

Magdalena Grzyb

Tożsamość płciowa to nie płeć – refleksje na tle wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.09.2020 r., V Ca 2686/19

*Gender identity is not gender – reflections on the judgment
of the District Court in Warsaw of 29 September 2020,
V Ca 2686/19*

Abstract

The article is a critical overview of a sentence of District Court in Warsaw from 29 September 2020 in which the Court stated that sex-based discrimination on the basis of Equal Treatment Act of 2010 also embraces discrimination based on gender identity. The case was concerning a transsexual person (male to female) who was hired to work in security company as a receptionist. Upon superiors learnt she was a biological male and before legal gender recognition, she was denied working in a female uniform (a skirt and a jacket). Eventually she did not start working. The Court found that she was discriminated since a biological woman would not have been denied possibility of working in a female suit. The Court compared her situation not to her natal sex (since she was formally still a man), but to her eventual gender. The Court found that both discrimination and harassment had place. The verdict is worth discussing in several aspects. Firstly, the Court implicitly accepted the gender self-identification rule, which might be seen as an overinterpretation of the law. Secondly, the Court equates gender identity with sex as a basis of discrimination. Thirdly, such an approach has serious consequences on rule of law and gender equality rule protected by the Polish Constitution. And finally, the Court took female outfit as an indicator of someone's gender and gender identity and consequently a prohibition of wearing a female uniform as a manifestation of discrimination based on gender identity, which is a very dubious assumption from the equal treatment and feminist perspective.

Keywords: *sex, gender, transgenderism, transsexualism, discrimination*

Dr Magdalena Grzyb, adiunkt, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-7685-1624, e-mail: m.grzyb@uj.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 17.02.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 30.06.2022 r.

Streszczenie

Artykuł stanowi krytyczne omówienie precedensowego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29.09.2020 r., w którym sąd uznał, że dyskryminacja ze względu na płeć według przepisów ustawy o równym traktowaniu obejmuje również dyskryminację ze względu na tożsamość płciową. Sprawa dotyczyła transseksualnej osoby – płci psychicznej (odczuwanej) żeńskiej – przed sądowną zmianą oznaczenia płci. Powódka została zatrudniona do pracy w agencji ochroniarskiej jako recepcjonistka, lecz odmówiono jej możliwości pracy w damskim uniformie. Sąd uznał, że doszło do dyskryminacji i molestowania, gdyż „zwykła” kobieta w analogicznej sytuacji miałaby możliwość pracy w spódnicy. Rozstrzygnięcie jest warte omówienia w czterech ważnych aspektach: po pierwsze, dorozumianego uznania przez sąd zasady samostanowienia płci; po drugie, zrównania tożsamości płciowej z płcią biologiczną, jeśli chodzi o przesłankę dyskryminacji; po trzecie, wpływu tego założenia na funkcjonowanie systemu prawa w odniesieniu do zasady pewności prawa; wreszcie, po czwarte, potraktowanie kobiecego stroju jako wyznacznika kobiecości i uznania zakazu noszenia tego stroju za przejaw dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową jest warte analizy w świetle zasady równości ze względu na płeć.

Słowa kluczowe: płeć, gender, transpłciowość, transseksualizm, dyskryminacja

1. Uwagi wprowadzające

W wyroku z 29.09.2020 r. w sprawie V Ca 2686/19¹ Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa z 24.07.2019 r. (I C 5038/17) i uznał, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania ze względu na tożsamość płciową powódki oraz zasądził odszkodowanie na jej rzecz. Stwierdził ponadto, że zasada równego traktowania ze względu na płeć obejmuje też tożsamość płciową. Rozstrzygnięcie to zapadło w sprawie dotyczącej osoby płci męskiej, która czuła się kobietą i była w trakcie tzw. społecznej tranzycji, lecz w momencie inkryminowanych wydarzeń nie uzyskała jeszcze zmiany oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego, co nastąpiło dopiero w grudniu 2017 r.

W październiku 2016 r. powódka znalazła na portalu ogłoszeń ofertę pracy jako recepcjonistka w agencji. Wysłała swoje CV², w którym zamieściła żeńskie dane. W trakcie procesu rekrutacji, który przeszła pomyślnie, również posługiwała się żeńskimi danymi oraz nosiła strój przypisany kobietom, tak że osoby rekrutujące były przekonane, iż mają do czynienia z biologiczną kobietą. Dopiero w momencie podpisywania umowy i odbierania identyfikatora oraz stroju służbowego powódka podała swoje męskie dane z dowodu osobistego, gdyż wymóg umieszczenia danych zgodnych z dokumentem tożsamości określa ustawa o ochronie mienia i osób. Początkowo powódka chciała, by na legitymacji widniało jej prawdziwe nazwisko i nowe imię (Joanna), lecz z uwagi na to, że taki zabieg jest niezgodny z wymogami ustawy, pracodawca nie wyraził zgody. Agencja planowała również wydać powódce strój służbowy. Początkowo miała to być spódnica, jednak później pracodawca wskazał, że będzie to garnitur, tj. strój dla pracowników płci męskiej. To wywołało sprzeciw powódki i ostrą wymianę zdań. Ostatecznie do rozpoczęcia świadczenia pracy nie doszło.

Powódka pozwała agencję o naruszenie przepisów ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania³ w postaci naruszenia zasady równego traktowania podczas procesu rekrutacji i w zakresie zatrudnienia powódki z uwagi na jej transpłciowość. Artykuł 8 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zakazuje się nierównego traktowania osób fizycznych **ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną** w zakresie warunków podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej lub zawodowej, w tym w szczególności w ramach stosunku pracy albo pracy na podstawie umowy cywilnoprawnej.

W zakresie stanu faktycznego sąd I instancji uznał, że zarzucanym przez pozwaną naruszeniem były dwie okoliczności: odmowa wydania legitymacji z nowym imieniem oraz odmowa wydania damskiego stroju. Sąd I instancji stwierdził, że nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania, albowiem „odmowa pracy w stroju kobiecym osobie, która wówczas była jeszcze mężczyzną i miała nosić identyfikator z imieniem i nazwiskiem męskim oraz uzależnienie zatrudnienia od noszenia stroju

¹ LEX nr 3207506.

² *Curriculum vitae*.

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 2156, dalej ustawa o równym traktowaniu.

męskiego nie stanowiło naruszenia zasady równego traktowania ze względu na płeć w zakresie warunków wykonywania działalności zawodowej na podstawie umowy cywilnoprawnej”. W ocenie sądu I instancji nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania ze względu na transpłciowość powódki.

