

ANNA MICHALAK

AKTUALNE PROBLEMY OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA W INDIACH – ORIENTACJA SEKSUALNA I TOŻSAMOŚĆ PŁCIOWA¹

Celem niniejszej publikacji jest przedstawienie aktualnego orzecznictwa Sądu Najwyższego Indii w sprawach dotyczących ochrony praw człowieka. Indie jako jeden z nielicznych postkolonialnych państw Azji nie tylko podpisały Powszechną Deklarację Praw Człowieka, uchwaloną przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 10 grudnia 1948 r. w Paryżu (PDPCz) (dokument prawnie niewiążący), ale także ratyfikowały Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, uchwalony przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych w dniu 16 grudnia 1966 r. w Nowym Jorku (MPPOiP), zobowiązując się do prawnego zagwarantowania pomieszczonych w tym dokumencie praw.

Indie w doktrynie są określane obecnie jako państwo o najbardziej zbliżonym do demokratycznego – w rozumieniu zachodnioeuropejskim – systemie rządów². Jednocześnie państwo to bardzo aktywnie działa w Organizacji Narodów Zjednoczonych, zabiegając o zmianę składu stałych członków Rady Bezpieczeństwa i domagając się uwzględnienia coraz większej roli, jaką na forum międzynarodowym odgrywają kraje Azji.

Jak się wydaje, zarówno wśród przedstawicieli doktryny, jak i wśród decydentów politycznych ostatecznie upadła już idea stworzenia powszechnego katalogu praw człowieka oraz globalnego systemu ich ochrony³. Przedstawiane poniżej orzeczenia Sądu Najwyższego Indii przede wszystkim ilustrują rozbieżne stanowiska co do możliwości korzystania z zachodnich wzorców i stosowania ich w tamtejszym systemie prawnym. Ponadto wskazują, jak odmiennie – z punktu widzenia kultury Zachodu – problemy z dziedziny praw człowieka są rozwiązywane przez judykaturę Indii.

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/D/HS5/04458.

² T. Davis, B. Galligan, *Preface* [w:] *Human Rights in Asia*, red. T. Davis, B. Galligan, Edward Edgar Publishing Limited, [b.m.] 2011, s. X.

³ Mam na myśli szczególnie doktrynę tzw. *Asian values*, oficjalnie propagowaną na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych m.in. przez przedstawicieli Singapuru i Chin. Szerzej na ten temat zob. R. Burke, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights (Pennsylvania Studies in Human Rights)*, University of Pennsylvania Press [b.m.] 2010, s. 112 i nn.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie zgodności z konstytucją⁴ art. 377 indyjskiego kodeksu karnego⁵ (wyrok w sprawie *Suresh Kumar Koushal i inni przeciwko the NAZ Foundation (India) Trust* – sprawa cywilna nr 10972 z 2013 r.)⁶

Fakty

Artykuł 377 IPC penalizuje przestępstwa przeciwko naturze i stanowi, że kto dobrowolnie odbywa nienaturalny stosunek cielesny z kobietą, mężczyzną lub zwierzęciem, podlega karze dożywotniego pozbawienia wolności (lub karze pozbawienia wolności do lat 10) i karze grzywny. Kara dożywotniego pozbawienia wolności przewidziana jest również za gwałt zbiorowy, gwałt na nieletniej lub kobiecie w ciąży⁷. Nienaturalnym stosunkiem cielesnym w rozumieniu tego przepisu jest przy tym nie tylko stosunek płciowy osób tej samej płci, ale także seks oralny i analny. Omawiany przepis w zakresie, w jakim penalizuje dobrowolny stosunek płciowy osób dorosłych, został uznany za niekonstytucyjny przez Sąd Wyższy w Delhi (the Delhi High Court, wyrok z dnia 2 lipca 2009 r., wydany po rozpatrzeniu wniosku the NAZ Foundation (India) Trust). Fundacja NAZ jest pozarządową organizacją działającą na rzecz przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się i pomocy osobom zarażonym wirusem HIV/AIDS. W związku z podejmowanymi działaniami spotkała się z różnego rodzaju formami przemocy i dyskryminacji wobec mniejszości seksualnych; działania organów władzy (a w szczególności policji) były związane z obowiązywaniem zaskarżonego przepisu. Sąd Wyższy w Delhi stwierdził, że omawiana regulacja narusza art. 14 (zasada równości obywateli wobec prawa)⁸, art. 15 (zakaz dyskryminacji)⁹ i art. 21 (prawo do prywatno-

⁴ Konstytucja Indii uchwalona przez Zgromadzenie Konstytucyjne dnia 26 listopada 1949 r., weszła w życie z dniem 26 stycznia 1950 r.; tekst w brzmieniu na dzień 1 stycznia 2013 r. uwzględniający 98. poprawkę do konstytucji [*The Constitution (Ninety-eighth Amendment) Act, 2012*]. Teksty wszystkich aktów normatywnych opublikowane na stronie indyjskiego Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://indiacode.nic.in/> [dostęp: 21.09.2014].

⁵ Ustawa z dnia 6 października 1860 r. – indyjski Kodeks karny (Act No. 45 of 1860; Indian Penal Code 1860; dalej: IPC).

⁶ Wyrok opublikowany na oficjalnej stronie indyjskiego Sądu Najwyższego: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41070> [dostęp: 20.09.2014].

⁷ Por. art. 366 IPC.

⁸ Art. 14 Konstytucji Indii stanowi: Na terytorium Indii każdemu zapewnia się równość wobec prawa i równą ochronę praw.

