



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1  
2 © Trybunał Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl [Translation already  
3 published on the official website of the Polish Constitutional Tribunal] -  
4 Permission to re-publish this translation has been granted by the Polish  
5 Constitutional Tribunal for the sole purpose of its inclusion in the Court's  
6 database HUDOC  
7  
8 © Trybunał Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl [Tłumaczenie zostało już  
9 opublikowane na oficjalnej stronie Trybunału Konstytucyjnego] -  
10 Zezwolenie na publikację tego tłumaczenia zostało udzielone przez  
11 Trybunał Konstytucyjny wyłącznie w celu zamieszczenia w bazie  
12 Trybunału HUDOC©

#### CZWARTA SEKCJA

### SPRAWA CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS przeciwko PORTUGALII

*(Skarga nr 17484/15)*

#### WYROK

*Niniejsza wersja została skorygowana w dniu 3 października 2017 r.  
zgodnie z Regułą 81 Regulaminu Trybunału.*

STRASBOURG

z dnia 25 lipca 2017 r.

**OSTATECZNY**

**25/10/2017 r.**

*Wyrok ten stał się ostateczny zgodnie z warunkami określonymi w art. 44 ust. 2  
Konwencji. Wyrok może podlegać korekcie edycyjnej.*



**W sprawie Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii,**  
Europejski Trybunał Praw Człowieka (Czwarta Sekcja), zasiadając jako  
Izba składająca się z następujących sędziów:

Ganna Judkowska, *Przewodnicząca,*

Vincent A. De Gaetano,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Faris Vehabović,

Iulia Motoc,

Georges Ravarani,

Marko Bošnjak, *Sędziowie,*

oraz Andrea Tamietti, *Zastępca Kanclerza Sekcji,*

Obradując na posiedzeniu zamkniętym w dniu 20 czerwca 2017 r.,

Wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w tym dniu:

## POSTĘPOWANIE

1. Sprawa wywodzi się ze skargi (nr 17484/15) przeciwko Republice Portugalskiej wniesionej do Trybunału na podstawie art. 34 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności („Konwencja”) przez obywatelkę portugalską, panią Marię Ivone Carvalho Pinto de Sousa Morais („skarżąca”) z dnia 1 kwietnia 2015 r.

2. Skarżąca była reprezentowana przez pana V. Parente Ribeiro, adwokata praktykującego w Lizbonie. Portugalski Rząd („Rząd”) reprezentowany był przez swojego pełnomocnika, panią M. F. da Graça Carvalho, Zastępcę Prokuratora Generalnego.

3. Skarżąca podniosła zarzut, że decyzja Naczelnego Sądu Administracyjnego o obniżeniu kwoty przyznanej jej początkowo z tytułu szkody niemajątkowej stanowiła dyskryminację ze względu na płeć i wiek, z naruszeniem art. 14 w związku z art. 8 Konwencji.

4. W dniu 16 czerwca 2016 r. skargi dotyczące art. 14 w związku z art. 8 Konwencji zostały zakomunikowane Rządowi, zaś pozostała część skargi została uznana za niedopuszczalną zgodnie z Regułą 54 ust. 3 Regulaminu Trybunału.

## FAKTY

### I. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

5. Skarżąca urodziła się w 1945 roku i mieszka w Bobadela.

### A. Kontekst sprawy

6. W grudniu 1993 r. skarżąca została pacjentką oddziału ginekologicznego szpitala położniczego im. Alfredo da Costa (w terminie późniejszym nazwę szpitala zmieniono na Centralny Szpital Lizboński - *Centro Hospitalar de Lisboa Central*, w dalszej części; „CHLC”).

7. W dniu 9 grudnia 1993 r. u skarżącej rozpoznano chorobę ginekologiczną, zapalenie gruczołu Bartholina, po lewej stronie pochwy (*bartholinite à esquerda*). Skarżąca rozpoczęła leczenie, polegające między innymi na drenażach (*drenagens*). Po każdym drenażu gruczoł Bartholina obrzmiewał, powodując u skarżącej znaczny ból. Konieczne było zatem przeprowadzenie kolejnego drenażu i podanie środków przeciwbólowych.

8. Podczas konsultacji na początku 1995 r. zaproponowano jej operację.

9. W dniu 21 maja 1995 r. skarżąca została przyjęta do CHLC na zabieg chirurgiczny usunięcia lewego gruczołu Bartholina. W dniu 22 maja 1995 r. skarżącej usunięto obydwie gruczoły, po lewej i prawej stronie pochwy.

10. W nieznanym dniu po wypisie skarżąca zaczęła odczuwać intensywny ból i utratę czucia w pochwie. Cierpiała również na nietrzymanie moczu, miała trudności z siedzeniem i chodzeniem, nie mogła utrzymywać relacji seksualnych.

11. W nieznanym terminie skarżąca została poinformowana, po zbadaniu w prywatnej klinice, że w trakcie operacji uszkodzeniu uległ lewy nerw sromowy (*nervo pudenda do lado esquerdo*).

### B. Postępowanie krajowe przeciwko szpitalowi

12. W dniu 26 kwietnia 2000 r. skarżąca wniosła do Sądu Administracyjnego w Lizbonie (*Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa*) powództwo cywilne przeciwko CHLC na podstawie ustawy o odpowiedzialności państwa (*acação de responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito*), domagając się odszkodowania w wysokości 70 579 779 escudo (PTE), co odpowiada kwocie 325 050 020 EUR (EUR), w tym 50 000 000 PTE (249 399 EUR) tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę niemajątkową w związku z niepełnosprawnością fizyczną spowodowaną operacją.

13. W dniu 4 października 2013 r. Sąd Administracyjny w Lizbonie wydał orzeczenie częściowo na korzyść skarżącej. Ustalił, między innymi, następujące fakty:

(i) od 1995 r. skarżąca cierpiała z powodu fizycznego upośledzenia, które spowodowało ogólny stopień trwałej niepełnosprawności na poziomie 73% oraz niepełnosprawność skarżącej wynikała z przecięcia lewego nerwu sromowego;

(ii) po wypisaniu ze szpitala skarżąca skarżyła się na ból związany z niewrażliwością w operowanej i opuchniętej części ciała;

(iii) podczas operacji uszkodzony został lewy nerw sromowy, co spowodowało u skarżącej ból, utratę wrażliwości i obrzęk w obszarze pochwy;

(iv) skarżąca doznała zmniejszenia wrażliwości pochwy z powodu częściowego uszkodzenia lewego nerwu sromowego.

14. Co do istoty sprawy Sąd Administracyjny w Lizbonie orzekł, że nie dopełniając obiektywnego obowiązku opieki chirurg nie działał z zachowaniem należytej staranności, z naruszeniem *leges artis*. Sąd stwierdził istnienie związku przyczynowego między postępowaniem chirurga a uszkodzeniem lewego nerwu sromowego skarżącej. Sąd Administracyjny w Lizbonie stwierdził również, że to właśnie ten uraz spowodował u niej, między innymi, ból i utratę czucia w pochwie oraz nietrzymanie moczu. W rezultacie skarżąca miała trudności z chodzeniem, siedzeniem i kontaktami seksualnymi, co w sumie sprawiło, że miała poczucie utraty własnej wartości jako kobieta. W konsekwencji skarżąca była również przygnębiona, miała myśli samobójcze i unikała kontaktu z członkami rodziny i przyjaciółmi. Z tych przyczyn Sąd Administracyjny w Lizbonie uznał, że skarżącej należy przyznać 80 000 EUR tytułem zadośćuczynienia za doznaną szkodę niemajątkową. W odniesieniu do szkody majątkowej Sąd Administracyjny w Lizbonie przyznał skarżącej 92 000 EUR, z czego 16 000 EUR przeznaczono na usługi pokojówki, którą skarżąca musiała zatrudnić do pomocy w wykonywaniu prac domowych.

15. W nieznaney dacie CHLC odwołał się od wyroku Sądu Administracyjnego w Lizbonie do Naczelnego Sądu Administracyjnego (*Supremo Tribunal Administrativo*). Skarżąca również wniosła odwołanie wzajemne (*recurso subordinado*), twierdząc, że powinna była otrzymać 249 399 EUR tytułem odszkodowania i że odwołanie CHLC należy uznać za niedopuszczalne. W opinii Prokuratury Generalnej przy Naczelnym Sądzie Administracyjnym (*Procuradora Geral Adjunta junto do Supremo Tribunal Administrativo*) stwierdzono, że odwołanie CHLC powinno zostać oddalone, ponieważ ustalono, że doszło do naruszenia *leges artis*. W konsekwencji zweryfikowano różne wymogi dotyczące obowiązku zapłaty odszkodowania i sąd pierwszej instancji orzekł o odszkodowaniu w sposób sprawiedliwy i właściwy.

16. W dniu 9 października 2014 r. Naczelny Sąd Administracyjny utrzymał w mocy wyrok pierwszej instancji odnośnie do meritum skargi, lecz obniżył kwotę, między innymi, przyznaną na usługi pokojówki z 16 000 EUR do 6 000 EUR oraz kwotę zadośćuczynienia z tytułu szkody niemajątkowej z 80 000 EUR do 50 000 EUR. Właściwe części wyroku brzmiały następująco:

„ ... w odniesieniu do odszkodowania związanego z wynagrodzeniem pokojówki ... [powódka] nie mogła wykazać kwoty poniesionej z tego tytułu. Ponadto ... sądzimy, że przyznanie 16 000 EUR w ramach tej kwoty jest oczywiście nadmierne.

Rzeczywiście, (1) nie ustalono, że powódka utraciła zdolności do zajmowania się pracami domowymi, (2) działalność zawodowa poza domem to jedna sprawa, a prowadzenie domu - inna, oraz (3) biorąc pod uwagę wiek jej dzieci, [powódka] prawdopodobnie potrzebowała zajmować się tylko mężem, co prowadzi do wniosku, że nie musiała zatrudniać pełnoetatowej pokojówki ...

Wreszcie, w odniesieniu do szkód niemajątkowych, ważne jest, aby ustalić kwotę, która zrekompensuje powódce ból, utratę czucia i obrzęk w obszarze pochwy, a także trudności z siedzeniem i chodzeniem, co powoduje u niej cierpienie i uniemożliwia jej zwykłe życie, jak również zmusza do codziennego korzystania z podpasek ze względu na nietrzymanie moczu i kału oraz ograniczenie aktywności seksualnej, co spowodowało u niej poczucie utraty własnej wartości jako kobiety. Dodatkowo, medycyna zna sposoby rozwiązania jej problemu. Powyższe spowodowało u skarżącej ciężką depresję, wyrażającą się w lęku i symptomach somatycznych przejawiających się w trudnościach ze snem, głęboką odrazą i frustracją w związku z sytuacją, w której się znajduje. Depresja zmieniła ją w osobę bardzo nieszczęśliwą i przeszkadza jej w nawiązywaniu relacji z innymi osobami, a także spowodowała, że przestała odwiedzać rodzinę i znajomych, chodzić na plażę i do teatru, a nawet wzbudziła u skarżącej myśli samobójcze.

Należy jednak zauważyć, że powódka cierpi na schorzenie ginekologiczne od dłuższego czasu (co najmniej od 1993 r.) i że poddawano już ją różnego rodzaju leczeniu bez zadowalającego rezultatu oraz że to właśnie brak wyników i niemożność wyleczenia schorzenia w inny sposób stanowiły podstawę decyzji o operacji. Już przed [operacją] cierpiała na nieznośny ból i objawy depresji. Oznacza to, że skargi powódki nie są nowe i że zabieg chirurgiczny jedynie pogorszył i tak już trudną sytuację. Faktu tego nie można ignorować przy ustalaniu wysokości odszkodowania.

Dodatkowo nie należy zapominać, że w czasie operacji powódka miała już 50 lat i dwoje dzieci, tzn. była w wieku, w którym seks nie jest już tak ważny jak wcześniej, jako że jego znaczenie z wiekiem maleje.

W związku z powyższym, uwzględniając wszystkie aspekty, uważamy, że odszkodowanie przyznane w pierwszej instancji przekroczyło kwotę, jaką można by uznać za rozsądną i z tego względu powódce należy przyznać zadośćuczynienie [z tytułu szkody niemajątkowej w wysokości 50 000 EUR".

17. W dniu 29 października 2014 r. Prokuratura Generalna przy Naczelnym Sądzie Administracyjnym wystąpiła do Naczelnego Sądu Administracyjnego z wnioskiem o stwierdzenie nieważności (*nulidade do acórdão*) wyroku z dnia 9 października 2014 r. w części dotyczącej kwoty zasądzonej tytułem szkody niemajątkowej. Prokuratura argumentowała, że uzasadnienie wyroku i decyzja w sprawie kwoty zadośćuczynienia były sprzeczne. Wskazała ponadto, że przyznanie odszkodowania nie powinno być uwzględniać symptomów skarżącej przed interwencją medyczną, jakby sprawa dotyczyła wyłącznie pogorszenia tych symptomów. Właściwe części wniosku brzmiały następująco:

„..."

III - W niniejszym przypadku mamy do czynienia z zabiegiem chirurgicznym, którego celem było wyłącznie usunięcie gruczołów Bartholina.

...

W trakcie zabiegu chirurgicznego częściowemu uszkodzeniu uległ lewy nerw sromowy.

Nerw sromowy .... jest innym organem niż ten, którego dotyczyła interwencja chirurgiczna.

Po usunięciu gruczołów powódka poniosła szkodę, którą uznano za ustaloną i która wynikała konkretnie z tej przyczyny.

IV- Biorąc pod uwagę stan faktyczny wyroku oraz fakt, że „przy braku mało prawdopodobnych i nieoczekiwanych zdarzeń lekarze wyleczyliby chorobę powódki i mogłaby ona wrócić do normalnego życia”, decyzja ustalająca wysokość zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową nie powinna była uwzględniać bólu i symptomów depresji powódki występujących przed zabiegiem chirurgicznym tak, jakby uległy one pogorszeniu.

Powyższe wynika z faktu, że zgodnie z wyrokiem, problemy te zniknęłyby po usunięciu gruczołów Bartholina i wyleczeniu schorzenia skarżącej w drodze dzięki przeprowadzeniu operacji.

V - **Uzasadnienie wyroku** w sposób logiczny prowadzi do podjęcia innej decyzji.

Decyzja ta polegałaby na ustaleniu zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową na podstawie faktu, że gdyby nerw sromowy nie został uszkodzony, powódka zostałaby wyleczona.

18. W dniu 4 listopada 2014 r. skarżąca złożyła do Naczelnego Sądu Administracyjnego wniosek o **przylaczenie** do apelacji Prokuratora Generalnego z dnia 29 października 2014 r., argumentując, że wyrok z dnia 9 października 2014 r. powinien zostać uznany za nieważny w części dotyczącej wysokości zadośćuczynienia zasądzonego tytułem szkody niemajątkowej.

19. W dniu 29 stycznia 2015 r. Naczelny Sąd Administracyjny oddalił apelacje Prokuratury Generalnej i skarżącej oraz podtrzymał wyrok z dnia 9 października 2014 r. Sąd uznał on, że ustalono związek przyczynowy między uszkodzeniem nerwu sromowemu a domniemaną szkodą. Jednakże uszkodzenie to nie było jedyną przyczyną szkody poniesionej przez skarżącą. Zdaniem sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego nie można było zignorować problemów zdrowotnych skarżącej przed operacją, a w szczególności jej objawów ginekologicznych i psychologicznych, które przeprowadzony zabieg pogłębił.

