

ARTYKUŁ

Patrycja Pogodzińska*

**UNIJNA ZASADA RÓWNEGO TRAKTOWANIA
I SWOBODA PRZEPLYWU PRACOWNIKÓW
W ODNIESIENIU DO SYTUACJI MNIEJSZOŚCI
SEKSUALNYCH W ZATRUDNIENIU**

1. Wstęp

Zagadnienie źródeł ochrony praw podstawowych w Unii Europejskiej, jak też jej kompetencji do orzekania i legislacji w tej dziedzinie, pozostaje kwestią złożoną, aczkolwiek może nie tak kontrowersyjną jak niegdyś. Niezależnie od intencji autorów pierwotnych Traktatów, z biegiem czasu stało się oczywiste, że podczas ich stosowania mogą powstać sytuacje zagrażające prawom fundamentalnym. Zlekceważenie tych praw byłoby nie do przyjęcia zarówno z punktu widzenia generalnych zasad jak i pragmatyzmu. Oznaczałoby to uznanie, że instytucje Wspólnoty nie czują się ograniczone prawami człowieka w wykonywaniu swych uprawnień, co podważyłoby legalność całego porządku prawnego Wspólnoty.

Dziś nikt nie kwestionuje konieczności zagwarantowania tych praw, niewielu też oponuje wobec tworzenia przez prawo wspólnotowe coraz to nowszych mechanizmów temu służących. Ewolucja tych wspólnotowych mechanizmów ochrony praw podstawowych jest zagadnieniem bardzo obszernym i nie jest to temat niniejszego artykułu. Chciałabym w tym miejscu

* Mgr Patrycja Pogodzińska – doktorantka w Katedrze Prawa Międzynarodowego Publicznego UJ.

poruszyć problem pewnej grupy społecznej, która w tych nowych mechanizmach szukała ochrony przed dyskryminacją – problem mniejszości seksualnych. Omówię głównie sytuację tych mniejszości w zatrudnieniu, gdyż w tej sferze, jako obejmującej zagadnienia socjalne, najbliższe celom WE, najszybciej dało się odczuć zmiany. Z powyższych względów pomnę też nie mniej istotny problem uznania zmiany płci i wynikających stąd trudności w zawarciu małżeństwa przez transseksualistów, co pośrednio również wpływa na ich sytuację w zatrudnieniu.

Jak wspomniałam, nie będę tu omawiać rozwoju szczególnych kompetencji Unii do zapewnienia ochrony mniejszościom seksualnym. Warto jednak zasygnalizować pewne nurty i „kamienie milowe” w tej materii.

Podczas gdy Wspólnota wciąż pozostaje zaabsorbowana wspólnym rynkiem, zakres jej „zainteresowań” stale się poszerza. Już preambuła do Jednolitego Aktu Europejskiego¹ zwraca uwagę na sprawiedliwość społeczną i podstawowe prawa. Od tego czasu Wspólnota kontynuuje ekspansję w kierunku kwestii socjalnych. Trudno nie zauważyć, że wiele tych kwestii, a między nimi uznanie partnerstwa tej samej płci i równe traktowanie mniejszości seksualnych w miejscu pracy, ma istotny wpływ na niektóre cele Wspólnoty, zmierzające do pełnej integracji ekonomicznej.

Zidentyfikowanie celów Wspólnoty ma też znaczenie dla określenia zakresu jej kompetencji legislacyjnych. Zawarte są one w Traktacie, a często podkreślane lub uściślane w preambułach do niektórych aktów prawnych. Instytucje Wspólnoty mają obowiązek dążyć do stworzenia wspólnego rynku oraz unii gospodarczej, m.in. poprzez harmonizację systemów społecznych², tymczasem różne prawa i standardy w odniesieniu do homoseksualistów i transseksualistów, niejednokrotne traktowanie ich w państwach członkowskich, może utrudnić osiągnięcie niektórych celów traktatowych, ograniczając swobodny przepływ osób.

Ponadto Europejski Trybunał Sprawiedliwości poprzez swoje orzecznictwo rozwinął koncepcję generalnych zasad prawa, w tym zasadę ochrony fundamentalnych praw³, poprzez odniesienie do konstytucyjnych tradycji

¹ Single European Act, 1987 O.J. (L 169).

² Por. artykuły 2, 3, 94, a zwłaszcza art. 136 i nast. TWE.

³ Początkowo Trybunał Sprawiedliwości odmawiał badania działań Wspólnoty w kontekście podstawowych praw, ale zmienił to stanowisko w sprawie *Stauder v. Ulm Sozialamt* (sprawa 29/69, 1969 ECR). W sprawie tej Trybunał po raz pierwszy podkreślił swój autorytet w tej dziedzinie, oświadczając, iż działania Wspólnoty muszą być rozpatrywane w świetle

państw członkowskich, a także Konwencji i innych międzynarodowych umów⁴, lub też posługując się „twórczą interpretacją” wspomnianych celów wspólnotowych⁵.

Zasada równości, czy inaczej zasada niedyskryminacji, została uznana przez ETS za najważniejszą zasadę prawa Wspólnoty – wymaga ona, by podobne sytuacje nie były rozwiązywane w różny sposób, o ile zróżnicowanie nie jest obiektywnie uzasadnione w danej sytuacji. Fundamentalna zasada równości płci ewoluowała powoli w prawie wspólnotowym od zakazu dyskryminacji w sferze płacy (artykuł 141 (dawny 119) TWE) do innych form dyskryminacji związanej z płcią. Zdaniem Trybunału zasada równości, a przede wszystkim równość płci, wykracza poza artykuł 141 i ma zastosowanie wszędzie tam, gdzie ma miejsce arbitralne lub nieuzasadnione nierówne traktowanie dwóch osób, w ramach kompetencji Wspólnoty.

Mimo szerokiego rozumienia zasady niedyskryminacji, kompetencja ustawodawcza Wspólnoty w tym zakresie, i tak zresztą kwestionowana, nie obejmowała już ochrony mniejszości seksualnych⁶. Problem dyskryminacji tej grupy poruszany był najczęściej w związku z zatrudnieniem (ta kwestia, jako objęta Traktatem, nie budziła wątpliwości; można więc było przyjąć za podstawę prawną np. art. 141 TWE), i na nim opierała się większość spraw dotyczących orientacji seksualnej, które trafiały przed ETS.

Orzeczenie w sprawie *P. v. S. and Cornwall County Council*⁷ wydawało się sugerować, że bardziej ogólny zakaz dyskryminacji, wychodzący poza płęć i obywatelstwo, lecz obejmujący również transseksualizm i inne kwestie, jest już częścią idei równości i jedną z generalnych zasad Wspólnoty. Jednakże później ETS odszedł od tej szerokiej interpretacji i orzekł, że prawo wspólnotowe nie uwzględniało w ówczesnym stanie prawnym dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej.

generalnych zasad prawa wspólnotowego, a nie prawa krajowego; zaś te generalne zasady obejmują prawo do prywatności.

⁴ Sprawa 4/73, *Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung v. Commission*, 1974 ECR, p. 491.

⁵ Reakcje państw członkowskich na rozwój przez Trybunał Sprawiedliwości generalnej zasady poszanowania praw podstawowych bywały zresztą różne.

⁶ Komisja stwierdziła, że Wspólnota nie ma uprawnień, by interweniować w kwestii dyskryminacji mniejszości seksualnych, oraz że uprawnienia wynikające z Traktatów pozwalają na interwencję tylko w przypadku dyskryminacji z powodu narodowości, bądź w celu zapewnienia równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu.

⁷ Case C-13/94, *P. v. S. Cornwall County Council*, [1996] E.C.R. I-2143. Więcej na ten temat w dalszej części.

Nadanie Wspólnocie ogólnych kompetencji do zwalczania dyskryminacji nastąpiło dopiero w drodze Traktatu Amsterdamskiego⁸. Dla mniejszości seksualnych szczególne znaczenie ma nowy artykuł 13 (6a) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Został on wprowadzony pod naciskiem Parlamentu Europejskiego, Komisji, licznych organizacji pozarządowych, jak również delegacji niektórych Państw Członkowskich. Nowy artykuł 13 pozwala Radzie na podejmowanie jednogłośnych działań legislacyjnych w celu zwalczania dyskryminacji, wymieniając orientację seksualną wśród potencjalnych czynników dyskryminacyjnych. Tak więc w przeciwieństwie do artykułu 12 TWE⁹, artykuł 13 sam w sobie nie zawiera zakazu wymienionych form dyskryminacji i nie ma skutku bezpośredniego, lecz wymaga podjęcia odpowiednich działań legislacyjnych dla ustanowienia faktycznej ochrony. Długo oczekiwaną przez mniejszości seksualne ochronę wprowadziła, ustanowiona na podstawie nowego artykułu, Dyrektywa Rady nr 2000/78/EC z 27 listopada 2000 r. w sprawie ustanowienia ogólnych ram równego traktowania przy zatrudnieniu i wykonywaniu zawodu. Dyrektywa zakazuje w całej Wspólnocie wszelkiej bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji ze względu na wyznawaną religię lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną w zakresie: warunków dostępu do zatrudnienia lub wykonywania zawodu, w tym również kryteriów selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od dziedziny działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, również w odniesieniu do awansu zawodowego; dostępu do wszystkich rodzajów i szczebli poradnictwa zawodowego, kształcenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowania zawodowego, łącznie ze zdobywaniem praktycznych doświadczeń; warunków zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania; wstępowania i działania w organizacjach pracowników lub pracodawców bądź jakiegokolwiek organizacji, której człon-

⁸ Inną znaczącą zmianą wprowadzoną przez TA była zmiana art. F (obecnie 6) TUE oraz dodanie nowego art. F.1 (obecnie 7). Dotychczasowy art. F stanowił, że Unia **respektuje** podstawowe prawa, natomiast nowy przepis dodaje w ustępie (1), że: *Unia jest ustanowiona na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności oraz praworządności, na zasadach, które są wspólne dla Państw Członkowskich*. Po Traktacie Amsterdamskim poszanowanie podstawowych zasad, o których mowa w art. 6 TUE, stało się również warunkiem starania się o członkostwo w Unii Europejskiej (art. 49 TUE).

⁹ Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

kowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami, jakie dają tego typu organizacje. Zakaz dyskryminacji powinien również dotyczyć obywateli państw trzecich.

Dyrektywa nałożyła na Państwa Członkowskie obowiązek przyjęcia odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych do dnia 2 grudnia 2003 r. Dyrektywa została już implementowana do prawa polskiego w postaci nowelizacji do Kodeksu Prawy, która weszła w życie 1 stycznia 2004 roku. Jest to pierwszy polski akt prawny (odkąd pierwszy polski kodeks karny z 1932 roku zniósł karalność homoseksualizmu), który zawiera wyraźne odwołanie do orientacji seksualnej.

Ostatnim, bardzo wyrazistym osiągnięciem Unii w kwestii praw człowieka, jednocześnie wiele mówiącym o tym, jak Unia pragnie być postrzegana i jakie ma plany na przyszłość, jest Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Karta miała na celu zebrać i ugruntować wszystkie fundamentalne prawa stosowane na poziomie Unii, tym samym podkreślając ich doniosłość. Trzy instytucje proklamowały Kartę 7 grudnia 2000 r. na konferencji w Nicei. Międzyrządowa Konferencja nie osiągnęła wtedy porozumienia co do inkorporacji Karty do Traktatów (aktualnie stanowi część projektu Konstytucji), a więc nadania jej mocy prawnie wiążącej, ale zapewne jest to tylko kwestia czasu. Mimo to ma już ona duże znaczenie ideologiczne, jest już przywoływana w preambułach aktów prawnych, a Trybunał Sprawiedliwości oświadczył, że pragnie posługiwać się nią jako „przewodnikiem” podczas wydawania wyroków. Art. 21 Karty zakazuje jakiegokolwiek dyskryminacji m.in. ze względu na orientację seksualną.

Jak widać, po wprowadzeniu art. 13 prawa mniejszości seksualnych w systemie prawnym Unii Europejskiej zyskują coraz pełniejszą ochronę, zarówno poprzez ogólny zakaz dyskryminacji, jak też wprowadzane na podstawie nowych kompetencji ustawodawstwo szczególne. Czas pokaże, jak nowe przepisy będą stosowane przez państwa i sądy.

Warto jednak przypomnieć, jak wyglądała sytuacja mniejszości seksualnych wówczas, gdy żaden przepis takiej ochrony nie przewidywał, a kompetencja Wspólnoty do orzekania w tej kwestii była kwestionowana – na jakie przepisy próbowano się powoływać, jak interpretował je Trybunał Sprawiedliwości. W końcu właśnie ten długotrwały proces i liczne, czasem przełomowe, a czasem kontrowersyjne decyzje doprowadziły do powstania aktualnego stanu prawnego.

2. Wykorzystywanie ustawodawstwa dotyczącego zakazu dyskryminacji ze względu na płeć

Wkład Trybunału w walkę o równouprawnienie jest bardzo znaczny. Dowodzi tego skwapliwość, z jaką inne upośledzone społecznie grupy, nie tylko mniejszości seksualne, wykorzystują zasadę równości w obronie przed krzywdzącymi regułami prawnymi, lecz także społecznymi, kulturalnymi i ekonomicznymi.

Zanim w art. 13 pojawiły się słowa „orientacja seksualna”, uciekano się do przepisów dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć. Najczęściej powoływano artykuł 141 (119) Traktatu o WE, zgodnie z którym mężczyźni i kobiety mają prawo do równej płacy i pracy, oraz na Dyrektywę Równego Traktowania 76/207 (*Equal Treatment Directive*)¹⁰. Rezultat zależał więc głównie od interpretacji i dobrej woli. Co ciekawe, produkt tej interpretacji okazał się zupełnie odmienny w przypadku transseksualistów i homoseksualistów.

Orzeczenie w sprawie *P. v. S. and Cornwall County Council*¹¹ rozbudziło nadzieje mniejszości seksualnych. W sprawie tej powód został zwolniony z pracy po podjęciu decyzji o poddaniu się operacji zmiany płci¹². Sąd pracy w Truro zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami¹³ dotyczącymi interpretacji Dyrektywy 76/207.

Trybunał uznał dyskryminację transseksualisty w zatrudnieniu za sprzeczną z artykułem 5(1) Dyrektywy Równego Traktowania¹⁴, stwierdził

¹⁰ *Equal Treatment Directive*, Council Directive No. 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, O.J. 1976 L 39/40.

¹¹ Case C-13/94, *P. v. S. Cornwall County Council*, [1996] ECR I-2143.