⁹ Art. 15 Konstytucji Indii stanowi: 1) Państwo nie może dyskryminować obywateli ze względu na: religię, rasę, kastę, płeć, miejsce urodzenia lub z jakiegokolwiek innej przyczyny. 2) Żaden obywatel – ze względu na religię, kastę, rasę, płeć, miejsce urodzenia lub z jakiegokolwiek innej przyczyny – nie może być dyskryminowany lub ograniczany w: a) dostępie do sklepów, restau-

ści)¹⁰ konstytucji. Jednocześnie wezwał organy władzy ustawodawczej do podjęcia działań zmierzających do odpowiedniego znowelizowania IPC. Ponieważ sprawa ta była rozpatrywana w procedurze dotyczącej sporów publicznych, apelacje od powyższego orzeczenia wniosły i poparły 22 organizacje i stowarzyszenia dążące zarówno do uchylecia, jak i utrzymania wyroku.

Sąd Najwyższy

Stwierdził, że apelacja jest zasadna i uchylił wyrok sądu niższej instancji jako prawnie nieuzasadniony. W ocenie Sądu Najwyższego, biorąc pod uwagę literalną wykładnię zaskarżonego przepisu oraz historyczne przyczyny jego uchwalenia, nie można uznać, że prowadzi on do dyskryminacji jakiegokolwiek grupy społecznej (orientacji płciowej). Na możliwość orzekania przewidzianej w tym przepisie kary nie ma przy tym wpływu wiek osób obcujących ani dobrowolny charakter aktu płciowego. W konsekwencji Sąd Najwyższy podkreślił, że organy ustawodawcze nie są zobowiązane do podjęcia działań legislacyjnych w celu znowelizowania omawianej regulacji.

Uzasadnienie

Rozpatrzenie sprawy wymagało odpowiedzi na następujące pytania: 1) Czy w zakresie kognicji Sądu Wyższego w Delhi znajduje się orzekanie o niezgodności prawa z konstytucją? 2) Jaki jest zakres dozwolonej sądowej kontroli w takim przypadku? 3) Czy w okolicznościach rozpatrywanej sprawy doszło do obalenia domniemania zgodności z konstytucją?

racji, hoteli i innych miejsc publicznych; lub b) korzystaniu ze studzienek, zbiorników, kąpielisk, dróg i miejsc użyteczności publicznej utrzymywanych w całości lub częściowo z budżetu państwa lub przeznaczonych do użytku publicznego. 3) Postanowienia niniejszego artykułu nie stanowią przeszkody we wprowadzaniu przez państwo specjalnych udogodnień dla kobiet i dzieci. 4) Postanowienia niniejszego artykułu oraz art. 29 ust. 2 nie stanowią przeszkody w ustanawianiu przepisów mających na celu zapewnienie rozwoju i edukacji najbardziej zaoferowanych grup społecznych. 5) Postanowienia niniejszego artykułu oraz art. 19 nie stanowią przeszkody w ustanawianiu przepisów ułatwiających rozwój społeczny i edukację określonych grup społecznych, o ile przepisy te będą gwarantować dostęp do instytucji oświatowych, także prywatnych, w sposób dotowany lub niedotowany przez państwo, z wyłączeniem instytucji, o których mowa w art. 30 ust. 1 niniejszej konstytucji.

¹⁰ Art. 21 Konstytucji Indii stanowi: Nikt nie może zostać pozbawiony życia lub wolności osobistej, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez prawo.

Stanowisko Sądu Najwyższego co do kognicji sądów wyższych
do orzekania o niezgodności prawa z konstytucją

Biorąc pod uwagę fakt, że rozpatrywana regulacja jest zamieszczona w akcie normatywnym uchwalonym przed wejściem w życie konstytucji, sąd rozważył zakres kognicji sądu wyższego do badania zgodności prawa pochodzącego z okresu przedkonstytucyjnego z obecnie obowiązującą konstytucją.

Kognicję sądów w zakresie oceny zgodności prawa z konstytucją określają: art. 13 (przepisy naruszające prawa podstawowe)¹¹, art. 14 (zasada równości obywateli wobec prawa), art. 15 (zakaz dyskryminacji), art. 19 (prawa i wolności osobiste)¹², art. 32

¹¹ Artykuł 13 Konstytucji Indii stanowi: 1) Wszelkie prawa obowiązujące na terytorium Indii bezpośrednio przed wejściem w życie niniejszej konstytucji, w zakresie, w jakim są one niezgodne z postanowieniami III części konstytucji, w zakresie tej niezgodności tracą moc prawną. 2) Zakazuje się uchwalania prawa, które godzi lub ogranicza prawa przyznane na mocy III części konstytucji, a wszelkie prawa naruszające te klauzule, w zakresie tego naruszenia, są pozbawione mocy prawnej. 3) Dla celów stosowania niniejszego artykułu, chyba że z kontekstu wynika inaczej: a) „prawo” obejmuje wszelkie akty normatywne, w tym ustawy, rozporządzenia, rozporządzenia wykonawcze, regulaminy, zasady lub zwyczaje mające wiążącą moc prawną na terytorium Indii; b) „prawa obowiązujące” to przepisy uchwalone lub przyjęte przez ustawodawcę lub inny właściwy organ na terytorium Indii przed wejściem w życie niniejszej konstytucji i wcześniej nieuchylone, choćby takie prawo lub jakakolwiek jego część nie mogły już być stosowane. 4) Postanowienia niniejszego artykułu stosuje się do wszelkich zmian konstytucji dokonanych na podstawie art. 368.