## II. WŁAŚCIWE PRAWO KRAJOWE I PRAKTYKA

### A. Konstytucja Republiki Portugalskiej

20. Właściwe przepisy Konstytucji brzmią następująco:

#### Artykuł 13 – Zasada równości

„1. Wszystkim obywatelom przysługuje taka sama godność społeczna i wszyscy obywatele są równi wobec praw

2. Nikt nie może być uprzywilejowany, wyróżniony, poszkodowany, pozbawiony któregośkolwiek z praw lub zwolniony z jakiegokolwiek obowiązku ze względu na pochodzenie, płeć, rasę, język, miejsce pochodzenia, religię, przekonania polityczne lub ideologiczne, wykształcenie, sytuację materialną lub społeczną ani orientację seksualną.”

#### **Artykuł 16 - Zakres i znaczenie praw podstawowych**

„1. Prawa podstawowe zagwarantowane w Konstytucji nie wykluczają żadnych innych praw wynikających z ustaw i mających zastosowanie norm prawa międzynarodowego.

2. Przepisy konstytucyjne i ustawowe dotyczące praw podstawowych powinny być interpretowane i stosowane zgodnie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka.

#### **Artykuł 18 - Moc prawna**

„1. Przepisy konstytucyjne odnoszące się do praw, wolności i gwarancji są stosowalne bezpośrednio i wiążą podmioty publiczne i prywatne.

2. Ustawa może ustanawiać ograniczenia praw, wolności i gwarancji wyłącznie w przypadkach wyraźnie przewidzianych w Konstytucji i w zakresie niezbędnym dla zapewnienia innych praw i interesów chronionych przez Konstytucję.

3. Ustawy ograniczające prawa, wolności i gwarancje muszą mieć charakter generalny i abstrakcyjny i nie mogą mieć mocy wstecznej, ani pomniejszać zakresu i zasięgu istotnej treści zasad konstytucyjnych.

#### **Artykuł 25 – Prawo do integralności osobistej**

„1. Integralność psychiczna i fizyczna osób jest nienaruszalna.

2. Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, poniżającemu lub nieludzkiemu traktowaniu lub karaniu.

### **C. Portugalski Kodeks cywilny**

21. Właściwe przepisy Kodeksu brzmią następująco:

#### **Artykuł 70 - Ochrona osobowości**

1. Prawo chroni jednostki przed wszelkimi przestępstwami lub groźbą popełnienia przestępstwa przeciwko osobie fizycznej lub moralnej.

2. Niezależnie od ewentualnej odpowiedzialności cywilnej, osoba zagrożona lub będąca ofiarą przestępstwa może wystąpić z wnioskiem o zastosowanie środków odpowiednich do okoliczności sprawy w celu uniknięcia realizacji zagrożenia lub złagodzenia skutków przestępstwa już popełnionego.”

#### **Artykuł 483**

„1. Kto, umyślnie lub na skutek zaniedbania (*mera culpa*), bezprawnie narusza prawa innych osób lub jakiekolwiek postanowienie prawne mające na celu ochronę interesów innych osób, jest zobowiązany do naprawienia poszkodowanemu szkody powstałej w wyniku tego naruszenia.”



#### Artykuł 487

„1. Do strony poszkodowanej należy udowodnienie odpowiedzialności za szkodę poprzez zaniedbanie (*culpa*), chyba że istnieje prawne domniemanie jej powstania.

2. W przypadku braku innych kryteriów prawnych, zaniedbanie jest oceniane w odniesieniu do staranności *bonus pater familias*, z uwzględnieniem okoliczności sprawy.”

### C. Dekret ustawodawczy nr 48051 z dnia 21 listopada 1967 r.

22. Dekret ustawodawczy nr 48051, obowiązujący w chwili wszczęcia postępowania przez skarżącą, reguluje pozaumowną odpowiedzialność cywilną państwa. Zawiera on następujące przepisy mające znaczenie dla niniejszej sprawy:

#### Artykuł 2 ust. 1

„Państwo i inne organy publiczne są zobowiązane do wypłaty odszkodowań stronom trzecim w postępowaniu cywilnym z tytułu naruszenia ich praw lub przepisów prawnych mających na celu ochronę interesów takich stron, spowodowanych bezprawnymi czynami popełnionymi w wyniku niedbalstwa (*culpa*) przez ich agencje lub urzędników podczas wykonywania przez nich obowiązków lub w wyniku wykonywania takich obowiązków.”

#### Artykuł 4

„1. Zaniedbanie (*culpa*) członków agencji lub urzędników, których dotyczy, jest oceniane zgodnie z art. 487 Kodeksu cywilnego.

#### Artykuł 6

„Dla celów niniejszego dekretu czynności prawne, które naruszają przepisy ustawowe i wykonawcze lub ogólnie obowiązujące zasady, oraz czynności fizyczne, które naruszają te przepisy i zasady lub reguły techniczne oraz zasady ogólnej ostrożności, których należy przestrzegać, uznaje się za niezgodne z prawem.

Zgodnie z orzecznictwem dotyczącym odpowiedzialności pozaumownej państwa, państwo zobowiązane jest do wypłaty odszkodowania tylko wtedy, gdy czyn bezprawny został popełniony w wyniku zaniedbania oraz między czynem a domniemaną szkodą istnieje związek przyczynowy.”

### D. Orzecznictwo

23. W wyroku z dnia 4 marca 2008 r. Sąd Najwyższy rozpatrywał zarzuty dotyczące nadużyć medycznych i musiał ocenić, czy kwota zasądzona skarżącemu z tytułu szkody niemajątkowej była nadmierna. Powód twierdził, że został poddany pełnej prostatektomii (*prostatectomia radical*), w której usunięto jego gruczoł krokowy, w wyniku czego stał się impotentem i cierpiał na nietrzymanie moczu. Sąd Najwyższy uznał błąd lekarski i przyznał skarżącemu kwotę 224 459,05 EUR tytułem

zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową. W celu uzasadnienia zasądzonej kwoty sąd stwierdził:

„Nie ulega wątpliwości, że powód poniósł szkodę niemajątkową spowodowaną przez pozwanego. Całkowita prostatektomia, która spowodowała u powoda impotencję i nietrzymanie moczu stanowiła druzgocącą i nieodwracalną konsekwencję. Tymczasem interwencja medyczna nie była nawet wymagana, ponieważ powód cierpiał jedynie na zapalenie prostaty.

...

Oczywiste jest, że z powodu działań pozwanego, powód, który w tamtym czasie miał prawie 59 lat, przeszedł radykalną zmianę w swoim życiu społecznym, rodzinnym i osobistym, ponieważ cierpi na impotencję i nietrzymanie moczu i nigdy więcej nie będzie w stanie powrócić do dawnego stylu życia. Jest teraz osobą, której życie jest fizycznie i psychicznie bolesne, a zatem doznał nieodwracalnych konsekwencji.

Nie brakuje zatem podstaw, by twierdzić, że jego poczucie własnej wartości doznało poważnego ciosu.”

24. Sąd Najwyższy rozpatrywał w dniu 26 czerwca 2014 r. kolejną sprawę dotyczącą domniemanych nadużyć medycznych i ich skutków. U powoda, o którym mowa, błędnie zdiagnozowano nowotwór i w konsekwencji poddano go prostatektomii. Sąd uznał, że odszkodowanie ustalone przez Sąd Apelacyjny w Lizbonie w związku ze szkodą niemajątkową (100 000 EUR) nie było nadmierne, zważywszy, że powód, który w przedmiotowym czasie miał 55 lat, doznał przez okres dwóch miesięcy ciężkiego urazu psychicznego na skutek działań pozwanego polegających na błędnym zdiagnozowaniu nowotworu, które spowodowały u niego ogromne cierpienie fizyczne. Ponadto prostatektomia wywarła trwałe wpływy na jego życie seksualne.

### III. WŁAŚCIWE PRAWO MIĘDZYNARODOWE

#### A. Konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet

25. Odpowiednie artykuły Konwencji ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r., ratyfikowanej przez Portugalię dnia 30 lipca 1980 r., brzmią następująco:

### Artykuł 1

„W rozumieniu niniejszej konwencji określenie „dyskryminacja kobiet” oznacza wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych.”

### Artykuł 2

„Państwa Strony potępiają dyskryminację kobiet we wszelkich jej formach oraz zgadzają się prowadzić, za pomocą wszelkich odpowiednich środków i bez zwłoki, politykę likwidującą dyskryminację kobiet i w tym celu zobowiązują się:

a) wprowadzić zasadę równości mężczyzn i kobiet do swych konstytucji państwowych lub innych odpowiednich aktów ustawodawczych, jeżeli dotychczas tego nie uczyniły, oraz zapewnić w drodze ustawodawczej lub za pomocą innych środków realizację tych zasad w praktyce,

b) podjąć stosowne kroki ustawodawcze i inne działania, obejmujące tam, gdzie jest to niezbędne, sankcje i zabraniające wszelkiej dyskryminacji kobiet,

c) ustanowić ochronę prawną praw kobiet na zasadach równości z mężczyznami oraz zapewnić w drodze postępowania przed właściwymi sądami państwowymi i innymi organami publicznymi skuteczną ochronę kobiet przed wszelkimi aktami dyskryminacji,

d) powstrzymać się od wszelkich działań i praktyk dyskryminujących kobiety i zapewnić, aby władze i organy publiczne działały zgodnie z tym obowiązkiem...”

### Artykuł 5

„Państwa Strony podejmą wszelkie stosowne kroki w celu:

a) zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowania mężczyzn i kobiet w celu osiągnięcia likwidacji przesądów i zwyczajów lub innych praktyk, opierających się na przekonaniu o niższości lub wyższości jednej z płci albo na stereotypach roli mężczyzny i kobiety.”

26. W Uwagach końcowych do ósmego i dziewiątego sprawozdania okresowego w sprawie Portugalii, przyjętych na 1337 i 1338 posiedzeniu w dniu 28 października 2015 r. (CEDAW/C/PRT/CO/8-9), Komitet CEDAW stwierdził, w szczególności, co następuje:

„...”

#### **Stereotypy**

20. Komitet z zadowoleniem przyjmuje wysiłki państwa na rzecz zwalczania stereotypów związanych z płcią poprzez edukację w szkołach, materiały promocyjne i prawodawstwo zakazujące dyskryminacji ze względu na płeć i płeć społeczno-kulturową w mediach. Zauważa jednak z niepokojem, że stereotypy związane z płcią społeczno-kulturową utrzymują się we wszystkich sferach życia, a także w mediach, oraz że państwo nie posiada kompleksowej strategii zwalczania stereotypów dyskryminacyjnych.

21. Komitet zaleca, by państwo-strona jeszcze bardziej zintensyfikowało wysiłki na rzecz przezwyciężenia stereotypowych postaw dotyczących ról i obowiązków kobiet i

mężczyzn w rodzinie i społeczeństwie poprzez przyjęcie kompleksowej strategii w tym zakresie oraz w dalszym ciągu wdrażało środki mające na celu wyeliminowanie dyskryminujących stereotypów związanych z płcią, edukowanie opinii publicznej i ustanowienie, możliwie szybko, mechanizmu regulującego wykorzystywanie dyskryminujących stereotypów związanych z płcią w mediach.”

## **B. Konwencja Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Konwencja stambulska)**

27. W dniu 5 maja 2011 r. Rada Europy przyjęła Konwencję w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, która weszła w życie w dniu 1 sierpnia 2014 r. Portugalia ratyfikowała Konwencję w dniu 5 lutego 2013 r. Właściwe części Konwencji brzmią następująco:

### **Artykuł 1 – Cele Konwencji**

1. Celami niniejszej Konwencji są:

...

b) przyczynianie się do eliminowania wszelkich form dyskryminacji kobiet i promowanie rzeczywistej równości między kobietami i mężczyznami, w tym poprzez uwłasnowolnienie kobiet:

### **Artykuł 12 – Obowiązki ogólne**

„1. Strony stosują konieczne środki, aby promować zmiany w społecznych i kulturowych wzorcach zachowań kobiet i mężczyzn w celu wykorzenia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji i wszelkich innych praktyk opartych na pojęciu niższości kobiet lub na stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn.”

## **C. Sprawozdanie specjalnego sprawozdawcy Rady Praw Człowieka ONZ ds. niezawisłości sędziów i prawników**

28. Właściwe fragmenty sprawozdania specjalnego sprawozdawcy Rady Praw Człowieka ONZ ds. niezawisłości sędziów i prawników, Gabrieli Knaul, dotyczące jej wizyty w Portugalii w dniach 27 stycznia - 3 lutego 2015 r. (Rada Praw Człowieka ONZ, dokument A/HRC/29/26/add4 z 29 czerwca 2015 r.) brzmią następująco:

„72. Specjalny sprawozdawca zauważa, że właściwa edukacja i podnoszenie świadomości sędziów i prokuratorów ma zasadnicze znaczenie dla lepszego traktowania wszystkich ofiar przestępstw przez przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości. Jest to szczególnie potrzebne w celu uniknięcia powielania uprzedzeń w orzeczeniach sądowych lub stosowania środków pozostających w sprzeczności, na przykład w odniesieniu do pieczy, co mogłoby ułatwić znanym agresorom dostęp do ofiar. Specjalny sprawozdawca docenia wysiłki podejmowane przez Centrum Studiów Sądowych na rzecz zapewnienia szkoleń, w których szczególną uwagę zwraca się na prawa człowieka i grupy szczególnie narażone.”

#### IV. SPRAWOZDANIE STAŁEGO OBSERWATORA PORTUGALSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

29. Sprawozdanie Stałego obserwatora portugalskiego wymiaru sprawiedliwości (*Observatório permanente de justiça portuguesa*), sporządzone na wniosek Komisji ds. Obywatelstwa i Równouprawnienia Płci (*Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*), dotyczące sposobu, w jaki organy sądowe postępują w odniesieniu do spraw dotyczących przemocy domowej, zostało opublikowane w listopadzie 2016 r.<sup>1)</sup>. W sprawozdaniu zwrócono uwagę, że podejście sędziów i prokuratorów do spraw często różni się w zależności od sytuacji ekonomicznej, kontekstu kulturowego i społecznego oskarżonych. W sprawozdaniu wyrażono również obawy dotyczące dominującego seksizmu prawnego i instytucjonalnego. W przykładzie odniesiono się do wyroku dotyczącego mężczyzny, który fizycznie zaatakował swoją żonę, a fakt, że odbywała ona stosunki seksualne z innymi mężczyznami, został uznany za okoliczność łagodzącą (str. 231-32 raportu).

### PRAWO

#### I. DOMNIEMANE NARUSZENIE ARTYKUŁU 14 KONWENCJI W ZWIĄZKU Z ARTYKUŁEM 8

30. Skarżąca podniosła zarzut, że wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w jej sprawie dyskryminował ją ze względu na płeć i wiek. Skarżyła się w szczególności na powody przedstawione przez Naczelną Sąd Administracyjny w celu obniżenia kwoty zasądzonej z tytułu szkody niemajątkowej oraz na fakt, że Sąd nie uwzględnił znaczenia życia seksualnego dla niej jako kobiety. Skarżąca odniosła się do art. 8 i 14 Konwencji, które stanowią:

##### Artykuł 8

„1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia rodzinnego i prywatnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i

---

1. *Violência doméstica: Estudo avaliativo das decisões judiciais*, Conceição Gomes, Paula Fernando, Tiago Ribeiro, Ana Oliveira i Madalena Duarte, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, listopad 2016 r.

zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób.”

#### Artykuł 14

„Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.”

