

Wojciech Zomerski  
Uniwersytet Wrocławski

# Krytyczna analiza dyskursu sądowego dotyczącego prawnej sytuacji osób homoseksualnych w świetle art. 18 Konstytucji RP

## 1. Wprowadzenie

### 1.1. Cel artykułu

Pomimo iż od pierwszej europejskiej ustawy legalizującej jedнопłciowe związki partnerskie mija niespełna 30 lat, a instytucjonalizacja jedнопłciowych form pożycia miała miejsce w 20 z 27 państw członkowskich Unii Europejskiej oraz w ponad połowie państw członkowskich Rady Europy, w Polsce sytuacja jedнопłciowych związków wciąż pozostaje poza sferą regulacji prawnych. W literaturze przedmiotu często wskazuje się, że na przeszkodzie instytucjonalizacji ma stać art. 18 Konstytucji RP (dalej jako „art. 18”), który stanowi, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten, choć *prima facie* o związkach jedнопłciowych nie wspomina, ma dla ich sytuacji prawnej daleko idące konsekwencje. Od początku obowiązywania Konstytucji z 1997 r. przepis ten służył w praktyce stosowania prawa wykluczaniu z beneficjentów pozostawiania w faktycznym pożyciu osób w związkach o charakterze homoseksualnym<sup>1</sup>. W efekcie takiego zabiegu osoby pozostające w związkach osób tej samej płci nie mogły skutecznie wstępować w prawo najmu po zmarłym partnerze czy odmawiać zeznań jako osoba bliska<sup>2</sup>. Choć w związku z kolejnymi uchwałami SN, podjętymi w 2012 r. i 2016 r., powyższe problemy straciły na aktualności, nie oznacza to bynajmniej, że art. 18 przestał służyć ograniczaniu praw osób homoseksualnych. Obecnie osoby pozostające w związkach homoseksualnych muszą mierzyć się z uciążliwościami

<sup>1</sup> Na ten temat zob. film dokumentalny: *Artykuł osiemnasty*, B. Staszewski (reż.), 2016.

<sup>2</sup> Dla ich sytuacji prawnej miał również donieść znacznie fakt, że pojęcie osoby bliskiej jest znamieniem czynów zabronionych (zob. art. 190 § 1 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm., dalej jako: k.k., art. 190a § 1 k.k., art. 207 § 1 k.k., art. 209 § 1 k.k.). Więcej na temat sytuacji osób homoseksualnych w prawie karnym zob. M. Płatek, *Sytuacja osób homoseksualnych w prawie karnym*, w: M. Wyrzykowski, R. Wieruszewski (red.), *Tożsamość seksualna i płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 49–101.

na gruncie ustawy o obywatelstwie polskim<sup>3</sup>, ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego<sup>4</sup> czy dyrektywy o przepływie osób<sup>5</sup>.

Celem niniejszego artykułu jest dokonanie krytycznej analizy orzecznictwa TK, SN oraz sądów administracyjnych dotyczącego praw osób homoseksualnych w świetle art. 18. W swojej pracy chciałbym spojrzeć na wykładnię art. 18 jako obszar, w którym zanika dystynkcja na neutralny, nieideologiczny i uniwersalny dyskurs prawny oraz otwarcie ideologiczny dyskurs polityczny. Na poziomie metodologicznym chciałbym wykorzystać Krytyczną Analizę Dyskursu (dalej: „KAD”). Jednocześnie tekst jest swoistą odpowiedzią na apel Adama Sulikowskiego do stosowania KAD w prawoznawstwie<sup>6</sup>, a także próbą kontynuacji wysiłków podjętych niedawno przez Hannę Dębską<sup>7</sup>.

## 1.2. Homoseksualizm a prawo na przestrzeni dziejów

Zarysowując stosunek europejskich prawodawstw do homoseksualizmu w perspektywie historycznej, warto powiedzieć, że homoseksualizm towarzyszył rasie ludzkiej od zarania dziejów i był obecny w wielu plemionach pierwotnych<sup>8</sup>. Nie ma również wątpliwości, że był on względnie tolerowany w starożytnych Grecji oraz Rzymie<sup>9</sup>. W Grecji pożycie mężczyzny obejmowało zazwyczaj związek z kobietą wzbogacony o erotyczną relację z nastolatkiem. W starożytnym Rzymie stosunek do homoseksualizmu został ukształtowany przez zdobywcą naturę Rzymian. Homoseksualizm był tolerowany, o ile miał miejsce pomiędzy obywatelem a niewolnikiem oraz pod warunkiem, że to ten ostatni pełnił funkcję bierną. Takie praktyki były powszechne również wśród cesarzy rzymskich aż do czasu chrześcijańskiego cesarza Teodozjusza I, który 6 sierpnia 390 r. ustanowił prawo nakazujące, by bierni mężczyźni homoseksualiści byli paleni na stosie. Następnie Justynian rozszerzył penalizację homoseksualizmu także na aktywnych partnerów, tłumacząc, że homoseksualizm, jako grzech ciężki, doprowadzi do destrukcji cesarstwa.

Zasadny wydaje się zatem pogląd, że to dopiero chrześcijaństwo wiąże się z jednoznacznym potępieniem homoseksualizmu na terenie współczesnej Europy<sup>10</sup>. Michel

<sup>3</sup> Ustawa z 2.04.2009 r. o obywatelstwie polskim (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1462). Więcej na ten temat: J. Gierak-Onoszko, *Polska cię nie chce, dziecko*, „Polityka” 2015/42, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1636351,1,dzieci-wychowywane-przez-homoseksualistow-nie-moga-byc-polakami.read>, dostęp: 6.04.2017 r.

<sup>4</sup> Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 2064). Więcej na ten temat: P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego” obowiązku instytucjonalizacji życia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 232–237; A. Bodnar, *Osoby homoseksualne a wybrane zagadnienia prawa administracyjnego i praktyki administracyjnej*, w: M. Wyrzykowski, R. Wieruszewski (red.), *Tożsamość płciowa i orientacja seksualna. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 94–96.

<sup>5</sup> Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz. Urz. UE. L 158 z 2004 r., str. 77). Zob. np. wyrok WSA w Warszawie z 15.03.2013 r. (IV SA/Wa 154/13), LEX nr 1660268.

<sup>6</sup> Zob. A. Sulikowski, *Perspektywy zastosowań metod Krytycznej Analizy Dyskursu w badaniach nad prawem. Kilka uwag*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, s. 99–111.

<sup>7</sup> H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.

<sup>8</sup> Zob. C.S. Ford, F.A. Beach, *Patterns of Sexual Behavior*, Nowy Jork, 1951. W słynnej już pracy naukowej dwójki amerykańskich antropologów przebadano 191 kultur pierwotnych i wykazano, że w 76 z nich homoseksualizm był zjawiskiem powszechnie obecnym, w kolejnych 27 zaś istniał, choć był rzadki i uprawiany w ukryciu.

<sup>9</sup> Zob. P. Fijałkowski, *Seksualność, psyche, kultura. Homoerotyzm w świecie starożytnym*, Warszawa 2007.

<sup>10</sup> Z założeniem jakoby potępienie homoseksualizmu było nieodłączną częścią religii chrześcijańskiej, nie zgadza się: J. Boswell, *Chrześcijaństwo, tolerancja społeczna i homoseksualność: geje i lesbijki w Europie Zachodniej od początku ery chrześcijańskiej do XIV wieku*, Kraków 2006.

Foucault podnosi, że wraz z rozwojem cywilizacji europejskiej doszło do instytucjonalizacji i dyskursywizacji życia seksualnego. Jak wskazuje francuski filozof, po Soborze Trydenckim uznano, że życie seksualne może być tolerowane tylko o tyle, o ile służy ono dobru wspólnemu, a zatem wzrostowi populacji<sup>11</sup>. W rezultacie o pożyciu seksualnym należy „mówić niejako o czymś, co po prostu podlega potępieniu albo jest tolerowane – seksem należy pokierować, włączyć w systemy użyteczności, uregulować na podstawie zasady dobra ogółu, sprawić, by funkcjonował według optymalnego wzorca”<sup>12</sup>. Jak zatem widzimy, powiązanie aktywności seksualnej człowieka z reprodukcją jest czymś centralnym w myśli chrześcijańskiej, a jedną z konsekwencji takiego poglądu jest uznanie zachowań homoseksualnych za sprzeczne z naturą i stąd zasługujące na potępienie.

Regulacje nowożytnych europejskich prawodawstw były ukształtowane przez wyżej zarysowany stosunek chrześcijaństwa do seksualności. Od czasów rewolucji francuskiej obserwujemy jednak proces stopniowej „prywatyzacji” sfery seksualnej. Pod tym względem przełomowy okazał się wiek XX, w którym kolejne państwa lawinowo depenalizowały zachowania homoseksualne<sup>13</sup>. Od tego momentu w Europie zaczął kształtować się konsensus: zachowania seksualne są prywatną sprawą obywatela, w którą państwo nie powinno ingerować. Zachowania homoseksualne, mimo postępującej w Europie depenalizacji, były jednak wciąż uważane za przejaw socjopatycznego zaburzenia osobowości. Drogę do uznania homoseksualizmu za jedną z trzech pełnoprawnych orientacji seksualnych uitorowała decyzja Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrów z 1973 r. o usunięciu homoseksualizm z list zaburzeń psychicznych. Kolejnym krokiem była decyzja z dnia 17.05.1990 r. Światowej Organizacji Zdrowia o usunięciu homoseksualizmu z Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10. W konsekwencji homoseksualizm został uznany za jedną z trzech pełnoprawnych orientacji seksualnych.

