

Bartosz Wojciechowski¹

Uniwersytet Łódzki

Refleksje na temat dynamiczności i deliberatywności wykładni trudnych przypadków na przykładzie spraw dotyczących osób LGBTQ+²

1. Wprowadzenie

Rozważania na tytułowy temat chciałbym rozpocząć od zastrzeżenia, że wraz z nastaniem społeczeństwa nowoczesnego granice życia społecznego uległy w istocie poszerzeniu. Niewątpliwie sugestia ta wpływa na sposób wykładni prawa w sprawach, w których konieczne jest odejście od tradycyjnego, a nawet nowoczesnego spojrzenia na rozumienie procesów społecznych i związanych z nimi instytucji prawnych (takich jak rodzina, małżeństwo, płć), a następnie przejście do refleksyjnej nowoczesności, która będzie uwzględniać konieczność deliberatywnego myślenia i rozstrzygania sporów społecznych, w tym prawnych. Deliberatywność oznacza tu konieczność wnikliwego namysłu, rozważania, roztrząsania czy wręcz debatowania nad rozumieniem danego pojęcia czy zwrotu prawnego, określonej instytucji prawnej, a w konsekwencji – podjęcia wyrafinowanej i wielopłaszczyznowej decyzji stosowania prawa. W tym kontekście znaczenie deliberatywnego stosowania prawa zbliża się do jego klasycznych, antycznych korzeni, a więc *dia-logosu* rozgrywanego się na ateńskiej agorze³. Spojrzenie takie wymaga pogłębionego przeformułowania zastanych i niekiedy skostniałych znaczeń. Nie jest to możliwe bez uwzględnienia zmieniających się kontekstów społecznych, kulturowych biorących pod uwagę aspekty różnorodnych pluralizmów i multikulturalizmu⁴. Oczywiście jest tu wrażliwość, w jakiej nie można zasłaniać się pozytywistyczną wizją prawa, a wręcz przeciwnie – wymóg związku prawa i moralności staje się czymś więcej niż związkiem koniecznym, niezbędnym.

¹ Numer ORCID: 0000-0002-4271-7056. Adres e-mail: bwojciechowski@wpia.uni.lodz.pl

² Artykuł powstał jako rezultat projektu badawczego nr 2017/27/L/H5/03245 „Constitutional Consciousness as a Remedy for the Crisis of Discourse and Democracy Deficit in the European Union” finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (dec. nr DEC-2017/27/L/H5/03245).

³ Por. P.W. Juchacz, *Deliberatywna filozofia publiczna. Analiza instytucji wysłuchania publicznego w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej z perspektywy systemowego podejścia do demokracji deliberatywnej*, Poznań 2015, s. 101 i n.

⁴ Szerzej na ten temat zob. B. Wojciechowski, *Wybór stylu życia a świadomość praw podstawowych*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022/2, s. 97–108.

2. Nowoczesny kryzys tożsamości

Klasyczne pojęcie tożsamości rozważa się w kontekście dwóch odmiennych i jednocześnie najistotniejszych dla człowieka relacjach: stosunku do samego siebie oraz stosunku do innych ludzi. Problematyka tożsamości stała się pośrednio przedmiotem licznych orzeczeń Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: „NSA”) w ramach rozstrzygnięcia spraw dotyczących praw osób LGBTQ+. Niejako tytułem wstępu należy zastrzec, że orzecznictwo to dotyka tradycyjnych już problemów związanych z przeciwstawianiem wolności jednostki rozumianej jako wybór możliwości w zakresie stylu życia, jakie stoją przed każdym podmiotem wobec dóbr wspólnych (takich jak tradycyjna rodzina), a więc sytuacji, gdy jednostka może dokonać wyboru sposobu życia wyłącznie w ramach wspólnoty, której jest członkiem, czyli przez pryzmat wartości narzuconych jej przez własne społeczeństwo. Wskazuję na to, ponieważ określone orzeczenia dotyczące tożsamości jednostki mogą pogłębiać lub niwelować poczucie własnej wartości jednostki, wywoływać kryzys tożsamości danego podmiotu czy nawet całej grupy społecznej, wyrzucając ją poza nawias normalnych relacji prawnych (np. uniemożliwiając dostęp do podstawowych dóbr chronionych prawem).

W literaturze postmodernistycznej bardzo często wskazuje się na kryzys tożsamości będący efektem złożonych przemian społecznych i kulturowych⁵. Nowoczesność zubożyła znaczenie wspólnoty, która stanowiła grupę odniesienia dostarczając jednostce stabilnych ram działania i poczucia przynależności. Na tym tle powstało kontrowersyjne stanowisko, zgodnie z którym utracono możliwość formowania się tożsamości grupowej. Reprezentowany jest też pogląd dalej idący, a mianowicie mówiący o izolacji i wyłączeniu jednostki poza nawias wspólnotowego życia⁶. Zjawisko to dotyczyło i dotyczy nie tylko jednostek outsiderskich, które niejako z założenia były wyalienowane, ale także tych, które z pewnych względów nie mieszczą się w szeroko rozumianej definicji „normalności”. Niestety, do tej grupy można zaliczyć także osoby LGBTQ+, które mają utrudnioną możliwość korzystania z pewnych podstawowych praw i są narażone na dyskryminację.

Jako uzasadnienie ograniczenia pewnych praw grup mniejszościowych formułuje się argumenty, że godzą one w tradycyjne wartości wspólnotowe i stanowią nadmierną emanację praw jednostki kosztem praw wspólnoty. Nie wydaje się to prawidłowa diagnoza, ponieważ pomimo nowoczesnego czy postnowoczesnego zafascynowania się wizją atomistycznej jednostki, jej siłą sprawczą i niepowtarzalnym pięknem, to jednak pozostały ostoje wspólnotowości w takich instytucjach jak: rodzina, małżeństwo, wspólnota religijna, sąsiedztwo czy warstwa społeczna pełniąc integrujące funkcje społeczne. Ich rola przejawiała się przede wszystkim w tym, że dostarczały jednostce niezbędnego poczucia bezpieczeństwa i stabilizacji pomimo wciąż dokonujących się przemian. Z punktu widzenia nakazu równego traktowania i zakazu dyskryminacji, teza o zagrożeniu dóbr wspólnych poprzez nadmierną ochronę praw jednostki nie jest uzasadniona i wydaje się polowaniem na czarownice. Współcześnie ochrona prawna musi zakładać pluralizm wartości i wielości stylów życia, stanowiąc kompromis pomiędzy określonymi interesami⁷.

⁵ S. Hall, *Introduction: Who needs 'Identity'*, w: S. Hall, P. du Gay (red.), *Questions of Cultural Identity*, Londyn 1996, s. 1.

⁶ D. Fuss, *Identification Papers: Readings on Psychoanalysis, Sexuality, and Culture*, Nowy Jork–Londyn 1995, s. 10 i n.

⁷ B. Wojciechowski, *Wybór...*, s. 102 i n.

Refleksyjny etap modernizacji wykazał, że wspólnota czy autentyczne więzi społeczne nie zanikają, ale przybierają formę trudnych, konfliktowych współistnień jednostki, wspólnoty i społeczeństwa. Pojawia się tu napięcie między sprzecznymi impulsami płynącymi ze społecznej tożsamości i sfery cech unikalnych składających się na wyjątkową i niepowtarzalną osobowość jednostki. Rodzi się sprzeczność między definicją nas samych, której dostarcza nam otoczenie a dążeniem do poznania własnej natury, czy też między przynależnością do grupy społecznej a potrzebą niezależności i samorealizacji.

W wyniku tego tożsamość staje się płynna, fragmentaryczna i zdekomponowana stanowiąc rodzaj synkretycznego zbioru rozmaitych elementów. I dalej tożsamość wydaje się być negocjowana, kontekstualna i rozproszona⁸. W efekcie mamy do czynienia z kryzysem tożsamości poprzedzonym kryzysem podmiotu, co łączy się z utratą własnej tożsamości w warunkach zmieniającej się rzeczywistości społecznej, niemożnością odnalezienia własnego stylu funkcjonowania we wspólnocie, zakłóconą bądź zmniejszoną identyfikacją z wartościami wspólnoty, z której podmiot się wywodzi, niespójnością realistycznego obrazu siebie. Stanowi to wynik atomizacji życia, co według niektórych autorów oznacza, że jedyny podmiot, z jakim możemy mieć do czynienia jest zdecentralizowany, niespójny i incydentalny, a jego oparta na różnicy tożsamość to rezultat partykularnych, relatywizujących, przypadkowych dyskursów, procesów sygnifikacji i relacji społecznych⁹.

W filozofii postmodernistycznej podkreśla się, że tożsamość w większym stopniu stanowi efekt konstruowania czy artykułowania jej za pośrednictwem różnicy i wykluczenia, aniżeli przejaw identityczności, kontynuacji, powtarzalności czy naturalnie ustanowionej jedności¹⁰. Anthony Giddens akcentuje dodatkowo woluntarystyczny i podmiotowy wymiar ludzkiego działania, które w tym ujęciu samodzielnie tworzy strukturalne ramy w jakich przebiega. Zakłada on, że człowieka charakteryzuje znaczny zakres autonomii i refleksyjnej samoświadomości¹¹. Innymi słowy, tożsamość stanowi bardziej przyjmowany aniżeli przejmowany twór kulturowy. To bardzo ważne spostrzeżenie, jeśli chcemy zmniejszać poczucie wyobcowania czy kryzys tożsamości wśród osób, które odkrywają swoją odmienną od heteroseksualnej preferencję seksualną czy nie mieszczą się w wyznaczonej im przez tradycyjne normy społeczne roli płciowej. Jednocześnie nie chcą przyjmować względem społeczeństwa narcystycznej postawy, lecz pragną uczestniczyć we wspólnocie wartości wyrażanych za pomocą zasady demokratycznego państwa prawnego¹².