Sąd II instancji przyjął, że domniemanym naruszeniem był wyłącznie obowiązek noszenia stroju męskiego, zaś powódka nie sprzeciwiła się i nie uzależniła wykonywania pracy od danych wpisanych w legitymacji. W ocenie sądu II instancji doszło do naruszenia zasady równego traktowania, a także do molestowania i zasądził on powódce odszkodowanie. Uzasadniając swoje rozstrzygnięcie, Sąd przyjął założenie, że tożsamość płciowa jest chroniona przepisami prawa na równi z płcią. Skoro płeć stanowi kategorię praw osobistych człowieka, chronionych przez art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego⁴, a więc również „poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste, które podlega ochronie o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.”⁵. Sąd uznał, że skoro tożsamość płciowa zalicza się do cech, które mogą być źródłem dyskryminacji, podlegają ochronie na podstawie art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁶. Powołał się również w tym względzie na ogólne zasady dotyczące godności człowieka (art. 30 Konstytucji RP) oraz wskazał na orzecznictwo trybunałów europejskich i dokumenty prawa międzynarodowego. Przyjął również *per analogiam*, że skoro ustawa dotycząca równego traktowania wśród podstaw dyskryminacji wymienia płeć, to obejmuje również tożsamość płciową. Sąd powołał się w tym zakresie na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁷ (sprawa Christine Goodwin v. UK z 2002 r.), Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁸ (wówczas Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁹; sprawa C 13/94) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/54/WE z 2006 r.¹⁰, by ograniczyć się tylko do orzecznictwa, które zrównywały dyskryminację ze względu na płeć z „dyskryminacją wynikającą ze zmiany płci”. Uznał, że zakaz dyskryminacji osób transseksualnych stanowi element prawa wspólnotowego.

Sąd stwierdził, że doszło do dyskryminacji bezpośredniej, ponieważ osoby nietransseksualnej taka sytuacja by nie spotkała. Kobieta, która czuje się kobietą, używałaby kobiecego uniformu, tj. spódnicy i garsonkę. „Powódka została potraktowana mniej korzystnie wyłącznie ze względu na jej tożsamość płciową – fakt, że pozostaje metrykalnie płcią męską, a wygląda, zachowuje się i czuje się jak kobieta. (...) Trudno uznać, aby Powódka, która czuła się i wyglądała jak kobieta, mogła zaakceptować konieczność chodzenia w męskim garniturze.”

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁷ Dalej ETPC.

⁸ Dalej TSUE.

⁹ Dalej ETS.

¹⁰ Dyrektywa 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Ur. UE L 204 z 26.07.2006 r., s. 23).

Sąd II instancji nie zgodził się w tej kwestii z sądem I instancji, dla którego „warunek założenia spodni” nie był przejawem dyskryminacji, albowiem kobiecie, która czuje się kobietą taki warunek nie zostałby postawiony. Sąd I instancji przyjął też, że powódka swoim zachowaniem, ukrywaniem faktu transpłciowości w czasie rekrutacji poniekąd spowodowała konfuzję wśród osób zatrudniających, które nie wiedziały, jak później sytuację rozwiązać. Stanowisko recepcjonistki nie było przeznaczone wyłącznie dla kobiet. Ofertę skierowano do kobiet i mężczyzn, więc powódka, nawet w męskim stroju, mogła tę pracę wykonywać. Sąd II instancji jednak nie zgodził się z taką argumentacją. Wskazał, że powódka wcale nie miała obowiązku podać w CV swojego rzeczywistego (jeszcze wtedy męskiego) imienia widniejącego w dowodzie tożsamości, a jej zachowanie nie dążyło do ukrycia swoich prawdziwych danych. Sąd podkreślił, że należy wziąć pod uwagę szczególnie skomplikowaną sytuację osobistą powódki, tj. „okres korekty płci”. W konkluzji sąd II instancji uznał, że doszło nie tylko do nierównego traktowania, ale również molestowania, oznaczającego każde niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby fizycznej i stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery. W związku z tym sąd przyznał należyte odszkodowanie.

Przedstawione rozstrzygnięcie jest warte omówienia w czterech ważnych aspektach: po pierwsze, dorozumianego uznania przez sąd zasady autodeklaracji płci; po drugie, zrównania tożsamości płciowej z płcią biologiczną, jeśli chodzi o przesłankę dyskryminacji; po trzecie, wpływu tego założenia na funkcjonowanie systemu prawa w odniesieniu zasady pewności prawa; wreszcie, po czwarte, potraktowanie kobiecego stroju jako wyznacznika kobiecości i uznanie zakazu noszenia tego stroju za przejaw dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową zasługuje na analizę w świetle zasady równości ze względu na płeć.

Omawiany wyrok ma charakter prawotwórczy. Sąd, który nie jest organem konstytucyjnie powołanym do stanowienia prawa, w istocie samodzielnie poszerzył katalog cech chronionych na gruncie ustawy o równym traktowaniu o dodatkową cechę: „tożsamość płciową”. To duża zmiana, gdyż przesłanka tożsamości płciowej ma odmienny charakter od wymienionych przez ustawodawcę. Płeć, rasa, pochodzenie etniczne, narodowość, wyznanie, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna to cechy, na które zasadniczo nie mamy wpływu, których sobie nie wybieramy, ale które jednocześnie są obiektywnie weryfikowalne. Orientacja seksualna, w przeciwieństwie do tożsamości płciowej, stanowi kategorię materialną i realną, ponieważ można ją określić chociażby miarą odczuwania pociągu seksualnego do ludzi określonej płci. Z kolei religia, wyznanie i światopogląd podlegają ochronie jako mieszczące się w ogólnej zasadzie wolności słowa i wyznania. Wykładnia prawotwórcza jest niedopuszczalna w polskim porządku prawnym. Sąd niniejszym wyrokiem sformułował treści normatywne, które nie wynikają bezpośrednio ani pośrednio z treści przepisów prawa. Tym samym wkroczył w zakres kompetencji ustawodawcy¹¹.

¹¹ M. Florczak-Wątor, A. Grabowski [red.], *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021, rozdz. 47. Zakaz wykładni prawotwórczej, s. 765-776.

Sąd w sposób dorozumiany uznał zasadę autodeklaracji, czy też samookreślenia (samostanowienia) płci (ang. *gender self-identification*). Innymi słowy, przed prawną zmianą oznaczenia płci w dokumentach i aktach stanu cywilnego, czyli przejścia prawnej procedury zmiany płci, osoby transseksualne (bądź też, jak współcześnie się określa, transpłciowe) mają prawo żądać takiego traktowania, na jakie wskazuje ich tożsamość płciowa, tj. tak jak się czują, a nie jak wskazują ich dokumenty czy płeć biologiczna. W związku z tym każdy podmiot (taki jak pracodawca w omawianym wyroku), jeśli nie dostosuje się do żądań osób transpłciowych w tym zakresie, dopuszcza się ich dyskryminacji, molestowania i ponosi konsekwencje prawne. Oznacza to przykładowo, że mężczyzna, który czuje się kobietą, ma prawo oczekiwać, aby osoby trzecie traktowały go jak kobietę tylko na podstawie jego deklaracji, iż czuje się kobietą.