### A. Dopuszczalność skargi

#### 1. Zastosowanie art. 14 Konwencji w związku z art. 8

##### (a) Oświadczenia stron

31. Rząd twierdził, że pojęcie życia prywatnego jest bardzo szerokie i nie podlega wyczerpującej definicji. Integralność psychiczna i fizyczna jednostki objęta jest pojęciem „życia prywatnego” i podlega ochronie na podstawie art. 8 Konwencji. W tym względzie Rząd zauważył, że wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego zmierzał między innymi do zapewnienia skarżącej odpowiedniego zadośćuczynienia za szkodę na jej integralności fizycznej i psychicznej powstałą w wyniku zabiegu chirurgicznego, co miało wpływ zarówno na jej zdrowie, jak i samopoczucie. Ponadto Rząd zauważył, że skarżąca zarzuciła dyskryminację ze względu na płeć i wiek, które to elementy składały się na osobowość jednostki, a zatem obejmowały pojęcie życia prywatnego. Rząd uznał zatem, że okoliczności sprawy mieszczą się w zakresie art. 8.

32. Skarżąca nie wypowiedziała się w kwestii zastosowania art. 8 względem faktów sprawy.

##### (b) Ocena Trybunału

33. Na wstępie Trybunał musi ustalić, czy fakty w sprawie wchodzą w zakres art. 8, a tym samym art. 14 Konwencji (zob. *Konstantin Markin przeciwko Rosji* [WI], nr 30078/06, § 129, ETPCz 2012 r. (streszczenie)).

34. Trybunał przypomina, że art. 14 Konwencji uzupełnia inne istotne postanowienia Konwencji i jej Protokołów. Artykuł ten nie posiada niezależnego istnienia, ponieważ dotyczy wyłącznie „korzystania z praw i wolności” chronionych przez te przepisy. Jednakże zastosowanie art. 14 niekoniecznie zakłada naruszenie jednego z praw materialnych zagwarantowanych w Konwencji i w tym zakresie ma on charakter autonomiczny. Środek, który sam w sobie zgodny jest z wymogami artykułu ustanawiającego dane prawo lub wolność, może jednakże naruszać ten artykuł w związku z art. 14 z tego względu, że ma charakter dyskryminujący. W związku z tym, aby można było zastosować art. 14, wystarczy, jeżeli fakty sprawy wchodzą „w zakres” innego przepisu

materialnego Konwencji lub jej Protokołów (zob. między innymi, *Chamtochu i Aksenczik przeciwko Rosji* [WI], nr 60367/08 i 961/11, § 53, 24 stycznia 2017 r. oraz *Fabris przeciwko Francji* [WI] nr 16574/08, § 47, ETPCz 2013 r. (streszczenie)).

35. W związku z tym Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że pojęcie „życia prywatnego” w rozumieniu art. 8 jest pojęciem szerokim, które nie poddaje się wyczerpującej definicji. Obejmuje ono integralność fizyczną i psychiczną osoby oraz, w pewnym stopniu, prawo do nawiązywania i rozwijania stosunków z innymi ludźmi. Może także obejmować aspekty fizycznej i społecznej tożsamości jednostki (zob. *Paradiso i Campanelli przeciwko Włochom* [WI], nr 25358/12, § 159, 24 stycznia 2017 r.). Pojęcie życia prywatnego obejmuje również prawo do „rozwoju osobistego” lub prawo do samostanowienia (*ibidem*) oraz elementy takie jak identyfikacja płciowa, orientacja seksualna i życie seksualne, które wchodzą w zakres sfery osobistej chronionej przez art. 8 (zob. *E.B. przeciwko Francji*, nr 43546/02, § 43, 22 stycznia 2008 r.).

36. W niniejszej sprawie postępowanie krajowe miało na celu ustalenie odpowiedzialności za nadużycia medyczne oraz odpowiednią kwotę zadośćuczynienia za fizyczne i psychiczne konsekwencje operacji. Z tego względu wszystkie odnośne fakty mieszczą się w zakresie art. 8 Konwencji. Zatem art. 14 w związku z art. 8 ma zastosowanie.

## 2. Wnioski

37. Trybunał zauważa, iż skarga nie jest oczywiście bezzasadna w rozumieniu art. 35 ust. 3 a) Konwencji. W dalszej kolejności uważa, że nie jest również niedopuszczalna z jakichkolwiek innych przyczyn. Musi zatem zostać uznana za dopuszczalną.

## B. Meritum skargi

### 1. Oświadczenia stron

38. Skarżąca oświadczyła, że różne problemy zdrowotne, które jej dotyczyły, zostały spowodowane interwencją medyczną przeprowadzoną w maju 1995 r. Twierdziła również, że - w przeciwieństwie do ustaleń Naczelnego Sądu Administracyjnego - te szczególne problemy nie wynikały z jej wcześniejszych problemów ze zdrowiem. W rzeczywistości nietrzymanie moczu i kału, trudności w uprawianiu seksu i depresja spowodowane były wyłącznie błędem medycznym, który wystąpił podczas operacji.

39. Ponadto skarżąca wskazała na fakt, że państwo portugalskie za pośrednictwem Prokuratury Krajowej przy Naczelnym Sądzie Administracyjnym stwierdziło, że wyrok Naczelnego Sądu

Administracyjnego powinien zostać unieważniony oraz że kwota zasądzona z tytułu szkody niemajątkowej nie powinna zostać obniżona.

40. Wreszcie skarżąca twierdziła, że Naczelny Sąd Administracyjny dopuścił się wobec niej wyraźnej dyskryminacji ze względu na płeć i wiek. Zdaniem skarżącej, powołując się wyraźnie na fakt, że miała pięćdziesiąt lat, Sąd Naczelny zasugerował, że gdyby była młodsza i nie miała dzieci, z pewnością otrzymałaby wyższą kwotę. Ponadto Naczelny Sąd Administracyjny przyjął założenie, któremu brakowało podstaw naukowych. Nie uznając jej prawa do życia seksualnego, Naczelny Sąd Administracyjny naruszył jedną z najbardziej podstawowych zasad godności ludzkiej, z naruszeniem art. 8 i 14 Konwencji. Skarżąca stwierdziła, że na podstawie wspomnianej powyżej analizy orzecznictwa portugalskiego (zob. par. 23 i 24) można wywnioskować, że istniała oczywista różnica w traktowaniu w zakresie odszkodowania dla mężczyzn i kobiet w sytuacjach dotyczących ich życia seksualnego. W szczególności, w sytuacjach, w których skarżący mieli problemy podobne do skarżącej w następstwie odnośnej interwencji medycznej, kwoty przyznane mężczyznom tytułem zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową wydawały się wyraźnie wyższe.

41. Rząd argumentował, że decyzja Naczelnego Sądu Administracyjnego o obniżeniu kwoty zasądzonej przez sąd pierwszej instancji z tytułu szkody niemajątkowej nie wynikała z uprzedzeń czy zamiaru dyskryminowania skarżącej ze względu na płeć lub wiek. Przeciwnie, decyzja ta opierała się na fakcie, że Naczelny Sąd Administracyjny uznał, iż interwencja medyczna nie była jedyną przyczyną szkody fizycznej i psychicznej będącej przedmiotem skargi skarżącej. W tym względzie Rząd podkreślił, że kwota przyznana przez Naczelny Sąd Administracyjny wynikała z faktu, że problem ginekologiczny skarżącej pojawił się o wiele wcześniej, że została ona kilkakrotnie poddana leczeniu, które okazało się bezskuteczne i że już przed operacją cierpiała na nieznośny ból i objawy depresji. Dla Naczelnego Sądu Administracyjnego skargi skarżącej nie były zatem nowe, a operacja jedynie pogorszyła już i tak trudną sytuację. Ponadto Rząd wskazał, że Naczelny Sąd Administracyjny wziął również pod uwagę fakt, że w następstwie odniesionego przez nią uszczerbku skarżąca stała się bardzo nieszczęśliwa i „miała poczucie utraty własnej wartości jako kobieta”.

42. Rząd przyznał, że odczytanie zaskarżonego fragmentu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w oderwaniu od kontekstu mogłoby wskazywać na uprzedzenie i bagatelizowanie cierpienia skarżącej, w szczególności ze względu na jej wiek. Następnie Rząd przyznał, że doszło do niefortunnego użycia terminów. Rząd zauważył jednak, że fragment ten należy odczytywać przy założeniu, że Naczelny Sąd Administracyjny uwzględnił również powyższe czynniki.



43. Ponadto Rząd argumentował, że porównywanie spraw, które trafiły do sądów portugalskich, jest trudne i może prowadzić do błędów ze względu na różnice sytuacji zdrowotnej powodów żądających odszkodowania, a co za tym idzie, różne konsekwencje fizyczne i psychologiczne doznanej szkody. Rząd zauważył, że przy ocenie odpowiednich poziomów zadośćuczynienia za szkody niemajątkowe pod uwagę należy wziąć kilka czynników. Czynniki te obejmują zagrożenie dla życia, liczbę zastosowanych względem powoda procedur medycznych, rodzaj zastosowanego leczenia (stopień bólu), możliwość odwrócenia obrażeń spowodowanych błędem medycznym oraz stopień utraty samodzielności i późniejszej zależności od innych w wykonywaniu podstawowych czynności życia codziennego. W tym względzie nie można było uznać, że skarżąca znajduje się w takiej samej sytuacji jak inni powodowie (w tym powodowie mężczy, o których mowa w dwóch wyrokach Sądu Najwyższego w par. 23 i 24 powyżej). W związku z tym kwota przyznana z tytułu szkody niemajątkowej nie stanowiła nieuzasadnionej różnicy w traktowaniu ze względu na płeć i wiek, ponieważ była proporcjonalna do poniesionej szkody.

## 2. Ocena Trybunału

### (a) Zasady ogólne

44. Trybunał ustalił w swoim orzecznictwie, że w celu zaistnienia kwestii, o której mowa w art. 14, musi istnieć różnica w traktowaniu osób znajdujących się w analogicznych lub odpowiednio podobnych sytuacjach. Taka różnica w traktowaniu ma charakter dyskryminacji, jeżeli nie posiada obiektywnego i uzasadnionego celu; innymi słowy, jeżeli nie dąży do osiągnięcia słusznego celu lub jeżeli pomiędzy zastosowanymi środkami a celem, który ma być osiągnięty, nie istnieje uzasadniony związek proporcjonalności. Umawiającym się Państwom przysługuje pewien margines swobody przy ocenie, czy i w jakim stopniu różnice w sytuacjach ogólnie rzecz biorąc podobnych uzasadniają różnice w traktowaniu (zob. między innymi *Biao przeciwko Danii* [WI], nr 38590/10, §§ 90 i 93, ETPCz 2016 r. oraz *Sousa Goucha przeciwko Portugalii*, nr 70434/12, § 58, 22 marca 2016 r.). Pojęcie dyskryminacji w rozumieniu art. 14 obejmuje również przypadki, w których dana osoba lub grupa jest traktowana, bez odpowiedniego uzasadnienia, w sposób mniej korzystny niż inna osoba lub grupa, nawet jeśli Konwencja nie wymaga bardziej korzystnego traktowania (zob. *Chamtochu i Aksenczik przeciwko Rosji* [WI], nr 60367/08 i 961/11, § 64, ETPCz 2017 r.).

45. Artykuł 14 nie zakazuje wszystkich różnic w traktowaniu, lecz jedynie różnic wynikających z możliwych do zidentyfikowania, obiektywnych lub osobistych cech charakterystycznych lub „przyczyn”, które powodują, że jednostki lub grupy mogą się od siebie różnić. W art. 14

wymieniono konkretne podstawy, które stanowią „przyczyny”, w tym, między innymi, płeć, rasę i mienie. Stwierdzenie „inne przyczyny” otrzymało szerokie znaczenie, a jego interpretacja nie została ograniczona do cech osobistych w tym sensie, że są one wrodzone lub nieodłączne (zob. *Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [WI], nr 42184/05, §§ 61 i 70, ETPCz 2010 r. oraz *Clift przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 7205/07, §§ 56-58, 13 lipca 2010 r.). W tym względzie Trybunał uznał, że wiek może stanowić „inną przyczynę” w rozumieniu art. 14 Konwencji (zob. przykładowo *Schwizgebel przeciwko Szwajcarii*, nr 25762/07, § 85, ETPCz 2010 r. (streszczenie)), chociaż dotychczas nie sugerował, że dyskryminacja ze względu na wiek powinna być utożsamiana z innymi podstawami podejrzenia dyskryminacji (*British Gurkha Welfare Society i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 44818/11, § 88, 15 września 2016 r.).

46. Następnie Trybunał przypomina, że postęp w zakresie równości płci jest obecnie głównym celem państw członkowskich Rady Europy i że w celu uznania takiej różnicy za zgodną z Konwencją należałoby przedstawić bardzo ważne powody (zob. *Konstantin Markin*, cyt. powyżej, § 127, z dalszymi odniesieniami; zob. również *Schuler-Zraggen przeciwko Szwajcarii*, 24 czerwca 1993 r., § 67, seria A nr 263). W szczególności odniesienia do tradycji, ogólnych założeń lub dominujących postaw społecznych w danym kraju są niewystarczającym uzasadnieniem dla różnic w traktowaniu ze względu na płeć. Na przykład w sprawie dotyczącej używania przez kobietę nazwiska panieńskiego po zawarciu związku małżeńskiego [Trybunał] uznał, że znaczenie przywiązywane do zasady niedyskryminacji uniemożliwiło państwom narzucanie tradycji wynikających z pierwotnej roli mężczyzny i drugorzędnej roli kobiety w rodzinie (zob. *Ünal Tekeli przeciwko Turcji*, nr 29865/96, § 63, ETPCz 2004-X (streszczenie)). Trybunał uznał również, że problem ze stereotypowym traktowaniem pewnej grupy w społeczeństwie polega na tym, że zakazuje ono zindywidualizowanej oceny ich możliwości i potrzeb (zob. *mutatis mutandis*, *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*, nr 38832/06, § 42, 20 maja 2010 r., z dalszymi odniesieniami).

47. Wreszcie, w odniesieniu do ciężaru dowodu w odniesieniu do art. 14 Konwencji, Trybunał przypomina, że jeżeli skarżący wykaże różnicę w traktowaniu, udowodnienie, że była ona uzasadniona jest zadaniem Rządu (zob. *Chamtochu i Aksenczik*, § 65 oraz *Biao*, § 92, obydwa cytowane powyżej).

#### **(b) Zastosowanie powyższych zasad do faktów niniejszej sprawy**

48. W niniejszej sprawie Trybunał zauważa, że sąd pierwszej instancji zasądził na rzecz skarżącej kwotę 80 000 EUR tytułem zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową, powołując się na kryteria takie jak cierpienie fizyczne i psychiczne spowodowane błędem medycznym. W szczególności

[sąd] uznał, że uszkodzenie lewego nerwu sromowego spowodowane podczas operacji spowodowało u skarżącej ból, doprowadziło do utraty czucia w pochwie, nietrzymania moczu, trudności w chodzeniu i siedzeniu oraz stosunkach seksualnych (zob. par. 14 powyżej).

49. Naczelny Sąd Administracyjny potwierdził ustalenia sądu pierwszej instancji, lecz obniżył zasądzoną kwotę do 50 000 EUR. Oparł się on na tych samych elementach, lecz uznał, że fizyczne i psychiczne cierpienie skarżącej zostało przez operację spotęgowane, nie zaś wynikało wyłącznie z uszkodzenia lewego nerwu sromowego w trakcie operacji. Ponadto Naczelny Sąd Administracyjny powołał się na fakt, że skarżąca „w czasie operacji miała już pięćdziesiąt lat i dwoje dzieci, tzn. była w wieku, w którym seks nie jest już tak ważny jak wcześniej, jako że jego znaczenie z wiekiem maleje” (zob. par. 16 powyżej).