Omówienie problematyki związanej z poszukiwaniem własnej tożsamości, kryzysem tożsamości jest szczególnie doniosłe w odniesieniu do członków grup mniejszościowych (m.in. seksualnych, wyznaniowych czy etnicznych). Dlatego też w przypadku reprezentantów tych grup stosowanie prawa powinno być szczególnie responsywne, a więc uwzględniające skomplikowanie ich sytuacji życiowej, pluralizm wartości czy stylów życia. Nie jest to łatwe do osiągnięcia i wymaga głębokiego namysłu, choćby w świetle rozumienia zasady demokratycznego państwa prawnego, niedyskryminacji

⁸ M. Foucault, *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*, Gdańsk 2006, s. 296.

⁹ D. Fuss, *Identification Papers...*, s. 11.

¹⁰ J. Butler, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of Sex*, Londyn 1993, s. 22; S. Hall, *Introduction...*, s. 16.

¹¹ A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość. Ja i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2001, s. 197 i n.

¹² Por. A. Honneth, *The I in We: Studies in the Theory of Recognition*, Cambridge 2012, s. 201 i n.; G. Palombella, *The rule of law beyond the state: Failures, promises, and theory*, „I*CON” 2009/3, s. 442–467.

i ważenia kolidujących ze sobą dóbr, wartości, interesów czy celów, czego wyrazem jest przedstawione poniżej orzecznictwo sądów administracyjnych.

Dopiero stosowanie prawa spełniające te warunki może służyć wzmocnieniu solidarności grupowej, która „winna się rozwijać przez szeroki wachlarz autonomicznych sfer publicznych i instytucjonalizowaną w praworządnym państwie procedurę demokratycznego kształtowania opinii i woli”¹³.

3. Orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach osób LGBT

Na tym tle warto zwrócić uwagę na kategorie spraw, które dotyczą właśnie problemów tożsamości i identyfikacji, a były rozpatrywane przed Naczelnym Sądem Administracyjnym. Chodzi o sprawy dotyczące obywatelstwa i transkrypcji aktów urodzenia dzieci urodzonych i wychowywanych przez rodziców jedнопłciowych, w których co najmniej jedno z rodziców posiada obywatelstwo polskie, lecz ich zawarty za granicą związek nie wywołuje w Polsce skutków prawnych oraz powiązane tematycznie sprawy o odmowie wpisania do rejestru stanu cywilnego aktu małżeństwa osób jednej płci. Przypadki w zakresie przeniesienia zagranicznego aktu urodzenia do polskiego rejestru stanu cywilnego oraz postępowanie w przedmiocie potwierdzenia obywatelstwa polskiego wobec dziecka urodzonego za granicą, którego co najmniej jeden z rodziców posiada polskie obywatelstwo stanowią sprawy funkcjonalnie ze sobą powiązane. Kolejny rodzaj spraw dotyczy problematyki podatkowoprawnej w związkach jedнопłciowych. W tych wyróżnionych przypadkach dochodzi do konfliktu lub konkurencji takich wartości jak konstytucyjnie chroniona różнопłciowość związków małżeńskich (art. 18 Konstytucji RP¹⁴), prawo każdego dziecka do obywatelstwa (art. 24 ust. 3 MPOiP¹⁵), nadrzędność interesu dziecka (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka¹⁶) czy równość wobec prawa i zakaz dyskryminacji (art. 32 Konstytucji RP) a bezwzględna wyłączność ustawy w sprawach wymienionych w art. 217 Konstytucji RP, a więc określenia elementów konstrukcyjnych podatków oraz innych danin publicznych, tj. podmiotu, przedmiotu i stawki oraz ulgi, umorzenia i podmiotów zwolnionych.

3.1. Transkrypcja aktów stanu cywilnego

Pierwszy z wyróżnionych problemów dotyczy odmowy dokonania transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci¹⁷. W ocenie sądów administracyjnych obu instancji oraz organów administracji rozpoznających niniejszą sprawę przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁸ precyzyjnie

¹³ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązkiwanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 317 i n.

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), dalej: „Konstytucja RP”.

¹⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

¹⁶ Konwencja o prawach dziecka uchwalona 20.11.1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

¹⁷ Zob. wyrok NSA z 17.12.2014 r. (II OSK 1298/13), publ. CBOSA. W sprawie *A.D.-K. i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 30806/15) toczy się postępowanie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (dalej: „ETPC” lub „Trybunał”) oparte na zarzucie naruszenia art. 8 i 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. Polska ratyfikowała ją w 1993 r., na jej straży stoi ETPC [Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.], dalej: „EKPC”).

¹⁸ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 1359), dalej: „k.r.o.”.

regulują kwestie związane z pochodzeniem dziecka, tj. określają, że matką jest kobieta, która je urodziła, zaś przepisy dotyczące ojcostwa, niezależnie od sposobu jego ustalenia, w każdym przypadku wymieniają mężczyznę. Ponadto art. 18 Konstytucji RP jednoznacznie rozstrzyga, że tylko związek kobiety i mężczyzny jest prawnie uznawany przez państwo i tylko taki związek korzysta z ochrony i opieki Rzeczypospolitej Polskiej. Na tych podstawach uznano, że dokonanie transkrypcji przedmiotowego aktu urodzenia do polskich ksiąg stanu cywilnego pozostawałoby w sprzeczności z porządkiem prawnym obowiązującym w RP.

Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że odmowa transkrypcji nie pozostaje w sprzeczności z regulacjami prawa międzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej. Nawiązano w szczególności do stanowiska wyrażonego w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 15.03.2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*¹⁹ dotyczącego odmowy orzeczenia adopcji prostej dziecka biologicznego jednej z partnerek pozostających w zarejestrowanym związku partnerskim. W wyroku tym Trybunał stwierdził, że kwestia naruszenia art. 14 EKPC pojawia się wówczas, gdy zachodzi różnica w traktowaniu osób znajdujących się w porównywalnych położeniach. Różnica taka jest dyskryminująca, gdy nie ma obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia. Trybunał w Strasburgu zaznaczył jednak, że układające się państwa cieszą się określonym marginesem uznania przy rozstrzyganiu, czy i w jakim zakresie różnice w położeniach, pod innymi względami analogicznych, uzasadniają różne traktowanie włącznie z różnicami w traktowaniu w świetle prawa. Trybunał nie uznał w końcu, aby miało miejsce naruszenie art. 14 w zw. z art. 8 EKPC.

Za błędny i niemający uzasadnienia w stanie faktycznym Naczelny Sąd Administracyjny uznał również zarzut kasacyjny naruszenia art. 7 i art. 21 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej²⁰. W ocenie NSA oddalenie przez wojewódzki sąd administracyjny skargi na decyzję o odmowie wpisania do księgi urodzeń aktu urodzenia dziecka skarżących pozostających w związku partnerskim nie narusza w żaden sposób prawa do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego. Za bezsporne NSA uznał, że przedmiotem postępowania w sprawie nie było ani życie rodzinne skarżących, ani ich życie prywatne, ale kwestie dotyczące warunków formalnych wymaganych dla dokonania danego wpisu do księgi urodzeń. Jak zwrócił uwagę NSA ani decyzja odmowna, ani zaskarżony wyrok sądu pierwszej instancji w motywach podjętych rozstrzygnięć nie kwestionowały i nie naruszyły obu wyżej wymienionych praw, natomiast wskazywały na brak podstaw prawnych w zakresie prawa krajowego umożliwiających dokonanie wpisu zgodnie z wnioskiem. Według NSA ze stanu faktycznego sprawy nie sposób było wywieść, że odmowa wpisu do księgi urodzeń aktu urodzenia dziecka spowodowana była dyskryminacją, w szczególności ze względu na płeć lub przekonania, wszelkie inne poglądy lub orientację seksualną bądź ze względu na inne okoliczności wymienione w art. 21 ust. 1 KPP. Przyczyną wyłączną odmowy dokonania wpisu był fakt, że wpis zgodny z wnioskiem byłby sprzeczny z obowiązującym na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej prawem. W sprawie nie było ponadto prawnej możliwości wpisania w akcie urodzenia, obok matki dziecka, osoby płci żeńskiej zamiast (lub w miejsce) ojca dziecka.

To zagadnienie prawne uznano za na tyle istotne, że stało się ono przedmiotem rozstrzygnięcia przez skład poszerzony NSA. I tak w uchwale z 2.12.2019 r.²¹ skład siedmiu sędziów NSA orzekł, że:

¹⁹ Skarga nr 25951/07, publ. HUDOC.

²⁰ Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 389, dalej: „KPP” lub „Karta”.

²¹ II OPS 1/19, publ. CBOSA.

Przepis art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2014 r. poz. 1741, ze zm.) w związku z art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 2015 r. poz. 1792) nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci.

Rozpoznawana przez NSA sprawa dotyczyła transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, w którym jako rodziców wskazano osoby tej samej płci, a nie dwupłciowych rodziców pozostających w związku małżeńskim. Sąd podkreślił, że w rozpoznawanej sprawie nie powstały wątpliwości co do nabycia obywatelstwa polskiego przez dziecko skarżącej lub praw rodzicielskich przez matkę dziecka. Stwierdził, że to nie sama odmowa transkrypcji aktu urodzenia dziecka może powodować odpowiedzialność państwa za naruszenie EKPC, ale jej skutki i brak ochrony przed negatywnymi konsekwencjami braku transkrypcji. Skutki te będą jednak podlegać ocenie w odrębnych indywidualnych postępowaniach, np. w związku z ewentualną odmową wydania dowodu tożsamości. Z tego też względu podnoszone przez skarżącą argumenty o nieuwzględnieniu interesów dziecka i naruszeniu ochrony praw dziecka wynikających z Konwencji o prawach dziecka, a także z postanowień Konstytucji RP powinny być brane pod uwagę w razie odmowy transkrypcji w tych właśnie postępowaniach. Odmowa dokonania transkrypcji z powodu naruszenia zasad polskiego porządku prawnego nie jest równoznaczna z naruszeniem konstytucyjnego i międzynarodowego obowiązku władz publicznych do uwzględnienia najlepszego interesu dziecka, gdyż zagraniczny akt urodzenia, nawet bez jego transkrypcji, jest wyłącznym dowodem zdarzeń w nim stwierdzonych i dziecko skarżącej może powołać się na taki akt w postępowaniach administracyjnych i sądowych, które dotyczą jego praw.