W Polsce, mimo braku rozwiązań ustawowych, istnieje utrwalona praktyka sądowej zmiany płci. Zgodnie z modelem wypracowanym w orzecznictwie Sądu Najwyższego osoba transseksualna dochodzi zmiany oznaczenia płci na podstawie art. 189 k.p.c. przed sądem okręgowym, pozyskując swoich rodziców. W postępowaniu tym strona powodowa powinna wykazać spełnienie szeregu okoliczności przemawiających za zasadnością żądania pozwu, w szczególności odbycie tzw. testu prawdziwego życia w roli społecznej zgodnej z płcią psychiczną, uzyskanie diagnozy psychiatrycznej oraz rozpoczęcie terapii hormonalnej. Taki zakres postępowania dowodowego nie odbiega zbyt od regulacji obowiązujących w innych krajach. Oczekiwania polskich sądów można określić jako liberalne¹².

Dotychczas nie budziło wątpliwości, że obowiązek dokonania prawnej zmiany oznaczenia płci jest słusznym warunkiem społecznego funkcjonowania jako osoby odmiennej płci (tj. zgodnie ze swoją tożsamością płciową). Tymczasem w omawianym orzeczeniu sąd uznał, że powódkę należało potraktować jak kobietę w kwestii przydzielenia jej kobiecego stroju służbowego jeszcze przed prawną zmianą płci. Wydaje się, że uznanie dyskryminacji ze względu na zmianę płci, wykazywane przez przywołane przez sąd dokumenty oraz orzecznictwo europejskie, jako równoznacznej z dyskryminacją ze względu na płeć co do zasady mogłoby mieć miejsce, gdyby osoba transseksualna w analogicznej sytuacji i bez uzasadnionego powodu była potraktowana inaczej niż osoba nietransseksualna. Należy ocenić, czy sytuacja, jaka wystąpiła w omawianym stanie faktycznym, polegająca na odmowie prawa do noszenia damskiego uniformu osobie transpłciowej (M/K, czyli „z mężczyzny na kobietę”) przed formalną zmianą płci, rzeczywiście stanowi formę „dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci” zakazanej w dorobku prawa wspólnotowego.

Sąd uznał, że doszło do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci, przy czym porównał sytuację kobiety transpłciowej (dalej transkobiety, czyli osoby płci męskiej) do kobiety biologicznej, a więc osoby o płci „docelowej”. Tymczasem orzecznictwo TSUE sytuację osoby transpłciowej przechodzącej proces zmiany płci porównuje do

¹² Por. E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, red. K. Ślebzak, Warszawa 2010, s. 58. Warto zaznaczyć, że pierwsza sądowa zmiana płci w Polsce miała miejsce w 1964 r.

sytuacji osób płci pierwotnej, czyli tej, do której dana osoba należała przed procesem korekty. W 1996 r. ETS orzekł, że zwolnienie z pracy uzasadnione zmianą płci danej osoby albo jej zamiarem zmiany płci stanowi dyskryminację, ponieważ osoba ta jest traktowana niekorzystnie w porównaniu z osobami płci, **do której przynależność przypisywano jej przed operacją** (wyrok z 30.04.1996 r., P. przeciwko S. and Cornwall County Council, C-13/94, pkt 21). Nakaz wykonywania pracy w stroju przeznaczonym dla mężczyzn nie stanowił więc – według orzecznictwa wspólnotowego – aktu dyskryminacji wobec powódki (biologicznego mężczyzny). W tej kwestii sąd błędnie powołał się na przywołane orzeczenie.

Należałoby też ocenić, czy w rzeczonej sprawie doszło w ogóle do dyskryminacji wynikającej ze zmiany płci. Powódka nie została zatrudniona, ponieważ okazała się (w sensie prawnym) innej płci, niż deklarowała, a nie dlatego, że przechodziła zabiegi korekty płci. Nie wydaje się, aby można było utożsamiać dyskryminację wynikającą ze zmiany płci z dyskryminacją ze względu na tożsamość płciową ani tym bardziej, o czym niżej, z dyskryminacją ze względu na płeć. Przywołana sprawa ETS (TSUE) C-13/94 dotyczyła osoby, która została zwolniona z pracy, gdyż przechodziła proces zmiany płci. Natomiast w przedmiotowej sprawie pracodawca, nawet gdy już wiedział, że powódka nadal formalnie pozostaje mężczyzną, wyraził chęć jej zatrudnienia. Stanowisko pracy było przeznaczone dla każdej osoby bez względu na płeć, lecz to powódka odmówiła pracy w męskim stroju. W świetle orzecznictwa wspólnotowego dyskryminację stanowiłaby wyłącznie sytuacja, gdyby powódkę potraktowano inaczej niż mężczyznę, a nie inaczej niż kobietę.

Również przywołane przez sąd orzeczenie ETPC (z 11.07.2002 r., sprawa Christine Goodwin przeciwko UK) ma inny wydźwięk, niż został mu przypisany. Na poziomie ogólnym rzeczywiście nakazuje konieczność ochrony osób transseksualnych, lecz w ujęciu szczegółowym dotyczy zupełnie innych kwestii. Sprawa Christine Goodwin dotyczyła sytuacji, gdy osoby transseksualne po przebytej operacji nie mogły uzyskać pełnej prawnej zmiany płci w postaci zmiany odpowiednika polskiego numeru PESEL czy uprawnień emerytalnych. To w kontekście przedmiotowej sprawy jest zupełnie irrelevantne. W Polsce pełną prawną zmianę oznaczenia płci można uzyskać już od 1964 r., a sprawa dotyczyła osoby przed taką zmianą. Sprawa Grant przeciwko UK (wyrok z 23.05.2006 r.) również dotyczyła określenia wieku emerytalnego osób po prawnej zmianie płci i miała miejsce przed wyrokiem w sprawie Goodwin przeciwko UK (publiczne organy brytyjskie w kilka miesięcy po wyroku Goodwin przeciwko UK nie stosowały się do niego w swoich decyzjach) oraz przed wejściem w życie ustawy o uznaniu płci (*Gender Recognition Act 2004*), która oba rozstrzygnięcia uczyniła bezprzedmiotowymi¹³.

Warto też podkreślić, że wyrok w sprawie Goodwin dotyczył wyłącznie sytuacji osób transseksualnych po operacji, co wielokrotnie w uzasadnieniu zaznaczał

¹³ Więcej o regulacji brytyjskiej *Gender Recognition Act*: M. Domański, *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślebzak, t. IV, Warszawa 2010, s. 141–166.

Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁴. Powoływanie się na to orzeczenie w odniesieniu do osób, które nie przeszły zabiegów korekty płci, czyli nie poddały się żadnym zabiegom chirurgicznym, a jedynie deklarują, że czują się osobami innej płci, i na tej podstawie domagają się zaistnienia skutków prawnych, jest dużą nadinterpretacją niezgodną z wydźwiękiem orzeczenia. Opieranie się na powyższym orzeczeniu, by przeforsować w polskim porządku prawnym zasady samostanowienia płci, a więc *de facto* znieść jakikolwiek wymóg korekty płci w celu społecznego i prawnego uznania zmiany płci, jest wręcz nadużyciem.

