

Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.

*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny,
rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się
pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej.*

Art. 18 Konstytucji RP

1. *Wprowadzenie.* Socjologia traktuje instytucjonalizację jako proces przechodzenia od niesformalizowanych form życia społecznego do struktur uregulowanych przy pomocy normatywnych standardów, bez specyfikowania ani natury owych reguł, ani też tempa stosownych procesów. Używane w artykule pojęcie „instytucjonalizacja” jest skrótem „instytucjonalizacji prawnej” (lub „instytucjonalizacji przez prawo”), ewentualnie z takimi dodatkami, jak „konstytucyjna”, „ustawowa”, „sądowa”, „notarialna”, „administracyjna” (te trzy ostatnie określenia dotyczą instytucjonalizacji przez konkretne orzeczenia, decyzje czy umowy). Gdyby legalizacja nie była rozumiana głównie jako usunięcie nielegalnego charakteru danego zachowania się, można by przyjąć, że jest tym samym co instytucjonalizacja prawna¹. Jeszcze inny możliwy wybór to użycie terminu „jurydyzacja” – jako odnoszącego się do transformacji tego, co zasadniczo nie podlega ograniczeniom ze strony prawa w sferę podległą regulacji prawnej. Tak jest, gdy np. władze miejskie przekształcają strefę całkowicie wolnego parkowania pojazdów w obszar, gdzie mogą parkować tylko pojazdy uprzywilejowane. Instytucjonalizacja zjawisk typu X sprowadza się do tego, że poddaje się je określoneemu reżimowi prawne-

¹ B. Banaszkiwicz: *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, KPP nr 2/2004, s. 360 – autor, mając na uwadze to rozumienie legalizacji, postuluje, że należy mówić o instytucjonalizacji, a nie legalizacji ZP. Niemniej jednak, naleznicstwo jest w tym przypadku, podobnie jak w wielu innych, kwestią przyjęcia pewnej konwencji. Ponieważ sugestia B. Banaszkiwicza jest, jak się zdaje, podzielana przez wielu dyskutantów, stosujemy ją w dalszych rozważaniach.

mu, instytucjonalizacja czegoś polega na tym, iż prawo dotyka niejako istoty tego, co jest instytucjonalizowane. Przykładowo, pojazdy parkowane w strefie wolnego parkowania są i tak chronione przez ogólne reguły poszanowania własności, ale nie jest to konstytutywna cecha dla ochrony prawnej w tym akurat wypadku. Aczkolwiek jest to przykład banalny, dobrze ilustruje istotne aspekty wprowadzenia regulacji normatywnej do sfery uprzednio indyferentnej.

2. *Instytucjonalizacja związków partnerskich – uwagi ogólne.* Zgodnie z wyjaśnieniami wstępnymi, instytucjonalizację związków partnerskich (dalej: ZP) rozumiemy jako poddanie ich określoneemu reżimowi prawnemu dostosowanemu do charakteru tych relacji międzyludzkich². Ponieważ są one faktem, ich instytucjonalizacja nadaje im status normatywny³, a prawa i obowiązki partnerów takiego związku są generowane przez przepisy prawa. Interesuje nas instytucjonalizacja ustawowa, a nie na mocy np. umów cywilnoprawnych. Zgodnie z tytułem artykułu, będziemy rozpatrywać instytucjonalizację ZP w związku z Konstytucją RP z 1997 r. Przedmiotem szczególnej uwagi jest art. 18 Konstytucji, który daje podstawy do szerszej analizy. Skądinąd także inne postanowienia Konstytucji są relewantne dla wybranego tematu. Niezależnie od kwestii merytorycznych, koncentracja na art. 18 jest dodatkowo uzasadniona dotychczasowym (do kwietnia 2013 r.) przebiegiem dyskusji nad instytucjonalizacją ZP.

Kolejnym punktem odniesienia są projekty ustaw o ZP odrzucone przez Sejm w dniu 25 I 2013. Rozróżniamy przy tym pytania: „czy?” i „jak?”. Pierwsze dotyczy kwestii bardziej zasadniczej, ponieważ bez twierdzącej odpowiedzi nie ma co zastanawiać się nad tym, jak uregulować ZP. Z kolei propozycje stanowiące odpowiedzi na drugie pytanie mogą skłaniać (i tak jest faktycznie) do pozytywnych lub negatywnych rozstrzygnięć względem „czy?”. Zasadniczo zajmiemy się problemem wyrażonym przez „czy?”, bez zbytniego wchodzenia w szczegóły proponowanych regulacji⁴.

² Nie definiujemy, co znaczy „dostosowany” w tym kontekście. Zależy to od wielu czynników, których omówienie znacznie przekracza ramy artykułu. Używając języka matematyków czy logików, dostosowanie jest parametrem specyfikowanym przez konkretną regulację.

³ Zdajemy sobie, oczywiście, sprawę z tego, że kwestia różnicy między faktem (stanem faktycznym) a prawem (stanem normatywnym kształtowanym przez obowiązujący porządek prawny) należy do najbardziej dyskutowanych w teorii i filozofii prawa. Z drugiej strony, uważamy, że jeśli jakiś problem podpada pod rzeczoną dystynkcję, nadaje mu to niebanalny charakter.

⁴ Nasze wyjaśnienia w akapitach 1 i 2 mogą wydać się zbyt pedantyczne. To prawda, że niektóre z nich wskazują na rzeczy oczywiste. Zdecydowaliśmy się na nie dlatego, że – przynajmniej według naszej oceny – obecna dyskusja o ZP w Polsce w wielu przypadkach ignoruje właśnie oczywistości.

W debacie o ZP biorą udział najbardziej znaczący politycy: prezydent, premier, ministrowie, parlamentarzyści, a także autorytety prawnicze, naukowcy, duchowni, dziennikarze i osoby prywatne. Bardzo obszerny jest zakres poruszanych przez dyskutantów problemów. Są wśród nich zagadnienia prawne, moralne, obyczajowe, polityczne, historyczne, socjologiczne, międzynarodowe i religijne. Trudno dziwić się, że w trakcie tej debaty pojawiły się silne akcenty aksjologiczne, zarówno ze strony zwolenników, jak i przeciwników instytucjonalizacji ZP. Tak jest nie tylko w Polsce, ale wszędzie tam, gdzie toczy się podobna dyskusja. Uważamy za rzecz właściwą, aby zarysować nasz pogląd w tej materii. Odpowiadamy zdecydowanie twierdząco na pytanie „czy?“, zarówno w kwestii instytucjonalizacji związków partnerskich heteroseksualnych, jak i homoseksualnych, jakkolwiek dostrzegamy w tym zakresie potrzebę różnicowania.

3. *Argumenty za instytucjonalizacją związków partnerskich.* Nasze argumenty za instytucjonalizacją ZP są aksjologiczne i socjologiczne (te drugie w szerokim znaczeniu). Z aksjologicznego punktu widzenia, każdy człowiek jest osobą i ma prawo do takiego budowania swych relacji uczuciowo-seksualnych, jakie są zgodne z jego biologiczno-psychologiczną naturą⁵. To, że człowiek jest osobą, stanowi źródło jego godności. Te proste założenia usprawiedliwiają stosowanie art. 30 Konstytucji stanowiącego, że godność jest przyrodzonym, niezbywalnym i nienaruszalnym źródłem wolności i praw człowieka i obywatela. Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem, jest ona jedyną konstytucyjną wartością, która nie może być limitowana, a także stanowi podstawę interpretacyjną systemu prawa jako całości. W tej perspektywie trzeba rozpatrywać art. 1 Konstytucji uznający Rzeczpospolitą Polską za dobro wspólne wszystkich obywateli i art. 32 ust. 2 Konstytucji zakazujący jakiegokolwiek dyskryminacji w życiu społecznym. Z drugiej strony, podnoszony często (i równie często kontestowany) argument antydyskryminacyjny czy równości praw w dyskusji na temat związków partnerskich ma bardziej złożony charakter, niż mu się przypisuje⁶. Przedmiotem aspiracji równościowych

⁵ Tym, którzy argumentują, że aprobata dla instytucjonalizacji ZP otwiera furtkę dla postulatów złagodzenia kryteriów pedofilii (jak poseł i zarazem pastor J. Godson w TVN24 w dniu 4 III 2013), odpowiadamy, że instytucjonalizacja ZP zawsze odbywa się w ramach obowiązującego reżimu prawnego, wykluczającego czyny przestępcze. Argument J. Godsona łatwo sprowadzić do absurdu, zauważając, że trzeba zdelegalizować małżeństwa, bo zdarzają się zabójstwa jednego z małżonków przez drugiego. Z kolei T. Terlikowski („Gazeta Wyborcza” z 1 IV 2013) uważa, że instytucjonalizacja związków homoseksualnych jest początkiem procesu, który może zakończyć się uznaniem praktyk zoofilskich, aczkolwiek ignoruje fakt, iż są one niedozwolone na mocy ustawy o ochronie zwierząt z 1997 r.

⁶ A. Mączyński: *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych* [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2012, s. 95 (chcielibyśmy podkreślić, że

nie jest bowiem w przypadku związków heteroseksualnych to, co składa się na status małżeństwa (prawa i obowiązki, które mogą być wszak równe, ale nie jednakowe), lecz sam fakt wyboru, czyli możliwość wstąpienia w sformalizowany związek, osiągnięcie instytucjonalizacji relacji i zachowania stanu wolnego. Możliwość zawarcia małżeństwa (czy związku partnerskiego) jest niewątpliwie emanacją prawa do prywatności, które Konstytucja gwarantuje także osobom homoseksualnym. Tak więc Konstytucja (choć nie art. 18, lecz art. 47 wraz z art. 32 ust. 2 uznające prawo do decydowania o własnym życiu osobistym) stanowi zakotwiczenie dla aspiracji osób domagających się instytucjonalizacji związków homoseksualnych. Zarzut dyskryminacyjny dotyka tu pozbawienia homoseksualistów pewnych form wyboru co do decydowania o swoim życiu osobistym, który to wybór istnieje w wypadku osób heteroseksualnych (wybór co do pozostawania w stanie wolnym czy w związku małżeńskim)⁷. Wywód ten pokazuje niewielką siłę często przywoływanego argumentu przez przeciwników instytucjonalizacji, że nieformalne kultywowanie ZP, nawet homoseksualnych, nie narusza wolności i równości, skoro relacje takie są prawnie tolerowane. Jeśli zasada godności jest fundamentem innych praw, to znaczy, że je implikuje. Prosta aplikacja reguły transpozycji logicznej ustala, że negacja wolności lub równości ogranicza zasadę wolności⁸.