¹² P. pracował jako kierownik w placówce oświatowej zarządzanej przez Cornwall County Council (będący właściwym organem administracyjnym). W kwietniu 1992 r., w rok po zatrudnieniu, P poinformował S., dyrektora naczelnego i finansowego placówki, o zamiarze poddania się zabiegowi zmiany płci. Proces ten rozpoczął się tzw. testem życiowym (*life test*), czyli okresem, w którym P. ubierał się i zachowywał jak kobieta, po którym nastąpiła operacja chirurgiczna. We wrześniu 1992 r., po przejściu mniejszych operacji, P. otrzymał trzymiesięczne wypowiedzenie. Ostatnia operacja odbyła się przed zwolnieniem, ale już po wypowiedzeniu. S. i CCC utrzymywali, iż powodem zwolnienia P. były cięcia personalne.

¹³ Wniosek o orzeczenie wstępne w trybie artykułu 234 (177) TWE.

¹⁴ Artykuł 5(1) stanowi: „Zastosowanie zasady równego traktowania co do warunków pracy, włączając warunki rządzące zwolnieniem, oznacza, że mężczyźni i kobiety powinni mieć za-

także, iż stanowi to bezpośrednią dyskryminację, sprzeczną z artykułem 141 Traktatu.

Transseksualiści zostali więc objęci zakresem zasady równości. Decyzja Trybunału wykraczała daleko poza przesłankę ekonomicznych celów Wspólnoty. Dowodzi tego wymowa uzasadnienia – Trybunał stwierdził, iż „tolerowanie takiej dyskryminacji byłoby równoznaczne z brakiem szacunku dla godności i wolności, do których transseksualiści mają prawo, i które Trybunał ma obowiązek chronić”. W swojej opinii Rzecznik Generalny Tesaurò namawiał Trybunał, by skorzystał ze sposobności i podjął decyzję śmiałą, lecz sprawiedliwą i prawidłową z punktu widzenia prawa, niezaprzeczalnie opartą na wielkiej wartości, jaką jest równość.

Istotne jest podejście Trybunału w tej sprawie do Equal Treatment Directive. Stwierdził on, że fundamentalne prawa człowieka zawierają zasadę równości, oraz że zasada ta rozciąga się na transseksualistów, i w związku z tym również Equal Treatment Directive należy czytać w świetle tej zasady. Tradycyjne podejście kazałoby najpierw przyrzeć się zakresowi Dyrektywy, a następnie zadać pytanie, czy zasada równości jest zgodna z tym zakresem. Również w świetle artykułu 141 (119) TWE, zważywszy na jego sformułowanie, niekorzystne traktowanie transseksualisty czy homoseksualisty z powodu ich tożsamości seksualnej nie pasuje do logiki dyskryminacji pomiędzy kobietami i mężczyznami. Transseksualiści czy homoseksualiści, płci męskiej i żeńskiej, są traktowani tak samo (aczkolwiek źle) – niezależnie od płci, do której należą. Ich niedola jest jednakowa.

Trybunał uznał, że prawo do niedyskryminacji z powodu płci stanowi podstawowe prawo człowieka, a więc zakres dyrektywy – a tym samym zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn – nie może ograniczać się tylko do dyskryminacji opartej na fakcie, że dana osoba jest takiej czy innej płci. Dotyczy również dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci osoby, gdyż taka dyskryminacja jest również oparta, w głównej mierze, a nawet wyłącznie, na płci tej osoby. Jeśli jakaś osoba jest zwalniana z pracy z powodu poddania się zabiegowi zmiany płci, to osoba taka jest traktowana niekorzystnie w porównaniu z przedstawicielem płci, do której zaliczano tę osobę przed operacją. Taka interpretacja jest zdaniem Trybunału konieczna, aby chronić godność i wolność należną każdemu człowiekowi.

gwarantowane takie same warunki, bez dyskryminacji ze względu na płeć.” Zdaniem Trybunału, w danych okolicznościach zwolnienie to nie mogło być uzasadnione na podstawie artykułu 2(2).

Mamy tu do czynienia z całkowicie nowym podejściem. Porównując osobę transseksualną i heteroseksualną Trybunał odszedł od tradycyjnego porównania heteroseksualnej kobiety i heteroseksualnego mężczyzny, który do tej pory stał u podstaw zasady równości płci¹⁵. Jednym słowem, zamiast dwóch osób różnej płci, Trybunał porównał dwie płcie tej samej osoby. Zaslugą Trybunału w tej sprawie było nie tylko odrzucenie argumentu „jednakowej niedoli” i podkreślenie wagi prawa do godności i wolności. Użycie terminologii *gender reassignment*, sposób, w jaki formułowane było uzasadnienie, to wszystko dawało podstawę sądzić, że nadszedł czas równouprawnienia dla mniejszości seksualnych. Jeśli chodzi o sformułowanie *gender reassignment*, według mnie oznacza ono coś więcej niż „zmiana płci”, raczej „ponowne oznaczenie płci”; takie rozumienie tego terminu, moim zdaniem, podkreślałoby fakt, iż dana osoba nie była najpierw jednej płci, a potem ją zmieniła, ale od początku utożsamiała się z daną płcią, która tylko z przyczyn obiektywnych została błędnie oznaczona.

Kwestią otwartą, nie wyjaśnioną w wyroku *P. v. S.*, pozostało, czy zróżnicowane traktowanie ze względu na zmianę płci jest zawsze równoznaczne z dyskryminacją, czy też może być obiektywnie uzasadnione. W omawianej sytuacji, powód pracował jako menedżer w placówce oświatowej zarządzanej przez radę hrabstwa i nie było powodów sądzić, że zmiana płci wpłynęła na jego odpowiedzialność na tym stanowisku. Zdaniem Takisa Tridimasa¹⁶ można przypuszczać, że inne względy zostałyby zastosowane do osoby zatrudnionej przy obsłudze publicznych toalet. Osobiście nie wydaje mi się, aby takie rozgraniczenie było konieczne.

Trybunał nie stwierdza też jasno, czy dyskryminacja transseksualistów jest dyskryminacją bezpośrednią czy pośrednią. Moim zdaniem trudno tu przeprowadzić identyczne podziały, jak w przypadku dyskryminacji kobiet; w każdym razie trudno sobie wyobrazić sytuację dyskryminującą transseksualistów w sposób pośredni, bo jest to bardzo specyficzny problem. Niektórzy uważają, że jeśli właściwym kryterium porównawczym jest poprzednia „osobowość” danej osoby, to dyskryminacja transseksualistów powinna być zawsze klasyfikowana jako dyskryminacja bezpośrednia¹⁷. Podzielam tę opinię – jeśli na

¹⁵ Trudno się zresztą dziwić – w roku 1957, kiedy podpisywano Traktat, nikt nie myślał o prawach mniejszości seksualnych.

¹⁶ T. Tridimas, *The General Principles...*, s. 71.

¹⁷ *Ibidem*.

przykład jakieś uprawnienia pracownicze są uzależnione od posiadania statusu małżonka, a osoba transseksualna nie jest w stanie spełnić tego warunku ze względu na niemożność korekty aktu urodzenia, to mimo tej kolejności przyczyn można uznać, że bezpośrednią przyczyną nierównej sytuacji jest transseksualność tej osoby, jej tożsamość. Możemy bowiem porównać sytuację pary heteroseksualnej, gdzie żaden z partnerów nie zmienił płci, oraz pary heteroseksualnej, gdzie płeć jednej z osób jest wynikiem operacji. Pierwsza para może się pobrać i otrzymać stosowne świadczenia, druga nie. Takie kryterium zastosował TS w niedawnej sprawie *K.B. v. NHS*¹⁸. Jest to moim zdaniem dyskryminacja bezpośrednia, choć TS nie rozstrzygnął tego wyraźnie¹⁹.

Trudność interpretacji szczególnie wyraźnie ujawniła się w sprawie *Grant v. SWT*²⁰, która na powrót ograniczyła artykuł 141 (119) TWE do tradycyjnego zakresu. W sprawie tej przedsiębiorstwo kolejowe South-West Trains Ltd. udostępniało ulgi przejazdowe małżonkom i partnerom swoich pracowników. Ulg tych odmówiono homoseksualnej partnerce jednej z pracownic, Lisy Grant. Pani Grant, która mieszkała ze swoją partnerką Jillian Pacey przez ponad dwa lata, złożyła skargę do sądu pracy zarzucając bezpośrednią dyskryminację ze względu na płeć.

Przedmiotowym przepisem była klauzula 8 Staff Travel Facilities Privilege Ticket Regulations. Zgodnie z nią pracownikowi przysługiwały uprzywilejowane bilety dla jego lub jej prawnego małżonka lub „małżonka przeciwnej płci w prawie zwyczajowym”²¹, czyli konkubiny, pod warunkiem, że znaczący związek trwał co najmniej dwa lata.

Sąd pracy w Southampton²² zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem²³, czy odmowa pracodawcy stanowiła naruszenie artykułu 141 (119)

¹⁸ Sprawa C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, wyrok z dnia 7 stycznia 2004.

¹⁹ W akapicie 30. TS stwierdził, że nierówne traktowanie nie dotyczyło tu bezpośrednio uprawnienia chronionego przez prawo wspólnotowe, lecz jednego z warunków koniecznych do jego uzyskania.

²⁰ Case C-249/96, *Grant v. South-West Trains Ltd.*, 1998 ECR I-636. Ciekawostką w tej sprawie jest, iż prawnikiem pani Grant była Cherie Booth, żona premiera Tony Blair’a.

²¹ „...Privilege tickets are granted for one common law opposite sex spouse of staff... subject to a statutory declaration being made that a meaningful relationship has existed for a period of two years or more.....”; akapit 5.

²² Pani Grant wniosła pozew do sądu pracy w Southampton powołując się na Equal Pay Act 1970 (ustawa angielska), artykuł 119 Traktatu oraz Dyrektywę 76/207.

²³ Wniosek o orzeczenie wstępne w trybie artykułu 177 (obecnie 234) TWE.

Traktatu, Dyrektywy 75/117 z 1975 roku²⁴ i Dyrektywy 76/207 z 1976 roku²⁵, a więc czy stanowiła dyskryminację ze względu na płeć, a także czy dyskryminacja ze względu na płeć obejmuje dyskryminację ze względu na orientację seksualną pracownika. Trybunał musiał też rozważyć, czy prawo wspólnotowe wymaga od pracodawcy uznawania związków tej samej płci za równoznaczne ze związkami i małżeństwami heteroseksualnymi.

W pierwszej kwestii, pani Grant argumentowała, że **gdyby nie** jej płeć, otrzymałaby rzeczony korzyści dla swojej partnerki, gdyż jej poprzednik, mężczyzna mieszkający z kobietą, takowe otrzymał²⁶ (zatem, według Lisy Grant, TS powinien porównać ją z mężczyzną, wyłączwszy jakiegokolwiek odniesienia do orientacji seksualnej), w związku z tym artykuł 141 (119), który gwarantuje równą płacę dla kobiet i mężczyzn, został naruszony. Ponadto, jej zdaniem, źródłem różnego traktowania z powodu orientacji seksualnej są uprzedzenia, co do seksualnego i emocjonalnego zachowania osób danej płci, a więc faktycznie są oparte na ich płci.

Wobec powyższego odmowa ta stanowiła dyskryminację ze względu na płeć, obiektywnie nieuzasadnioną. Uzasadnienie tej decyzji faktem, iż jest lesbijką, dowodzi tylko rażącego uprzedzenia. Moralne przekonania pracodawcy w szczególności nie mogą być usprawiedliwieniem takiej dyskryminacji²⁷. Również sąd pracy w Southampton stwierdził, że SWT nie podało odpowiednich argumentów usprawiedliwienia, w tym także ekonomicznych lub organizacyjnych.

SWT argumentowało z kolei, iż objęcie gejów i lesbijek ochroną z artykułu 119 (141) TWE lub Equal Treatment Directive naruszyłyby zasadę pewności prawnej. Prócz tego w rozpoznawaniu dyskryminacji należy posługiwać się wyłącznie kryteriami dotyczącymi jednakowej pracy i równej płacy.

²⁴ Council Directive *on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women*, OJ 1975 L 45, p.19.

²⁵ Trybunał orzekł na wstępie, że ta dyrektywa nie ma zastosowania w tej sprawie, gdyż ulgi podróżne należą do pojęcia „płaca” zgodnie z definicją artykułu 119 (141) TWE, a zakres dyrektywy nie obejmuje płacy i związanych z nią dodatków.

²⁶ Tzw. „but for” test; sprawa *Grant*, akapit 17.

²⁷ SWT twierdziło, że może decydować o przyznawaniu korzyści swoim pracownikom opierając się na swoim przeświadczeniu o aktualnych normach społecznych w Wielkiej Brytanii. Zdaniem Grant taki rodzaj usprawiedliwienia naraziłby na szwank zasadę równej konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami, i pozwoliłby pracodawcy obniżyć koszty robocizny poprzez odmowę równych warunków płacy wszystkim pracownikom.

W drugiej kwestii Lisa Grant oparła się na coraz bardziej korzystnym traktowaniu par tej samej płci przez ustawodawstwo państw członkowskich i niektóre instrumenty międzynarodowe. Jej zdaniem te przemiany dowodzą, że orientacja seksualna jest coraz częściej postrzegana jako uprawniona do takiej samej ochrony jak płeć.

Rzecznik Generalny Elmer, odwołując się do orzeczenia w *P. v. S.* zwrócił uwagę, że kryterium decydującym o zastosowaniu Equal Treatment Directive był fakt, że zaskarżone dyskryminacje postępowanie było zasadniczo oparte na płci. To samo należałoby zastosować do interpretacji artykułu 141 (119). Jego zdaniem klauzula 8 nie wspomina o orientacji seksualnej pracownika ani jego partnera, tak więc pytanie o orientację seksualną było, ze względu na treść klauzuli, nieistotne jeśli chodzi o uprawnienia do ulg. Warunkiem otrzymania ulgi była przeciwna płeć partnera, stąd klauzula 8 dyskryminowała wyłącznie ze względu na płeć.

Moim zdaniem rozumowanie to nie jest bardzo przekonujące, ponadto cechuje je wewnętrzna sprzeczność. Nie można powiedzieć, że orientacja seksualna jest nieistotna w tej sytuacji. Jeśli przepis umożliwia zniżki tylko partnerom przeciwnej płci, jest oczywiste, że faworyzuje w ten sposób związki heteroseksualne względem homoseksualnych. Logika Elmera sugerowałaby, że istnieją osoby heteroseksualne żyjące w konkubinacie z partnerami tej samej płci, ewentualnie, że z rzeczonych ulg mogą skorzystać homoseksualiści z niewiadomych przyczyn żyjący z osobą przeciwnej płci. A przecież kluczową kwestią w tej sprawie jest właśnie pytanie, czy dyskryminację związków homoseksualnych można zaliczyć do dyskryminacji ze względu na płeć.

Jako kolejny argument, AG Elmer odróżnił konkubinacie od małżeństwa twierdząc, że gdyby ulgi należały się tylko żonatym (zameżnionym) pracownikom, nie zachodziłaby sprzeczność z prawem wspólnotowym; w takim wypadku trzeba byłoby się odnieść do prawa rodzinnego, które jest pozostawione w dyspozycji prawa wewnętrznego państw członkowskich.