2. Tożsamość płciowa a płeć

Uznając zasadę samookreślenia płci, czyli oświadczenia o płci, sąd powołuje się na dokument Zasady Yogyakarta i zawartą w nim definicję tożsamości płciowej. Zasady Yogyakarta to obecnie dwa dokumenty (Zasady Yogyakarta z 2006 r. oraz Zasady Yogyakarta plus 10 przyjęte w 2017 r.), które stanowią wytyczne i standardy prawne w odniesieniu do problematyki orientacji seksualnych i tożsamości płciowych (tzw. SOGI). Zasady te zostały przyjęte na zorganizowanym przez Irlandczyka Michaela O'Flaerty'ego (wtedy członka Komitetu Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych) międzynarodowym spotkaniu organizacji praw człowieka i ekspertów, które odbyło się w mieście Yogyakarta w Indonezji. Należy zaznaczyć, że dokument ten nie jest w żaden sposób wiążący. Nigdy nie został przyjęty czy uchwalony przez żadne gremium polityczne, zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym. Stanowi swego rodzaju rozwiązanie modelowe, zbiór zasad opracowany przez grupę ekspertów¹⁵.

Jedną z głównych zasad to zasada nr 3 („prawo do podmiotowości prawnej”), która stanowi właśnie zasadę samookreślenia płci: „Samodzielnie zdefiniowana orientacja seksualna i tożsamość płciowa każdej osoby jest integralną częścią ich osobowości i jednym z bardziej podstawowych aspektów samookreślenia się, godności i wolności. Nikt nie może być zmuszany do poddania się zabiegom medycznym, włączając w to chirurgiczną korektę płci, sterylizację czy terapię hormonalną jako

¹⁴ W pkt 87 uzasadnienia ETPC opowiada się za dopuszczalnością zmiany informacji w aktach urodzenia (oznaczenia płci) ze względu na niewielką liczbę osób transseksualnych w społeczeństwie. „Uczynienie kolejnego wyjątku w przypadku transseksualistów (kategoria szacowana jako obejmująca około 2.000–5.000 osób w Zjednoczonym Królestwie zgodnie z raportem Międzyresortowej Grupy Roboczej, str. 26) nie stanowiłoby, zdaniem Trybunału, zagrożenia obalenia całego systemu”. Obecnie jednak szacuje się, że takich osób w samej Wielkiej Brytanii jest około 1%. W 2018 r. rządowe Biuro Równości opublikowało dokument, w którym podało, że na terenie Wielkiej Brytanii żyje ok. 200.000–500.000 osób identyfikujących się jako trans. Jednocześnie organizacja lobbująca się prawami LGBTQ+ określa swoje własne aktualne szacunki na poziomie 600.000. Zakładając, że ta ostatnia liczba jest dokładna, odsetek osób trans w populacji Wielkiej Brytanii (liczącej obecnie nieco ponad 67 milionów) wyniósłby ok. 0,9%. To z kolei stanowi zupełnie inne wyzwanie dla całego systemu niż to uwzględnione w wyroku Christine Goodwin z 2002 r. Zob. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/721642/GEO-LGBT-factsheet.pdf (dostęp: 7.11.2022 r.).

¹⁵ Więcej: K. Remin [red.], *Zasady Yogyakarta. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, https://kph.org.pl/publikacje/b-y_zasady.pdf (dostęp: 7.11.2022 r.).

wymogowi uznania przez prawo ich tożsamości płciowej”. Chodzi więc o możliwość samodzielnego prawnego określenia swojej płci wyłącznie na podstawie słownej deklaracji jednostki. Oznacza to, że mamy obowiązek traktować biologicznego mężczyznę jak kobietę (i analogicznie: biologiczną kobietę jak mężczyznę) tylko dlatego, że on/ona tak mówi. Nie możemy tego twierdzenia w żaden sposób kwestionować, gdyż będzie to stanowiło dyskryminację.

Kluczowym pojęciem dla Sądu Okręgowego w Warszawie, orzekającego w sprawie V Ca 2686/19, jest tożsamość płciowa, która według Zasad Yogyakarty stanowi „**głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne** doświadczenie płci społecznej, która może lub nie odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i inne formy wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy sposób zachowania”. Warto zaznaczyć, że dokument na określenie płci posługuje się terminem *gender*, a więc płcią kulturowo-społeczną. Sąd owe wewnętrzne i indywidualne głęboko odczuwane doświadczenie płci kulturowej (czyli dla uproszczenia: płeć odczuwaną), a więc kategorię czysto subiektywną, zrównuje z materialną kategorią płci biologicznej (*sex*).

Płeć w naukach biologicznych o człowieku jest jedną z podstawowych różnic, która określa role w rozmnażaniu i pozwala podzielić osobniki danego gatunku na dwie grupy. Podobnie w naukach społecznych – płeć jest jedną z najważniejszych zmiennych, podstawowym czynnikiem różnicowania społecznego. Według Pierre’a Bourdieu ma ona fundamentalny wpływ na formowanie habitusu – zespołu nabytych i wcielonych schematów odczuwania i postrzegania świata¹⁶. Warunkuje działanie jednostki, jej umiejscowienie społeczne, społeczne role i interakcje oraz szanse życiowe. Zaprzeczanie jej istnieniu lub uznawanie jej wyłącznie za konstrukt społeczny jest pomijaniem jednego z najistotniejszych elementów ludzkiej egzystencji oraz organizacji społecznej¹⁷. Płeć to cecha biologiczna. Jest niezmienna, zdeterminowana genetycznie i tworzy różnice fizyczne w zależności od roli w rozrodzie. Natomiast *gender* to konstrukt kulturowy – społeczno-kulturowy wymiar płci biologicznej. Podlega zmianom, jest historyczny, wpajany jednostkom w toku socjalizacji. Tworzy nierówności społeczne i kulturowe. Innymi słowy **płeć społeczno-kulturowa nie istnieje bez płci biologicznej, nie niesie bez niej żadnej treści, a odrzucenie pierwszej prowadzi również do odrzucenia drugiej**.

Źródłem dyskryminacji kobiet i wytworzenia hierarchii płciowej jest płeć biologiczna – fakt, że to kobiety zachodzą w ciążę i rodzą dzieci. Tymczasem sąd w swoim uzasadnieniu zrównuje tożsamość płciową („*genderową*”) – konstrukt, który odwołuje się wyłącznie do kulturowo-społecznego wymiaru płci – z płcią biologiczną i w zasadzie wprost neguje istnienie tej ostatniej. Sąd przyznaje, że powódka w okresie procesu rekrutacyjnego „była w rzeczywistości kobietą”, ponieważ decydujące

¹⁶ P. Bourdieu, *Męska dominacja*, Warszawa 2004.

¹⁷ S. Pinker, *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2012.

powinno być psychiczne doświadczenie (odczuwanie) własnej płciowości, a nie płeć biologiczna (zwana metrykalną) czy nawet prawne jej oznaczenie.