Nie możemy nie skomentować argumentu podnoszonego przez krytyków instytucjonalizacji, kierowanego przeciwko związkom homoseksualnym, że są one nienormalne w stosunku do heteroseksualności jako standardu. Ponieważ ów standard jest zgodny z prawem naturalnym i społecznie akceptowany, nienormalność ma wyraźnie negatywny aspekt moralny. Nie należy jej więc promować jako sprzecznej z naturą człowieka. Wszelako powyższy wywód bazuje na pospolitej wieloznaczności przymiotnika „normalny” (i jego rozmaitych równoważników), niejako dziedziczonej przez termin „prawo naturalne (natury)”. W jednym znaczeniu normalny to tyle, co typowy, przeważający, standardowy czy przeciętny w danej populacji. Tak rozumiana normalność jest przeciw-

jest to pierwsze tak wszechstronne opracowanie zarówno co do spektrum problematyki, jak i uwzględnienia różnych postaw); por. także wypowiedzi A. Rzeplińskiego i J. Ciemińskiego w trakcie prac nad Konstytucją (*Posiedzenie Komisji Konstytucyjnej ZN z 4 IV 1995*, „Biuletyn KKZN” 1995, nr XVIII), obie w ramach dyskusji nad kryterium orientacji seksualnej jako czynnika dyskryminującego i problemu równości; L. Wiśniewski odnosi kwestię równościową do zagadnienia równości co do treści statusu – zob. tegoż: *Zdanie odrębne [w:] Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 159.

⁷ M. Wyrzykowski: *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej – na przykładzie art. 18 Konstytucji RP* [w:] *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, red. T. Giaro, Warszawa 2012, s. 215 i n. (opowiadając się za instytucjonalizacją ZP, także akcentuje ten aspekt zagadnienia).

⁸ Z zastrzeżeniem wyrażonym w przypisie 5.

stawiana wyjątkowości jako statystycznemu marginesowi. Z drugiej strony, jednostka wyjątkowa ze statystycznego punktu widzenia jest (lub nie jest) normalna z uwagi na swoją strukturę psychofizyczną czy pełnione funkcje. Gdy ktoś ma 220 cm wzrostu, jest nienormalny w sensie statystycznym, ale może być najzupełniej normalny z punktu widzenia swojej struktury osobniczej. Podobnie homoseksualizm jest statystycznym wyjątkiem (liczba homoseksualistów oscyluje wokół 5%), aczkolwiek osoby prezentujące tę preferencję seksualną są najzupełniej normalne z innego punktu widzenia⁹. To, że większość ludzkich właściwości ma charakter statystyczny, jest po prostu prawem natury (przyrody). Zaznaczona dwuznaczność kwalifikacji terminu „normalny” nakłada się na jego aspekt moralny. Ludzie – powodów nie dociekamy – mają tendencję do częstego kojarzenia wyjątkowości z negatywnością, w szczególności moralną. Jest to jednak typowy przykład błędu polegającego na przechodzeniu od przesłanek faktualnych do wniosków oceniających lub normatywnych.

Reasumując, nie ma żadnych powodów, aby postulat instytucjonalizacji ZP odrzucać w imię uznania, że wprowadzie wszyscy są godni, ale niektórzy jakoś mniej, a to na mocy orzeczenia przez tych *ex definitione* najgodniejszych i zarazem pretendujących do roli niezastąpionych autorów właściwego porządku moralnego¹⁰.

Powyższa inwokacja aksjologiczna jest jedynie bardzo ogólną ramą, a nie konkretnym uzasadnieniem instytucjonalizacji ZP. Dlatego trzeba odwołać się do faktów socjologicznych. Nieformalne ZP są niezaprzeczalnym faktem społecznym. Niekiedy były one słabo tolerowane, jak konkubiny, ale także zakazywane, jak np. jeszcze do niedawna homoseksualizm w Wielkiej Brytanii. Wszystko wskazuje na to, że tendencja do ilościowego wzrostu związków partnerskich jest nieodwracalna¹¹.

⁹ Omawiana dwuznaczność przyczynia się do uznawania homoseksualizmu za chorobę dającą się wyleczyć. Zdecydowana większość lekarzy i psychologów odrzuca ten pogląd, podzielany przez ich mniejszość, zwykle z powodów religijnych oraz przez osoby niebędące specjalistami w zakresie wiedzy medyczo-psychologicznej, tak jak poseł K. Pawłowicz, dr hab. w dziedzinie prawa administracyjnego, lub ks. F. Longchamps de Bérier, profesor zwyczajny prawa rzymskiego. Ministerstwo Zdrowia wydało 3 IV 2013 odpowiedź na interpelację K. Pawłowicz (Sejm VII kadencji, interpelacja nr 15331), wskazując, że homoseksualizm nie jest chorobą. Nie sądzimy, że „eksperci od lesbijek i gejów” jako dewiantów przejęli się tym stanowiskiem. Pewnie odpowiedzą, że rząd broni homoseksualistów z powodów politycznych.

¹⁰ Bynajmniej nie negujemy prawa do kształtowania pojęcia godności (także innych kategorii aksjologicznych) na podstawie takich czy innych poglądów moralnych, politycznych czy ideologicznych. Byłoby jednak uczciwiej, gdyby głosiciele takich koncepcji nie epatowali odwoływaniem się do uniwersalności czy wiecznego prawa naturalnego. Właściwsze byłoby też adresowanie tych postulatów i ich praktycznych konsekwencji do współwyznawców. Uderza trafnością myśl S.J. Leca, że ci, którzy idee mają ciągle w głębie, mają je także w pobliskim nosie.

¹¹ Bierzemy pod uwagę tylko procesy w UE i w krajach o podobnym poziomie cywilizacyjnym. W dniu 17 maja 2013 r. w wiadomościach agencyjnych doniesiono o uznaniu za konstytucyjne małżeństw jedнопłciowych we Francji.

Przyczynia się do tego m.in. globalizacja świata i jego sekularyzacja, a także przemiany w rozumieniu prywatności i sposobów jej manifestowania. Nic dziwnego, że zjawiska te znajdują swoją artykulację w postulatcie instytucjonalizacji ZP. Tego rodzaju sytuacje nie są żadną nowością w historii świata. Pomijając czasy dawniejsze i od razu zaznaczając, że nie dokonujemy porównań z punktu widzenia ważności przywoływanych przykładów, rzeczony postulat jest wyrazem takich dążeń, jak abolicjonizm czy walka o prawa kobiet. Nie ma tutaj większego znaczenia, czy rzecz dotyczy(ła) zniesienia pewnego stanu rzeczy (niewolnictwo, brak określonych praw obywatelskich po stronie kobiet) czy też instytucjonalizacji tego, co jest (było) dozwolone. W jednym i drugim przypadku mamy do czynienia z poszerzeniem sfery wolności dziejącej się pod wyraźnym reżimem prawnym.

Dość powszechne niezrozumienie wymienionych procesów obiektywnych prowadzi do mylnego pojmowania wielu kwestii społecznych. Wskażemy tylko na dwie. Po pierwsze, instytucjonalizacja ZP bywa traktowana jako próba narzucenia większości społeczeństwa stylu życia propagowanego przez mniejszość (głośna wypowiedź L. Wałęsy w TVN24 w dniu 1 III 2013, powtórzona przez J. Gowina w TVN24 w dniu 5 III 2013; hasła manifestantów paryskich przeciwko małżeństwom homoseksualnych, np. „odczepcie się od naszych małżeństw”). Tymczasem instytucjonalizacja ZP nie narzuca czegokolwiek obecnej większości społeczeństwa polskiego. W szczególności, nikt nie zmusza jej przeciwników, aby zamienili swoje uregulowane życie rodzinne na nieformalne relacje, nawet tylko heteroseksualne. Podobnie małżeństwa gejowskie i lesbijskie w niczym nie krytykują standardowych związków matrymonialnych, w jakich pozostają manifestujący Francuzi. Głosiciele haseł o narzucaniu czegoś większości przez mniejszość myślą dwie rzeczy, mianowicie zmuszanie do określonych zachowań i tolerancję dla nich. To drugie nie zakłada nawet moralnej akceptacji dla odmiennych zachowań¹². Po drugie, artykulacja postulatu instytucjonalizacji ZP przez aktywistów określonych ruchów spotyka się z zarzutami celowej ideologizacji, wykorzystywanej dla doraźnych celów politycznych. Nie negujemy tego, że tak bywa, aczkolwiek chcemy zwrócić uwagę na to, iż niektórzy przedstawiciele obu stron debaty solidarnie pracują na taką ocenę. Może ważniejsze jest to, że konserwatorzy zastanego porządku społecznego – naturalnego ładu moralnego, stygmatyzowanego jako odwieczny, wieczny i uświęcony, zawsze kierowali podobne kondemnacje wobec reformatorów, np. abolicjonistów w USA czy emancypantek w Wielkiej Brytanii. Wystarczy przypomnieć satyryczne lub nawet wręcz obraźliwe wizerunki bojowników o „sprawę murzyńską” czy pierwszych sufrażystek. Im także zarzucano zbytnie nagłaśnianie postulatów, jakie wysuwali(ły) przy

¹² Zob. przypis 5.

mniej lub bardziej łaskawym przytakiwaniu, że wprawdzie mają częściowo rację, ale powinni zdać się na osąd dotychczasowych *besserwisserów* jako strażników bezwarunkowej moralności publicznej.

W istocie rzeczy postulat instytucjonalizacji ZP jest typowym przykładem wspomnianego już dążenia do prawnej jurydyzacji zjawiska społecznego o wyraźnych i ciągle poszerzających się konturach, a nie tylko jakichś fanaberii ludzi, którym znudziło się życie w związkach nieformalnych. Mimo że ich styl życia jest tolerowany, mają prawo domagać się, aby toczył się w wyraźnych ramach prawnych. Nie jest też bezsensowne wskazanie, że instytucjonalizacja ZP spotyka się (mowa tylko o sytuacji w Polsce) z coraz większym społecznym poparciem. Jeśli wierzyć publikowanym sondażom¹³, około 60% Polaków popiera instytucjonalizację związków heteroseksualnych, a ponad 40% – homoseksualnych. Wartości te będą wzrastać nawet bez wprowadzenia w życie ustaw(y) o związkach partnerskich. Polska nie jest i nie będzie „samotną wyspą” w globalnym morzu przemian społecznych, chyba że jakiś ruch odnowy moralnej wprowadzi kompletną izolację od otoczenia, na co jednak nie zanoszą się w przewidywalnej przyszłości.

Wierni pogładowi, że stwierdzenia o faktach nie pociągają za sobą logicznie norm, nie utrzymujemy, iż nieodparcie wykazaliśmy logiczną konieczność instytucjonalizacji ZP. Nasz pogląd jest skromniejszy i sprowadza się do stwierdzenia, że odmowa takiej instytucjonalizacji jest zamykaniem oczu na rzeczywistość, a więc działaniem irracjonalnym. Irracjonalizm w tym przypadku jest dodatkowo wzmacniany faktem, że wiele argumentacji przeciwko prawnemu uregulowaniu ZP narusza elementarne kanony poprawności myślowej, także wtedy, gdy dotyczą kwestii ściśle prawnych.

