



Luzius Wildhaber

DYNAMIKA ORZECZNICTWA  
EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW  
CZŁOWIEKA

(Wykład wygłoszony 24 października 2000 roku  
w Trybunale Konstytucyjnym)

Tłumaczenie: Ewa Gąsiorowska

## LUZIUS WILDHABER

Od 1977 roku profesor prawa międzynarodowego, konstytucyjnego i porównawczego na Uniwersytecie w Basel, uprzednio na Uniwersytecie we Friborgu. W latach 1979–1990 prezes Szwajcarskiego Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego. Od 1991 roku sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.



Trybunał w Strasburgu przywiązuje wielką wagę do współpracy z narodowymi władzami sądowniczymi, a szczególnie z Trybunałami Konstytucyjnymi. Relację tę najlepiej opisać można jako partnerstwo w ramach systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (zwanej dalej „Konwencją”). W systemie tym, jak wielokrotnie podkreślał to Trybunał, pierwotną odpowiedzialność za ochronę praw i wolności przewidzianych w Konwencji ponoszą władze krajowe, przede wszystkim sądownicze; jedynie wyjątkowo sprawę rozstrzyga ostatecznie Trybunał w Strasburgu. W ten sposób gwarantuje się przestrzeganie minimalnego standardu ochrony praw człowieka w Europie. Mówiąc krótko, system Konwencji ma charakter subsydiarny i zasada ta ma odbicie w przepisach Konwencji.

Właśnie dlatego tak wiele uwagi poświęca się w niej krajowym przepisom proceduralnym. Dzieje się tak nie tylko w odniesieniu do ogólnych warunków proceduralnych, regulujących możliwość złożenia skargi do Trybunału, gdzie spełnić należy zaczerpnięty z tradycyjnego prawa międzynarodowego wymóg wyczerpania krajowych środków odwoławczych potencjalnej strony w ramach krajowego systemu prawa. Jednocześnie Konwencja ukierunkowuje rozwiązania normatywne na krajowe procedury gwarancyjne. Przykładem może być tutaj art. 13, gwarantujący prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, jak również art. 6, który określa sprawiedliwe i publiczne rozpatrzenie sprawy przy rozstrzyganiu o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w sprawie karnej, w końcu art. 5, który wprowadza gwarancje związane z pozbawieniem wolności.

Aspekt proceduralny jest ważny również w odniesieniu do podstawowych praw i wolności tam, gdzie oprócz obowiązku powstrzymania się od ingerowania w klasyczne prawa obywatelskie i polityczne, Trybunał nakłada pozytywny obowiązek ich ochrony m.in. przez wprowadzenie gwarancji proceduralnych.

W ten sposób dochodzimy do art. 8 Konwencji, przepisu o niezwykłej złożoności i bogactwie, gdzie splata się wiele różnorodnych wątków przewijających się w Konwencji.

Szczególna i dobrze znana zasada strasburskiego prawa precedensu mówi, że Europejska Konwencja Praw Człowieka jest „żyjącym instrumentem” i ma być interpretowana „w świetle dzisiejszych uwarunkowań”. Wynikająca z tych założeń interpretacja Konwencji powinna pozwalać na stosowanie jej przepisów w kontekście zmian zachodzących w postawach społecznych i moralnych oraz rozwoju technologicznego. Znaczenie poszczególnych terminów Konwencji nie zostało zamrożone w kształcie

z 1950 roku, gdyż skutkowałoby to utraceniem przez Konwencję cechy relevantności. Gdyby ta zasada interpretacji dynamicznej była wcześniej ogłoszona w odniesieniu do kar cielesnych, orzekanych w postępowaniu karnym<sup>1</sup>, swój najlepiej wyraz znalazłaby właśnie w odniesieniu do art. 8. Nie jest to zaskakujące nie tylko ze względu na szeroki zakres zjawisk, do których odnosi się art. 8 (tj. do życia prywatnego, korespondencji czy mieszkania), ale również dlatego, że są to takie zjawiska, które w sposób najbardziej wyraźny odzwierciedlają przemiany społeczne. W związku z tym, art. 8 okazuje się być zabezpieczeniem jak najbardziej elastycznym. W ten sposób artykuł ten ma zastosowanie także do opieki społecznej nad dziećmi, niedogodności związanych z odpadami maszyn, kwestii urbanistyki, hałasu powodowanego przez samoloty, praw transseksualistów, kar cielesnych w szkołach, dostępu do tajnych dokumentów z danymi o przeszłości osób ubiegających się o stanowiska publiczne, wyboru imienia dziecka, zasad związanych z położeniem imigrantów, ujawnianiem dokumentacji medycznej i tak dalej; mógłbym sporządzić tutaj znacznie dłuższą listę.