¹² Artykuł 19 Konstytucji Indii stanowi: 1) Wszyscy obywatele mają prawo do: a) wolności słowa i wyrażania opinii; b) pokojowych zgromadzeń; c) tworzenia stowarzyszeń i związków; d) swobodnego przemieszczania się na terytorium Indii; e) pobytu i osiedlania się w dowolnej części terytorium Indii; f) pominięty, g) do wykonywania jakiegokolwiek zawodu lub prowadzenia jakiegokolwiek działalności gospodarczej. 2) Prawo gwarantowane w pkt a nie wpływa na stosowanie obowiązującego prawa oraz nie ogranicza działalności prawotwórczej państwa, pod warunkiem że ograniczenia w korzystaniu z prawa gwarantowanego w pkt a będą uzasadnione zachowaniem suwerenności lub integralności Indii, względami bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego, ochroną obyczajów i moralności, a w przypadku prawa dostępu do sądu – stwierdzeniem zniesławienia lub podżegania do popełnienia przestępstwa. 3) Prawo gwarantowane w pkt b nie wpływa na stosowanie obowiązującego prawa oraz nie ogranicza działalności prawotwórczej państwa, pod warunkiem że ograniczenia w korzystaniu z prawa gwarantowanego w pkt b będą uzasadnione zachowaniem suwerenności lub integralności Indii, względami bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego. 4) Prawo gwarantowane w pkt c nie wpływa na stosowanie obowiązującego prawa oraz nie ogranicza działalności prawotwórczej państwa, pod warunkiem że ograniczenia w korzystaniu z prawa gwarantowanego w pkt c będą uzasadnione zachowaniem suwerenności lub integralności Indii, względami bezpieczeństwa narodowego, porządku publicznego albo ochroną moralności. 5) Prawa gwarantowane w pkt d i e nie wpływają na stosowanie obowiązującego prawa oraz nie ograniczają działalności prawotwórczej państwa, pod warunkiem że ograniczenia w korzystaniu z praw gwarantowanych w pkt d i e będą uzasadnione interesem publicznym albo będą służyły ochronie interesów określonych grup społecz-

(środki prawne służące ochronie praw podstawowych)¹³, art. 226 (kognicja sądów wyższych do wydawania nakazów sądowych)¹⁴ oraz art. 372 konstytucji (moc wiążąca przepisów pochodzących z okresu przedkonstytucyjnego)¹⁵.

nych. 6) Prawo gwarantowane w pkt g nie wpływa na stosowanie obowiązującego prawa oraz nie ogranicza działalności prawotwórczej państwa, które w interesie publicznym może uzależnić korzystanie z prawa gwarantowanego w pkt g przez wprowadzenie: i) obowiązku posiadania określonych kwalifikacji zawodowych lub technicznych koniecznych do uprawiania danego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, ii) zastrzeżenia co do możliwości prowadzenia określonej działalności handlowej, gospodarczej, przemysłowej lub usługowej wyłącznie przez państwo lub przez państwowe osoby prawne i całkowite lub częściowe wykluczenie możliwości prowadzenia tej działalności przez obywateli.

¹³ Artykuł 32 Konstytucji Indii stanowi: 1) Gwarantuje się prawo wszczęcia postępowania przed Sądem Najwyższym w celu zapewnienia ochrony praw podstawowych określonych w III części konstytucji. 2) Sąd Najwyższy ma prawo stosowania wszelkich środków, w tym uchylenia aresztu, w celu zapewnienia ochrony praw podstawowych określonych w III części konstytucji. 3) Bez uszczerbku dla uprawnień przyznanych Sądowi Najwyższemu w ust. 1 i 2 parlament może w drodze ustawy powierzyć innemu sądowi w ramach jego właściwości miejscowej wykonywanie uprawnień Sądu Najwyższego określonych w ust. 2. 4) Prawo zagwarantowane w tym artykule nie może zostać zawieszane za wyjątkiem przypadków przewidzianych w niniejszej konstytucji.

¹⁴ Artykuł 226 Konstytucji Indii stanowi: 1) Bez względu na postanowienia art. 32 każdy sąd wyższy ma prawo, w zakresie swej właściwości miejscowej, do stosowania wobec każdej osoby, organu oraz władzy wszelkich środków, w tym uchylenia aresztu, w celu zapewnienia ochrony praw podstawowych określonych w III części konstytucji. 2) Kompetencja przyznana w ust. 1) obejmuje również sytuacje, w których sąd, rozpoznając sprawę, w ramach swojej jurysdykcji stosuje środki wobec organu albo władzy, której siedziba nie znajduje się na terenie właściwości terytorialnej tego sądu. 3) Jeżeli strona, w stosunku do której wydano postanowienie tymczasowe, o którym mowa w ust. 1, nie dostarczając jej kopii takiego postanowienia i dokumentów popierających jego wydanie oraz bez jej wysłuchania, wniesie o uchylenie tego postanowienia tymczasowego, sąd wyższy rozpatrzy ten wniosek (i dostarczy jego kopię stronie przeciwnej, w interesie której wydano postanowienie tymczasowe) w czasie dwóch tygodni od daty jego otrzymania albo daty dostarczenia kopii (w zależności od tego, która data wypadła później). Po upływie tego terminu (jeśli wniosek nie został wycofany) postanowienie tymczasowe zostaje anulowane. Jeżeli w dniu upływu tego terminu sąd nie pracuje, termin wygasa następnego dnia pracy sądu. 4) Kompetencje przyznane sądowi wyższemu na podstawie niniejszego przepisu nie stoją na przeszkodzie wykonywania przez Sąd Najwyższy kompetencji przyznanych mu przez art. 32 ust. 2 niniejszej konstytucji.