50. Trybunał zauważył, że Naczelny Sąd Administracyjny obniżył kwotę, która została przyznana skarżącej z tytułu kosztów utrzymania pokojówki również na tej podstawie, że prawdopodobnie w odnośnym czasie nie potrzebowała ona pełnoetatowej pokojówki (zob. par. 16 powyżej), jako że, biorąc pod uwagę jej wiek, „prawdopodobnie potrzebowała zajmować się tylko mężem”.

51. W niniejszej sprawie Trybunał nie ma za zadanie przeprowadzić analizy faktycznych kwot zasądzonych na rzecz skarżącej przez Naczelny Sąd Administracyjny. W tym względzie Trybunał przypomina, że co do zasady ocena przedstawionych dowodów, w tym środków wykorzystanych do ustalenia stanu faktycznego, należy do sądów krajowych (zob. *Sahin przeciwko Niemcom* [WI], nr 30943/96, § 73, ETPCz 2003-VIII oraz *Vidal przeciwko Belgii*, 22 kwietnia 1992 r., § 33, seria A nr 235-B). Zatem to władze krajowe znajdują się, co do zasady, na bardziej właściwej pozycji niż sąd międzynarodowy, aby ocenić odpowiednią rekompensatę za konkretną szkodę poniesioną przez osobę fizyczną. Należy jednak rozstrzygnąć, czy rozumowanie Naczelnego Sądu Administracyjnego doprowadziło do odmiennego traktowania skarżącej ze względu na jej płeć i wiek, co stanowiłoby naruszenie art. 14 w związku z art. 8.

52. Trybunał przyznaje, że przy orzekaniu w toku postępowania w sprawie odpowiedzialności odszkodowawczej z tytułu szkody niemajątkowej, może zaistnieć potrzeba uwzględnienia przez sądy krajowe wieku powoda, tak jak w niniejszej sprawie. W niniejszej sprawie nie chodzi jednak o kwestie wieku czy płci jako takiej, ale raczej o założenie, że dla kobiety pięćdziesięcioletniej i matki dwójki dzieci seksualność nie jest tak ważna jak dla osoby w młodszym wieku. Założenie to odzwierciedla tradycyjne rozumienie kobiecej seksualności jako powiązanej przede wszystkim z rodzeniem dzieci i z tego względu pomija jej fizyczne i psychologiczne znaczenie z punktu widzenia samorealizacji kobiet jako ludzi. W tym konkretnym przypadku nie tylko miało ono wymiar osądający, lecz także wskazywało na pominięcie inne wymiarów

seksualności kobiet. Innymi słowy, w niniejszej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny przyjął ogólne założenie, nawet nie podejmując próby zbadania jego zasadności w konkretnej sprawie dotyczącej skarżącej, która w czasie przeprowadzenia operacji miała pięćdziesiąt lat (zob. *mutatis mutandis*, *Schuler-Zraggen*, cyt. powyżej, § 67).

53. W opinii Trybunału, treść wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawie obniżenia kwoty zadośćuczynienia z tytułu szkody niemajątkowej nie może być uważana za niefortunny sposób wyrażenia się, jak twierdzi Rząd. Prawdą jest, że obniżając kwotę, Naczelny Sąd Administracyjny uznał również za rzecz oczywistą, że skarżąca nie doznała nowego bólu. Niemniej jednak wydaje się, że wiek i płeć skarżącej były czynnikami decydującymi w ostatecznej decyzji i że to one stanowiły o różnicy w traktowaniu [skarżącej] (zob. *mutatis mutandis* *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*, nr 33290/96, § 35, ETPCz 1999-IX; *Schuler-Zraggen*, cyt. powyżej, § 67 oraz, przeciwnie, *Sousa Goucha*, cyt. powyżej, §§ 64-65). Podejście to odzwierciedla również decyzja Naczelnego Sądu Administracyjnego<sup>2</sup> o obniżeniu kwoty przyznanej skarżącej z tytułu kosztów utrzymania pokojówki na tej podstawie, że biorąc pod uwagę wiek dzieci w odnośnym czasie, „prawdopodobnie potrzebowała zajmować się tylko mężem” (zob. par. 16 powyżej).

54. Zdaniem Trybunału względy te wskazują na uprzedzenia panujące wśród sędziów w Portugalii, jak wskazano w sprawozdaniu z dnia 29 czerwca 2015 r. sporządzonym przez specjalnego sprawozdawcę Rady Praw Człowieka ONZ ds. niezawisłości sędziów i prawników (zob. par. 28 powyżej) oraz w uwagach końcowych CEDAW wskazujących na potrzebę podjęcia przez pozwane państwo działań związanych z problemem stereotypów dyskryminacji ze względu na płeć (zob. par. 26 powyżej). Potwierdzają także również uwagi i obawy Stałego Obserwatora Wymiaru Sprawiedliwości w Portugalii w odniesieniu do seksizmu dominującego w instytucjach sądowych wyrażone w sprawozdaniu z listopada 2006 r. w sprawie przemocy domowej (zob. par. 29 powyżej).

55. Uwzględniając ustalony kontekst faktyczny, Trybunał nie może nie zauważyć różnicy pomiędzy sprawą skarżącej a podejściem przyjętym w dwóch wyrokach z 2008 i 2014 r., które dotyczyły zarzutów niewłaściwego postępowania medycznego przedstawionych przez dwóch mężczyzn w wieku, odpowiednio, pięćdziesięciu pięciu i pięćdziesięciu dziewięciu lat. Sąd Najwyższy orzekł w tych sprawach, że fakt, iż mężczyźni nie mogli utrzymywać normalnych stosunków seksualnych, wpłynął na ich poczucie własnej wartości i spowodował „poważny cios” oraz „ciężki uraz psychiczny” (zob. par. 23 i 24 powyżej). W świetle swoich ustaleń, dwóm powodom płci męskiej Sąd Najwyższy przyznał odszkodowania w

---

2. Skorygowano w dniu 3 października 2017 r.: w poprzedniej wersji zapisano „Sąd Najwyższy”.

wysokości, odpowiednio, 224 459 EUR i 100 000 EUR. Ze spraw tych wynika, że sądy krajowe wzięły pod uwagę fakt, iż mężczyźni nie mogli pozostawać w związkach seksualnych i sposób, w jaki to na nich wpłynęło, niezależnie od ich wieku. Inaczej niż w sprawie skarżącej, Sąd Najwyższy nie wziął pod uwagę, czy skarżący mieli już dzieci, czy nie, ani też nie uwzględnił innych czynników. W szczególności w wyroku z dnia 4 marca 2008 r. Sąd stwierdził, że fakt, iż zaskarżona procedura chirurgiczna spowodowała u powoda impotencję i nietrzymanie moczu, był wystarczający, by uznać, że doszło do szkody niemajątkowej.

56. W świetle powyższych rozważań Trybunał stwierdza, że doszło do naruszenia art. 14 Konwencji w związku z art. 8.

## II. ZASTOSOWANIE ARTYKUŁU 41 KONWENCJI

57. Artykuł 41 Konwencji stanowi:

„Jeśli Trybunał stwierdzi, że nastąpiło naruszenie Konwencji lub jej Protokołów, oraz jeśli prawo wewnętrzne zainteresowanej Wysokiej Układającej się Strony pozwala tylko na częściowe usunięcie konsekwencji tego naruszenia, Trybunał orzeka, gdy zachodzi potrzeba, słuszne zadośćuczynienie pokrzywdzonej stronie.”

### A. Szkoda

58. Skarżąca domagała się zadośćuczynienia z tytułu szkód niemajątkowych w wysokości 174 459,05 euro (EUR). Skarżąca nie przedstawiła roszczeń z tytułu szkód majątkowych.

59. Rząd uznał żądanie skarżącej za nadmierne.

60. Trybunał uznał, że skarżąca w wyniku stwierdzonego naruszenia musiała doznać cierpienia i frustracji. Dokonując sprawiedliwej oceny, Trybunał przyznaje skarżącej kwotę odszkodowania z tytułu szkód niemajątkowych w wysokości 3 250 euro wraz z ewentualnymi podatkami.

### B. Koszty i wydatki

61. Skarżąca domagała się także kwoty 2 460 euro na pokrycie kosztów i wydatków w postępowaniu przed Trybunałem.

62. Rząd, powołując się na sprawę *Antunes i Pires przeciwko Portugalii* (nr 7623/04, § 43, 21 czerwca 2007 r.), pozostawił tę kwestię do uznania Trybunału.

63. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału, skarżący jest uprawniony do otrzymania zwrotu kosztów oraz wydatków w takim zakresie, w jakim wykazał, że były one rzeczywiście i koniecznie poniesione, i były uzasadnione co do wysokości. W niniejszej sprawie, mając wzgląd na przedstawione dokumenty i powyższe kryteria, Trybunał uznaje za stosowne przyznać żadaną kwotę w całości.

### C. Odsetki za zwłokę

64. Trybunał uznaje, że odsetki z tytułu niewypłacenia zasądzonych kwot powinny być ustalone zgodnie ze stopą kredytu Europejskiego Banku Centralnego na koniec dnia, plus trzy punkty procentowe.

### Z TYCH PRZYCZYN TRYBUNAŁ

1. *Uznaje*, większością głosów, skargę za dopuszczalną;
2. *Uznaje*, stosunkiem pięciu głosów do dwóch, że doszło do naruszenia art. 14 Konwencji w związku z art. 8;
3. *Uznaje*, stosunkiem pięciu głosów do dwóch,
  - (a) że pozwane Państwo ma obowiązek wypłacić skarżącej, w terminie trzech miesięcy od dnia, kiedy wyrok stanie się prawomocny zgodnie z art. 44 ust. 2 Konwencji, następujące kwoty:
    - (i) 3 250 EUR (trzy tysiące euro), wraz z ewentualnymi podatkami, z tytułu poniesionej szkody niemajątkowej;
    - (ii) 2 460 euro (dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt euro), wraz z ewentualnymi podatkami płatnymi przez skarżącą, z tytułu kosztów i wydatków;
  - (b) od wygaśnięcia powyższego trzymiesięcznego terminu do momentu zapłaty płatne od tych sum będą zwykłe odsetki obliczone według stopy oprocentowania Europejskiego Banku Centralnego na koniec dnia plus trzy punkty procentowe;
4. *Oddala*, jednogłośnie, pozostałą część roszczenia skarżącej dotyczącą słusznego zadośćuczynienia.

Sporządzono w języku angielskim i obwieszczono na piśmie w dniu 25 lipca 2017 r., zgodnie z Regułą 77 ust. 2 i 3 Regulaminu Trybunału.

Andrea Tamietti  
Zastępca Kanclerza

Ganna Judkiwska  
Przewodnicząca

Zgodnie z art. 45 ust. 2 Konwencji i Regułą 74 ust. 2 Regulaminu Trybunału, do niniejszego wyroku załączono następujące zdania odrębne:

- a) zdanie odrębne Sędzi Judkiwskiej,

- b) zdanie odrębne Sędzi Motoc,
- c) zdanie odrębne Sędziów Ravarani i Bošnjaka.

G.J.  
A.N.T.

## ZDANIE ODRĘBNE SĘDZI JUDKIEWSKIEJ

„Nie na tym polega brak równouprawnienia kobiety, że nie może ona głosować lub być sędzią [...], lecz na tym, że w dziedzinie seksualnej nie jest zrównana z mężczyzną ... No i wyzwalamy kobietę, daję jej wszelkie prawa równe męskim, ale w dalszym ciągu widzą w niej narzędzie rozkoszy, tak ją wychowują od dziecka, a potem przy pomocy opinii publicznej ...”

Lew Tołstoj „Sonata Kreutzerowska”

„...Czy kobieta nie ma takich samych potrzeb jak mężczyzna, ale bez takiego samego prawa do mówienia o nich? ...”

Jean-Jacques Rousseau, „Emil”

Kiedy Antoni Czechow, który z wykształcenia był lekarzem, przeczytał „Sonatę Kreutzerowską” Tołstoja, był zdumiony, jak niewiele ten „tytan” rosyjskiej literatury wiedział o kobiecej seksualności. Zdaniem Czechowa, osąd Tołstoja w tym zakresie „jest nie tylko wątpliwy, ale również wyraźnie zdradza ignoranta, któremu nie chciało się przeczytać dwóch czy trzech książek napisanych przez specjalistów”<sup>1</sup>.

Jeżeli tak ignoranckie opinie wypowiadają nie pisarze, lecz sędziowie, konsekwencje są bardziej niepokojące.

Tołstoj jedynie powtórzył stereotypy dotyczące istoty kobiet i ich roli od stuleci utrzymywane w patriarchalnych społeczeństwach. Te stereotypy nigdy nie powinny pochodzić z sali sądowej.

Przez wieki całe życie kobiety ograniczało się do rodzenia dzieci i opieki nad nimi. „*Kinder, Küche, Kirche*” stanowiły jedyne dopuszczalne obszary aktywności kobiet. Kobiet nie szanowano jako istot ludzkich, a ich pragnienia ignorowano. „Dla kobiety (...) odkrywanie i wyrażanie pełni jej seksualności, jej ambicji, zdolności emocjonalnych i intelektualnych, jej obowiązków społecznych, jej czułych cnót, pociągałoby za sobą kto wie, jakie ryzyko i kto wie, jakie rewolucyjne zmiany warunków społecznych, które ją poniżają i ograniczają (...)”, jak znakomicie wyjaśniła to znana autorka i psycholog Louise J. Kaplan<sup>2</sup>. Kobieta była tylko maszyną reprodukcyjną (w niektórych starych słownikach mówi się nawet, że w języku angielskim samo słowo „kobieta” [*woman*] wywodzi się od „mężczyzna z łonem” [*man with a womb*]).

Istnieje wielka pokusa, by wierzyć, że wszystkie te tysiącletnie stereotypy społeczne, utrwalone idee i praktyki dawno już przeminęły, przynajmniej w Europie.

---

1. A. Czechow, list do A.N. Pleszczejewa z dnia 15 lutego 1890 r., w Antoni Pawłowicz Czechow, *Dzieła i listy w trzydziestu tomach*, Listy, t. 4, str. 18, Nauka (1976).

2. Louise J. Kaplan, *Female Perversions: The Temptations of Emma Bovary*, Nowy Jork, Doubleday, 1991 r.



Niestety tak nie jest. Nawet w Europie XXI wieku, zdarza się, że te stare uprzedzenia wciąż jeszcze dają o sobie znać.

W niniejszej sprawie oczywistym jest, że przestarzałe stereotypy dotyczące płci wpłynęły na decyzję sądową, co samo w sobie stanowi naruszenie praw skarżącej wynikających z Konwencji.

Z wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego skarżąca dowiedziała się, że osiągnęła wiek i sytuację rodzinną (dwoje dzieci), w których „seks nie jest już tak ważny jak wcześniej”. Ten fragment jest dla współczesnego czytelnika szokujący. Choć Rząd określił je jako „niefortunne użycie terminów”, jest to upokarzająca i bezczelna ingerencja w najbardziej intymną sferę życia prywatnego skarżącej. Sąd obniżył kwotę odszkodowania przyznanego z tytułu uszkodzenia ciała skarżącej, przynajmniej częściowo, ponieważ: (1) miała już dzieci, więc seks był teraz dla niej mniej ważny oraz (2) najprawdopodobniej straciła płodność i dlatego seks stał się mniej istotny.