Poszerzenie zakresu interesów chronionych przez art. 8 stało się możliwe ze względu na dopuszczenie do rozwoju prawa precedensu w działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a do niedawna i Europejskiej Komisji Praw Człowieka. Działanie takie uzasadnia się słusznie koniecznością dotrzymania kroku współczesnemu światu. Jeśli jednak spróbujemy ocenić ten rozwój w relatywnie krótkim czasie, mamy tu również do czynienia z elementem niekorzystnym. Działać się tak może wówczas, gdy rządy państw próbują ustanowić w sposób dosłowny to, czego oczekujemy się od nich w Konwencji. Jest tak tym bardziej, że w jednym z najwcześniej rozstrzygnięć<sup>2</sup> z powołaniem się na art. 8 Trybunał wyjaśnił, że poza obowiązkiem powstrzymywania się od arbitralnej ingerencji w interesy podlegające ochronie, władze państwa mogą mieć także pozytywny obowiązek zapewnienia efektywnego „poszanowania” tych interesów. W kontekście rozważyń nad statusem dziecka urodzonego poza związkiem małżeńskim Trybunał zauważył, że poszanowanie rodziny wymaga w szczególności istnienia w prawie krajowym ochrony prawnej, która „umożliwia najwcześniej jak to możliwe, od momentu urodzenia, integrację dziecka z rodziną”. Co więcej, taki pozytywny obowiązek może wymagać podjęcia kroków zmierzających ku ochronie poszanowania życia prywatnego nawet w sferze relacji osobistych między dwiema osobami<sup>3</sup>.

Czy obowiązki nałożone na państwo są pozytywne, czy negatywne – prawo do ich poszanowania nie ma charakteru absolutnego. Podobnie

<sup>1</sup> *Tyler v. United Kingdom*, 25.4.1978, series A, nr 26, § 31.

<sup>2</sup> *Marck.v. Belgium*, 13.6.1979, series A nr 31, § 31.

<sup>3</sup> *X and Y v. The Netherlands*, 26.3.2000, series A nr 91, § 23.

jak to ma miejsce w przypadku innych artykułów Konwencji dotyczących „wolności” (art. 9, 10 i 11), dopuszcza ona, zgodnie z art. 8 ust. 2, nakładanie pewnych ograniczeń na wykonywanie praw. Stosownie do obowiązku negatywnego, ingerencja władzy publicznej musi się odbywać „zgodnie z prawem”, musi dążyć do osiągnięcia jednego z legalnych celów określonych w tym ustępie i musi być „niezbędna w społeczeństwie demokratycznym”. W determinowaniu tego, co jest niezbędne w społeczeństwie demokratycznym – Wysoka Układająca się Strona cieszy się pewnym marginesem swobody. Uzasadnienie tego jest dwójakie. Na płaszczyźnie praktycznej to władze krajowe mają najlepszą pozycję do oceny tego, jakie środki są niezbędne w społeczeństwie demokratycznym. Na płaszczyźnie teoretycznej decyzje podejmowane przez demokratycznie wybrane organy mają taką legitymację, która nakłada na Trybunał obowiązek ich poszanowania, a zatem i pewien poziom powściągliwości sądu.