¹⁵ Artykuł 372 Konstytucji Indii stanowi: 1) Bez względu na uchylenie przez niniejszą konstytucję aktów określonych w art. 395 i z zastrzeżeniem innych postanowień tej konstytucji wszystkie prawa obowiązujące na terytorium Indii bezpośrednio przed wejściem w życie niniejszej konstytucji nadal obowiązują, aż do momentu ich zmiany, zastąpienia lub uchylenia przez parlament albo inny właściwy organ. 2) W celu dostosowania obowiązujących przepisów do postanowień tej konstytucji prezydent może w drodze rozporządzenia dokonać odpowiednich nowelizacji w drodze uchylenia lub zmiany tych przepisów i określić datę ich wejścia w życie. Zmiany te nie będą kwestionowane w żadnym sądzie. 3) Uprawnienie przyznane w ust. 2 niniejszego artykułu: a) wygasa z upływem trzech lat od wejścia w życie niniejszej konstytucji; b) uniemożliwia

Z treści tych przepisów wynika, że zarówno sądy wyższe, jak i Sąd Najwyższy są uprawnione do oceny zgodności z konstytucją prawa uchwalonego w okresie przedkonstytucyjnym oraz badania, czy prawo uchwalone po wejściu w życie konstytucji nie narusza postanowień części III ustawy zasadniczej. Obowiązkiem sądów jest stosowanie wzorca konstytucyjnego i – na wniosek – zapewnienie odpowiedniego środka eliminującego niezgodność z konstytucją. W tym świetle kontrola sądowa nad ustawodawstwem jest zatem nieograniczona. Jednakże, mając na uwadze znaczenie zasady podziału władzy oraz inne wartości demokratyczne, które ucieleśnia władza ustawodawcza przyznana parlamentowi, wymiar sprawiedliwości powinien dążyć do samoograniczania swych kompetencji w ramach badania konstytucyjności ustaw. Wyrazem tego samoograniczania jest przymus stosowania zasady domniemania konstytucyjności.

Wszystkim przepisom uchwalanym przez parlament lub lokalne legislatury przysługuje domniemanie konstytucyjności. Opiera się ono na założeniu, że ustawodawca, będąc organem przedstawicielskim wyłonionym przez naród i przed nim odpowiedzialnym, jest świadomy potrzeb obywateli i działa w ich interesie w granicach kompetencji przyznanych mu przez konstytucję. Brak argumentów, które pozwalałyby uznać, że zasada domniemania konstytucyjności nie ma zastosowania do przepisów uchwalonych w okresie przedkonstytucyjnym, stosowanych przez parlament (bez względu na to, czy po wejściu w życie konstytucji dokonano ich nowelizacji, czy też nie). Jeżeli określone przepisy nie zostały znowelizowane lub uchylone, to może to stanowić wyraz decyzji podjętej przez parlament o pozostawieniu tych przepisów w dotychczasowym brzmieniu. Decyzja w tym zakresie jest taką samą decyzją legislacyjną jak znowelizowanie lub uchylenie dotychczasowych przepisów albo uchwalenie w ich miejsce nowych regulacji. W świetle powyższego zarówno przepisy uchwalone przed, jak i po wejściu w życie konstytucji stanowią wolę obywateli Indii wyrażoną w decyzji parlamentu; przysługuje im domniemanie zgodności z konstytucją.

Kolejną dyrektywą badania zgodności przepisów z konstytucją jest uznanie, że sądy powinny być wstrzeźliwe w stwierdzaniu niekonstytucyjności lub uchylaniu przepisów. Powinny zatem raczej interpretować prawo w zgodzie z postanowieniami konstytucji, niż poprzez zastosowanie innej wykładni doprowadzać do orzekania o ich niekonstytucyjności. Stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu jest bowiem środkiem ostatecznym. Należy stosować przy tym takie metody wykładni, które są efektywne i umożliwiają stosowanie przepisu zgodnie z celem, jaki przyświecał jego uchwaleniu. Konieczność stosowania prokonstytucyjnej wykładni potwierdza dotychczasowe orzecznictwo Sądu Najwyższego¹⁶.

parlamentowi lub innemu kompetentnemu organowi uchylene lub zmianę przepisów wcześniej znowelizowanych przez prezydenta.

¹⁶ Zob. orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach: *D.S. Nakara and other vs Union of India* (UOI) [(1983) 1 SCC 305], *Commissioner of Sales Tax, Madhya Pradesh, Indore and other vs Radhakrishnan and*

W świetle powyższych rozważań kompetencja do badania zgodności przepisów z konstytucją powinna być rozumiana w następujący sposób:

- 1) Sądy wyższe i Sąd Najwyższy Indii są uprawnione do stwierdzania nieważności unormowań, zarówno tych uchwalonych przed, jak i po wejściu w życie konstytucji. Kompetencja ta jest ograniczona do badania niezgodności tych przepisów z postanowieniami części III konstytucji.
- 2) Sądy uznają domniemanie zgodności z konstytucją, które odnosi się do wszystkich obowiązujących regulacji, także tych uchwalonych w okresie przedkonstytucyjnym, ponieważ to parlament działa w tym zakresie jako przedstawiciel suwerena, mając na uwadze potrzeby obywateli oraz ograniczenia wynikające z konstytucji.
- 3) Sądy uznają, że stwierdzenie niekonstytucyjności danego unormowania nie wpływa na obowiązywanie pozostałych przepisów danego aktu normatywnego. Jednocześnie każdy akt normatywny powinien być stosowany zgodnie z systematyką, celem regulacji oraz intencjami ustawodawcy, które towarzyszyły jego uchwaleniu. Oba te założenia są nierozdzielne.
- 4) Sąd może dokonać prokonstytucyjnej wykładni danego unormowania w celu zapobieżenia stwierdzeniu jego niekonstytucyjności. Należy jednak pamiętać, że wykładnia ta nie może zmieniać istoty regulacji, a tym samym prowadzić do powstania nowego unormowania.

