



Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

KONFERENCJE NAUKOWE

Interes publiczny a interes prywatny w prawie

Redakcja:
Tomasz Giaro

Stowarzyszenie
Absolwentów
Wydziału
Prawa i Administracji
Uniwersytetu
Warszawskiego

**PUBLICZNE A PRYWATNE W WYKŁADNI KONSTYTUCYJNEJ
NA PRZYKŁADZIE ART. 18 KONSTYTUCJI RP**

Problematyka treści i funkcji art. 18 Konstytucji RP, w szczególności znaczenia definicji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny kolejny raz nabiera aktualności w kontekście zgłoszonego ostatnio do Sejmu projektu ustawy o związkach partnerskich. Biorąc pod uwagę znaczenie indywidualne, społeczne i aksjologiczne instytucjonalizacji związków partnerskich analizie zostaną poddane konstytucyjne argumenty związane z instytucjonalizacją związków partnerskich osób homoseksualnych (dalej: związki partnerskie); poza zakresem rozważań pozostają problemy związane ze związkami partnerskimi osób heteroseksualnych.

Potrzeba analizy konstytucyjnych aspektów instytucjonalizacji związków partnerskich wynika ze znaczenia wypowiedzi doktrynalnych, a ostatnio także instytucjonalnych (opinia I Prezesa SN w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich), jakoby treść art. 18 Konstytucji RP wykluczała dopuszczalność instytucjonalizacji związków partnerskich.

1.

Dla wykładni znaczenia i funkcji art. 18 Konstytucji użyteczne mogą być ustalenia związane z pracami konstytucyjnymi w latach 1990–1997. Propozycje projektodawców, dotyczące regulacji materii małżeństwa i rodziny były zróżnicowane. Wspólnym elementem tych projektów, które zawierały regulacje dotyczące małżeństwa i rodziny było sformułowanie, że małżeństwo, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod ochroną państwa (władz publicznych). Żaden projekt skierowany do prac Komisji Konstytucyjnej nie zawierał definicji małżeństwa. Jedynie projekt przedstawicieli ugrupowań tworzących Przymierze dla Polski, nieskierowany do Komisji Konstytucyjnej, stanowił że małżeństwo, jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod ochroną państwa (art. 16).

* Prof. UW dr hab. Mirosław Wyrzykowski, Instytut Nauk Prawno-Administracyjnych.

Prace Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego były mozolne i trwały długo.

Projekt jednolity Konstytucji RP z 20 stycznia 1995 r. przewidywał następującą regulację art. 54. Wariant I brzmiał: 1. rodzina znajduje się pod ochroną; wariant II: 1. rodzina jako wspólnota podstawowa i pierwotna w stosunku do Państwa ma własne i niezbywalne prawa. 2. Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod opieką Państwa. Widoczne jest, że wariant II jest kompilacją odpowiednich postanowień projektu Senatu oraz projektu Przymierza dla Polski.

Kolejny Projekt Jednolity, z 26 stycznia 1995 r. przewidywał – jako wariant II art. 54 – taką samą regulację, jak projekt z 20 stycznia 1995 r.

Natomiast art. 58 Projektu Jednolitego Konstytucji RP z 19 czerwca 1996 r. zwięźle stanowił, że „rodzina znajduje się pod ochroną prawa”.

Kolejny Projekt Jednolity, uchwalony przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego 16 stycznia 1997 r. i zawarty w sprawozdaniu Komisji o projekcie Konstytucji RP, został przedłożony Zgromadzeniu Narodowemu. Projekt ten w art. 18 stanowił, że rodzina, małżeństwo i macierzyństwo znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Natomiast w art. 68 stanowił, że państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia interes rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej, zwłaszcza wielodzietne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych.

Do tego Projektu zostały zgłoszone wnioski mniejszości. W interesującej nas materii wniosek mniejszości brzmiał następująco: „Art. 18. 1. Rodzina jest podstawą Rzeczypospolitej Polskiej. 2. Rodzina, małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny oraz macierzyństwo znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej”.

Poprawki zgłoszone do Projektu Konstytucji RP podczas drugiego czytania w Zgromadzeniu Narodowym w dniach 24–28 lutego 1997 r. i rozpatrzone przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego w dniach 7–14 marca 1997 r. były przedmiotem rozstrzygnięcia Komisji Konstytucyjnej. Komisja postanowiła nadać art. 18 następujące brzmienie: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Treść art. 18, proponowana przez Komisję Konstytucyjną, została uchwalona, jako element Konstytucji, przez Zgromadzenie Narodowe w II czytaniu 22 marca 1997, a następnie – w niezmienionym brzmieniu – w III czytaniu 2 kwietnia 1997 r., stając się obowiązującą normą konstytucyjną.

Konkluzja: wzorcem dla obowiązującego brzmienia art. 18 były propozycje zgłaszane przez partie polityczne związane z ideologią pravicowo-konserwatywną, bliskie ideowo i programowo z Kościołem Katolickim. Przypomnijmy, że projekt konstytucji opracowany w I kadencji Senatu został przez Marszałek Senatu oficjalnie przekazany Papieżowi Janowi Pawłowi II. Ostateczne brzmienie

art. 18 Konstytucji było efektem kompromisu konstytucyjnego w postaci zgody na obowiązujące brzmienie Konstytucji w zamian za neutralność Kościoła Katolickiego w procesie referendalnego zatwierdzenia Konstytucji.

Znamienny jest pierwszy komentarz do postulowanego brzmienia art. 18 w jego pierwszej części „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. Już na etapie między I i II czytaniem zostało publicznie przedstawione stanowisko Kościoła Katolickiego. Sekretarz Episkopatu bp T. Pieronek po wizycie u Marszałka Sejmu stwierdził, że „biskupi postulują zmiany, ponieważ uważają, że porozumienie w sprawach konstytucyjnych jest możliwe... W konstytucji powinno znajdować się wyraźne stwierdzenie, że małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny, co uniemożliwiłoby legalizację małżeństw homoseksualnych jako sprzecznych z naturą”¹. Zaś referując prace nad ostatecznym projektem konstytucji stwierdza się, że „Naprzeciw postulatowi Episkopatu wychodzi natomiast poprawka, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, tak jak rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo, znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej. Wyklucza to małżeństwa homoseksualne”².

2.