Tak jak w art. 9–11 Konwencji, margines uznaniowości będzie różny w zależności od kontekstu. W związku z tym na przykład w aspekcie poszanowania życia rodzinnego Trybunał uznał, że władze krajowe cieszą się szerokim marginesem swobody w określaniu zakresu koniecznej opieki nad dziećmi, ale wzywa do uważnej analizy pod kątem ewentualnych przyszłych ograniczeń. W przypadku prawa do poszanowania domu Trybunał po raz kolejny przyznaje, że w zasadzie władze krajowe cieszą się szerokim marginesem uznaniowości w implementacji decyzji urbanistycznych. Jej zakres zależy jednakże od takich czynników, jak natura uprawnień Konwencji, ich waga dla osoby indywidualnej czy natura rozważanych czynności.

Czy to na poziomie krajowym, czy w Strasburgu, owa „niezbędność” w społeczeństwie demokratycznym dotyczy w gruncie rzeczy kwestii zrównoważenia interesu indywidualnej osoby i interesu ogólnego. Tam, gdzie mamy do czynienia z istnieniem obowiązku pozytywnego, musi być przeprowadzone to samo działanie równoważące. Jak zaznaczył Trybunał, w determinowaniu tego, czy obowiązek pozytywny istnieje, czy też nie, „musi mieć miejsce dokładne rozważenie celem zachowania odpowiedniej proporcji pomiędzy tym, co jest ogólnym interesem społecznym, a interesem osoby indywidualnej – czego poszukiwaniem wypełniona jest cała Konwencja”<sup>4</sup>. Trybunał w zasadzie wyjaśnił, że granica pomiędzy pozytywnymi i negatywnymi obowiązkami państwa nie zawsze prowadzi do precyzyjnej definicji. W obu przypadkach musi mieć miejsce oszacowanie konkurujących interesów jednostek i społeczeństwa jako całości; i w obu przypadkach państwo cieszy się pewnym marginesem swobody<sup>5</sup>.

Jest to tło dla ewolucji gwarancji Konwencji, których zastosowanie zawsze dotyczy idei uczciwej równowagi między interesami ogólnymi i jednostki.

<sup>4</sup> Cossey v. The United Kingdom, 27.9.1990, series A nr 148, § 37.

<sup>5</sup> X., Y and Z v. The United Kingdom, reports 1997.

Spróbuje teraz przejrzeć niektóre z kategorii spraw przywołujących art. 8 z takiego punktu widzenia, aby móc sformułować niektóre z głównych zasad zastosowania tego artykułu. Nie utrzymuję, że ten przegląd będzie wyczerpywał szeroki zakres precedensów odnoszących się do tego artykułu.

Pierwsza kategoria spraw, jaką chcę się zająć, odnosi się do tajnej inwigilacji. Mamy tu do czynienia z klasycznym obowiązkiem nieingerencji. Jego celem jest zapobieżenie wykorzystywaniu przez państwo arbitralnego stosowania tego rodzaju władzy, z którą łączą się najczarniejsze karty historii. Jak powiedział Trybunał, „uprawnienie do tajnej inwigilacji obywateli, charakterystyczne dla państwa policyjnego, jest tolerowane w myśl Konwencji tylko i wyłącznie w takim zakresie, jaki jest konieczny dla ochrony instytucji demokratycznych<sup>6</sup>”. W tych przypadkach Trybunał podkreślił ważność rządów prawa jednego z filarów kreowanego przez Konwencję systemu ochrony praw człowieka i w ogóle społeczeństwa demokratycznego. Idea rządów prawa pojawiła się w kontekście tajnej inwigilacji przez wymóg ustępu 2 art. 8, gdzie jest mowa o tym, że ingerencja musi być „zgodna z ustawą” – oznacza ona nie tylko, że prawo krajowe musi w tej kwestii określać właściwe zabezpieczenia i że muszą one być stosowane, ale również, że ich jakość winna spełniać określone kryteria. Prawo krajowe musi być przede wszystkim czytelne, innymi słowy, obywatelowi winno przysługiwać prawo uzyskania jasnego uzasadnienia zastosowania wskazanych przepisów w danej sprawie<sup>7</sup>. Jednocześnie „musi być wystarczająco jasne dla obywateli, w jakich warunkach władza publiczna jest uprawniona do uciekania się do tej tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego”<sup>8</sup>. Przykładem przeciwieństwa rządów prawa w tym zakresie będzie przyznanie swobody władzy wykonawczej, niekrępowanej przez prawo krajowe co do zakresu i sposobu korzystania z takiego uprawnienia<sup>9</sup>. Dla przykładu, prawo krajowe powinno oznaczyć kategorie osób, które mogą być obiektem inwigilacji i naturę przestępstw, która może uzasadniać wydanie decyzji o podjęciu inwigilacji<sup>10</sup>.

