



Analiza wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.1.2023 r. w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja*

Przedmiotem niniejszej analizy jest wyrok Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 17.1.2023 r. w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja*, w którym stwierdzono, że Rosja naruszyła art. 8 Konwencji (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), bo nie zapewniła parom jednopłciowym możliwości sformalizowania ich związku.

Stan faktyczny

Sprawa dotyczyła trzech par jednopłciowych, które w latach 2009-2013 złożyły w rosyjskich urzędach stanu cywilnego deklaracje o woli wstąpienia w związek małżeński. Urzędy odmówiły, powołując się na art. 1 rosyjskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, definiujący małżeństwo jako dobrowolny związek kobiety i mężczyzny. Pary usiły podważyć decyzję urzędów przed sądami, które jednak utrzymały ją w mocy, wskazując, że ani prawo krajowe, ani prawo międzynarodowe nie nakłada na władze obowiązku promocji bądź wspierania związków jednopłciowych.

Pierwsza para w 2010 r., a druga i trzecia para w 2014 r., złożyły skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, zarzucając Rosji naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, EKPC) oraz prawa do zawarcia małżeństwa (art. 12 EKPC). W skardze żądali zasądzenia na ich rzecz 50 000 euro zadośćuczynienia za poniesioną „krzywdę niepieniężną” oraz dodatkowo 27 900 euro tytułem zwrotu rzekomych wydatków na pełnomocników.

W 2020 r. parlament uchwalił poprawkę do Konstytucji Federacji Rosyjskiej, w której zobowiązano władze federalne i lokalne do czuwania nad ochroną „małżeństwa w formie związku między mężczyzną a kobietą” (art. 72 §1).

Argumentacja rządu rosyjskiego w postępowaniu przed ETPC

W odpowiedzi na skargę rząd rosyjski powołał się na trzy argumenty. Po pierwsze, tłumaczył, że brak możliwości zawarcia małżeństwa przez pary jednopłciowe wynika z chęci ochrony tradycyjnego

modelu rodziny opartego na związku kobiety i mężczyzny. Po drugie, rząd wskazał na wolę większości społeczeństwa - z badań rosyjskiej opinii publicznej przeprowadzonych w 2015 r. wynikało bowiem, że 80% Rosjan jest przeciwna ustanowieniu „małżeństw” homoseksualnych. Po trzecie, rząd rosyjski powołał się na konieczność ochrony dzieci przed promocją homoseksualizmu, która może zagrażać ich zdrowiu i moralności, bo wpaja im zniekształconą wizję relacji rodzinnych.

Wyroki Izby oraz Wielkiej Izby ETPC

Europejski Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał omawianą sprawę dwukrotnie – najpierw w 2021 r., w składzie 7-osobowej Izby, a następnie w 2023 r., w składzie 17-osobowej Wielkiej Izby, na skutek wniosku rządu Federacji Rosyjskiej, który poprosił o ponowne rozpoznanie sprawy. W obu orzeczeniach ETPC stwierdził, że Rosja naruszyła prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego, bo nie zapewniła w swoim prawodawstwie możliwości sformalizowania związku jednopłciowego (art. 8 EKPC). Jednocześnie Trybunał odrzucił jako oczywiście niedopuszczalne skargi w zakresie dotyczącym naruszenia prawa do zawarcia małżeństwa (art. 12 EKPC), podtrzymując dotychczasowe stanowisko, że państwa nie muszą go rozszerzać na pary jednopłciowe. Trybunał odmówił zasądzenia zadośćuczynienia pieniężnego skarżącym, uznając sam fakt stwierdzenia naruszenia Konwencji za wystarczającą satysfakcję, jak również odmówił zasądzenia zwrotu kosztów i wydatków, z uwagi na brak przedłożenia wiarygodnej dokumentacji potwierdzającej ich poniesienie.

Pięcioro z siedemnaściora sędziów zgłosiło zdania odrębne: Darian Pavli z Albanii, dr Iulia Motoc z Mołdawii, dr Alena Poláčeková ze Słowacji, prof. Krzysztof Wojtyczek z Polski oraz Michaił Lobow z Rosji. Jednak tylko dwaj ostatni krytykowali meritum rozstrzygnięcia, pozostali ograniczyli się jedynie do skomentowania kwestii pobocznych i proceduralnych.