### 1.3. Założenia metodologiczne

Naświetlenie mechanizmów reprodukcji nierównego traktowania i dyskryminacji osób homoseksualnych w dyskursie sądowym możliwe jest poprzez zastosowanie Krytycznej Analizy Dyskursu (KAD). Metoda ta, jak wskazywał jeden z jej prekursorów – Teun A. van Dijk, sama jest rodzajem dyskursu, pozwalającym na identyfikację nadużyć władzy społecznej oraz nierówności, które są ustanawiane, reprodukowane, legitymizowane oraz zwalczane za pośrednictwem określonych praktyk mówienia i pisanie w danym kontekście społecznym i politycznym<sup>14</sup>. KAD – w odróżnieniu od tradycyjnych nurtów analitycznych – dokonuje analizy języka nie w oderwaniu od, ale w świetle problemów społecznych i politycznych, o których język ten traktuje. Celem KAD nie jest zwyczajna rekonstrukcja dyskursu, ale wyjaśnienie jego struktury pod kątem charakterystyki społecznych interakcji, w których się wydarza<sup>15</sup>. W rezultacie centralnymi zagadnieniami dla KAD są: relacje pomiędzy społecznymi makro- i mikrostrukturami, dominacja jako nadużycie władzy, a także kontrola tekstu i kontekstu – a w rezultacie również

<sup>11</sup> Zob.: M. Foucault, *Historia seksualności*, Gdańsk 2010, s. 26.

<sup>12</sup> M. Foucault, *Historia...*, s. 25.

<sup>13</sup> Wyjątkami są Francja i Belgia, gdzie dekriminalizacja miała miejsce w czasie Wielkiej Rewolucji Francuskiej, oraz Holandia (1811), Hiszpania (1822) i Włochy (1890).

<sup>14</sup> T.A. van Dijk, *Critical Discourse Analysis*, w: D. Tannen, H. Hamilton, D. Schiffrin (red.), *Handbook of Discourse Analysis*, t. 1, Chichester 2015, s. 466.

<sup>15</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 467.

umysłów – przez grupy dominujące<sup>16</sup>. Centralne znaczenie dla KAD ma zatem dominacja, rozumiana jako wykonywanie władzy społecznej przez elity, skutkujące społeczną nierównością<sup>17</sup>.

## 2. Artykuł 18: geneza, doktryna, orzecznictwo

W tej części chciałbym omówić art. 18 w kontekście jego genezy oraz orzecznictwa sądowego. Zamiar ten jest konsekwencją przyjętych założeń metodologicznych. W opracowaniach dotyczących KAD podkreśla się, że większość jednostek uczestniczy w dyskursie w wyraźnie ograniczonym zakresie, to znaczy w rozmowach z członkami rodziny, przyjaciółmi czy znajomymi<sup>18</sup>. Z kolei w przypadku dyskursu prowadzonego przez media oraz inne ośrodki władzy, zwykli ludzie są zredukowani do roli pasywnych odbiorców, którym zwyczajnie wskazuje się, w co mają wierzyć i co mają robić. Jednocześnie członkowie bardziej wpływowych grup społecznych, jak np. prawnicy czy dziennikarze, sprawują większą kontrolę nad kształtem dyskursu<sup>19</sup>. Dyskurs poświęcony art. 18 wytwarzany jest przez polityków (geneza art. 18), przedstawicieli elit prawniczych (poglądy doktryny na temat art. 18) oraz sądy (orzecznictwo dotyczące art. 18). Z racji ograniczonych ram niniejszej pracy pomijam poglądy doktryny na temat omawianego przepisu<sup>20</sup>, a rekonstrukcja jego genezy ma charakter jedynie posiłkowy. W konsekwencji zastosowanie KAD będzie dotyczyć tylko orzecznictwa sądowego.

### 2.1. Geneza przepisu

Nie wchodząc w szczegółowe rozważania na temat sytuacji osób homoseksualnych w II RP i w PRL, można odnotować, że pod względem regulacji prawnej ich sytuacja od 1932 r. pozostawała niezmienną, tj. prawo po prostu na ich temat milczało. Wnikliwsza analiza pokazuje jednak, że milczenie to nie oznaczało bynajmniej, że homoseksualizm nie stawał się pretekstem do pośredniej penalizacji (II RP)<sup>21</sup> czy też przedmiotem inwigilacji państwowej<sup>22</sup> bądź traktowania go jako okoliczności obciążającej (PRL)<sup>23</sup>. Podobnie w III RP milczenie to stało się pretekstem do ograniczenia ustawowo przyznanych praw i wolności. Choć ta zaskakująca międzyustrojowa ciągłość może mieć inne wytłumaczenia, a samo postawienie tezy o jej istnieniu wymagałoby wnikliwszej analizy socjologiczno-prawnej, na potrzeby niniejszego opracowania przyjmuję hipotetycznie, iż ciągłość ta może być związana m.in. z faktem pozostawania przez

<sup>16</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 467.

<sup>17</sup> Zob. T.A. Van Dijk, *Principles of Critical Discourse Analysis*, „Discourse & Society” 1993/2, s. 249–250.

<sup>18</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 470.

<sup>19</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 470.

<sup>20</sup> Zob. m.in. komentarze dot. art. 18 w: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013; K. Complak, w: M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014; L. Garlicki, w: L. Garlicki, M. Zubik (red.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2016.

<sup>21</sup> Mimo nowatorskiego na tamte czasy charakteru Kodeksu karnego z 1932 r., który depenalizował stosunki homoseksualne, w literaturze możemy spotkać się także z jego negatywną oceną, w której zarzuca się faktyczną kryminalizację homoseksualizmu. Zob. M. Płatek, *Sytuacja...*, s. 61–65. Autorka swój pogląd opiera przede wszystkim na tym, iż kodeks Makarewicza penalizował homoseksualną prostytucję, choć nie przewidywał takiej regulacji w przypadku osób heteroseksualnych. Z kolei by udowodnić, że dana relacja miała charakter prostytucji, wystarczyło udowodnić, że np. jeden z partnerów pozostaje na utrzymaniu drugiego.

<sup>22</sup> Chodzi tu oczywiście o przeprowadzoną w latach 80. XX w. akcję Hiacynt, w rezultacie której ponad 11.000 osób zostało zarejestrowanych jako nieheteronormatywne. Zob. K. Tomasik, *Gejeler. Mniejszości seksualne w PRL-u*, Warszawa 2012, s. 39 i n.

<sup>23</sup> Zob. K. Tomasik, *Gejeler...*, s. 55 i n.

polskie społeczeństwo pod silnym wpływem nauczania Kościoła katolickiego. Do takiego wniosku zdaje się prowadzić analiza genezy art. 18.

Nie ma wątpliwości, że Konstytucja RP z 1997 r. ma bardzo wielu autorów, a jej ostateczny kształt jest kompromisem wypracowanym w specyficznej atmosferze połowy lat 90. Stąd aksjologia, w której jest zanurzona, jest pewnym kompromisem pomiędzy zdobyczami oświecenia a tradycyjnymi wartościami chrześcijańskimi. W rezultacie trudno mówić o spójnej aksjologii konstytucyjnej, a poszczególne przepisy czy instytucje zawarte w Konstytucji czerpią z dorobku różnych doktryn. Dlatego wydaje się, że niemal niemożliwe jest dokonywanie wykładni „z ducha Konstytucji” – prawie, bowiem każda jednostka redakcyjna posiada swoich autorów, „zaplecze” aksjologiczne i historię. W przypadku art. 18 niewątpliwie znaczącą rolę odegrali politycy kierujący się tradycyjnym światopoglądem katolickim. Jest to na tyle bezdyskusyjne, że na fakt ten powołują się zarówno przeciwnicy instytucjonalizacji związków osób tej samej płci, jak i jej zwolennicy.

Zaliczający się do drugiej grupy Mirosław Wyrzykowski wskazuje, że „wzorcem dla obowiązującego brzmienia art. 18 były propozycje zgłaszane przez partie polityczne związane z ideologią prawicowo-konserwatywną, bliskie ideowo i programowo z Kościołem katolickim”<sup>24</sup>. Autor zwraca także uwagę na fakt, że na początku lat 90. projekt konstytucji opracowany przez Senat I kadencji został oficjalnie przekazany Janowi Pawłowi II, a politycy pozostawali w ścisłym kontakcie z Episkopatem<sup>25</sup>. Sugeruje, że ostateczne brzmienie analizowanego przepisu było efektem kompromisu konstytucyjnego w postaci zgody na obowiązujące brzmienie Konstytucji w zamian za neutralność Kościoła w kampanii referendalnej dotyczącej zatwierdzenia Konstytucji<sup>26</sup>.

Bolesław Banaszekiewicz wychodzi z kolei od stwierdzenia, że art. 18 jest kontynuacją unormowania zawartego w art. 79 ust. 1 zd. 1 Konstytucji PRL<sup>27</sup>. Tłumaczy przy tym, że o ile w 1952 r. nie było żadnego powodu, żeby przesłankę różnicy płci specjalnie eksponować, zmieniło się to na początku lat 90., kiedy do Polski zaczęły spływać pierwsze sygnały o „legalizacji małżeństw homoseksualnych” i znalazło to odzwierciedlenie w ostatecznej redakcji art. 18<sup>28</sup>. Choć stało się to z inicjatywy prawicy i PSL, to w sprawie ostatecznej redakcji omawianego przepisu miał panować powszechny konsensus<sup>29</sup>. Trafność takiego poglądu ma znajdować potwierdzenie w przebiegu prac parlamentarnych zmierzających do uchwalenia obowiązującej Konstytucji oraz w nieoficjalnych komunikatach, jakie mieli otrzymywać obywatele przed referendum konstytucyjnym<sup>30</sup>. B. Banaszekiewicz konkluduje, że w rezultacie przepis ten uwzględnia wrażliwość „opcji chrześcijańsko-demokratycznej”<sup>31</sup>, a sama opinia publiczna miała odbierać ostateczny kształt art. 18 jako ostateczne zamknięcie drogi do wprowadzenia małżeństw homoseksualnych<sup>32</sup>.