Podsumowując, podczas gdy Trybunał uznał konieczność podejmowania i prowadzenia tajnej inwigilacji w kontekście poważnych przestępstw, np. terroryzmu, wymaga, by towarzyszył jej jednocześnie minimalny stopień ochrony, do której obywatele są uprawnieni w ramach rządów prawa w społeczeństwie demokratycznym. Orzecznictwo Trybunału wpłynęło na

<sup>6</sup> *Klass v. Germany*, 6.9.1978, series A nr 28, § 42.

<sup>7</sup> *Malone v. The United Kingdom*, 2.8.1984, series A nr 82, § 66.

<sup>8</sup> *Ibidem* § 67.

<sup>9</sup> *Ibidem* § 68.

<sup>10</sup> *Kruslin v. France*, 24.4.1990, series A nr 176, § 35.

to, że państwa przyjęły nowe ustawodawstwo – przykładowo Zjednoczone Królestwo wprowadziło ustawodawstwo określające podstawy dla przejęcia komunikacji w publicznym systemie pocztowym i telekomunikacyjnym<sup>11</sup>. Jednak Trybunał stwierdził później naruszenie poszanowania przejęcia rozmów, wykonywane przez systemy telekomunikacyjne działające poza siecią publiczną<sup>12</sup>. We Francji, przez wydanie dwóch orzeczeń w roku 1990, uchwalono prawo normujące szczegółowo warunki odnoszące się do przechwytywania rozmów<sup>13</sup>.

Druga główna kategoria spraw z art. 8 odnosi się do objęcia dziecka opieką społeczną. W jednej z ostatnich spraw Trybunał po raz kolejny powtórzył, że rozwiązanie rodziny jest niezwykle poważną ingerencją w życie zarówno dzieci, jak i rodziców<sup>14</sup>. Według Trybunału, „wzajemna radość, jaką czerpią dziecko i jego rodzice z wzajemnego towarzystwa, stanowi fundamentalny element życia rodzinnego; co więcej, naturalne relacje w rodzinie nie są zdeterminowane przyczyną w postaci faktu, że dziecko zostało objęte opieką społeczną”. Zdaniem Trybunału, zawsze należy brać pod uwagę konieczność dokładnego rozważenia wszystkich istotnych kwestii warunkujących oddanie dziecka opiece społecznej. Po dejmując decyzję o poddaniu dziecka opiece społecznej, władze krajowe muszą rozważyć interesy wszystkich zainteresowanych<sup>15</sup>. Zdaniem Trybunału nie jest zastępowanie władz krajowych w działaniach z zakresu ich obowiązków regulowania opieki społecznej nad dzieckiem i praw rodziców. Zatem, jak już wspomniałem, władze cieszą się szerokim marginesem uznaniowości w ocenie konieczności oddawania dzieci pod opiekę.

Zagadnienia dotyczące opieki społecznej nad dzieckiem będą z pewnościąą coraz szerzej poddawane skrupulatnej ocenie Trybunału. Punktum wyjścia jest to, że objęcie dziecka opieką społeczną powinno być z zasady uznawane za stan przejściowy, który ma być zakończony tak szybko, jak pozwalają na to warunki oraz że przesłanką zastosowania czasowej opieki społecznej nad dzieckiem powinno być przywrócenie związku naturalnego rodzica z dzieckiem<sup>16</sup>. W ten sposób negatywny obowiązek w postaci nieingerowania w życie rodzinne staje się obowiązkiem pozytywnym, jeśli potraktujemy instytucję opieki nad dzieckiem jako nakierowaną na przywrócenie jedności rodzinie. Należy zrównoważyć interes dziecka pozostającego pod opieką społeczną z interesem rodzica, którego przywraca się dziecku. W prowadzeniu działań mających

<sup>11</sup> The Interception of Communication Act 1985.