Terminologia użyta przez sąd, jak „płeć określona przy urodzeniu” (w istocie przecież lekarz nie określa i nie przypisuje żadnej płci nowonarodzonemu dziecku, ale ją co najwyżej rejestruje, stwierdza; wpisanie płci jest aktem deklaratoryjnym, czyli stwierdzającym pewien stan rzeczy, a nie konstytutywnym), twierdzenie, że pojęcie „płci” jest „zagadnieniem skomplikowanym”, oraz kwestionowanie dychotomicznego podziału na mężczyzn i kobiety służą „dekonstrukcji” i zakwestionowaniu relewancji płci biologicznej jako kategorii różnicowania społecznego i prawnego, a także zastąpieniu jej „płcią odczuwaną” (psychiczną), czyli indywidualnym i wewnętrznym uczuciem co do płci społecznej, czyli „genderze”. Płeć odczuwana, czyli czysto subiektywne i nieweryfikowalne uczucie, według sądu ma prymat nie tylko nad płcią biologiczną (zwaną metrykalną), ale też „płcią prawną”, skoro należało traktować powódkę, będącą biologicznym mężczyzną, jak kobietę jeszcze przed prawną zmianą płci, a potraktowanie jej jak mężczyzny zostało uznane za dyskryminację oraz formę molestowania. Użycie sformułowania „płeć określona/przypisana przy urodzeniu” implikuje, że ta „rzeczywista płeć” jednostki jest inna. Tym samym sąd przychylił się do koncepcji „urodzenia się w złym ciele”. Płeć odczuwana – wewnętrzne poczucie siebie – jest czymś wrodzonym, pierwotnym wobec płci biologicznej. Jak jednak konstrukt społeczny, do którego należy tożsamość (jakakolwiek), może być czymś wrodzonym i niepodatnym na wpływ zewnętrzny? Taką koncepcję należy uznać za wewnętrznie sprzeczną. Wrodzona jest tylko płeć biologiczna, a tożsamość płciowa – „genderowa”, czyli poczucie przynależności, do którejś z płci, również tej przeciwnej – stanowi konstrukt kulturowy. Idea „urodzenia się w złym ciele” (np. kobieta rodzi się w ciele mężczyzny) zakłada, że należy dostosować ciało (płeć biologiczną), coś czego zasadniczo zmienić się nie da (można zmodyfikować częściowo wygląd zewnętrzny), do konstruktowi w postaci własnego psychicznego wyobrażenia o ciele i płci.

Koncepcja tożsamości płciowej (*gender identity*) i zjawiska transpłciowości (*transgender*) w obecnej formie mają swoje źródła w tzw. teorii *queer*, która zakłada, że płeć jest konstruktem społecznym, przy czym nie chodzi wyłącznie o płeć kulturową/socjalną (*gender*), ale też o płeć biologiczną¹⁸. Teoria *queer* to pokłosie postmodernizmu i relatywizmu, czyli koncepcji filozoficznych, które kwestionują istnienie rzeczywistości materialnej. Według niej rzeczywistość jest tylko konstruktem, nie ma obiektywnych faktów, są same artefakty i konstrukty. Prowadzi ona do tzw. solipsyzmu, czyli poglądu, że rzeczywistość w ogóle nie istnieje, istnieją tylko nasze wyobrażenia na jej temat¹⁹. Płeć biologiczna nie ma znaczenia. Liczy się tylko płeć odczuwana, czyli wyobrażenie jednostki na temat swojej płci.

Chociaż sąd rozróżnia zjawisko transpłciowości od transseksualizmu, które miałyby stanowić jego „najbardziej doniosły rodzaj”, to błędnie przypisuje mu największe

¹⁸ Więcej: K. Stock, *Material Girls. Why Reality Matters For Feminism*, London 2021; A. Miyares, *Distopías patriarcales. Análisis feminista del “genderismo queer”*, Madrid 2021.

¹⁹ Solipsyzm jest konsekwencją skrajnego idealizmu subiektywnego, ma swoje źródła w filozofii George’a Berkeleya.

znaczenie z punktu widzenia prawnego. Transseksualizm (niezgodność tożsamości *genderowej* z płcią biologiczną) odnosi się do osób, które poddały się lub planują poddać się zabiegom korekty płci, by móc funkcjonować społecznie jak osoba płci, z którą się utożsamiają. Transseksualizm zakłada binarność płci, więc wpisuje się w porządek prawny i społeczny oparty na podziale na kobiety i mężczyzn (nie chodzi tu oczywiście o osoby interseksualne). Natomiast zjawisko transpłciowości kategorię płci – sprowadziwszy ją do tożsamości (*gender identity*) – zupełnie rozmywa. Przykładowo, modne w ostatnim czasie, pojęcie „osoby niebinarnej” oznacza osobę, która nie czuje się ani mężczyzną, ani kobietą (wyłącznie w sensie *genderowym*, gdyż płeć biologiczną ma wyraźnie określoną), lecz plasuje się gdzieś pośrodku „kontinuum” męskości – kobiecości, przy czym to poczucie również jest płynne i może ulegać zmianom.

Chociaż sprawa dotyczyła osoby transseksualnej, to sąd swoim wyrokiem otworzył możliwość do całkowitego zanegowania płci biologicznej. Przyjęcie koncepcji tożsamości *genderowej* oraz zasady samookreślenia płci oznacza, że każda jednostka będzie mogła dowolnie i arbitralnie wybrać sobie przynależność płciową – *genderową*. Koncepcja ta zakłada również, że nie ma już dwóch płci, ale jest ich „ileś”, istnieje nieokreślona liczba różnych tożsamości płciowych, które jednostka z katalogu tożsamości sama sobie wybiera (np. *agender*, *demigender*, *genderfluid*, *trigender*, *xengender*).

Warto tutaj zaznaczyć, że wyeliminowanie kategorii płci z przepisów prawa, aktów stanu cywilnego i dokumentów tożsamości to jeden z głównych przedmiotów Zasad Yogyakarty plus 10 (zasada 31). **Jeśli za kobietę ma być uznana zarówno kobieta, jak i biologiczny mężczyzna, którego „płeć odczuwana” jest żeńska, to znaczy, że „płeć odczuwana” w zasadzie przeważa nad biologiczną.** „Płeć odczuwana” może „zanegować” płeć biologiczną, podczas gdy płeć biologiczna nie może „podważyć” „płci odczuwanej”. Ma to poważne implikacje zwłaszcza w dostępie do praw i przestrzeni zarezerwowanych wyłącznie dla kobiet i z uwagi na kryterium płci biologicznej. Tym samym pojęcie „tożsamości płciowej” i zasada samookreślenia płci niejako „wynosi” jednostki powołujące się na płeć odczuwaną nad jednostki, których płeć biologiczna koresponduje z „płcią odczuwaną”.