<sup>24</sup> M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, w: T. Giaro (red.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Warszawa 2012, s. 216.

<sup>25</sup> M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne...*, s. 216–217.

<sup>26</sup> Szerzej: M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne...*, s. 217.

<sup>27</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013/3, s. 593.

<sup>28</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 594 i n.

<sup>29</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 596.

<sup>30</sup> Zob. więcej: B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 642–643.

<sup>31</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 645.

<sup>32</sup> B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 648.

## 2.2. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Analizę orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego rozpocząć należy od wyroku z 11.05.2005 r.<sup>33</sup>, w którym TK, oceniając zgodność traktatu akcesyjnego z polskim porządkiem prawnym, stwierdził, że:

małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym RP odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji określonych w art. 235 tego aktu. W żadnym przypadku, także ze względów formalnoprawnych, zmiana charakteru czy statusu małżeństwa w polskim systemie prawnokonstytucyjnym nie mogłaby przyjąć formy ratyfikowanej umowy międzynarodowej (nawet ratyfikowanej w sposób kwalifikowany).

Analizując ten wyrok, warto mieć na uwadze następujące kwestie. Po pierwsze, wypowiedź ta nie jest częścią sentencji, a została umieszczona w *obiter dictum* niniejszego wyroku. Wyrok ten bowiem dotyczył licznych przepisów, a przytaczane stanowisko nie było przedmiotem obszerniejszego uzasadnienia. Po drugie, choć zgodnie z orzeczeniem małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny uzyskało odrębny status w polskim porządku prawnym, to TK nie precyzuje, na czym ten odrębny status polega<sup>34</sup>. Jednocześnie warto wskazać na kontekst polityczny tego orzeczenia, które zapadło w czasie, kiedy jednym z głównych argumentów eurosceptyków było założenie, że akcesja do Unii będzie oznaczała nieuchronną legalizację małżeństw homoseksualnych.

Kolejne orzeczenie TK może służyć za ilustrację tego, jak niewiele treści normatywnej wyraża art. 18. W wyroku z 9.11.2010 r.<sup>35</sup> TK, odmawiając zasadności skargi konstytucyjnej wniesionej w związku z zarzucanym naruszeniem art. 18, wskazał, że:

W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasady ochrony rodziny należy stwierdzić, że wyrażający tę zasadę art. 18 Konstytucji ma charakter **normy programowej**. (...) **Oznacza to, że nie można z niego bezpośrednio wyprowadzać żadnych praw podmiotowych** (...). W wyroku o sygn. SK 21/99 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 18 Konstytucji nie może stanowić podstawy indywidualnego dochodzenia roszczeń i nie może być podstawą skargi konstytucyjnej (co nie przeszkadza w powołaniu go jako wzorca w pozostałych procedurach kontroli konstytucyjności). W doktrynie prawa konstytucyjnego wskazuje się nadto, że **jedyny element normatywny**, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie **zasady heteroseksualności małżeństwa** (...)<sup>36</sup>.

Paradoks związany z art. 18 polega zatem na tym, że rozumiany jako zasada polityki państwa czy norma programowa nie może być według TK podstawą do dochodzenia indywidualnych roszczeń, a równocześnie nie ma przeszkód, by używać go celem

<sup>33</sup> Wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), OTK ZU 2005/5a, poz. 49, pkt 16.6.

<sup>34</sup> Choć oczywiście, uwzględniając stanowisko wnioskodawców, możemy domyślać się, że chodzi o przesłankę różnicy płci jako konstytutywną dla możliwości zawarcia małżeństwa w RP.

<sup>35</sup> Wyrok TK z 9.11.2010 r. (SK 10/08), OTK-A 2010/9, poz. 99.

<sup>36</sup> Wszelkie wyróżnienia w przytaczanych fragmentach orzeczeń pochodzą od autora artykułu.



limitowania praw i wolności jednostki – i to, jak zostanie poniżej wykazane, w znacznie szerszym zakresie, niż sugerowałaby uwaga TK w ostatnim zdaniu przytaczanego fragmentu.

### 2.3. Orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów administracyjnych

W orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych bardzo długo odmawiano osobom homoseksualnym praw związanych z pozostawaniem we wspólnym pożyciu. W poniższej analizie kluczowych orzeczeń SN oraz sądów administracyjnych z tego zakresu chciałbym wykazać, że niekorzystna sytuacja osób homoseksualnych w polskim porządku prawnym pojedynkownie jest konsekwencją wysoce wątpliwych zabiegów interpretacyjnych, polegających m.in. na arbitralnym odstępowaniu od zasady prymatu wykładni językowej<sup>37</sup>.

W postanowieniu z 7.07.2004 r.<sup>38</sup>, odpowiadającym na pytanie, czy osoba pozostająca we wspólnym pożyciu z osobą tej samej płci jest „osobą bliską” w rozumieniu prawa karnego i w związku z tym uprawnioną do odmowy zeznań, SN stwierdził, że:

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego, wypracowanym i ugruntowanym zarówno w okresie obowiązywania poprzedniego, jak i obecnego Kodeksu postępowania karnego, a także w doktrynie (...) pojęcie „wspólne pożycie” odnoszone jest **wyłącznie do konkubinatu**, a w **szczególności do związku osób o różnej płci**, odpowiadającego od strony faktycznej **stosunkowi małżeństwa** (którym w myśl art. 18 Konstytucji jest wyłącznie związek osób różnej płci). Tego rodzaju interpretację Sąd Najwyższy, orzekający w niniejszej sprawie, w pełni podziela i nie znajduje podstaw do uznania za przekonywające tych wypowiedzi pojawiających się w piśmiennictwie, w których podejmowane są **próby kwestionowania takiej interpretacji** omawianego pojęcia i sprzeczania go wyłącznie do konkubinatu (...). Rozumiejąc bowiem dążenia do **rozszerzającej interpretacji** pojęcia „wspólne pożycie” użytego w art. 115 § 11 k.k., należy jednak wskazać na **całkowity brak** w tym względzie dostatecznie precyzyjnych kryteriów.

Chociaż w świetle przytoczonej poniżej uchwały SN postanowienie to straciło już na aktualności, to umożliwiła zidentyfikowanie kluczowych zabiegów interpretacyjnych i manewrów lingwistycznych w dyskursie dotyczącym praw osób homoseksualnych. Po pierwsze, SN powołuje się na utrwaloną linię orzecniczą, co samo w sobie powinno budzić sprzeciwu, albowiem faktycznie tego typu rozumowanie odnajdziemy w poprzednich orzeczeniach SN dokonujących wykładni instytucji osoby najbliższej nie tylko pod rządami obecnego Kodeksu karnego<sup>39</sup>, ale również poprzedniej ustawy karnej<sup>40</sup>. Po drugie, argumentacja ta została wzmocniona poprzez skojarzenie faktycznego pożycia z wytworem doktryny w postaci konkubinatu. Ten z kolei zostaje skojarzony

<sup>37</sup> Zdaje się, że wykazanie istnienia takiej zasady nie przysparza większych trudności. Jej przyjęcie postulowane jest nie tylko w literaturze przedmiotu i podręcznikach (zob. np. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 444 i n.), ale również w sądowym dyskursie poświęconym stosowaniu prawa (zob. wyrok SN 12.06.2015 r., II CSK 518/14, LEX nr 1754050) w którym wskazano, że „metoda językowa dopuszcza odstępstwa od jej zastosowania wtedy, gdy prowadzi ona do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji”.

<sup>38</sup> Postanowienie SN z 7.07.2004 r. (II KK 176/04), KZS 2005/6, poz. 21.

<sup>39</sup> Wyrok SN z 5.12.1997 r. (II CKN 485/97), LEX nr 583765.

<sup>40</sup> Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.), uchylona ustawą z 6.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.). Zob. wyrok SN z 31.03.1988 r. (I KR 50/88), OSNKW 1988/9–10, poz. 71.

z art. 18 poprzez przyjęcie, że konkubinaty to związek odpowiadający od strony faktycznej relacji małżeńskiej. Ostateczna konkluzja zostaje osiągnięta przez kontrfaktyczne założenie, że art. 18 konstruuje definicję małżeństwa, którym ma być „wyłącznie związek osób różnej płci”. Mamy tutaj zatem do czynienia z bardzo wątpliwym ciągiem powiązań i odwołań, opartych na błędnych założeniach. Po pierwsze, SN w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego zamiast dokonać wykładni językowej faktycznego pożycia, odwołał się do konstrukcji konkubinatu. Po drugie, trudno wytłumaczyć, dlaczego konkubinaty, który jest przecież pewnym stanem faktycznym, ma być definiowany za pomocą art. 18, który nawet o nim nie wspomina. Po trzecie, użyty w art. 18 termin „jako” nie jest wyrażeniem definicyjnym. Nie możemy bowiem przyjąć jakoby z wyrażenia „jako” miało wynikać analitycznie „jest” lub „to”<sup>41</sup>. Analizowany przepis stwierdza tylko i wyłącznie, że małżeństwo w takim a nie innym układzie podmiotowym podlega opiece i ochronie.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na sposób, w jaki SN odnosi się do konkurencyjnych stanowisk. Założenie, że wspólne pożycie może mieć miejsce pomiędzy osobami tej samej płci, SN uznał za nieuzasadnione „próby kwestionowania takiej interpretacji pojęcia”, przerzucając niejako ciężar dowodowy z tych, którzy chcą wyłączyć określoną grupę osób z dobrodziejstw konkubinatu, na tych, którzy zgodnie z językowym brzmieniem tego przepisu uznają, że przysługują one bez względu na płeć partnerów. Skoro bowiem ustawodawca nie użył określenia „kobiety i mężczyźni pozostający we wspólnym pożyciu”, to w myśl zasady *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* należy uznać, że nie miał na celu ograniczenia pojęcia do związku osób różnej płci. Paradoksalnie zatem interpretację zgodną z językowym brzmieniem przepisu art. 115 § 11 k.k. SN określa jako przykład interpretacji rozszerzającej, nie widząc przy tym, że to właśnie jego interpretacja ma jawnie zawężający charakter.