Opór wobec instytucjonalizacji związków partnerskich ma swoje źródło w stosunku Kościoła Katolickiego oraz wyznawców doktryn opartych na podstawach społecznie i obyczajowo konserwatywnych do zjawiska homoseksualności. Przyjmuje się, że homoseksualizm nie jest zjawiskiem wbrew naturze, bowiem elementem składowym natury są różne zjawiska związane ze sferą seksualności człowieka w relacji do innego człowieka. Większościowa orientacja seksualna to orientacja heteroseksualna, ale wiedza o zjawisku – nie zaś wrażenia, wyobrażenia czy najgłębsze przekonania – daje obraz znacznie bardziej zróżnicowany. Nie jest przedmiotem naukowej kontrowersji obserwacja dotycząca względnie stałego odsetka ludzi o skłonnościach homoseksualnych (sporna jest jedynie wielkość odsetka), podobnie jak nie jest przedmiotem kontrowersji obserwacja, że ludzkie skłonności seksualne „nie mają charakteru „zero-jedynkowego”, lecz tworzą *continuum* (na którego biegunach lokuje się orientacja wyłącznie homoseksualna i wyłącznie heteroseksualna). Ujmując rzecz precyzyjniej, oprócz osób o skłonnościach do kontaktów seksualnych wyłącznie z osobami danej płci (wśród nich dominują oczywiście osoby o orientacji wyłącznie heteroseksualnej, stanowiące zresztą przeważającą część całej populacji), istnieje także spory odsetek osób

¹ Podaje J. Pilczyński, *Jak wyjść z Jordanu*, „Rzeczpospolita” 3 marca 1997.

² J. Pilczyński, *Decydująca faza w Zgromadzeniu Narodowym. Ostatnie retusze*, „Rzeczpospolita” 21 marca 1997.

o skłonnościach „mieszanych”³. Orientacja homoseksualna ma charakter mniejszościowy, ale jest naturalną cechą szerokiego spektrum seksualności człowieka⁴.

Zjawisko statystycznie dominujące nie uchyla istnienia innego zjawiska, a zatem do rozstrzygnięcia nie jest kwestia istnienia takiego zjawiska, lecz kwestia, czy istnieją podstawy, by zjawiskiem statystycznie niedominującym zajmować się w sposób intelektualnie równie poważny, jak zjawiskiem statystycznie dominującym.

3.

Podstawą zasadniczych argumentów zwolenników poglądu, że art. 18 Konstytucji, w części definiującej małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, wyklucza instytucjonalizację związków partnerskich przeciwników instytucjonalizacji związków partnerskich są tezy dokumentu Kongregacji Nauki Wiary Kościoła Katolickiego z 2003 r. „Uwagi dotyczące projektów legalizacji związków między osobami homoseksualnymi”, opracowany przez ówczesnego kard. J. Ratzingera, prefekta Kongregacji, i zatwierdzony przez Papieża Jana Pawła II. Na użytek niniejszego opracowania przedstawiam następujące „przypomnienia podstawowych prawd związanych z powyższym problemem ...jako że dotyczy one prawa moralnego naturalnego”, rekonstruuje czternaście podstawowych przykazań Kościoła Katolickiego związanych z instytucjonalizacją związków partnerskich.

1. Nauczanie Kościoła o małżeństwie i o komplementarności płci podejmuje prawdę wskazaną przez prawy rozum (*recta ratio*) i jako taką przyjętą przez wszystkie wielkie kultury świata. Małżeństwo nie jest jakimkolwiek związkiem między osobami. Zostało ono ustanowione przez Stwórcę w swej istocie, zasadniczych właściwościach i celach.
2. Prawda naturalna o małżeństwie została potwierdzona przez Objawienie.
3. Małżeństwo zostało ustanowione przez Stwórcę jako forma życia, w której realizuje się wspólnota osób. W planie Stwórcy komplementarność płci i płodność należą więc do samej natury instytucji małżeństwa.
4. Związek małżeński mężczyzny i kobiety został wyniesiony przez Chrystusa do godności sakramentu. Kościół naucza, że małżeństwo chrześcijańskie jest znakiem przymierza Chrystusa z Kościołem.
5. Małżeństwo jest święte, natomiast związki homoseksualne pozostają w sprzeczności z naturalnym prawem moralnym. Czyny homoseksualne bowiem wykluczają z aktu płciowego dar życia. Nie wynikają z prawdziwej komplemen-

³ *Aspekty seksualności (w:) Paradoxy bioetyki prawniczej*, Warszawa 2010, s. 172.

⁴ Pogląd amerykańskiego biskupa episkopalnego J.S. Sponga, *Living in Sin? (w:) A. Sullivan (ed.), Same-Sex Marriage, Pro& Con 2004*, s. 67.

tarności uczuciowej i płciowej. W żadnym wypadku nie będą mogły zostać zaaprobowane.

6. Tym, którzy w imię tolerancji chcą podejmować działania na rzecz przyznania określonych praw osobom homoseksualnym współżyjącym ze sobą, należy przypomnieć, że tolerowanie zła jest czymś zupełnie odmiennym od aprobowania i legalizowania zła.
7. Ustawodawstwa przychylnie związkom homoseksualnym są sprzeczne z prawnym rozumem, ponieważ udzielają gwarancji prawnych analogicznych do tych, jakie przysługują instytucji małżeństwa, związkom między dwiema osobami tej samej płci.
8. W związkach homoseksualnych brakuje całkowicie elementów biologicznych i antropologicznych małżeństwa i rodziny, które mogłyby być racjonalną podstawą dla zalegalizowania prawnego takich związków. Nie są one w stanie zapewnić odpowiednio prokreacji i trwania rodzaju ludzkiego.
9. W związkach homoseksualnych jest (...) całkowicie nieobecny wymiar małżeński, który stanowi formę ludzką i uporządkowaną relacji płciowych. Są one rzeczywiście ludzkie tylko wtedy i tylko na tyle, na ile wyrażają i umacniają wzajemne wsparcie płci w małżeństwie i pozostają otwarte na przekazywanie życia.
10. Dla poparcia legalizacji związków homoseksualnych nie można przywoływać zasady szacunku i niedyskryminacji wobec każdej osoby. Nie można powołać się w sposób racjonalny również na zasadę słusznej autonomii osobistej.
11. Nieprzyznanie statusu społecznego i prawnego małżeństwa formom życia, które nie są i nie mogą być małżeńskimi, nie przeciwstawia się sprawiedliwości, ale przeciwnie, jest przez nią wymagane.
12. Działania, które nie wnoszą znaczącego ani pozytywnego wkładu w rozwój osoby i społeczności, miałyby otrzymać od państwa specyficzne i określone uznanie prawne. Związki homoseksualne nie realizują, nawet w najdalej idącej analogii, zadań, ze względu na które małżeństwo i rodzina zasługują na właściwe i specyficzne uznanie prawne. Istnieją natomiast słuszne racje, by stwierdzić, że takie związki są szkodliwe dla prawidłowego rozwoju społeczności ludzkiej, szczególnie jeśli dopuściłoby się do wzrostu ich efektywnego wpływu na tkankę społeczną.
13. Jeśli wszyscy wierni mają obowiązek przeciwstawienia się zalegalizowaniu prawnemu związków homoseksualnych, to politycy katoliccy zobowiązani są do tego w sposób szczególny, na płaszczyźnie im właściwej. Oddanie głosu na rzecz tekstu ustawy tak szkodliwej dla dobra wspólnego społeczności jest czynem poważnie niemoralnym.
14. W przypadku, kiedy parlamentarzysta katolicki ma do czynienia z prawem przychylnym związkom homoseksualnym już ustanowionym, musi on przeciwstawić się w możliwy dla siebie sposób i uczynić publicznym swój sprzeciw: chodzi o należyte świadectwo prawdzie.