Jeżeli jednak, zdaniem Elmera, dyskryminacja związków homoseksualnych jest dyskryminacją ze względu na płeć, wówczas użycie pojęcia małżeństwa jako decydującego kryterium jest oczywistą dyskryminacją pośrednią par homoseksualnych. Należałoby wtedy wyjaśnić, czy zachodzi obiektywne usprawiedliwienie takiej dyskryminacji.

Jednakże Elmer wywnioskował ostatecznie, że ze względu na język klauzuli 8, mamy tu do czynienia z dyskryminacją bezpośrednią, a taka nie może być usprawiedliwiona poprzez odwołanie do obiektywnych okoliczności.

Argumentów SWT nie można zresztą uznać za obiektywne, gdyż stoi za nimi moralne, w ich pojęciu, przekonanie, iż nie należy promować homoseksualizmu. Jest to więc powód czysto subiektywny, niewystarczający nawet w przypadku dyskryminacji pośredniej.

Ponadto Rzecznik Generalny wyraził opinię, iż język traktatów nie ogranicza ochrony tylko do heteroseksualistów, i wyraźne sformułowanie potwierdzające ochronę homoseksualistów nie jest wobec tego konieczne.

Trybunał odrzucił argumenty Lisy Grant i Rzecznika Generalnego²⁸. Tak zwany test „gdyby nie” („*but for*” test) jest według niego wadliwy, gdyż porównując podobne z podobnym, właściwym odpowiednikiem dla pani Grant nie jest mężczyzna mający partnerkę-kobietę, lecz pracownik-mężczyzna posiadający partnera tej samej płci. Taki pracownik w porównywalnej sytuacji zostałby zapewne potraktowany tak samo, a więc przyznawanie ulg było niezależne od płci pracownika. TS zastosował więc test „podobnego położenia” („*similarly situated*” test), czyli oparł swoje rozumowanie na istnieniu „jednakowej niedoli”, którą to teorię niedawno zanegował. W efekcie uznał, że klauzula 8 nie powoduje bezpośredniej dyskryminacji ze względu na płeć.

Następnie Trybunał badał, czy związki homoseksualne są w tej samej sytuacji, co konkubinaty heteroseksualne. Po zbadaniu praw i praktyk państw członkowskich, stwierdzono, że chociaż w niektórych krajach wspólnie mieszkająca para tej samej płci jest traktowana na równi z małżeństwem, w większości państw jednak pary takie porównuje się do stałych związków heteroseksualnych pozamałżeńskich tylko co do kilku ograniczonych praw, albo nie uznaje się ich w żaden szczególny sposób.

Trybunał rozróżnił tu państwa członkowskie, które prawnie uznały związki tej samej płci oraz państwa, które nadają równe prawa parom pozamałżeńskim heteroseksualnym i homoseksualnym. Nie wziął jednak w ogóle pod uwagę państw członkowskich, które zakazują dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Zdawał się też całkowicie ignorować coraz większą tendencję wśród państw europejskich nie tylko do uznawania partnerstwa, ale i legalizowania małżeństw homoseksualnych.

Zdaniem Trybunału, w obowiązującym wówczas we Wspólnocie stanie prawnym, stałe związki homoseksualne nie były w tej samej sytuacji, co związki małżeńskie i stałe związki heteroseksualne. Nawiązał też do wąskiej

²⁸ Zlekceważenie przez TS opinii Rzecznika Generalnego zdarza się bardzo rzadko. Średnio w 75% spraw TS polega na zdaniu Rzeczników Generalnych, a nawet cytuje je w uzasadnieniu.

interpretacji pojęć „życie rodzinne” i „małżeństwo” przez Trybunał Praw Człowieka. W związku z tym TS uznał, że pracodawcy nie muszą traktować związków homoseksualnych tak samo jak heteroseksualnych. Zmiana tego stanu rzeczy i wprowadzenie zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, leży w gestii organów legislacyjnych, krajowych, jak i wspólnotowych.

Odwoływanie się do praw krajowych jest częstą praktyką Trybunału, jednak wyniki takiej analizy nie są dla niego wiążące. Trybunał Sprawiedliwości nie potrzebuje *consensusu*²⁹ państw członkowskich odnośnie partnerstwa tej samej płci, aby ochronić pary homoseksualne przed dyskryminacją w miejscu pracy. W sprawie *P v. S* Rzecznik Generalny również badał prawa państw członkowskich w odniesieniu do transseksualistów, i nie było w tej kwestii zgodności wśród państw. Wtedy, jednakże, brak *consensusu* nie przeszkodził Trybunałowi w uznaniu, że transseksualiści są chronieni przez Dyrektywę 76/207. Tym bardziej dziwi ta odmiana i szukanie silnego poparcia w ustawodawstwach krajowych.

Jednak główną przyczyną niepomyślnej decyzji w tym przypadku jest stwierdzenie TS, że nie zaistniała dyskryminacja bezpośrednia, ponieważ sytuacja kobiety i mężczyzny w tych samych okolicznościach byłaby taka sama. Ten problem pojawia się zawsze, gdy zasada niedyskryminacji ze względu na płeć jest powoływana w sytuacjach, do których nie da się łatwo zastosować prostego kryterium *kobieta/mężczyzna*. Gdyby TS zastosował podejście „asymetryczne” do zasady równego traktowania, mógłby porównać traktowanie pracownika-lesbijki i jej partnerki z traktowaniem heteroseksualnego pracownika i jego partnerki³⁰. W tym miejscu nasuwa się spostrzeżenie, że test podobieństwa pozwala osiągnąć dowolny rezultat, wystarczy tylko zastosować inne kryterium (*comparator*). Kryterium podobieństwa jest bardzo płynne, i w zasadzie Trybunał sam decyduje, czy coś jest podobne czy nie, wybierając taką przesłankę a nie inną, zwykle zaś zgodną z powszechnymi stereotypami.

Grant powołała się również na orzeczenie w sprawie *P. v. S.*, z którego wynika, że dyskryminacja ze względu na płeć obejmuje dyskryminację ze względu na orientację seksualną. SWT argumentowało, że sprawa ta dotyczyła

²⁹ W przeciwieństwo do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; zob. też: P. Pogodzińska, *Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and the Two European Courts*, *Miscellanea Iuris Gentium* No. 5-6/2002-2003.

³⁰ G. F. Mancini, S. O’Leary, *The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union*, *European Law Review* 1999, vol. 24.

transseksualistów i nie można jej porównywać do kwestii homoseksualistów, ponieważ istnieje różnica między czyjąś tożsamością płciową³¹ a orientacją seksualną. Ponadto w *P.* skupiono się na zasadzie równości, zaś według SWT zasada ta nie może przyznawać praw w dziedzinach nie objętych w ogóle ustawodawstwem Wspólnoty.

Trybunał stwierdził, nie wdając się w szczegółowe uzasadnienie, iż zasada równości, która zadecydowała w *P.* o odrzuceniu zawężającej interpretacji, ogranicza się tylko do zmiany płci i nie można jej zastosować do różnic wynikających z czyjejś orientacji seksualnej. To stwierdzenie wydaje się zbyt enigmatyczne i arbitralne. Bez wyjaśnienia trudno zrozumieć, dlaczego homoseksualiści, w przeciwieństwie do transseksualistów, nie mogą polegać na zasadzie równości. Czy nie mają oni takiego samego prawa do godności i wolności?

Według Christine Denys³² problem tkwi właśnie w znalezieniu właściwego kryterium porównawczego. Aby ustalić, czy zaszła dyskryminacja, trzeba porównać homoseksualistę (w tym wypadku kobietę) z heteroseksualistą (w tym wypadku mężczyznę). Trybunał odrzucił pierwszy argument Grant (dyskryminacja ze względu na płć), ponieważ porównał ze sobą tylko homoseksualistów i stwierdził, że wśród nich kobiety i mężczyźni są traktowani tak samo. Takie porównanie jest dyskusyjne, gdyż wymaga odniesienia nie tylko do płci danej osoby, ale również płci jej partnera. Jednakże jak dotąd, metoda porównująca tylko płć (jednej osoby) i pozostawiająca wszystkie inne okoliczności bez zmian (wspomniany wyżej test „gdyby nie”) była odrzucana zarówno przez Trybunał jak i sądy krajowe.

Właściwe kryterium ma również kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy dyskryminacja transseksualistów jest dyskryminacją ze względu na płć³³. Zjednoczone Królestwo w *P. v. S.* podnosiło argument, iż dyskryminacja nie zachodzi, ponieważ transseksualista typu K-M., czyli kobieta, która „stała się” mężczyzną, zostałaby potraktowany tak samo. W tym wypadku jednak Trybunał nie przychylił się do tego stanowiska, przyjmując jako odpowiednik poprzednią „postać” transseksualisty³⁴.

³¹ Według mnie w takim znaczeniu użyto tu słów *sexual identity*, w odróżnieniu od „tożsamości seksualnej”, dotyczącej osób homoseksualnych.

³² Ch. Denys, *Homosexuality: A Non Issue in Community Law?*, *European Law Review* 1999, vol. 24, s. 423.

³³ T. Tridimas, *op. cit.*, s. 70.

³⁴ TS podzielił tu bardzo przekonującą opinię AG Tesauro, przytoczoną niżej.

Tak więc, podczas gdy w sprawie *P.* Trybunał zaliczył orientację seksualną do pojęcia „płeć” (w każdym razie w przypadku zmiany płci), to w orzeczeniach w sprawach *Grant* i *D. v. Council*³⁵ stwierdził, że pojęcie „płci” nie obejmuje orientacji seksualnej. Jak pogodzić te sprzeczne stanowiska?

Wydaje się, że problem, a może rozwiązanie, tkwi w podwójnym znaczeniu słowa „płeć”. Dualizm ten ma swoje odzwierciedlenie w języku angielskim w postaci dwóch słów, określających właśnie te dwie strony tego zjawiska – *sex* i *gender*³⁶. W języku polskim można przedstawić tę różnicę wyłącznie w sposób opisowy, dlatego dla ułatwienia będę używać określeń angielskich. Słowo *sex* odnosi się do biologicznej różnicy pomiędzy mężczyzną i kobietą, podczas gdy *gender* niesie ze sobą cały bagaż socjologicznego wymiaru pojęcia „płeć”, szczególnie odnosi się do tradycyjnego podziału ról odpowiadających każdej płci. Bardzo niedoskonałym przykładem takiego rozróżnienia w języku polskim mogłyby być słowa „kobięcy/damski” i „żeński”. Uproszczoną ilustracją aktualnych poglądów – stereotypów – na to, jakie role i zachowania są odpowiednie, jest oczekiwanie, że kobiety nie będą zachowywać się w sposób dominujący, będą nosić sukienki i zakochiwać się w mężczyznach, a mężczyźni będą zachowywać się po męsku i utrzymywać stosunki seksualne tylko z kobietami, nie wspominając już o noszeniu sukienek.

Korzystną decyzję w sprawie *P. v. S.* można tłumaczyć podejściem do transseksualizmu jako do zjawiska biologicznego. Pragnienie posiadania jednorodnej tożsamości, poddawanie się zabiegom medycznym w celu dopasowania cech fizycznych do psychicznej osobowości jest uważane za problem medyczny. Zmiana płci ponadto nie kwestionuje stereotypowych poglądów na zachowanie kobiet i mężczyzn, stąd transseksualizm odnosi się do biologicznego pojęcia płci. Patrząc pod tym kątem na niepowodzenie *Grant* i *D.* należałoby wyciągnąć wniosek, że Trybunał niechętnie wykracza poza biologiczne granice płci i zalicza homoseksualizm do kategorii *gender*. Jednak takie ograniczenie zasady równości płci jest nie do pomyślenia. Wykluczenie w tym kontekście bardziej dynamicznego, socjologicznego pojęcia płci (*gender*) sugerowałoby, że homoseksualizm jest przejawem wolnej woli.

³⁵ Sprawa T-264/97 omawiana niżej.

³⁶ Jest to nadal pole dla gorących polemik; zdefiniowanie tych dwu idei jest trudne, zwłaszcza, że z natury rzeczy pociąga za sobą jakiś stopień arbitralności, stąd to terminologiczne zamieszanie. Niektórzy autorzy w ogóle negują jakiegokolwiek rozróżnienie pomiędzy *sex* i *gender*, wyznając koncepcję dekonstruktywizmu Jacquesa Derridy.

Oznaczałoby to powrót do przebrzmiałej dyskusji na temat przyczyn homoseksualizmu i jego ewentualnego medycznego podłoża³⁷.

Rzecznik Generalny Tesaro przekonywał, że należy wyjść poza tradycyjny dychotomiczny podział „mężczyzna/kobieta”, który ma również wymiar socjologiczny. Istnieje bowiem szeroki asortyment cech, zachowań i ról wspólnych dla kobiet i mężczyzn, tak więc „płeć sama w sobie powinna być raczej postrzegana jako kontinuum”. Tesaro podkreślał, że płeć jest istotna jako pewien konwenans, wyznacznik społeczny. Wskazał, że powodem, dla którego kobiety są często ofiarami dyskryminacji jest ich społeczna rola, wyobrażenie tradycyjnie przypisywane im przez społeczeństwo, nie zaś nie ich cechy fizyczne. Podobnie niekorzystne traktowanie, którego doświadczają transseksualiści, jest związane z negatywnym wizerunkiem, moralnym osądem, nie mającym nic wspólnego z ich zdolnościami i kwalifikacjami w sferze zatrudnienia³⁸. Dotyczy to również homoseksualistów. Podejście do dyskryminacji ze względu na płeć w sposób dynamiczny uchroniłoby jednostki przed cierpieniem z powodu pewnych społecznych założeń, zapobiegłoby stygmatyzacji homoseksualizmu, a także pozwoliłoby rozwinąć spójną interpretację podstawowych praw.

Wyjaśnienie Trybunału w tej kwestii ograniczyło się jednak do stwierdzenia, że dyskryminacja z powodu zmiany płci jest dyskryminacją ze względu na płeć, gdyż zachodzi tu porównanie dwóch płci; co prawda nie chodzi tu o płeć różnych osób, ale różną płeć tej samej osoby istniejącą kolejno w różnych punktach czasowych. Natomiast dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej, mimo że nie do przyjęcia, jest całkiem innym pojęciem.

Podsumowując, w wyniku szczegółowej analizy prawa wspólnotowego oraz odnośnych umów międzynarodowych, sędziowie luksemburscy stwierdzili, że pojęcie zakazu dyskryminacji ze względu na płeć obejmuje dyskryminację ze względu na zmianę płci, czyli transseksualizm. Uznali jednak, że nie może ono prowadzić do rozszerzenia treści Traktatu poprzez wprowadzenie ochrony praw człowieka w związku z jego orientacją seksualną, nawet jeżeli niektóre międzynarodowe instrumenty prawne idą w tym kierunku. Trybunał nawiązał tu do decyzji Komitetu Praw Człowieka Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych w sprawie *Toonen v. Australia*³⁹,

³⁷ Ch. Denys, *op. cit.*, s. 423.