Użyteczną kategorią analityczną w tym kontekście wydaje się pojęcie interpelacji wprowadzone przez Louisa Althussera, który wskazywał, że podmiotowość można uzyskać jedynie w ramach danej ideologii, a wszelka ideologia istnieje dla podmiotów i tworzona jest przez podmioty<sup>42</sup>. W tym sensie interpelacja odnosi się do procesu, w wyniku którego biologiczna jednostka staje się na gruncie ideologii jej podmiotem<sup>43</sup>. Ideologia działa zatem w ten sposób, że „rekrutuje” podmioty spośród jednostek poprzez proces interpelacji. Poprzez to zaś, kto jest przedmiotem interpelacji czy – innymi słowy – do kogo prawodawca (Wielki Inny) się zwraca (np. „obywatel”, „cudzoziemiec”, „osoba fizyczna”), można zrekonstruować preferowaną wizję świata, ustroj społeczno-gospodarczy i polityczny, które tekst prawny presuponuje<sup>44</sup>. Odnosząc powyższe do cytowanego orzeczenia, można zauważyć, że na poziomie regulacji konstytucyjnej określenie „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny” jest źródłem interpelacji oraz swoistej kontrinterpelacji – sygnalizuje, że o ile związek kobiety i mężczyzny jest interpelowany i stąd podlega opiece i ochronie, o tyle każdy inny związek tej opiece nie podlega. Jeżeli natomiast przyjrzeć się przepisom dotyczącym wspólnego pożycia, to w ich warstwie językowej brak określeń, które sugerowałyby, że prawa wynikające z owego wspólnego pożycia są przeznaczone wyłącznie dla osób różnej płci. I właśnie

<sup>41</sup> Podobnie zob.: E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013/6, s. 15–40.

<sup>42</sup> L. Althusser, *Ideologie i aparaty ideologiczne państwa*, Warszawa 2006, s. 23.

<sup>43</sup> R. Mańko, *Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, 2014/1, s. 44.

<sup>44</sup> Por. R. Mańko, *Koncepcja...*, s. 49.



w tym miejscu widoczna jest siła art. 18, w którym zinstytucjonalizowana została dominacja heteroseksualnego paradygmatu. Dominacja, reprodukowana w praktyce stosowania prawa, prowadzi do tego, że art. 18 niejako wyłącza zastosowanie pozostałych zasad konstytucyjnych (zwłaszcza tych wyrażonych w art. 2, 5, art. 25 ust. 2, art. 30, 32 i 47 Konstytucji RP). W rezultacie pomimo że na poziomie przepisów określających konsekwencje wspólnego pożycia prawodawca zdaje się interpelować osoby homoseksualne, to wykładnia sądowa prowadzi do wykluczenia z zakresu interpelacji osób homoseksualnych poprzez swoiste przeniesienie kontrinterpelacji zawartej w art. 18 na poziom ustaw zwykłych.

W świetle powyższego warto przeanalizować orzeczenie, w którym SN odszedł od takiego rozumowania. W uchwale z 25.02.2016 r.<sup>45</sup>, dotyczącej konsekwencji wspólnego pożycia osób tej samej płci w prawie karnym, SN uznał, że:

Faktem społecznym znanym od wielu lat jest przecież to, że istnieją związki osób tej samej płci charakteryzujące się jednoczesnym występowaniem trzech elementów, tj. więzi duchowej (emocjonalnej), fizycznej i gospodarczej (prowadzenia wspólnego gospodarstwa) (...). W systemie prawa można znaleźć ustawy, których treść wskazuje, że gdy ustawodawca chce takie rozróżnienie co do płci osób pozostających w nieformalnych relacjach wprowadzić, to używa zwrotu „pozostawanie we wspólnym pożyciu małżeńskim” (...). W obecnym stanie prawnym pojęcie małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety jest – obok k.r.o. – ujęte w art. 18 Konstytucji RP. Nie stało zatem nic na przeszkodzie, by w treści art. 115 § 11 k.k. do zwrotu „we wspólnym pożyciu” dodać słowo „małżeńskim”. (...) Skoro zatem na płaszczyźnie językowej ustawodawca konstruując w art. 115 § 11 k.k. definicję osoby najbliższej i obejmując nią osoby pozostające we wspólnym pożyciu, nie dookreślił, że chodzi o relacje tylko pomiędzy kobietą a mężczyzną, to również stosownie do dyrektywy *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* takiego rozróżnienia nie można wprowadzać w drodze interpretacji (...).

Sąd Najwyższy zreflektował się zatem, iż jego poprzednie orzeczenia w sposób niezasadzony odstępowały od wyników wykładni językowej. Zamiast zastanawiać się nad historycznym rozumieniem instytucji konkubinatu, dokonał wykładni przepisu art. 115 § 11 k.k. i doszedł do wniosku, że w warstwie językowej i celowościowej brak powodów, by wykluczać z kręgu osób najbliższych osoby tej samej płci, pozostające w faktycznym związku. Odwołując się zatem jeszcze raz do kategorii interpelacji, można odnotować, że SN niniejszym orzeczeniem upodmiotowił osoby pozostające we wspólnym pożyciu. Nie doszło tutaj jednak do pełnej interpelacji. O ile bowiem SN przestał widzieć powody, by wiązać faktyczne pożycie z art. 18, to nie zmienił się jednak jego sposób postrzegania samego art. 18. W innym fragmencie cytowanego orzeczenia SN w kontekście art. 18 stwierdził, że:

Przepis ten określa małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, który pozostaje pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. W zakresie tego unormowania Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że: „**jedyny element normatywny, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie heteroseksualności małżeństwa...**” (...). Przepis ten nakazuje natomiast podejmowanie przez państwo takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami

<sup>45</sup> Uchwała SN z 25.02.2016 r. (I KZP 20/15), OSNKW 2016/3, poz. 19, s. 39.

(...). Zatem przepis ten nie stoi na przeszkodzie uznaniu, że mogą istnieć związki homoseksualne i w żaden sposób nie zakazuje istnienia przepisów, które chroniłoby majątkowe i niemajątkowe interesy osób pozostających w takiej relacji. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że uznanie za stosunek bliskości w prawie karnym wspólnego pożycia homoseksualnego w kontekście przyznania określonych uprawnień procesowych (...) nie godzi w małżeństwo, rodzinę lub rodzicielstwo (...).

Artykuł 18 ma konstytuować zatem „zasadę heteroseksualności małżeństwa”. Jest to o tyle zaskakujący wniosek, iż TK – w cytowanym przez SN orzeczeniu – przywołał jedynie pogląd wyrażony w doktrynie, nie popierając go przy tym żadną argumentacją czy kompleksową wykładnią tego przepisu. Również SN nie dokonuje kompleksowej wykładni art. 18. Czemu zatem decyduje się na taki krok? Wydaje się, że jest to swoista próba wyartykułowania komunikatu mającego uspokoić heteroseksualną większość społeczeństwa poprzez wskazanie, że stosunek dominacji zostaje zachowany. Kontrinterpelacja wyrażona w art. 18 zostaje więc utrzymana, choć jej zasięg zostaje ograniczony.

Możliwość stosowania KAD w kontekście przywoływanych orzeczeń jest o tyle utrudniona, że SN nie traktuje zagadnienia praw osób homoseksualnych w kategoriach politycznych czy społecznych, a wyłącznie formalnoprawnych. Innymi słowy, możemy tylko domyślać się, jakie wybory aksjologiczne stoją za taką interpretacją prawa, ale te nie zostają wyartykułowane. To jednak, co nie zostało wyjawione na poziomie makro (orzeczenie sądu), zostało wyrażone na poziomie mikro w zdaniu odrębnym SSN Rafała Malarskiego do uchwały SN. Jak tłumaczy T.A. van Dijk, analizując życie społeczne, mamy do czynienia z poziomem mikro (jednostek) oraz makro (instytucji)<sup>46</sup>. Władza, dominacja i nierówność pomiędzy grupami społecznymi reprodukowane są na poziomie makro. Niemniej jednak w codziennej interakcji poziomy te wzajemnie się przenikają i tworzą jedną całość<sup>47</sup>. Dlatego choć stanowisko sędziego R. Malarskiego idzie znacznie dalej niż stanowisko wyrażone w orzeczeniu, daje ono nam wgląd w to, jakie przekonania mogą kierować sędziami SN<sup>48</sup>:

W przepisach tej ustawy komentowany zwrot, określający stan znaczącej bliskości, łączony jest jednoznacznie z małżeństwem (art. 23 k.r.o.), które art. 18 Konstytucji RP **definiuje jako** związek kobiety i mężczyzny. Pojęcie to nie obejmuje zatem nieograniczonego kręgu osób, lecz zawęża go do związków podobnych małżeństwu. (...) to oznacza, że przez konkubinaty, o którym mowa w art. 115 § 11 *in fine* k.k., rozumieć należy pożycie analogiczne do małżeńskiego – często **skierowane ze swej natury**, podobnie jak małżeństwo, **do zrodzenia i wychowania potomstwa** – z tą tylko różnicą, że pozbawione legalnego węzła.