Dokument Kongregacji Nauki Wiary posługuje się pojęciem „legalizacja związków partnerskich”. Trafna jest krytyka poprawności formuły „legalizacja” wskazująca, że „legalizacja prywatnych zachowań i związków homoseksualnych między ludźmi dorosłymi w krajach, w których wprowadzono albo postuluje się wprowadzenie homoseksualnych „małżeństw” czy form określanych inną nazwą, dokonała się już wcześniej (...). Problem tak rozumianej legalizacji dziś już nie istnieje, tym bardziej, że nikt poważny nie postuluje ponownej delegalizacji (kryminalizacji). Przedmiotem sporu jest dziś natomiast tendencja ustawodawcza, dla której najważniejszym określeniem wydaje się „prawna instytucjonalizacja związków homoseksualnych”⁵.

4.

Dla potrzeb niniejszej analizy przyjmuję rozróżnienie między racjonalnością a rozumnością dyskursu o zawartości normatywnej art. 18 Konstytucji. Uznaję, że w przypadku racjonalności mamy do czynienia z podejmowaniem działań, których zapleczem jest m.in. analiza konstytucyjna, a które prowadzą do realizacji własnego lub partykularnego interesu o charakterze ideowym, politycznym czy religijnym. Z tego rodzaju racjonalnością mamy do czynienia w przypadku wywodu mającego przekonać adresata wypowiedzi, że art. 18 Konstytucji RP wyklucza możliwość ustawowej regulacji związków partnerskich osób tej samej płci.

Pojęcie rozumności rezerwuję dla postawy, która charakteryzuje się – zgodnie z teorią Rawls’a⁶ – sprawiedliwością w osądach, rozważnością i zdolnością dostrzegania innych punktów widzenia.

Można uznać tak rozumianą racjonalność przeciwników ustawowej regulacji związków partnerskich, jeżeli uświadomi się perspektywę ich rozumienia rzeczywistości. Perspektywa ta zamyka się w dramatycznym niepokoju, że koncepcja związków partnerskich jest taranem w walce ideologicznej z „konserwatywnym” fundamentem XX-wiecznego państwa liberalnego, którego podstawą miałyby być konsensus między chrześcijańską a oświeceniową wizją praw człowieka i roli państwa w tej dziedzinie⁷. Elementem intelektualnym i instytucjonalnym tej walki ma być głęboka reinterpretacja „staroświeckich” gwarancji praw człowieka w celu stworzenia argumentacyjno-perswazyjnej podbudowy modernistycznego projektu cywilizacyjnego⁸. Zakaz ustawowej regulacji związków partnerskich ma być esencją cywilizacji⁹.

⁵ B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”, 2004, nr 2, s. 360–361.

⁶ J. Rawls, *Wykłady z historii filozofii polityki*, Warszawa 2010, s. 107.

⁷ B. Banaszkiwicz, *Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty”*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 1, s. 29.

⁸ B. Banaszkiwicz, *Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty”*, s. 26.

⁹ B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny*, s. 383, stwierdza, że w stanowisku miarodajnych kręgów Kościoła Katolickiego dotyczącym wykluczenia „traktowania związków

Spór o prawa osób homoseksualnych do tworzenia związków partnerskich, argumenty przeciwników takiej ustawowej regulacji i sposób argumentacji przypominają dyskusje związane właśnie z wielkimi zmianami cywilizacyjnymi, a dotyczącymi takich problemów jak zniesienia niewolnictwa, segregacji rasowej, zakazu zawierania małżeństw między osobami różnych ras czy praw wyborczych kobiet. Jakże znajomo brzmią ówczesne argumenty o naturalnym porządku społecznym (stworzonym przez Boga); przypisaniu określonych, ograniczonych ról określonym grupom społecznym; wykluczeniu prawa do równego traktowania wyłącznie ze względu na kolor skóry jako oczywistego i niepodlegającego zmianom paradygmatu porządku prawnego; wykluczeniu prawa kobiety do występowania z pozwem rozwodowym; zgodnego z porządkiem naturalnym – ze względu na cechy kobiety – wyłączenia prawa wyborczego kobiet itd.

Przyjęta koncepcja racjonalności dyskursu polega na użyciu wszelkich dostępnych, w szczególności zaś najbardziej nierozsądnych argumentów, bowiem dyskurs o prawach osób homoseksualnych – prowadzony przez zwolenników *status quo* w Polsce – ma odwoływać się do uprzedzeń, irracjonalności, przekonań moralnych czy religijnych, niewiedzy, lęków czy wyimaginowanych, a nie rzeczywistych, zagrożeń. Dyskurs ten, mając konserwatywno-religijne zaplecze intelektualno-programowe, musi zatem przedstawiać problem związków partnerskich w ich relacjach do rodziny i małżeństwa wyłącznie w dwóch barwach: czarne/białe imoże być, i w istocie jest, prowadzony jedynie w dwóch kategoriach etycznych: wyłączone zło *versus* czyste dobro.

Ale nawet przyjęta wyżej racjonalność dyskursu o konstytucyjnych aspektach związków partnerskich załamuje się, gdy używany jest argument, iż pary homoseksualne nie wnoszą niczego do realizacji fundamentalnego prawa naturalnego, czyli prawa do zachowania gatunku, a przeciwnie, im więcej będzie homoseksualistów, tym gorsze będą perspektywy przyrostu naturalnego, który gwarantuje rozwój społeczny, gospodarczy, kulturalny i wszelki inny sprzyjający prawom człowieka. Puentując: ruch homoseksualny w swoim własnym interesie nie powinien popierać siebie, lecz heteroseksualizm, bo dzięki niemu także homoseksualiści istnieją na tym świecie¹⁰.

5.

Zostawmy więc na chwilę racjonalność dyskursu, by zająć się zagadnieniem o wiele poważniejszym, a mianowicie rozumnością argumentacyjną. Argumenty przeciwników ustawowej regulacji związków partnerskich można uszeregować stosownie do ich wagi normatywnej.

homoseksualnych tak samo lub podobnie jak małżeństwa, chodziło o esencjonalny postulat o fundamentalnym znaczeniu cywilizacyjnym, a nie tylko o wtórną wobec niego kwestię terminologii”.

¹⁰ L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne* (w:) R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa – aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 157.