<sup>12</sup> Halford v. The United Kingdom, 25.6.1997, reports 1997 – III.

<sup>13</sup> Kruslin v. France, *op.cit.*; Huvig v. France, 24.4.1990, series A nr 176 – B.

<sup>14</sup> Scozzari and Giunta v. Italy, 13 July 2000.

<sup>15</sup> K. And T. v. Finland, 27.4.2000, niepublikowane, § 135.

<sup>16</sup> Johansen v. Norway, 7.8.1996, reports – III, § 78.

na celu osiągnięcie tej równowagi, Trybunał przykłada szczególną wagę do interesu dziecka, który ze względu na swoją naturę i powagę może uchylić interes rodzica. W szczególności rodzic nie może być uprawniony z art. 8 Konwencji do takich działań, z powodu których dziecko mogłoby ponieść szkodę na życiu i rozwoju<sup>17</sup>. Władze mają obowiązek wykazywania się najwyższym stopniem roztropności i czujności w poszanowaniu praw interesów obu stron<sup>18</sup>. Jednym z czynników, które trzeba wziąć pod uwagę w tych skomplikowanych i drażliwych sprawach, są procedury, które należy ustalić, aby zapewnić należytą ochronę praw zainteresowanych podmiotów. Jak wskazują rozstrzygnięcia Trybunału, w art. 8 zawarte są pewne wymogi proceduralne: przy rozstrzyganiu spraw dotyczących dzieci, rodzice muszą być zaangażowani w szeroko pojęty proces podejmowania decyzji w stopniu wystarczającym dla zapewnienia im wymaganej ochrony ich interesów<sup>19</sup>. Trybunał może brać również pod uwagę długość procesu podejmowania decyzji, ponieważ w sprawach dotyczących opieki społecznej istnieje zawsze niebezpieczeństwo, że w wyniku przedłużających się procedur nastąpi *de facto* przesądzenie rozstrzygnięcia. Poprzez to faktyczne poszanowanie życia rodzinnego wymaga się, aby przyszłe regulacje pomiędzy rodzicem a dzieckiem były zdeterminowane w świetle wszystkich relevantnych okoliczności, a nie przez upływ czasu<sup>20</sup>.

Obowiązek poszanowania więzi rodzinnych i konieczność podjęcia pozytywnych kroków dla ich rozpoznania wyrasta również poza dziedzinę opieki społecznej. Stosownie do zasad określonych w dotychczasowych precedensach, tam gdzie nawiązano już więzi rodzinne z dziekiem, państwo musi działać w sposób obliczony na to, że te więzi będą się rozwijać i że musi zostać stworzona ochrona prawa, która zapewni integrację rodziny już od momentu narodzenia dziecka<sup>21</sup>. W przypadku, gdy dziecko urodzone poza małżeństwem zostało oddane do adopcji bez wiedzy lub zgody jego naturalnego ojca, który zerwał związek z matką dziecka, prawo ojca do życia rodzinnego zostało naruszone. Jasne jest, że życie rodzinne w rozumieniu art. 8 obejmuje również więzi, które istnieją także wtedy, gdy strony mieszkają razem, a nie są małżeństwem albo wówczas, kiedy są parą, ale mieszkają osobno, jak to zostało określone w jednej ze spraw holenderskich. W prawie holenderskim naturalny ojciec nie był uprawniony do uznania swego syna, jeśli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa matki z innym mężczyzną. Trybunał uznał, że kompetentne władze miały obowiązek zezwolić na dopeł-

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Scozzari and Giunta v. Italy, *op.cit.*, § 216.

<sup>19</sup> Olsson v. Sweden, *op.cit.*, § 71.

<sup>20</sup> W v. The United Kingdom, 8.7.1987, series A nr 121, § 65.

<sup>21</sup> Keegan v. Ireland, 26.5.1994, series A nr 290, § 50.

nienie więzi rodzinnych w aspekcie prawnym pomiędzy naturalnym ojcem a synem tak szybko, jak to możliwe. Poszanowanie życia rodzinnego wymagało, aby aspekty biologiczne i społeczne przeważyły nad domniemaniem prawnym, które przeciwstawia się rzeczywistym faktom i woli zainteresowanych podmiotów<sup>22</sup>.