Innymi słowy, Naczelny Sąd Administracyjny, wpisując się w najlepsze tradycje patriarchy, połączył życie seksualne kobiety z prokreacją. Dokładnie na tym etapie doszło do dyskryminacji ze względu na płeć. Mimo, że sąd odniósł się tylko do jej wieku - co doprowadziło szanownych kolegów, którzy wyrazili zdanie odrębne w odniesieniu do założenia, że mamy do czynienia „z różnicą w traktowaniu ze względu na *wiek*” - w przypadku portugalskiego sądu zaważyła właśnie specyficzna kombinacja płci *żeńskiej* i wieku. Jest to szczególnie wyraźne w świetle dwóch przytoczonych wyroków z 2008 i 2014 r. (zob. par. 23-24), w których w podobnych sprawach dotyczących skarżących płci męskiej ich wiek nie został nawet wymieniony w uzasadnieniu.

Z punktu widzenia sędziów, którzy wyrazili zdanie odrębne, rozumowanie większości nie zawiera porównania polegającego na „stwierdzeniu istnienia dwóch zestawów orzecznictwa, które wskazywałyby na różnicę w traktowaniu ze względu na płeć”. Moim zdaniem w niniejszej sprawie szkodliwe stereotypy *wpłynęły na sądową ocenę* dowodów, co jest całkowicie wystarczające do stwierdzenia naruszenia art. 14.

Chociaż Naczelny Sąd Administracyjny wziął pod uwagę szereg innych czynników, takich jak problemy zdrowotne skarżącej istniejące przed operacją, niemożliwe jest ustalenie, jaką wagę przypisano każdemu z czynników. Sformułowania sądu dowodzą, że stereotypy związane z płcią z pewnością odegrały pewną rolę w procesie decyzyjnym, gdyż po kwestionowanym fragmencie sąd wyjaśnił, że „uwzględnił wszystkie te aspekty”. Nawet jeśli rola stereotypów nie była istotna, to jednak nadal stanowiły one atak na godność ludzką skarżącej i jako takie były zaprzeczeniem jej praw. Chodzi o to, że w racjonalnej ocenie sądowej nie ma miejsca na krzywdzące stereotypy i przestarzałe postrzeganie ról płci.

Można twierdzić, że wyrok większości przedstawia nieco nowsze podejście do spraw dotyczących dyskryminacji. Jednak bliższe spojrzenie

sugeruje, że praktycznie nie odnosi się on do rzeczywistości - im więcej równości zapewnia prawo, tym bardziej subtelna staje się dyskryminacja, właśnie z tego względu, że stereotypy dotyczące „tradycyjnych” ról mężczyzn i kobiet są tak głęboko zakorzenione. To właśnie wyjaśnia Tołstoj w zacytowanym fragmencie - dopóki bycie kobietą oznacza jedynie określoną funkcję wszystkie niezliczone instrumenty prawne gwarantujące równość mężczyzn i kobiet będą pozostawać jedynie gołosłownymi deklaracjami dotyczącymi praw i wolności. Jeśli taka postawa nie będzie krytykowana, faktyczna dyskryminacja nigdy nie zostanie wyeliminowana.

Sędziowie nie spełniają swojej roli, jeżeli „wspierają utrwalanie stereotypów poprzez brak ich podważania”<sup>3</sup>. Wysoki Komisarz ONZ ds. Praw Człowieka, Navi Pillay, wyraziła to w następujący sposób: „... Konieczne jest podjęcie wyraźnych działań w celu zapewnienia, że urzędnicy państwowi, *szczególnie pracujący w wymiarze sprawiedliwości*, nie będą wydawać decyzji opartych na szkodliwych stereotypach i podważać praw człowieka kobiet i dziewcząt. Urzędnicy powinni raczej identyfikować i kwestionować takie negatywne przekonania, aby pomóc w tworzeniu środowisk, które w większym stopniu szanują prawa człowieka kobiet i dziewcząt oraz budowaniu kultury równości. Jeżeli poważnie myślimy o osiągnięciu równości płci, ... musimy poświęcić więcej energii na likwidację uprzedzeń dotyczących kobiet i mężczyzn. Musimy przestać utrzymywać błędne wyobrażenia na temat tego, czym powinny, a czym nie powinny być kobiety, wynikające wyłącznie z faktu bycia kobietą... Jest to wymóg równości, który jest podstawą prawa praw człowieka”<sup>4</sup>.

Przyznaję, jak wyjaśnili koledzy i koleżanki, którzy wyrazili zdanie odrębne, że nie mamy wystarczającego „zestawu [portugalskich] spraw dotyczących systematycznego odmiennego traktowania kobiet i mężczyzn”, co utrudnia stwierdzenie różnicy w traktowaniu. Niewątpliwie łatwiej jest zidentyfikować dyskryminację, gdy mamy do czynienia z kumulacją porównywalnych przypadków, nie zaś jedynie z pojedynczymi przykładami. Indywidualny przypadek dyskryminacji można wytłumaczyć tym, że - cytując zdanie odrębne - jest to nic innego jak „błędna ocena”.

Prawdą jest również, że Trybunał powszechnie interpretował art. 14 jako wymagający *dyskryminacyjnego zamiaru i skutku*. Na przykład w sprawie *Aksu przeciwko Turcji*<sup>5</sup>, która dotyczyła publikacji przedstawiających uwłaczające stereotypy dotyczące Romów, Wielka Izba odmówiła zbadania w kontekście art. 14, zauważając, że

„ ... sprawa nie dotyczy różnicy w traktowaniu, a w szczególności dyskryminacji etnicznej, ponieważ skarżący nie przedstawił dowodów *prima facie*, że kwestionowane publikacje miały dyskryminujący cel lub skutek.”

---

3. Simone Cusack, *Eliminating Judicial Stereotyping* (2014)

4. Navi Pillay, „*Equality and Justice in the Courtroom*”, *Huffington Post*, 3 marca 2014 r.

5. *Aksu przeciwko Turcji* [WI], nr 4149/04 i 41029/04, § 45, ETPCz 2012 r.

Niemniej jednak, jak zauważył jeden z komentatorów, „ta interpretacja dyskryminacji jest zbyt wąska. Zrównując dyskryminację z odmiennym traktowaniem, Trybunał pominął sedno sprawy. *Zło stereotypów nie ma charakteru porównawczego*: nie wynikają one z porównania z inną grupą, która została lepiej potraktowana”.<sup>6</sup>

Krzywdzące skutki stereotypów od dawna uznaje, przykładowo, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. W sprawie *Price Waterhouse przeciwko Hopkins*<sup>7</sup> sąd ten wyraźnie stwierdził, że stereotypy związane z płcią są dowodem dyskryminacji ze względu na płeć, nawet przy braku odpowiedniego komparatora<sup>8</sup>. W sprawie *Stany Zjednoczone przeciwko Virginia Military Institute* uznał, że w przypadku przypisywania różnych ról w oparciu o płeć może dochodzić do „tworzenia lub utrwalania prawnej, społecznej i ekonomicznej niższości kobiet”.<sup>9</sup>

Sąd Najwyższy USA często przytacza niesławną zbieżną opinię Sędziego Bradleya w sprawie *Bradwell przeciwko Illinois* jako przykład, w jaki sposób szkodliwe stereotypy infekowały rozumowanie sądów w przeszłości i aby przypomnieć, że należy zawsze zachowywać czujność. Sędzia Bradley wskazał na istnienie odrębnych sfer mężczyzn i kobiet oraz stwierdził, że „najważniejszym przeznaczeniem i misją kobiety jest wypełnianie szlachetnych i zbawiennych obowiązków żony i matki. Takie jest prawo Stwórcy<sup>10</sup>.” Na szczęście większość systemów sądownictwa przebyła od tamtych czasów długą drogę. Czy jednak w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego Portugalii nie pobrzmiwają echa tego rozpowszechnionego stereotypu?

Europejski Trybunał Praw Człowieka również jednoznacznie potępiał stereotypy. W przytoczonej powyżej sprawie *Konstantin Markin przeciwko Rosji* stwierdzono, że państwa „nie mogą narzucać tradycyjnych ról płci i stereotypów związanych z płcią” (§ 142) oraz że „stereotypy związane z płcią, takie jak postrzeganie kobiet jako głównych opiekunów dzieci i mężczyzn jako głównych żywicieli rodziny, same w sobie nie mogą być uważane za wystarczające uzasadnienie różnicy w traktowaniu, w każdym razie nie bardziej niż podobne stereotypy oparte na rasie, pochodzeniu, kolorze lub orientacji seksualnej” (§ 143).<sup>11</sup>

---

6. A Timmer, „*Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law*” (2015 r.) 63 *The American Journal of Comparative Law* 239, 252.

7. 490 U.S. 228 (1989 r.).

8. Zachary A. Kramer, Note, *The Ultimate Gender Stereotype: Equalizing Gender-Conforming and Gender-Nonconforming Homosexuals Under Title VII*, 2004 U. ILL. L. REV. 465, 471 (2004)

9. *Stany Zjednoczone przeciwko Wirginii* 518 U.S. 515, 533 - 534 (1996 r.).

10. *Bradwell przeciwko Illinois*, 83 U.S. (16 Wall.) 130, 141 (1873).

11. *Konstantin Markin przeciwko Rosji* [WI], nr 30078/06, § 77, ETPCz 2012 r. (streszczenie)

W niniejszej sprawie, aby stwierdzić dyskryminację, nie potrzeba długiej listy podobnych spraw do porównania, ponieważ język wyroku z dnia 9 października 2014 r. sam w sobie jest dyskryminujący. Nie odnosi się on do zróżnicowanych potrzeb fizycznych mężczyzn i kobiet, ale do niezmiennego wyobrażenia, że głównym celem życia seksualnego kobiety jest funkcja reprodukcyjna.

Ogólnie rzecz biorąc, uwzględnienie wieku powoda przy ustalaniu wysokości odszkodowania może być zasadne - jest oczywiste, że osoba młodsza prawdopodobnie będzie musiała żyć z danym urazem dłużej niż starsza. W sprawach dotyczących fizycznej utraty zdolności do uprawiania seksu, uzasadnionym może być rozważenie, czy brak zdolności do posiadania dzieci wywiera wpływ na skarżącego. Jednakże jakiegokolwiek spekulacje Sądu Administracyjnego dotyczące życia seksualnego skarżącej jako takiego oraz przyjmowanie w tym względzie jakiegokolwiek domniemań opartych na uogólnieniu były zarówno irracjonalne, jak i poniżające.

Jak większość podkreśliła w par. 52, Naczelny Sąd Administracyjny w zaskarżonym oświadczeniu nie zadał sobie trudu, by zasadniczo ocenić indywidualną sytuację skarżącej, kierując się wyłącznie szkodliwym stereotypem. Dokument w sprawie eliminacji stereotypów sędziowskich, przedłożony do Biura Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka, potwierdza, że „stereotypy wykluczają wszelkie zindywidualizowane rozważania lub dochodzenia dotyczące faktycznych okoliczności, potrzeb lub możliwości danej osoby. *Tak więc, gdy sędzia stosuje stereotypy, wyrabia sobie opinię na temat danej osoby w oparciu o z góry ustalone przekonania dotyczące danej grupy społecznej, nie zaś na podstawie istotnych faktów lub faktycznego dochodzenia związanego z tą osobą lub okolicznościami jej sprawy.*”<sup>12</sup>

Podsumowując, zgadzam się z kolegami będącymi w większości, jestem bowiem przekonana, że w niniejszej sprawie rozumowanie oparte na stereotypach doprowadziło do dyskryminacji. Jak wspomniano w literaturze akademickiej w tej dziedzinie, „ton i postawa sądownictwa bez wątpienia odgrywają ważną rolę w sprawach dotyczących kwestii autonomii seksualnej”.<sup>13</sup>

Odrzucenie seksualności kobiet może przybierać bardzo subtelne formy, jak w niniejszej sprawie, ale w skrajnym przypadku może przekształcić się w najbardziej nieludzkie formy, takie jak brak potępienia gwałtu czy okaleczenia narządów płciowych. Uprzedzenie, przekazywane przez tysiąclecia, jest dużym obciążeniem, które zagraża zarówno teraźniejszości, jak i przyszłości. Należy zatem jak najsilniej mu się przeciwstawiać.

---

12. Simone Cusack, *Eliminating Judicial Stereotyping* (2014)

13. Elizabeth Wicks, *The state and the body: legal regulation of bodily autonomy*, Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016 r., str. 104

## ZDANIE ODREBNE SĘDZI MOTOC

### A. Uwagi wstępne

1. Słynny esej Jorge Luisa Borgesa *El idioma analítico de John Wilkins* stał się podstawą dla wielu badań. Aby zilustrować arbitralność i specyfikę kulturową wszelkich ludzkich prób kategoryzacji świata i związanych z nimi wyzwań, Borges przedstawia przykład alternatywnej taksonomii, rzekomo zaczerpnięty ze starożytnej chińskiej encyklopedii *Celestial Emporium of Benevolent Knowledge*: „Zwierzęta dzielimy na: a) należące do cesarza, b) zabalsamowane, c) oswojone, d) prosięta, e) syreny, f) bajkowe, g) bezdomne psy, h) objęte niniejszą klasyfikacją, i) wściekle, j) niezliczone, k) namalowane bardzo delikatnym pędzelm z sierści wielbłąda, l) *et cetera*, m) które właśnie stłukły szklany wazon, n) takie, które z daleka wyglądają jak muchy”.

2. Stereotypy również są próbą kategoryzacji, którą stosujemy w życiu codziennym. Jednoznaczna lub uzgodniona prawna definicja stereotypów nie istnieje. W kontekście dyskryminacji ze względu na płeć powszechnie stosowana jest definicja zaproponowana przez Rebeccę Cook i Simone Cusack: „Stereotyp to uogólniona opinia lub uprzedzenie dotyczące atrybutów lub cech posiadanych przez członków danej grupy lub ról, które są lub powinny być przez nich wykonywane”.<sup>1</sup>

3. Sprawa *Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii* jest kolejną próbą rozwiązania przez Trybunał kwestii stereotypów w dziedzinie płci. Można ją postrzegać jako krok w kierunku ustanowienia „wolności od uprzedzeń i stereotypów” oraz próbę odejścia od tradycyjnej koncepcji równości płci. Sprawa ta wskazuje na trudności metodologiczne w identyfikacji powiązań między dyskryminacją a stereotypami oraz na niebezpieczeństwo ciągłego zamknięcia krzywdzącego kręgu.

4. Walkę ze stereotypami można postrzegać jako sposób na osiągnięcie równości transformacyjnej. Oczywiście, zasada równości transformacyjnej jest ucieleśnieniem postawy zmiany. Według Andrew Byrnese, <sup>2</sup>równość transformacyjna „może być również postrzegana jako forma równości merytorycznej o wymiarze systemowym i strukturalnym”. Zgodnie z zaleceniem ogólnym nr 25, CEDAW potwierdza:

„Życie kobiet i mężczyzn należy rozpatrywać w sposób kontekstualny, a środki stosować w celu rzeczywistej transformacji możliwości, instytucji i systemów, tak aby nie były już one oparte na historycznie określonych męskich paradygmatach władzy i wzorcach życia.”

---

1. Rebecca Cook i Simone Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, 2010 r.

2. A. Byrnes, „Article 1” w M.A. Freeman et al. (eds.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, 2012 r.

5. Równość płci pozostaje celem państw członkowskich, nawet jeśli poczyniono już znaczne postępy. Trybunał jako sąd do spraw praw człowieka może i powinien również zająć się głębokimi przyczynami dyskryminacji. Biorąc pod uwagę stosunkowo nowe podejście Trybunału do tego zagadnienia, w niniejszej opinii przedstawię opis precedensów Trybunału w dziedzinie dyskryminacji ze względu na płeć oraz, szerzej, stereotypów (II), a także związku między stereotypami i dyskryminacją w niniejszej sprawie (III).