³⁸ Akapit 20 wniosków w sprawie *P*.

³⁹ Komunikat 488/1992. Sprawa dotyczyła prawa do prywatności homoseksualnego mężczyzny w Tasmanii. Pan Toonen, aktywista propagujący prawa homoseksualistów, zaskarżył przepisy

na którą również powoływała się Grant. Komitet Praw Człowieka oznajmił, iż odniesienie do płci w artykułach 2(1) i 26 Paktu obejmuje orientację seksualną. TS przyjął do wiadomości ten fakt, jednakże zwrócił uwagę, że Komitet nie jest organem sądowym, i wydaje tylko „opinie”, a nie wyroki⁴⁰. W każdym razie, zdaniem TS, ten konkretny pogląd nie ma wpływu na zakres artykułu 141 (119) TWE, który może być rozumiany tylko w świetle Traktatu i w jego ramach. Pomimo, że warunkiem legalności działań Wspólnoty jest poszanowanie podstawowych praw, które stanowią integralną część generalnych zasad, prawa te same w sobie nie mogą rozszerzać zakresu Traktatu. Może to nastąpić tylko w drodze zmiany Traktatu.

Wobec powyższych wniosków Trybunał nie analizował już, czy przedmiotowa odmowa była obiektywnie uzasadniona.

Powróćmy jeszcze do decyzji Komitetu Praw Człowieka ONZ, zaliczającej orientację seksualną do pojęcia płci (choć Toonen nigdy nie podnosił takiego argumentu), oraz niechęci Trybunału Sprawiedliwości do pójścia tym tropem. Połączenie tych pojęć może kłócić się z niektórymi zasadami feminizmu. Według profesor Catharine MacKinnon⁴¹, napastowanie seksualne i prawa reprodukcyjne stanowią rdzeń dyskryminacji ze względu na płeć. W stopniu, w jakim te formy dyskryminacji nie są udziałem gejów – mężczyzn, takie połączenie pojęć może przysłonić istotne różnice pomiędzy płcią i orientacją seksualną.

Istnieją jednak również argumenty za takim rozszerzeniem pojęcia dyskryminacji ze względu na płeć. Przede wszystkim, seksizm i homofobia stanowią podobny typ prześladowania. Ponadto, połączenie tych pojęć nie zmniejsza możliwości prawnych zajęcia się formami dyskryminacji specyficznymi dla kobiet, a nawet może wesprzeć cele aktywistów na rzecz praw kobiet; z kolei obrońcom praw homoseksualistów pozwoliłoby powołać się na liczne sprawy dotyczące dyskryminacji ze względu na płeć.⁴²

tasmańskiego kodeksu karnego, który penalizował liczne formy kontaktów seksualnych pomiędzy dorosłymi mężczyznami w prywatności. Zarzucał, iż jest to bezprawna i arbitralna ingerencja w jego prawo do prywatności pod rządami Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 28).

⁴⁰ Komitet nie uzasadnił zresztą, dlaczego zaliczył „orientację seksualną” do pojęcia „płci”, za co był krytykowany.

⁴¹ C.A. MacKinnon, *From Practice to Theory, or What is a White Woman Anyway?*; cyt. za: E.H. Sadtler, *A Right To Same-Sex Marriage Under International Law: Can It Be Vindicated In The United States?*, s. 426. Pani MacKinnon obawia się, że połączenie dyskryminacji kobiet i mężczyzn zepchnie problemy kobiet na drugi plan.

⁴² E.H. Sadtler, *op. cit.*, s. 427 i nast.

Tak czy owak, Komitet powinien wytłumaczyć podstawy swojej decyzji, jeśli chciał umożliwić powoływanie się na nią. Mógł bowiem użyć innych argumentów w celu zakazania dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej, przede wszystkim zaliczyć orientację seksualną do „innych przyczyn”, do których odnoszą się artykuły 2 i 26 Paktu. Komitet nie zrobił tego, mimo iż strony sporu wyraźnie oczekiwały na jego wskazówki co do tego, czy wyrażenie „inna przyczyna” obejmuje orientację seksualną. Komitet nigdy go nie zdefiniował, natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka zinterpretował podobne sformułowanie w Konwencji szeroko, jako „zakazujące dyskryminacyjnego traktowania, mającego za podstawę lub powód osobiste cechy (...) według których osoby lub grupy osób wyróżniają się od innych.”⁴³

Niewątpliwie homoseksualiści, mimo iż nie mają szczególnych cech fizycznych, posiadającą określone cechy osobiste pozwalające wyróżnić ich jako odrębną grupę społeczną. Objęcie więc orientacji seksualnej pojęciem „inna przyczyna” wydaje się bardziej logiczne i prostsze niż podciąganie jej pod „płeć”, uwzględnia bowiem różnice pomiędzy płcią i orientacją seksualną, zapobiega wielu komplikacjom w interpretacji przepisów i w praktycznym identyfikowaniu dyskryminacji. Jednakże sam TPC również nie skorzystał z tej interpretacji w kwestii mniejszości seksualnych.

Jak to wszystko ma się do decyzji Trybunału Sprawiedliwości? Wydaje mi się, że TS kierował się podobnym rozumowaniem, nie chcąc zaliczyć orientacji seksualnej do pojęcia płci. Możliwość bezpośredniego powołania się na interpretację TPC była tu bez znaczenia, gdyż prawo wspólnotowe w przepisach odzwierciedlających zasadę równości mówiło tylko o kobietach i mężczyznach, i brak w nim było sformułowań typu „inne przyczyny”. TS zaś nie może posunąć się do „dopowiedzenia” sobie dalszego ciągu danego przepisu, dodania słów, których w nim nie ma.

Zważywszy, że zasada równości odgrywa dużą rolę jako czynnik przemian społecznych i jako najważniejsza zasada generalna Wspólnoty, jest mało prawdopodobne, aby Trybunał chciał całkowicie zlekceważyć dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Tym bardziej, że kwestia ta dotyczy również płacy – homoseksualistom płaci się mniej niż heteroseksualistom⁴⁴. Być może

⁴³ *Kjeldsen v. Denmark*, 23 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 29 (1976).

⁴⁴ Dyskryminacja doświadczana przez osoby LGBT w zatrudnieniu to najczęściej dyskryminacja w zakresie rekrutacji i warunków pracy, w tym płacy, dostępu do awansu i szkoleń, molestowanie w miejscu pracy, pomijanie przy pewnych korzyściach przeznaczonych dla

Trybunał nie chce ingerować w państwowe zapatrywania na kwestie prawa rodzinnego, ale dotychczasowa jurysprudencja dotycząca równości płci dowodzi, że nieraz nie wahał się narzucić państwowym członkowskim nowatorskich spostrzeżeń.

Z drugiej strony, gdyby Trybunał wyciągnął wniosek, że dyskryminacja w sprawie *Grant* jest oparta głównie, jeśli nie wyłącznie, na płci, oznaczałoby to sprowadzenie orientacji seksualnej do pojęcia „płci” w przepisach prawa wspólnotowego. Trybunał odrzucił tę możliwość, argumentując swoją decyzję brakiem takiej tendencji w prawie państw członkowskich, jak również prawie międzynarodowym i wspólnotowym.

Trzeba też pamiętać, że w tym czasie Traktat Amsterdamski był już podpisany, choć jeszcze nie ratyfikowany przez wszystkie państwa członkowskie. TS zauważył, że po wejściu w życie TA Rada będzie mogła podjąć kroki w celu eliminacji dyskryminacji ze względu na orientację seksualną⁴⁵. Nie bez znaczenia jest też fakt, że nowy artykuł 13 (6a) TWE wyraźnie rozdziela płęć od orientacji seksualnej. Wydaje się, że miało to również wpływ na powyższą decyzję. Moim zdaniem jednak celem artykułu 13 jest podkreślenie zobowiązania Unii do respektowania praw podstawowych i zaopatrzenie jej w stosowne kompetencje, nie zaś wyjaśnienie czy też zawężenie interpretacji terminu „płęć”.

Trybunał mógł też traktować nowy przepis nie jako usprawiedliwiający ekspansywne podejście do istniejących norm prawa wspólnotowego, ale jako wyraz woli państw członkowskich, by pewne sprawy rozstrzygać na poziomie Rady.

małżonków pracowników. Por. m.in. *Discrimination against lesbian, gay and bisexual persons in Europe*, a report submitted by ILGA-Europe to the Legal Affairs and Human Rights Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe as a contribution to the preparation of its Report and Recommendations on the Situation of Lesbians and Gays in the Member States of the Council of Europe, (Motion for a Resolution – Doc. 8319), 16 February 2000; *The Equal Dignity and Intrinsic Equality of all Human Beings*, a report submitted by ILGA-Europe to the Committee of Ministers of the Council of Europe in support of the Recommendations of the Parliamentary Assembly on the Situation of Lesbians and Gays in the Member States of the Council of Europe (Recommendation 1474(2000)) and on the Situation of Gays and Lesbians and their Partners in Respect of Asylum and Immigration in the Member States of the Council of Europe (Recommendation 1470(2000)), 18th December 2000; *Sexual orientation discrimination in countries applying for EU membership*, a country-by-country summary produced for the European Parliament hearing „EU Enlargement - A Gay Perspective” in Brussels on 28 June 2001; *Contribution to the European Parliament Report on Fundamental Rights in the European Union in 2002*, Report, March 2003.

⁴⁵ W akapicie 48.

Z drugiej strony TS mógł dojść do wniosku, niejako wybiegając w przyszłość, że w świetle nowych przepisów homoseksualności nie pozostają bezradni, a nowa legislacja, już na podstawie wyraźnych kompetencji, zapewni im właściwą ochronę. W związku z tym niepotrzebne byłoby, dyskusyjne pod względem logicznym i prawnym, naciąganie pojęcia „płeć”.

Być może w innej sytuacji Trybunał podjąłby próbę, tak jak w *P. v. S.* spróbował wykorzystać generalną zasadę równości, by stworzyć rozwojową interpretację Equal Treatment Directive. Rzecznik Generalny Elmer w sprawie *Grant* przekonywał, że poprzednie rozumowanie TS pozwala na szerszą interpretację zasady równości w sposób, który pozwoli ją zastosować do spraw dyskryminacji ze względu na płeć, które pojawiają się we współczesnym społeczeństwie, czyli w sprawach, gdzie pracodawca dyskryminuje swoich pracowników niekoniecznie tylko w oparciu o ich płeć, lecz także płeć ich partnerów, rodzeństwa, rodziców.

Sprawa ta jest szczególnie wyrazistym przykładem poszukiwania na drodze sądowej tego, czego nie zdołał, lub nie zechciał dać narodowy parlament drogą ustawodawczą, a więc równego traktowania w kontekście zatrudnienia, płacy i ubezpieczeń społecznych. Okazało się jednak, że nie można szukać rozwiązania złożonych kwestii związanych z dyskryminacją z powodu preferencji seksualnych opierając się wyłącznie na artykule 141 (119) Traktatu i Dyrektywie Równego Traktowania, których geneza i zakres jest przecież wyraźnie odmienna. Wyrok w sprawie *Grant* ukazuje ograniczenia generalnych zasad jako niepisanych źródeł prawa Wspólnoty. Są sytuacje, w których nie da się zastąpić reformy prawa sądową interpretacją.

3. Wpływ spraw przed ETS na dyskryminację w sferze zatrudnienia

W sprawie *P. v. S. and Cornwall County Council* Trybunał uznał dyskryminację transseksualisty w zatrudnieniu za sprzeczną z Dyrektywą Równego Traktowania, stwierdził także, iż stanowi to bezpośrednią dyskryminację, sprzeczną z artykułem 141 Traktatu. Jednakże, jeśli chodzi o zakres zasady równego traktowania, orzeczenie to z pewnością nie stało się autorytetem porównywalnym z *Van Gend en Loos*, *Costa v. Enel* czy *Internationale Handelsgesellschaft*, choćby z tego powodu, że w przeciwieństwie do tych decyzji, nie miało na celu ustanowienia nowego porządku prawnego Wspólnoty. Sukcesem Trybunału w tej sprawie był z pewnością atak na skostniały pogląd, że członkowie danej płci powinni zachowywać się zgodnie z przypisywanymi tej

płci oczekiwaniami. Jak zauważył AG Tesauro, również źródłem dyskryminacji kobiet jest najczęściej wyobrażenie o ich stosownej roli w społeczeństwie.

Natomiast w sprawie *Grant v. South-West Trains Ltd.* ETS odmówił uznania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w kwestii płacy za wchodzącą w zakres artykułu 141 Traktatu Rzymskiego, który głosi zasadę równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn za jednakową pracę. Trybunał nie zgodził się ze zdaniem Rzecznika Generalnego i uznał, iż artykuł 141 dotyczy jedynie równości między kobietami i mężczyznami. Fakt, że partnerka była tej samej płci, co pracownica nie stanowił dyskryminacji „ze względu na płć”, gdyż mężczyzna będący partnerem pracownika – geja zostałby potraktowany w ten sam sposób. Ponadto ETS powołał się na stanowisko Trybunału Praw Człowieka i przypomniał, że dyskryminacja homoseksualistów nie została jeszcze uznana za naruszenie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Decyzja w sprawie *Grant* wywarła natychmiastowy efekt na inną sprawę będącą wówczas w toku - *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*⁴⁶. Terry Perkins został zwolniony z pracy w marynarce wojennej, kiedy jego seksualność wyszła na jaw. We wcześniejszej angielskiej sprawie o podobnych okolicznościach, *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Smith*⁴⁷, angielski Sąd Apelacyjny oświadczył, że dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej nie jest zakazana przez Equality Directive i odmówił złożenia wniosku o orzeczenie wstępne do Trybunału Sprawiedliwości w sprawie jej interpretacji. Jednakże Terence Perkins spróbował obalić dyskryminacyjną politykę brytyjskich sił zbrojnych powołując się na Equal Treatment Directive. Sędzia angielski Lightman, decydując się na złożenie zapytania, wziął pod uwagę wyrok TS w sprawie *P. v. S.* i nie przywiązał wagi do faktu, że Izba Lordów nie zezwoliła na apelację w sprawie *Smith*.

W podobnych sprawach z powodzeniem powołano się na Europejską Konwencję Praw Człowieka przed Trybunałem w Strasbourgu⁴⁸. Jednak ETS postąpił w sposób bardzo nietypowy – zwrócił się do sędziego Lightmana,

⁴⁶*R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Perkins*, [1997] IRLR 297

⁴⁷ *R. v. Secretary of State for Defence, ex parte Smith*, [1996] 1 All ER 257.