Z drugiej strony, tam gdzie mamy do czynienia z rzeczywistością nie biologiczną a społeczną, która polega na domniemaniach prawnych, sytuacja jest nieco inna. Rozważmy sytuację, kiedy w rodzinie kobieta stała się męskim transseksualistą. W odniesieniu do jego partnerki i dziecka, które ta urodziła w wyniku sztucznego zapłodnienia, Trybunał uznał, że więzi rodzinne *de facto* istniały i miał zastosowanie art. 8. Jednak ze względu na to, że transseksualizm wiąże się ze skomplikowanymi kwestiami naukowymi, prawnymi, moralnymi i społecznymi, Wysokie Układające się Strony nie podzielają wspólnych postaw w tych kwestiach, a zatem nie można ich uogólnić. Wobec tego Trybunał przyjął założenie, że art. 8 nie może zostać uznany za podstawę nałożenia na pozowane państwo obowiązku formalnego uznania za ojca dziecka osoby, która nie jest ojcem biologicznym<sup>23</sup>.

Kwestia ta wiąże się z jednym z aspektów prawa do życia rodzinnego w odniesieniu do osób transseksualnych. Sprawy odnoszące się bezpośrednio do prawa do życia prywatnego są o tyle interesujące, że naświetlają ewolujący proces interpretowania Konwencji. Wiele z wniesionych skarg odnosiło się do niepodejmowania przez pozowane państwa pozytywnych kroków w celu zmodyfikowania systemu, który działał na szkodę powodów. Chodzi tu o system rejestracji narodzin. Ponownie działając w celu odnalezienia sprawiedliwego zrównoważenia interesu ogółu i interesu poszczególnych osób indywidualnych, Trybunał dotychczas niewielką i ciągle malejącą większością głosów, z jednym wyjątkiem, rozpoznając poszczególne fakty<sup>24</sup> uznał, że pozowane państwa nie miały pozytywnego obowiązku zmodyfikowania systemu rejestracji narodzin w taki sposób, aby zmiana płci była elementem podlegającym aktualnieniu w rejestrze<sup>25</sup>.

Jednak Trybunał nigdy nie wykluczył możliwości domagania się prawnego uznania nowej tożsamości płciowej. Trybunał wielokrotnie powtarzał, że istnieje potrzeba, aby Wysokie Układające się Strony analizowały tę kwestię. W najnowszych sprawach uznano, że wzrosła społeczna akceptacja transseksualizmu i wzrosło uznanie problemów, z jakimi spoty-

<sup>22</sup> Kroon v. The Netherlands, 27.10.1994, series A nr 297-C, §§ 36–40.

<sup>23</sup> X, Y and Z v. the United Kingdom, 22.4.1997, reports 1997 – II, §§ 36 i 52.

<sup>24</sup> B v. France, 25.3.1992, series A nr 232-C.

<sup>25</sup> Rees v. United Kingdom, 17.10.1986, series A nr 106; Cossey v. the United Kingdom, 27.9.1990, series A nr 184; Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, 30.7.1998, reports 1988–V.

kają się transseksualiści. Ale aby zdeterminować, czy prawo państwa powinno być skorygowane, Trybunał brał pod uwagę dwa aspekty: zagadnienia naukowe i zagadnienia prawne. Jeśli chodzi o zagadnienia naukowe, Trybunał potwierdził swój wcześniejszy punkt widzenia: nadal nie jest wyjaśniona rzeczywista natura transseksualności i zauważał, że legalność zabiegów chirurgicznych była niekiedy kwestionowana. Żadne odkrycia w dziedzinie nauk medycznych nie wyjaśniło wątpliwości dotyczących przyczyn uwarunkowania transseksualności. Brak zgody pozwaneego państwa na to, że płeć mózgu jest rozstrzygającym warunkiem determinującym płeć, nie może być krytykowany jako nieuzasadniony<sup>26</sup>.