## B. Istotne precedensy Trybunału

6. Trybunał omówił stereotypy w niektórych niedawno wydanych wyrokach dotyczących w szczególności równości ras i płci. We wcześniejszych sprawach dotyczących dyskryminacji (zob. przykładowo *Marckx przeciwko Belgii*, 13 czerwca 1979 r., Seria A nr 31; *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 28 maja 1985 r., seria A nr 94 oraz *Karlheinz Schmidt przeciwko Niemcom*, 18 lipca 1994 r., seria A nr 291-B) Trybunał stwierdził naruszenie art. 14, ale nie uznał stereotypów za element postępowania dyskryminacyjnego.

7. Kwestia dyskryminacji ze względu na płeć w związku z orzeczenia sądów krajowych była rozpatrywana przez Trybunał w dwóch ważnych sprawach precedensowych: *Schuler-Zgraggen przeciwko Szwajcarii* (24 czerwca 1993 r., Seria A nr 263) i *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii* (nr 33290/96, ETPCz 1999-IX). W sprawie *Schuler-Zgraggen* (cyt. powyżej, § 67) Trybunał zajmował się dyskryminacją w kontekście art. 6:

„W tym przypadku Federalny Sąd Ubezpieczeniowy przyjął w całości założenie Komisji Odwoławczej, że po urodzeniu dziecka kobiety rezygnują z pracy. Nie próbował badać zasadności tego założenia poprzez rozważenie argumentów przeciwnych.

W brzmieniu sformułowanym w wyroku Sądu Federalnego założenie to nie może być uważane - jak twierdził Rząd - za uwagę uboczną, niezgrabnie sformułowaną, ale o nieistotnym skutku. Przeciwnie, stanowi ona jedyną podstawę uzasadnienia, a zatem ma decydujące znaczenie i wprowadza odmienne traktowanie wyłącznie ze względu na płeć.”

8. W sprawie *Salgueiro da Silva Mouta* (cyt. powyżej) Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 w związku z art. 14, ponieważ Sąd Apelacyjny w Lizbonie oparł swoją decyzję na uprzedzeniu, że homoseksualiści nie mogą być dobrymi ojcami.

9. Wśród ważnych precedensów w dziedzinie dyskryminacji, w przypadku których pozwany Rząd próbował przedstawić „rozsądne i obiektywne uzasadnienie”, znajduje się sprawa *Ünal Tekeli przeciwko Turcji* (nr 29865/96, ETPCz 2004-X). Inne znaczące precedensy w dziedzinie stereotypów to *Aksu przeciwko Turcji* ([WI], nr 4149/04 i

41029/04, ETPCz 2012 r.); *Kiyutin przeciwko Rosji* (nr 2700/10, ETPCz 2011 r.) oraz *Alajos Kiss przeciwko Węgrom* (nr 38832/06, § 49, 20 maja 2010 r.), mimo że ostatnia z wymienionych spraw nie była analizowana na podstawie art. 14 W wyroku w sprawie *Aksu* (cyt. powyżej, § 58) Wielka Izba orzekła:

„ ... wszelkie negatywne stereotypy dotyczące grupy, gdy osiągają pewien poziom, mogą mieć wpływ na poczucie tożsamości grupy oraz poczucie własnej wartości i pewności siebie członków grupy. W tym sensie mogą być postrzegane jako wywierające wpływ na życie prywatne członków grupy”.

10. Najważniejszym precedensem mającym znaczenie dla niniejszej sprawy jest sprawa *Konstantin Markin przeciwko Rosji* ([WI], nr 30078/06, ETPCz 2012 r.), w której Wielka Izba stwierdziła (§ 143):

„Trybunał zgadza się z Izłą, że stereotypy związane z płcią, takie jak postrzeganie kobiet jako głównych opiekunów dzieci i mężczyzn jako głównych żywicieli rodziny, same w sobie nie mogą być uważane za wystarczające uzasadnienie różnicy w traktowaniu, w każdym razie nie bardziej niż podobne stereotypy oparte na rasie, pochodzeniu, kolorze lub orientacji seksualnej.”

Trybunał uznał zatem, że stereotypy mogą być niewłaściwie wykorzystywane przez państwo jako środek racjonalizacji dyskryminacji. Dwa główne stereotypy, o których Trybunał wspomniał w wyroku w sprawie *Konstantin Markin*, dotyczyły tego, że kobiety nie odgrywają ważnej roli w wojsku oraz odgrywają szczególną rolę związaną z macierzyństwem.

11. Możemy jedynie zgodzić się z autorami, którzy uważają orzecznictwo w dziedzinie dyskryminacji i stereotypów za fragmentaryczne.<sup>3</sup> W tym kontekście wyrok w niniejszej sprawie, po jego uprawomocnieniu się, może być ważnym przykładem właściwego potraktowania przez Trybunał stereotypów i dyskryminacji w celu osiągnięcia rzeczywistej równości między ludźmi.

### C. Stereotypy i dyskryminacja

12. Nie możemy całkowicie obalić praktyki uogólnień dotyczących grup ludzi. Określenie intuicyjnego rozumienia pojęcia „stereotyp” nie jest trudne - jest to rodzaj uogólnienia, które dotyczy cech lub atrybutów przypisanych danej kategorii ludzi. Jak podkreślił Frederick Schauer, zasady oparte na nadmiernych uogólnieniach na temat klas ludzi powstają cały czas, mimo istnienia prawa antydyskryminacyjnego.

13. Stereotypy mogą być niedokładne, ale mogą być również poprawne statystycznie - na przykład „kobiety są w pierwszej kolejności matkami, a

---

3. A. Timmer, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, 2011 r.

pracownicami - w drugiej” lub „rodzina jest domeną kobiet”. Takie stereotypy mogą z kolei prowadzić do dalszej dyskryminacji poprzez „zmuszanie kobiet do dalszego przejmowania roli głównego opiekuna rodziny” (zob. *Department of Human Resources przeciwko Hibbs*, 538 US 721(2003 r.)).

14. W niniejszej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny Portugalii zastosował dwa stereotypy dotyczące skarżącej: stereotyp dotyczący płci odnoszący się do różnic fizycznych i biologicznych oraz **stereotyp dotyczący roli płci** przypisujący kobietom określoną rolę i zachowanie. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, w odniesieniu do pierwszego stereotypu, że „że w czasie operacji [skarżąca] powódka miała już 50 lat i dwoje dzieci, tzn. była w wieku, w którym seks nie jest już tak ważny jak wcześniej, jako że jego znaczenie z wiekiem maleje” oraz, w odniesieniu do drugiego stereotypu, że pełnoetatowa pokojówka nie była skarżącej potrzebna, ponieważ „prawdopodobnie potrzebowała zajmować się tylko mężem” (zob. par. 16 wyroku).

15. Między utrwaleniem szkodliwego stereotypu a wykorzystaniem takiego stereotypu w celu zniesienia faktycznej nierówności poprzez wskazanie stereotypów dotyczących płci i ujawnienie ich szkodliwości, istnieje może cienka granica.

16. Jak mówi Catherine MacKinnon: „Nie możesz zmienić rzeczywistości, której nie możesz nazwać”. To, co niesłuszne, należy zdiagnozować jako „szkodę społeczną” - w przeciwnym razie określenie sposobu naprawy i doprowadzenie do jej eliminacji nie będzie możliwe. Na pierwszy etap należałoby **nazwać stereotypy**. Przykładowo Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Marschall* (ETS, C-409/95, *Hellmut Marschall przeciwko Land Nordrhein-Westfalen*, wyrok z dnia 11 listopada 1997 r., § 29) orzekł, co następuje:

„...wydaje się, że nawet jeśli kandydaci płci męskiej i żeńskiej posiadają jednakowe kwalifikacje, kandydaci płci męskiej są zazwyczaj promowani przede wszystkim ze względu na uprzedzenia i stereotypy dotyczące roli i możliwości kobiet w życiu zawodowym oraz obawy, na przykład, że kobiety będą częściej przerywać karierę zawodową, że z powodu obowiązków domowych i rodzinnych będą mniej elastyczne w godzinach pracy, lub że będą częściej nieobecne w pracy ze względu na ciążę, poród i karmienie piersią.”

17. Trybunał rozpoznaje „uprzedzenia” w języku Naczelnego Sądu Administracyjnego (zob. par. 54 wyroku) i stwierdza, że „założenie to odzwierciedla tradycyjne rozumienie kobiecej seksualności jako powiązanej przede wszystkim z rodzeniem dzieci i z tego względu pomija jej fizyczne i psychologiczne znaczenie z punktu widzenia samorealizacji kobiet jako ludzi” (zob. par. 52), nie zwracając uwagi na fakt, że te uprzedzenia mogą w rzeczywistości posiadać podstawę statystyczną.

18. Druga faza polega na **zakwestionowaniu stereotypów** po ustaleniu, że są one szkodliwe. Trybunał wypracował różne podejścia do tej kwestii. Z



*metodologicznego punktu widzenia, na etapie kwestionowania, ważne jest to, że nie używamy punktu odniesienia jak w innych sprawach dotyczących dyskryminacji. Test porównywalności nie jest odpowiedni w odniesieniu do sprawy dotyczących stosowania stereotypów.<sup>4</sup> Stereotypy wpływają na autonomię grup i jednostek. W przypadku weryfikacji, czy doszło do niekorzystnego traktowania, wystarczy udowodnić, że stereotypy są szkodliwe dla grupy, do której należy skarżący oraz że na takich stereotypach opiera się zasada lub praktyka stosowana przez państwo. „Dyskryminacja musi być rozumiana w kontekście doświadczeń tych, na których ma ona wpływ” (Trybunał Konstytucyjny Republiki Południowej Afryki, *Krajowa Koalicja na rzecz Równości Gejów i Lesbijek i inni przeciwko Ministrowi Spraw Wewnętrznych i Innym*, [1999 r.] ZACC 17).*

19. Kwestionując uprzedzenia, które Trybunał zidentyfikował, w par. 54 wyroku Trybunał nawiązuje do uprzedzeń w sądownictwie w Portugalii, odwołując się do sprawozdania specjalnego sprawozdawcy Rady Praw Człowieka ONZ i końcowych uwag CEDAW. Odniesienie do podobnych decyzji dotyczących mężczyzn nie jest wykorzystywane jako element porównawczy, lecz również jako element kontekstu, ponieważ Trybunał wyraźnie stwierdza, że „nie ma za zadanie przeprowadzić analizy faktycznych kwot zasądzonych na rzecz skarżącej” (zob. par. 51 wyroku), a jednocześnie słusznie stwierdza, że przy rozpatrywaniu spraw dotyczących seksualności mężczyzn władze krajowe nie oceniają kwestii liczby posiadanych przez nich dzieci.

#### **D. Wnioski**

20. „Niszczycielskie skutki wysiłków współczesnego człowieka, aby pokonać nieprzewidywalność ludzkiej kondycji poprzez obezwładniającą i dominującą naturę (i istoty ludzkie symbolicznie utożsamiane z naturą: natura: dzikus, dziecko, kobiety) stały się zbyt oczywiste pod koniec wieku” - napisała niemiecka filozofka Cornelia Klinger.<sup>5</sup> Równość płci jest nadal celem do osiągnięcia, a zwrócenie uwagi na głębokie korzenie nierówności w postaci stereotypów jest ważnym środkiem do osiągnięcia tego celu.

---

4. J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, 2005 r.

5. C. Klinger, „*The concepts of the sublime and the beautiful in Kant and Lyotard*”, *Constellations* nr 2, 1995 r.

## ZDANIE ODRĘBNE SĘDZIÓW RAVARANI I BOŠNJAKA

1. Niestety nie możemy podzielić poglądów naszych szanownych Koleżanek i Kolegów w tej sprawie, ponieważ nie sądzimy, że w niniejszej sprawie skarżąca stała się ofiarą dyskryminacji. Dlatego z całym szacunkiem nie zgadzamy się z wyrokiem.

2. Jeżeli nie wyrażamy żadnych poglądów na temat ogólnego problemu dyskryminacji kobiet w Portugalii, to z pewnością nie dlatego, że negowalibyśmy jej istnienie lub jej znaczenie, ale po prostu dlatego, że mamy mocne przekonanie, iż w niniejszej sprawie nie stwierdzono dyskryminacji.

3. **Problem metodologiczny.** Argumenty przemawiające za takim wnioskiem mają charakter zasadniczo metodologiczny.

4. **Definicja:** Równość i jej zaprzeczenie czyli dyskryminacja<sup>1</sup>, zarówno bezpośrednia, jak i pośrednia, są pojęciami relacyjnymi i zakładają istnienie porównywalnych lub przynajmniej analogicznych sytuacji, ponieważ art. 14 oczywiście nie chroni osób, które znajdują się w sytuacjach całkowicie odmiennych od sytuacji grupy odniesienia.

5. **Zasady ustalone przez Trybunał.** Trybunał ustalił w swoim orzecznictwie, że jedynie różnice w traktowaniu ze względu na możliwą do zidentyfikowania cechę lub „przyczynę” mogą stanowić dyskryminację w rozumieniu art. 14. W celu zaistnienia kwestii, o której mowa w art. 14, musi istnieć różnica w traktowaniu osób w analogicznych lub odpowiednio podobnych sytuacjach. Chociaż lista potencjalnych przypadków dyskryminacji jest długa<sup>2</sup>, nie każda różnica w traktowaniu będzie równoznaczna z naruszeniem art. 14. Należy ustalić, że inne osoby znajdujące się w analogicznej lub podobnej sytuacji korzystają z preferencyjnego traktowania i że takie rozróżnienie ma charakter dyskryminacyjny (zob. *Konstantin Markin przeciwko Rosji* [WI], nr 30078/06, § 125, ETPCz 2012 r.). Ponadto oczywiste jest, że dyskryminacja zakazana jest wyłącznie wtedy, gdy dotyczy pewnych podstaw

---

1. Poniższe zmiany będą dotyczyły wyłącznie dyskryminacji negatywnej, ponieważ sprawa nie porusza żadnych kwestii związanych z jej aspektem pozytywnym.

2. Artykuł 14 zawiera odniesienie do niewyczerpującego wyliczenia przyczyn zabronionych, wynikających z zastosowania określenia „inne przyczyny” na końcu przepisu. W niniejszej sprawie istotne jest, że Trybunał uznał, iż „inne przyczyny” mogą obejmować wiek (zob. *Schwitzgebel przeciwko Szwajcarii*, nr 25762/07, § 85, ETPCz 2010 r.).

podlegających ochronie<sup>3</sup>. Taka różnica w traktowaniu ma charakter dyskryminacji, jeżeli nie posiada obiektywnego i uzasadnionego celu; innymi słowy, jeżeli nie dąży do osiągnięcia słusznego celu lub jeżeli pomiędzy zastosowanymi środkami a celem, który ma być osiągnięty, nie istnieje uzasadniony związek proporcjonalności (*Carson i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [WI], nr 42184/05, § 61, ETPCz 2010 r.).

**6. Przepis zależny** Ponadto art. 14 nie jest samodzielnym przepisem, ponieważ nie ma zastosowania, jeżeli fakty będące przedmiotem sporu nie są objęte zakresem jednego lub kilku postanowień Konwencji (zob. *Abdulaziz, Cabales i Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 28 maja 1985 r., § 71, seria A nr 94).