Omówienie uzasadnienia wyroku Wielkiej Izby

W uzasadnieniu wyroku wydanym w składzie Wielkiej Izby Trybunał przypomniał, że zgodnie z jego ugruntowanym orzecznictwem sięgającym 2010 roku art. 8 Konwencji powinien być interpretowany w sposób wymagający od państwa-strony EKPC „prawego uznania i ochrony” „stabilnych i zaangażowanych” związków jednopłciowych przez ustanowienie „określonych ram prawnych” (§164). Chodzi więc w istocie o ustanowienie przez państwo możliwości sformalizowania związku przez pary jednopłciowe, czyli utworzenie dla nich odrębnej instytucji prawa rodzinnego.

ETPC uznał za nieprzekonujące wszystkie argumenty podniesione przez rząd rosyjski przeciwko instytucjonalizacji związków płciowych. Jeśli chodzi o pierwszy argument, choć wspieranie tradycyjnej rodziny jest w ocenie Trybunału „usprawiedliwione, a nawet godne pochwały”, to „pojęcie rodziny jest w sposób nieunikniony ewolucyjne” (§208-209). Zdaniem ETPC nie ma podstaw do uznania, że instytucjonalizacja związków jednopłciowych może sama w sobie zaszkodzić tradycyjnym rodzinom (§212). Trybunał zdezawuował także drugi argument, wskazujący na zdanie większości rosyjskiego społeczeństwa, bo „korzystanie przez mniejszość z przysługujących jej na mocy Konwencji praw nie może być warunkowane akceptacją większości” (§218). Trzeci argument Trybunał również odrzucił, wskazując na jego związek z rosyjskimi przepisami zabraniającymi „homoseksualnej propagandy”, które w innym wyroku zacytowanym w tej sprawie uznał za źródło „stygmatyzacji, uprzedzeń i homofobii” (§222).

ETPC dwie kwestie pozostawił uznaniu państw członkowskich. Po pierwsze, **formę** ram prawnych instytucjonalizacji związków jednopłciowych – nie musi to być małżeństwo, mogą to być np. związki partnerskie, choć Trybunał nie używa tego określenia (por. §165, 178). Co ważne, nie jest to wyłącznie kwestia nazwy. Po drugie bowiem, państwa mają też swobodę co do określenia **treści** ram prawnych instytucjonalizacji (§188-189). To oznacza, że ustawodawca krajowy może zróżnicować prawa przysługujące małżonkom oraz prawa przysługujące związkom partnerskim czy innej postaci formalizacji tego typu relacji. Katalog praw par jednopłciowych może być zatem węższy od praw przysługujących małżonkom.

Główna teza analizowanego wyroku o konieczności instytucjonalizacji związków jednopłciowych wynika z często stosowanej przez ETPC metody dynamicznej wykładni Konwencji, którą on sam określa jako „żywy instrument” (*living instrument*): „Konwencja stanowi żywy instrument, który musi być interpretowany w świetle warunków dnia dzisiejszego oraz idei dominujących w demokratycznym społeczeństwie” (§167). A zatem „coś, co mogło być uznawane za dopuszczalne i normalne w czasie projektowania Konwencji, później może okazać się z nią niezgodne” (§170).

Z tego punktu widzenia przy wykładni art. 8 EKPC tekst przepisu ma znaczenie drugorzędne, a pierwszorzędnej rangi nabiera kwestia, jak życie prywatne i rodzinne jest rozumiane we współczesnym społeczeństwie. Wyznacznikiem tego rozumienia może być wszystko – od aktów *soft law* przez orzeczenia sądów krajowych po sondaże opinii publicznej – choć Trybunał największą wagę przywiązuje do specyficznej postaci argumentu komparatystycznego, jaką jest zestawienie