⁴⁸ *Lustig-Prean and Beckett v. UK* została zawieszona w Strasbourgu do czasu rozpatrzenia sprawy Perkinsa. Ostatecznie jednak w sprawach *Smith v UK* (2000) 29 EHRR 493 oraz *Lustig-Prean v UK* (2000) 29 EHRR 548, ETPC orzekł, iż pytania dotyczące prywatnego życia wojskowych podejrzewanych o homoseksualizm, jak też zwalnianie ich jedynie z powodu ich orientacji seksualnej stanowi naruszenie art. 8 Konwencji w związku z art. 14.

który prosił o orzeczenie wstępne, sugerując wycofanie wniosku, gdyż decyzja w sprawie *Grant* wyjaśniła już sytuację. Justice Lightman wycofał wniosek 13 lipca 1998 roku, choć zaznaczył, że czyni to niechętnie. Skutkiem tego Perkinsowi zamknięto możliwość dalszego odwołania, a jego pozew mógł być rozpatrzony jedynie na podstawie prawa angielskiego, które nie paliło się do radykalnej zmiany polityki sił zbrojnych.

Dowodzi to aż nazbyt oczywiście niechęci Trybunału Sprawiedliwości do ponownego otwierania dyskusji wokół orientacji seksualnej, gdyż jak zauważył Mark Bell⁴⁹, fakty w obu sytuacjach były wystarczająco odmienne, by różnicować te dwie sprawy. Podczas gdy sprawa *Grant* dotyczyła tylko pewnych korzyści dla partnerki pracownicy, w przypadku Perkinsa sytuacja była bardziej dramatyczna – został zwolniony, a więc chodziło o fundamentalne prawo do pracy. Inną różnicą było zaangażowanie w sprawie *Grant* w związek lesbijski, podczas gdy w drugiej sytuacji jedynym istotnym aspektem był stan umysłu, czyli orientacja, a nie jej okazywanie⁵⁰.

Często porównuje się też sprawy *Grant* i *P. v. S.* oraz decyzję Komitetu Praw Człowieka MPPOiP *Toonen v. Australia*. Argumenty wszystkich powodów opierały się na prawach fundamentalnych. W sprawie *Toonen* jak i *P. v. S.* chronionymi wartościami były ludzka godność i wolność. Dyskryminacja *P.* została potępiona również z powodu jawnego uprzedzenia, jakie cechowało decyzję pracodawcy o zwolnieniu. W przypadku *Grant* pozornie chodziło korzyści socjalne, ale przecież powódka powoływała się na zlekceważenie fundamentalnej zasady Wspólnoty – zasady niedyskryminacji. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie podkreślał, jak ważne jest dla Wspólnoty, aby zasada ta była szanowana, przede wszystkim właśnie przez pracodawców i państwa członkowskie. Na przykład, w sprawie *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*⁵¹, TS uznał za uprawnionych do odszkodowania nawet tych kandydatów do pracy, którzy nie mieli szansy na oferowane stanowisko, o ile dyskryminacja ze względu na płeć wpłynęła na procedurę mianowania.

W publikacjach, które ukazały się, gdy sprawa Perkinsa była jeszcze w toku, przywiązywano do niej dużą nadzieję. Wskazywano, że ponieważ dotyczy ona dostępu do zatrudnienia i Equal Treatment Directive, a nie tylko równej

⁴⁹ M. Bell, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: From P. v. S. to Grant v. SWT*, *European Law Journal* 1999, vol. 5, s. 63.

⁵⁰ T. Tridimas, *op. cit.*, s. 73.

⁵¹ Sprawa C-180/95, 1997 E.C.R. I-2195.

płacy i artykułu 141 (119) TWE, stanowi to bardziej drastyczną formę dyskryminacji ze względu na seksualność pracownika. Uważano, że Trybunał ma okazję odróżnić tę sytuację od *Grant* i uznać, że jest objęta aktualnym prawem wspólnotowym i stanowi naruszenie podstawowych standardów praw człowieka. Tak się jednak nie stało.

Wycofanie sprawy Perkinsa pozostawiło również bez wyjaśnień, czy orzeczenie w sprawie *P. v. S.* mogłoby służyć jako precedens dla homoseksualistów.

Pomimo jednak niepowodzeń przed Trybunałem, sprawy te, a właściwie dyskusja która się wokół nich toczyła, przyniosły także pozytywne zmiany. Chociaż Lisa Grant nie uzyskała przywilejów dla swojej partnerki, jej przegrana nie była bezowocna, doprowadziła bowiem do zmiany stanu prawnego – aktualnie przewoźnicy kolejowi w Wielkiej Brytanii zgadzają się na rozszerzanie takich przywilejów na partnerów tej samej płci. Pani Grant osiągnęła więc swój cel. W swoim oświadczeniu prasowym po ogłoszeniu decyzji Trybunału powiedziała: „podjęliśmy próbę wzbudzenia świadomości, że istnieje dyskryminacja w miejscu pracy, i to nam się udało”⁵².

Z kolei w następstwie decyzji w sprawie *P. v. S.* Zjednoczone Królestwo wprowadziło w 1999 roku Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations, zmieniające Sex Discrimination Act z 1975 roku tak, by obejmował również zakaz dyskryminacji z powodu zmiany płci.

W 2000 roku zmieniła się również polityka Zjednoczonego Królestwa w kwestii dopuszczalności służby wojskowej: homoseksualistom nie odmawia się już dostępu do kariery w armii. Zmiana tej polityki była nieuniknionym skutkiem decyzji Trybunału Praw Człowieka w sprawach *Smith v UK* i *Lustig-Prean v UK*, ale także zauważalnego przełomu w podejściu do orientacji seksualnej w prawie wspólnotowym.

4.1. Prawa członków rodziny pracownika. Definicja pojęcia „małżonek” i „członek rodziny”

Członkowie rodziny pracownika, niezależnie od obywatelstwa, mogą korzystać z wszelkich uprawnień przewidzianych w Traktacie Rzymskim oraz przepisach prawa wtórnego. Dotyczy to małżonka, nieletnich dzieci

⁵² “We set out to raise awareness that there is discrimination in the workplace and we have done what we have set out to do”. *The Guardian* February 18, 1998; cyt. za G. F. Mancini, S. O’Leary, *op. cit.*, s. 352.

(poniżej 21 lat), oraz wstępnych, jeżeli pozostają na utrzymaniu pracownika. Na tym tle często pojawia się problem interpretacji pojęcia „małżonek”.

W orzeczeniu w sprawie *Arauxo-Dumay*⁵³ Sąd I Instancji podkreślił, że wszystkie pojęcia dotyczące stanu cywilnego osób fizycznych, jak „współmałżonek” czy „wdowa”, biorąc pod uwagę zarówno definicje prawne jak i potoczne znaczenie słowa „żonaty/zamężny”, powinny być rozumiane jako odnoszące się do osób, które zawarły formalny związek małżeński uznany przez prawo, wraz ze wszystkimi wypływającymi stąd uprawnieniami i obowiązkami. Sąd odpowiedział w ten sposób na pytanie, czy konkubinaty można porównać do małżeństwa na użytek przepisów Staff Regulation⁵⁴. Sąd dodał, że jest świadomy ewolucji kontekstu społecznego, ale nie uważa, aby był kompetentny do rozszerzania sądowej interpretacji terminu „małżeństwo”, tak by obejmowało swoją definicją również konkubinaty (odniósł się tu do orzeczenia Trybunału w znacznie wcześniejszej sprawie *Reed*). Zastanawia nawiązanie Sądu do potocznego znaczenia słowa „żonaty”. Według komentatorów nie miało to na celu potwierdzenia prawnej definicji, gdyż potoczne znaczenia nie mogą podważyć pojęć prawnych. W tym wypadku funkcja pomocnicza takiego odwołania ogranicza się do wyjaśnienia, że faktyczne pożycie nawet w języku potocznym nie jest uważane za małżeństwo.

W przywołanej sprawie *Reed v. Holandia*⁵⁵ Trybunał wyszedł co prawda z założenia, że pojęcie „współmałżonka” dotyczy jedynie osoby pozostającej w formalnym związku, jednakże wziął pod uwagę ogólny rozwój sytuacji społecznej we Wspólnocie, a w szczególności w państwie pobytu, i rozciągnął uprawnienia wynikające z artykułu 10 Rozporządzenia 1612/68⁵⁶ również na osobę pozostającą w stałym, nieformalnym związku z pracownikiem – „osobę wspólnie zamieszkującą”. W tej sprawie chodziło o osobę pozostającą w takim związku ponad 5 lat.

ETS uznał też, że holenderskie prawo narusza artykuł 7(2) Rozporządzenia Rady 1612/68, ponieważ pozwala pozamałżeńskim heteroseksualnym partnerom obywateli holenderskich na pozostanie w Holandii, ale nie pozwala partnerom obywateli innych państw członkowskich. Dlatego stwierdził, że

⁵³ Sąd I Instancji, sprawa T-65/92 *Arauxo-Dumay v. Commission*, [1993] E.C.R. II-597.

⁵⁴ Artykuł 17 Aneksu VIII.

⁵⁵ Sprawa 59/85, *Netherlands v. Reed*, [1986] E.C.R. 1283;

⁵⁶ Council Regulation 1612/68 *on freedom of movement for workers within the Community*, 1968 O.J. L 257/ 0002.; zmienione Dyrektywą 2004/38.

pozamałżeńska para brytyjska miała prawo przebywać w Holandii. Inne rozstrzygnięcie spowodowałoby dyskryminowanie pracowników Wspólnoty nie będących Holendrami, a więc stanowiłoby niedozwoloną dyskryminację ze względu na narodowość.

Pojawiła się tu kwestia, czy ETS może samodzielnie zmienić dotychczasową interpretację Rozporządzenia. Wydaje się, że konieczna byłaby przedtem ewolucja obyczajów w całej Wspólnocie. Odwołanie się do klauzuli traktowania narodowego w tej sytuacji, według Czaplińskiego⁵⁷ można by uznać za niewystarczające. Uwzględniając założenie, że należy zachęcać pracowników do korzystania z zasady swobodnego przepływu osób, uprawnienia socjalne pracownika migracyjnego powinny być korzystniejsze niż uprawnienia własnych obywateli danego państwa. W sprawie *Reed* Trybunał odwołał się jednak do faktu, że Rozporządzenie nie zawiera żadnego przepisu zabraniającego takiej interpretacji. Potraktował jednakże uprawnienie stałego partnera „jako korzyść społeczną, mającą ułatwić integrację pracownika w państwie, w którym podejmuje zatrudnienie, co stanowi właśnie jeden z celów swobody przepływu pracowników”. Konkubinat nie został więc scharakteryzowany w kategoriach więzów prawnych, na gruncie orzecznictwa TS nie został wyróżniony wśród innych praw socjalnych, jak choćby prawo do używania własnego języka w sądzie⁵⁸.

Polegając na takim stanowisku TS wydawałoby się, że jeżeli państwo członkowskie zezwala na pobyt zamieszkującemu wspólnie ze swoim obywatelem cudzoziemskiemu partnerowi tej samej płci, to również tacy partnerzy pracowników z innych państw członkowskich uzyskują podobne prawo w razie wyjazdu partnera do tego państwa. W takiej sytuacji nie występowałby nawet obowiązek wspólnego zamieszkania.

Warto też zwrócić uwagę na mniej jednoznaczny §2 artykułu 10 Rozporządzenia 1612/68⁵⁹: *Państwa Członkowskie powinny ułatwiać wstęp jakiegokolwiek członkowi rodziny pracownika, nie objętemu przepisem §1, jeżeli pozostaje on na utrzymaniu wymienionego powyżej pracownika bądź mieszkał u niego w kraju pochodzenia*. Clapham i Weiler⁶⁰ sugerują, że do tej

⁵⁷ W. Czapliński, *Prawa członków rodziny*, [w:] *Prawo pracy, część I*, Urząd Komitetu Integracji Europejskiej (9), Warszawa 1998, s. 96.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 97.

⁵⁹ Na temat zmiany tych przepisów przez dyrektywę 2004/38 niżej.

⁶⁰ A. Clapham, J.H.H. Weiler, *Homoseksualiści w systemie prawnym wspólnoty europejskiej*, [w:] *Homoseksualizm w europejskim systemie prawnym*, Warszawa 1995, s. 81.

kategorii osób można zaliczyć partnerów tej samej płci. Przytaczają też stanowiska Trybunału Sprawiedliwości w tej kwestii.

Z jednej strony TS stosuje interpretację funkcjonalną. Jak wspomniałam wcześniej, Trybunał stwierdził⁶¹, że Rozporządzenie precyzuje tylko zasadę swobodnego przemieszczania się pracowników zawartą w artykule 48 i 49 (obecnie 39 i 40) TWE i musi być interpretowana zgodnie z duchem postanowień Traktu, które wzywają do działań koniecznych dla wprowadzenia swobodnego przemieszczania się pracowników. Zgodnie zaś z Preambułą Rozporządzenia: *Do swobodnego i godnego, zgodnie z obiektywnymi standardami, korzystania z prawa do swobodnego przemieszczania się, konieczne jest wyeliminowanie przeszkód ograniczających mobilność pracownika, w szczególności w zakresie prawa pracownika do przebywania ze swoją rodziną.*

Z punktu widzenia homoseksualistów, niemożność połączenia się z partnerem stanowiłaby taką samą przeszkodę w swobodnym podjęciu pracy jak w przypadku tradycyjnej zależności rodzinnej. Oznaczałoby to sprzeczność z zasadą wyrażoną w Rozporządzeniu, która głosi, iż: *Mobilność pracownika (...) jest jednym ze środków, które zapewniają pracownikowi możliwość poprawy warunków życia i pracy oraz awans społeczny, a jednocześnie warunkiem umożliwiającym zaspokojenie wymagań systemów gospodarczych Państw Członkowskich*⁶².

Drugi sposób rozumowania Trybunału związany jest z pojęciem ludzkiej godności. TS stwierdził, iż Rozporządzenie 1612/68 musi być interpretowane zgodnie z żądaniem poszanowania życia rodzinnego wyrażonym w artykule 8 EKPC, które jest jednym z podstawowych praw, uznanych przez prawo Wspólnoty. Artykuł 10 powinien być także rozumiany zgodnie z całością przepisów rozporządzenia, z których wynika, że w celu ułatwienia swobodnego poruszania się członków rodziny pracownika Rada uwzględniła przede wszystkim znaczenie połączenia się pracownika z jego rodziną i integrację w ramach kraju ich przyjmującego, bez jakiegokolwiek różnicowania w traktowaniu w porównaniu do obywateli innego państwa⁶³. Trybunał podkreśla więc znaczenie rodziny i powołuje się na „wymiar ludzki”, na humanitarny aspekt prawa do swobodnego przemieszczania się.

⁶¹ W sprawie 249/86, *Komisja v. Niemcy*.

⁶² Por. preambułę do Propozycji zmiany Rozp. 1612/68 – więcej na temat zmian Rozporządzenia niżej.

⁶³ A.Clapham, J.H.H. Weiler, *op. cit.*, s. 82.