**7. Analiza trzystopniowa.** Z orzecznictwa Trybunału wynika, że do stwierdzenia dyskryminacji niezbędne są trzy kroki: po pierwsze, określenie dwóch kategorii osób, które są porównywalne i możliwe do odróżnienia - z tekstu art. 14 wynika, że dyskryminacja jest przewidziana w świetle przynależności osoby do grupy; <sup>4</sup>po drugie, ustalenie, czy członkowie tych dwóch kategorii osób są rzeczywiście traktowani w różny sposób; i po trzecie, w przypadku odpowiedzi twierdzącej, zbadanie, czy rozróżnienie w traktowaniu miało obiektywne i racjonalne uzasadnienie.

**8.** Poniżej omówione zostaną dwa pierwsze kroki oraz nakreślone zostaną wymagania metodologiczne i podejście przyjęte przez większość w celu ustalenia porównania (A) i identyfikacji potencjalnego niekorzystnego traktowania osób należących do porównywalnych grup (B)<sup>5</sup>.

## A. Porównanie

**9.** Porównanie jest kwestią zarówno delikatną, jak i potencjalnie decydującą. Wybór punktu odniesienia często zmienia wynik sprawy.

**10. Wskazanie dwóch grup osób.** Odnośnie do wskazania dwóch osób lub grup osób znajdujących się w analogicznej lub podobnej sytuacji, Trybunał często sformułował podstawową zasadę w sposób następujący: „Skarżący musi wykazać, że biorąc pod uwagę szczególny charakter jego

---

3. Tarunabh Khaitan, *A Theory of Discrimination Law*, Oxford University Press 2015 r., str. 28 *in fine*.

4. Zob. także Tarunabh Khaitan, *op. cit.*, str. 30, 42 i 49 *ff.* Autor stosuje tu określenie „warunek grupy poznawczej”.

5. Zważywszy, że w niniejszej sprawie drugi etap prowadzi do uzyskania wyniku negatywnego, nie będziemy zatem dłużej zatrzymywać się na etapie trzecim. Należy jednak zauważyć, że większość, po stwierdzeniu różnicy w traktowaniu ze względu na płeć, powinna była zająć się, choćby pokrótce, kwestią uzasadnienia.

skargi, znajdował się w sytuacji w istotny sposób podobnej do sytuacji innych osób traktowanych inaczej”<sup>6</sup>. W tym kontekście należy zauważyć, że skarżący nie może narzucać zakresu porównywalności; jest to kwestia prawna, którą sędzia musi zbadać, a także musi wziąć pod uwagę „elementy charakteryzujące sytuację w konkretnym kontekście” oraz „w świetle przedmiotu i celu środka, który wprowadza rozróżnienie, o którym mowa”<sup>7</sup>.

**11. Rozróżnienie wynikające z ustawodawstwa.** W większości przypadków Trybunał dokonał rozróżnienia pomiędzy dwoma porównywalnymi<sup>8</sup> abstrakcyjnymi kategoriami osób traktowanych przez ustawodawstwo krajowe w sposób odmienny (zob. przykładowo, między innymi, sprawa *Karlheinz Schmidt przeciwko Niemcom*, 18 lipca 1994 r., seria A nr 291-B, w której stwierdzono naruszenie art. 14 w związku z art. 4 ust. 3 lit. d), jako że tylko mężczyźni, a nie kobiety, byli zobowiązani do pełnienia służby w charakterze straży pożarnej lub alternatywnie mieli obowiązek płatności odszkodowania pieniężnego; sprawa *Burghartz przeciwko Szwajcarii*, 22 lutego 1994 r., seria A nr 280-B, w której stwierdzono naruszenie art. 14 w związku z art. 8, ponieważ prawo krajowe zezwalało kobiecie na dodanie nazwiska panińskiego do nazwiska męża, ale mężczyzna nie mógł dodać swojego nazwiska do nazwiska żony; sprawa *Konstantin Markin*, cyt. powyżej, w której stwierdzono dyskryminację w kontekście art. 14 (również w związku z art. 8), ponieważ ojcowie, w odróżnieniu od matek, nie byli uprawnieni do skorzystania z urlopu rodzicielskiego; sprawa *Opuz przeciwko Turcji*, nr 33401/02, ETPCz 2009 r., w której Trybunał stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 2 i 3, ponieważ ustawodawstwo krajowe nie zapewniało ochrony kobiet przed przemocą domową; interesujące jest także porównanie tej ostatniej sprawy do sprawy *Rumor przeciwko Włochom*, nr 72964/10, 27 maja 2014 r., w której kobieta złożyła skargę na przemoc domową, ale Trybunał nie stwierdził naruszenia art. 14 w związku z art. 3, ponieważ we Włoszech istniały ramy prawne pozwalające władzom na podjęcie skutecznych działań przeciwko przemocy domowej i ramy te okazały się skuteczne).

**12. Stosowanie stereotypów.** W innych sprawach Trybunał, nie uznając za konieczne wskazania dwóch kategorii osób, był usatysfakcjonowany w przypadku wskazania szczególnie wrażliwej grupy społecznej, która w

---

6. *Clift przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 7205/07, § 66, 13 lipca 2010 r.

7. *Clift*, cyt. powyżej, § 121).

8. W niektórych rzadkich przypadkach Trybunał stwierdził dyskryminacyjne traktowanie przez prawo, gdy pojedyncza kategoria osób uzyskała pewne prawa, a jedna lub więcej osób znajdujących się w takiej samej sytuacji zostało wykluczonych z korzystania z takich praw bez żadnego dopuszczalnego uzasadnienia (*Pine Valley Development Ltd przeciwko Irlandii*, nr 12742/87, gdzie pojedyncza firma została wykluczona przez prawo z możliwości korzystania z zatwierdzania pozwoleń budowlanych z mocą wsteczną).

przeszłości była w znacznym stopniu dyskryminowana. ....Tutaj uzasadnienie zróżnicowanego traktowania przez prawo krajowe wynika głównie ze stosowania stereotypów, dotyczących przykładowo osób upośledzonych umysłowo (*Alajos Kiss przeciwko Węgrom*, nr 38832/06, 20 maja 2010 r.), osób o określonej orientacji seksualnej (*E.B. przeciwko Francji* [WI], nr 43546/02, 22 stycznia 2008 r.), rasy (*D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej* [WI], nr 57325/00, ETPCz 2007-IV) lub płci (*Abdulaziz, Cabales i Balkandali*, cyt. powyżej: ustawodawstwo krajowe powodowało, że uzyskanie pozwolenia na wjazd lub pobyt w kraju małżonka niebędącego obywatelem danego kraju w celu osiedlenia się było łatwiejsze w przypadku mężczyzny osiadłego w Wielkiej Brytanii niż kobiety osiadłej w Wielkiej Brytanii, co skutkowało bezpośrednią dyskryminacją ze względu na płeć).

Dla dobra niniejszej sprawy należy zauważyć, że we wszystkich sprawach, w których Trybunał stwierdził dyskryminację opartą na stereotypach, zawsze istniała *bezpośrednia* aluzja do przynależności danej osoby do pewnej szczególnie wrażliwej grupy społecznej.

**13. Faktyczne różnice w traktowaniu.** W innych przypadkach Trybunał stwierdzał naruszenie wynikające nie z odmiennego traktowania przez prawo krajowe, lecz z odmiennego traktowania dwóch odrębnych kategorii osób pod względem faktycznym (zob. przykładowo wyrok w sprawie *Eremia przeciwko Republice Mołdowy*, nr 3564/11, 28 maja 2013 r., w którym stwierdzono naruszenie art. 14 w związku z art. 3, ponieważ władze krajowe nie zapewniły skarżącemu ochrony przed przemocą ze strony męża i ojca, w wyniku braku pomiaru zakresu przemocy domowej i jej dyskryminującego wpływu na kobiety; sprawa *Zarb Adami przeciwko Malcie*, nr 17209/02, ETPCz 2006-VIII, w której uznano naruszenie art. 14 w związku z art. 4 ust. 3 lit. d), ponieważ stwierdzono, że mężczyźni byli znacznie częściej niż kobiety zobowiązani do zasiadania w charakterze ławników; sprawa *D.H. i Inni przeciwko Republice Czeskiej*, cyt. powyżej, w której uznano, że doszło do naruszenia art. 14 w związku z art. 2 Protokołu nr 1, ponieważ dzieci romskie były systematycznie umieszczane w oddzielnych szkołach). W niektórych przypadkach Trybunał stwierdzał, że doszło do dyskryminacji, gdy sąd krajowy wykorzystywał stereotypy w celu uzasadnienia dyskryminacyjnego traktowania, mimo braku obowiązku prawnego (zob. *Schuler-Zraggen przeciwko Szwajcarii*, 24 czerwca 1993 r., seria A nr 263: odmowa przyznania kobiecie renty inwalidzkiej przy założeniu, że po urodzeniu dziecka prawdopodobnie i tak przestałaby pracować, jak - zgodnie z wyrokiem krajowym - zazwyczaj czynią kobiety; *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*, nr 33290/96, ETPCz 1999-IX: zmiana odpowiedzialności rodzicielskiej ze względu na homoseksualizm ojca; *Di Trizio przeciwko Szwajcarii*, nr 7186/09, 2 lutego 2016 r., w której Trybunał skrytykował wyrok uzasadniający odmowę

przyznania kobiecie renty inwalidzkiej przynajmniej częściowo tak zwaną „rzeczywistością socjologiczną”, zgodnie z którą kobiety po urodzeniu dziecka często pracują mniej).

**14. Porównanie przeprowadzone w niniejszej sprawie. Kwestia prawna.** Analiza porównawcza to kwestia, która dotyczy oceny merytorycznej sprawy, a określenie kategorii, które należy porównać, należy do sędziego, nie zaś do stron.

**15. Roszczenie jako punkt wyjścia.** Za punkt wyjścia możemy przyjąć roszczenie. Wydaje się, że skarga złożona przez skarżącą dotyczy trzech aspektów: (1) Jej stan zdrowia jest konsekwencją wyłącznie zaniedbań medycznych (par. 41); (2) Naczelny Sąd Administracyjny nie powinien był obniżać kwoty odszkodowania (par. 42) oraz (3) skarżąca była dyskryminowana ze względu na płeć i wiek (par. 43). Pierwsze dwa argumenty nie mają nic wspólnego z kwestią dyskryminacji; są to raczej skargi o charakterze odwołania do czwartej instancji. Faktem jest, że w wyroku w ogóle ich nie poruszono.

Trzecia skarga dotyczy kwestii dyskryminacji, a na potrzeby analizy porównawczej można wyróżnić dwie potencjalnie porównywalne kategorie: a) mężczyźni w wieku skarżącej upośledzeni pod względem czynności seksualnych z powodu zaniedbań medycznych (w odniesieniu do stwierdzenia dyskryminacji ze względu na płeć); b) kobiety młodsze od skarżącej upośledzone pod względem czynności seksualnych z powodu zaniedbań medycznych (w odniesieniu do stwierdzenia dyskryminacji ze względu na wiek) (zob. par. 43).

**16. Kwestia płci.** W celu oceny dyskryminacji w wyroku można by podjąć próbę oceny porównywalnych grupy osób, jako kryteria wyróżniające przyjmując wiek lub płeć. W rzeczywistości w wyroku nie dokonano żadnego porównania w odniesieniu do pierwszej kategorii. Jest to niedociągnięcie, ale sędziowie wyrażający zdanie odrębne nie mają za zadanie wypowiadać się szerzej w niniejszej kwestii, ponieważ nie mają obowiązku zaproponowania alternatywnego rozwiązania dla skargi przedstawionej przez skarżącą. Wyrok tymczasem koncentruje się na kwestii płci. W konsekwencji ocena dyskryminacji powinna być przeprowadzona w oparciu o następujące podstawach: powódka skarżyła się na traktowanie odmienne od traktowania mężczyzn, mimo że znajdowała się w takiej samej sytuacji, tj. domagała się odszkodowania za cierpienie z powodu niepełnosprawności fizycznej, która spowodowało niemożność prowadzenia normalnego życia seksualnego. Innymi słowy, w niniejszej sprawie należy zatem dokonać porównania między kobietami i

mężczyznami, którzy doznają uszczerbku na zdrowiu fizycznym i domagają się odszkodowania za szkody niemajątkowe.

## **B. Dyskryminujące traktowanie członków jednej grupy**

17. Drugi etap, polegający na sprawdzeniu, czy istnieje różnica w traktowaniu, która pociąga za sobą relatywnie niekorzystną sytuację jednej grupy osób w porównaniu z inną, wydaje się być jeszcze trudniejszy niż określenie dwóch kategorii osób do celów porównawczych.

18. *Kwestia do rozwiązania.* W niniejszej sprawie, w celu stwierdzenia dyskryminacji, należy wykazać, że w Portugalii mężczyźni cierpiący na porównywalne problemy fizyczne jak skarżąca, są - jako mężczyźni - traktowani inaczej niż kobiety cierpiące z powodu podobnego problemu.

19. *Kwestia o charakterze bardziej faktycznym niż prawnym.* Oczywiście w Portugalii nie istnieją ramy prawne, które ustanawiałyby takie różnice w traktowaniu. Konieczne jest zatem ustalenie na podstawie faktów, czy w przypadku zasądzenia zadośćuczynienia za odnośną szkodę kobiety traktowane są inaczej niż mężczyźni. Może to być zatem jedynie fakt przyznawania przez sądy - ogólnie rzecz biorąc - zadośćuczynienia w innej wysokości kobietom, mimo że znajdują się one w takiej samej sytuacji jak mężczyźni.

20. *Dyskryminacja musi wynikać z orzecznictwa.* Z metodologicznego punktu widzenia nieuniknione jest zatem ustalenie, czy taką różnicę w traktowaniu może zostać ustalić w odniesieniu do orzecznictwa portugalskiego. Dwie porównywane kategorie należy oprzeć z jednej strony na orzecznictwie dotyczącym mężczyzn w takich sytuacjach, a z drugiej strony na orzecznictwie dotyczącym kobiet.

21. *Dwie alternatywne możliwości dyskryminacji wynikającej z orzecznictwa.* a) Istnienie szeregu spraw dotyczących mężczyzn i szeregu spraw dotyczących kobiet (w których wszystkie istotne okoliczności byłyby takie same lub zasadniczo podobne), w których powodom płci męskiej regularnie przyznawano wyższe odszkodowania niż powodkom. W takich sytuacjach nie byłoby konieczne, aby wyroki krajowe odnosiły się do płci powoda jako istotnego czynnika przy przyznawaniu odszkodowania. b) Istnienie jednej sprawy, w której powód otrzymałby zadośćuczynienie niższe niż powodowie przeciwnej płci w porównywalnych sprawach, gdzie różnica zostałaby ustalona na podstawie stereotypu (np. pogląd, że dla kobiet seks nie jest tak samo istotny jak dla mężczyzn).

**22. Seria spraw, w których kobiety i mężczyźni traktowani są systematycznie w różny sposób.** W przypadku, o którym mowa w lit. a) powyżej, konieczne jest, co do zasady, określenie dwóch odrębnych zestawów orzecznictwa, które wskazują, że w przypadku szkód fizycznych wywierających wpływ na życie seksualne mężczyźni zazwyczaj otrzymują wyższe zadośćuczynienie niż kobiety.