Warto zwrócić uwagę, że sądy w przytoczonych sprawach konsekwentnie unikały rozważań kulturowych czy światopoglądowych zasłaniając się kwestiami formalnymi. Ta uwaga jest o tyle istotna, że podstawę rozstrzygnięć stanowiły przepisy ustawowe, konstytucyjne, międzynarodowe i unijne, a więc wydawać by się mogło, że taka szersza, aksjologiczna argumentacja nasuwa się sama. Tymczasem rozważania sądu, pomimo to, że dotyczą dobra dziecka i jego ochrony czy klauzuli porządku publicznego są prowadzone w bardzo pozytywistyczny sposób. Brak jest tu wywodów, które moglibyśmy nazwać deliberatywnymi, a więc odnoszącymi się do aspektów prawnonaturalnych, pluralistycznego spojrzenia na analizowane przepisy prawne, godność człowieka, dyskryminacyjny charakter stosowanych przepisów, co z pewnością zmieniłoby znaczenie rekonstruowanej normy prawnej.

Innym przykładem jest wyrok NSA z 10.10.2018 r.²², w którym zaskarżony wyrok sądu I instancji oraz poprzedzająca go decyzja organu administracyjnego zostały uchylone. W tym przypadku bezpośrednią przyczyną odmowy transkrypcji sporządzonego w Wielkiej Brytanii aktu urodzenia przez polskie organy administracyjne był fakt, że w jego treści zarówno w rubryce „matka”, jak i w rubryce aktu opisanej jako „rodzic” wpisane zostały dwie kobiety.

Skład orzekający, nie kwestionując zasadności zastosowania klauzuli porządku publicznego w ogólności, wskazał, że:

pojęcie porządku publicznego jako uzasadnienie odstępowania od podstawowego działania polegającego na dokonaniu transkrypcji powinno być interpretowane w sposób wąski,

²² II OSK 2552/16, publ. CBOSA.

odnoszący się szczegółowo do realiów rozpatrywanej sprawy oraz wnikliwie oceniający realne i poważne zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa w konkretnym przypadku.

Powołał się przy tym na utrwalone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: „TSUE”)²³.

Jednym z bardziej doniosłych argumentów, które wpłynęły na uwzględnienie skargi kasacyjnej była nowelizacja i wynikające z niej aktualne uregulowania ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego (nowa ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego weszła w życie z dniem 1.01.2015 r.²⁴). Jak zauważył NSA, w znowelizowanej ustawie „ustawodawca celowo i świadomie wprowadził instytucję transkrypcji obligatoryjnej, aby uniemożliwić sytuacje, w których obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej nie zostaną wydane dokumenty poświadczające tożsamość”, co może „prowadzić do uniemożliwienia realizacji praw związanych z posiadaniem obywatelstwa polskiego nabytego, jak w rozpoznawanej sprawie, z mocy prawa przez małoletniego (np. braku dostępu do systemu ochrony zdrowia, oświaty itp.)”. Tak więc i tu zadecydowały ostatecznie względy formalne.

Z kolei NSA w wyroku z 25.02.2020 r.²⁵ odnosi się w swojej argumentacji o odmowie wpisania do polskiego rejestru stanu cywilnego aktu małżeństwa osób jednej płci²⁶ do prawa unijnego, uznając za nieuzasadnione zarzuty kasacyjne dokonania przez Wojewódzki Sąd Administracyjny (dalej: „WSA”) w Warszawie niewłaściwego zastosowania art. 21 w zw. z art. 20 ust. 2 lit. a Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²⁷ poprzez jego niezastosowanie prowadzące do odmowy przyznania ochrony uprawnieniu skarżącego do dokonania transkrypcji aktu małżeństwa zawartego za granicą i wpisania do polskich ksiąg stanu cywilnego tego aktu małżeństwa, a tym samym do naruszenia uprawnienia skarżącego do wykonywania swobodnego przepływu osób, jako obywatela UE, poprzez zniechęcenie go do tego przez czynienie mu faktycznych przeszkód i uniemożliwianie wykonywania w Polsce praw nabytych za granicą. Zdaniem NSA zarzut niewłaściwego zastosowania art. 21 ust. 1 TFUE jest niezasadny, ponieważ przepis ten nie został niewłaściwie zastosowany przez sąd pierwszej instancji. Dodatkowo, jak zwrócił uwagę NSA, z art. 20 ust. 2 lit. a oraz art. 21 ust. 1 TFUE niewątpliwie wynika prawo do swobodnego przemieszczania się w ramach Unii Europejskiej i realizacja tego prawa nie jest uzależniona od posiadania transkrybowanego aktu małżeństwa, ale od posiadania dokumentu tożsamości, który potwierdza obywatelstwo jednego z państw członkowskich Unii (w szczególności paszporty lub dowody osobiste). Ponadto zgodnie z prawem unijnym oraz z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE został wyrażony pogląd, że brak w ustawodawstwie krajowym przepisów przewidujących możliwość zarejestrowania związku partnerskiego nie wyklucza obowiązku uznania określonych skutków zawarcia takiego związku w innym państwie, którego ustawodawstwo takie związki dopuszcza²⁸. Z orzecznictwa TSUE wynika także, że ustawodawstwo dotyczące

²³ Zob. wyroki TSUE: z 2.06.2016 r., C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, pkt 67, ECLI:EU:C:2016:401 oraz z 13.07.2017 r., C-193/16, *E przeciwko Subdelegación del Gobierno en Alava*, pkt 18, ECLI:EU:C:2017:542.

²⁴ Dz. U. z 2014 r. poz. 1741.

²⁵ II OSK 1059/18, publ. CBOSA.

²⁶ W sprawie została wniesiona skarga do ETPC (nr 53662/20) oparta na zarzucie naruszenia art. 8 oraz 14 EKPC w związku z brakiem w polskim systemie prawnym możliwości rejestracji małżeństwa jedнопłciowego zawartego przez skarżącego w Wielkiej Brytanii (zarzut dyskryminacji ze względu na orientację seksualną).

²⁷ Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47, dalej: „TFUE”.

²⁸ Zob. wyrok TSUE z 5.06.2018 r., C-673/16, *Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept przeciwko Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385.

stanu cywilnego mieści się w kompetencjach państw członkowskich i prawo UE nie narusza tych kompetencji²⁹. Trybunał w Luksemburgu stwierdził także, że rozstrzygnięcie kwestii związanych z przeniesieniem do krajowego rejestru stanu cywilnego danych wynikających z zagranicznego dokumentu urzędowego wymaga poszanowania słusznej równowagi sprzecznych interesów, tj. z jednej strony, ochrony uprawnień wynikających z prawa unijnego oraz, z drugiej – uzasadnionej ochrony jego tradycji przez państwo członkowskie³⁰.

Mając na względzie orzecznictwo TSUE, NSA zaznaczył, że Polska, przystępując do Unii Europejskiej, zachowała kompetencje do regulowania kwestii związanych z definiowaniem małżeństwa, ponieważ art. 90 ust. 1 Konstytucji RP nie pozwala na przekazanie wszystkich kompetencji organów Rzeczypospolitej Polskiej organom organizacji międzynarodowych (w tym organom UE), ale przekazaniu podlegają jedynie niektóre sprawy. Sąd ten zaznaczył, że sprawy dotyczące aktów stanu cywilnego lub definiowania małżeństw nie zostały przekazane organom Unii. Poza tym, na poziomie unijnym nie ma harmonizacji przepisów dotyczących stanu cywilnego co powoduje, że rozwiązania przyjęte w tym zakresie w poszczególnych państwach członkowskich UE różnią się zarówno co do treści, jak i formy oraz zakresu danych ujawnianych w krajowych rejestrach stanu cywilnego. Prawo unijne nie przewiduje bezwzględnego obowiązku przenoszenia do krajowego rejestru stanu cywilnego aktów stanu cywilnego sporządzonych w innych państwach Unii. Dlatego – zdaniem NSA – odmowa przeniesienia zagranicznego dokumentu do krajowego rejestru stanu cywilnego może być uzasadniona zastosowaniem krajowej klauzuli porządku publicznego.

Wyrażone w powyższym wyroku w sprawie o sygn. akt II OSK 1059/18 stanowisko NSA w przedmiocie (odmowy) transkrypcji sporządzonego za granicą aktu małżeństwa z uwagi na to, że w polskim porządku prawnym nie jest dopuszczalne uznanie za małżeństwo związku osób tej samej płci znajduje potwierdzenie zarówno w jego wcześniejszym³¹, jak i późniejszym³² orzecznictwie.