4. *Wokół opinii przeciw instytucjonalizacji związków partnerskich.* Przechodzimy do bardziej szczegółowych zagadnień związanych z art. 18 Konstytucji i jego znaczeniem dla instytucjonalizacji ZP. W oczach przeciwników instytucjonalizacji artykuł ten ma tłumaczyć nie tylko odrzucenie wszystkich projektów ustaw o związkach partnerskich, ale także odmowę, zwłaszcza przez polityczny *establishment*, zajęcia się tym problemem jako zadaniem dla ustawodawcy zwykłego¹⁴. Przyczyniła się do tego bardzo katoryczna opinia Biura Studiów i Analiz SN (dalej: BSA SN), w której konsekwencje art. 18 Konstytucji są opisane w następujący sposób: „związek osób tej samej płci nie może być małżeństwem i nie chodzi tu jedynie o zastrzeżenie samej nazwy »mał-

¹³ Zob. np. informację z 17 III 2012 z powołaniem sondażu TNS, www.frona.pl.

¹⁴ Tak zwłaszcza J. Gowin: *Odrzucam projekt o związkach partnerskich*, „Gazeta Wyborcza” z 22 III 2013; por. też np. *Związki partnerskie? Komorowski ma inny pomysł*, „Wprost” z 19 III 2013; *Wypowiedź premiera: Związki partnerskie? Nie ma ich przez lewicę*, „Wprost” z 17 III 2013.

żeństwo« dla związku kobiety i mężczyzny, ale o zakaz zrównania związku osób tej samej płci z małżeństwem; związek osób pozostających we wspólnym pożyciu zarówno różnej płci, które nie zawarły małżeństwa, jak i związek osób tej samej płci nie pozostaje »pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej«; związek osób różnej płci, które nie zawarły małżeństwa nie może wywoływać takich samych skutków jakie wywołuje małżeństwo, ani też skutków zbliżonych do skutków małżeństwa, zwłaszcza zaś skutków będących konsekwencją preferencyjnego traktowania małżeństwa¹⁵. Jest to dość typowy wyraz stanowiska kwestionującego dopuszczalność instytucjonalizacji ZP w związku z art. 18 Konstytucji. Tezy zawarte w opinii BSA SN są podstawą do błędnej interpretacji wykładni tego przepisu Konstytucji.

Dalsze uwagi dzielimy na dwie części. Najpierw przeprowadzimy dość szczegółową analizę treści art. 18 Konstytucji i jego implikacji dla instytucjonalizacji ZP, a potem (w jednej z dalszych części opracowania) uzupełnimy ją ogólnymi spostrzeżeniami związanymi z aplikacją rozmaitych sposobów wykładni tego przepisu.

Rozpoczynając od pojęcia małżeństwa i jego ochrony, należy stwierdzić, że art. 18 Konstytucji określający *explicite* małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, nie wyklucza małżeństw o innej podmiotowej strukturze. Z konstytucyjnego umiejscowienia tego przepisu wynika, że małżeństwo heteroseksualne, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod opieką i ochroną niejako kwalifikowaną, jako iż gwarantowaną konstytucyjnie, w stosunku do innych form (czy jednak mogą być formy alternatywne macierzyństwa albo rodzicielstwa? – to retoryczne pytanie świadczy o wadliwym sformułowaniu art. 18) i to na poziomie zasad ustrojowych, aczkolwiek bez wskazania konkretnego poziomu tej ochrony. Jest to więc norma programowa, adresowana do władz publicznych, uzasadniająca postulaty rozbudowywania lub nieumniejszania poziomu ochrony. Natomiast nie wynika z tej normy ani z jej umiejscowienia żaden zakaz przyznawania prawnej ochrony związkom konkurencyjnym czy alternatywnym, zarówno na poziomie konstytucyjnym, jak i tym bardziej na poziomie ustaw zwykłych. Jest to wniosek czysto logiczny, gdyż art. 18 nie zawiera żadnych zakazów powodujących ekskluzywność ochrony. Zasadniczo autorzy opinii BSA SN wykazali się zgoła surrealistyczną pomysłowością logiczną, wypro-

¹⁵ Jest kilka takich dokumentów BSA SN o podobnym tenorze. Cytujemy najobszerniejszy z 10 V 2012, BSA SN I-021-123-124/12, s. 8. Opinia BSA SN została przesłana (przez Pierwszego Prezesa SN) do Kancelarii Sejmu jako „uwagi SN”. Tymczasem w prawie polskim, w szczególności w ustawie z 23 XI 2002 o SN (tekst jedn. Dz.U. 2013, poz. 499), nie przewiduje się dla SN takiego działania w postaci „uwag” czy „wydawania opinii”. Co więcej, Minister Sprawiedliwości przedstawił w trakcie debaty sejmowej owe „uwagi” jako opinie SN. Jest to albo nadużycie, albo autokompromitacja.

wadzając z art. 18 jakikolwiek zakaz. To prawda, że art. 18 Konstytucji zawiera (z racji swego umiejscowienia jako zasady ustrojowej) preferencję dla rodziny opartej na związku heteroseksualnym. Wyraża się to w zobowiązaniu do preferencyjnego traktowania (choćby z uwagi na przyznanie opieki) niezależnie od konstytucyjnie gwarantowanej ochrony, którą Rzeczpospolita i tak jest winna każdemu ustanowionemu prawem statusowi i prawu niezależnie od ich treści i przedmiotu. Ochrona ze strony Rzeczypospolitej jest bowiem czymś, co należy się każdemu prawu, wolności czy statusowi wynikającemu z prawa stanowionego (które także decyduje o treści i środkach ochrony). Status małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny jest więc konstytucyjnie uprzywilejowany (opieka, jej poziom oraz intensywność ochrony, preferencja na wypadek ewentualnych kolizji)¹⁶.

Stanowisko, że pojęcie małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny wyczerpuje szerszą kategorię małżeństwa w ogólności, a więc i o innej strukturze podmiotowej, nie jest niczym uzasadnione. Oczywiście, erygowanie nowej instytucji małżeństwa na poziomie konstytucyjnym wymagałoby zmiany ustawy zasadniczej. Natomiast brak jest takiej przeszkody, gdyby miało chodzić o instytucjonalizację dokonaną w ustawie zwykłej. Dyskusja na temat art. 18 Konstytucji i znaczenia tego przepisu jako ewentualnego „rygla” dla instytucjonalizacji ZP w zastanawiający sposób omija kwestię poziomu instytucjonalizacji. Gdyby bowiem miało chodzić o poziom konstytucyjny, argument o ekskluzywności art. 18 byłby łatwiejszy do obrony, natomiast inaczej jest na poziomie ustawowym¹⁷. Zupełnie inną sprawą jest kwestia, czy na gruncie Konstytucji instytucjonalizacja takich związków jest wskazana oraz jakie względy, również konstytucyjne (ale już niewynikające z art. 18, lecz ewentualnie z przepisów o równości, dyskryminacji, ochronie prywatności) za tym by przemawiały, a jakie by to uniemożliwiały.

W tym miejscu należy tylko zauważyć, że art. 18, przyznając preferencyjną opiekę i ochronę małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny, nie wyklucza istnienia (instytucjonalizacji) innych modeli małżeństwa (o innej podmiotowej strukturze), a tym bardziej ZP niebędących w ogóle małżeństwem (cokolwiek by ten termin miał oznaczać). Na tle

¹⁶ Ściśle rzecz biorąc, art. 18 Konstytucji nie wyraża żadnej preferencji, ponieważ relacja preferencyjna jest dwuargumentowa. Można preferować coś wobec czegoś innego. Ponieważ art. 18 nie zestawia małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety z jakimkolwiek innym typem relacji międzyludzkich, nie wyraża też jakiegokolwiek preferencji. Kwestia pojawia się dopiero wtedy, gdy rozważa się projekty ustaw o związkach partnerskich, niezależnie od tego, czy są heteroseksualne czy homoseksualne. Pozostawiamy jednak termin „preferencja” z uwagi na przebieg dyskusji.

¹⁷ Opinia D. Dudka w sprawie poselskiego projektu ustawy o związkach partnerskich z 13 VI 2012, BAS-890/12/1 – autor dostrzega problem, ale ogranicza się tylko do konkluzji, że dla projektu (nieprzewidującego konstytucjonalizacji) art. 18 Konstytucji nie jest wzorcem relewantnym.

konstrukcji hipotezy art. 18 Konstytucji (czyli tego, do czego się on odnosi) nie jest więc wykluczona instytucjonalizacja ZP o innym reżimie prawnym czy innej strukturze podmiotowej niż właściwe dla małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny.

Charakteru ekskluzywnego art. 18 Konstytucji nie nabiera także z uwagi na swoją dyspozycję, tj. „pozostawanie pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej”. Funkcją tego przepisu jest przyznanie małżeństwu – jako związkowi kobiety i mężczyzny – opieki, co zakłada świadczenie czynne, bynajmniej nieczęsto spotykane w unormowaniu konstytucyjnym. Rolą przepisu nie jest definiowanie małżeństwa w ogólności, tym bardziej związków innego typu, ani też nadawanie cechy ekskluzywności małżeństwu będącemu beneficjentem uprzywilejowanego statusu, ani co do samej dopuszczalności instytucjonalizacji innych związków, ani co do pozostawania przez nie pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej (aparatu państwa i prawa). Byłoby inaczej, gdyby art. 18 Konstytucji (ewentualnie inny przepis konstytucyjny) zawierał zakaz związków innego niż małżeństwo typu wskazanego w tym przepisie. Wtedy rzeczywiście ustawodawca zwykły nie mógłby tego zakazu przełamać. Jednak takiego ahistorycznego znaczenia przepisowi temu nikt nie przyznaje, może poza logicznymi surrealistami z BSA SN. Zakaz (niekoniecznie nawet połączony z penalizacją) umieszczony w Konstytucji rzeczywiście ograniczałby ustawodawcę zwykłego (i orzecznictwo) w przyznawaniu prawnych skutków (ochrony, nie wspominając już o opiece) jakimkolwiek innym związkom. Artykułu 18 nie można jednak (i co do tego są zgodni nawet ci, przynajmniej w większości, którzy sprzeciwiają się instytucjonalizacji ZP) interpretować jako tworzącego zakaz (delegalizację) konkubinatów lub kohabitacji osób różnej czy jednej płci. Nie będzie natomiast dopuszczalna instytucjonalizacja w ustawie zwykłej związku zakazanego *de lege lata* w innych ustawach (kazirodczego, bigamicznego, a więc i poligamicznego czy też poliandrycznego)¹⁸.