Zarówno funkcjonalna jak i humanitarna interpretacja Trybunału umożliwi objęcie pojęciem „osoby zależnej” również homoseksualnego partnera, jeżeli zakłada się równorzędność więzi międzyludzkich i uczuciowych w związkach homoseksualnych i heteroseksualnych.

Faktem jest, że od decyzji w sprawie *Reed* wiele kolejnych państw ustanowiło prawne partnerstwo związków homoseksualnych. Należałoby się zatem ponownie zastanowić nad definicją pojęcia małżonek. Jednakże w sprawie *Grant* TS odmówił uznania za „współmałżonka” konkubiny pozostającej z związku homoseksualnym, nie przywiązując wagi do tych przemian, czy raczej uznając, że nie są one jeszcze wystarczająco powszechne.

Komisja podjęła próbę rozwiązania problemu, proponując modyfikację Rozporządzenia Rady 1612/68 poprzez wyraźne dodanie w art. 10 par. 1(a) *każdej osoby posiadającej status małżonka* na podstawie prawa państwa przyjmującego. Tak sformułowany artykuł z jednej strony rozwiązałby problem od strony praktycznej, ale z drugiej byłby wyrazem niechęci do szerokiej interpretacji małżeństwa, uniemożliwiając zrównanie w prawach związków małżeńskich i partnerskich tam, gdzie wyraźnie tak nie postanowiono.

Przykładem takiej tendencji jest Rozporządzenie Rady 781/98, zmieniające przepisy regulujące warunki rekrutacji i pracy personelu Wspólnot⁶⁴ (Staff Regulation) – wprowadzony artykuł 1a przyznaje urzędnikom prawo do równego traktowania bez względu na ich orientację seksualną, jednakże z zastrzeżeniem przepisów wymagających szczególnego statusu małżeńskiego. Ponadto znamieny jest fakt, iż w czasie prac nad poprawką prośba Szwecji, aby rejestrowane związki partnerskie traktować na równi z małżeństwem, została odrzucona. Zamiast tego Komisja miała zbadać konsekwencje, w tym finansowe, takiego rozwiązania, i przedłożyć, jeśli uzna za stosowne, odpowiednie propozycje zmian. W międzyczasie zdecydowano się zachować *status quo*. Wydaje się jednak, w świetle propozycji zmiany Rozporządzenia 1612/68, że Komisja uznała takie zrównanie za właściwe i konieczne.

Kolejna sprawa, która toczyła się przed Sądem I Instancji, ma szczególne znaczenie, gdyż oskarżony o dyskryminację został jeden z organów Wspólnoty – Rada Ministrów. W sprawie tej – *D. v. Council*⁶⁵ – pracownik Rady

⁶⁴ Council Regulation No 781/98 of 7 April 1998 amending the Staff Regulations of Officials and Conditions of Employment of Other Servants of the European Communities in respect of equal treatment, OJ 1998 L 113/4.

⁶⁵ Sprawa T-264/97 *D. v. Council*, [1999] ECR-S.C. I-A-1 i II-1.

Ministrów, będący narodowości szwedzkiej, domagał się, aby Wspólnota uznała jego związek partnerski za małżeństwo i przyznała mu zasiłek na podstawie przepisów o personelu WE (Staff Regulation)⁶⁶. Mimo że Szwecja łączy takie korzyści z kontraktem partnerskim zawianym przez pary tej samej płci⁶⁷, Rada stwierdziła, że termin „żonaty urzędnik” (*married official*) wyklucza jakąkolwiek równoważność z pojęciem małżeństwa.

D. wniósł skargę o unieważnienie tej decyzji. W swojej argumentacji podniósł m.in., iż Rada miała obowiązek uznać skutki prawne jego zarejestrowanego związku, ponieważ Szwecja poczytuje taki kontrakt za małżeństwo, oraz że odmowa Rady stanowi dyskryminację ze względu na orientację seksualną.

W kwestii uznania związku partnerskiego Sąd I Instancji zastosował tu rozumowanie Trybunału w sprawie *Grant*, chociaż nie budził wątpliwości fakt, iż zatrudnienie urzędnika D. było objęte zakresem stosowania prawa wspólnotowego, a ponadto w *Grant* chodziło o faktyczne pożycie, a nie związek partnerski, będący instytucją prawną (swoja drogą *Grant* nie miała możliwości na gruncie ówczesnego prawa brytyjskiego takiego związku zawrzeć). Sąd orzekł mianowicie, iż w obecnym stanie rozwoju prawa we Wspólnocie Europejskiej, stałe związki osób tej samej płci nie są równoznaczne ze związkami małżeńskimi. Wobec tego, pracodawcy nie są zobowiązani do rozszerzania skutków tradycyjnego małżeństwa na partnerów tej samej płci, nawet jeśli ich związki zostały oficjalnie uznane przez władze krajowe. Rada, w ramach swoich uprawnień jako pracodawca powoda, nie miała więc obowiązku traktować jego związku rejestrowanego jak małżeństwo w znaczeniu przepisów statutowych, które określają prawa urzędników Wspólnoty.

Sąd I Instancji odwołał się również do swojego orzeczenia w sprawie *Arauxo-Dumay*, stwierdzając, że terminy „małżeństwo” i „małżonek” użyte w *Staff Regulation* odnoszą się wyłącznie do małżeństwa cywilnego w tradycyjnym znaczeniu. SPI zauważył też, że artykuł 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, dotyczący życia rodzinnego, również obejmuje tradycyjne małżeństwo pomiędzy dwiema osobami różnej płci.

⁶⁶ Artykuł 1(2) Aneksu VII Statutu (Regulation) przewiduje, że żonaty/zamężny urzędnik ma prawo do zasiłku rodzinnego.

⁶⁷ Szwedzka ustawa o partnerstwie rejestrowanym z 23 czerwca 1994 r. zezwala osobom tej samej płci na zarejestrowanie ich związku przez władze. Takie rejestrowane związki są w Szwecji porównywalne z małżeństwem i mają, ogólnie rzecz biorąc, takie same skutki prawne jak małżeństwo.

Podobnie jak TS w sprawie *Grant*, Sąd I Instancji orzekł, że od Rady, jako ciała ustawodawczego, zależy wprowadzenie zmian, koniecznych do tego, aby urzędnicy Wspólnoty będący w podobnej sytuacji mogli uzyskać zasiłki rodzinne dla swoich partnerów (Trybunał podkreślił jednak, że Rada ma takie uprawnienia jako organ legislacyjny, a nie jako pracodawca interpretujący istniejące przepisy). Stwierdził też, iż Rada nie miała obowiązku rozszerzać skutków małżeństwa na osoby pozostające w stałym homoseksualnym związku, nawet oficjalnie zarejestrowanym w kraju pochodzenia.

Co do argumentu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, wspomniane Rozporządzenie 781/98 nie mogło być wzięte pod uwagę, gdyż weszło w życie później niż zaskarżona decyzja.

Drugim argumentem D. było naruszenie artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczącego życia prywatnego i rodzinnego. SPI ponownie powołał się na decyzję w sprawie *Grant*, gdzie stwierdzono, iż mimo ewolucji stosunku do homoseksualizmu w ostatnich czasach, stałe związki homoseksualne nie wchodzą w zakres pojęcia „życia rodzinnego”.

Ostatnią racją wytoczoną przez pana D. było, iż jego osobisty status, różny od statusu osoby wolnej (ponosi on bowiem odpowiedzialność i podlega obowiązkom podobnym jak żonaci urzędnicy) zasługuje na poważanie w całej Wspólnocie, oraz że przedmiotowa decyzja narusza artykuł 141 (119) TWE. Sąd uznał oba argumenty za bezpodstawne, pierwszego szczególnie nie uzasadniając (ograniczył się do stwierdzenia, że jego odmienny status nie został tą decyzją naruszony), co do drugiego sięgając znów do orzeczenia w sprawie *Grant*: Staff Regulation stosuje się jednakowo do mężczyzn jak i kobiet, nie zachodzi więc dyskryminacja ze względu na płeć.

W sprawie tej kluczowym problemem jest znowu kwestia interpretacji pewnych pojęć, takich jak „małżonek”, „wdowa”, „żonaty/zamężna”. Według Christine Denys⁶⁸ zasadniczym pytaniem jest, czy należy te pojęcia interpretować niezależnie, czy w odniesieniu do prawa państw członkowskich. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału określenia, zawarte w przepisach prawa wspólnotowego, które nie odwołują się wyraźnie do prawa państw członkowskich, muszą być interpretowane niezależnie; bierze się wówczas pod uwagę kontekst danej normy oraz cel związanych z nią przepisów. Konieczność odwołania się do prawa państw członkowskich może pojawić się tylko wtedy, gdy Trybunał nie może odnaleźć w prawie wspólnotowym,

⁶⁸ Ch. Denys, *op. cit.*, s. 420.

włączając generalne zasady prawa, kryteriów pozwalających na zdefiniowanie, drogą niezależnej interpretacji, znaczenia i zakresu takiej normy. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *Diaz Garcia*⁶⁹. Sąd I Instancji musiał zinterpretować pojęcie „utrzymanie odpowiedzialności prawnej” (*legal responsibility to maintain*)⁷⁰, które wywodzi się z systemów prawnych państw członkowskich. W braku jakichkolwiek wskazówek w prawie wspólnotowym, Sąd zwrócił się do krajowych porządków prawnych. Jednakże w sprawie *D.* Trybunał wykorzystał powyższą zasadę by uznać, że w tym wypadku treść i zakres rzeczonych przepisów mogła być interpretowana niezależnie, bez potrzeby odwoływania się do praw państw członkowskich.

Powyższe wyroki także odzwierciedlają wspomnianą wyżej powściągliwość, a nawet niechęć do niezależnego interpretowania w prawie wspólnotowym tych terminów, które znajdują się w sferze prawa rodzinnego. Jednak w świetle orzeczenia *Arauxo-Dumay*, zgodnie z którym prawna definicja małżeństwa odnosi się do formalnie zawartego małżeństwa cywilnego uznanego przez prawo, orzeczenie w sprawie *D.* wydaje się niespójne. Sformułowanie „uznane przez prawo” dotyczy oczywiście prawa państwowego, pojęcie małżeństwa mogłoby więc objąć rejestrowany związek partnerski, gdy tylko w prawie krajowym jest on równoznaczny z małżeństwem. W rezultacie, mimo iż termin „małżonek” nie odwołuje się wprost do prawa państw członkowskich, możliwe było odniesienie się do postępowego prawa szwedzkiego. Być może autonomiczna interpretacja jest możliwa tylko w wypadku terminów ekonomicznych, związanych na przykład z swobodnym przepływem osób czy konkurencją, w przeciwieństwie do bardziej subtelnych pojęć, dotyczących między innymi prawa rodzinnego⁷¹.

Rozciągnięcie interpretacji małżeństwa na kontrakty cywilne pozwoliłoby, według Christine Denys, zachować odpowiednie proporcje pomiędzy prawem wspólnotowym i prawem państw. W ten sposób każda dynamiczna

⁶⁹ Case T-43/90 *Diaz Garcia v. Parliament* [1992] ECR II-2619

⁷⁰ Zawarte w artykule 2(4) Aneksu VII do EC Staff Regulation.

⁷¹ Aczkolwiek ostatnio Trybunał wydaje się szukać sposobów, by rozszerzyć swoją właściwość również na tę sferę. Por. wyrok *K.B. v. National Health Service* z 7 stycznia 2004r. ETS stwierdził, że art. 141 TWE stoi na przeszkodzie krajowej regulacji, która narusza Europejską Konwencję Praw Człowieka uniemożliwiając osobie transseksualnej zawarcie małżeństwa, co w konsekwencji nie pozwala jednemu partnerowi na pobieranie emerytury po śmierci drugiego. Mimo, że kwestia zawarcia małżeństwa należy do wyłącznej kompetencji państw, ETS uznał się za właściwy, ponieważ emerytura jest wynagrodzeniem w myśl art. 141 TWE.

interpretacja prawa wspólnotowego byłaby uzależniona od podobnej dynamiki w prawie krajowym, eliminując ryzyko narzucenia państwu członkowskim standardów moralnych odmiennych od panujących powszechnie w danym kraju.

Moim zdaniem odwoływanie się do standardów panujących w danym kraju może często uniemożliwić poprawę sytuacji jednostki – przecież lokalne standardy praw człowieka nie zawsze są postępowe⁷², nie mówiąc już o krajach, gdzie naruszanie praw człowieka jest bardziej drastyczne. Czy w takich przypadkach można pozostawić jednostki bez ochrony tylko dlatego, że takie są w danym kraju obyczaje?

Wracając do omawianej sprawy, dynamiczna interpretacja nie ma na celu sprowadzenia sytuacji faktycznych do zakresu pojęcia małżeństwa. Chodzi tylko o to, by uznać uprawnienie państw członkowskich do zintegrowania swojej legislacji z rozwojem społecznym. Trybunał nie musi więc uznawać zmian w moralności, ale powinien wziąć pod uwagę wybór dokonany przez krajowego prawodawcę.

Warto też zauważyć, że definicja „członka rodziny” przyjęta dla celów Rozporządzenia 1408/71 dotyczącego zastosowania systemu opieki społecznej do pracowników i ich rodzin przemieszczających się w ramach Wspólnoty⁷³, obejmuje każdą osobę określoną jako członek rodziny lub uznaną za takowego bądź opisaną jako członek gospodarstwa domowego przez ustawodawstwo, mocą którego zapewnione są świadczenia.

Zatem w tym wypadku pojęcie „rodziny” może być rozumiane przez prawo wspólnotowe tak szeroko, jak na to zezwala prawo krajowe.

Sąd I Instancji w sprawie *D.* nie tylko odrzucił możliwość dynamicznej interpretacji pojęcia małżeństwa, ale zupełnie zignorował fakt, że w świetle wyjątkowej wówczas szwedzkiej ustawy⁷⁴ nie istniało żadne niebezpieczeństwo ingerencji w krajowe prawo rodzinne.

⁷² Por. np. raport Komisarza Praw Człowieka Rady Europy Alvaro Gil-Roblesa z wizyty w Polsce w dniach 18–22 listopada 2002 r., sporządzony dla Zgromadzenia Ogólnego Rady Europy – Komisarz zwrócił m.in. uwagę, że Polska posiada bardzo mało konkretnego ustawodawstwa antydyskryminacyjnego, wyraził też ubolewanie, że Polska nie podpisała jeszcze Protokołu nr 12 do EKPC, który wprowadza generalny zakaz dyskryminacji.

⁷³ *Regulation of the Council No 1408/71, on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community, artykuł 1(f).*

⁷⁴ W roku 1999 tylko jeszcze Dania i Holandia przyjęły podobne ustawy pozwalające na zawarcie małżeństwa parom tej samej płci.