Nie są również przekonujące argumenty przytoczone w wyroku w sprawie II OSK 2608/19, uwzględniającym *mutatis mutandis* treść uchwały II OPS 1/19. W uzasadnieniu tego wyroku, niejako w nawiązaniu do uznanego za niezasadny zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 EKPC (rozważanego przez skład orzekający w powiązaniu z art. 12 i 14 EKPC), NSA zwrócił uwagę, że z orzecznictwa strasburskiego nie wynika obowiązek państw prawnego uznania zawartego za granicą małżeństwa jednopłciowego jako małżeństwa w rozumieniu przepisów krajowych. Jednocześnie NSA stwierdził:

[w] sprawie o tak istotnej randze społecznej, sąd administracyjny nie może dokonywać takiej wykładni przepisów prawa międzynarodowego, która stałaby w sprzeczności z polskim porządkiem prawnym w sytuacji, gdy z prawa międzynarodowego nie wynika obowiązek państwa do zapewnienia ram prawnych dla funkcjonowania związku osób jednej płci. (...) Zapewniając możliwość zawarcia związku małżeńskiego tylko osobom różnej płci, polski ustawodawca przewidział dalsze tego konsekwencje w ramach m.in. prawa rodzinnego (m.in. małżeńskie ustroje majątkowe – dział III k.r.o., opieka nad małoletnim – art. 146 k.r.o.) i spadkowego (dziedziczenie – art. 931 § 1 k.c.), rezerwując te instytucje tylko dla małżonków w rozumieniu art. 1 § 1 k.r.o. Wprowadzenie na podstawie decyzji administracyjnej do polskiego porządku prawnego transkrybowanego aktu małżeństwa osób tej samej płci mogłoby rodzić pytania

²⁹ Zob. np. wyroki TSUE: z 2.10.2003 r., C-148/02, *Garcia Avello*, pkt 25, ECLI:EU:C:2003:539; z 1.04.2008 r., C-267/06, *Maruko*, pkt 59, ECLI:EU:C:2008:179; z 14.10.2008 r., C-353/06, *Grunkin i Paul*, ECLI:EU:C:2008:559.

³⁰ Zob. wyrok TSUE z 12.05.2011 r., C-391/09, *Runevic-Vardyn i Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291.

³¹ Zob. wyrok NSA z 28.02.2018 r. (II OSK 1112/16), publ. CBOSA.

³² Zob. wyroki NSA: z 22.06.2021 r. (II OSK 2608/19) oraz z 6.07.2022 r. (II OSK 2376/19), publ. CBOSA.

o możliwość stosowania wymienionych instytucji prawa cywilnego w odniesieniu do tego związku. Jakkolwiek za dopuszczalną należy uznać tzw. prawotwórczą wykładnię prawa stosowaną przez sądy, to jednak w przypadku, gdy wykładnia twórcza przepisów prawnych nie znajduje legitymacji w akceptowanych dyrektywach wykładni, stanowi ona niedopuszczalną wykładnię *contra legem* (...). Sądowe akty prawotwórcze muszą mieć bowiem swoje źródła w systemie prawa. Aktywizm sędziowski w dziedzinie stanowiącej materię konstytucyjną (art. 18 Konstytucji RP), którą precyzyjnie regulują przepisy ustawy – art. 1 § 1 k.r.o., stanowiłby przejaw niedopuszczalnej wykładni *contra legem*. Takie działanie mogłoby narużyć konstytucyjną zasadę trójpodziału władzy (art. 10 Konstytucji RP) i stać w sprzeczności z zakresem właściwości sądów administracyjnych wyrażonej w art. 184 Konstytucji RP.

Podobnie w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt II OSK 2376/19 NSA, odwołując się do art. 1 § 1 k.r.o. w zw. z art. 18 Konstytucji RP Sąd ten przyznał, że skutki dokonania wnioskowanej transkrypcji aktu małżeństwa zawartego między osobami tej samej płci byłyby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego w zakresie prawa rodzinnego. Poza tym, tak jak w wyroku w sprawie o sygn. akt II OSK 1059/18, NSA podkreślił, że polski system prawny nie zna małżeństwa zawartego między dwoma mężczyznami, tym samym niedopuszczalne byłoby dokonanie transkrypcji aktu małżeństwa zawartego za granicą między dwoma mężczyznami jako małżeństwa w świetle polskiego prawa. Dlatego wpisanie aktu małżeństwa osób tej samej płci do polskiego rejestru stanu cywilnego byłoby nie do pogodzenia z art. 1 § 1 k.r.o., czyli zasadą, w myśl której małżeństwo zawierane jest między kobietą i mężczyzną. Co więcej, w ocenie NSA takie uregulowanie prawne nie stanowi naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 EKPC, z uwzględnieniem jej art. 12 i wynikającej z tego przepisu swobody poszczególnych państw-stron EKPC do unormowania prawa do zawarcia małżeństwa przez ustawy krajowe³³.

³³ W kontekście analizowanych spraw należy zwrócić uwagę na postanowienie TSUE z 24.06.2022 r. (C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, ECLI:EU:C:2022:502) wydane w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne WSA w Krakowie (postanowienie WSA w Krakowie z 9.12.2020 r. w sprawie III SA/Kr 1217/19, publ. CBOSA, w przedmiocie wykładni art. 21 ust. 1 w zw. z art. 20 ust. 2 lit. a TFUE w zw. z art. 7, art. 21 ust. 1 i art. 24 ust. 2 KPP w kontekście odmowy transkrypcji aktu urodzenia dziecka osób tej samej płci niezbędnej dla uzyskania dokumentu tożsamości państwa członkowskiego UE, którego obywatelstwo posiada z tego powodu, że prawo krajowe tego państwa nie przewiduje rodzicielstwa par jedнопłciowych). Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł: „Artykuły 20 i 21 TFUE odczytywane w związku z art. 7 i 24 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i z art. 4 ust. 3 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej 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 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli chodzi o małoletnie dziecko, będące obywatelem Unii, którego akt urodzenia wydany przez właściwe organy jednego z państw członkowskich wskazuje jako jego rodziców dwie osoby tej samej płci, państwo członkowskie, którego dziecko to jest obywatelem, jest zobowiązane, z jednej strony, do wydania temu dziecku dowodu tożsamości lub paszportu, nie wymagając uprzedniego przeniesienia w drodze transkrypcji aktu urodzenia tego dziecka do krajowego rejestru stanu cywilnego, a także, z drugiej strony, do uznania, podobnie jak każde inne państwo członkowskie, dokumentu pochodzącego od innego państwa członkowskiego, umożliwiającego wspomnianemu dziecku korzystanie bez przeszkód, wraz z każdą ze wspomnianych dwóch osób, z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich”. W sprawie znalazła zastosowanie zasada *acte éclairée*, gdyż odpowiedź na pytanie można było wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa TSUE – powoływany przez Trybunał w Luksemburgu wyrok TSUE z 14.12.2021 r. (C-490/20, *Stolichna obshina, rayon „Pancharovo”*, ECLI:EU:C:2021:1008 i przytoczone tam orzecznictwo). Z postanowienia TSUE wynika, że polskie organy mają obowiązek wydania małoletniemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu tożsamości potwierdzającego przynależność państwową niezależnie od przeniesienia w drodze transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia do polskiego rejestru stanu cywilnego w celu umożliwienia temu dziecku korzystania bez przeszkód, z każdym z dwojga rodziców, niezależnie od ich płci, z prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich zagwarantowanego w art. 21 ust. 1 TFUE. Nie oznacza to konieczności ogólnego dopuszczenia w prawie krajowym rodzicielstwa osób tej samej płci lub uznania więzi rodziców takich osób z dzieckiem w zakresie szerszym niż jest to konieczne dla zapewnienia praw tego dziecka wywodzących z prawa unijnego. Z orzeczenia luksemburskiego wynika więc, że odmowa transkrypcji aktu urodzenia do polskiego rejestru nie jest decyzją niezgodną z prawem UE, a brak transkrypcji nie może być podstawą odmowy wydania dokumentu tożsamości umożliwiającego małoletniemu obywatelowi przemieszczanie się i przebywanie z rodziną na terytorium państwa członkowskiego.

W mojej ocenie nie jest to stanowisko uzasadnione. Wręcz przeciwnie, sądowe stosowanie prawa powinno być wrażliwe na przejawy zaniedbań ze strony ustawodawcy krajowego. W konsekwencji, jeśli jest to możliwe np. przez ważenie zasad, wartości czy dóbr wynikających w szczególności z aktów prawa międzynarodowego czy ponadnarodowego, to wyrok powinien to uwzględniać. Nie będzie miało to charakteru prawotwórczego, lecz będzie rozwiązywać kolizję wartości, np. pomiędzy tradycyjnie rozumianą rodzinę i ochronę związków jednopłciowych w kontekście niedyskryminacji, równego traktowania czy prawa do godziwego życia. Nie przesądzam przy tym wyniku tego wyważania, ale wskazuję, że powinno ono mieć miejsce w procesie dochodzenia do finalnej decyzji. Wydaje się, że życzliwa, twórcza, a nie *stricte* formalno-dogmatyczna wykładnia interpretowanych przepisów, zwłaszcza dotyczących zakazu dyskryminacji może doprowadzić do wniosków korzystnych dla skarżących dochodzących swoich praw w omawianych kategoriach spraw.

W szczególności kontrowersyjny jest argument odnoszący się do zasady podziału władz. Warto zwrócić uwagę, że istnieje wiele różnych koncepcji podziału władzy. Wydaje się, że najbardziej rozpowszechniona w Polsce jest świadomość trójpodziału władzy Monteskiusza. Trzeba jednak pamiętać, że Monteskiusz wybrał się do Anglii gwoli zbadania ich ustroju zanim zaproponował swój własny podział władz. Ważnym punktem odniesienia był dlań John Locke, kontraktualista, który uważał, że jedną z racji na rzecz wyjścia ze stanu natury jest ustanowienie w stanie politycznym „sędziego”, który byłby zdolny rozstrzygać konflikty do jakich dochodzi między rozumnymi ludźmi, gdy jednak na własną rękę wykonują należne im upoważnienie do wykonywania (rozumowych) praw natury. Jednakże ów *sędzia* rozumiany był przez J. Locke’a jako władza polityczna, zaś „władza polityczna jest to *uprawnienie* do tworzenia praw”³⁴ i jako egzekutywa działająca w obszarze prawem określonym – a nie jako władza sądownicza. Stąd J. Locke zaproponował dwupodział władzy. Tymczasem Monteskiusz, sędzia, jako pierwszy zaproponował doktrynę triadycznego podziału władzy z uwzględnieniem sądownictwa. Jednakże, jak zwięźle podsumowuje Christoph Möllers, to „podejście może zostać zakwalifikowane jako «stare liberalne», ponieważ ma na celu ochronę indywidualnej wolności w tradycyjnym feudalnym kontekście”³⁵; ponadto zostaje ujęta w jego doktrynie trójpodziału władz deskryptywnie, a nie normatywnie, bo faktów od norm Monteskiusz raczej nie rozróżnia³⁶.