Sędzia kontrfaktycznie stwierdza, że art. 18 konstruuje w swojej dyspozycji definicję małżeństwa. Sygnalizuje również ewentualny powód do dyskryminowania par

<sup>46</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 468.

<sup>47</sup> T.A. van Dijk, *Critical...*, s. 468. T.A. van Dijk podaje tutaj przykład relacji pomiędzy rasistowskimi przemówieniami posłów w parlamencie a reprodukcją rasizmu na poziomie makro w postaci rasistowskiej legislacji.

<sup>48</sup> Jak tłumaczy T.A. van Dijk: „Pomimo że są one zakorzenione w umysłach jednostek, społeczne procesy poznawcze są takimi, ponieważ podzielane są i presuponowane przez członków grupy, śledzą społeczne akcje oraz interakcje, a także dlatego, że leżą u podstaw społecznej oraz kulturalnej organizacji społeczeństwa jako całość”. T.A. van Dijk, *Principles...*, s. 257.

homoseksualnych: z ich pożycia nie może zrodzić się dziecko. Argument ten jest reprezentatywny dla przedstawicieli środowisk katolicko-konserwatywnych<sup>49</sup>. Jak wskazywał cytowany wcześniej M. Foucault, dzieje się tak dlatego, że zgodnie z filozofią chrześcijańską aktywność seksualna może być tolerowana tylko wtedy, jeżeli nastawiona jest na prokreację. Związki, z których choćby potencjalnie nie mogą zrodzić się dzieci, zasługują zatem nie tylko na brak aprobaty, ale również na potępienie. Jak stwierdza R. Malarski:

Przyjęcie wykładni odmiennej od zaprezentowanej przeze mnie może – moim zdaniem – generować takie czy inne nadużycia związane np. z uznawaniem za osoby najbliższe członków różnego **rodzaju związków poligamicznych** czy **wspólnot o charakterze sekciarskim**. Prezentuję pogląd, że tylko odnoszenie pojęcia „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” do formy prawnie uznanego związku nie tylko zredukuje nasuwające się w tej kwestii wątpliwości, ale i zapobiegnie, jak wolno przypuszczać, **zbytecznej promocji skądinąd marginalnych i niezastługujących na społeczną afirmację zjawisk**.

Zdaje się, że sędzia R. Malarski nieprawidłowo używa w tym fragmencie argumentu z konsekwencji. Bez słowa wyjaśnienia sugeruje, że przyjęcie wykładni sądu doprowadzi do „generowania nadużyć” związanych z uznawaniem za osoby najbliższe członków związków poligamicznych oraz wspólnot o charakterze sekciarskim. Poprzez to porównanie autor sugeruje, że istnieje jakieś podobieństwo pomiędzy związkami osób tej samej płci a związkami poligamicznymi oraz wspólnotami o charakterze sekciarskim<sup>50</sup>. Skojarzenie homoseksualizmu z sektami i poligamią ma wywołać u odbiorcy przekonanie, że homoseksualizm jest czymś równie karygodnym jak poligamia i sekciarstwo, a jeśli nie chcemy tych ostatnich, to musimy się sprzeciwić temu pierwszemu. Zabieg taki jest obliczony na skoncentrowanie uprzedzeń podzielanych przez społeczeństwo do Innego i skierowanie ich przeciwko homoseksualizmowi<sup>51</sup>. Jednocześnie jest to próba znalezienia uzasadnienia dla nierównego traktowania homoseksualistów<sup>52</sup>. Wreszcie poprzez takie przededefiniowanie tematu sędzia próbuje pokazać, że jego opozycja przeciwko przyznawaniu praw osobom homoseksualnym nie jest wymierzona w te osoby, a raczej ma miejsce w imię obrony ładu społecznego przed sektami i poligamią.

Następnie sędzia R. Malarski otwarcie prezentuje swoje poglądy na temat homoseksualizmu. Obok poligamii i sekt uznaje je za zjawiska „marginalne”<sup>53</sup> i za „niezasługujące na społeczną afirmację zjawisk”. Za takim stwierdzeniem stoi najprawdopodobniej

<sup>49</sup> Argument ten był wielokrotnie podnoszony w doktrynie. A. Mączyński wskazuje, że podstawową funkcją rodziny i uzasadnieniem dla otoczenia jej opieką ustawodawcy jest prokreacja, a inne pozostałe funkcje, choć istotne dla społeczeństwa, powinny mieć charakter uboczny. Zob. A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, w: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 84. Podobnie: B. Banaszekiewicz, *„Małżeństwo jako...”, s. 594.*

<sup>50</sup> Niestety, tendencja wśród przeciwników instytucjonalizacji związków homoseksualnych do porównywania homoseksualizmu do zjawisk uznawanych nie tylko za moralnie, ale również prawnie karygodne jest powszechna. Zob. A. Mączyński, *Konstytucyjne...”, s. 96.* Autor – sprzeciwiając się instytucjonalizacji związków jednopłciowych – jednocześnie uznaje za uzasadniony zakaz zawierania związków o charakterze pedofilskim, zoofilskim czy kazirodczym.

<sup>51</sup> Por. T.A. van Dijk, *Critical...”, s. 476.*

<sup>52</sup> Por. T.A. van Dijk, *Principles...”, s. 267.*

<sup>53</sup> Podobnie w doktrynie: P. Mostowik, *Brak...”, s. 211.* Autor wskazuje, że sam fakt istnienia mniejszościowej orientacji nie uzasadnia żądania instytucjonalizacji nowych form pożycia. Por. B. Banaszekiewicz, *„Małżeństwo jako...”, s. 627.* Odmienne: M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne...”, s. 231.* Autor wskazuje, że „argumentów się nie liczy, argumenty się wazy”.

przekonanie, że homoseksualizm jest czymś nienaturalnym, co jest prostą konsekwencją założenia wyrażonego w pierwszym przytaczanym fragmencie, że małżeństwo „ze swej natury”<sup>54</sup> nastawione jest na prokreację. Za Moniką Płatek można wskazać, że dochodzi tutaj do paradoksu doksy – dochodzi do uspołecznienia tego, co biologiczne i biologizacji tego, co społeczne<sup>55</sup>. Przedstawiciele poglądu o nienaturalności homoseksualizmu zdają się ignorować, że homoseksualizm istnieje w przyrodzie od zarania dziejów, a odsetek homoseksualistów w społeczeństwie jest stały i wynosi kilka procent<sup>56</sup>. Co więcej, umyka ich uwadze, że współcześnie homoseksualizm nie jest uznawany za chorobę, lecz za równoprawną orientację seksualną<sup>57</sup>. Przeciwnicy instytucjonalizacji związków homoseksualnych myślą nienormalność w znaczeniu statystycznym, z nienormalnością będącą swoistą oceną tego, co pozostaje w zgodzie z naturą człowieka<sup>58</sup>.

Wracając do przedmiotu analizy, warto wskazać, że w prawie cywilnym analogiczna uchwała do omówionej powyżej została wydana cztery lata wcześniej. O ile jeszcze w uchwale z 20.11.2009 r.<sup>59</sup> SN stwierdził, że faktyczne wspólne pożycie w rozumieniu art. 691 § 1 k.c. oznacza więź łączącą dwie osoby pozostające w takich relacjach jak małżonkowie (a zatem w związku osób różnych płci), to w uchwale z 28.11.2012 r.<sup>60</sup> uznał już, że:

Należy podzielić pogląd, że wobec braku w art. 691 k.c. obostrzenia pojęcia „wspólne pożycie” przydawką „małżeńskie” (...) przepis art. 691 k.c. ma zastosowanie nie tylko do związków heteroseksualnych niepołączonych węzłem małżeńskim (...), ale także do związków homoseksualnych, w których tworzą się takie same więzi jak między konkubentami. Nie ma przekonujących racji jurydycznych, a także argumentów socjologicznych lub psychologicznych, przemawiających za różnicowaniem – na płaszczyźnie prawnej – skutków wynikających ze wspólnego pożycia hetero- i homoseksualnego; przeciwnie, więzi emocjonalne, fizyczne i gospodarcze powstające w ramach takiego pożycia są w obu przypadkach tożsame i mogą tworzyć równie mocną spójnię.

W świetle powyżej przytoczonych judykatów nie ma wątpliwości, że w ubiegłych latach w prawie cywilnym oraz karnym doszło do znacznego poprawienia sytuacji osób homoseksualnych. Analiza przytoczonych orzeczeń pozwoliła jednak na identyfikację dominacji mechanizmu reprodukcji i nierównego traktowania w dyskursie sądowym. Mechanizm ten odnajdziemy również w orzecznictwie sądów administracyjnych, które w tym kontekście pozostają wciąż bardzo konserwatywne. Osoby homoseksualne nie tylko nie mogą, w myśl polskiego prawa, w żaden sposób sformalizować swoich związków, ale uniemożliwia się ich zawieranie za granicą poprzez odmowę wydania potrzebnego zaświadczenia. Co więcej, odmawia się również uznania za członka rodziny osoby pozostającej z obywatelem Polski bądź innego kraju UE w jednopłciowym małżeństwie bądź zarejestrowanym związku partnerskim czy wreszcie uniemożliwia się nabycie obywatelstwa

<sup>54</sup> T.A. van Dijk tłumaczy, że reprodukcja dominacji zawsze potrzebuje uzasadnienia, a jedną ze strategii jest twierdzenie, że jest „sprawiedliwym”, „koniecznym” czy „naturalnym”, że dana grupa ma uprzywilejowany dostęp do pewnych dóbr społecznych. T.A. van Dijk, *Principles...*, s. 263.

<sup>55</sup> M. Płatek, *Sytuacja...*, s. 51.

<sup>56</sup> Z. Lew-Starowicz, M. Lew-Starowicz, *Homoseksualizm*, Warszawa 1999, s. 12.