Trudno powstrzymać się od uwagi na temat pojęcia małżeństwa. Aczkolwiek heteroseksualność była i nadal jest (pomimo wprowadzenia małżeństw homoseksualnych w niektórych krajach) podstawowym atrybutem związku małżeńskiego, nigdy nie występowała samodzielnie. Inaczej mówiąc, tradycyjne małżeństwo to wprawdzie związek kobiety i mężczyzny, ale pod pewnymi dodatkowymi warunkami. Kiedyś (a tu i ówdzie dalej tak jest) były zakazane małżeństwa osób należących do różnych stanów, ras czy będących wyznawcami różnych religii. Powszechne są ograniczenia dotyczące wieku czy poczytalności. Moż-

¹⁸ Akcentuje to A. Mączyński (jw., s. 91 oraz przypis 21), trafnie też krytykujący oparty na słabym argumencie gramatycznym odmienny pogląd B. Banaszkiewicza (jw.). Naszym zdaniem, racjonalne byłoby umieszczenie takiego zakazu w Konstytucji, jeśli miałyby to oznaczać konstytucyjną promocję małżeństwa tylko w postaci tradycyjnej. Na razie nie pomaga w tym względzie wspomniany już surrealizm logiczny BSA SN.

na więc powiedzieć, że pojęcie małżeństwa ewoluowało w historii, a w szczególności zmieniały się warunki, by tak rzec, zdolności małżeńskiej. Dopuszczenie małżeństw homoseksualnych można traktować jako kolejny krok tego procesu, zapewne bardziej radykalny niż poprzednie, ale niedający się apriorycznie wykluczyć¹⁹.

Przy takim rozszerzeniu małżeństwo kobiety i mężczyzny stanowi podkategorię małżeństwa w ogólności, którego struktura podmiotowa jest obojętna. Nawet Konstytucja nie wyklucza uogólnienia pojęcia małżeństwa, gdyż zdanie (a) „małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny” nie daje się wyprowadzić z wyrażenia (b) „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. Tylko gdyby (a) logicznie implikowało (b), inne małżeństwa niż heteroseksualne byłyby pojęciowo wykluczone, przynajmniej w świetle Konstytucji. Czytając niektóre wypowiedzi w sprawie ekskluzywności tradycyjnie rozumianego małżeństwa, mamy nieodparte wrażenie, że ważniejsze jest nie tyle, jak jest, ale jak się mówi. Kwestia rozszerzenia pojęcia małżeństwa w kontekście debaty o instytucjonalizacji ZP w Polsce ma na razie (to temporalne zastrzeżenie znaczy tyle tylko, że przyszłość nie jest znana) czysto teoretyczny charakter, ponieważ żaden z projektów ustaw o związkach partnerskich nie traktował ich jako małżeństw alternatywnych. Krytycy instytucjonalizacji ZP nie bardzo potrafią zrozumieć, że związek partnerski jako alternatywa dla małżeństwa jest czymś innym niż małżeństwo alternatywne.

Błąd wnioskowania przeprowadzonego w cytowanej opinii BSA SN, tak chętnie obecnie eksploatowanej w dyskursie politycznym, polegał na rozciągnięciu ekskluzywności reżimu prawnego przyznanego w art. 18 Konstytucji małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny na niewyrażone w tym przepisie dwie sytuacje: a) zakaz instytucjonalizacji małżeństw o innej strukturze podmiotowej oraz instytucjonalizacji innych związków; b) pozbawienie „ochrony i opieki Rzeczypospolitej Polskiej” (druga teza opinii BSA SN *in fine*) jakichkolwiek związków opartych na wspólnym pożyciu. Dodatkowym błędem jest brak świadomości i jasności, czy chodzi o instytucjonalizację konstytucyjną (tworzenie konkurencyjnego reżimu konstytucyjnie uprzywilejowanego), czy też o instytucjonalizację ustawową. Ponadto, dyspozycja art. 18 Konstytucji jest blankietowa. Opieka i ochrona, które przysługują, zgodnie z tym przepisem, małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny, nie mają jednego z góry ustalonego poziomu lub treści. O zakresie i treści ochrony i opieki przyznawanych przez Rzeczpospolitą małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny zawsze decyduje ustawodawstwo zwykłe. Artykuł 18 Konstytucji wprowadzie deklaruje preferencje dla tego reżimu, ale ani nie mówi, na czym on polega, jako że Konstytucja nie ustala tu żadnych treści (może

¹⁹ Zob. przypis 5.

poza programowym art. 71), ani nie wyklucza tym samym istnienia innych rodzajów ochrony, a może i opieki, nawet przy uznaniu, iż ochrona sama przez się nie musi implikować opieki; związek odwrotny jest oczywisty.

5. *Opieka i ochrona w świetle art. 18 Konstytucji.* Detale opieki i ochrony z art. 18 Konstytucji wynikają zakresowo z tego, co tradycyjnemu małżeństwu w obecnym brzmieniu przyznaje każdorazowy stan ustawodawstwa zwykłego. Tak więc ochrona i opieka, jaka służy związkowi kobiety i mężczyzny określanemu jako małżeństwo, nie będzie wyłączać ochrony i opieki na innym poziomie lub o innej treści – służących innym podmiotom czy związkom. Sporny przepis przecież nie stanowi, że jedynym związkiem pozostającym pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej jest małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Gdyby art. 18 był tak właśnie sformułowany, wykluczałoby to automatycznie instytucjonalizację innych związków (o różnej podmiotowej strukturze) i choćby pojęciową dopuszczalność istnienia małżeństw innych niż związek kobiety i mężczyzny. Artykuł ten nie ma jednak wskazanego wykluczającego ujęcia. Z kolei stwierdzenie, że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny (...) znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej” nie jest tożsame z zakazem przyznania jakiegokolwiek innemu związkowi hetero- czy homoseksualnemu jakiegokolwiek ochrony i opieki; nie implikuje także zakazu instytucjonalizacji prawnego reżimu innego związku²⁰. Ułamkowe, złożone z fragmentarycznych regulacji ustawowych statusy mają nawet obecnie konkubiny. Przeciwnicy instytucjonalizacji innych związków nie chcą zaakceptować rozumowania, że związki, zarówno heteroseksualne, jak i homoseksualne, to pojęcie szersze niż małżeństwo, a więc nazwa „małżeństwo” im się nie należy. Zatem ekskluzywność małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny (podkreślenie heteroseksualności) nie przekłada się automatycznie na niedopuszczalność instytucjonalizacji innych związków. Artykuł 18 Konstytucji nie stoi zatem na przeszkodzie uregulowaniu prawnego statusu innych związków, niezależnie od płci ich partnerów.

Odmienne w tym względzie poglądy nie są konsekwentne, ponieważ pomijają to, że odnoszą ekskluzywność do różnych sytuacji²¹. Nikt nie kwestionuje, że małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny przysługuje opieka, by tak rzec, konstytucyjna, a sama Konstytucja pomija inne

²⁰ A. Mączyński (jw.) pisze, że „wyrażony w tym przepisie nakaz zapewnienia opieki małżeństwu odnosi się tylko [podkr. – A.M.] do małżeństwa między kobietą a mężczyzną”. Ponieważ art. 18 Konstytucji do cech konstytucyjnych małżeństwa zalicza heteroseksualność nupturientów, zatem cytowane stwierdzenie jest tautologią dotyczącą tego, komu przysługuje ochrona prawna właściwa małżeństwu, a nie wykluczeniem możliwości kreowania przez prawo związków homoseksualnych. Określenie „tylko” autor odnosi bowiem w zamierzeniu do kwestii kreacji związków, podczas gdy semantycznie dotyczy ono opieki właściwej małżeństwu.

²¹ B. Banaszekiewicz, jw., s. 382, 386; A. Mączyński, jw., s. 94.

związki i w tym sensie jest ekskluzywna. Wprawdzie jest to stwierdzenie tautologiczne, gdyż jeśli *x* nie wspomina o *y*, to *y* jest pominięte przez *x*. Tak więc, skoro polska ustawa zasadnicza nie wspomina o ZP, to tym samym je pomija. Od strony praktycznej, przyznanie przez art. 18 Konstytucji małżeństwom jako związkom kobiet i mężczyzn ochrony i opieki ze strony Rzeczypospolitej nie wyklucza przyznania przez ustawodawcę ochrony czy opieki innym związkom opartym na wspólnym pożyciu.

Ochrona jest cechą każdego prawnego statusu czy prawa podmiotowego, opartego na polskim prawie pozytywnym na poziomie i w zakresie określonym przepisami właściwymi dla danego podmiotu. Dlatego wyraźnego wysłowienia tego faktu, i to nawet w rozdz. I Konstytucji, co czyni z art. 18 Konstytucji zasadę ustrojową, nie można uznawać za okoliczność wykluczającą przyznanie przez ustawodawcę ochrony i opieki o różnej treści i różnym poziomie komukolwiek czy czemukolwiek. Rzeczpospolita (o niej mowa w art. 18 jako o podmiocie sprawującym ochronę i opiekę) udziela swego władztwa i sankcji całemu prawu obowiązującemu w Polsce. Gwarantowana przez art. 18 Konstytucji ochrona i opieka Rzeczypospolitej nie ma więc charakteru ekskluzywnego (i to zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*).

Przede wszystkim, co do przedmiotu oraz poziomu ochrony i opieki art. 18 Konstytucji jest ujęty blankietowo. Wypełnienie tego blankietu konkretną treścią wymaga sięgnięcia do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, a w dalszej kolejności do kodeksu cywilnego (prawo spadkowe, lecz nie tylko) oraz do wszystkich innych ustaw, w których mowa o małżeństwie, prawach i obowiązkach małżonków lub statusie małżeństwa jako instytucji. Poszczególne składniki tego reżimu podlegają opiece i ochronie Rzeczypospolitej, przez co należy rozumieć zaangażowanie aparatu państwowego i właściwego mu przymusu do zachowania tego prawnego reżimu. Oczywiście, reżim ten nie jest niezmienny w tym znaczeniu, że zależy od każdorazowego stanu ustawodawstwa zwykłego. To ostatnie rzeczywiście instytucjonalizuje *de lege lata* w prawie tylko małżeństwa heteroseksualne. Jednak konkubiny heteroseksualne i kohabitacje osób jednej płci nawet w świetle istniejącego prawa są sytuacjami prawnymi, którym prawo daje pewne uprawnienia. Są one zresztą różnicowane m.in. w zależności od faktu, czy konkubinaty nakłada się na istniejący związek formalny (wtedy prawo musi jakoś rozstrzygać konkurencję interesów), czy też chodzi o konkubinaty ludzi stanu wolnego. Tym sposobem Rzeczpospolita Polska również konkubinatom i kohabitacjom udziela co najmniej ochrony przewidzianej przez rozmaite ustawy, chociaż innej treści niż stosowana na podstawie reżimu prawnego ustalonego dla małżeństwa w sensie art. 18 Konstytucji.