3.2. Transgraniczne problemy obywatelstwa

Druga z omawianych kategorii spraw jest jeszcze bardziej charakterystyczna, ponieważ dotyczy poświadczenia obywatelstwa dzieci, u których w zagranicznych aktach urodzenia są jako rodzice wpisane osoby tej samej płci³⁷. W sprawie tej odmówiono poświadczenia

³⁴ J. Locke, *Drugi traktat o rządzie*, Warszawa 1992, s. 164.

³⁵ Ch. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oksford 2015, s. 17.

³⁶ Ch. Möllers, *The Three Branches...*, s. 18.

³⁷ Wyroki NSA: z 6.05.2015 r. (II OSK 2372/13) oraz z 10.10.2018 r. (II OSK 2552/16), jak również postępowanie przed ETPC na tej kanwie w sprawie *S.-H. przeciwko Polsce*. W skardze do ETPC skarżący zarzucili, że odmowa potwierdzenia obywatelstwa polskiego naruszyła prawo dzieci do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC) oraz zakaz dyskryminacji poprzez dyskryminację ze względu na orientację seksualną (art. 14 EKPC). W wyroku ETPC z 16.11.2021 r. w sprawie *S.-H. przeciwko Polsce* (skargi połączone nr 56846/15 i 56849/15 do wspólnego rozpoznania, publ. HUDOC), Trybunał nie podzielił argumentacji skarżących. Jakkolwiek zauważył, że prawdą jest, iż decyzje polskich organów krajowych skutkowały odmową potwierdzenia obywatelstwa polskiego, nie oznaczało to jednak, że skarżący nie mogą korzystać z prawa do swobodnego przemieszczania się po Europie. Zdaniem ETPC skarżący

obywatelstwa polskiego na podstawie amerykańskiego aktu urodzenia, co oparto na argumencie, że akt ten nie rozstrzyga, kto jest rodzicem małoletniego M.S.-H. Małoletni M., razem ze swoim bliźniaczym bratem S., przyszedli na świat 26.09.2010 r. na terenie Stanów Zjednoczonych w rezultacie umowy o surogację (umowy o zastępcze macierzyństwo) i w wyniku użycia materiału genetycznego O.Z.S. W zagranicznym (amerykańskim) akcie urodzenia jako rodzice M. i S. występują O.Z.S. (posiadający polskie i izraelskie obywatelstwo) oraz D.H. (obywatel Izraela).

Zdaniem składu orzekającego decyzja o odmowie uznania skutków prawnych wynikających z zagranicznego aktu urodzenia i tym samym odmowie poświadczenia polskiego obywatelstwa znajdowała oparcie w prawie z uwagi na to, że prawo polskie przez pojęcie „rodzice” rozumie wyłącznie ojca i matkę, zatem osoby różnej płci, a „umowy o zastępcze macierzyństwo” nie są znane polskiemu porządkowi prawnemu i nie jest możliwe uznanie ich skutków. W świetle prawa polskiego matką jest kobieta, która urodziła dziecko, domniemywa się przy tym, że ojcem – czyli drugim rodzicem – jest jej mąż, jeśli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa. Nie ma przy tym znaczenia genetyczne pochodzenie dziecka. Matką biologiczną (choć nie genetyczną) dziecka jest w tym przypadku K.S.C. pozostająca w związku małżeńskim z D.T.C. Uznanie O.Z.S. za ojca dziecka (nawet jeśli jest on nim genetycznie) prowadziłoby do uznania, że drugim rodzicem – a zatem matką dziecka – jest D.H., który jest płci męskiej, co byłoby sprzeczne z polskim prawem.

Sąd odwołał się przy tym do klauzuli porządku publicznego jako mającej istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym, gdyż gwarantuje ona „ochronę krajowego porządku prawnego przed przypadkami jego naruszenia przez nadanie skuteczności (uznanie) orzeczeniu nieodpowiadającemu fundamentalnym zasadom porządku prawnego”, a skoro zagraniczny akt urodzenia skarżącego wskazuje jako rodziców skarżącego dwóch mężczyzn i uznaje tym samym umowę o macierzyństwo zastępcze, to „stoi on w sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”. Powyższe – zdaniem składu orzekającego – uniemożliwiło zatem przyznanie skutków prawnych zagranicznemu aktowi urodzenia skarżącego w sprawie o sygn. II OSK 2372/13.

Warto przypomnieć, że podobne zagadnienie było już przedmiotem rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w wyrokach *Mennesson przeciwko Francji*³⁸ oraz *Labasse przeciwko Francji*³⁹, a także *Foulon przeciwko Francji*⁴⁰ oraz *Laborie przeciwko Francji*⁴¹ uznał, że niepewność dzieci urodzonych przez matkę-surogatkę w zakresie uznania ich (w tym przypadku francuskiego) obywatelstwa mogła mieć negatywne reperkusje w zakresie ich osobistej tożsamości, a tym samym stanowiła

nie przedstawili żadnych argumentów wskazujących na niemożność podróży po Europie w obecnym stanie rzeczy ani przed sądem polskim, ani przed Trybunałem Strasburskim. Ponadto jak zauważył więc rodzicielska pomiędzy skarżącymi a dzieckiem została uznana w państwie ich zamieszkania. Uznanie prawne uzyskane w Stanach Zjednoczonych oznacza, że skarżący nie zostali pozostawieni w próżni prawnej zarówno jeśli chodzi o obywatelstwo, jak i o uznanie prawnej więzi rodzicielskiej pomiędzy skarżącym dzieckiem a jego biologicznym ojcem. Zdaniem ETPC brak jest w niniejszej sprawie negatywnych konsekwencji dla życia prywatnego i rodzinnego skarżących, które uzasadniałyby przyjęcie, że zaistniała jakakolwiek ingerencja w ich prawa z art. 8 EKPC ze strony państwa polskiego. Tym samym skargi zostały uznane za niedopuszczalne, a naruszenie art. 8 nie miało miejsca.

³⁸ Zob. wyrok ETPC z 26.06.2014 r. w sprawie *Mennesson przeciwko Francji*, w szczególności § 96 i 99, skarga nr 65192/11, publ. HUDOC.

³⁹ Zob. wyrok ETPC z 26.06.2014 r. w sprawie *Labasse przeciwko Francji*, skarga nr 65941/11, publ. HUDOC.

⁴⁰ Zob. wyrok ETPC z 21.07.2016 r. w sprawie *Foulon przeciwko Francji*, skarga nr 9063/14, publ. HUDOC.

⁴¹ Zob. wyrok ETPC z 19.01.2017 r. w sprawie *Laborie przeciwko Francji*, skarga nr 44024/13, publ. HUDOC.

naruszenie ich prawa do poszanowania życia prywatnego. W sprawie *Menesson* uznał on, że odmowa uznania prawnej więzi rodzic-dziecko (która również wpłynęła na obywatelstwo dziecka) była niezgodna z zasadą najlepszego interesu dziecka, wywiezionej z art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka, stanowiła także przekroczenie granic tzw. marginesu oceny w stosunku do art. 8 EKPC przez państwo-sygnatariusza tej konwencji. Przytoczona linia orzecznicza Trybunału dotyczyła związku prawnego między dzieckiem urodzonym przez matkę-surogatkę a jego ojcem biologicznym.

Również w pierwszej wydanej 10.04.2019 r. na podstawie Protokołu XVI do EKPC (wszedł w życie 1.08.2018 r.) opinii doradczej ETPC, Trybunał powtórnie zajął się sprawą rodziny *Menesson*, w której to sprawie odmówiono dwojgu dzieciom urodzonym w Kalifornii przez matkę zastępczą w wyniku połączenia gamet ojca biologicznego (małżonka *Menesson*) i anonimowej dawczyni uznania prawnej relacji rodzic-dziecko w stosunku zarówno do biologicznego ojca, jak i do tzw. matki intencyjnej, która – będąc żoną *Menessona* – nie miała jednak genetycznego związku z dziećmi. Trybunał w Strasburgu w powoływanej sprawie *Menesson przeciwko Francji* stwierdził naruszenie prawa do ochrony życia prywatnego w przypadku tych dzieci i podkreślił, że rodzicielstwo (w tym przypadku ojcostwo) biologiczne stanowi składnik tożsamości jednostki. Wskutek tego wyroku uznano ojcostwo i zmieniono prawo krajowe, w którym jednak nie uregulowano możliwości wpisania do aktu urodzenia danych dziecka urodzonego za granicą przez surogatkę, w zakresie w jakim zagraniczny akt urodzenia określa „matkę intencyjną” dziecka jako matkę prawną. Jedyne przewidziany w prawie krajowym sposób dla „zamierzonej matki” na ustanowienie prawnej relacji matka-dziecko stanowi możliwość adoptowania dziecka jej małżonka (biologicznego ojca).

Europejski Trybunał Praw Człowieka w opinii doradczej stwierdził, że w świetle art. 8 EKPC prawo krajowe musi przewidywać możliwość prawnego uznania relacji między dzieckiem urodzonym przez matkę-surogatkę a kobietą wpisaną w zagranicznym akcie urodzenia jako jego matka. Uznanie to nie musi jednak polegać na zarejestrowaniu kobiety jako matki dziecka w aktach stanu cywilnego. Państwo może przewidzieć w tym celu inne środki prawne – takie jak np. umożliwienie kobiecie adopcji dziecka – pod warunkiem że środki te są skuteczne, szybkie oraz realizowane zgodnie z interesem dziecka. Trybunał podkreślił raz jeszcze, że w sprawach dotyczących dzieci zawsze należy się kierować zasadą najlepszego interesu dziecka. Odmowa uznania przez państwo relacji między dzieckiem urodzonym przez matkę-surogatkę a kobietą wpisaną do zagranicznego aktu urodzenia jako jego matka negatywnie oddziałuje na jego prawa. Dziecko takie może być bowiem pozbawione poczucia tożsamości, prawa do uzyskania obywatelstwa matki, dziedziczenia po niej, utrzymywania z nią kontaktu po ewentualnym rozwodzie z ojcem dziecka, a także napotykać trudności w uzyskaniu prawa pobytu w państwie zamieszkania matki. Prawo krajowe powinno zatem przewidywać inne formy prawne uznania relacji między dzieckiem a matką intencyjną. Nie ma przy tym znaczenia, czy dziecko zostało poczęte przy użyciu jej komórek jajowych, choć jeżeli tak się stało, to potrzeba formalnego uznania relacji rodzic-dziecko jest jeszcze wyraźniejsza.