<sup>57</sup> Więcej na ten temat zob. Z. Lew-Starowicz, M. Lew-Starowicz, *Homoseksualizm*, s. 110 i n.

<sup>58</sup> Tak: E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja...*, s. 17 i n.

<sup>59</sup> Uchwała SN z 20.11.2009 r. (III CZP 99/09), OSNC 2010/5, poz. 74, s. 52.

<sup>60</sup> Uchwała SN z 28.11.2012 r. (III CZP 65/12), OSNC 2013/5, poz. 57, s. 19.

polskiego przez dziecko przysposobione przez dwojga osób tej samej płci, gdy jedna jest obywatelem RP.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 15.03.2013 r.<sup>61</sup> w sprawie dotyczącej odmowy wjazdu na terytorium RP wobec osoby państwa trzeciego pozostającej w związku partnerskim z obywatelem UE, powołując się na art. 18, orzekł, że:

**Rodzina w ujęciu konstytucyjnym jest ściśle powiązana z małżeństwem i jej założenie dotyczy wyłącznie par, które zawarły związek małżeński jako związek kobiety i mężczyzny. (...) W Polsce małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny – co wynika m.in. z art. 18 Konstytucji R.P.**

W przytoczonym fragmencie *implicite* zakłada się, że skoro ustawodawca wymienił w art. 18 jako pierwsze małżeństwo oparte na różnicy płci, obok rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa, to jest to dowodem na uznanie funkcjonalnego i aksjologicznego związku między tymi czterema wartościami i w konsekwencji preferencji rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa opartego na związku małżeńskim<sup>62</sup>. Sądy nie dostrzegają tu trzech argumentów. Po pierwsze, gdyby ustawodawca chciał zrównać małżeństwo z rodziną, to nie wspominałby o rodzinie, którą najwidoczniej rozumie szerzej<sup>63</sup>. Po drugie, takie zawężające rozumienie rodziny nie tylko wykluczałoby spod ochrony związku jednopłciowe, ale także samotnych rodziców. Po trzecie, taka zawężająca definicja rodziny narusza standardy strasburskie<sup>64</sup>.

Szerszą refleksją w tym przedmiocie wykazał się NSA w wyroku z 25.10.2016 r.<sup>65</sup>, w którym wskazał, że:

Odnosząc się do tych zarzutów, należy przede wszystkim podkreślić, że zarówno art. 18, jak i art. 47 Konstytucji RP **nie dają podstaw** do zbudowania prawnej definicji rodziny. Z art. 18 Konstytucji można jedynie wyprowadzić wniosek, że na ochronę zasługują **w szczególności** związku rodzinne oparte na małżeństwie kobiety i mężczyzny oraz macierzyństwie i rodzicielstwie. **Oczywiście przepis ten nie daje podstaw do zredukowania pojęcia rodziny do związków zakontraktowanych w małżeństwie w rozumieniu w nim określonym.** Nie budzi też wątpliwości teza, znajdująca m.in. potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, że przepis art. 18 i powiązany z nim art. 47 Konstytucji RP **zawierają przede wszystkim normy programowe (...)** W piśmiennictwie podkreśla się, że art. 18 Konstytucji ustala zasadę

<sup>61</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 15.03.2013 r. (IV SA/Wa 154/13), LEX nr 1660268.

<sup>62</sup> Argument ten wielokrotnie przywoływany był przez przedstawicieli doktryny. Por. B. Banaszekiewicz, „Małżeństwo jako...”, s. 612–614; A. Mączyński, *Konstytucyjne...*, s. 89; A. Stępkowski, *Opinia prawna o artykule 18 Konstytucji RP*, 31.1.2013 r., <http://ekai.pl/wydarzenia/x63178/artukul/>, dostęp: 1.04.2017 r. Do podobnych wniosków doszło również Biuro Studiów i Analiz Sądu Najwyższego: *Opinia o sejmowym projekcie ustawy „O Umowie związku partnerskiego”* 4.08.2011 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druk6ka.nsf/0/D04003AF581A7633C12578EE0028B6BB/\\$file/4418-001.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druk6ka.nsf/0/D04003AF581A7633C12578EE0028B6BB/$file/4418-001.pdf), dostęp: 1.04.2017 r., s. 7–8.

<sup>63</sup> Zob. E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja...*, s. 33; M. Płatek, *Art. 18 Konstytucji RP*, 29.1.2013 r., <http://feministka.org/jak-z-platka-art-18-konstytucji-rp/>, dostęp: 1.04.2017 r.

<sup>64</sup> W wyroku z 24.06.2010 r. w sprawie Schalk i Kopf p. Austrii (skarga nr 30141/04, LEX nr 584459) ETPCz uznał, że pojęcie życia rodzinnego użyte w art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako EKPCz) obejmuje swoim zakresem związek pary osób tej samej płci mieszkających ze sobą. Więcej o tym, czym jest rodzina w świetle orzecznictwa krajowego i europejskiego, zob. A. Płoszka, „*Życie rodzinne*” w *prawie polskim. Czym jest, a czym nie jest?*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2012/1–2, s. 129–143.

<sup>65</sup> Wyrok NSA z 25.10.2016 r. (II GSK 866/15), LEX nr 2168889. Skarżąca domagała się objęcia ubezpieczeniem zdrowotnym jako członka rodziny swojej partnerki, z którą pozostawała w związku zarejestrowanym w prawie brytyjskim – NSA oddalił jednak skargę kasacyjną na decyzję odmawiającą jej żądaniu.



heteroseksualności małżeństwa, będącą nie tyle zasadą ustroju, co normą prawną, która zakazuje ustawodawcy zwykłego nadawania charakteru małżeństwa związkom pomiędzy osobami jednej płci (...) Jest wobec tego **oczywiste**, że małżeństwem w świetle Konstytucji i co za tym idzie – w świetle polskiego prawa, **może być i jest wyłącznie** związek heteroseksualny, a więc w związku małżeńskim małżonkami nie mogą być osoby tej samej płci.

Warto zwrócić uwagę na osobliwy tok rozumowania NSA. W pierwszej kolejności dowiadujemy się, że brak w polskim porządku prawnym definicji rodziny, a ta – nawet uwzględniając art. 18 – nie może być zredukowana do związków zakotwiczonych w małżeństwie. Następnie dowiadujemy się, że analizowany przepis ma charakter normy programowej, która jednak w jakimś zakresie stanowi także zakaz nadawania charakteru małżeństwa związkom osób tej samej płci. Chociaż wniosek ten nie został uzasadniony poza przytoczeniem w nawiasie sygnatur orzecznictwa oraz rozpraw naukowych (fragment pominięty), to NSA konkluduje, że jest wobec tego „oczywiste”, iż w świetle polskiego prawa małżeństwem „może być i jest wyłącznie” związek heteroseksualny.

Jak widać, mimo poprawy sytuacji osób homoseksualnych w prawie cywilnym oraz prawie karnym, art. 18 wciąż służy ograniczaniu praw osób homoseksualnych w sprawach podlegających kognicji sądów administracyjnych. Interesujące jest, że o ile przepis ten wielokrotnie służył i służy limitowaniu praw i wolności jednostki, to sądy kategorycznie sprzeciwiają się udzieleniu na jego podstawie jakiegokolwiek ochrony. Wskazuje się bowiem, że przepis ten ma charakter normy wyłącznie programowej, a zatem normy nakazującej ustawodawcy zwykłego, by ten faworyzował małżeństwo jako preferowany model układania relacji społecznych. Kiedy jednak jednostka powołuje się na uprawnienia związane z pozostawaniem w związku niesformalizowanym (bądź sformalizowanym w innym kraju, choć nieuznawanym przez polski system prawny), sądy ochoczo powołują się na art. 18, tym razem nie nazywając go normą programową, lecz zasadą ustrojową. Przepis ten ma zatem subsydiarny bądź samodzielny charakter, zależnie od tego, czy ma być podstawą do udzielenia ochrony, czy jej ograniczenia. Taka interpretacja sądowa powoduje, że ustrojodawca, tworząc pozornie egalitarne ramy prawne, zdaje się mówić „wszyscy są równi”, a następnie przemycia pod pozornie neutralnym art. 18 wyłączenie – kontrinterpelację („ale nie osoby homoseksualne”). Ten drugi element – często przemilczany – potwierdza słuszność poglądu, iż „faktyczne funkcjonowanie prawa rozmija się z towarzyszącymi mu dyskursywnie deklaracjami i prezentuje się jako utrwalający władzę stan dominacji” oraz „uświadamia dlaczego formułowaniu i recepcji pojęć polityczno-prawnych powinna towarzyszyć wzmożona czujność”<sup>66</sup>. Jak wyjaśnia M. Burzyk, powodem jest to, że „polityczna rozgrywka rozpoczyna się (...) już na poziomie konceptualnym (...), w sposobie definiowania pojęć, które strukturyzują następnie ludzkie myślenie, a nie dopiero w wymiarze tego, co zwie się polityczną praktyką”<sup>67</sup>.

## 2.4. Wnioski z analizy

Jednym z celów przedstawionej wyżej analizy było zidentyfikowanie sposobów myślenia, które umożliwiają osiągnięcie takiej wykładni art. 18, by z zakresu podmiotowego

<sup>66</sup> M. Burzyk, *Przemysśleć prawo. Foucault, Derrida, Agamben*, w: B. Banasiak i in. (red.), *Foucault, Deleuze, Derrida*, Toruń 2011, s. 384.