rozwiązania danego problemu w prawodawstwie poszczególnych państw członkowskich. Ten rodzaj argumentu komparatystycznego zakłada, że przyjęcie określonego rozwiązania przez większość państw członkowskich Rady Europy powinno skutkować wdrożeniem go przez państwa pozostające w mniejszości. Interpretacja traktatu z uwzględnieniem rozumienia podobnych pojęć w prawie państw-stron nie jest czymś nowym w prawie międzynarodowym, które z natury wyrasta z tradycji prawnych państw tworzących traktaty. Komparatystyczna analiza pozwala lepiej zrozumieć, co państwa miały na myśli, używając określonych pojęć w tekście traktatu – stanowi więc użyteczne narzędzie interpretacji. Metoda ETPC jest zupełnie inna, którego analiza przypomina liczenie głosów, a fakt wystąpienia określonego uprawnienia w większości państw jest równoznaczne z „uchwaleniem” zobowiązania do wprowadzenia takiego samego uprawnienia w innych państwach. Trybunał zrezygnował zatem z traktowania komparatystyki jedynie jako metody **interpretacji** Konwencji, a uczynił z niej metodę jej **uzupełniania**, kreowania zupełnie nowych zobowiązań, na które państwa nigdy się nie zgodziły.

W analizowanym wyroku Trybunał odnotował, że aktualnie w 30 z 47 państw członkowskich Rady Europy doprowadzono do instytucjonalizacji związków jednopłciowych. W 18 państwach z tej grupy pary homoseksualne mogą zawrzeć małżeństwo (np. w Austrii, Finlandii, Francji czy na Malcie), natomiast w pozostałych 12 państwach mogą zawrzeć związek partnerski lub w inny sposób sformalizować swoją relację (np. na Węgrzech, w Chorwacji, Czechach, Grecji czy we Włoszech). Natomiast w Rosji (która od ubiegłego roku nie jest już członkiem Rady Europy) i 16 państwach członkowskich prawo rodzinne nie dopuszcza jakiegokolwiek formy instytucjonalizacji związków jednopłciowych, uznając związek kobiety i mężczyzny za fundament rodziny (np. w Albanii, Armenii, Bośni i Hercegowinie, Bułgarii, Litwie, Łotwie, Ukrainie czy w Polsce).

Oprócz tego ETPC powołał się na 13 różnych stanowisk organów międzynarodowych uznających możliwość instytucjonalizacji związków jednopłciowych za prawo człowieka, w tym na: rekomendację Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 2000 r.¹, rekomendacje Komitetu Ministrów z 2010 r.², zalecenia Wysokiego Komisarza ONZ ds. praw człowieka z 2015 r.³ obserwacje

¹ Rekomendacja nr 1474 (2000) z 26.9.2000 r.: *situation of lesbians and gays in Council of Europe member states*.

² Rekomendacje nr CM/Rec(2010)5: *measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*.

³ Raport z 29.5.2015 r. *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*.

Komitetu Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych ONZ z 2017 r.⁴, opinię Komisarza Praw Człowieka Rady Europy z 2017 r.⁵, opinię doradczą Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 2017 r.⁶, rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 2018 r.⁷, stanowiska Europejskiej Komisji Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji z 2018 r.⁸ i z 2021 r.⁹, raport Komitetu Sterującego ds. Praw Człowieka z 2020 r.¹⁰, rezolucję Parlamentu Europejskiego z 2021 r.¹¹ oraz rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z 2022 r.¹²

Wszystkie te dokumenty stanowią akty *soft law*, które choć formalnie nie mają wiążącego charakteru, to w praktyce są traktowane jako wskazówki interpretacyjne przy wykładni traktatów międzynarodowych z zakresu praw człowieka takich jak EKPC. Jeśli organy czterech znaczących organizacji międzynarodowych reprezentujących większość państw świata - ONZ, UE, Rady Europy oraz Organizacji Państw Amerykańskich – mówią o obowiązku instytucjonalizacji związków jednopłciowych, to można mówić o ogólnoświatowej tendencji interpretacji prawa do prywatności, która może rzutować również na wykładnię art. 8 EKPC. ETPC uznał te akty za wyznacznik tego, co współczesne „demokratyczne społeczeństwo” myśli o związkach jednopłciowych, a w konsekwencji uznał, że prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego należy interpretować zgodnie z poglądami tego „demokratycznego społeczeństwa”.