Przenosząc powyższe rozważania na okoliczności rozpatrywanej sprawy, należy stwierdzić, że po implementacji IPC do porządku prawnego w 1950 r. w ustawie tej dokonano około 30 nowelizacji. Ostatnia z nich weszła w życie w 2013 r. i dotyczyła przestępstw na tle seksualnym, a zatem kategorii przestępstw, o których mowa także w art. 377 IPC. Ustawodawca nie zdecydował jednak ani o uchyleniu, ani o zmianie omawianej regulacji. To uzasadnia stwierdzenie, że parlament – organ przedstawicielski obywateli Indii – mimo wyrażonego w wyroku Sądu Wyższego w Delhi wezwania do podjęcia działań legislacyjnych, nie zdecydował o nowelizacji tego przepisu. Choć powyższa decyzja parlamentu nie przesądza o zgodności art. 377 IPC z konstytucją, to wpływa jednak na jego interpretację.

Powyższe uzasadnia tezę, że omawiana regulacja nie narusza konstytucji w sposób oczywisty, a poza kognicją Sądu Najwyższego pozostaje stwierdzanie nieważności określonych unormowań z powodu zmian, jakie zaszły w społeczeństwie w przestrzeganiu zasadności i celowości istnienia danej regulacji.

other [(1979) 2 SCC 249], *Minerva Mills Ltd. and other Union of India (UOI) i inni* [(1980) 3 SCC 625], *Delhi Transport Corporation vs D.T.C. Mazdoor Congress and other* [1991 Supp (1) SCC 600].

Stanowisko Sądu Najwyższego
odnośnie do zgodności z konstytucją art. 377 IPC

Istota zarzutów sformułowanych we wniosku Fundacji NAZ o stwierdzenie niezgodności z konstytucją art. 377 IPC dotyczyła naruszenia art. 14, art. 15, art. 19 ust. 1 pkt a–d i art. 21 ustawy zasadniczej. Wnioskodawczyni podniosła, że w praktyce organów stosujących prawo (a w szczególności policji) powyższe unormowanie daje podstawę do nękania, szantażowania i torturowania osób należących do mniejszości seksualnych. Tym samym omawiana regulacja prowadzi do ich dyskryminacji, naruszając prawo do prywatności i godność tych osób.

Odwołując się do przyczyn uchwalenia art. 377 IPC i dotychczasowego orzecznictwa, Sąd Najwyższy stwierdził, że nie można stworzyć zamkniętego katalogu zachowań, o których mowa w tym przepisie. Zatem o tym, czy doszło do nienaturalnego stosunku cielesnego, decydują okoliczności faktyczne każdej sprawy, a w szczególności rodzaj zachowania podlegającego ocenie. Sąd Najwyższy jednocześnie podkreślił, że w świetle literalnego brzmienia omawianej regulacji dla zastosowania przewidzianej w niej sankcji bez znaczenia pozostaje wiek osób biorących udział w zdarzeniu i dobrowolny charakter ich zażyłości. Z całą mocą należy przy tym dodać – jak zaznaczył Sąd Najwyższy – że art. 377 IPC nie odnosi się do określonej kategorii osób, płci czy orientacji seksualnej. Przepis ten penalizuje określony rodzaj stosunku cielesnego (nienaturalny stosunek cielesny), bez względu na tożsamość i orientację płciową osób biorących w nim udział.

Osoby, które odbywają naturalne stosunki cielesne, stanowią odrębną kategorię w stosunku do osób, które oddają się nienaturalnym stosunkom cielesnym. Dlatego nie można stwierdzić, że art. 377 IPC arbitralnie i nieracjonalnie dyskryminuje tę drugą grupę. Omawiany przepis jedynie definiuje określony rodzaj czynu zabronionego i określa przewidzianą za jego popełnienie karę. Dlatego sąd niższej instancji niezasadnie stwierdził niezgodność tego unormowania z art. 14 i 15 konstytucji.

Prawo do prywatności jest zagwarantowane w art. 12 PDPCz, art. 17 MPPOiP oraz w art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. Zostało ono również zagwarantowane w art. 21 konstytucji jako element prawa do życia i wolności osobistej. W orzecznictwie przyjmuje się, że art. 21 chroni wszystkie inne aspekty wolności osobistej, których nie wymieniono w art. 19 konstytucji¹⁷. Jak wynika z przedstawionych Sądowi Najwyższemu statystyk, w ciągu 150 lat obowiązywania art. 377 IPC był podstawą skazania mniej niż 200 osób i dlatego zastrzeżenia dotyczące praktyki jego stosowania nie mogą stanowić solidnej podstawy dla stwierdzenia jego niezgodności z konstytucją. Również zarzuty dotyczące przekraczania uprawnień

¹⁷ Zob. wyrok w sprawach *Kharak Singh vs State of UP and other* [(1964) 1 SCR 332] oraz *Gobind vs State of MP* [(1975) 2 SCC 148].

przez organy stosujące prawo i potencjalne wykorzystywanie ocenianej regulacji do nękania określonych mniejszości seksualnych nie mogą być podstawą do stwierdzenia niekonstytucyjności unormowania. Powyższe nieprawidłowości mogą jedynie uzasadniać decyzję legislacyjną odpowiedniego organu o określonej nowelizacji przepisu.

W swoim wyroku sąd niższej instancji, chcąc chronić prawo do prywatności i godność mniejszości seksualnych, obszernie odwoływał się do orzecznictwa sądów innych państw. Należy podkreślić, że Sąd Najwyższy ma poważne wątpliwości co do celowości przenoszenia doświadczeń Zachodu na grunt indyjskiej kultury prawnej. Różnią nas bowiem uwarunkowania społeczne oraz ogólny poziom wykształcenia społeczeństwa. Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Najwyższy stwierdził, że art. 377 IPC nie narusza konstytucji i uchylił wyrok Sądu Wyższego w Delhi.