Skoro o czyjejs przynależności „płciowej” ma decydować wyłącznie subiektywne odczucie, to znika jakakolwiek materialna podstawa rozróżnienia płci. Jeśli płeć biologiczna (*sex*) znika jako kategoria analityczna oraz prawna i zostaje zastąpiona przez płeć kulturową „*gender*”, która następnie zostaje uznana za subiektywne odczucie, to kategoria płci traci swoją wartość w opisie rzeczywistości materialnej, a odmienne role płciowe przestają mieć jakiegokolwiek znaczenie prawne, jako podstawa ewentualnej dyskryminacji czy różnicowanego traktowania.

Pojęcia „płci”, „kobiety” i „mężczyzny” okazują się pojęciami nieostrymi. Skoro kategorie związane z płcią stają się wyrazami semantycznie pustymi (bo, powtórzę, o czyjejs przynależności do płci decyduje wyłącznie subiektywne, indywidualne i nieweryfikowalne odczucie), to idea równości płci traci sens, podobnie jak wszelkie działania mające na celu równouprawnienie kobiet i mężczyzn w życiu społecznym. Implikuje to doniosłe konsekwencje dla porządku prawnego i społecznego. Po pierwsze, dotyczy to **art. 33 Konstytucji RP**, który mówi o równych prawach kobiet

i mężczyzn w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym, zupełnie bezprzedmiotowym. Skoro płęć jest tylko kwestią subiektywnego przekonania, odczucia, to również społeczny podział na mężczyzn i kobiety staje się subiektywny i płynny, a zatem i wszelkie strukturalne nierówności między kobietami i mężczyznami też stają się kwestią płynną i subiektywną. Po drugie, takie podejście rzutuje też na ogólną zasadę demokratycznego państwa prawa.

3. Tożsamość płciowa a zasada pewności prawa

Elementarna – w demokratycznym państwie prawa – zasada określająca stosunki między obywatelem a państwem to zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Zasada ta opiera się na pewności prawa rozumianej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako pewien zespół cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne i możliwość przewidywania skutków swoich zachowań²⁰. Jednostka musi mieć możliwość podejmowania decyzji dotyczących swojego postępowania opartych na znajomości działania organów państwowych, a także możliwość przewidywania konsekwencji poszczególnych zachowań na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz mieć pewność, że ustawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny i nieprzewidywalny. Chodzi więc o przewidywalność działań organów państwa, o planowanie własnych działań i branie odpowiedzialności za własne decyzje oraz o pewność, że na gruncie obowiązującego prawa obywatel może kształtować swoje stosunki życiowe. Tak rozumiana zasada pewności prawa stanowi warunek konieczny wolności obywatelskiej w państwie, co wielokrotnie podkreślał w orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny (dalej TK). Stwierdził on m.in., że „pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa (...), co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywateli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa”²¹. Trybunał zaznaczył również, że „zasada zaufania w stosunkach między obywatelem a państwem przejawia się m.in. w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane pod rządami obowiązującego prawa i wszelkie związane z nimi następstwa będą także i później uznane przez porządek prawny”²².

Wydaje się oczywiste, że niemożliwe jest pogodzenie tworzenia prawa wyłącznie na podstawie subiektywnych odczuć jednostek na swój temat z zasadą pewności prawa. Przesłanki ochrony przed dyskryminacją mają charakter obiektywny, natomiast tożsamość płciowa jest z definicji subiektywna i nieweryfikowalna. Jeśli każdy biologiczny mężczyzna będzie mógł społecznie „zostać” kobietą tylko dlatego, że tak się autoidentyfikuje, to znaczy, że pojęcie „kobiety” staje się nazwą pustą. Innymi

²⁰ Więcej o zasadzie pewności prawa: M. Florczak-Wątor, A. Grabowski [red.], *Argumenty...*, s. 253–263.

²¹ Orzeczenie TK z 2.03.1993 r., K 9/92, OTK 1993/1, poz. 6.

²² Orzeczenie TK z 24.05.1994 r., K 1/94, OTK 1994/1, poz. 10.

słowy, skoro każda osoba może być desygнатem kobiety, to termin ten przestaje pełnić funkcję desygnowania i traci relewancję prawną. W takiej optyce ochrona przed dyskryminacją ze względu na płeć też staje się niewykonalna.

Tworzenie i stosowanie prawa, a więc kształtowanie stosunków prawnych i społecznych, nie na podstawie materialnych kategorii czy weryfikowalnych stanów faktycznych, a na bazie subiektywnych odczuć jednostek na swój temat, stoi w jawnej sprzeczności z istotą prawa jako zespołu norm mających na celu regulację stosunków społecznych i kształtowanie społecznej rzeczywistości w sposób dla obywateli zrozumiały, przewidywalny i gwarantujący możliwość kształtowania stosunków społecznych.

Warto tylko zarysować kwestię implikacji – na gruncie teorii prawa – przyjęcia koncepcji samookreślenia płci. Według koncepcji pozytywizmu prawniczego rola prawa to stwarzanie bezpieczeństwa prawnego. System prawny ma być wystarczająco stabilny, jasny i możliwie zupełny, aby dawać podstawę do przewidywania decyzji podejmowanych w oparciu na tworzących ten system normach²³. Nawet realistyczne koncepcje prawa, które szukają „rzeczywistego bytu prawa” w faktach, określonych zachowaniach ludzi czy przeżyciach psychicznych, są ukształtowane przez różnego rodzaju czynniki obiektywne²⁴. Natomiast pojęcie „tożsamości płciowej” oraz zasada samookreślenia płci czynią z czysto indywidualnego i subiektywnego odczucia kategorię prawną. Stoi to w sprzeczności z nakazem określoności przepisów prawa. Zasady zaufania obywatela do państwa, pewności prawa oraz dostatecznej określoności prawa to fundamentalne zasady składające się na ideę demokratycznego państwa prawa, ujętą w **art. 2 Konstytucji RP**.

4. Tożsamość płciowa a równość płci

Z uwagi na stan faktyczny sprawy rozstrzygniętej wyrokiem z 29.09.2020 r., o którym mowa w niniejszym artykule, nie ulega wątpliwości, że kluczową kwestią w świetle koncepcji dyskryminacji jest pytanie: czy zakaz chodzenia w damskim stroju stanowi dyskryminację, a jeśli tak, to jaką? Warto zaznaczyć, że w omawianej sprawie, pracownicy płci męskiej mieli uniform w postaci garniturów, zaś kobiety – do wyboru garsonkę i spódnicę bądź spodnie. Sąd uznał, że zakaz chodzenia w damskim stroju wobec transkobiety (jeszcze przed prawną zmianą oznaczenia płci; czyli z punktu widzenia biologicznego i prawnego – wobec mężczyzny) stanowi dyskryminację ze względu na tożsamość płciową, co jest jakoby równorzędne z dyskryminacją ze względu na płeć.

Sąd porównał sytuację powódki i kobiety biologicznej oraz stwierdził, że kobiecie taki warunek nie zostałby postawiony. Warto jednak w tym miejscu zadać pytanie: czy zatem dyskryminacją ze względu na płeć byłby dla biologicznych kobiet zakaz noszenia damskiego ubrania? W świetle praktyki społecznej odpowiedź brzmiała-by: raczej nie. Na tę kwestię należy spojrzeć przez pryzmat kulturowej roli ubioru

²³ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 97.