5.1. PRYWATNOŚĆ

Prywatność oznacza m.in. możliwość podejmowania różnego rodzaju aktywności, czynności czy zaangażowania bez jakiegokolwiek rodzaju ingerencji władzy publicznej. Aktywność człowieka chroniona prywatnością może mieć różne formy i cele. Są one określane wyłącznie przez zainteresowanego człowieka. Jednym z aspektów prywatności człowieka jest podejmowanie aktywności seksualnej zgodnej z jego orientacją seksualną. Prywatność aktywności seksualnej nie jest warunkowana płcią partnera; prywatność jest od płci partnera nienależna. Płeć partnera seksualnego nie ma znaczenia dla ochronnej funkcji zasady prywatności, mającej rangę zarówno zasady konstytucyjnej, jak i powszechnego standardu praw człowieka. Potwierdził to ETPCz w sprawie Dudgeon, uznając, że kryminalizacja seksualnego stosunku osób homoseksualnych, realizowanego przez osoby dorosłe za obopólną zgodą jest naruszeniem Konwencji Europejskiej ze względu na objęcie ochroną wynikającą z prawa do prywatności. Nie ma żadnego interesu publicznego, by kryminalizować stosunki seksualne osób homoseksualnych. Interes publiczny wymaga natomiast, by stosunki seksualne – niezależnie od płci osób uczestniczących w tych stosunkach – pozostały w swym charakterze prywatne, i dlatego penalizowane jest, jako naruszające porządek publiczny, odbywanie stosunków seksualnych w miejscu publicznym. Publiczny akt seksualny, w różnych systemach prawnych państw europejskich, kwalifikowany jest jako czyn kryminalny, natomiast akt seksualny prywatny chroniony jest prawem do prywatności.

Istotnym elementem dyskursu o przesłankach wyłączających dopuszczalność regulacji ustawowej związków partnerskich osób tej samej płci jest argument o wyłącznie prywatnym (intymnym) charakterze kwestii orientacji seksualnej, która to właściwość wyłączać ma możliwość (dopuszczalność) jakiegokolwiek regulacji prawnej zagadnień związków osób homoseksualnych. To stanowisko ma wzmocnić tabuizację i demonizację seksualności (sfery seksualnej) człowieka, w szczególności osób homoseksualnych.

Rozważmy w tym kontekście znaczenie kilku wypowiedzi, których wspólnym mianownikiem jest konsekwencja przyjęcia wyłącznie intymnego (tym bardziej – wyłącznie prywatnego) charakteru orientacji seksualnej. Przykładem jest pogląd, że w przypadku orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej chodzi o „cechy w zasadzie należące do sfery intymnej człowieka, niestwierdzalne albo trudno stwierdzalne na podstawie znamion zewnętrznych czy deklaracji, takie, co do których jednostka powinna mieć prawo milczenia wobec państwa i innych jednostek. Tymczasem natrętne powtarzanie formuły *regardless of sexual orientation or gender identity* sugeruje publiczną, polityczną doniosłość owych cech”¹¹. Podobnie, na tle konstytucyjnej zasady równości, brzmi wypowiedź, iż zarówno

¹¹ B. Banaszkiwicz, *Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty”*, s. 29.

w aktach międzynarodowych, jak i Konstytucji RP zakaz dyskryminacji dotyczy spraw „ważnych dla całego społeczeństwa, a więc w życiu politycznym, społecznym i gospodarczym....w aktach tej rangi może być mowa tylko o najważniejszych dziedzinach życia realizowanych w ramach podstawowych (fundamentalnych) praw człowieka, a nie o skłonnościach seksualnych nielicznej grupy ludzi, bo to jest wyłącznie ich intymną sprawą”¹².

Wniosek: państwo powinno powstrzymać się od regulacji ustawowej związków partnerskich, ponieważ ich źródłem jest orientacja seksualna partnerów takiego związku, co jest właściwością prywatną (intymną), nie mając zatem charakteru „publicznego” wyłączone ma być ze sfery dopuszczalnej regulacji ustawowej.

Prawdziwa jest teza, że tendencja ustawodawcza do prawnej instytucjonalizacji związków homoseksualnych wiąże się z uznaniem, że zjawisko homoseksualizmu „ma wymiar publiczny” i że jest zerwaniem z koncepcją ściśle prywatnego, nieinteresującego dla władz publicznych charakteru praktyk i związków homoseksualnych¹³. Problemy życiowe osób homoseksualnych, pragnących żyć w stałych związkach (na podobieństwo małżeństw) stały się przedmiotem regulacji normatywnej i nastąpiło to w tych społeczeństwach, które zmieniły stosunek do sfery seksualnej człowieka. Seksualność człowieka, bez względu, czy mamy do czynienia z osobą heteroseksualną czy homoseksualną, przestała być przedmiotem tabu i przestała być demonizowana.

5.2. PRYWATNOŚĆ SEKSUALNOŚCI A PUBLICZNE JEJ DEMONSTROWANIE

Kolejny argument używany w dyskursie o związkach partnerskich brzmi: demonstracja seksualności jest właściwością wyłącznie osób homoseksualnych, a właśnie tylko z tej racji, że dotyczy osób homoseksualnych nie powinna być przez te osoby ujawniana. Twierdzi się, że tylko osoby homoseksualne demonstrują swoją seksualność uczestnicząc, np. w paradach i demonstracjach jako formach korzystania z wolności zgromadzeń i tym samym uczestniczenia w życiu publicznym – prawda, głośnej, kolorowej i bywa, że utrudniającej (jak każde zgromadzenie) życie innym obywatelom formie – prezentując własne interesy i racje. Prawda – zgromadzenia osób homoseksualnych, ale w których uczestniczą także osoby heteroseksualne, wywołują różnorodne reakcje, także dlatego, że dotyczą sfery seksualności człowieka. W tym kontekście zaskakujące jest natomiast, że osoby, które oburzają się na ujawnianie seksualności przez osoby homoseksualne, w pełni akceptują ujawnianie i podkreślanie seksualności przez osoby heteroseksualne. Przykład parlamentarzystów: niczym innym jak publicznym demonstrowaniem seksualności była pełna dumy i radości wypowiedź posła z trybuny

¹² L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, s. 159.

¹³ B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny*, s. 361.

Sejmu na temat skutków jego życia seksualnego w postaci czworga dzieci oraz publiczne zachęcanie społeczeństwa do pójścia w jego ślady. Była to demonstracja seksualności skwitowana aplauzem posłów. Podobnie można ocenić wezwania władzy publicznej o większą dzietność małżeństw; to nic innego, jak publiczna zachęta do realizacji tej najbardziej intymnej sfery aktywności człowieka, publicznie afirmowana w przypadku osób heteroseksualnych.

5.3. PRAWO PUBLICZNE A SFERA PRYWATNA – ZAGROŻENIE DLA MAŁŻEŃSTWA?

Założenie przeciwników instytucjonalizacji związków partnerskich jest następujące: instrumenty wykształcone w prawie rodzinnym, spadkowym, podatkowym, mieszkaniowym czy socjalnym służą tradycyjnie ochronie i promocji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, nie mogą zatem być zastosowane wobec związków partnerskich; ich zastosowanie byłoby afirmatywną ingerencją państwa w imię promocji i wspierania określonej formy życia prywatnego¹⁴. Nie ma jednak odpowiedzi na pytanie w jaki sposób zastosowanie tych instrumentów wobec związków partnerskich spowodowałoby, że „przystałyby już służyć ochronie i promocji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny”. Niezasadne jest bowiem twierdzenie, że zastosowanie tych instrumentów wobec związków partnerskich skutkowało by obciążeniem finansów publicznych oraz naruszeniem interesów prywatnych osób trzecich.