Podobnie, jak w pierwszej z omawianych kategorii spraw, również przy rozstrzygnięciu tych spraw przez Naczelny Sąd Administracyjny brak jest analizy aksjologicznej, która dotykałaby względów pluralizmu wartości czy pluralizmu światopoglądowego. Rozważania sprowadzają się do zreferowania istniejącego stanu prawnego i jego odniesienie do rozstrzyganych przypadków, bez próby aktualnego zrekonstruowania (kontekstualizacji) pojęć klauzuli porządku publicznego czy fundamentalnych zasad porządku

prawnego. A przecież jak mówi John Gray: „Istnieje fundament uniwersalnych wartości, ale paradoksalnie nie jest on ustalony raz na zawsze”⁴². Warto jednak zauważyć pewną ewolucję orzecznictwa w tym zakresie. Mianowicie wyrokiem z 16.02.2022 r.⁴³ NSA uchylił zaskarżony wyrok i decyzje organów o odmowie stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego przez małoletnią, w której zagranicznym akcie urodzenia jako rodzice wpisane zostały osoby tej samej płci, a jednocześnie zobowiązał wojewodę do wydania decyzji potwierdzającej posiadanie obywatelstwa polskiego przez małoletnią. W motywach rozstrzygnięcia NSA odwołał się do art. 7 Konwencji o prawach dziecka gwarantującego prawo do uzyskania obywatelstwa, oraz art. 2 ust. 1 tejże konwencji zgodnie z którym zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na status dziecka, czy też orientację seksualną jego rodziców. Zdaniem NSA z wynikającej z art. 2 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka zasady niedyskryminacji wywodzi się wymóg, aby były zagwarantowane temu dziecku, bez wszelkiej dyskryminacji, w tym ze względu na orientację seksualną rodziców dziecka, prawa określone w konwencji, w tym prawo do uzyskania obywatelstwa. W ocenie NSA rozstrzygnięcia organów oraz sądu pierwszej instancji stanowiły dyskryminację małoletniej ze względu na orientację seksualną jej rodziców, co stanowi naruszenie ww. przepisu Konwencji o prawach dziecka. Prowadzą one bowiem do pozbawienia małoletniej, będącej córką obywatela polskiego, prawa do potwierdzenia obywatelstwa polskiego wyłącznie na tej podstawie, że w jej akcie urodzenia wpisano jako rodziców osoby tej samej płci.

3.3. Skutki związku jedнопłciowego w sferze podatkowo-prawnej

Ostatnia z omawianych kategoria spraw dotyczyła odmowy umorzenia zaległości podatkowej z tytułu nabycia spadku po zmarłym partnerze skarżącego⁴⁴. Skarżący wraz z partnerem zawarli w formie aktu notarialnego umowę ustanawiającą ich wzajemnie spadkobiercami na wypadek śmierci jednego z nich. Po śmierci partnera skarżący wystąpił do naczelnika Urzędu Skarbowego z wnioskiem o umorzenie zaległości podatkowej w podatku od spadków i darowizn. Naczelnik odmówił umorzenia. Sąd zwrócił uwagę, że:

[a]rgumentacja przedstawiona w uzasadnieniu skargi kasacyjnej odnosi się nie do wykładni czy sposobu stosowania art. 67a § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 613 z późn. zm., dalej: o.p.), lecz w istocie sprowadza się do zarzutu dyskryminującego charakteru zwolnienia podatkowego, unormowanego w art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz. U. z 2018 r. poz. 644). Kwestia ta – dotycząca ustawowych podstaw opodatkowania – znajduje się poza zakresem niniejszej sprawy. Wbrew stanowisku autora skargi kasacyjnej, instytucja ulg w spłacie zobowiązań podatkowych nie może być wykorzystywana do podważania zasadności wymiaru podatku, czy kwestionowania ustawowego zakresu opodatkowania. Jej wyłącznym celem jest możliwość rezygnacji z poboru podatku w sytuacjach uzasadnionych „ważnym interesem podatnika” lub „interesem publicznym”.

⁴² J. Gray, B. Wildstein, *Życie jest bardziej złożone niż tradycyjna etyka. Rozmowa z Johnem Grayem*, w: B. Wildstein, *Profile wieku*, Warszawa 2000, s. 171.

⁴³ II OSK 128/19, publ. CBOSA.

⁴⁴ Zob. wyrok NSA z 5.09.2018 r. (II FSK 2426/16), publ. CBOSA. Sprawa będąca przedmiotem skargi do ETPC *M. przeciwko Polsce* (nr 11560/19). Przed Trybunałem toczy się również inne postępowanie w podobnej sprawie *F. i inni przeciwko Polsce* (skarga nr 58828/12) i trzy inne skargi wniesione przez dwie obywatelki polskie pozostające w związku małżeńskim zawartym w Wielkiej Brytanii w sprawach z zakresu prawa cywilnego, prawa podatkowego i zabezpieczenia społecznego m.in. kwestie ustalenia wysokości podatku od darowizny od osoby, z którą obdarowany pozostaje w związku partnerskim oraz ustalenia wysokości podatku dochodowego od osób fizycznych, które pozostają w związku partnerskim.

W konsekwencji NSA stwierdził, że odmowę przyznania podatnikowi wnioskowanej ulgi, na podstawie art. 67a § 1 Ordynacji podatkowej⁴⁵, uznać należało za zgodną z prawem.

Postawa sądu ma tu charakter czysto dogmatycznoprawny. Sąd ominął w zasadzie problem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną leżący u podstaw tej sprawy, a przecież zasada niedyskryminacji należy do zasad ogólnych prawa unijnego i stanowiła istotny element materialnoprawny rozstrzyganej sprawy⁴⁶. Problem dotyczy bowiem równego traktowania związków heteroseksualnych i homoseksualnych w sferze prawa podatkowego. Wydaje się, że kwestia ta jak najbardziej stanowiła przedmiot sprawy. Oczywiście wymagała ona wnikliwej analizy, jak np. porównania sytuacji osób pozostających w konkubinacie do tych w związkach jedнопłciowych, czy konieczność rozważenia, co legło u podstaw wprowadzenia określonego zwolnienia czy ulgi podatkowej.

4. Deliberatywność jako wymóg dynamicznej wykładni prawa

Dokonana prezentacja orzecznictwa ukazuje kilka niezwykle istotnych kwestii. Po pierwsze, niemożliwa jest poprawna interpretacja określonych pojęć bez znajomości orzecznictwa i to nie tylko sądów krajowych (w szczególności NSA), ale także sądów europejskich. Przytoczone orzecznictwo obrazuje liczne konteksty i wielopłaszczyznowość analizowanych instytucji fundamentalnych z punktu widzenia praw obywatelskich jakimi są: prawo do obywatelstwa czy posiadania prawidłowego aktu stanu cywilnego, czy też korzystania z ulg bądź zwolnień podatkowych na takich samych zasadach jak inni obywatele, np. pozostający w związkach heteroseksualnych. Ukazuje ono, jak skomplikowane stało się orzekanie w sprawach, które ze względu na przedmiot regulacji powinny być względnie jednoznaczne i przewidywalne. Nie jest moim zamiarem ocena zaprezentowanego orzecznictwa, a jedynie zwrócenie uwagi, że nie do utrzymania jest oportunistyczna postawa polegająca na zasłanianiu się względami formalnymi, legalistycznymi czy pozornym wazaniem różnorodnych wartości i kolidujących dóbr.

Punktem wyjścia musi być zintegrowana derywacyjna koncepcja wykładni⁴⁷, w której odkodowywanie normy prawnej oznacza niekończący się proces aktualizacji i kontekstualizacji powiązanej z wrażliwością i refleksyjnym namysłem interpretatora (w szczególności podmiotu stosującego prawo). Refleksyjność wykładni prawa pozwala uwzględnić nieeliminowalny aspekt jego zmienności, jak również płynność znaczenia pojęć i zwrotów użytych w tekście prawnym, co nakłada obowiązek odwołania się przez interpretatora do pozajęzykowych kontekstów wykładni, a więc do argumentów funkcjonalnych i systemowych⁴⁸.

⁴⁵ Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1540).

⁴⁶ Por. wyrok TSUE z 19.01.2010 r., C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21. Zob. konsekwencje filozoficznoprawne tego wyroku w: K.M. Cern, B. Wojciechowski, *Święty Graal dziedzictwem przyszłości, czyli o poszukiwaniu wspólnej kultury prawnej w praźródłach prawa unijnego*, „Principia” 2013/57–58, s. 165–190.

⁴⁷ Szerzej na temat założeń tej koncepcji zob. m.in. w: M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006/3, s. 95 i n.; M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011/2, s. 104 i n.; A. Choduń, *Aspekty językowe derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, Szczecin 2018, s. 95–141.

⁴⁸ P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2020/2, s. 59 i n. W tym kontekście autorzy trafnie zauważają, że dla tak rozumianej refleksyjności ważne są dwie cechy: samoświadomość prawnika i praktyki interpretacyjnej oraz samozwrotność postrzegana jako zdolność do rewizji zakładanych racji, problematyzacji rekomendowanego sposobu działania. Dalej uznają oni, że: „jakość wykładni prawa zależy nie tylko od postawy jurysty, ale i kultury interpretacyjnej, która rekomenduje określone działanie”. Zob. P. Jabłoński, P. Kaczmarek, *O grze...*, s. 60.