Uwagi ogólne do wyroku Wielkiej Izby

Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Fedotova* należy postrzegać w kontekście wcześniejszego orzecznictwa ETPC na temat pojęcia życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC. Art. 8 Konwencji gwarantuje każdemu „prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego”. Życie rodzinne stanowi kwalifikowaną postać życia prywatnego i tradycyjnie prawo przyznaje mu silniejszą ochronę. Istota problemu dotyczy zatem kwestii, czy relacja homoseksualna – między dwoma

⁴ *Concluding Observations on the sixth periodic report of the Russian Federation*, opublikowane dn. 16.10.2017 r.

⁵ *Access to registered same-sex partnerships: it's a question of equality*, opublikowane dn. 21.2.2017 r.

⁶ Opinia z 24.11.2017 r. nr OC-24/17.

⁷ Rezolucja nr 2239 (2018) z 10.10.2018 r., *Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation*.

⁸ Raport dot. Federacji Rosyjskiej z 4.12.2018 r.

⁹ *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.

¹⁰ Report on the implementation of Recommendation CM/Rec(2010)5 of the Committee of Ministers

¹¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 14.9.2021 r. w sprawie praw LGBTI w UE.

¹² Rezolucja nr 2417 (2022) z 25.1.2022 r.: *Combating rising hate against LGBTI people in Europe*.

mężczyznami lub dwoma kobietami – może zostać uznana za życie rodzinne w rozumieniu art. 8 Konwencji.

Tradycyjnie przez pierwsze kilkadziesiąt lat obowiązywania Konwencji przyjmowano, że życie rodzinne dotyczy relacji wynikających z więzów krwi (między krewnymi) lub z więzów powinowactwa (między małżonkami, między jednym małżonkiem a krewnymi drugiego małżonka, między adoptującym a dzieckiem adoptowanym). Ochrona życia rodzinnego z natury więc wymaga od państwa stworzenia ram prawnych dla relacji między członkami rodziny. To oczywiście nie znaczyło, że inne osobiste relacje międzyludzkie nie podlegały żadnej ochronie prawnej – były chronione jako forma życia prywatnego. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że istniała wyraźna granica między życiem rodzinnym, które państwo powinno chronić w sposób szczególny (tworząc zwłaszcza ramy prawne regulujące relacje w rodzinie), a życiem prywatnym, w które państwo powinno przede wszystkim nie ingerować bez koniecznej potrzeby (niekoniecznie zaś tworzyć dla tych prywatnych relacji ramy prawne).

Ta granica została rozmyta w 1986 r., kiedy Trybunał po raz pierwszy uznał, że życiem rodzinnym może być każda relacja oparta na stabilnej i zaangażowanej więzi emocjonalnej, w tym zwłaszcza konkubinat¹³. Kolejny krok nastąpił ponad 30 lat później, kiedy ETPC rozpoznając skargę pary jedнопłciowej przeciwko Austrii po raz pierwszy uznał, że także związek dwóch homoseksualistów może stanowić formę życia rodzinnego w rozumieniu art. 8 EKPC¹⁴. Trybunał wyszedł z założenia, że para jedнопłciowa jest tak samo zdolna do nawiązania stabilnej i zaangażowanej relacji (*stable and committed relationship*) jak para kobiety i mężczyzny, a zatem znajdują się w relatywnie podobnej sytuacji, co powoduje, że obie mają prawo oczekiwać od państwa możliwości sformalizowania związku¹⁵. Wtedy też ETPC stwierdził, że od 2010 r. państwa powinny dokonać instytucjonalizacji związków jedнопłciowych. Dlaczego akurat od 2010 r.? Bo sama Austria wprowadziła związki partnerskie właśnie w 2010 r., tuż przed rozpatrzeniem skargi przez ETPC. Trybunał skargę oddalił, bo uznał, że wiąże go stan prawny z momentu wniesienia skargi, czyli z 2004 r., a wtedy nie można było jeszcze wymagać od Austrii instytucjonalizacji związków jedнопłciowych. Co to w istocie oznacza? Oznacza to, że art. 8 Konwencji w ciągu 6 lat zmienił

¹³ Wyrok ETPC z 18.12.1986 r., *Johnson v. Irlandia*.

¹⁴ Wyrok ETPC z 24.6.2010 r., *Schalk i Kopf v. Austria*.