<sup>67</sup> M. Burzyk, *Przemysśleć...*, s. 384.



uprawnień przewidzianych dla niesformalizowanych związków wykluczyć osoby homoseksualne. Jak starałem się wykazać, błędy te sprowadzają się do niemal bezrefleksyjnego odwoływania się do „utrwalonej linii orzeczniczej”, nieuzasadnionego odstępowania od wykładni językowej czy opierania wykładni na różnego rodzaju przemilczeniach oraz kontrfaktycznych założeniach. Ten powszechny sposób interpretowania art. 18 można wyjaśnić za pomocą pojęcia *doksy*. Pojęcie to, zaproponowane oryginalnie przez Pierre’a Bourdieu, H. Dębska tłumaczy jako „wytworzone w strukturach pola sposoby myślenia i działania, których się nie kwestionuje, gdyż po wejściu w jego obieg, stały się niepodważalne”<sup>68</sup>. Co istotne, włączanie się *doksy* w pole nie jest nigdy konsekwencją świadomego i dobrowolnego wyboru, a staje się niejako mimowolnie. W konsekwencji dochodzi do włączenia się *doksy* w *habitus* jednostki, która staje się elementem jej konstrukcji<sup>69</sup>. Okazuje się zatem, że fałszywy jest budowany w dyskursie społecznym obraz prawa, przedstawiający je jako pole bezinteresowne służące dobru wspólnemu, niezaangażowane, reguły prawne zaś jako uniwersalne, obiektywne, neutralne i aideoologiczne. Pozornie neutralny język prawniczy i pozornie neutralne schematy wnioskowań mogą prowadzić do sytuacji, w której reprodukowana jest nierówność, co ma miejsce w oparciu o reguły przybierające charakter arbitralny<sup>70</sup>.

W konsekwencji okazuje się, że proces wykładni nierzadko maskuje pewne ukryte relacje władzy i dominacji, co może być opisywane za pomocą pojęcia *doksy*. Samo jednak zidentyfikowanie *doksy* nie odpowiada nam na pytanie, skąd ona się wzięła, co ją ukonstytuowało. W tym kontekście użyteczne może być pojęcie ideologii w rozumieniu Slavoj’a Žižka<sup>71</sup>. Słoweński filozof uważa, że marksistowskie pojęcie ideologii („robią to, ale o tym nie wiedzą”) powinno zostać przededefiniowane w sposób, który zaproponował Peter Sloterdijk: „bardzo dobrze wiedzą, co robią, a mimo to nadal to robią”<sup>72</sup>. Ten pogląd jest oparty na przekonaniu, że współczesne społeczeństwa składają się z cynicznych jednostek, które choć świadome są partykularnych interesów kryjących się za ideologicznym uniwersalizmem, to nie wyrzekają się ich<sup>73</sup>. Tak rozumiana ideologia to inaczej fantazyjna konstrukcja, która konstruuje istnienie „rzeczywistości” odbieranej przez jednostki. Można zatem zgodzić się z Rafałem Mańko, że ideologia pełni istotną rolę w sferze polityki: chroni *statusu quo* oraz „maskuje rzeczywistość, wypacza jej obraz, tworząc świat fantazji pozwalający na kontynuowanie systemu”<sup>74</sup>. Jak tłumaczy cytowany autor, w związku z otwartą semantycznością języka prawniczego interpretator tekstu prawnego zawsze cieszy się pewną dozą dyskrejonalności w nadawaniu znaczeń poprzez odwoływanie się do tego co prawe, słuszne oraz sprawiedliwe<sup>75</sup>. To, co interpretator uważa za prawe, słuszne i sprawiedliwe niekoniecznie jest jednak podyktowane jego arbitralnym wyborem, a raczej pozostawianiem pod wpływem hegemonicznej ideologii i w konsekwencji to ideologia jest tym, co nadaje ostateczne znaczenie przepisom prawnym.

<sup>68</sup> Zob. H. Dębska, *Iluzje prawniczego Rozumu. O społecznych warunkach praktyk (bez)refleksyjnych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne”, 2014/92, s. 16. Jak wskazuje autorka, poglądy te pełnią funkcję pewnej „podstawy wiary”, oczywistości, których nie podaje się w wątpliwość.

<sup>69</sup> H. Dębska, *Iluzje...*, s. 17.

<sup>70</sup> Por. H. Dębska, *Iluzje...*, s. 21.

<sup>71</sup> Zob. S. Žižek, *Wzniosły obiekt ideologii*, Wrocław 2001.

<sup>72</sup> S. Žižek, *Wzniosły...*, s. 44.

<sup>73</sup> S. Žižek, *Wzniosły...*, s. 44.

<sup>74</sup> R. Mańko, *Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations*, w: K. Torgāns i in. (red.), *Constitutional Values in Contemporary Legal Space*, vol. I, Ryga 2016, s. 117.

<sup>75</sup> R. Mańko, *Ideology...*, s. 117.

Co pełni funkcję ideologii determinującej analizowane przez mnie odczytania art. 18? Należy uznać, że jest to doktryna katolicka, zakładająca nienaturalność zachowań homoseksualnych i podporządkowanie ludzkiej seksualności celom prokreacji<sup>76</sup>. Wydaje się bowiem, że na płaszczyźnie socjologicznej nie wymaga większego uzasadnienia, że skoro 90% Polaków deklaruje się jako katolicy, to na ich światopogląd w sposób naturalny ma wpływ nauczanie Kościoła katolickiego, co może w dużej mierze tłumaczyć powszechność negatywnej percepcji homoseksualizmu<sup>77</sup>. Natomiast na płaszczyźnie historyczno-prawnej świadczyć może o tym fakt, że na ostateczne brzmienie art. 18 znaczny wpływ mieli politycy związani ideowo z Kościołem katolickim, a także sami hierarchowie kościelni.

### 3. Zakończenie

Bez względu na to, jakie motywy będziemy przypisywać poszczególnym sędziom dokonującym interpretacji art. 18, powyższa analiza orzecznictwa sądowego zdaje się wskazywać, że dominujące w praktyce stosowania prawa odczytania tego artykułu prowadzą do reprodukcji nierównego traktowania osób homoseksualnych. Odczytania te pozostają również w zgodzie z celem historycznych twórców art. 18, motywowanych religijnym światopoglądem. Co więcej, dane empiryczne wskazują na to, że światopogląd twórców tego przepisu najprawdopodobniej jest reprezentatywny dla znamienitej części polskiego społeczeństwa. Moim celem nie jest podważanie ani jednego, ani drugiego. Problem polega jednak na tym, że o ile wpływ światopoglądu katolickiego na interpretację art. 18 jest artykułowany w doktrynie, o tyle nie znajduje on żadnego odzwierciedlenia w dyskursie sądowym. Tworzy się pewną fikcję, jakoby ograniczenie praw osób homoseksualnych miało wynikać z samej warstwy językowej art. 18, podobnie jak jeszcze do niedawna z tego przepisu miał wynikać zakaz uznawania pożycia osób tej samej płci za równe w skutkach prawnych pożyciu osób różnej płci. Osiąga się to za pomocą zabiegów, które prowadzą do rozciągania skutków prawnych przepisu art. 18 na stany dyspozycją tego przepisu nieobjęte. Zabiegi te obejmują: 1) domniemanie istnienia zakazów; 2) błędne przyjęcie, że art. 18 zawiera wyrażenie definicyjne; 3) arbitralne nadawanie temu przepisowi charakteru normy programowej bądź zasady prawa.

Pozostaje pytanie, czy zdemaskowanie założeń aksjologicznych stojących za odczytaniem analizowanego przepisu cokolwiek by zmieniło. Na to pytanie według mnie należy odpowiedzieć twierdząco. Odstąpienie od wyników wykładni językowej (co w przytoczonych orzeczeniach nagminnie miało miejsce) na rzecz wykładni celowościowej zawsze wymaga szczegółowego wyjaśnienia. Sąd, chcąc na podstawie art. 18 ograniczać prawa osób homoseksualnych, musiałby zarysować aksjologiczne tło podejmowanego wyboru – nazwać wartości, którym daje pierwszeństwo. Otwarte wskazanie na wartości, którymi kieruje się sąd, z jednej strony pełniłoby funkcję wychowawczą

<sup>76</sup> Zob. np. Dokument Kongregacji Nauki Wiary Kościoła Katolickiego z 2003 r. *Uwagi dotyczące projektów legalizacji związków między osobami homoseksualnymi* konstruujący zalecenia Kościoła związane z instytucjonalizacją związków partnerskich. Zwraca się w nim uwagę m.in. na prawnonaturalną proveniencję małżeństw oraz na fakt, że związki homoseksualne, jako niewnoszące pozytywnego wkładu w rozwój społeczeństwa, nie zasługują na aprobacie.