Intensywność ochrony, większa dla małżeństwa oraz znacznie ograniczona w wypadku innych związków, nie ma większego znaczenia dla problemu diskutowanego w tym fragmencie artykułu. Obowiązujące pra-

wo w pewnym stopniu udziela ochrony także konkubentom/kohabitantom traktowanym albo jako tacy, albo nawet jako osoby bliskie, które prawo jakoś chroni, czy to na gruncie prawa pracy, socjalnego, mieszkaniowego czy prawa cywilnego²². Czasem dzieje się tak dlatego, że przepisy prawa nie wspominają wyraźnie o tej kategorii osób, przy czym akceptacja, iż konkubent jest osobą bliską, bynajmniej nie była ani oczywista, ani szybka, a niekiedy pojawiała się jako efekt rozwoju orzecznictwa. To ostatnie rozwija się spontanicznie, sytuacyjnie, wręcz kapryśnie, prowadząc zresztą do dość zaskakujących rezultatów. Przykładowo, sporne jest w orzecznictwie sądów administracyjnych, czy ochroną (w zakresie uprawnień po zmarłym małżonku-kombatancie) cieszy się konkubinat heteroseksualny, u którego podstawy leży zawarcie małżeństwa w postaci ślubu kościelnego (bez wymaganego przez prawo ślubu w urzędzie stanu cywilnego)²³. Konkubiny (ale tylko heteroseksualne) korzystają z ochrony prawa w zakresie możliwości odmowy składania zeznań w sprawach karnych, aczkolwiek stanowisko praktyki jest chwiejne, a ocena potencjału tkwiącego w przepisach bywa sporna²⁴. Rozliczenia wzajemnych roszczeń majątkowych za czas trwania kohabitacji heteroseksualnej były przedmiotem wieloletnich sporów (wprawdzie dotyczących raczej prawnej podstawy i konstrukcji niż samej zasady). Zapewne pod wpływem przegranej przez nasz kraj sprawy *Kozak p. Polsce*²⁵ w Strasburgu, orzecznictwo SN zaakceptowało pogląd o możliwości objęcia ochroną z art. 691 k.c. partnera homoseksualnego zajmującego wspólne mieszkanie. Podobne przykłady można mnożyć i zarówno aprobować je, jak i krytykować²⁶. Naszym zdaniem, wskazują one na błędność poglądu, jakoby konkubiny i kohabitacje o różnej strukturze podmiotowej były wyjęte spod ochrony prawnej (udzielanej przez Rzeczpospolitą) *de lege lata*, przy czym można, przynajmniej w pewnych przypadkach, powołać się na konstytucyjną ochronę rodziny, przybierającą również nietypowe postacie²⁷.

²² M. Nazar: *Konkubinat w obowiązujących przepisach* [w:] *System prawa prywatnego*, t. 12. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2009, s. 919 i n.

²³ Za – wyrok NSA z 12 IV 2000, V NSA 1512/99, „Palestra” nr 7–8/2000, s. 241; przeciwnie – wyrok NSA z 11 XII 2001, II SA/Po 1478/00 (niepubl.). Problem dotyczy małżeństw zawieranych w latach 1946–1958, gdy nie było obowiązku poprzedzenia ślubu kościelnego ślubem cywilnym.

²⁴ Por B. Banaszekiewicz, jw., s. 362, przypis 6; P. Daniluk: *W sprawie uznawania partnerów homoseksualnych za osoby najbliższe w rozumieniu art. 115 § 11 k.c. (głos w dyskusji)* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 163.

²⁵ Wyrok ETPC z 2 III 2010, skarga nr 13102/02.

²⁶ Odpowiedź na pytanie udzielona w uchwale SN z 28 XI 2012, III CZP 65/12 (Lex nr 1227909): „osobą faktycznie pozostającą we wspólnym pożyciu z najemcą – w rozumieniu art. 691 § 1 k.c. – jest osoba połączona z najemcą więzią uczuciową, fizyczną i gospodarczą; także osoba tej samej płci”.

²⁷ Zob. wyrok SN z 7 V 1997, II UKN 141/97, OSNP nr 2/1998, poz. 61.

6. *Konsekwencje art. 18 Konstytucji dla instytucjonalizacji związków partnerskich.* Z art. 18 nie wynika nic na temat tego, czy i dlaczego należy instytucjonalizować ZP, a także dla negatywnego stanowiska w tej kwestii; ponadto przepis ten nie pociąga żadnych bezpośrednich konsekwencji względem tego, jakie przepisy Konstytucji temu zabiegowi sprzyjają lub stwarzają dla niego przeszkody. Nie da się z niego nawet wyprowadzić normy, że małżeństwem może być tylko związek kobiety i mężczyzny, choć *de lege lata* tak właśnie jest. Inaczej mówiąc, swobody ustanawiania innych typów małżeństw nie wykluczono przez art. 18. Podobnie zresztą stało się w Republice Federalnej Niemiec, gdzie takim ogranicznikiem nie stał się art. 6 ustawy zasadniczej (o identycznej konstrukcji i umiejscowieniu jak w Polsce art. 18)²⁸. Artykuł 18 Konstytucji nie stoi także na przeszkodzie ustanowieniu (rozwijaniu) przez ustawodawcę (i interpretacje orzecznictwa) reżimu prawnego dla kohabitacji o różnej podmiotowej strukturze, celach i funkcjach. Konstytucyjność każdorazowej nowej sytuacji tego rodzaju należy oceniać z punktu widzenia proporcjonalności ujęcia i ewentualnych kolizji, jakie może wywołać w przyszłości. Dlatego nie mają racji autorzy opinii BSA SN, a także politycy i publicyści, którzy z różnym zaangażowaniem, aczkolwiek z identycznym skutkiem (tj. bez powodzenia), usiłują przekonać, że to akurat art. 18 Konstytucji stanowi nieprzekraczalną przeszkodę dla instytucjonalizacji związków partnerskich.

Z drugiej strony, ciekawy jest pewien sposób myślenia, wcale nie odosobniony, spotykany w piśmiennictwie naukowym, autorów zdecydowanie i bezwarunkowo przeciwnych instytucjonalizacji ZP co do zasady, a nie tylko odnośnie do takich lub innych szczegółów. Gdy komentują oni odwołania się do art. 18 Konstytucji, ale idące w odmiennym kierunku niż ich własne poglądy, pojawia się argument, że adwersarze nie przeprowadzają dokładniejszej analizy, co ten przepis znaczy i jakie rodzi problemy interpretacyjne²⁹. Jeden z głównych oponentów instytu-

²⁸ Wyrok FTK z 17 VII 2002, I BvF 1/01 i BvF 2/02, omówiony przez Banaszekiewiczą (jw., s. 371–380) – Trybunał uznał za konstytucyjną niemiecką ustawę z 16 II 2001 o zarejestrowanym partnerstwie życiowym.

²⁹ B. Banaszekiewicz (jw.) zajmuje tu najbardziej jednoznaczne stanowisko: „na gruncie obowiązującego stanu konstytucyjnego ustawodawca zwykły nie może powołać do życia instytucji prawnej podobnej do małżeństwa” (s. 386), zatem przychyliła się do hipotezy, iż „z art. 18 wynika *a contrario* zakaz stanowienia podobnych unormowań w odniesieniu do związków niemałżeńskich” (s. 380). Ostrożniejsze jest stanowisko A. Mączyńskiego (jw., s. 93), bynajmniej niewykluczającego dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich: „Naruszeniem art. 18 Konstytucji byłaby także regulacja związków osób tej samej płci zapewniająca im pod względem prawnym sytuację identyczną jak sytuacja małżonków albo sytuację nie różniącą się od niej w sposób istotny”. Z kolei L. Wiśniewski (jw., s. 158) stwierdza po prostu istnienie przeszkody, powołując się na art. 18, bez bliższego jednak wyjaśnienia, zaś T. Smyczyński (*Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski* [w:] *Związki...*, jw., s. 71), sprzeciwiający się instytucjonalizacji związków partnerskich, w ogóle do tego przepisu się nie odwołuje.

cyjonalizacji ZP, B. Banaszkiwicz, zauważa, z łatwo wyczuwalnym zdziwieniem, brzmiącym wszakże jako zarzut, co następuje: „Prawnicze komentarze do art. 18 Konstytucji RP, z jednym chyba wyjątkiem, unikają jednoznacznego wypowiedzenia się w kwestii dopuszczalności *versus* zakazu instytucjonalizacji związków osób tej samej płci pod nazwą inną niż »małżeństwo«. Trudno pojąć, dlaczego wytrawni komentatorzy unikają precyzyjnego rozgraniczenia przynajmniej trzech problemów: znaczenia prawnego wskazanej nazwy, dopuszczenia (niezakazywania) przez prawo faktycznego istnienia prywatnych związków homoseksualnych, wreszcie ich prawnej instytucjonalizacji – i poprzestają na zdawkowym ustosunkowaniu się do dwóch pierwszych”³⁰.

Być może przyczyną powściągliwości odnotowanej przez B. Banaszkiwicza jest godna uznania dalekowzroczność owych wytrawnych komentatorów (a przynajmniej niektórych z nich)³¹. Wygląda bowiem na to, że konstatają oni w swych komentarzach wyraźną rozbieżność między tym, co daje się poprawnie wyinterpretować z art. 18 Konstytucji a historycznie i politycznie uwarunkowanymi oczekiwaniami, iż przepis ten stworzy skuteczną barierę dla instytucjonalizacji związków homoseksualnych, które są negatywnie oceniane z punktu widzenia aksjologii³². Byłoby jednak nader wskazane, aby lokalnej aksjologii nie nadawać uniwersalnego waloru.

7. *Geneza art. 18 Konstytucji*. Artykuł 18 pojawił się w rozdz. I Konstytucji, mówiącym o zasadach konstytucyjnych Rzeczypospolitej,

³⁰ B. Banaszkiwicz, jw., s. 381.

³¹ A. Mączyński (jw., s. 90, przypis 13) jest nastawiony bardziej manicheistycznie; przypisuje „wytrawnym komentatorom” ignorancję dotyczącą istnienia problemu. Tymczasem ani L. Garlicki (*Komentarz do art. 18 [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003), ani tym bardziej P. Winczorek (*Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 54), ani nawet W. Skrzydło (*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 33), choć ten akurat autor jest bardziej niechętny instytucjonalizacji związków nieheteroseksualnych, nie formułują myśli w sposób pozwalający na wniosek, że art. 18 jest przeszkodą dla instytucjonalizacji związków partnerskich.