¹⁵ Trybunał w tej sprawie rozważał problem z perspektywy art. 8 w zw. z art. 14 EKPC, konwencyjnym zakazem dyskryminacji.

swoje znaczenie, mimo że nie zmieniło się jego brzmienie – rozwiązanie, które w 2004 r. było jeszcze zgodne z prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w 2010 r. przestało być z nim zgodne. Taka jest podstawowa konsekwencja stosowanej przez ETPC metody wykładni Konwencji jako „żywego instrumentu” – choć brzmienie przepisu się nie zmienia, jego treść zmienia się nieustannie. O treści praw człowieka decyduje nie brzmienie przepisów, lecz Trybunał, opierając się na tym, co uznaje za wyraz poglądów „demokratycznego społeczeństwa”.

W 2015 r. ETPC po raz pierwszy stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji z powodu braku instytucjonalizacji związków jednopłciowych w sprawie przeciwko Włochom, zmuszając je do ustanowienia związków partnerskich¹⁶. Wszak już od 5 lat obowiązywało nowe prawo człowieka – prawo par jednopłciowych do instytucjonalizacji ich związków.

Omawiane przypadki były jednak specyficzne – Austria sama z siebie wprowadziła związki partnerskie jeszcze przed wyrokiem Trybunału, a we Włoszech na konieczność instytucjonalizacji wskazywało orzecznictwo sądów krajowych, a także sondaże opinii publicznej, które ETPC przywołał w uzasadnieniu tamtego wyroku. Zarówno w sprawie austriackiej, jak i w sprawie włoskiej, Trybunał zostawił pozostałym państwom furtkę do uchylenia się od obowiązku instytucjonalizacji związków jednopłciowych w przypadku, gdy wymaga tego „nadrzędny interes publiczny” (*prevailing community interest*). Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja* tę furtkę w istocie zamyka, dyskwalifikując główne argumenty przeciw instytucjonalizacji związków jednopłciowych, które mogłyby zostać uznane za taki „nadrzędny interes publiczny”.

Uwagi szczególne do wyroku Wielkiej Izby

Pierwszym i najpoważniejszym mankamentem omawianego orzeczenia jest zastosowana metoda wykładni Konwencji jako „żywego instrumentu”. W teorii miała ona jedynie stanowić narzędzie doprecyzowywania ogólnikowych przepisów Konwencji w sposób pozwalający na zastosowanie ich do rozstrzygania aktualnych sporów zawisłych przed Trybunałem. W praktyce stała się ona jednak narzędziem uzupełniania Konwencji o nowe prawa człowieka – sądowym prawotwórstwem. Jak słusznie zauważył sędzia Krzysztof Wojtyczek w zdaniu odrębnym do analizowanego wyroku „idea Konwencji jako żywego instrumentu w rozumieniu przyjętym przez większość składu orzekającego,

¹⁶ Wyrok ETPC z 21.7.2016 r., *Oliari i inni v. Włochy*.

jest techniką wykładni przenoszącą istotną część kompetencji prawotwórczej z demokratycznie wybranych władz w ramach państw na rzecz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”¹⁷.

Metoda „żywego instrumentu” opiera się na fikcji jednego „demokratycznego społeczeństwa”, które wyraża poglądy na temat tego, jak powinno wyglądać współczesne życie społeczne, które reguluje Konwencja. Problem w tym, że w Europie nie ma jednego społeczeństwa, lecz jest ich czterdzieści sześć, każde ze swoją historią, językiem, kulturą, religią, obyczajami i poglądami. To właśnie to zróżnicowanie przekłada się na różnice w porządkach prawnych poszczególnych państw. Europejski Trybunał Praw Człowieka interpretując Konwencję jako „żywy instrument” stara się niwelować te różnice. Przy takim podejściu jednak bardzo łatwo o wykroczenie poza granice interpretacji prawa europejskiego i przejście do harmonizacji prawodawstw krajowych – a do tego ETPC nie ma kompetencji.

W metodzie „żywego instrumentu” charakterystyczne jest dezawuowanie znaczenia tekstu przepisu przy jego interpretacji. Tymczasem zgodnie ze złotą regułą wykładni, wyrażoną w art. 31 ust. 1 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów, traktat – którym przecież jest również EKPC - należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Stosowanie pozajęzykowych metod wykładni jest – zwłaszcza w prawie międzynarodowym – rzeczą naturalną, ale ich punktem wyjścia, jak również nieprzekraczalną granicą, powinien być tekst przepisu. Moc traktatów wywodzi się bowiem z woli suwerennych państw, które go współtworzą, a wola ta wyraża się w tekście przepisu.