<sup>77</sup> Zob. *Stosunek do praw gejów i lesbijek oraz związków partnerskich*, Centrum Badań Opinii Społecznej, Warszawa 2013, [http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K\\_024\\_13.PDF](http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_024_13.PDF), dostęp: 6.04.2017 r. Co wymowne, pomimo tego, że większość Polaków deklaruje tolerancję dla homoseksualistów (69%), to „niemal dwie trzecie badanych (63%) uważa, że nie powinny one mieć prawa do publicznego pokazywania swojego sposobu życia, ponad dwie trzecie (68%) nie aprobuje legalizacji małżeństw homoseksualnych, a blisko dziewięć na dziesięć (87%) nie zgadza się na możliwość adopcji przez nie dzieci” (s. 4).

dla demokratyzującego się społeczeństwa: stałoby się bowiem jasne, że rozumowania prawnicze nie są neutralne i uniwersalne, a związane z nieuchronną koniecznością opowiedzenia się za preferowanymi wartościami. Z drugiej strony takie uczciwe postawienie sprawy byłoby niejako ponownym „rozdaniem kart”. Z perspektywy zwolenników instytucjonalizacji nieheteronormatywnych form pożycia można byłoby bowiem podawać w wątpliwość, czy odejście od wyników wykładni językowej w danym stanie faktycznym było uzasadnione. Co więcej, ze względu na upływ czasu od uchwalenia Konstytucji można by kwestionować zasadność przyjęcia wykładni statycznej i opowiedzieć się za koniecznością przyjęcia modelu dynamicznego. Można by również wskazywać, że przyjęcie ekskluzywnej wykładni art. 18 staje się coraz bardziej wątpliwe ze względu na pozostawanie przez Polskę stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka<sup>78</sup>. Wreszcie można by dowodzić, że takie ekskluzywne i kategoryczne odczytanie przepisu art. 18 opiera się na błędnym przekonaniu, że Konstytucja bazuje wyłącznie na wartościach chrześcijańskich. Choć bowiem nie można kwestionować silnych związków polskiego społeczeństwa i ram ustrojowych z nauczaniem Kościoła katolickiego, jest to tylko jedna, nawet jeżeli kluczowa z inspiracji, a nie jedyna, wyłączna składowa akceptowalnej aksjologii<sup>79</sup>. Można by podnosić, że Polska ustawa zasadnicza powołała do życia państwo oparte na oświeceniowych wartościach państwa świeckiego i demokratycznego państwa prawnego, określanego w naukach politycznych mianem „demokracji liberalnej”. Demokracja taka cechuje się poszanowaniem dla prawa, wolnymi i uczciwymi wyborami oraz pluralizmem politycznym, bazującym na jednostkowych prawach i wolnościach przysługujących obywatelom. Stąd można by dojść do konkluzji, że w demokratycznym państwie prawa (art. 2 Konstytucji RP), w którym władze publiczne są obowiązane do zachowania bezstronności w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych (art. 25 ust. 2), w którym zapewnia się prawa i wolności obywatela (art. 5), gdzie wszyscy są równi (art. 32 ust. 1) oraz mają prawo do prywatności i życia rodzinnego (art. 47), a dyskryminacja z jakiegokolwiek przyczyny jest zabroniona (art. 32 ust. 2), tak arbitralne ograniczanie praw osób homoseksualnych w imię pobudek religijnych nie znajduje uzasadnienia w materii ustrojowej<sup>80</sup>.

Nie ma zatem wątpliwości, że przyznanie przez sądy, iż to preferencja dla określonej wizji świata determinuje takie a nie inne odczytanie art. 18, zmieniłoby zasadniczo charakter dyskusji dotyczącej sytuacji prawnej osób homoseksualnych i być może w tym nowym kształcie debata doprowadziłaby do rychłego roztoczenia opieki ustawodawcy na związki homoseksualne. W każdym natomiast wypadku uświadomienie sobie konfliktu wartości i jego wyartykułowanie czyniłoby zadość wymogom demokracji deliberatywnej, czerpiącej z teorii komunikacyjnej Jürgena Habermasa, zachęcając przy tym członków społeczeństwa do włączania się w proces dyskursywnego negocjowania realiów społecznych.

<sup>78</sup> Zob. wyrok ETPCz z 22.07.2015 w sprawie Oliari i inni przeciwko Włochom (nr 18766/11 i 36030/11, LEX nr 1757403). Trybunał uznał, że jeżeli pary tej samej płci nie mogą zawrzeć małżeństwa, to zgodnie z dyspozycją art. 8 EKPCz istotne jest, by miały możliwość wstąpienia w sformalizowany związek partnerski.

<sup>79</sup> Dlatego nawet najbardziej konserwatywni przedstawiciele naszego społeczeństwa nie negują instytucji rozrodu, większość społeczeństwa nie kontestuje zaś kompromisu aborcyjnego.

<sup>80</sup> Argumentację tę wzmacnia fakt, że podobne brzmienie analogicznego przepisu w konstytucjach innych państw o tradycjach katolickich nie stało na przeszkodzie instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci (Hiszpania, Niemcy, Węgry).

## Summary

Wojciech Zomerski

Critical analysis of a judicial discourse on the legal situation of homosexuals in the light of Article 18 of the Constitution of the Republic of Poland

In this paper, I make an attempt to conduct a critical analysis of judicial discourse devoted to the situation of homosexual persons in the light of Article 18 of the Constitution of the Republic of Poland. In order to show how unequal treatment of homosexuals is being reproduced, I analyze selected rulings of the Polish Constitutional Tribunal, Supreme Court and administrative courts. On the methodological level I refer to the Critical Discourse Analysis. In the result, the analysis of chosen rulings is conducted in the attempt to spot linguistic maneuvers leading to the reproduction of unequal treatment of homosexuals. Thus, in the course of this analysis I apply such notions as interpellation (Althusser), ideology (Žižek), doxa and habitus (Bourdieu). On the whole, I argue that the flawed interpretation of Article 18 is the result of referring to established judicial standpoint, illegitimate departures from linguistic interpretation, or many kinds of concealment and counterfactual premises. The origins of doxa that is the basis of such practice, might be seen in the Catholic doctrine which is based on the assumption of unnatural character of homosexuality and subordination of human sexuality to aims of procreation. In the end, I come to the conclusion that unmasking of axiological presuppositions underlying interpretation of the analyzed provision would fundamentally change the character of discussion devoted to the legal situation of homosexuals, satisfying Habermasian standards of deliberative democracy, and it might eventually lead to recognition of one-sex relations by legislator.

**Keywords:** homosexuality, article 18 of the Constitution, Critical Discourse Analysis, discrimination, ideology, doxa, interpellation

## BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Althusser, L. (2006). *Ideologie i aparaty ideologiczne państwa*. Warszawa: Studenckie Koło Filozofii Marksistowskiej.
- Banaszkiewicz, B. (2013). „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 3, 591–656.
- Bodnar, A. (2009). Osoby homoseksualne a wybrane zagadnienia prawa administracyjnego i praktyki administracyjnej. In M. Wyrzykowski, R. Wieruszewski (Eds.), *Tożsamość seksualna i płciowa. Aspekty prawne i społeczne* (pp. 83–101). Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo.
- Boswell, J. (2006). *Chrześcijaństwo, tolerancja społeczna i homoseksualność: geje i lesbijki w Europie Zachodniej od początku ery chrześcijańskiej do XIV wieku*. Kraków: Zakład Wydawniczy Nomos.
- Burzyk, M. (2011). Przemyśleć prawo. Foucault, Derrida, Agamben. In B. Banasiak et al. (Eds.), *Foucault, Deleuze, Derrida* (pp. 354–387). Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Complak, K. (2014). In M. Haczkowska (Ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (pp. 11–47). Warszawa: LexisNexis Polska.
- Dębska, H. (2014). Iluzje prawniczego Rozumu. O społecznych warunkach praktyk (bez)refleksyjnych. *Studia Prawno-Ekonomiczne* 92, 11–23.
- Dębska, H. (2015). *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- van Dijk, T.A. (2015). Critical Discourse Analysis. In D. Tannen, H. Hamilton, D. Schiffrin (Eds.), *Handbook of Discourse Analysis, t. 1* (pp. 352–371). Chichester: Wiley-Blackwell.
- van Dijk, T.A. (1993). Principles of Critical Discourse Analysis. *Discourse & Society* 2, 249–283.
- Fijałkowski, P. (2007). *Seksualność, psyche, kultura. Homoerotyzm w świecie starożytnym*. Warszawa: Eneteia – Wydawnictwo Psychologii i Kultury.
- Ford, C.S., Beach, F.A. (1951). *Patterns of Sexual Behavior*. New York: Harper & Row.
- Foucault, M. (2010). *Historia seksualności*. Gdańsk: słowo/obraz terytoria.
- Garlicki, L. (2016). In L. Garlicki, M. Zubik (Eds.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. 1*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Gierak-Onoszko, J. (2015). Polska cię nie chce, dziecko. *Polityka* 42, 36–38.
- Lang, W., Wróblewski, J., Zawadzki, S. (1979). *Teoria państwa i prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Lew-Starowicz, Z., Lew-Starowicz, M. (1999). *Homoseksualizm*. Warszawa: Wydawnictwo Lekarskie PZWL.
- Łętowska, E., Woleński, J. (2013). Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r. *Państwo i Prawo* 6, 15–40.
- Mańko, R. (2016). Ideology and Legal Interpretation: Some Theoretical Considerations. In K. Torgāns et al. (Eds.), *Constitutional Values in Contemporary Legal Space, vol. I* (pp. 117–126). Riga: University of Latvia Press.

- Mańko, R. (2014). Koncepcja interpelacji ideologicznej a krytyczny dyskurs o prawie. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1, 41–54.
- Mączyński, A. (2013). Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 83–101). Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”.
- Mostowik, P. (2013). Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego” obowiązku instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny. In M. Andrzejewski (Ed.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych* (pp. 209–242). Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”.
- Płoszka, A. (2012). „Życie rodzinne” w prawie polskim. Czym jest, a czym nie jest? *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 1–2, 129–143.
- Płatek, M. (2009). Sytuacja osób homoseksualnych w prawie karnym. In M. Wyrzykowski, R. Wieruszewski (Eds.), *Tożsamość seksualna i płciowa. Aspekty prawne i społeczne* (pp. 49–81). Warszawa: Instytut Wydawniczy EuroPrawo.
- Skrzydło, W. (2013). *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Sulikowski, A. (2014). Perspektywy zastosowań metod Krytycznej Analizy Dyskursu w badaniach nad prawem. Kilka uwag. *Wrocławskie Studia Erazmiańskie* 8, 99–112.
- Tomasik, K. (2012). *Gejereł. Mniejszości seksualne w PRL-u*. Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej.
- Wyrzykowski, M. (2012). Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP. In T. Giaro (Ed.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie* (pp. 215–237). Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.
- Žižek, S. (2001). *Wzniosły obiekt ideologii*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.