Od decyzji Sądu I Instancji odwołali się do Trybunału Sprawiedliwości zarówno *D.* jak i rząd Szwecji⁷⁵, wspierani przez rządy Danii i Holandii. W apelacji podnieśli m.in., iż definicja małżeństwa należy do wyłącznej kompetencji państw członkowskich, skoro więc pod rządami prawa szwedzkiego powód posiada status równoważny małżeństwu, powinien być traktowany podobnie w przepisach dotyczących personelu Wspólnoty i należy mu przyznać korzyści, o które się ubiega.

Trybunał Sprawiedliwości podzielił zdanie SPI, oddalając wszystkie argumenty apelacji. Przytoczył tylko kilka zdań z uzasadnienia. Trybunał przyznał, że rejestrowany związek partnerski uznany przez ustawę różni się od zwykłego stałego związku homoseksualnego opierającego się jedynie na faktycznym pożyciu (jak w sprawie *Grant*), gdyż ten pierwszy wywołuje wobec osób trzecich skutki podobne do małżeństwa, będąc z założenia instytucją do małżeństwa porównywalną⁷⁶. Dotąd jednak TS nie rozstrzygnął, czy te pojęcia powinny być traktowane analogicznie na użytek interpretacji Staff Regulation. Mimo bowiem, iż od roku 1989 coraz więcej państw wprowadziło prawne regulacje związków rejestrowanych, zarówno tej samej jak i przeciwnej płci, przyznając im szereg praw zarezerwowanych wcześniej dla małżeństw, nie ulega wątpliwości, że prawo tych państw odróżnia te instytucje od małżeństwa, uważanego wciąż za „związek dwóch przeciwnej płci”. Wobec powyższego organy sądowe Wspólnoty nie mogą odmiennie interpretować Staff Regulation, traktując te instytucje jako tożsame, a wprowadzenie odpowiednich zmian leży w gestii legislatywy⁷⁷.

4.2. Swobodny przepływ pracowników a związki tej samej płci

W Preambule Traktatu Rzymskiego czytamy, iż zasadniczym celem państw członkowskich jest „stała poprawa warunków życia i pracy ich narodów”. Cel ten obejmuje swobodny przepływ osób pomiędzy państwami członkowskimi. Swobodny przepływ osób jest bardzo ważnym aspektem europejskiej jedności gospodarczej, ma też duże znaczenie dla sprawy homoseksualistów. Dyskryminacja w miejscu pracy dotyka zasadniczo homo-

⁷⁵ Joined cases C-122/99P and C-125/99P, *D. and Sweden v. Council*.

⁷⁶ Akapit 33.

⁷⁷ Akapit 38; TS nawiązał też do wspomnianego Rozporządzenia 781/98, dowodząc, że jak dotąd organy ustawodawcze takiej intencji nie wykazywały.

seksualistów, czyli znaczną część populacji, a to w bezpośredni sposób hamuje tworzenie wspólnoty gospodarczej, która jest najważniejszym celem Unii Europejskiej.

Prawo wspólnotowe, teoretycznie, gwarantuje wszystkim obywatelom Unii prawo poszukiwania i podejmowania pracy w każdym państwie członkowskim. Artykuł 39 (dawny 48) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską zapewnia swobodny przepływ pracowników we Wspólnocie, jak również osób prowadzących działalność na zasadzie samozatrudnienia⁷⁸. To prawo jest ograniczone możliwością ustanowienia przez władze państwowe szczególnych przepisów (w tym regulujących prawo do pracy w ich kraju), uzasadnionych względami porządku, bezpieczeństwa i zdrowia publicznego. Zastosowanie powyższych ograniczeń musi być uzasadnione rzeczywistym i poważnym zagrożeniem dla podstawowych interesów społeczeństwa. Państwa dysponują pełną swobodą „określania wymogów porządku publicznego w świetle krajowych potrzeb”, ale TS ma prawo zrewidować takie uzasadnienie pod względem zgodności z prawem wspólnotowym, prawami fundamentalnymi oraz zasada proporcjonalności. Procedury związane z zastosowaniem tych restrykcji reguluje Dyrektywa 64/221⁷⁹.

Powyższe ograniczenia muszą być przez dane państwo stosowane jednakowo w stosunku do własnych obywateli, jak i obywateli innych państw członkowskich. Tak więc, jeśli państwo dyskryminuje własnych obywateli z powodu orientacji seksualnej tak samo jak cudzoziemców, to prawo wspólnotowe nie ma na to wpływu. Do czasu wydania Dyrektywy 2000/78 tylko kilka państw członkowskich wprowadziło wyraźne prawne zakazy dyskryminacji homoseksualistów w zatrudnieniu, lub ogólne zakazy dyskryminacji.

Państwa członkowskie mają obowiązek ułatwienia wjazdu na swoje terytorium również członkom rodziny pracownika migracyjnego. Prawo to nie może podlegać żadnym warunkom ani dyskryminacji. Jedynym wyjątkiem jest tu artykuł 10 Rozporządzenia 1612/68 *o swobodzie przemieszczania się*

⁷⁸ Artykuł 43 (dawny 52) TWE.

⁷⁹ Council Directive 64/221/EEC *on the co-ordination of special measures concerning the movement and residence of foreign nationals which are justified on grounds of public policy, public security or public health*, OJ 1964 P 056/ 0850; uchylona Dyrektywą 2004/38. Na przykład artykuł 3(2) głosi, że uprzednie skazanie w sprawie karnej nie stanowi samo z siebie podstawy do zastosowania restrykcji. TWE. Z kolei lista chorób usprawiedliwiających odmowę wjazdu do kraju zawarta jest w Aneksie. Nowa dyrektywa odwołuje się tej kwestii do instrumentów WHO.

pracowników w ramach Wspólnoty, który nakłada na pracownika wymóg posiadania odpowiedniego zakwaterowania. Także ten warunek nie może prowadzić do dyskryminacji. W swoim orzecznictwie Trybunał często akcentuje, iż uprawnienia te przysługują wprost na podstawie artykułu 39 Traktatu, zaś wspomniane rozporządzenie konkretyzuje je, a nie tworzy nowych praw.

ETS analizował definicję słowa „pracownik” oraz zakres prawa do swobodnego przepływu w sprawie *Levin v. Staatssecretaries van Justitie*⁸⁰. Trybunał stwierdził, iż zgodnie z artykułami 2 i 3 TWE jednym z zadań Traktatu jest „zniesienie pomiędzy państwami członkowskimi przeszkód w swobodnym przepływie osób”, w celu przyczyniania się w całej Wspólnocie do między innymi rozwoju działań gospodarczych i podnoszenia standardu i jakości życia. W związku z tym TS orzekł, że pani Levin, jako pracownik na pół etatu, miała prawo swobodnie poruszać się i pracować w każdym państwie członkowskim UE, „ponieważ odmowa tego prawa jej i innym pracownikom na niepełny etat przeszkodziłaby w pomyślnym osiągnięciu ekonomicznych celów wspólnoty”. Zatem, aby zastosować prawo swobodnego przepływu do obywateli Unii, musi przyczyniać się do tworzenia wspólnego rynku. Stąd ustalenie, czy dana jednostka ma prawo do swobodnego przepływu zależy od tego, czy jest ona aktywnym uczestnikiem gospodarki. Te kryteria nie zostały jednak zastosowane do homoseksualnych pracowników.

Zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie osób, a zwłaszcza pracowników, jest więc jednym z najważniejszych zadań zmierzających do osiągnięcia celów Wspólnoty, w tym ustanowienia wspólnego rynku oraz unii gospodarczej.

Cel ten został osiągnięty w znacznym stopniu, ale wciąż pozostają luki. Jedną z nich jest niejednakowe traktowanie gejów i lesbijek we Wspólnocie Europejskiej. Są oni chronieni w jednych państwach członkowskich, a w innych nie⁸¹. Pozwalanie przedsiębiorstwom na prowadzenie dyskryminacyjnej polityki w oparciu o orientację seksualną pracownika może naruszyć jego prawo do swobodnego przepływu.

Na przykład, jeśli obywatel państwa, które nie uznaje dyskryminacji otrzyma ofertę pracy w innym państwie członkowskim, które pozwala pracodawcom

⁸⁰ *Levin v. Staatssecretaries van Justitie*, sprawa 53/81, 1982 E.C.R. 1035.

⁸¹ Ta dysproporcja w prawie pracy zapewne ulegnie zmniejszeniu po implementacji Dyrektywy 2000/78, ale o tym czy dany kraj jest „przyjazny” dla mniejszości seksualnych decyduje całokształt stanu prawnego, a nie jedna ustawa.

dyskryminować homoseksualistów, powstrzyma się od wyjazdu do tego państwa, skazując tym samym na niepowodzenie najważniejszy aspekt jedności gospodarczej. Podobnie lesbijska para mieszkająca w Danii, gdzie ich związek jest prawnie uznany, co wiąże się z odpowiednimi korzyściami prawnymi, nie zechce przeprowadzić się do kraju, gdzie rząd nie uznaje podobnych związków. Jeśli wyjechałyby do tego kraju razem, nie byłyby traktowane jak małżonkowie w rozumieniu artykułu 10-12(a) Rozporządzenia 1612/68. W takim wypadku niepracujący partner ze związku homoseksualnego nie otrzyma zezwolenia na pozostanie w danym państwie ze swoim partnerem, podczas gdy małżonek w heteroseksualnym związku małżeńskim mógłby pozostać⁸².

Prawa te naruszają ducha Traktatu WE. Można zaryzykować stwierdzenie, że prawa i praktyki, które utrudniają homoseksualistom poruszać się swobodnie na terenie Wspólnoty, zniechęcając ich do szukania pracy w krajach dyskryminujących, naruszają wspomniany artykuł 3(c) TWE. Potencjalnie mogą mieć istotny wpływ ekonomiczny na całą Unię, ograniczając osiągnięcie jej ważnych celów: pełnej integracji ekonomicznej, harmonizacji systemów socjalnych, bliskiej współpracy w sferze zatrudnienia, warunków pracy, itd.⁸³

Artykuły 94-96 TWE wymagają od Komisji i Rady odpowiednich działań w celu zbliżania ustawodawstw mających wpływ na funkcjonowanie wspólnego rynku. Trybunał Sprawiedliwości mógłby to zrobić w efektywny sposób, gdyż ma po temu możliwości – tak jak swego czasu w przełomowym orzeczeniu *Defrenne v. Sabena*⁸⁴ stwierdził, że nierówne traktowanie kobiet i mężczyzn (tu nierówna płaca) ma wpływ na ekonomiczne cele Wspólnoty.

Wtedy argument integracji gospodarczej w połączeniu z ideą równego traktowania odniosły sukces. Decyzja w sprawie *Grant* dowiodła, że dzisiaj te argumenty są już niewystarczające. A przecież wśród europejskiej populacji liczącej około 365 milionów osób, populacja homoseksualistów liczy przynajmniej 80 milionów obywateli⁸⁵, nie mówiąc już o nowych państwach człon-

⁸² Warto zauważyć, że np. Wielka Brytania do niedawna nie uznawała związków homoseksualnych, uznając natomiast wielu małżonków z małżeństw poligamicznych. Aktualnie w parlamencie brytyjskim znajduje się projekt ustawy o związkach partnerskich tej samej płci – Civil Partnerships Bill.

⁸³ Zob. m.in. artykuły 2, 136, 137 TWE.

⁸⁴ *Defrenne v. Sabena*, sprawa 43/75.

⁸⁵ Peter Tatchell, *Europe in the Pink: Lesbian & Gay Equality in the New Europe*; cytują za: H. Hunt, *Diversity and the European Union: Grant v. SWT, the Treaty of Amsterdam, and the*

kowskich, gdzie te liczby są trudne do określenia ze względu na nieujawnianie się osób homoseksualnych⁸⁶. Głównym celem Unii Europejskiej jest jednak integracja ekonomiczna, stąd kwestiami polityki społecznej zajmuje się w dalszej kolejności i tylko w zakresie, w jakim mają wpływ na tę integrację.

Ponieważ prawo swobodnego przemieszczania się ma fundamentalne znaczenie dla Unii Europejskiej i celów leżących u jej podstaw, Parlament Europejski podejmował wiele prób zachęcających do zniesienia tego rodzaju dyskryminacji.

W maju 1990 roku Glyn Ford, członek Parlamentu Europejskiego, wezwał Komisję do przyznania, że dyskryminacja lesbijek i gejów jest przeszkodą w osiągnięciu trzech kluczowych celów Wspólnoty: swobodnego przepływu osób, stworzenia wewnętrznego rynku bez granic oraz harmonizacji praw państw członkowskich⁸⁷. Również Jacques Delors przyznał, że taka dyskryminacja utrudnia osiągnięcie pewnych celów, zwłaszcza wolnego przepływu osób⁸⁸. Tego typu różnice w prawie powodują zaburzenia konkurencji na rynku pracy, a także uniemożliwiają niektórym pracodawcom przyciągnięcie wysoko wykwalifikowanych pracowników tylko dlatego, że są homoseksualni.

Lesbijki i geje stanowią część europejskiego potencjału pracowniczego. Dyskryminowanie ich w zakresie swobody przemieszczania się utrudnia i ogranicza ich mobilność w taki sam sposób, w jaki dyskryminacja ze względu na płeć utrudnia mobilność kobiet-pracowników. Ponadto, jeśli dyskryminacja homoseksualistów stanowi naruszenie ich praw, to w zakresie i w stopniu, w jakim prawo wspólnotowe określa ich aktywność gospodarczą, Wspólnota posiada kompetencje do udzielania im ochrony przed naruszeniem tych praw. Komisarz Sutherland potwierdził opinię Komisji⁸⁹, że „zwolnienie z jakiegokolwiek powodu związanego z prywatnym życiem pracownika jest z założenia niedopuszczalne.” Rozumowanie to powinno odnosić się do całego

Free Movement of Persons, Denver Journal of International Law and Policy, Fall 1999, vol. 27, s. 647.

⁸⁶ Szacuje się, że w Polsce jest ich ok. 1 do 2 mln.

⁸⁷ Cele te zawarte są w artykułach 39, 40, 94, 95 i 96 TWE.

⁸⁸ Peter Tatchell, *op. cit.*; cytuję za Paul L. Spackman, *Grant v. South-West Trains: Equality for Same-Sex Partners in the European Community*, American University Journal of International Law and Policy, 1997, s. 1092.

⁸⁹ W odpowiedzi na zapytanie nr 14 (H-245/85): Question by Mrs Van Den Heuvel to the Commission: Discrimination Against Homosexuals, OJ 1985 C 229/0078.

rynku wewnętrznego. Skoro Wspólnota harmonizuje działania w zakresie kształcenia zawodowego, uznawania dyplomów, prawa jazdy, a więc obejmuje je regulacjami wspólnotowymi, to mogłaby również uznać za sprzeczne z prawem dyskryminowanie homoseksualistów, które dotyczy celów polityki Wspólnoty oraz zagraża podstawowym prawom człowieka.