Tymczasem wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Fedotova* dalece wykracza poza tekst art. 8 Konwencji, przypisując użytemu w nim pojęciu życia rodzinnego znaczenie nadzwyczajne, zgodnie z którym rodzinę tworzą nie więzi krwi i prawa, lecz same więzi emocjonalne – a emocje osoby homoseksualne bez wątpienia są w stanie odczuwać.

¹⁷ Na marginesie trzeba odnotować, że sam sędzia Wojtyczek nie wyklucza całkowicie możliwości traktowania Konwencji jako „żywego instrumentu”, uznając ją za konieczność wynikającą z ogólnikowości jej postanowień: „Trybunał nie jest w stanie uniknąć decyzji prawotwórczych w zakresie, w jakim zapewniają one bardziej precyzyjne rozumienie ogólnych i niekiedy mglistych sformułowań Konwencji”. Jego zdaniem kluczowe znaczenie ma rozróżnienie między dwoma rodzajami reguł prawnych – pierwotnymi i wtórnymi. Reguły pierwotne odnoszą się do kwestii fundamentalnych, które powinny być rozstrzygane przez organ z demokratyczną legitymacją – a zatem mogą one być ustanawiane jedynie w formie ustaw przyjętych narodowe parlamenty lub w formie traktatów międzynarodowych ratyfikowanych za ich zgodą. Reguły wtórne stanowią natomiast pochodną (uszczegółowienie) reguł pierwotnych i nie muszą już być tworzone przez organy z demokratyczną legitymacją, lecz mogą być dziełem takich organów jak ETPC.

Taka wykładnia nie ma jednak nic wspólnego z konwencyjnym rozumieniem pojęcia rodziny, które należy interpretować systemowo. Sama Konwencja za punkt odniesienia uznaje Powszechną Deklarację Praw Człowieka ONZ z 1948 r., do której odsyła w swojej preambule. Model rodziny w tej Deklaracji jest zaś klarowny: „prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny” mają „mężczyźni i kobiety” (art. 16 ust.1, analogiczne postanowienie zawiera art. 12 EKPC), a zatem *a contrario* – pary jedнопłciowe nie tylko nie mają prawa do zawarcia małżeństwa, ale również do założenia rodziny; „rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa” (art. 16 ust. 3), a zatem należy ją definiować z uwzględnieniem praw natury, które w historii ludzkości zawsze za jedną z najważniejszych funkcji rodziny uznawały prokreację, do której pary jedнопłciowe są niezdolne; „matka i dziecko mają prawo do specjalnej opieki i pomocy” (art. 25 ust. 2), a gdzie jest matka, tam musi być i ojciec, podczas gdy w parach jedнопłciowych zawsze brakuje jednego z rodziców. Krótko mówiąc, mimo braku wyraźnej definicji rodziny w PDPC, dobór słów nie pozostawia wątpliwości, że chodzi w niej o wspólnotę opartą na związku kobiety i mężczyzny, którzy są rodzicami lub dążą do stania się nimi. Wykładnia systemowa art. 8 EKPC wymaga więc uwzględnienia rozumienia rodziny wynikającego z PDPC, a ta nie obejmuje związków jedнопłciowych. Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Fedotova* całkowicie ten bogaty prawny kontekst pomija, skupiając się na poglądach „demokratycznego społeczeństwa” – i to tylko tej jego części, która popiera instytucjonalizację związków jedнопłciowych.

ETPC wychodzi z założenia, że skoro rozumienie rodziny ewoluuje, to ewoluować powinna również wykładnia przepisu, który reguluje funkcjonowanie rodziny. Tymczasem ewolucja znaczenia rodziny w oczach społeczeństwa nie jest argumentem na rzecz zmiany interpretacji przepisu, lecz na rzecz zmiany samego przepisu. Jeśli rzeczywiście rozumienie rodziny przyjęte przez twórców Konwencji stało się nieaktualne, to jego aktualizacji powinni dokonać demokratycznie wybrani przedstawiciele państw Rady Europy, podpisując i ratyfikując stosowny protokół modyfikujący tekst EKPC.