³² R. Piotrowski w opinii z 13 VI 2012, BAS-890/12/2 podaje 4 warianty interpretacyjne art. 18 jako oparte na tekście ustawy zasadniczej: „a) Konstytucja ustala zasadę heteroseksualności małżeństwa jako normę prawną, zapewniając mu ochronę i opiekę; b) Konstytucja nie ustala zasady heteroseksualności małżeństwa, a jedynie deklaruje ochronę i opiekę dla małżeństw heteroseksualnych, nie wykluczając przez to małżeństw nieheteroseksualnych; c) Konstytucja wyklucza jakiegokolwiek inne związki podobne do małżeństwa lub równe mu pod względem statusu prawnego, w szczególności homoseksualne, ponieważ naruszałoby to szczególnie status prawny małżeństw i nie gwarantowałoby im ochrony i opieki; d) Konstytucja nie wyklucza innych związków – w szczególności partnerskich, zorganizowanych na zasadach przewidzianych w przedmiotowych projektach – podobnych do małżeństwa lub równych mu pod względem statusu prawnego, w szczególności homoseksualnych, ponieważ nie naruszałoby to szczególnego statusu prawnego małżeństwa; ochrona i opieka gwarantowana małżeństwom wymaga działań pozytywnych, a nie negatywnych, polegających na ograniczaniu lub eliminowaniu związków o innym charakterze”.

w końcowym etapie prac nad tekstem ustawy zasadniczej³³. W dyskusji konstytucyjnej odrzucono natomiast dalej idącą propozycję charakterystyki rodziny jako „naturalnej i podstawowej wspólnoty w państwie”. Rodzina została zatem uznana za element konstytuujący społeczeństwo obywatelskie. Deklaracje te miały wyraźnie ideologiczny charakter, gdyż eksponowały rolę rodziny w intencji podkreślania subsydiarności w działaniu władzy publicznej (bo rodzina jest strukturą tworzoną przez obywateli, a nie przez państwo). Stanowisko sceptyczne wyrażał konsekwentnie K. Działocha, który zresztą uważał art. 18 za pozbawiony treści normatywnej.

Obecnie przeciwnicy instytucjonalizacji związków partnerskich przywołują wprost argument, iż u źródeł sformułowania w art. 18 o heteroseksualnym charakterze małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny leżało przekonanie, że konstytucjonalizacja przepisu takiej właśnie treści zapobiegnie ewentualnej instytucjonalizacji małżeństw homoseksualnych³⁴. Jeżeli jednak chciano w ten sposób na etapie przygotowania Konstytucji stworzyć przeszkodę dla wprowadzenia małżeństw homoseksualnych, zamiar ten trudno uznać za udany. Stało się tak z uwagi na niewyłączny charakter normowania, zarówno w odniesieniu do domniemanego zakresu nazwy „małżeństwo”, jak i właściwego reżimu prawnego regulującego to, co ten zakres miałyby obejmować. Ponadto, nie zdawano sobie zapewne sprawy, że stworzenie skutecznej przeszkody dla instytucjonalizacji innych postaci małżeństwa (tj. o innej strukturze podmiotowej) wymagałoby ich wykluczenia nie tylko na poziomie konstytucyjnym, ale również przez ustawę zwykłą, która musiałaby wyeliminować instytucjonalizację związków opartych na wspólnym pożyciu, ale nie będących małżeństwami w rozumieniu *de lege lata*.

Jest zresztą paradoksem, że w art. 18 Konstytucji, niewątpliwie wbrew wyraźnie deklarowanym intencjom jego proponentów, bardziej można widzieć przeszkodę dla prawnej instytucjonalizacji konkubinatów jako związków kobiety i mężczyzny niż przeszkodę w erygowaniu nowej instytucji prawnej na potrzeby związków homoseksualnych. Problem wyłożył w jasny sposób niemiecki FTK w uzasadnieniu wyroku z 17 VII 2002. Linia podziału wyznaczająca poziom trudności w konstytucyjnej akceptacji biegnie bowiem nie według tego, czy chodzi o związki heteroseksualne czy homoseksualne, ale według odróżnienia związków instytucjonalizo-

³³ Na wniosek ówczesnej posłanki UW – H. Suchockiej, przeniesiono tradycyjnie ujęty przepis: „rodzina znajduje się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej” z rozdziału o prawach i wolnościach właśnie do zasad ogólnoustrojowych, zob. *Posiedzenie podkomisji stałych Komisji Konstytucyjnej z 9 X 1996*, „Biuletyn KKZN” 1996, nr XXXIX, s. 128–130.

³⁴ „Z wypowiedzi uczestników KKZN w dniu 4 IV 1995 jednoznacznie wynikało, że sformułowanie art. 18 Konstytucji miało uniemożliwić instytucjonalizację związków osób tej samej płci”, zob. opinię BSA SN z 10 V 2012, jw., s. 4.

wanych w pełni, tj. małżeństw (w sensie art. 18 Konstytucji) i częściowo, tj. konkubinatów. Ponieważ, według omawianego pomysłu na wykładnię art. 18, wyklucza się jakąkolwiek instytucjonalizację związków homoseksualnych, homoseksualiści nie mają żadnej alternatywy. Pomijając już wcześniej poruszone problemy aksjologiczne, nieformalny związek homoseksualny nie może być – z uwagi na odmienną swych funkcji i zdeteminowanej psychofizycznie orientacji partnerów – żadną konkurencją dla tradycyjnego małżeństwa ani też zagrożeniem dla jego prokreacyjnych funkcji. Natomiast heteroseksualny konkubinat taką konkurencję tworzy. Jego uczestnicy, jeśli chcą formalizacji i jej potrzebują, mają do dyspozycji stosowny instrument prawny – mogą zawrzeć małżeństwo. Z tej przyczyny, jeżeli w art. 18 Konstytucji (podobnie jak w Niemczech w art. 6) widzieć źródło preferencji dla małżeństw heteroseksualnych i rodziny, to związki homoseksualne nie zagrażają tym preferencjom; inaczej jest z heteroseksualnymi konkubinami. Ponadto te ostatnie mogą istnieć także przy udziale osób już pozostających w związkach małżeńskich, co tylko dodatkowo sytuację komplikuje z uwagi na rysujący się konflikt interesów, który musiałby być rozstrzygany przy uwzględnieniu treści art. 18 Konstytucji³⁵. Z punktu widzenia zasad konstytucyjnych i aksjologii art. 18, łatwiej zatem o aprobatę dla prawnej instytucjonalizacji związków homoseksualnych niż konkubinatów.

8. *Problemy ze znaczeniem art. 18 Konstytucji.* Artykuł 18 dotyczy nie tylko małżeństwa heterogenicznego, ale także rodziny, macierzyństwa, rodzicielstwa. Do tej pory jednak nie jest jasny wzajemny stosunek między tymi pojęciami i brakuje precyzji w ich rozdzieleniu. W szczególności, dyskusja nie doprowadziła do jasności, jaki zakres stosunków (podmiotowych i na jakich więziach opartych: prawnych, czy także naturalnych) obejmuje rodzina (np. czy chodzi tu też o rodzinę niepełną albo zastępczą, nieopartą na więzach krwi), a także, czy bezdzietne małżeństwo jest rodziną, czy nią nie jest³⁶. Ten ostatni pogląd znaczy, że małżeństwo podlega konstytucyjnej ochronie nie jako postać rodziny, lecz samoistny twór niepołączony więzami krwi³⁷. Wszelako żaden przepis prawa polskiego nie definiuje rodziny. W tej sytuacji, zgodnie z tradycyjnymi kanonami wykładni, trzeba odwołać się do potocznego rozumienia rodziny.

Słownik języka polskiego, a więc źródło autorytatywne w tym względzie, odróżnia rodzinę jako zespół obejmujący małżonków i ich

³⁵ Skoro możliwe są faktyczne związki homoseksualne osób pozostających w formalnych małżeństwach, taka sytuacja także musiałaby być przedmiotem proporcjonalnego wyważenia ochrony.

³⁶ A. Mączyński, jw., s. 95 oraz przypis 18.

³⁷ Ten pogląd, chociaż atrakcyjny konstrukcyjnie, zderza się jednak z odmiennymi kierunkami orzecznictwa sądowego.

dzieci oraz w sensie ogólniejszym – jako grupę osób związanych pokrewieństwem i powinowactwem³⁸. Wybór pierwszego, bardziej restryktywnego rozumienia, jest arbitralny, niezgodny z intuicjami potocznymi i chyba niezgodny z treścią k.r.o., nie mówiąc już o tym, że językowa postać art. 18 jest wręcz dziwaczna przy przyjęciu wąskiego rozumienia rodziny. Artykuł ten jest też częściowo redundantny przy drugim znaczeniu terminu „rodzina”, gdyż skoro rodzicielstwo jest ojcostwem lub macierzyństwem, słowo „macierzyństwo” jest w tym przepisie zbędne. Członek Komisji Konstytucyjnej ZN, R. Kalisz, w wywiadzie udzielonym TOK FM (18 III 2013) zwrócił uwagę, że przecinek po słowie „mężczyzny” nie jest przypadkowy – miał umożliwić poddanie opiece i ochronie ze strony prawa nie tylko takich rodzin, których składnikiem jest małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Uważamy, że prawidłowe jest rozumienie art. 18 Konstytucji jako dotyczącego małżeństwa w rozumieniu związku kobiety i mężczyzny oraz rodziny, oraz rodzicielstwa, oraz macierzyństwa, przy czym słowo „oraz” pełni funkcję dystrybutywną, tj. oddzielającą poszczególne elementy, oczywiście bez ich wzajemnego wykluczania się. Nawiasem mówiąc, stanowisko to wspiera w pewien sposób pogląd broniony w artykule, że instytucjonalizacja małżeństwa homoseksualnego nie doznaje przeszkody ze strony art. 18 Konstytucji. Nie ma też powodu, aby takich związków nie traktować jako rodzin. Dostarcza to dodatkowego wsparcia dla zastrzeżeń co do pozbawienia osób o orientacji homoseksualnej prawa wyboru instytucjonalnej formy ich wspólnego życia.

Większa konsekwencja w użyciu pojęć zastosowanych w art. 18 Konstytucji, a nie kierowanie się ideologią, być może uchroniłoby proponentów od rozczarowania, jakoby art. 18 rzeczywiście powodował, że „nie ma miejsca dla instytucji o skutkach podobnych bądź identycznych do małżeństwa, przewidującej inne, bardziej liberalne zasady zawarcia i rozwiązania związku, ani instytucji równoległej do małżeństwa dla osób tej samej płci”³⁹. Błąd ten nie może być naprawiony przez odwołanie się do rzekomej wykładni historycznej, która miałaby nadać omawianemu przepisowi sens; jest bowiem niewątpliwe, czego część uczestników debaty chciała, lecz czego nie wyartykułowano i w końcu nie osiągnięto na skutek użycia niewłaściwego instrumentu. Artykuł 18 nie doczekał się, przynajmniej na razie, wykładni legalnej, jakkolwiek zdarzały się wypowiedzi *obiter dicta*⁴⁰. Odwołanie się do dyskusji przedkonstytucyjnej nie daje też podstaw dla tzw. wykładni autentycznej (w sensie przyjętym w nauce prawa), gdyż wszystko wskazuje na to, że art. 18 został wprowadzony

³⁸ Zob. <http://doroszewski.pwn.pl/haslo/rodzina/>; <http://sjp.pwn.pl/>.

³⁹ Opinia BSA SN z 10 V 2012, jw., s. 5.