Biorąc pod uwagę aspekt prawny, Trybunał przeprowadził badania porównawcze, które oparto na materiałach dostarczonych przez organizację zajmującą się prawami człowieka. Nie doszukano się jednak istnienia wspólnych postaw w Europie wobec problemów powstałych w wyniku uznania praw wynikających ze statusu osoby, która poddała się operacji zmiany płci. W szczególności nie ma wspólnych poglądów dotyczących tego, wobec kogo stosować reperkusje, które takie uznanie wspomnianego statusu mogłyby pociągnąć za sobą w odniesieniu do innych obszarów prawa, związanych np. z małżeństwem, prywatnością lub ochroną danych.

Może się przez to wydawać, że Trybunał jest nieufny w rozciąganiu własnych precedensów na obowiązki pozytywne. Najpierw musi zostać jasno dowiedzione nie tylko, że miała miejsce ewolucja w sferze moralnej, ale że ewolucji tej towarzyszył właściwie potwierdzony rozwój wiedzy naukowej i że ma to odbicie w prawie i praktyce większości państw – Wysokich Układających się Stron. Trybunał będzie zatem interpretował terminy Konwencji w świetle tej ewolucji. Nie jest rolą Trybunału inżynieria społeczna bądź nakładanie na kogokolwiek norm moralnych.

Orientacja seksualna jest jednym z tych zjawisk, które w sposób znaczny zmieniły się od czasów, kiedy Konwencja była projektowana. W roku 1981 Trybunał orzekł: „W porównaniu z czasami, kiedy to prawodawstwo zostało uchwalone, obecnie mamy do czynienia z lepszym rozumieniem zachowań homoseksualnych i – co za tym idzie – z rosnącą tolerancją. Większość państw członkowskich Rady Europy nie rozważa już konieczności czy właściwości uznawania praktyk homoseksualnych (wśród pełnoletnich świadomych mężczyzn) za obszar stosowania prawa karnego”. Trybunał nie mógł przeoczyć znacznych zmian, które pojawiły się w prawie krajowym państw członkowskich<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Sheffield and Horsham, *op.cit.*, § 55.

<sup>27</sup> Dungeon v. The United Kingdom, 22.10.1981, series A nr 45, § 60; patrz także Norris v. Ireland, 26.10.1988, series A nr 142, §§ 39–47.

Trybunał uznał, że prywatne dobrowolne akty homoseksualne stanowią „w istocie prywatne zamanifestowanie osobowości człowieka” i że ich zakazanie w przepisach prawa karnego jest naruszeniem art. 8 Konwencji: Precedensy Trybunału odzwierciedlają zatem przemiany społeczne, a zmiany te zostały już ucielesnione w prawie większości państw – Wysokich Układających się Stron. Ostatnio Trybunał orzekł, że naruszeniem z art. 8 jest automatyczne zwolnienie ze służby wojskowej w Wielkiej Brytanii pewnych osób z powodu ich homoseksualności oraz szczególnie niepożądane wojskowe śledztwo, które ma na celu określenie ich orientacji seksualnej. W tej sprawie osoby te zostały zwolnione z wojska nie z powodu swego zachowania, a było ono nienaganne, ale z powodu cech wrodzonych. W tych warunkach automatyczne zwolnienie ze służby było reakcją nieproporcjonalną, w szczególności dlatego, że nie zostało dowiedzione, że homoseksualność *per se* niesie ze sobą ryzyko zagrożenia dla dyscypliny w wojsku<sup>28</sup>.

Trybunał podtrzymał ostatnio stanowisko w orzeczeniu Izby, że tam, gdzie sąd uzależnia podjęcie decyzji w postępowaniu o przyznanie opieki nad dzieckiem od homoseksualności ojca, mamy doczynienia z pogwałceniem art. 8 w powiązaniu z art. 14, który zakazuje dyskryminacji w korzystaniu z praw gwarantowanych w Konwencji<sup>29</sup>. Trybunał wolał rozstrzygnąć sprawę z punktu widzenia dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej niż z punktu widzenia życia prywatnego czy rodzinnego.

<sup>28</sup> Lusting – Prean and Beckett v. the United Kingdom, 27.9.1999, niepublikowane, § 80 i nast.

<sup>29</sup> Salgueira da Silva Mouta v. Portugal, 21.12.1999, niepublikowane.