Zastrzeżenie to staje się niezwykle doniosłe przy interpretacji powołanych przypadków, ponieważ nie jest możliwe właściwe zrozumienie aktualnego kontekstu prawnego bez analizy kontekstu społecznego i kulturowego, zwłaszcza przy uwzględnieniu pluralizmu wartości jako *modus vivendi* społeczeństwa demokratycznego. W tym duchu wypowiada się w szczególności J. Gray, który twierdzi, że aktualnym zadaniem współczesnej myśli społecznej i politycznej jest przemodelowanie liberalnej tolerancji tak, aby pozwoliła na odnalezienie *modus vivendi* w bardziej zróżnicowanym świecie. W jego ujęciu ów *modus vivendi* przypomina koncepcję sprawiedliwości jako bezstronności dlatego, że „żaden system, który usiłuje narzucić społeczeństwu jeden punkt widzenia, nie może w warunkach pluralizmu liczyć na prawomocność”⁴⁹. Inaczej niż John Rawls zauważa on jednak, że problematyki sprawiedliwości nie daje się odgraniczyć od kolizji wartości wynikających z różnorodności stylów życia. Nawiązując do Thomasa Hobbesa twierdzi on, że konkurencja między dobrami pierwotnymi w życiu społecznym ma charakter endemiczny i w konsekwencji kwestionuje tezę Johna Rawlsa jakoby dobra pierwotne nie wchodziły ze sobą w konflikty.

John Gray wskazuje na dwie liberalne tradycje w tym zakresie. Mianowicie – z jednej strony – liberalna tolerancja jest postrzegana jako ideał najlepszego konsensusu w kwestii najlepszego sposobu życia, zaś z drugiej – rodzi się dzisiaj w kontekście wielokulturowości i pluralizmu wartości przekonanie, że ludzie mogą osiągnąć samorealizację na wiele odmiennych sposobów⁵⁰. W przekonaniu J. Graya obecny liberalizm powinien przyjąć postawę poszukiwania warunków umożliwiających koegzystencję odmiennych sposobów życia. Do takiego wniosku skłania go interpretacja myśli T. Hobbesa według której tolerancja nie ma służyć osiągnięciu konsensusu, lecz zapewnieniu pokoju, a więc jej celem jest właśnie koegzystencja. Łączy się to z obroną pluralizmu kulturowego wyrażającą się w prawie autonomicznie wybranej kultury. Prawo przynależenia do określonej kultury według własnego wyboru koresponduje z liberalną zasadą, że indywidualna tożsamość podmiotu może się rozwijać pod warunkiem udziału w grupie kulturowej o przynależności, do której podmiot ten sam zdecydował i wobec tego reprezentuje ona jego własne wartości oraz formy życia⁵¹.

Aspekty pluralizmu kulturowego, światopoglądowego, religijnego czy seksualnego wpływają na naszą deliberatywną czy refleksyjną wykładnię prawa. Przejawia się to również w konieczności uwzględnienia w procesie wykładni kategorii *faktyczności*⁵². Martin Heidegger (w *Byciu i czasie*) zmodyfikował pojęcie zmysłowości tak, że do teraz odgrywa ono istotną rolę w rozmaitych dziedzinach rozważań filozoficznych, w tym i społecznych⁵³. Wykorzystując badania Wilhelma Diltheya nad wykazaniem metodologicznej swoistości *nauk o duchu (Geisteswissenschaften)* poprzez zastosowanie jako fundamentalnej dla nich kategorii *rozumienia* (u W. Diltheya – o wyraźnej jeszcze proveniencji psychologicznej), w opozycji do kategorii wyjaśniania znamionującej metodologię nauk przyrodniczych, M. Heidegger nadał pojęciu zmysłowości szersze znaczenie. Faktyczność zaczęła bowiem oznaczać już nie tylko po prostu jawienie się czegoś w pewnym czasie

⁴⁹ J. Gray, *Dwie twarze liberalizmu*, Warszawa 2001, s. 213 i n.

⁵⁰ J. Gray, *Dwie twarze...*, s. 1 i n. Wskazuje on na to, że przedstawicielami pierwszej koncepcji, czyli dążenia do poszukiwania idealnej formy życia są: John Locke, Immanuel Kant, John Rawls czy Friedrich A. Hayek, zaś drugiej – będącej wyrazem pokojowej koegzystencji – Thomas Hobbes, David Hume, Isaiah Berlin oraz Michael Oakeshott.

⁵¹ A. Honneth, *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt nad Menem 2000, s. 323.

⁵² Por. K.M. Cern, B. Wojciechowski, *O koniecznych związkach między dyskursem prawnym a moralnym*, „Principia” 2011/54–55, s. 191 i n.

⁵³ M. Heidegger, *Bycie i czas*, Warszawa 1994, s. 469 i n.

i określonej przestrzeni, lecz ponadto wskazywać przypadkowość, przygodność – w znaczeniu o konotacji średniowiecznej: niekonieczność – pewnych zjawisk (w tym ludzkiej egzystencji, ukształtowania się takich, a nie innych instytucji społecznych bądź politycznych itd.). Faktyczność stała się konstytutywnym określeniem człowieka istniejącego w świecie i interpretującego go z pewnej historyczno-kulturowo-społecznej perspektywy.

Rozumienie, które jest istotą interpretacji wymaga stałego rozpoczynania od nowa, określania tego, co wydawało się nawet oczywiste. Wynika to również z czasowości, dziejowości znaczeń. Są one przekazywane między generacjami i reinterpretowane w nowych warunkach życiowych. Michel Foucault zauważa, że: „historycyzm zawsze pociąga za sobą pewną filozofię, a w każdym razie pewną metodologię żywego rozumienia (w żywiole *Lebenswelt*), międzyludzkiej komunikacji (na tle społecznych struktur) i hermeneutyki (rozumianej jako docieranie poprzez jawny sens dyskursu do sensu wtórnego i zarazem pierwotnego, to znaczy bardziej ukrytego, lecz podstawowego)”⁵⁴. W ten sposób odmiennie ukształtowane przez historię stany rzeczy („pozytywności”) mogą ze sobą wchodzić w interakcje, nakładać się na sposób poznania i umożliwić odczytanie ich treści.

W końcu dlatego zrozumiałe jest trwanie jako obowiązujące tekstów prawnych, które ustanowione zostały nawet przed kilkuset laty. Byłyby nieprzydatne, gdybyśmy uznali, że jest jakieś obiektywne, na zawsze dane z góry ich bezpośrednie znaczenie, bo byłoby to znaczenie przypisane im przez określone pokolenie prawników, choć oczywiście historycyzm jest ważny. Historycyzm części ukazuje, co leżało u podstaw danej pozytywności (np. jako intencja prawodawcy), a dzięki temu jest możliwa do uchwycenia skończoność, jeżeli historycyzm poszukiwał „możliwości istnienia i wyjaśnienia konkretnych relacji między ograniczonymi całościami, których sposób istnienia dany został przez życie, społeczne formy lub językowe znaczenia”⁵⁵. W innym przypadku nie dałoby się wytłumaczyć dziejowości prawa, rozwoju tekstów prawa, łańcucha interpretacyjnego. Tylko twórcze, społeczne pojmowanie języka tłumaczy to zjawisko.

Ta filozofia rozumienia i wykładni prawa podważa obiektywność interpretacji, odrzuca mit prawa jako obiektywnej i zewnętrznej przedmiotowości oraz mit prawnika jako podmiotu zewnętrznie poznającego prawo bez możliwości wpływania na normatywny wymiar kultury⁵⁶. Hermeneutyka zauważa, że prawo konstytuuje się w akcie rozumienia, nie ma go przed wykładnią, gdyż dopiero w procesie wykładni i dochodzenia do rozstrzygnięcia prawnego następuje urzeczywistnienie prawa. Metafora koła hermeneutycznego ma naprowadzać na tezę, że nie ma początku ustalania znaczeń, punktu wyjściowego, a więc w rezultacie każdy fragment tekstu ma sens tylko wtedy, gdy jest odniesiony do całości sytuacji i kultury, momentu dziejowego, w którym jest odczytywany. Hermeneutyka nie czyni zatem z tekstu fetyszu, jest on tylko punktem wyjścia, kanwą do dialogu, nawet gdy jest jasny językowo.

Wydaje się zatem uzasadnione stwierdzenie, że w procesie interpretacji prawa, zwłaszcza w kontekście równego traktowania czy zakazu dyskryminacji, uwzględnianie poczucia tożsamości jednostki jest czymś immanentnym. Oczywiście rodzi się tu kolejny problem, gdy uświadomimy sobie, że pewną cechą charakterystyczną nowoczesności jest ciągle zaabsorbowanie stanem własnej psyche, monitorowanie międzyludzkich relacji i emocji, poszukiwanie i krystalizacja tożsamości, dążenie do odkrywania siebie samego,

⁵⁴ M. Foucault, *Słowa...*, s. 335.

⁵⁵ M. Foucault, *Słowa...*, s. 335.

⁵⁶ Por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 69 i n.

czemu towarzyszą dezorganizacyjne procesy, które świadczą o zmianie charakteru lub nawet zaniku wcześniejszych, tradycyjnych form życia społecznego czy wspólnotowego. Mamy do czynienia ze zderzeniem odmiennych stylów życia, języków, tradycji, religii, dyskursów, z transformacją podziału pracy, wahaniami demograficznymi, katastrofami gospodarczymi i klęskami ekologicznymi czy pandemiemi. Powoduje to poczucie kryzysu własnej tożsamości, reakcje obronne prowadzące do fragmentaryzacji, dekompozycji i zaniku sfery społecznej na rzecz gloryfikowania kultury masowej i mediów społecznościowych jako nowych środków, form i celów samookreślenia i identyfikacji.