**23. Pytanie wstępne: konieczność określenia dwóch kategorii?** Powstaje pytanie, czy rzeczywiście konieczne jest określenie takich dwóch kategorii spraw, czy też nie wystarczy jedynie wskazać orzecznictwa dotyczącego mężczyzn i porównać kwoty przyznawane zazwyczaj mężczyznom z kwotami otrzymanymi przez skarżącą, a jeśli okażą one niższe, stwierdzić różnicę w traktowaniu. Takie uproszczone podejście wydaje się nieadekwatne: jeżeli istnieje zestaw wyroków, które wykazują, że mężczyźni otrzymują kwoty mieszczące się w pewnym zakresie i że w indywidualnym przypadku skarżącej kwota ta jest niższa, jest to wynik błędnej oceny, odbiegającej od bardziej lub mniej ugruntowanego orzecznictwa. Prawdą jest, że trudno jest dokonać wyraźnego rozróżnienia między błędnym i dyskryminującym zastosowaniem danego przepisu prawnego w odniesieniu do konkretnej sprawy. W każdym razie pojedyncze odstępstwo od orzecznictwa - które wymaga ustalenia przez sądy krajowe, ponieważ gdyby Trybunał Europejski badał taką rozbieżność, przyjąłby pozycję czwartej instancji - nie jest wystarczające, by stwierdzić dyskryminację. W tym celu wymagany jest dowód potwierdzający, że takie traktowanie wynika z zastosowania ogólnych zachowań dyskryminacyjnych (w tym miejscu warto przypomnieć przytoczone powyżej warunki wskazane w wyroku w sprawie *Konstantin Markin*, cyt. powyżej, § 125). Wydaje się, iż różnienia takiego należy dokonać po dokładnym zbadaniu rozumowania leżącego u podstaw badanego wyroku krajowego. W każdym razie z przedstawionych poniżej punktów wynika jednak, że w niniejszej sprawie nie istnieje nawet kategoria osób korzystających z określonego preferencyjnego traktowania, do której można by porównywać skarżącą jako przypadek indywidualny. Ponadto w stereotypowym rozumowaniu stanowiącym dyskryminację można znaleźć poprawkę na brak kategorii, co omówiono poniżej.

**24. Pojęcie orzecznictwa.** W związku z tym konieczne jest, co do zasady, zidentyfikowanie dwóch zestawów orzecznictwa, porównanie ich i sprawdzenie, czy kobiety są ogólnie traktowane w sposób mniej korzystny niż mężczyźni. W tym kontekście ważne jest, aby przyjrzeć się z bliska pojęciu orzecznictwa lub „praktyki sądowej”, tj. serii wyroków, które dostarczają takiej samej lub podobnej odpowiedzi na określony problem prawny. Orzeczenia te powinny być wydawane przez ten sam sąd lub pod jego nadzorem, na najwyższym poziomie hierarchii, oraz ustanawiać lub



potwierdzać zasady prawne. O ile w odniesieniu do kwestii *prawnych* liczba wyroków konieczna do ustanowienia orzecznictwa jest stosunkowo niewielka, w każdym razie jeżeli są to wyroki sądów najwyższej instancji, jeśli chodzi o analizę orzecznictwa dotyczącego kwestii faktycznych, przykładowo kwoty zwykle przyznawanej za pewien rodzaj szkody (np. utrata dziecka), dla umożliwienia określenia ogólnej postawy sądów niezbędne jest istnienie znacznie większej liczby wyroków.

**25. Czy istnieje orzecznictwo dotyczące zadośćuczynienia z tytułu obrażeń ciała powodujących uszczerbek na życiu seksualnym?** W niniejszym przypadku oznaczałoby to identyfikację dwóch zestawów wyroków, w wystarczająco znaczącej liczbie, w których kobiety i mężczyźni zostali potraktowani odmiennie w odniesieniu do rozpatrywanej kwestii faktycznej, tj. odszkodowania pieniężnego za uszkodzenie ciała, w tym trudności w życiu seksualnym. W tym względzie w zaskarżonym wyroku powołano się na dwa orzeczenia Sądu Najwyższego, które zostały wydane odpowiednio w 2008 i 2014 r. (zob. par. 25 i 26 wyroku) dotyczące odszkodowań przyznanych dwóm mężczyznom. Stwierdzenie dyskryminacji skarżącej w oparciu jedynie o te dwa wyroki wydaje się wysoce problematyczne, jeśli nie niemożliwe.

**26. Kwestia danych liczbowych.** Po pierwsze, czy dwa wyroki można uznać za utrwalone orzecznictwo? Mogłoby tak być, gdyby chodziło o kwestie prawne, ale sytuacji, w której istnieje tak wiele elementów faktycznych, które - jak podkreślano wcześniej - trzeba było rozważyć, czyż można mówić o prawdziwym orzecznictwie? W przypadku kwestii faktycznych istnieje powinna znacznie większa liczba wyroków, które mogłyby prowadzić do określenia tendencji w oparciu o różne kwestie faktyczne.

**27. Wyroki wydawane przez różne sądy.** Ponadto oba przytoczone wyroki zostały wydane przez Sąd Najwyższy, to jest sąd inny niż Naczelny Sąd Administracyjny. Jeśli zaskarżony wyrok został wydany przez inny sąd ostatniej instancji, pojawia się kwestia braku spójności pomiędzy orzecznictwem dwóch sądów oraz kwestia wynikająca z art. 6 (por. *Parafia greckokatolicka w Lupeni i Inni przeciwko Rumunii* [WI], nr 76943/11, § 116, ETPCz 2016 r.).

**28. Brak orzecznictwa w zakresie przyznawania zadośćuczynienia kobietom.** Zakładając, że dwa wyroki Sądu Najwyższego są istotne dla niniejszej sprawy i że nie istnieją żadne inne wyroki ustanawiające rozwiązania odmiennie w kontekście ściśle powiązonym z faktami (który jest nam nieznany), należy podkreślić, że nie przytoczono żadnych wyroków dotyczących zadośćuczynienia przyznanego w podobnych

okolicznościach kobietom. W związku z tym nie można dokonać porównania w celu stwierdzenia dyskryminacji.

**29. Brak istotności wyroków przyjętych jako punkt odniesienia. Różnica w zakresie faktów.** Nawet przy założeniu, że indywidualny wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego, którego dotyczy skarga, można porównać z dwoma przywołanymi wyrokami w celu stwierdzenia dyskryminacji, pomijając w ten sposób identyfikację kategorii i zakładając odmienne traktowanie skarżącej niż jednego z dwóch mężczyzn w przywołanych sprawach, prawdą jest, że w każdej z tych trzech spraw powód doznał uszczerbku na zdrowiu fizycznym i w życiu seksualnym. Jednak w tym miejscu kończy się możliwość porównania: tło faktyczne tych spraw może być bardzo zróżnicowane, a ponieważ wyroki nie są dostępne w pełnym brzmieniu, po prostu nie wiadomo, czy są one rzeczywiście porównywalne we wszystkich aspektach, czy też występować mogą ważne aspekty, które pociągałyby za sobą pewne zróżnicowanie (wiadomo tylko, że u jednego z mężczyzn wystąpiło zwykle zapalenie prostaty, a u drugiego błędnie zdiagnozowano nowotwór).

**30. Kwestia wieku, nie płci.** Co ważniejsze, żaden z dwóch cytowanych wyroków nie mówi o płci w odniesieniu do wysokości przyznanego odszkodowania. W każdym z tych wyroków podkreślono wiek mężczyzn, nie stwierdzając, że powinni oni otrzymać kwotę wyższą lub niższą niż kobiety w tej samej sytuacji. Ponadto, w każdym z trzech wyroków sądy krajowe wykazały się dużą empatią w stosunku do cierpień ofiary (i nie tylko w odniesieniu do cierpień obu mężczyzn, zob. odpowiedni cytat poniżej). Ponadto w dwóch przytoczonych przypadkach nie ma mowy o ograniczaniu wysokości zadośćuczynienia na podstawie predyspozycji zdrowotnych ofiary, jak w zaskarżonym wyroku (zob. par. 35 i 36 poniżej).

**31. Wnioski: brak wskazania dwóch porównywalnych zestawów orzecznictwa.** Wniosek jest prosty: większość nie podjęła się porównania w celu określenia istnienia dwóch zestawów orzecznictwa, które wskazywałyby na różnice w traktowaniu ze względu na płeć w odniesieniu do kwoty zadośćuczynienia za krzywdę doznaną w wyniku uszkodzenia ciała, w tym uszczerbek na życiu seksualnym.

**32. Rozwiązanie alternatywne: identyfikacja rozumowania opartego na stereotypach.** Zamiast przeprowadzić takie porównanie, większość opiera się na innym argumencie, stwierdzając, że krytykowany wyrok wykazał, iż portugalskie sądownictwo, a także społeczeństwo jako całość, uznało w sposób stereotypowy, że kobiety mają mniejszą wartość jako ludzie niż mężczyźni, unikając w ten sposób wskazania kategorii, na podstawie której należy dokonać porównania (zob. par. 49 wyroku). Większość doszła do

takiego wniosku na podstawie odwołania się Naczelnego Sądu Administracyjnego do faktu, że skarżąca miała już dwoje dzieci. W związku z tym większość domyślnie zakłada, że życie seksualne kobiet jest ściśle związane z rodzeniem dzieci.

**33. Czy zaskarżony wyrok opierał się na stereotypie płciowym?** Jak właściwie postąpił Naczelny Sąd Administracyjny? Sąd rozpoznał roszczenie w postępowaniu cywilnym złożone przez 71-letnią kobietę, która w wyniku zabiegu chirurgicznego przeprowadzonego, kiedy miała 50 lat, odczuwała silny ból i doznała utraty czucia w pochwie, cierpiała na nietrzymanie moczu, miała trudności z siedzeniem i chodzeniem oraz nie mogła utrzymywać relacji seksualnych (par. 10 wyroku). Sąd pierwszej instancji uznał odpowiedzialność szpitala za cierpienia ofiary. Sąd podkreślił, że w konsekwencji [skarżąca] była przygnębiona, miała myśli samobójcze i unikała kontaktu z członkami rodziny i przyjaciółmi oraz przyznał jej 80 000 EUR tytułem zadośćuczynienia za szkody niemajątkowe i 16 000 EUR na pokrycie kosztów usług pokojówki pomagającej w pracach domowych.

**34. Ponowna ocena, a nie obniżenie kwoty odszkodowania.** Należy podkreślić, że Naczelny Sąd Administracyjny nie *obniżył* kwoty zasądzonej ofierze tytułem szkody niemajątkowej przez sąd pierwszej instancji, jak błędnie stwierdzono w wyroku (par. 56), ale po ponownym oszacowaniu ustalił na nowo kwotę należną za usługi pokojówki w wysokości 6 000 EUR<sup>9</sup> oraz kwotę ogólnego zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową w wysokości 50 000 EUR.

**35. Przyznana kwota opiera się na trzech różnych elementach o znaczeniu nierównorzędnym.** Dochodząc do tego wniosku Naczelny Sąd Administracyjny wziął pod uwagę trzy elementy: po pierwsze, wyraził opinię o stanie ofiary, podkreślając jej trudne życie w odniesieniu zarówno do poczucia własnej wartości, jak i relacji z innymi osobami (pomijając na tym etapie jej życie seksualne); po drugie, stwierdził, że w przypadku ofiary istniały pewne predyspozycje zdrowotne, ponieważ pewne problemy występowały już przed operacją (można by nie zgodzić się z taką oceną związku przyczynowego, lecz dalsze badanie tej kwestii oznaczałoby przyjęcie roli czwartej instancji), a po trzecie wskazał na wiek ofiary (50 lat) i fakt, że ma dwoje dzieci oraz wyraził zdanie, że wraz z wiekiem życie

---

9. Kwota 6 000 EUR została przyznana tytułem odszkodowania za poniesioną szkodę majątkową. Z wyroku jasno wynika, że skarżąca skarżyła się jedynie na to, co jej zdaniem było niewystarczającym zadośćuczynieniem za szkodę niemajątkową doznaną w związku z upośledzeniem jej życia seksualnego. Krytykując tę część wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego, większość niesłusznie rozszerzyła zakres kontroli zaskarżonego wyroku.

seksualne traci na znaczeniu. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego istniały zatem dwa czynniki ograniczające łączną wysokość odszkodowania, które ma zostać przyznane ofierze: jej stan przed operacją oraz jej wiek. Sąd dodał element związany z wiekiem ofiary, do którego, jak wynika z treści wyroku, nadał mniejszą wagę niż kwestia związku przyczynowego: „Dodatkowo nie należy zapominać...”.

**36. Ocena globalna.** W każdym razie sąd nie wskazał, jaką wagę przykładał do każdego z tych czynników, ponieważ jego ocena miała charakter globalny. Jest to dość powszechne w sytuacji o charakterze tak faktycznym, jaką jest ocena kwoty rekompensaty. Nie jest możliwe odgadnięcie, w jakim stopniu czynnik wieku wywarł wpływ na ocenę, tym bardziej, że na obecnym etapie dyskusja dotyczy jedynie wieku, a nie płci.

**37. Wiek, a nie płeć jako czynnik ograniczający.** W tym kontekście należy zauważyć, że sąd krajowy uzależnił znaczenie życia seksualnego skarżącej od jej wieku, a nie płci. Większość nie zajmuje się kwestią wieku, a koncentruje się jedynie na kwestii płci. Argument dotyczący stereotypu płciowego stosowanego przez większość nie pasuje do niniejszej sprawy, po prostu dlatego, że zaskarżony wyrok nie zawiera sformułowań wskazujących na taki kierunek; w krytykowanym fragmencie wyroku mowa jest wyłącznie o wieku. Sytuacja oczywiście byłaby zupełnie inna, a stereotypy zostałyby zastosowane, gdyby w wyroku krajowym stwierdzono, że życie seksualne kobiet jest mniej ważne niż życie seksualne mężczyzn. Jednak treść zaskarżonego wyroku można nawet postrzegać jako wręcz odwrotną: w wyroku zacytowano fragmenty wyroków krajowych z 2008 r. i 2014 r., zgodnie z którymi „fakt, iż mężczyźni nie mogli utrzymywać normalnych stosunków seksualnych, wpłynął na ich poczucie własnej wartości i spowodował „poważny cios” oraz „ciężki uraz psychiczny”. W krytykowanym wyroku sąd podkreśla między innymi, że doznana niepełnosprawność fizyczna „... ograniczyła jej aktywność seksualną, co sprawiło, że miała poczucie utraty własnej wartości jako kobieta” oraz że „... odczuła głęboki odrazę i frustrację z powodu sytuacji, w której się znajduje, co sprawiło, że stała się bardzo nieszczęśliwą osobą...”. Użyte terminy są dość podobne. W wyroku sporządzonym w oparciu o ukryty stereotyp, zgodnie z którym życie seksualne kobiet jest mniej ważne niż życie seksualne mężczyzn, zastosowano by inne sformułowania.

**38. Wnioski.** Podsumowując, w wyroku Izby:

- a) nie zastosowano ugruntowanej trzystopniowej metodologii opracowanej w orzecznictwie Trybunału, bez podania uzasadnienia;
- b) w szczególności nie ustosunkowano się do zarzutu skarżącej dotyczącego dyskryminacji ze względu na wiek, jednocześnie nie

przeprowadzając przekonującej analizy domniemanej różnicy w traktowaniu ze względu na płeć;

c) w związku z powyższym uzyskano wynik, który jest niezgodny z orzecznictwem Trybunału.

Sędzia, który zamierza wypowiedzieć się na temat kwestii prawnej o znaczeniu ogólnym, powinien poczekać na właściwą sprawę; w przeciwnym razie po prostu angażuje się w politykę. Jest to kwestia - nie mniej i nie więcej - legitymizacji.