⁴⁰ Przykładowo, wyrok TK z 12 IV 2011, SK 62/02, OTK nr 3A/2011, poz. 22 (wykładający wąsko pojęcie rodziny, jakkolwiek art. 18 Konstytucji nie został w nim uznany za dopuszczalny wzorzec kontroli konstytucyjności skargi).

dzony niejako dla świętego spokoju, obecnie dość pompatycznie nazywanego kompromisem konstytucyjnym. Niektórzy przeciwnicy instytucjonalizacji ZP przyznają, że u źródeł zamiaru związanego z art. 18 leżało zaangażowanie w sprawę przedstawicieli Kościoła katolickiego⁴¹. Obecne i ówczesne enuncjacje eksponentów stanowiska tej instytucji wyraźnie wskazują, że podstawowym priorytetem było wykluczenie homoseksualnych ZP. Instytucje religijne mają rzecz jasna prawo do artykulacji swego stanowiska i wpływania na tok prac legislacyjnych za pośrednictwem swych współwyznawców, o ile mieści się to w granicach ładu, by tak rzec, parlamentarnego. Z drugiej strony, powoływanie się na opinię biskupów katolickich (bo o nich chodzi) jako na źródło rozstrzygające o interpretacji prawa jest skandalem politycznym i świadectwem niezrozumienia zasad demokracji.

9. *Podsumowanie dotychczasowych rozważań.* Konkludując, wykorzystanie art. 18 Konstytucji jako stwarzającego przeszkody dla instytucjonalizacji ZP jest czymś w rodzaju interpretacyjnego usiłowania nieudolnego. Przeprowadzona analiza tego artykułu nie upoważnia do wniosku, że stanowi on jakkolwiek przeszkodę dla instytucjonalizacji związków partnerskich innych niż małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Przepis ten nie wprowadza bowiem ekskluzywności, nawet konstytucyjnej (nie wspominając już o instytucjonalizacji w ustawach zwykłych) małżeństwa ograniczonego do osób dwojga płci. Nie daje także, wbrew opinii BSA SN podstaw do wniosku o braku prawnej możliwości przyznania takim związkom ochrony i opieki ze strony Rzeczypospolitej.

Udzielana przez art. 18 Konstytucji ochrona i opieka nie ma sama w sobie charakteru ekskluzywnego (i to zarówno *de lege lata*, jak i *de lege ferenda*). *Prima facie*, jedynym prawomocnym wnioskiem z art. 18 jest to, że – w perspektywie *de lege lata* – nazwa „małżeństwo” jest zarezerwowana dla małżeństw heteroseksualnych. Artykuł 18 wcale nie wyklucza porzucenia tej konwencji *de lege ferenda*, aczkolwiek wymagałoby to jego nie tyle zasadniczej zmiany, ile kosmetycznej korekty. Niemniej jednak, jesteśmy bardzo dalecy od poglądu, że problem instytucjonalizacji ZP sprowadza się tylko do kontrowersji natury semantycznej.

10. *Artykuł 18 Konstytucji w świetle metod interpretacji prawa.* Wprowadzie dotychczasowa analiza zawierała elementy wykładni językowej, logicznej i systemowej, ale nie zwracaliśmy na to specjalnej uwagi. W tym miejscu zastosujemy te techniki (metody) interpretacyjne w spo-

⁴¹ B. Banaszek (jw., s. 383) z powołaniem ówczesnych materiałów prasowych (przypis 35).

sób systematyczny. Będziemy rozpatrywać stosunek zdania (1) ZP podlegają instytucjonalizacji w sposób *k*, do art. 18 Konstytucji⁴². Zdanie (1) traktujemy jako syntetyczny zapis jakiegoś projektu ustawy o ZP w rodzaju tych, jakie Sejm odrzucił w dniu 25 I 2013. Litera *k* oznacza parametr w sensie przypisu 2 na początku artykułu. Z uwagi na dotychczasowy przebieg dyskusji parametr ten jest bliżej wyspecyfikowany przez kontekst „w sposób taki sam lub podobny jak małżeństwo jako związek kobiety lub mężczyzny” (dalej: małżeństwo = małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny). Interesuje nas to, czy zdanie (1) jest sprzeczne z art. 18 (możemy w nim pominąć bez utraty ogólności i zgodnie z tenorem całej dyskusji pierwszy przecinek i kontekst „rodzina, rodzicielstwo i macierzyństwo”), tj. zdaniem (2) Małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką RP. O ile rzeczona sprzeczność ma zachodzić, zdanie (1) powinno logicznie implikować zdanie (3) Nie jest prawdą, że małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką RP. Alternatywną drogą rozumowania jest wykazanie odnośnej sprzeczności na podstawie tego, że zredukowana postać art. 18 Konstytucji implikuje negację (1), tj. zdanie (4) Nie jest prawdą, że ZP podlegają instytucjonalizacji w stopniu *k*.

Ponieważ obie strategie są równoważne, wybór jednej z nich jest kwestią konwencji. Niemniej jednak, wygodnie jest prowadzić rozumowanie w obie strony. Będziemy rzecz kolejno badali przez aplikacje klasycznych metod wykładni, tj. (A) językowej; (B) logicznej; (C) systemowej i (D) funkcjonalnej. Od razu zauważymy, że rezultaty mogą zależeć od przyjęcia dodatkowych założeń. Naszym celem jest wykazanie, że sprzeczność między (1) a art. 18 nie występuje przy presumpcjach przyjmowanych przez przeciwników instytucjonalizacji ZP.

Ad (A) i (B). Wygodnie jest potraktować wykładnię logiczną i językową wspólnie. Już wcześniej zauważyliśmy, że art. 18 nie zawiera słowa „tylko”. Uniemożliwia to wyprowadzenie wniosku, że ochrona i opieka ze strony Rzeczypospolitej Polskiej nie przysługuje innym związkom niż małżeństwo. Z drugiej strony, żaden z projektów diskutowanych w Sejmie nie implikuje (3). Ponieważ ani (1) nie implikuje (3), ani (2) nie pociąga (4), nie ma sprzeczności, której doszukują się przeciwnicy instytucjonalizacji ZP.

Ad (C). Umiejscowienie art. 18 w takim lub innym miejscu Konstytucji nie ma żadnego znaczenia dla jego wykładni logiczno-językowej. Inaczej ma się sprawa z wykładnią systemową. Przeciwnicy instytucjonalizacji ZP wskazują na to, że umiejscowienie art. 18 w rozdz. I („Rzecz-

⁴² Tylko gwoli pedanterii zaznaczamy, że nie widzimy żadnych przeszkód semantyczno-logicznych dla operowania w tym kontekście terminem „zdanie”, a nie „norma” (lub mu równoważnymi). Jeśli ktoś zauważy, że zdania są prawdziwe, a normy nie, co znaczy, iż pojęcie (nie)sprzeczności logicznej nie stosuje się do drugich, odpowiemy, iż nie warto angażować sporów o charakter tzw. logiki prawniczej do stosunkowo prostych problemów interpretacji prawa.

pospolita”) nadaje mu rangę zasady ustrojowej. Czy z tego wynika (4)? Możemy przy tym rozumieć parametr k jako kodujący stopień ochrony i opieki (razem: protekcji) ZP przez prawo.

Przyjmijmy, że art. 18 nadaje jakieś maksimum ochrony i opieki małżeństwom jako protekcji konstytucyjnej. Wszelako, i to już rozważyliśmy, dyspozycja art. 18 ma charakter blankietowy. Jeśli tak, to specyfikacja ochrony i opieki dokonuje się na poziomie ustaw zwykłych. Przypuśćmy, że stopień protekcji został oszacowany jako s (nie wchodzimy w to, czy takie rachunki mogą być przeprowadzone efektywnie). Z tego można tylko wyprowadzić wniosek, że k ma być mniejsze od s , a nie, iż protekcja ZP przez ustawy zwykłe jest wykluczona⁴³. Jest to najmocniejsza konkluzja, którą może wyprowadzić przeciwnik instytucjonalizacji ZP. Przekładając to na język obecnej debaty o ZP, wykluczone jest przyznanie tym związkom takiego samego statusu jak małżeństwom. Wystarczy więc, że projekt instytucjonalizacji ZP kontrastuje je z małżeństwami pod jakimś istotnym względem dla protekcji, aby osiągnąć zgodność z Konstytucją.

Ponadto, nie ma żadnego powodu, aby kwestionować możliwość podobnego lub analogicznego ukształtowania ZP jak w przypadku małżeństw, o ile analogia (podobieństwo) opiera się na relacji $k < s$ ⁴⁴. Adaptując w pewien sposób zasadę *a maiori ad minus* można rozumować, że skoro związki partnerskie są czymś mniej od małżeństw, to jeśli ustawodawcy wolno przyznać więcej protekcji drugim, to może przyznać ZP mniej ochrony i opieki. Trzeba też zwrócić uwagę, że różnicowanie wagi poszczególnych przepisów Konstytucji w zależności od tego, w jakim rozdziale się znajdują, prowadzi do paradoksalnych konsekwencji. Artykuł 21, znajdujący się w rozdz. I Konstytucji, chroni własność i prawo dziedziczenia. Stosując wykładnię systemową wedle zaleceń przeciwników instytucjonalizacji ZP, można sugerować, że ochrona własności i dziedziczenia jest (powinna być) mocniejsza niż godności i wolności, gdyż artykuły dotyczące tych dwóch fundamentalnych spraw nie mają charakteru ustrojowego.

Ad (D). Wprowadzenie jakiegokolwiek nowej instytucji prawnej, zwłaszcza w obliczu kontrowersji wokół niej, niesie ryzyko pojawienia się negatywnych skutków społecznych. Tak też jest w przypadku instytucjonalizacji ZP. Niemniej jednak, Polska nie jest pionierem w tym względzie. Kraje, które wprowadziły ZP nawet w sposób dalej idący niż przewidywały to polskie projekty, nie zostały dotknięte żadnym kryzysem społecznym

⁴³ Odpowiada to stanowisku A. Mączyńskiego wspomnianym w przypisie 31.

⁴⁴ Jest rzeczą wręcz znamienne, że prawnicy z Kancelarii Prezydenta RP (K. Łaszkiwicz, 19 III 2013, <http://www.rp.pl/artykul/991399-Zwiazki-prezydenta.html>) utrzymują, że art. 18 wyklucza regulację ZP nawet podobną małżeństwu. Radykalność poglądu, przy wątpliwości argumentacji, jest szczególnie rażąca, skoro to właśnie prezydent stoi na straży Konstytucji.

i nic nie wskazuje na to, aby miało to się zmienić. W szczególności, związki partnerskie o instytucjonalnym statusie prawnym wcale nie muszą być mniej trwałe od małżeństw. Jak już wskazywaliśmy, związki homoseksualne nie stanowią jakiejkolwiek alternatywy dla małżeństw. Nie mają też znaczenia dla intensywności przyrostu naturalnego w społeczeństwach, gdyż ten zależy wyłącznie od prokreacyjnej produktywności par heteroseksualnych. Jedno z dwojga, albo instytucjonalizacja ZP zmniejszy przyrost naturalny, albo nie. Nie wiemy, jak będzie w Polsce, a doświadczenie innych krajów nie świadczy na rzecz pierwszej możliwości.