W tym kontekście wskazuje się niekiedy na kompensacyjny i adaptacyjny charakter tendencji do prywatyzacji życia, rosnących inwestycji w relacje intymne, defetystyczne wycofanie się z życia publicznego⁵⁷. Reprezentatywne są tu w szczególności poglądy Richarda Sennetta, według którego współczesny narcyzm oznacza takie zajęcie się własną tożsamością, które znosi granicę między podmiotem a światem zewnętrznym, a rzeczywistość społeczna jest o tyle znacząca, o ile stanowi przyczynek do jej własnych potrzeb i aspiracji.

W procesie stosowania prawa ujawnia to pewne zderzenie powodujące konieczność wyważenia określonych, niekiedy sprzecznych racji i dóbr takich jak akceptacja związków jednopłciowych oraz tradycyjnie rozumianych małżeństw czy rodziny. Psychologizacja życia doprowadziła bowiem do powstania społeczeństwa intymnego, w którym „sprawy nie wywołują silnej namiętności; zaczynają ją wywoływać dopiero w momencie, kiedy ludzie uznają je – fałszywie – za kwestie osobiste”⁵⁸. W konsekwencji narcyzm jako swoistego rodzaju społeczna moda jest odpowiedzialny za spłylenie relacji międzyludzkich. Doprowadza to do wypaczenia wrażliwości, co utrudnia poznanie siebie czy innego człowieka. Niekiedy poznanie w ogóle nie jest możliwe, a mianowicie tam, gdzie do głosu dochodzą autonomia czy niezależność. Ujawnianie osobistych spraw takich jak: orientacja seksualna, doświadczenia z przeszłości, poglądy religijne, historie rodzinne nie świadczy dzisiaj o odwadze, nie jest aktem osławiania traumy, lecz wpasowaniem się w codzienność fundowaną przez społeczeństwo konfesyjne i kulturę indywidualizmu. Pojawia się pytanie, czy tego rodzaju zachowania, a wręcz manifestacje zasługują na ochronę prawną. Richard Sennett mówi o erozji zewnętrznej rzeczywistości, w której życie społeczne rozpada się na jednostkowe, intymne odbieranie świata. Jest przekonany, że jednostki zostają w ten sposób pozbawione pełnowartościowych relacji społecznych. Taka postawa stanowi dla społeczeństwa zagrożenie, które powinniśmy próbować przezwyciężyć. Może temu służyć responsywna postawa sędziów, którzy zagubienia tożsamości czy odnajdywania własnej tożsamości w sposób odbiegający od tradycyjnego modelu tożsamości płciowej czy seksualnej nie będą traktować jako zagrożenia dla fundamentów państwa prawa, a tak przecież postrzegana jest niekiedy gender, a więc kulturowy składnik tożsamości płciowej. Sądy powinny uczynić wszystko, aby przedstawiciele grup mniejszościowych nie czuli się zagrożeni, pomijani w podejmowaniu ważnych dla wspólnoty decyzji, dyskryminowani czy atakowani. Jestem przekonany, że uznanie ich jako pełnoprawnych członków społeczności, pomimo wyboru innego niż tradycyjny stylu życia, spowoduje włączenie ich do wspólnoty politycznej

⁵⁷ K. Strzyczkowski, *Tożsamość w kontekście tendencji rozwojowych społeczeństwa ponowoczesnego*, Warszawa 2012, s. 9. Autor ten wskazuje, że mamy do czynienia ze sporą popularnością rozmaitych koncepcji podkreślających motywy narcyzmu, hedonizmu czy samorealizacji we współczesnym modelu osobowości. Zob. również A. Giddens, *Nowoczesność...*, s. 226–232.

⁵⁸ R. Sennett, *Upadek człowieka publicznego*, Warszawa 2009, s. 17.

i współpracy w życiu społecznym. Natomiast formalne czy proceduralne zastraszanie się literą prawa bądź ucieczka od podejmowania trudnych decyzji nie stanowią efektywnego rozwiązania wskazanych problemów.

Oczywiście proces osądzania takich trudnych spraw jest niezwykle skomplikowany i wymaga od sędziego nie tylko wyjątkowej wiedzy prawniczej, ale także odwagi i nowego spojrzenia na prawo, które nie zawsze nadąża za zmieniającymi się kontekstami społecznymi. W rozstrzyganiu przytoczonych spraw nie ma możliwości odstąpienia od analizy i wyważania wskazanych zjawisk, problemów i wartości. Mamy tu bowiem do czynienia ze swoistą antynomią, ponieważ – z jednej strony – orzeczenie powinno uwzględniać pluralizm wartości i *modus vivendi*⁵⁹, a z drugiej – chronić wartości wspólnoty i ograniczać atomistyczny charakter koncepcji liberalnych, które są przekonane, że podmiot jako byt jednostkowy, autonomiczny i racjonalny poprzedza ontologiczne relacje społeczne, a nawet może je ignorować. Nie jest to możliwe bez przyjęcia deliberatywnego procesu decyzyjnego charakterystycznego dla dynamicznego, derywacyjnego modelu wykładni prawa. Sądy powinny kierować się (re)interpretacją potrzeb deliberujących stron. Dopiero tak rozumiana działalność sądów będzie miała charakter publicznego procesu zorientowanego na poszukiwanie wystarczająco dobrych argumentów przemawiających za określonymi ocenami oraz rozwiązaniami⁶⁰. Tylko w tym ujęciu proces wykładni i stosowania prawa będzie się charakteryzował deliberatywnymi cechami: argumentacyjną formą komunikacji, dążeniem do osiągnięcia racjonalnie motywowanej zgody zarówno w ocenie, jak i w rozumieniu określonych spraw, jawnym i włączającym charakterem prowadzonych debat i wynikającą z niego równością dostępu do procesów uzgadniania dóbr wspólnych, wolnością od przymusu w procesie argumentacyjnym zapewniającą równość szans bycia wysłuchanym i zogniskowaniem debat wokół problemów, które mogą zostać uregulowane w imię dobra wspólnego⁶¹.

Reflections on the Dynamism and Deliberativeness in the Interpretation of Law on the Example of Cases Concerning LGBTQ+ Rights

Abstract: The article illustrates the numerous contexts and the multifaceted nature of the LGBTQ+ persons' rights to citizenship, to have a correct civil status record, or to benefit from tax reductions or exemptions of on the same terms as other citizens, e.g., those in heterosexual unions. It shows how complicated it has become to adjudicate on matters that, in view of the subject-matter of regulation, should be relatively clear and predictable. Reflective interpretation of law makes it possible to take into account its non-eliminable changeability, as well as the fluidity of meaning of terms and phrases used in legal texts – factors which oblige the interpreter to refer to extra-linguistic contexts of interpretation, i.e., to functional and systemic arguments. The author considers that it is not possible to reach an adequate understanding of the current legal context without analysing the social and cultural context, especially when considering pluralism of values as the *modus vivendi* of a democratic society.

Keywords: deliberativeness, LGBTQ+, fundamental rights, identity, hard cases, interpretation of law

⁵⁹ Należy przy tym pamiętać o jego krytyce. Por. B. Polanowska-Sygułska, *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*, Kraków 2017, s. 162 i n.

⁶⁰ J. Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, w: A. Hamlin, B. Pettit (red.), *The Good Polity*, Oksford 1997, s. 75 i n.

⁶¹ J. Habermas, *Faktyczność...*, s. 324 i n.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Butler, J. (1993). *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of Sex*. London: Routledge.
- Cern, K.M., Wojciechowski, B. (2011). O koniecznych związkach między dyskursem prawnym a moralnym. *Principia* 54-55, 191–221.
- Cern, K.M., Wojciechowski, B. (2013). Święty Graal dziedzictwem przyszłości, czyli o poszukiwaniu wspólnej kultury prawnej w praźródłach prawa unijnego. *Principia* 57-58, 165–190.
- Choduń, A. (2018). *Aspekty językowe derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe USz.
- Choduń, A., Zieliński, M. (2009). Aspekty granic wykładni. In W. Miemiec (ed.), *Księga jubileuszowa Profesora Ryszarda Mastalskiego. Stanowienie i stosowanie prawa podatkowego*. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Unimex.
- Foucault, M. (2006). *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*, Gdańsk: Słowo/obraz terytoria.
- Fuss, D. (1995). *Identification Papers: Readings on Psychoanalysis, Sexuality, and Culture*. New York-London: Routledge.
- Giddens, A. (2001). *Nowoczesność i tożsamość. Ja i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Gray, J. (2001). *Dwie twarze liberalizmu*. Warszawa: Aletheia.
- Gray, J., Wildstein B. (2000). Życie jest bardziej złożone niż tradycyjna etyka. Rozmowa z Johnem Grayem. In B. Wildstein, *Profile wieku*. Warszawa: Politeja.
- Hall, S. (1996). Introduction: Who needs 'Identity'. In S. Hall, P. du Gay (eds.), *Questions of Cultural Identity*. London: SAGE Publications.
- Jabłoński, P., Kaczmarek, P. (2020). O grze interpretatora z tekstem prawnym i czynnikami pozatekstowymi w derywacyjnej koncepcji

wykładni prawa. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2, 49–65.

Juchacz, P.W. (2015). *Deliberatywna filozofia publiczna. Analiza instytucji wysłuchania publicznego w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej z perspektywy systemowego podejścia do demokracji deliberatywnej*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe IF UAM.

Polanowska-Sygulska, B. (2017). *John Gray i krytyka liberalnego legalizmu*. Kraków: Księgarnia Akademicka.

Sennett, R. (2009). *Upadek człowieka publicznego*. Warszawa: Muza.

Strzyczkowski, K. (2012). *Tożsamość w kontekście tendencji rozwojowych społeczeństwa ponowoczesnego*. Warszawa: Wydawnictwa UW.

Zieliński, M. (2006). Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3, 93–101.