²⁴ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys...*, s. 111.

w różnicowaniu płci oraz roli kobiecego stroju jako ewentualnego przejawu dyskryminacji ze względu na płeć.

Ubiór pełni istotną, kulturową funkcję i zwłaszcza dla kobiet jest ważnym wyznacznikiem „kobiecości”, czyli określa społeczno-kulturowy wymiar ich płci (*gender*). Kulturowo kobiety pozostają „więźniarkami mody”, podczas gdy mężczyźni odrzucają „kokieterię stroju” (użyteczność bierze górę na bezproduktywną estetyzacją), ale jednocześnie koncentrują się na władzy politycznej i ekonomicznej. Wybierają „być” zamiast „wyglądać”. Tak o przemianach w modzie w epoce Gabrieli Zapolskiej pisała Krystyna Klośńska²⁵. Stulecie później, gdy kobiety weszły do sfery publicznej, ubiór i wygląd zewnętrzny wciąż w większym stopniu określa status kobiety niż mężczyzny. Simone de Beauvoir w „Drugiej płci” pisała tak: „Mężczyzna nie musi troszczyć się o ubiór, jego odzież jest wygodna, dostosowana do czynnego życia, nie musi być wyszukana, jest zaledwie częścią jego osobowości (...) Kobieta przeciwnie, wie, że ludzie patrząc, nie odróżniają jej samej od jej wyglądu: jest oceniana, szanowana, pożądana przez swój strój. Początkowo ubranie miało na celu skazanie kobiety na bierność, po dziś dzień pozostało nietrwale (...)”²⁶. Za złamanie nakazu i reguł noszenia damskiego stroju wciąż w niektórych krajach na świecie grozi kobietom śmierć. We wrześniu 2022 r. 22-letnia Mahsa (Jina) Amini została śmiertelnie pobita przez irańską policję moralności z powodu niewłaściwie założonego *hijabu*.

Strój i wygląd kobiety to niezwykle ważny element stereotypów dotyczących płci. W dokumentach prawa międzynarodowego stereotypy na temat płci są uznawane za źródło dyskryminacji ze względu na płeć (państwa mają obowiązek z nimi walczyć)²⁷. Uważane są również za główną przyczynę dyskryminacji kobiet w zatrudnieniu²⁸.

²⁵ K. Klośńska, *Ciało, ubranie, pożądanie*, Kraków 1999, s. 248.

²⁶ S. de Beauvoir, *Druga płeć*, Warszawa 2014, s. 768–769.

²⁷ Stereotyp to utrwalone, popularne wyobrażenie dotyczące określonego zjawiska lub grupy społecznej, zwykle uproszczone w warstwie poznawczej oraz silnie nacechowane aksjologicznie i emocjonalnie. Z jednej strony stereotyp wydaje się nieodzowny w komunikacji jako skrót poznawczy, z drugiej jednak uznawany jest za wyraz – i źródło – uprzedzeń i dyskryminacji. Zob. I. Kurz, *Stereotyp*, [w:] *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, red. M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mrozik, K. Szczuka, K. Czeczot, B. Smoleń, A. Nasilowska, E.M. Serafin, A. Wróbel, Warszawa 2014, s. 520.

Związek przyczynowo-skutkowy między stereotypami a dyskryminacją został dostrzeżony i usankcjonowany przez prawo międzynarodowe już kilkadziesiąt lat temu. Otwarta do podpisu w 1966 r. Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz.U. z 1969 r. Nr 25, poz. 187) nałożyła na państwa obowiązek „zwalczania przesądów prowadzących do dyskryminacji rasowej” (art. 7 tej konwencji), natomiast art. 5 lit. a Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18.12.1979 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71) wprowadził obowiązek „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”. Wskazać należy również Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 11.05.2011 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 961 ze zm.), której art. 12 ust. 1 stanowi w dużej mierze powielenie przytoczonego powyżej art. 5 lit. a Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet.

Por. K. Sękowska-Kozłowska, *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.07.2017 r., 17484/15, Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, „Europejski Przegląd Sądowy” luty 2018, s. 33–37.

²⁸ H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, s. 30.

Co do zasady walka z dyskryminacją – ze względu na płęć – w zatrudnieniu polega raczej na kwestionowaniu obowiązku kobiecego stroju/wyglądu²⁹. Problem stanowią zwłaszcza stroje nadmiernie podkreślające kobiecość, obcisłe, odkrywające duże fragmenty ciała. Takie stroje mogą krępować ruchy i seksualizują kobiety, gdyż eksponują ich trzeciorzędne cechy płciowe³⁰. Tymczasem mężczyźni pracujący na tych samych stanowiskach do takich strojów zobowiązani nie są. Kobięcy strój podkreślający sylwetkę czy krępiący ruchy bywa traktowany nieraz właśnie jako forma nierównego traktowania, a nawet forma molestowania. Z drugiej jednak strony nie chodzi o to, by kobiety miały nosić męski ubiór niedostosowany do ich mniejszych rozmiarów i odmiennych sylwetek³¹. Strój/uniform powinien być nie tyle męski, co funkcjonalny i wygodny (jak u mężczyzn), pozwalający wykonywać pracę i swobodnie się poruszać. Celem feminizmu, czy szerzej: polityk równości, jest, aby nie traktować typowo kobiecego stroju czy wyglądu jako wyznacznika „kobieceości” i miary wartości kobiety.

Warto też wobec tego zadać pytanie: czy równość płci ma polegać na tym, by kobietom zabraniać się ubierać typowo kobieco, czy raczej, by im tego nie nakazywać? W świetle takich rozważań nakaz założenia męskiego stroju przez osobę o męskiej sylwetce, czy przez kobietę, z trudnością mógłby zostać uznany za dyskryminację ze względu na płęć. A zatem jeśli uznamy, że zakaz noszenia damskiego uniformu przez osobę, która czuje się kobietą (jak w stanie faktycznym omawianej sprawy), jest formą dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową, to okazuje się, że nie jest on tożsamy z dyskryminacją ze względu na płęć.

Prawo do noszenia typowo kobiecego stroju dla kobiet jest równoznaczne z utrwalaniem seksizmu i nie znajduje się w spektrum polityki równości płci. Postulaty ruchu trans (transgenderyzmu) i postulaty feminizmu, rozumianego jako dążenie do równouprawnienia płci, okazują się więc mieć dokładnie przeciwny wektor. Feminizm „walczy” z seksizmem, „zabiega” o to, by kobiety właśnie nie musiały chodzić w kobiecych strojach, podczas gdy transgenderyzm utrwała seksistowskie normy, „domaga się” (jak w przedmiotowej sprawie), by biologiczny mężczyzna, który ma żeńską „płęć odczuwaną”, mógł nosić kobiecy ubiór. Transgenderyzm więc – zamiast likwidować seksistowskie podziały i normy – redefiniuje seksizm jako kwestię wyboru indywidualnej tożsamości.