5.4. PUBLICZNA DYSKUSJA W SPRAWACH PRYWATNYCH

Publiczny wymiar problematyki związków partnerskich został wzmocniony „niezmiennie negatywnym” stanowiskiem Kościoła Katolickiego wobec instytucjonalizacji tych związków¹⁵. Publiczne stanowisko Kościoła w sprawie – jak chcieliby tego przeciwnicy związków partnerskich – wyłącznie prywatnej, intymnej sfery życia człowieka nadaje całemu zagadnieniu wymiar publiczny i nie dzieje się to bynajmniej za sprawą osób homoseksualnych zainteresowanych instytucjonalizacją związków. Skoro zatem przeciwnicy związków partnerskich nadają problemowi wymiar publiczny, to mało wiarygodnie w ich ustach brzmi oburzenie wobec upublicznienia tego zagadnienia przez zainteresowane osoby oraz żądanie, by osoby zainteresowane „milczały” w tej sprawie, rzekomo dla własnego dobra i we własnym interesie.

¹⁴ *Ibidem*, s. 361.

¹⁵ *Ibidem*, s. 367.

Jest pełna zgoda, o czym była już mowa, że sprawy orientacji seksualnej mają charakter prywatny (intymny) i że w takim samym stopniu musi się to odnosić do orientacji heteroseksualnej i homoseksualnej. Jeżeli zatem okazałoby się, że niesformalizowany związek osób homoseksualnych (z powodu braku odpowiedniej regulacji) posiada jednak pewne cechy o publicznym charakterze, to utraciłaby wartość argumentu wyłączającego formalizację związków partnerskich z powodu wyłączenia prywatnego ich charakteru.

5.5. PUBLICZNOPRAWNA REGULACJA SFERY PRYWATNOŚCI

Ponieważ orientacja seksualna jest najbardziej intymną sferą człowieka, zatem – jako wniosek – jakkolwiek jej regulacja prawna już jest naruszeniem tej prywatności¹⁶. Idąc logiką wywodu należałoby zatem stwierdzić, że jakkolwiek ustawowa regulacja małżeństwa i rodziny jest ustawowo niedopuszczalna, ponieważ jest naruszeniem prawa do prywatności osób o orientacji heteroseksualnej. Skoro regulacja ustawowa orientacji seksualnej jest naruszeniem prywatności, *ergo* – zakazana musiałaby być ustawowa regulacja zjawisk związanych z różnorodnymi aspektami seksualnego życia człowieka. Logika prezentowanego wywodu prowadzi jednak jego autora do wniosku, że wyłączną okolicznością uzasadniającą ingerencję państwa i prawa w sferę życia seksualnego może być realne i zdarzające się „w praktyce zagrożenia przestępczością kryminalną, a więc dla ochrony wolności człowieka przed gwałtami oraz w celu ochrony dzieci przed dewiantami i demoralizacją”¹⁷.

Nie znajdujemy jednak uzasadnienia redukcji regulacji zagadnień związanych z orientacją seksualną człowieka (jego seksualnością) do przestępczości seksualnej. Co więcej, trudne do wyobrażenia byłoby (powszechne?) przyjęcie konsekwencji rozumowania, iż seksualność człowieka, której elementem jest jego orientacja seksualna, to wyłącznie materia prawa karnego. Wydaje się to o tyle istotne, że na to rozumowanie L. Wiśniewskiego, zawarte w „Zdaniu odrębnym” powołuje się wielu autorów m.in. M. Pilich¹⁸, P. Mostowik¹⁹, ale także – instytucjonalnie – I Prezes Sądu Najwyższego²⁰. Także na pogląd, że orientacja seksualna „może dotyczyć nie tylko homoseksualizmu, lecz także na przykład pedofilii (której zalegalizowanie postuluje się w Belgii i Holandii), bigamii czy poligamii

¹⁶ L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, s. 158.

¹⁷ *Ibidem*, s. 158–159.

¹⁸ M. Pilich, *Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PiP 2011, z. 1, s. 86.

¹⁹ P. Mostowik, *Jak nie ujednolicić międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego, czyli o projektach rozporządzeń unijnych dotyczących majątkowych ustrojów małżeńskich i skutków związków partnerskich*, EPS, 2011, nr 11, s. 18.

²⁰ Opinia o poselskim projekcie ustawy „O umowie związku partnerskiego” z 4 sierpnia 2010 r. BSAI – 021 – 135/11, s. 11.

(legalnej w państwach muzułmańskich) i wielu innych odmian „orientacji seksualnej”²¹. Przywoływani tu autorzy nie odnoszą się – ani krytycznie, ani afirmatywnie – do tego, ale także innych tez „Zdania odrębnego”, przyjmując je jako podstawę lub jako wzmocnienie argumentacyjne własnych konstrukcji.

5.6. KONFLIKT LOJALNOŚCI JAKO ZJAWISKO PUBLICZNE

Publiczny aspekt dotyczy sytuacji konfliktu lojalności w jakim twórcy prawa i sędziowie Trybunału Konstytucyjnego postawieni zostali przez dyrektywy Kongregacji Wiary. Jest to konflikt lojalności wobec Konstytucji z jednej strony, i z drugiej strony wobec Kościoła Katolickiego. Dyrektywa Kongregacji Nauki Wiary brzmi: „dla poparcia legalizacji związków homoseksualnych nie można przywoływać zasady szacunku i niedyskryminacji wobec każdej osoby”. Natomiast Konstytucja RP jako zasadę zasad praw i wolności człowieka statuuje godność człowieka. Zasadą konstytucyjną jest także zasada równości (w prawie i wobec prawa) i zakaz dyskryminacji. Skoro dokument Kongregacji Nauki Wiary wyklucza możliwość interpretacji problematyki związków partnerskich z punktu widzenia tych dwóch zasad, to oznacza, że parlamentarzysta lub sędzia Trybunału wierny dyrektywom Kościoła musi pominąć w swojej analizie problemu prawnego związków partnerskich dwie wartości konstytucyjne. Albo niebyć posłusznym dyrektywom Kościoła. A to już nie jest prywatna sprawa ani parlamentarzysty, ani sędziego.

Potencjalny, ale z dużym prawdopodobieństwem wystąpienia, konflikt lojalności reprezentantów władzy publicznej (parlamentarzystów i sędziów TK) powinien być rozważany także na płaszczyźnie konstytucyjnej zasady neutralności światopoglądowej władz publicznych. Przyjmuję za W. Brzozowskim, że neutralność światopoglądowa oznacza zakaz popierania lub zwalczania religii, a w przypadku aktywności władzy publicznej polegającej na stanowieniu prawa oraz kontroli konstytucyjności prawa ustanowionego oznacza wymóg, by „cel uchwalenia przepisu miał charakter świecki oraz zakaz takiego zaangażowania prawodawcy w kwestie światopoglądowe, które pociągałoby za sobą unicestwienie lub znaczące utrudnienie możliwości realizowania przez jednostkę realizowania jej własnej koncepcji dobrego życia”²². Oznacza to, że rozstrzygnięcia dotyczące ewentualnej instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci będą stanowiły dodatkowo test samoświadomości konstytucyjnej i odpowiedzialności wobec państwa i obywateli, których dotyczą rozstrzygnięcia legislacyjne.