Wygląda na to, że dynamika demograficzna jest obecnie i nadal będzie niezależna od tego, czy dzieci będą się rodziły w małżeństwach czy w związkach partnerskich. W każdym razie, szydercze uwagi nawet poważnych prawników, że trzeba zablokować sytuację, w której „niektórym dzieciom co roku zmienia się tatuś lub mamusia”, są wysoce nie na miejscu⁴⁵. Nie jest to wyraz antropologii filozoficznej nadmiernie podkreślającej godność i odpowiedzialność ludzką. W tym punkcie warto przywołać opinię J. Leońskiego, że ZP są, a przynajmniej mogą być ufundowane na zaufaniu społecznym, a więc czymś fundamentalnym z punktu widzenia relacji międzyludzkich⁴⁶. Pogląd J. Gowina, często przez niego powtarzany, że nie należy instytucjonalizować ZP, dokładnej heteroseksualnych, ponieważ ich partnerzy mogą wziąć ślub kościelny, cywilny lub żyć w konkubinacie, ignoruje to, iż konkubinaty zapewnia bardzo wyrwykową i okazjonalną ochronę, a ponadto nosi znamiona totalitaryzmu obyczajowego. Wprawdzie nie ma żadnych gwarancji, że instytucjonalizacja ZP nie spowoduje negatywnych konsekwencji, ale nie ma żadnych wyraźnych powodów dla poglądu przeciwnego.

Biorąc pod uwagę spostrzeżenia poczynione w tym punkcie, konkludujemy, że również wykładnia funkcjonalna nie dostarcza argumentów za sprzecznością art. 18 ze zdaniem oznaczonym jako (1).

11. *Uwagi o szczegółach instytucjonalizacji.* Sposób i detale instytucjonalizacji związane są nie z pytaniem „czy?”, ale z pytaniem „jak?”. Odpowiedź na drugie jest rzeczą pierwszej wagi w obliczu obserwowalnej tendencji polegającej na ilościowym rozwoju mniej sformalizowanych form życia wspólnego. Właśnie ze względu na racje funkcjonalne warto założyć, że jest to tendencja nieodwracalna i wyciągnąć z tego konsekwencje dla prawa.

⁴⁵ A. Zoll: *Państwo nie może osłabiać trwałości rodziny*, „Rzeczpospolita” z 27 I 2013 (wywiad M. Szułdryńskiego). *Nota bene*, przeciwnicy instytucjonalizacji ZP nie są konsekwentni manifestując wierność katolickiej nauce o małżeństwie i rodzinie, skoro powiadają: „ZP nie, małżeństwa cywilne tak”. Innym rysem ich postawy jest to, że w ogóle nie protestują przeciwko rozwodom, aczkolwiek powinni domagać się ich delegalizacji.

⁴⁶ J. Leoński: *Związki partnerskie w perspektywie socjologicznej teorii zaufania* [w:] *Związki...*, jw., s. 7–18.

Jest dość oczywiste, że nasze wnioski są zgoła inne niż przeciwników instytucjonalizacji ZP, aczkolwiek uważamy, iż bardziej zgodne z racjonalnym ujęciem funkcji prawa. Droga ustawowa jest w tym przypadku znacznie bardziej racjonalna niż realizacja aspiracji do osiągnięcia statusu prawnego w wyniku zawierania umów cywilnoprawnych czy oświadczeń składanych przed notariuszem. Ten pierwszy sposób wprowadza regularność i stabilizację do wyraźnie zarysowanej sfery życia społecznego, a także umożliwia wprowadzenie skuteczniejszych instrumentów zapobiegających ewentualnym negatywnym skutkom instytucjonalizacji. Regulacja kontraktowa, a więc metoda niejako „kropelkowa”, jest nieadekwatna względem potrzeb życia codziennego⁴⁷. W szczególności, brak jest pełnej wymienności między postulatami zmian przez uzupełnienie rozmaitych regulacji prawnych (wzajemna reprezentacja, udzielanie informacji o życiowych sprawach dotyczących partnera, zawieranie umów między partnerami) a instytucjonalizacją ZP⁴⁸. Umowy działają bowiem *inter partes* (ale już nie *erga omnes*, zwłaszcza wobec organów państwowych) i zapewniają realizację tylko niektórych interesów osób pozostających w partnerstwie⁴⁹. Tak więc ustawowa instytucjonalizacja ZP jest korzystniejsza zarówno dla organów państwa, jak i dla partnerów takich relacji. Patrząc na to z tego punktu widzenia, trzeba powiedzieć, że przeciwnikom ustawowej regulacji ZP po prostu brakuje wyobraźni socjologicznej.

12. *Podsumowanie.* Dyskusja nad instytucjonalizacją związków partnerskich jest skierowana na niewłaściwe tory. Błąd co do treści i ro-

⁴⁷ Obok małżeństwa (obowiązek jego prawnej instytucjonalizacji jako związku kobiety i mężczyzny wynika z art. 18 Konstytucji) powinny w prawie być inne reżimy prawne, instytucjonalizujące (niekoniecznie w jednej ustawie) inne postacie związków i wspólnot gospodarczo-emocjonalnych, dotyczących zarówno związków jedнопłciowych, jak i obecnie nieinstytucjonalizowanych innych związków *quasi*-rodziny (konkubinaty heteroseksualne, rodziny zastępcze, inne wspólnoty rodzinne polegające na prowadzeniu wspólnego gospodarstwa i oczywiście związki homoseksualne). Prawo powinno dawać możliwość formalizacji takiej wspólnoty, a jej prawny reżim może być zróżnicowany (np. czy chodzi o rodziny zastępcze, wspólne zamieszkanie i wspólną rodzinno-gospodarczą, związki partnerskie). Więzy rodzinne i *quasi*-rodzinne mogą przybierać różną postać, czasem nietypową czy statycznie najczęstszą. Prawo powinno mieć postawę włączającą, a nie wykluczającą i umożliwiać stworzenie prawnych ram, aby wychodzić na przeciw tym zróżnicowanym potrzebom ludzkim. Pożądane jest przy tym takie stanowisko, jakie towarzyszy uznawaniu praw człowieka, gdzie zaspokojenie aspiracji statusowych (wolność osobista) wymaga tylko ich uznania; zaspokojenie aspiracji pomocowych, np. świadczeń w naturze, może napotkać trudności z uwagi na brak sposobności. Dlatego kształtowanie konkretnych reżimów prawnych wymaga rozważliwej i powściągliwości zwłaszcza w tej drugiej sferze.

⁴⁸ Inaczej M. Nesterowicz: *Prawa człowieka. Czy ustawa o związkach partnerskich jest potrzebna. Dziesięć mitów prawnych gejów i lesbijek*, „Rzeczpospolita” z 31 XII 2004 – 2 I 2005. Obecnie podobne stanowisko reprezentuje Kancelaria Prezydenta RP, jak i sam B. Komorowski.

⁴⁹ Podobny problem pojawiał się na tle instytucjonalizacji osoby prawnej (instytucjonalizacja przez oktrojowanie statusu – instytucjonalizacja na skutek spełnienia przez *quid* przesłanek właściwych dla instytucjonalizacji).

li art. 18 Konstytucji, popełniony w czasie prac legislacyjnych, skutkuje usiłowaniami odnalezienia w nim tego, czego na poziomie zasad po prostu nie zawiera. Byłoby bardziej płodne przeniesienie tej dyskusji na szczebel sposobu rozwiązania różnych trudności praktycznych rozmaitych kohabitacji, w szczególności sposobu rozstrzygnięcia realnych kolizji interesów (przy równoległe istniejących konkubinatach i małżeństwach, a także partnerstwach i rodzinach), sprawy dopuszczalności i zakresu pomocy socjalnej w takich wypadkach itd. Tymczasem dyskusja prowadzona jest co do zasady, a to – jak zwykle – niepotrzebnie uszczywnia stanowiska. Przyjęcie rygorystycznej ekskluzywności małżeństwa heteroseksualnego powoduje np. ogromne trudności w posługiwaniu się klasycznymi metodami rozwiązywania problemów w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego (analogia instytucjonalna).

System prawny RP nie może ignorować tego, że w większości krajów Europy uregulowano sprawę związków partnerskich. Wkrótce będziemy mieli poważne problemy, ponieważ obywatele innych krajów, którzy zawarli związek partnerski lub małżeństwo homoseksualne, także z obywatelem polskim, osiedlają się w Polsce i będą dochodzić swoich praw. Uciekając od problemu, przeciwnicy regulacji związków partnerskich, zwłaszcza wykluczając jakąkolwiek analogię z małżeństwem nawet na potrzeby prawa prywatnego międzynarodowego, sami na siebie zastawiają pułapkę. W istocie rzeczy, zostaje im tylko odwołanie się do klauzuli porządku publicznego. Trudno sobie to wyobrazić w zjednoczonej Europie.

Już na sam koniec zauważymy, że powadze debaty nie najlepiej służy pełen poczucia wyższości ton wypowiedzi, maskowany nieprzyjemnym (dla wypowiadających się) zaskoczeniem i nieukrywanym zdumieniem z powodu niezrozumienia przez zwolenników instytucjonalizacji ZP oczywistych zasad prawa naturalnego. Enuncjacje te wiążą problem z agresywną modą czy hałaśliwym i prowokacyjnym lansowaniem się środowisk lesbijskich, gejowskich, biseksualnych i transseksualnych oraz wykorzystującymi to, bo jakże inaczej, przedstawicielami lewicowych orientacji politycznych, oczywiście antyklerykalnych. Choć obie strony sporu są nieraz siebie warte, większe pretensje należy skierować do przeciwników instytucjonalizacji ZP, gdyż, jak już to wielokrotnie bywało w historii, idą pod prąd przemian społecznych, a ponadto odmawiają podjęcia rzeczowej dyskusji. Jest rzeczą zdumiewającą, że ton wielu oświadczeń płynących z tego obozu, politycznych, publicystycznych, a nawet naukowych, wielce przypomina kondemnacje pod adresem opozycji demokratycznej, formułowane przez ideologów broniących realnego socjalizmu. I oni perorowali, że garstka cynicznych polityków niecznie nadużywa zdrowego instynktu moralnego większości społeczeństwa. Czas odwrócić korupcję dyskursu publicznego w Polsce, m.in. dlatego, że nawiązuje do niezbyt świetlanych wzorców.

Institutionalization of domestic partnerships and the Constitution of the Republic of Poland of 1997

This paper concerns the problem of institutionalization of domestic partnerships in the light of Article 18 of the Constitution of Republic of Poland. Institutionalization is a process of passing from non-formalized forms of social life to structures regulated by normative standards. Two different questions should be distinguished, namely whether institutionalization is justified and how it should be done. The authors argue that Article 18 of the Constitution does not exclude institutionalization of domestic partnerships, for example, in the way proposed in the bills rejected by Polish Parliament at the beginning of 2013. This standpoint is justified by logical-linguistic interpretation, systemic interpretation and functional interpretation. The last interpretation suggests that institutionalization of heterosexual as well as homosexual domestic partnerships is socially justified.