Drugim mankamentem wyroku Wielkiej Izby jest absolutyzacja znaczenia argumentu komparatystycznego – trzon argumentacji orzeczenia stanowi założenie, że skoro ponad połowa państw członkowskich Rady Europy dokonała instytucjonalizacji związków jedнопłciowych, to pozostałe również powinny jej dokonać. Jak słusznie wytknął sędzia Wojtyczek, „odwoływanie się do tego argumentu sugeruje, że dana wykładnia nie ma oparcia w innych silnych argumentach opierających się na regułach interpretacyjnych akceptowanych w prawie międzynarodowym i mających zastosowanie do traktatów międzynarodowych”.

Argument komparatystyczny w istocie jest niewystarczający. W metodologii prawniczej analiza prawnoporównawcza stanowi argument pomocniczy, nigdy zaś decydujący, w dokonaniu wykładni przepisu. Co prawda w prawie międzynarodowym argument komparatystyczny odgrywa większą rolę niż w prawie krajowym, z uwagi na wspomniany wyżej związek traktatu z tradycjami prawnymi poszczególnych państw członkowskich, ale nie przełamuje on prymatu złotej reguły z art. 31 ust. 1 Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów. Żaden przepis EKPC nie zobowiązuje państw do dostosowywania swoich porządków prawnych do rozwiązań obowiązujących w większości państw członkowskich. Owszem, przy wykładni EKPC należy brać pod uwagę praktykę jej stosowania przez państwa, ale tylko jeśli „ustanawia porozumienie stron co do jej interpretacji” (zob. art. 31 ust. 3 lit. b Konwencji Wiedeńskiej) i tylko jako jedną z okoliczności, a nie jako okoliczność decydującą.

Trzecim mankamentem wyroku Wielkiej Izby jest wyłączenie marginesu swobody państw członkowskich w kwestii budzącej prawne i moralne kontrowersje, jaką jest instytucjonalizacja związków jednopłciowych. Głównym argumentem na rzecz wyłączenia swobody decyzji w tej materii był fakt, że w większości państw Rady Europy takiej instytucjonalizacji dokonano. Tymczasem zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, a także samego ETPC, zakres marginesu swobody w regulacji danej kwestii wyznacza nie tylko istnienie konsensusu między państwami co do rozwiązania danego problemu (do którego Trybunał przywiązał ogromną wagę), ale również jego moralny i kulturowy kontekst¹⁸ (który Trybunał w tym przypadku zbagatelizował). Brak instytucjonalizacji związków jednopłciowych w części Rady Europy wynika bowiem ze świadomej decyzji ustawodawcy krajowego, motywowanej względami moralno-kulturowymi.

Czwartym mankamentem jest przywiązanie przez Trybunał nadmiernej wagi do przytoczonych wyżej aktów *soft law* dla ustalenia ugruntowanej wykładni art. 8 EKPC. *Primo*, niewiążący charakter tych dokumentów oznacza, że ETPC może, ale nie musi uwzględniać przyjętego w nich sposobu interpretacji. *Secundo*, stanowiska organów ONZ, UE i OPA nie powinny mieć wielkiego znaczenia dla wykładni EKPC, będącej traktatem obowiązującym w ramach odrębnej organizacji międzynarodowej, jaką jest Rada Europy. *Tertio*, zgodnie z ugruntowaną metodologią wykładni, uznawaną przez sam Trybunał w Strasburgu, przy ocenie naruszenia praw konwencyjnych przez

¹⁸J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge 2019, s. 172-197; Zob. też C. Ovey, *The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention*, "Human Rights Law Journal" 1998/1, s. 10 et seq.; M. R. Hutchinson, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, "The International and Comparative Law Quarterly" no. 3/vol. 48/1999, s. 638-650; C. Rozakis, *The European Judge as Comparatist*, "Tulane Law Review" 1/80/2005, s. 273; G. Füglistaler, *The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence*, "Cahier de l'IDHEAP" 295/2016, s. 21-22.