²¹ L. Wiśniewski, tamże, s. 159–160.

²² W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2010, s. 236.

5.7. PUBLICZNY CHARAKTER „TRWANIA RODZAJU LUDZKIEGO”

Podobnie, a może w jeszcze większym stopniu, publiczny charakter ma teza Kongregacji Nauki Wiary wykluczająca możliwość instytucjonalizacji związków partnerskich, bowiem „nie są one w stanie zapewnić odpowiednio prokreacji i trwania rodzaju ludzkiego”. Należy zatem założyć, że ustawodawcy 17 państw Unii Europejskiej, w których funkcjonują regulacje dotyczące małżeństw homoseksualnych oraz związków partnerskich nie zdawali sobie sprawy z zagrożenia wynikającego z przyjętego ustawodawstwa. Ale nawet mając tę, nabytą po wydaniu dokumentu Kongregacji Nauki Wiary, świadomość w oparciu o dokument Kongregacji Nauki Wiary w żadnym z tych państw nie uchylono przyjętego ustawodawstwa jako koniecznego remedium na zachowanie rodzaju ludzkiego. Na marginesie – w Danii, która w 1989 r. dokonała instytucjonalizacji związków partnerskich wskaźnik dzietności jest, jak na państwo europejskie, bardzo wysoki, znacznie przewyższając wskaźnik dzietności w Polsce.

5.8. FAWORYZOWANIE (UPRZYWILEJOWANIE) ZWIĄZKÓW PARTNERSKICH JAKO KWESTIA PUBLICZNA

Nie godząc się fundamentalnie co do możliwości – na gruncie polskiej Konstytucji – uregulowania związków partnerskich prezentowany jest argument, że faworyzujące (w wymiarze ekonomicznym i symbolicznym) traktowanie osób zainteresowanych musiałyby znajdować „podstawę w wyraźnej normie konstytucyjnej lub być konieczne dla realizacji pewnych specyficznych wartości konstytucyjnych, albo przynajmniej musiałyby być uzasadnione ze względu na dodatnie znaczenie tego rodzaju związków dla dobra wspólnego”²³.

Stwierdzenie o faworyzującym charakterze związków partnerskich jest treściowo puste, a prawniczo nierozumne. Nie ma żadnego dowodu na okoliczność, że regulacja ustawowa związków partnerskich musiałaby być związana w faworyzującym – w wymiarze ekonomicznym i symbolicznym – traktowaniem zainteresowanych osób homoseksualnych. Faworyzowanie miałyby miejsce wówczas, gdyby regulacja odbiegała – na korzyść tylko jednej grupy – od istniejących regulacji prawnych. Trudno byłoby mówić o faworyzowaniu, jeżeli regulacje obowiązujące już wobec pewnych grup obywateli byłyby rozciągnięte na inne grupy. Mielibyśmy do czynienia z ograniczaniem pola nierównego traktowania, a nie z poszerzaniem faworyzowania. Faworyzujące traktowanie miałyby miejsce wówczas, gdyby regulacja dotycząca związków homoseksualnych wprowadzała nowe, nieznane, korzystne tylko dla tej grupy – w stosunku do pozostałych jednostek i grup – regulacje prawne.

²³ B. Banaszek, *Problem konstytucyjnej oceny*, s. 384.

Zarazem stwierdzenie o faworyzującym charakterze związków partnerskich jest racjonalne z punktu widzenia retoryki przeciwdziałania regulacji związków partnerskich, ponieważ ma silną moc perswazyjną: faworyzowanie kogokolwiek, a szczególnie osób lub grup mniejszościowych tworzy krytyczną, jeżeli nie negatywną, postawę wobec potencjalnej regulacji. Ponieważ opinia publiczna chętniej przyjmuje argumenty odpowiadające jej wyobrażeniom czy też uprzedzeniom, aniżeli rzeczywistości zatem nośny, bo pusty pogląd realizuje założony cel perswazyjny.

Wyłącznie zatem sugestią, nieopartą ani na faktach, ani na przesłankach normatywnych jest pogląd, że dla regulacji związków partnerskich konieczna jest podstawa w wyraźnej normie konstytucyjnej, bowiem regulacja taka z natury swej miałaby jakoby charakter faworyzujący (w wymiarze ekonomicznym i symbolicznym). Jeżeli jednak takiego faworyzującego charakteru owa regulacja nie miałaby, a żadna ze znanych regulacji związków partnerskich nie ma charakteru faworyzującego, a jedynie ograniczający lub likwidujący dyskryminację, zatem rozumność argumentu o konieczności istnienia wyraźnej podstawy konstytucyjnej jest pochodną rozumności tezy o faworyzującym charakterze instytucjonalizacji związków partnerskich.

5.9. PRAWO JAKO WYRAZ INTERESU PUBLICZNEGO

Na poparcie tezy o zagrożeniu rodziny przez istnienie związków partnerskich przywoływany jest argument, że „legalizowanie związków stoi w sprzeczności nie tylko z obowiązującym prawem, ale także naszym interesem narodowym”²⁴.

Prezentując tezę, że legalizacja związków partnerskich stoi w sprzeczności z obowiązującym prawem trzeba być konsekwentnym: każda nowa regulacja prawna stoi w sprzeczności z obowiązującym prawem, bowiem zmienia prawo. Zarazem nikt rozumny nie twierdził do tej pory, że sprzeczne z prawem jest rozciągnięcie określonych regulacji prawnych na inne podmioty. Jest to zmiana prawa. Nierozumne jest jednak utożsamianie zmiany prawa ze sprzecznością z obowiązującym prawem. Zadaniem racjonalnego ustawodawcy jest taka regulacja normatywna, która nie spowoduje sprzeczności między regulacją nową i dotychczasową regulacją pozostającą w mocy. Jeżeli poważnie traktować by argument o sprzeczności instytucjonalizacji związków partnerskich z obowiązującym prawem, to konsekwencją tezy jest – niewypowiedziany – postulat zlikwidowania parlamentu (a więc i systemu demokracji przedstawicielskiej) bowiem każde działanie legislacyjne prowadzi do „naruszenia obowiązującego prawa” (inaczej ustawodawstwo nie ma sensu). A skoro tak, to w celu niedopuszczenia do powstania negatywnie ocenianej sytuacji najbardziej właściwe byłoby zamrożenie obowiązującego prawa,

²⁴ B. Marczuk, *Zamach na rodzinę*, „Rzeczpospolita” z 26 stycznia 2012.

co zbędnym czyni istnienie parlamentu. Chyba że teza opiera się na założeniu, że jedyna sytuacja, w której nowa regulacja jest sprzeczna z obowiązującym prawem dotyczy instytucjonalizacji związków partnerskich. Ale także wówczas rozumność takiego argumentu nie wymaga komentarza.