Orzeczenie Sądu Najwyższego¹⁸ z dnia 15 kwietnia 2014 r.
w sprawie uznania niezgodności z konstytucją
braku prawnej identyfikacji trzeciej płci (wyrok w sprawie
Krajowa Organizacja Pomocy Prawnej (National Legal Services Authority)
przeciwko Indie i inni – sprawa cywilna nr 400 z 2012 r.)¹⁹

Fakty

Krajowa Organizacja Pomocy Prawnej (KOPP) jest organizacją rządową powołaną w celu świadczenia pomocy prawnej osobom ubogim lub nieporadnym. Terytorium Indii zamieszkują bardzo różnorodne grupy społeczne, mające odrębną religię, kulturę, język, zwyczaje, a nawet role społeczne tradycyjnie przypisane tylko danej grupie. Każda z nich ma tu określone miejsce w strukturze społeczno-gospodarczej. Szczególne znaczenie, zwłaszcza wśród wyznawców mitologii hindu i hinduizmu, mają te grupy społeczne, które tworzą tzw. społeczność Transgender (TG), a zatem skupiają osoby o nieokreślonej (ani jako żeńska, ani jako męska) tożsamości płciowej²⁰. Do najważniejszych istniejących grup zrzeszających osoby TG należą następujące społeczności Indii: Hijras, eunuchowie, Kothis, Aravanis,

¹⁸ Wyrok został wydany w dwuosobowym składzie orzekającym, każdy z sędziów poparł tezy rozstrzygnięcia odrębnym uzasadnieniem, które wyjaśniało motyw wydanego wspólnie orzeczenia.

¹⁹ Wyrok opublikowany na oficjalnej stronie indyjskiego Sądu Najwyższego: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.aspx?filename=41411> [dostęp: 22.09.2014].

²⁰ Sąd Najwyższy nie zaliczył do tej kategorii osób homoseksualnych, transseksualnych i transwestytów. Wziął jednak pod uwagę, że społeczność Hijra tworzą mężczyźni, którzy poddali się zabiegowi kastracji (jak również tacy, którzy się temu zabiegowi nie poddali) oraz hermafrodyty.

Jogappas, Shiv-Shakthis. Historycznie społeczności te cieszyły się dużym szacunkiem, ich obecność – szczególnie doceniana podczas ważnych uroczystości rodzinnych – miała zapewniać dobrobyt, szczęście, zdrowie. Wpływy kultury Zachodu, w szczególności propagowane podczas brytyjskiej kolonizacji, doprowadziły do wykluczenia społecznego (popartego odpowiednimi regulacjami prawnymi)²¹ osób TG, które stały się „nietykalne”. Obecnie marginalizacja ta utrzymuje się, zdaniem KOPP, w związku z brakiem prawnych regulacji, które umożliwiałyby odrębną identyfikację płciową takich osób w społeczeństwie. Brak prawnej identyfikacji trzeciej płci – w ocenie wnioskodawcy – narusza art. 14 i 21 konstytucji.

Sąd Najwyższy

Uznał, że w celu zabezpieczenia praw wynikających z części III konstytucji osoby należące do społeczności Hijra oraz eunuchów należy traktować (obok płci żeńskiej i męskiej) jako „trzecią płć”. Zobowiązał władze państwowe i lokalne do wdrożenia niezbędnych instrumentów prawnych, które zapewnią osobom TG możliwość identyfikacji swej tożsamości płciowej. Aby zapobiec dalszej marginalizacji społecznej tych społeczności, wskazał na konieczność podjęcia przez władze państwowe i lokalne działań eliminujących wykluczenie społeczne osób TG w takich sferach życia publicznego, jak edukacja, opieka medyczna, dostęp do służby publicznej, dostęp do miejsc użyteczności publicznej. Sąd Najwyższy nakazał wykonanie wyroku w ciągu sześciu miesięcy od jego wydania.

Uzasadnienie

Sąd Najwyższy odniósł się do zobowiązań międzynarodowych Indii²², systemów prawnych i orzecznictwa innych państw²³ w zakresie, w jakim regulują prawa osób TG (ze szczególnym uwzględnieniem prawnych regulacji zapewniających możliwość identyfikacji tożsamości płciowej osobom, które poddały się operacji zmiany płci). W konsekwencji stwierdził, że na poziomie międzynarodowym istnieje bardzo wyraźna tendencja do ochrony tożsamości płciowej i zapobiegania dyskryminacji na tym tle. Odwoławszy się do historycznych aspektów współistnienia osób TG w społeczeństwie indyjskim, uznał, że Indie powinny również przyjąć odpowiednie rozwiązania prawne w tym zakresie. Podkreślił, że przywołane akty normatywne

²¹ Ustawa o plemionach przestępczych, Act No. 27 of 1871 (Criminal Tribes Act 1871); art. 377 IPC.

²² Art. 1, 5, 12 PDPCz; art. 6, 7, 16 i 17 MPPOiP, § 21 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r.

²³ Sąd Najwyższy odniósł się do odpowiednich regulacji prawa Wielkiej Brytanii, Holandii, Niemiec, Australii, Kanady, Argentyny, Unii Europejskiej i Południowej Afryki.

regulujące prawa człowieka na poziomie międzynarodowym zostały adaptowane w różnych państwach świata w celu ochrony praw osób TG, ponieważ zauważono, że osoby te dotyka dyskryminacja we wszystkich aspektach ich życia społecznego, przejawiająca się np. molestowaniem (nękaniami) w miejscach pracy, szpitalach i innych miejscach użyteczności publicznej, jak targowiska, teatry, dworce kolejowe, autobusowe itp.