państwo uwzględnia się stan prawny obowiązujący w momencie nastąpienia zdarzenia – czyli w przypadku tej sprawy mówimy o stanie prawnym obowiązującym w latach 2009-2013, kiedy skarżący składali wnioski o uznanie ich związków za małżeństwa. Zaledwie 2 z 13 przywołanych przez ETPC dokumentów pochodzą z tego okresu, a jeden z nich – rekomendacje Komitetu Ministrów z 2010 r. jedynie zachęcały państwa członkowskie do „rozważenia możliwości zapewnienia parom jedнопłciowym prawnych lub innych środków pozwalających im się uporać z praktycznymi problemami, jakich doznają w rzeczywistości społecznej, w jakiej żyją” (nie wyrażały więc one przekonania o prawnym obowiązku ich instytucjonalizacji). Samą rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego z 2000 r. trudno zaś uznać za przejaw ogólnoeuropejskiego konsensusu co do konieczności instytucjonalizacji związków jedнопłciowych, a to ten konsensus był decydującym dla Trybunału argumentem na rzecz stwierdzenia naruszenia przez Rosję art. 8 Konwencji.

Piątym mankamentem jest niekonsekwencja Trybunału w ocenie wagi kontekstu krajowego dla rozstrzygnięcia, czy państwo ma obowiązek dokonać instytucjonalizacji związków jedнопłciowych. W przytoczonym powyżej orzeczeniu z 2015 r. w sprawie *Oliari i inni v. Włochy* Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji, powołując się na brak przeciwwskazań konstytucyjnych, orzecznictwo włoskich sądów, które wskazywały na konieczność instytucjonalizacji związków jedнопłciowych, jak również na sondaże opinii publicznej, w których większość Włochów popierała ten postulat. Kiedy jednak w 2021 r. Rosja przedstawiła przeciwwskazania konstytucyjne wobec instytucjonalizacji związków jedнопłciowych, jednoznaczne orzecznictwo sądowe wykluczające taką możliwość oraz negatywne sondaże opinii publicznej, to Trybunał uznał wszystkie te okoliczności za irrelewantne.

Konkluzja

Wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja* wpisuje się w dotychczasową linię orzecniczą, uznającą stabilną i zaangażowaną relację homoseksualną za formę życia rodzinnego podlegającą ochronie na mocy art. 8 Konwencji. Stanowisko ETPC jest owocem techniki wykładni Konwencji jako „żywego instrumentu”, która zakłada, że rozumienie pojęć w niej zawartych nie jest stałe, ale ewoluuje wraz z poglądami społeczeństwa. Problem w tym, że Trybunał nie ma kompetencji do adaptowania przepisów Konwencji do poglądów społeczeństwa – to jest domena prawodawcy, którym w przypadku traktatu jest gremium państw-stron, mogących dokonać jego rewizji w odpowiedniej procedurze. Prawdą jest, co powiedział Trybunał, że korzystanie z praw

zagwarantowanych w EKPC nie może być uzależnione od zgody większości – ale jest tak dlatego, że wcześniej ta większość zgodziła się na ograniczenie swej demokratycznej władzy przez prawa człowieka wymienione w Konwencji. Społeczeństwa nigdy nie zgodziły się jednak na tworzenie nowych praw człowieka przez Trybunał. Nowe prawa człowieka mogą być tworzone, ale za zgodą większości, w odpowiedniej procedurze przewidzianej dla zmiany traktatu. Jeśli nowe prawa człowieka będzie tworzył Trybunał, zniknie mechanizm demokratycznej kontroli nad stanowieniem prawa w kwestiach fundamentalnych takich jak choćby definicja rodziny.

Wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Fedotova* tworzy nowe, nieprzewidziane w Konwencji zobowiązanie, narzucające nową wizję rodziny społeczeństwom, którym bliższy jest model tradycyjny. Przyjęte przez Trybunał rozumienie rodziny odbiega od jego znaczenia wynikającego z tekstu art. 8 Konwencji, który należy odczytywać w świetle art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 25 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Z tego punktu widzenia rodziną jest wspólnota oparta na związku kobiety i mężczyzny dążących do zostania rodzicami. Zmiana definicji pojęcia rodziny wymagałaby zmiany Konwencji przez państwa-strony, nie jest to natomiast domena Trybunału w Strasburgu. Niestety, ETPC w coraz mniejszym stopniu widzi siebie jako interpretatora Konwencji, a w coraz większym jako jej współtwórcę.