„Legalizowanie związków pozamałżeńskich stoi w sprzeczności z naszym interesem narodowym”. Byłoby niezwykle interesujące zapoznanie się chociaż z jednym argumentem sprzeczności interesu narodowego z legalizacją związków partnerskich. Nie podając żadnego argumentu, autor każe nam wierzyć na słowo o istnieniu zagrożenia interesu narodowego w wyniku instytucjonalizacji związków partnerskich. Może jedynie zaskakiwać fakt, że siedemnaście państw UE, w których uregulowano kwestię małżeństw homoseksualnych/związków partnerskich podjęło tak poważne ryzyko działania na szkodę własnego interesu narodowego.

5.10. INTERPRETACJA TRYBUNALSKA

Trybunał Konstytucyjny w sprawie SK 62/08 wypowiedział się na temat art. 18 Konstytucji, stwierdzając, że „ochrona rodziny realizowana przez władze publiczne musi uwzględniać przyjętą w Konstytucji wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo (*vide* art. 18 Konstytucji). Celem regulacji konstytucyjnych odnoszących się do statusu rodziny jest bowiem nałożenie na państwo, a zwłaszcza na ustawodawcę, obowiązku podejmowania takich działań, które „umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami” (wyrok z 18 maja 2005 r., 16/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 51, pkt III. 4).

Z punktu widzenia problematyki instytucjonalizacji związków partnerskich istotny jest rodzaj „podstawienia” zastosowany przez Trybunał. Podstawienie polega na tym, że Trybunał utożsamiał konstytucyjną definicję małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, uznając tę cechę jako czynnik warunkujący konstytucyjną wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo. Problem polega na tym, czy „konstytucyjna wizja małżeństwa” jako związku kobiety i mężczyzny jest koncepcją „wizyjną”, ale jedną z wielu możliwych, czy też koncepcja ta ma wykluczać inne (a jest ich wiele) formy rodziny, w tym także rodzinę, jaką w systemach prawnych, które dokonały instytucjonalizacji związków partnerskich, tworzą osoby żyjące w takim związku.

Akcentowanie tego aspektu zagadnienia jest o tyle ważne, że SN także wypowiedział pogląd, że konstytucyjnie preferowane jest tworzenie rodziny przez małżeństwo traktowane jako trwały związek mężczyzny i kobiety nakierowany na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo. Nikt nie oponuje wobec takiego poglądu. Tyle że konstytucyjna preferencja dla jednego rozwiązania nie oznacza

– z mocy tejże Konstytucji – zakazu regulacji innych form związków osób decydujących się na trwale wspólne życie, jak twierdzi w swej opinii I Prezes SN. Preferencja dla określonej formy rodziny nie oznacza wykluczenia innych form, a tak zakładają autorzy przytaczanej interpretacji art. 18 Konstytucji. Dowód nierozumności prezentowanego rozumowania jest zbędny, bowiem rozumowanie opiera się na fałszywym założeniu, tak więc konkluzja nie może być prawdziwa (poprawna).

Ale problem ten akcentuję także ze względu na uprzednio rozważany możliwy konflikt lojalności sędziów Trybunału w przypadku konfrontacji norm konstytucyjnych z wiążącym charakterem dyrektyw wyrażonych w dokumencie Kongregacji Nauki Wiary w sprawie związków partnerskich.

Równie ważna w cytowanej sprawie jest wypowiedź Trybunału co do charakteru normatywnego art. 18 Konstytucji. Trybunał stwierdził, iż artykuł ten nie może być wzorcem kontroli w postępowaniu wszczętym ze skargi konstytucyjnej. Nie kreuje on bowiem samodzielnego prawa podmiotowego, lecz wyraża zasadę i cel polityki państwa adresowane do ustawodawcy. Skoro z powyższego przepisu nie można generalnie wyprowadzić nadającego się do bezpośredniego stosowania prawa podmiotowego jednostki, nie można również skutecznie traktować go jako wzorca w postępowaniu ściśle powiązanim z ochroną konstytucyjnych praw i wolności w ramach skargi konstytucyjnej.

Waga wypowiedzi Trybunału polega nie tylko na przyjęciu kontrowersyjnej koncepcji, wzorowanej na poglądzie odrzucającym możliwość złożenia skargi konstytucyjnej ze względu na naruszenie art. 32 Konstytucji (zasady równości) bez powiązania z innymi prawami podstawowymi. Istota wypowiedzi Trybunału sprowadza się do tego, że wykluczona została możliwość zrekonstruowania w oparciu o art. 18 Konstytucji podstawowego prawa jednostki do zawarcia małżeństwa. Prawa podstawowego, które jest gwarantowane w aktach prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez RP, między innymi w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Koncepcja Trybunału wzmacnia, paradoksalnie, argumentację przeciwników związków partnerskich uzależniających instytucjonalizację związków od podstawy w wyraźnej normie konstytucyjnej. Skoro zatem norma konstytucyjna nie zawiera konstytucyjnego podmiotowego prawa do zawarcia małżeństwa, to tym bardziej nie można w oparciu o Konstytucję wyprowadzić wniosku o prawie do zawarcia związku partnerskiego. Tyle, że rozumna wykładnia Konstytucji RP nie daje podstaw dla wyprowadzania takiej konkluzji.

5.11. INTERES PUBLICZNY JAKO UZASADNIENIE INSTYTUCJONALIZACJI ZWIĄZKÓW PARTNERSKICH

Doświadczenia państw, które instytucjonalizowały związki partnerskie potwierdzają, że nie istnieje żaden legitymowany cel publiczny, który uzasadniałby funkcjonowanie regulacji prawnych gorzej traktujących pary o orientacji homoseksualnej

aniżeli małżeństwa (Sąd Apelacyjny w Ontario, 2003). Kanadyjska Karta Praw i Wolności Kanady nakazuje, aby wszelkiego rodzaju korzyści i przywileje (również polegające na dostępie do określonych, darzonych powszechnym szacunkiem instytucji prawnych) były rozdzielane z zachowaniem wymogu równości i bez dyskryminacji. Tymczasem dostęp do instytucji małżeństwa i związanych z nią korzyści pozostawał dla pewnej grupy obywateli ograniczony w sposób nieznaający uzasadnienia w konieczności obrony jakiegokolwiek legitymowanego interesu.

Trafna jest argumentacja wskazująca, że chociaż homoseksualizm uznawany jest przez wielu za niemoralny, to brak jakichkolwiek racjonalnych argumentów pozwalających uzasadnić prawne wykluczenie małżeństw homoseksualnych względami zdrowotnymi, bezpieczeństwa czy porządku publicznego. Opiera się ono przede wszystkim na negatywnych stereotypach dotyczących homoseksualizmu. „Konstytucja nie jest w stanie wpłynąć na istnienie takich stereotypów, nie jest również jednak w stanie ich tolerować. Osobiste uprzedzenia mogą być poza zasięgiem prawa, prawo nie może ich jednak, bezpośrednio lub pośrednio, sankcjonować”²⁵.