Wskazał, że system prawny Indii reguluje istnienie tylko dwóch płci, które wynikają z urodzenia. Wyodrębnienie tylko dwóch płci wywołuje konsekwencje na poziomie regulacji z zakresu prawa rodzinnego, spadkowego, podatkowego i zabezpieczenia społecznego, a także prawa karnego. Z powodu braku odpowiednich unormowań na poziomie krajowym, gwarantujących ochronę praw społeczności TG, osoby tej płci doświadczają dyskryminacji w różnych obszarach i dlatego konieczna jest realizacja zobowiązań wynikających z międzynarodowych konwencji ratyfikowanych przez Indie, a także niewiążących prawnie dokumentów międzynarodowych.

Twórcy obowiązującej konstytucji nie mogli przewidzieć, że każda działalność człowieka powinna być kontrolowana lub chroniona na poziomie prawa stanowionego. Artykuł 21 konstytucji obliguje do ochrony praw wynikających z części III konstytucji, dlatego Sąd Najwyższy nie może milczeć, gdy są one naruszane. Na mocy art. 253 konstytucji²⁴ parlamentowi przyznano kompetencję prawodawczą zarówno w odniesieniu do całego terytorium państwa, jak i jego poszczególnych części. Zdaniem Sądu Najwyższego niezbędne jest podjęcie działań legislacyjnych w celu implementowania do krajowego porządku prawnego postanowień międzynarodowych traktatów. Sąd Najwyższy przypomniał, że – jak wynika z dotychczasowego orzecznictwa²⁵ – w myśl art. 51²⁶ w związku z art. 253 konstytucji stwierdzenie niezgodności prawa krajowego z międzynarodowym nie wyklucza stosowania tego pierwszego. Tylko w przypadku braku krajowej regulacji sądy mogą orzekać bezpośrednio na podstawie aktów prawa międzynarodowego. Dlatego niezbędne jest podjęcie odpowiednich działań przez prawodawcę.

²⁴ W myśl art. 253 Konstytucji Indii: Parlament ma kompetencję do stanowienia prawa dla całego terytorium Indii lub jego części, które implementują do krajowego porządku prawnego postanowienia traktatów, konwencji i innych umów międzynarodowych zawartych z innymi państwami, jak również skutki decyzji podjętych na międzynarodowych konferencjach lub w ramach organizacji międzynarodowej.

²⁵ *His Holiness Kesavananda Bharati Sripadavalvaru vs State of Kerala* [(1973) 4 SCC 225], *Apparel Export Promotion Council vs A.K. Chopra* [(1999) 1 SCC 759], *Githa Hariharan (Ms) and other vs Reserve Bank of India and other* [(1999) 2 SCC 228], *R.D. Upadhyay vs State of Andhra Pradesh and other* [(2007) 15 SCC 337], *People's Union for Civil Liberties vs Union of India and other* [(2005) 2 SCC 436], a także *Vishaka and other vs State of Rajasthan and other* [(1997) 6 SCC 241].

²⁶ Zgodnie z art. 51 Konstytucji Indii: Państwo podejmuje starania w celu: a) promowania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, b) utrzymania i szanowania relacji z innymi narodami, c) wspierania i poszanowania prawa międzynarodowego i zobowiązań międzynarodowych, d) zachęcania do rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych w drodze arbitrażu.

W rozpatrywanej sprawie wnioskodawca przedstawił wiele dowodów i danych potwierdzających, że mimo wynikającego z art. 14 konstytucji zakazu dyskryminacji osoby TG doświadczają nierównego traktowania we wszystkich sferach życia społecznego. Brak prawnej identyfikacji trzeciej płci wyklucza równą ochronę praw tej społeczności i sprawia, że jest ona bardziej narażona na molestowanie seksualne i akty przemocy, także w miejscach publicznych. Napaści na tle seksualnym, w tym molestowanie, gwałt, pozostają bezkarne, co wynika z wiarygodnych, przedstawionych w sprawie statystyk. Badania potwierdzają także skrajną dyskryminację osób TG we wszystkich sferach życia społecznego, zwłaszcza w dziedzinie zatrudniania, edukacji, opieki zdrowotnej, dostępie do przestrzeni publicznych, takich jak restauracje, kina, sklepy, centra handlowe itp.

Sąd Najwyższy przeanalizował art. 14–16²⁷ oraz art. 19 i 21 konstytucji i stwierdził, że przepisy te nie odnoszą się do płci i gwarantują równy status wszystkim osobom (*person*) i obywatelom (*citizen*). Przypomniał o historycznych aspektach współistnienia społeczności TG zarówno w Indiach, jak i w państwach sąsiadujących (Nepal, Pakistan). Uznał, że art. 21 konstytucji, zapewniający najważniejsze z praw podstawowych, tj. prawo do życia i wolności osobistej, chroni także prawo każdego do określenia własnej płci. Prawo do określenia własnej płci i tożsamość płciowa są bowiem integralnymi elementami godności człowieka. Dlatego osoby TG, a w szczególności społeczności Hijras i eunuchów, muszą być traktowane jako trzecia płeć, odrębna od żeńskiej i męskiej, zarówno na gruncie konstytucji, jak i w innych aktach normatywnych tworzących system prawa Indii.