Ilustracją przedstawionego problemu jest porównanie dwóch sytuacji dotyczących obowiązkowego kobiecego stroju w miejscu pracy. Pewna amerykańska transaktywistka i youtuberka płci żeńskiej Ash Hardell przez 4 lata pracowała w miejscu, gdzie obowiązywał seksistowski *dress code*. Zgodnie z nim kobiety musiały nosić określony

²⁹ Por. N. Wolf, *Mit urody*, Warszawa 2014, s. 39–86.

³⁰ Przykładowo: w lipcu 2021 r. żeńska reprezentacja Norwegii w plażowej piłce ręcznej została ukarana grzywną w wysokości 1500 euro, ponieważ zawodniczki w czasie mistrzostw Europy miały na sobie krótkie spodenki zamiast dołu od bikini. Więcej: *Zawodniczki z Norwegii ukarane, bo nie założyły bikini*, „Rzeczpospolita” z 20.07.2021 r., <https://www.rp.pl/inne-sporty/art8341-zawodniczki-z-norwegii-ukarane-bo-nie-zalozily-bikini> (dostęp: 7.11.2022 r.).

³¹ Chodzi przede wszystkim o umundurowanie (ale też obuwie, plecaki *etc.*) uwzględniające odmienną budowę ciała kobiet: biodra, piersi, mniejsze dłonie. Więcej: C. Criado Perez, *Niewidzialne kobiety*, Kraków 2020, s. 159–163.

uniform, czyli sukienkę i szpilki. Ash Hardell czuła się niekomfortowo w takim stroju, gdyż był on niewygodny i nie odpowiadał jej preferencjom. Zamiast jednak zakwestionować *dress code*, który z pewnością nie odpowiadał również wielu innym pracującym tam kobietom, youtuberka poinformowała swoich przełożonych, że jest transpłciowa, i poprosiła, aby na tej podstawie zwolnili ją z obowiązku przestrzegania wymogów dotyczących stroju dla kobiet. Pracodawca, czyniąc zadość polityce „różnorodności”, zwolnił ją z powyższego obowiązku. Sam *dress code* dla pozostałych kobiet pozostał jednak nienaruszony. Z kolei gdy młoda Brytyjka Nicola Thorp, recepcjonistka w *PriceWaterhouseCooper*, w 2016 r. odmówiła chodzenia w szpilkach, co było elementem *dress code’u* dla kobiet, została zwolniona z pracy³².

5. Zakończenie

Przedstawione argumenty uzasadniają ocenę, że omawiany wyrok jest błędny. Stanowi przykład niedopuszczalnej wykładni prawotwórczej. Niezależnie od tego wprowadzanie do polskiego porządku prawnego koncepcji, które tylko pozornie są postępowe i inkluzywne, docelowo uniemożliwi walkę o równouprawnienie kobiet i mężczyzn. Zapewne sąd kierował się wyłącznie poczuciem krzywdy i dyskryminacji u powódki, lecz nie zdawał sobie sprawy, że takie rozstrzygnięcie ma daleko idące konsekwencje dla całego systemu prawa oraz połowy populacji. Omawiany wyrok narusza nie tylko zasadę pewności prawa, lecz także zakaz wykładni prawotwórczej przez sądy, która w polskim porządku prawnym jest niedopuszczalna. Przede wszystkim jednak stoi w jawnej sprzeczności z art. 2 oraz 33 Konstytucji RP. Uzasadnienie sądu jest pełne rozbieżności, gdyż przywołane w nim orzeczenia zostały wskazane wybiórczo i niewłaściwie.

Zważywszy na ogólny cel przeciwdziałania dyskryminacji ze względu na płeć, a więc osiągnięcie stanu równego traktowania mężczyzn i kobiet, ocenie, czy dane zachowanie stanowiło akt dyskryminacji ze względu na tożsamość płciową (jeśli w ogóle taka przesłanka powinna być wprowadzona do porządku prawnego), powinna zawsze towarzyszyć analiza, czy nie godzi to w danym stanie faktycznym w ogólną zasadę równości płci. Domaganie się prawa do utrwalania seksistowskich podziałów i norm (do których z pewnością należą określone kobiece „uniformy”) jest niezgodne z ogólnym celem równości płci.

Bibliografia

1. Bourdieu P., *Męska dominacja*, Warszawa 2004.
2. Criado Perez C., *Niewidzialne kobiety*, Kraków 2020.

³² Kobieta zainicjowała petycję, którą podpisało 152.000 osób, wzywającą rząd do zmian legislacyjnych zabraniających pracodawcom narzucania potencjalnie dyskryminacyjnych *dress code’ów*. Petycja została odrzucona w kwietniu 2017 r., gdyż rząd uznał, że istniejące rozwiązania legislacyjne są wystarczające i że należy tylko wydać wytyczne, jak je stosować. Zob. *High heels row: Petition for work dress code law rejected*, 21.04.2017 r., <https://www.bbc.com/news/uk-39667912> (dostęp: 7.11.2022 r.).

3. de Beauvoir S., *Druga płeć*, Warszawa 2014.
4. Domański M., *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślęzak, t. IV, Warszawa 2010.
5. Florczak-Wątor M., Grabowski A. [red.], *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Kraków 2021.
6. *High heels row: Petition for work dress code law rejected*, <https://www.bbc.com/news/uk-39667912>.
7. Holewińska-Łapińska E., *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, [w:] *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, red. K. Ślęzak, t. IV, Warszawa 2010.
8. Kłosińska K., *Ciało, ubranie, pożądanie*, Kraków 1999.
9. Kurz I., *Stereotyp*, [w:] *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, red. M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mroziak, K. Szczuka, K. Czeczot, B. Smoleń, A. Nasiłowska, E.M. Serafin, A. Wróbel, Warszawa 2014.
10. Miyares A., *Distopías patriarcales. Análisis feminista del "generismo queer"*, Madrid 2021.
11. Pinker S., *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2012.
12. Redelbach A., Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993.
13. Remin K. [red.], *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, Warszawa 2009, https://kph.org.pl/publikacje/b-y_zasady.pdf.
14. Sękowska-Kozłowska K., *Stereotypy dotyczące seksualności i społecznej roli kobiet jako przyczyna naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na płeć – glosa do wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 25.07.2017 r., 17484/15, Carvalho Pinto de Sousa Morais przeciwko Portugalii*, Europejski Przegląd Sądowy, luty 2018.
15. Stock K., *Material Girls. Why Reality Matters For Feminism*, London 2021.
16. Szewczyk H., *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017.
17. Wolf N., *Mit urody*, Warszawa 2014.
18. *Zawodniczki z Norwegii ukarane, bo nie założyły bikini*, Rzeczpospolita z 20.07.2021 r., <https://www.rp.pl/inne-sporty/art8341-zawodniczki-z-norwegii-ukarane-bo-nie-zalozily-bikini>.