Interes publiczny wymaga, by z pożytków systemu prawa nie wyłączać w sposób dyskryminujący grup obywateli. Konstytucja RP, oparta na koncepcji demokracji liberalnej, zakłada włączanie, a nie wyłączenie ze skutków jej obowiązywania obywateli. Konstytucja, poza niewieloma normami (art. 13) nie opiera się na wyłączeniu, lecz na włączaniu do procesu realizacji wspólnego dobra. To demokracja nieliberalna cechuje się wykluczającym podejściem do społeczeństwa i mechanizmów jego funkcjonowania.

Spółeczeństwo otwarte, a takie ma być budowane w oparciu o konstytucję, zakłada pluralizm, różnorodność, akceptację dla odmienności, prawo do samostanowienia jednostki we wszystkich wymiarach. Oczywiście jest, że sama konstytucja zawiera granice realizacji tych wartości, które przecież nie mają charakteru absolutnego.

W dyskursie publicznym, który jest elementem kształtowania treści dobra publicznego, różne grupy powinny mieć prawo do równoważnego głosu. Fakt, że wyrażają poglądy mniejszości nie oznacza, że wartość ich głosu ma być proporcjonalna do liczbowej, arytmetycznej reprezentacji w społeczeństwie. Argumentów się nie liczy, argumenty się waży. Wagi argumentów nie można odnosić do liczebności osób heteroseksualnych, w imieniu których – i to wszystkich – usurpują sobie prawo wypowiedziania przeciwnicy związków partnerskich, ale do samych racji.

Interes publiczny wymaga, aby eliminować z porządku prawnego wszystkie regulacje, które dyskryminują jednostki lub grupy społeczne. Z taką sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy osoby homoseksualne nie mogą realizować swoich celów życiowych w związkach partnerskich, zbliżonych funkcją i istotą do najbardziej respektowanej instytucji społecznej, jaką jest małżeństwo. Argumenty antydyskryminacyjne, jakie legły u podstaw instytucjonalizacji związków

²⁵ T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Warszawa 2011, s. 189.

partnerskich w RFN mają – z racji podobieństwa współczesnego myślenia konstytucyjnego w Polsce i w Niemczech, a także podobieństwa polskiego art. 18 i art. 6 Ustawy Zasadniczej RFN²⁶ – zbliżony ciężar konstytucyjny. A przecież już tytuł ustawy niemieckiej z 2001 r. brzmi: ustawa o likwidacji dyskryminacji wspólnot osób homoseksualnych (*Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften*). Ustawa likwidowała zjawisko uznane za konstytucyjnie niedopuszczalne, czyli dyskryminację, której źródłem był brak odpowiedniej regulacji ustawowej instytucji substytuującej małżeństwo, a zarezerwowanej dla osób homoseksualnych.

5.12. DEMOKRACJA JAKO UZASADNIENIE WYKLUCZENIA INSTYTUCJONALIZACJI ZWIĄZKÓW PARTNERSKICH

Ustawowe *status quo* czyli brak instytucjonalizacji związków partnerskich uzasadniany jest także istotą demokracji, w której wybór celów i preferencji rozstrzyga się większością głosów²⁷. Podstawą tej koncepcji jest założenie, że po pierwsze, mamy do czynienia zjawiskiem określanym jako „swoisty prymat praw człowieka przed demokracją”, po wtóre zaś, że postulat równości „orientacji seksualnych” nie jest implikacją praw człowieka, lecz jednym z partyjnych stanowisk w debacie publicznej, co „w pewnym sensie czyni te postulaty imperatywem wyjętym spod demokratycznej dyskusji”; jest to zabieg intelektualnej uzurpacji lekceważącej demokrację²⁸.

Z perspektywy intelektualnej zatem należy podkreślić, że fundamentem współczesnego konstytucjonalizmu są prawa człowieka, mechanizm demokratyczny, podział władzy, decentralizacja władzy publicznej, kontrola konstytucyjności prawa, niezawisłość wymiaru sprawiedliwości. Demokracja rozumiana także jako rządy większości respektuje prawa i wolności podstawowe. To one wyznaczają nieprzekraczalną granicę rozstrzygnięć podejmowanych przez większość. To także granica działań władzy publicznej, czego wyrazem była w 2004 r. sprawa zakazu tzw. parady równości, wydanego przez ówczesnego Prezydenta m. Warszawy. Decyzja ta została uchylona w trybie kontroli legalności, a treść konstytucyjnej wolności zgromadzeń stała się przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (sprawa Bączkowski p. Polsce, wygrana przez skarżącego).

²⁶ B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny*, s. 368, 381.

²⁷ B. Banaszkiwicz, *Uwagi o „Zasadach z Yogyakarty”*, s. 26.

²⁸ *Ibidem*, s. 26. L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, s. 157, z trwogą alarmuje, że „popieranie myśli homoseksualnej należy już niemal do pierwszego przykazania „poprawnego myślenia”, a ludzie mający odmienne poglądy coraz częściej wstydliwie i z obawą o losy swojej kariery do tej odmienności się przyznają”.

6.

Konkludując należy stwierdzić, że zagadnienie instytucjonalizacji związków partnerskich w Polsce jest wyłącznie kwestią względnie krótkiego czasu. Przemiany społeczne, zmiana mentalności kolejnych pokoleń, narastająca świadomość znaczenia godności człowieka i jego wolności, sekularyzacja postaw w zakresie moralności seksualnej, detabuizacja i dedemonizacja seksualności człowieka, narastające poczucie racjonalności rozdzielenia sfery świeckiej i sakralnej w życiu publicznym – by wskazać tylko najważniejsze czynniki – tworzą przesłanki ustawowej instytucjonalizacji związków partnerskich. Konstytucja RP, gwarantując i chroniąc godność człowieka, jego wolność, równość i prywatność zawiera zobowiązanie ustawodawcy do instytucjonalizacji związków partnerskich. Istniejąca obecnie sytuacja dyskryminacji osób homoseksualnych w zakresie możliwości zakładania związków partnerskich będzie wkrótce oceniana w podobny sposób, jak oceniane są należące do wstydlivej historii ludzkości regulacje dyskryminujące ze względu na rasę, kolor skóry czy płeć.

Doświadczenie pokazuje, że ustawodawcy podejmowali decyzje, mając „opaskę na oczach”, nie chcąc widzieć rzeczywistości, istoty człowieczeństwa, godności i wolności jednostki. Zbyt późno kolejne generacje stawały się i stają się świadome, że były to prawa, które nie tylko nie były konieczne, ale które w swej istocie służyły wyłącznie opresji i wykluczeniu. Nigdy nie służyły ani dobru jednostki, ani dobru publicznemu²⁹.

²⁹ Bardzo serdecznie dziękuję Panu dr. A. Bodnarowi za przedstawienie tez niniejszego tekstu w trakcie konferencji.