Szczególne znaczenie w tej kwestii ma Traktat Amsterdamski, który wyraźnie zakazuje dyskryminowania homoseksualistów, o czym była mowa wcześniej. Stwarza on potencjalne możliwości ochrony lesbijek i gejów przed dyskryminacją w sferach należących do kompetencji Wspólnoty (a więc warunki pracy i swobodny przepływ pracy). Taka ochrona, sformułowana raczej w kategoriach sprawiedliwości i równości ekonomicznej niż w kategoriach moralności, byłaby może łatwiejsza do przełknięcia dla państw członkowskich mniej otwartych na równouprawnienie homoseksualistów. Odmawianie, w sposób bezpośredni czy pośredni, prawa do swobodnego przepływu osób jakiejś części społeczeństwa osłabia przecież rozwój i stabilność gospodarczą Unii.

Również Komisja uznała, że najbardziej dyskryminowane grupy mają trudności z integracją społeczną, szczególnie w kwestii dostępu do rynku pracy. Zarówno planowane dyrektywy jak i te, które weszły już w życie⁹⁰, zakazujące wszelkiego rodzaju dyskryminacji, mają na celu zmienić tę sytuację, by obywatele mogli „w pełni wykorzystać swoje możliwości w znaczeniu ekonomicznym i społecznym”⁹¹.

Jeszcze innym aspektem dyskryminacji mniejszości seksualnych, mającym wpływ na ograniczanie swobodnego przepływu osób, jest nierespektowanie związków tej samej płci przez państwa, które nie przewidują podobnych instytucji prawnych⁹². Tym samym pary cieszące się uznanym statusem prawnym w swoim państwie, na skutek przeprowadzki do innego kraju tracą go. Jest to problem dotykający wbrew pozorom znacznej liczby osób⁹³.

⁹⁰ Dla mniejszości seksualnych największe znaczenie ma przede wszystkim Dyrektywa Rady nr 2000/78/EC, o której wspominałam wcześniej.

⁹¹ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the ESC and the CoR *on certain Community measures to combat discrimination*; OJ 1999/C 369/03, 21.12.1999.

⁹² Parlament Europejski od 1994 r. wzywał do umożliwiania lesbijkom i gejom dostępu do małżeństwa lub podobnych instytucji prawnych – por. *Resolution on equal right for homosexuals and lesbians in the EC*, 1994 OJ C 61/40, par. 14.

⁹³ Na przykład we Francji w pierwszym roku obowiązywania ustawy „Pacs” zarejestrowało się 29,855 par tej samej płci; w Holandii od 1998 roku – 8,536, a od kwietnia 2001 (kiedy weszła w życie nowa ustawa) zawarto 5,738 małżeństw tej samej płci (dane na marzec 2004,

Krokiem naprzód w tym kierunku miała być zaproponowana przez Komisję 14 października 1998 r. zmiana Rozporządzenia Rady 1612/68⁹⁴, zgodnie z którą prawo do pozostania z pracownikiem migrującym na terenie państwa przyjmującego (art. 10 Rozporządzenia) miałyby, obok małżonka, *każda osoba posiadająca status małżonka na podstawie prawa przyjmującego państwa członkowskiego*, uzyskując tym samym wszystkie uprawnienia wynikające z artykułu 11 (przede wszystkim prawa pobytu i podjęcia wszelkiego rodzaju działalności zawodowej). Ponadto projekt zawierał nowy artykuł 1a, w którym znalazła się ogólna klauzula antydyskryminacyjna, powtarzająca wszystkie przesłanki z art. 13 TWE. W preambule propozycji podkreślono, iż dyskryminacja m.in. ze względu na orientację seksualną stanowi przeszkodę w swobodnym przepływie pracowników i ich rodzin, jak również w ich integracji w państwie przyjmującym, wobec czego powinna być zakazana w ramach tegoż Rozporządzenia⁹⁵.

Projekt zatrzymał się na etapie oczekiwania na stanowisko Rady, po przyjęciu przez Komisję poprawek Parlamentu⁹⁶ i stał się nieaktualny w związku z wniesieniem we wrześniu 2001 propozycji nowej dyrektywy *o prawie obywateli Unii i ich rodzin do swobodnego poruszania się i przebywania na terytorium Państw Członkowskich*⁹⁷; Dyrektywa 2004/38⁹⁸ weszła w życie 30 kwietnia 2004 r., dając Państwom dwa lata na jej implementację.

Nowa dyrektywa wywodzi uprawnienie do swobodnego poruszania się i pobytu z instytucji obywatelstwa Unii Europejskiej, konsolidując i modyfikując dotychczasowe prawo pochodne w dziedzinie swobodnego przepływu

za: Kees Waaldijk, *Latest news about same-sex marriage in the Netherlands (and what it implies for foreigners)*, dostępny na stronie: E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Faculty of Law of Universiteit Leiden, Netherlands).

⁹⁴ Proposal for a European Parliament and Council Regulation amending Council Regulation No 1612/68 *on freedom of movement for workers within the Community*, COM/98/0394 final, [1998] OJ C344/9, art. 10; poprzednia propozycja Komisji z 1988 roku (OJ 1990 C119/10) została wycofana wraz ze złożeniem nowego projektu.

⁹⁵ Paragraf 5 Propozycji.

⁹⁶ W dniu 04.05.1999 r.

⁹⁷ Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States COM(2001)257 final – OJ C 270E, 25.09.2001.

⁹⁸ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council *on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*; OJ L-158, 30/04/2004, s. 77

osób (regulowanej dotąd dwoma rozporządzeniami i dziewięcioma dyrektywami⁹⁹). Dyrektywa upraszcza wymogi formalne konieczne do korzystania z tego prawa (znosi konieczność posiadania karty pobytu przez obywateli Unii, wprowadza prawo stałego pobytu), przede wszystkim jednak wprowadza nową definicję „członka rodziny” oraz precyzuje ograniczenia prawa pobytu ze względu na porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne, zawężając swobodę państw w tym zakresie. Ograniczenia takie nie mogą opierać się na innych przesłankach niż postępowanie danej jednostki, stanowiące poważne i aktualne zagrożenie dla podstawowych interesów państwa, przy czym wcześniejszy wyrok karny nie usprawiedliwia automatycznie podjętych środków. W żadnym wypadku decyzja o wydaleniu nie może mieć podstaw ekonomicznych, i może zostać podjęta po uwzględnieniu szeregu czynników dotyczących rezydenta, jak sytuacja rodzinna czy stopień integracji.

Definicja „członka rodziny” obejmuje teraz związki rejestrowane (partnerstwo rejestrowane), o ile uznawane są przez państwo przyjmujące za równorzędne z małżeństwem. Jednakże Państwo powinno „ułatwić” wjazd i pobyt partnerowi, z którym obywatela łączy „długotrwały związek należycie poświadczony/zalegalizowany”¹⁰⁰, biorąc pod uwagę ich wzajemną więź. Członkowie rodziny będący obywatelami państw trzecich zyskują pełniejszą ochronę w przypadku śmierci obywatela od którego byli zależni, lub też rozwiązania małżeństwa albo partnerstwa. Członkowie rodziny obywatela, niezależnie od narodowości, oprócz prawa pobytu będą uprawnieni do podejmowania zatrudnienia i innej działalności gospodarczej.

W kwestii definicji członka rodziny dyrektywa stanowi polityczny kompromis¹⁰¹, który w środowiskach LGBT¹⁰² został przyjęty z rozczarowaniem jako ostrożny i konserwatywny¹⁰³. Podczas gdy Parlament Europejski nakła-

⁹⁹ Regulującymi m.in. sytuację pracowników, osób samozatrudnionych, studentów, emerytów; dyrektywa 2004/38 zmienia Rozporządzenie 1612/68, uchyla jego artykuły 10 i 11, jak też uchyla dyrektywy 64/221/EC, 68/360/EC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/365/EEC, 93/96/EEC.

¹⁰⁰ „durable relationship duly attested”, art 3 (2) Dyrektywy.

¹⁰¹ Zapewne był to optymalny kompromis w aktualnej sytuacji politycznej, zważywszy na zdecydowany sprzeciw Rady, przystąpienie dziesięciu nowych państw oraz zbliżające się wybory do Parlamentu.

¹⁰² LesbianGayBisexualTransgendered.

¹⁰³ ILGA-Europe *Media release*, 26 September 2003, 19 February 2004.

niał do prawnego uznania partnerów tej samej płci jako „małżonka” i rodziny w szerszym znaczeniu¹⁰⁴, Rada usunęła z tekstu dyrektywy wszelkie wyraźne odniesienia do par tej samej płci (a więc jest to pewien krok w tył nawet w porównaniu do wcześniejszej propozycji Komisji). Co prawda wyraźne uznanie związku rejestrowanego stanowi ważny sygnał świadczący o uznaniu tego statusu za istotny, jednakże rzeczywiste prawa przyznane partnerom są znikome. Prawo do swobodnego poruszania się i pobytu rozciąga się na lesbijki i gejów tylko w tych krajach, które „traktują związki rejestrowane jako równoznaczne z małżeństwem”, co aktualnie (nie licząc państw gdzie odpowiednie ustawy są wciąż dyskutowane) dotyczy siedmiu spośród 25 państw UE (Danii, Szwecji, Finlandii, Holandii, Belgii, Niemiec i Francji). Partnerzy w związkach rejestrowanych, przybywający do innych krajów, niezależnie od tego skąd, nie nabędą praw przysługujących rodzinie (oczywiście abstrahując od praw przysługujących im osobiście, jeśli oboje są obywatelami Unii). Warto zauważyć, że w dyrektywie 2003/86¹⁰⁵ dotyczącej łączenia rodzin obywateli państw trzecich przyjęto podobne rozwiązanie – uznanie partnerów rejestrowanych zależy od woli Państw.

Zdaniem ILGA-Europe¹⁰⁶ która opiniowała projekt dyrektywy¹⁰⁷, taki zapis może być źródłem nowej formy dyskryminacji ze względu na narodowość, a więc naruszeniem art. 12 TWE. Na przykład włoski gej będzie mógł wyjechać do Szwecji i połączyć się tam ze swoim partnerem, zarówno obywatelem Unii, jak państwa trzeciego. Paradoksalnie Szwed, który zawarł już prawnie uznany związek partnerski w Szwecji, utraci ten status po przyjeździe do Włoch. Dla takich osób przeszkoda w swobodnym przepływie osób w praktyce nadal istnieje.

Powinność „ułatwiania” pobytu partnerom pozamałżeńskim stanowi tu pewien kompromis, ale jest zbyt ogólnikowa i będzie musiała zostać zinterpretowana przez orzecznictwo. ILGA zauważa, że nie jest konieczne uza-

¹⁰⁴ W pierwszym czytaniu dyrektywy w lutym 2003 Parlament przyjął dalej idący projekt.

¹⁰⁵ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification Official Journal L 251, 03/10/2003 P. 0012 – 0018.

¹⁰⁶ ILGA-Europe – the European Region of the International Lesbian and Gay Association (ILGA); posiada status konsultanta przy Radzie Europy, jest członkiem *Platform of European Social NGOs*.

¹⁰⁷ *Summary of the position paper on the proposal of a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States COM(2001)257*, ILGA-Europe, January 2002.

leżnieniu swobody przepływu osób od tego czy państwo przyjmujące przewiduje formę prawnego uznania związków partnerskich. Przykładem jest Wielka Brytania, gdzie nie wprowadzono jeszcze takiego prawa, ale od 1997 r. przepisy imigracyjne rozszerzono na pary tej samej płci¹⁰⁸.

W tej sytuacji kwestia znaczenia słowa „małżonek” pozostaje otwarta, a dyskusja nad jego interpretacją wciąż aktualna.

5. Uwagi końcowe

W drodze do większej równości Unia Europejska stanowi pewien skrót, gdyż jej innowacje w zakresie legislacji i orzecznictwa mają prawnie wiążący skutek we wszystkich Państwach Członkowskich. Dzięki temu obywatele Unii mają możliwość powołania się wprost na prawo wspólnotowe, jeśli prawo krajowe jest z nim sprzeczne. Wiążący charakter orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości zapewnia też jednolitość interpretacji prawa wspólnotowego. Trzeba jednak pamiętać, że prawo wspólnotowe nie obejmuje wszystkich dziedzin życia regulowanych przez prawo, mimo iż zakres jej kompetencji stale się poszerza. Taką dziedziną pozostaje prawo rodzinne, zwłaszcza regulacje dotyczące definicji i możliwości zawierania małżeństwa. Ponadto nawet w sferach objętych legislacją Wspólnoty często pozostawia ona państwom jakiś margines swobody. Stąd wynikają pewne ograniczenia Trybunału w zakresie orzekania w niektórych kwestiach społecznych bez gwarancji poparcia znacznej części opinii publicznej. Pozostawiając swobodę państwom w zakresie legislacji dotyczącej dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, TS nie zdołał zapewnić jednolitości interpretacji prawa wspólnotowego w tej kwestii. Te ograniczenia kompetencyjne często uniemożliwiają sądom wprowadzenie takich zmian społecznych i kulturowych, jakich wymaga pełna realizacja zasady równości, bez wsparcia ze strony legislatywy (jednakże sądy nie mogą też ignorować przemian jakie zachodzą w świecie i społeczeństwie).

Instytucje Wspólnoty mimo wszystko nie uchylały się od bezpośredniego nawiązywania do kwestii dyskryminacji homoseksualistów, szczególnie Parlament od dawna jest wielkim orędownikiem wprowadzenia jak najszerzej ochrony ich praw. Zmiany wprowadzone Traktatem Amsterdamskim

¹⁰⁸ Immigration Directorates' Instructions, 'Common-law and same sex relationship (unmarried partners)' Chapter 8, section 7.

oraz legislacja będąca ich następstwem dowodzą, że Wspólnota Europejska, a co najważniejsze – państwa członkowskie, rozumieją, iż jedność społeczeństwa europejskiego zależy od respektowania przez Wspólnotę różnorodności jej obywateli. Właśnie dla dobra obywateli Unii, co podkreśliła sama Komisja¹⁰⁹, zasady równości i walki z dyskryminacją muszą znaczyć więcej niż słowa, i pociągać za sobą konkretne działania w celu ich promowania. Temu ma służyć utworzony Decyzją Rady specjalny program wspierający wszelkie działania zwalczające dyskryminację – *Community action programme to combat discrimination*¹¹⁰ – podnoszeniu ogólnej świadomości dotyczącej dyskryminacji, rozwijaniu mechanizmów skutecznej walki z nią oraz promowaniu wartości, które niesie ze sobą zasada równości. Pierwsze skutki tego programu – implementacja Dyrektywy 2000/78 – możemy już odczuć w naszym kraju. Miejmy nadzieję, że wkrótce dadzą się odczuć również inne, w postaci większej świadomości i tolerancyjności społeczeństwa.

¹⁰⁹ OJ 1999/C 369/03

¹¹⁰ Council Decision 2000/750/EC of 27 November 2000 *establishing a Community action programme to combat discrimination (2001 to 2006)*, OJ L 303/0023.