²⁷ Artykuł 16 Konstytucji Indii stanowi: 1) Wszystkim obywatelom zapewnia się równość szans w dostępie do zatrudnienia w sektorze publicznym (służby publicznej). 2) Żaden obywatel, ze względu na religię, kastę, płeć, pochodzenie, miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania, nie powinien być dyskryminowany w zakresie dostępu do służby publicznej. 3) Postanowienia niniejszego artykułu nie stanowią przeszkody dla ustanowienia przez parlament w odniesieniu do określonych stanowisk rządowych, we władzach państwowych lub lokalnych, wymogu przebywania na terenie państwa przed takim zatrudnieniem lub mianowaniem. 4) Postanowienia niniejszego artykułu nie stanowią przeszkody dla państwa w ustanowieniu uprzywilejowania w dostępie do służby publicznej dla określonej grupy społecznej, która w ocenie państwa jest niewystarczająco reprezentowana wśród pracowników tej służby. 4a) Postanowienia niniejszego artykułu nie stoją na przeszkodzie ustanawianiu udogodnień w dostępie do służby publicznej na rzecz określonych kast i plemion (wymienionych w załącznikach do konstytucji), jeśli w ocenie państwa są one niewystarczająco reprezentowane wśród pracowników tej służby. 4b) Postanowienia niniejszego artykułu nie stoją na przeszkodzie, aby państwo uznało nieobsadzone w danym roku stanowiska (uprzywilejowane w rozumieniu ust. 4a lub 4b niniejszego artykułu) za odrębną kategorię wakatów do obsadzenia w kolejnych latach; liczba tych stanowisk nie będzie uwzględniana przy określaniu 50% limitu uprzywilejowanych wolnych stanowisk do obsadzenia w kolejnym roku. 5) Postanowienia niniejszego artykułu nie wpływają na obowiązywanie przepisów, zgodnie z którymi objęcie urzędu lub zajmowanie się określonym rodzajem spraw wymaga od kandydata wyznawania określonej religii lub wiary.

Sąd Najwyższy stwierdził, że nie ma powodu, aby odmawiać osobom TG korzystania z tak podstawowych praw człowieka, jak: prawo do życia i wolności oraz godności, prawo do prywatności i wolności słowa, prawo do nauki i zatrudnienia oraz zakazu stosowania przemocy, wykorzystywania i dyskryminacji. Ustrojodawca wywiązał się z tego obowiązku, gdyż regulacje konstytucyjne nie zawężają kręgu adresatów praw podstawowych poręczonych w części III konstytucji. Teraz nadszedł czas, aby prawa te właściwie rozpoznać i interpretować konstytucję w sposób zapewniający godne życie osobom transpłciowym. Można to osiągnąć tylko poprzez wyodrębnienie trzeciej płci.

Biorąc powyższe pod uwagę, Sąd Najwyższy stwierdził, że dyskryminacja ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową obejmuje wszelkie działania polegające na wykluczeniu, ograniczeniu lub uprzywilejowaniu, których efektem jest naruszenie zasady równości obywateli wobec prawa. Jednocześnie przedstawił wskazówki dla ustawodawcy, który za pomocą właściwych środków prawnych powinien zapewnić ochronę konstytucyjnych praw społeczności TG. W szczególności prawodawca oraz władze państwowe i lokalne zostały zobowiązane do: 1) uznania osób należących do społeczności Hijras i eunuchów za trzecią płć dla zagwarantowania poszanowania praw gwarantowanych w III części konstytucji; 2) prawnego wyodrębnienia, obok płci męskiej i żeńskiej, trzeciej płci i umożliwienia osobom należącym do społeczności Hijras i eunuchom identyfikacji takiej tożsamości płciowej; 3) uznania tych osób za socjalnie i edukacyjnie dyskryminowane, a w konsekwencji zapewnienia im uprzywilejowania w dostępie do instytucji oświatowych i służby publicznej; 4) zorganizowania dla osób przynależących do trzeciej płci odrębnych ośrodków zajmujących się terapią HIV/AIDS; 5) podjęcia działań mających na celu rozwiązanie problemów osób TG, tj. strachu, wstydu, presji społecznej, napiętnowania społecznego, depresji oraz wyeliminowaniu nacisków na poddanie się operacji zmiany płci; 6) zorganizowania odpowiedniej opieki medycznej w szpitalach oraz zapewnienia wydzielonych toalet publicznych; 7) opracowania socjalnych programów pomocy dla osób TG; 8) podjęcia działań w celu zmiany świadomości społecznej, tak aby osoby TG mogły poczuć się pełnoprawnymi członkami społeczeństwa i nie były traktowane jako „nietykalne”²⁸; 9) podjęcia działań mających na celu przywrócenie historycznego statusu osób TG w społeczeństwie.

Wziąwszy pod uwagę, że z inicjatywy rządu powołano już zespół ekspertów, który w ciągu trzech miesięcy od jego uformowania ma przygotować raport na temat problemów, z jakimi spotyka się społeczność TG w Indiach, Sąd Najwyższy nakazał wykonanie wyroku w ciągu sześciu miesięcy od wydania.

²⁸ Co ciekawe, art. 17 Konstytucji Indii znosi pojęcie osoby nietykalnej i zakazuje stosowania takiego pojęcia i wynikających z niego konsekwencji w jakiegokolwiek formie, sanując tę praktykę jako przestępstwo karne. Niemniej Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu nie odniósł się do tego wzorca konstytucyjnego.

SUMMARY

CURRENT PROBLEMS OF HUMAN RIGHTS PROTECTION IN INDIA: SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

The purpose of this publication is to present the recent case law of the Supreme Court of India in matters concerning the protection of human rights. India, as one of the few post-colonial countries in Asia, not only signed the Universal Declaration of Human Rights (document which is not legally binding), but also ratified the International Convention on Civil and Political Rights committing to a legal guarantee of rights accommodated in this document.

India is referred today as the state with a system of government the most similar to the democratic ones – as defined in Western Europe. At the same time, the state is very active in the United Nations, striving to change the composition of the permanent members of the Security Council and asking to take into account the increasing role of Asian countries in the international forum.

As it seems, both legal scholars and policy makers have finally dropped the idea of creating a universal catalogue of human rights, and global system for their protection. Presented judgements of the Supreme Court of India primarily illustrate the divergent views as the possibility of using western models and applying them in the local legal system. In addition, it is presented how differently – from the Western culture perspective – issues of human rights are solved by the judicature of India.