raport Komisji Prawa Międzynarodowego: *Guide to Practice on Reservations to Treaties*, New York 2011, wytyczna 1.2, <https://legal.un.org/ilc/reports/2011/english/addendum.pdf> (2.2.2023)

<sup>62</sup> *Ibidem*, wytyczna 3.5.

<sup>63</sup> *Ibidem*, wytyczna 2.4.1.

<sup>64</sup> *Ibidem*, wytyczne 2.4.2

<sup>65</sup> *Ibidem*, wytyczna 2.4.5 w zw. z 2.1.5-2.1.7.

Omawiana metoda byłaby jednak mniej skuteczna niż deklaracja interpretacyjna, z uwagi na obowiązującą w prawie międzynarodowym regułę wykluczającą możliwość powoływania się na prawo wewnętrzne (w tym konstytucję) w celu uchylecia się od zobowiązania międzynarodowego (art. 27 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów). Poza tym taki wyrok TK mógłby być kontestowany w Polsce między innymi z tego względu, bo balansowałby na cienkiej linii między kontrolą konstytucyjności przepisu, a kontrolą konstytucyjności samego orzeczenia trybunału międzynarodowego, co wykraczałoby poza kompetencje TK określone w art. 188 Konstytucji.

## 6. Konkluzje

Na forum międzynarodowym trwa proces poszerzania katalogu praw człowieka o nowe prawa podmiotowe: prawo do aborcji, prawo do instytucjonalizacji związku jedнопłciowego, prawo osoby transseksualnej do zmiany płci metrykalnej i prawo do legalizacji skutków surogacji przeprowadzonej za granicą. Proces ten nie odbywa się w procedurze zmiany traktatów, ale na drodze dynamicznej (kreatywnej) wykładni jej postanowień w wykonaniu organów Rady Europy, Organizacji Narodów Zjednoczonych i Unii Europejskiej. Wykładnia ta znajduje uznanie w wielu państwach członkowskich, co prowadzi do stopniowego powstawania wspólnego standardu, który w przyszłości zostanie uznany za bezwzględnie obowiązujący dla wszystkich państw członkowskich. Najszybciej proces ten będzie postępował w ramach Rady Europy, w której szeregach występuje największa zgodność co do rozumienia prawa do prywatności, nieco wolniej na forum ONZ, w którym radykalizacja wypowiedzi komitetów praw człowieka jest równoważona wielkością organizacji, w ramach której kilkadziesiąt państw nie czuje się związana dokonywaną przez te komitety interpretacją, a najwolniej na forum Unii Europejskiej, w której TSUE zachowuje wciąż dalece posuniętą powściągliwość w tworzeniu nowych praw człowieka.

Jedynym realnym sposobem na uwolnienie się od zobowiązań niewynikających z litery traktatów, a kreowanych w drodze orzecznictwa i praktyki prawodawczej, jest zmanifestowanie przez zainteresowane państwa formalnego sprzeciwu wobec forsowanego sposobu interpretacji prawa do prywatności. Sprzeciw powinien być wyrażony przez organy odpowiedzialne za prowadzenie polityki zagranicznej w formie deklaracji interpretacyjnej i złożony depozytariuszowi odpowiedniego traktatu (Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy w przypadku EKPC oraz Sekretarzowi Generalnemu ONZ w przypadku MPPOiP, MPESiK i CEDAW), względnie bezpośrednio wszystkim państwom-stronom. Taki sprzeciw jest konieczny zwłaszcza w przypadku interpretacji prawa do prywatności forsowanej przez organy Rady Europy, która jest najbardziej spójna i konsekwentna, przez co z nią wiąże się największe ryzyko ugruntowania się zwyczaju interpretacyjnego. W przypadku Organizacji Narodów Zjednoczonych i Unii Europejskiej to ryzyko jest mniejsze, z uwagi na większe rozbieżności w orzecznictwie i praktyce. Niemniej jednak także w ich przypadku wskazane byłoby złożenie podobnych deklaracji interpretacyjnych precyzujących rozumienie prawa do życia, prawa do prywatności, zakazu tortur i prawa do zdrowia na gruncie MPPOiP, MPESiK, CEDAW i KPP.

W braku takiego sprzeciwu, zgłoszonego z odpowiednim wyprzedzeniem, tylko kwestią czasu jest narzucenie państwom członkowskim rewolucyjnej wizji prawa do prywatności, prawa do życia, zakazu tortur i prawa do zdrowia, która odbiega od europejskiej tradycji prawnej, budzi wątpliwości prawne i moralne, a w przypadku Polski także kłóci się z wartościami większości społeczeństwa.