

BOLESŁAW BANASZKIEWICZ

„MAŁŻEŃSTWO JAKO ZWIĄZEK KOBIECY I MĘŻCZYZNY”. O NIEKTÓRYCH IMPLIKACJACH ART. 18 KONSTYTUCJI RP

Małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie. Są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli.

Art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹

Okazuje się, że spór o „małżeństwa” nie jest sporem „za” czy „przeciw” tolerancji wobec homoseksualistów. Jego istotą jest pytanie o kształt współczesnej kultury. O to, czy miłość dwojga ludzi tej samej płci powinna otrzymać od państwa prawną sankcję — i co z tego wynika dla społeczeństwa.

Wojciech Pęciak²

Konstytucja RP z 1997 r. nie jest, bo z natury nie mogła być, aksjologicznie neutralna. Więcej, jest pod tym względem wielobarwna i wielowątkowa. Przy pewnej dozie złej woli można nawet powiedzieć, że jest aksjologicznie niespójna. Nie wchodząc w detale, da się w niej wyróżnić wątki narodowo-chrześcijańskie, chrześcijańsko-demokratyczne, liberalne i socjaldemokratyczne. Czy fakt ten ułatwia stosowanie Konstytucji, trudno przesądzić. Można za to powiedzieć, że sprzyja jej akceptacji w różnych środowiskach społecznych.

Piotr Winczorek³

¹ Dz. U. z 1964 r. nr 9, poz. 59. Obowiązuje w niezmienionym brzmieniu od 1 I 1965 r.

² *Spór o „małżeństwa homoseksualne”, „Tygodnik Powszechny” z 27 X 2002 r., s. 7.*

³ *Pięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej. Obawy, nadzieje, rezultaty, „Tygodnik Powszechny” z 27 X 2002 r., s. 4.* Podobne myśli spotykamy w kilku innych publikacjach tego autora.

I. UWAGI WSTĘPNE

Tytułowy art. 18 jest dziś bodaj najbardziej znanym i najczęściej komentowanym, nie tylko przez prawników, przepisem obowiązującej Konstytucji. W sprawie rozumienia jego treści, która jeszcze pod koniec minionego stulecia byłaby powszechnie uznawana za dość oczywistą i podlegającą dyskusji najwyżej co do pewnych niuansów, zaczynają się pojawiać poważne rozbieżności. Mają one kontekst praktyczny, związany z dążeniem niektórych środowisk do — by użyć modnego słowa — „dekonstrukcji” stosunku władz publicznych do sfery ludzkiej seksualności i prokreacji.

Zainteresowanie pierwszymi sześcioma słowami w art. 18 Konstytucji jest spowodowane przede wszystkim falą prawnej instytucjonalizacji form wspólnego życia osób tej samej płci, która z coraz większą siłą przetacza się przez kraje Zachodu, a w minionej dekadzie dotarła już do granic naszego kraju⁴. W dobie szybkiego i swobodnego krążenia ludzi, informacji i idei (a także środków finansowych przeznaczonych na upowszechnianie tych uznanych za poprawne) nie dziwi dążenie do zaszczepienia nowych standardów także w Polsce, która — jak można sądzić — jawi się niektórym jako „kraj misyjny” o wielkim, jeśli nie wręcz kluczowym znaczeniu. Przeciwnicy ulegania przez polskiego prawodawcę temu trendowi czy tej modzie naszych czasów, do których mam zaszczyt się zaliczać, upatrują zapórę w treści Konstytucji, zwłaszcza jej art. 18 *in principio* w takim znaczeniu, jakie mu przypisywano w pracach parlamentarnych i w debacie przed referendum konstytucyjnym. Ci zaś, którzy odkryli potrzebę prawnej instytucjonalizacji związków jedнопłciowych⁵ i chcą intelektualnie wspierać działania do tego zmierzające, natrafiwszy na przeszkodę, jaką jest właśnie art. 18 — a raczej, ich zdaniem, niewłaściwe odczytywanie jego treści przez zachowawczych interpretatorów — wkładają zrozumiąły poniekąd wysiłek w reinterpretację ustawy zasadniczej.

Na próby reinterpretacji narażone są nie tylko konstytucyjne gwarancje odnoszące się do małżeństwa, lecz także te, które dotyczą pozostałych dóbr chronionych na mocy art. 18. Takie próby, na razie pojawiające się przede

⁴ Ustawy o „zarejestrowanym związku partnerskim” obowiązują w Niemczech od 2001 r. i w Republice Czeskiej od 2006 r.

⁵ W przypadku niektórych polskich prawników można mówić nawet o późnym odkryciu. Fenomen mniejszości homoseksualnej jest wszak stary jak ludzkość, ale — jeśli się nie mylę — w prawniczym piśmiennictwie naukowym i w publicystyce prawnej, także w drugim obiegu, do 1989 r. próżno by u nas szukać przyczynków promujących ideę regulowania i rejestrowania związków jedнопłciowych. Pod tym względem nic się też nie zmieniło w pierwszej dekadzie III Rzeczypospolitej.

wszystkim w debacie politycznej i publicystyce, polegają na rozrywaniu funkcjonalnego i aksjologicznego zespolenia pojęć małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa. To, że kobiety i mężczyźni łączą się na stałe w heteroseksualne, prawnie sformalizowane pary oparte na ścisłej więzi osobowej partnerów, by dać życie wspólnym dzieciom i razem je wychować, a potem mieć w nich podporę, nie jest już ponoć ideałem społecznym przyswiecejającym ustrojodawcy i stanowiącym busolę polityki rodzinnej państwa, lecz jest w pluralistycznym społeczeństwie najwyższą jedną z równoprawnych opcji dotyczących intymnych więzi i prokreacji⁶.

Kiedy Zgromadzenie Narodowe w 1997 r. uchwaliło Konstytucję RP, a suweren zatwierdził ją w referendum, art. 18 pod względem treści nie wniósł w istocie niczego nowego do polskiego porządku prawnego. Był kontynuacją unormowania zawartego w art. 79 ust. 1 zd. 1 Konstytucji PRL, utrzymanym w mocy do 1997 r.: „Małżeństwo, macierzyństwo i rodzina znajdują się pod opieką i ochroną Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”⁷. Małżeństwo

⁶ W nieoficjalnym, ale mającym ambicje opiniotwórcze dokumencie stanowiącym próbę (re)interpretacji standardów praw człowieka w sferze szeroko rozumianej seksualności — *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, ogłoszonym w marcu 2007 r. przez 29 ekspertów z różnych krajów, w pkt 24 akapit pierwszy napisano: „Każdy ma prawo do założenia rodziny, niezależnie od orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Istnieją różnorodne formy rodziny. Żadna rodzina nie może być przedmiotem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową któregoś z jej członków”. Źródło: *Ochrona praw człowieka mniejszości seksualnych i osób transseksualnych — Zasady Yogyakarta*, tłum. A. Bodnar i in., w: *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 37. Teza *families exist in diverse forms*, jak wynika z kontekstu, rości sobie walor nie tylko deskryptywny, lecz i normatywny. Por. pierwsze zdanie arcydzieła literatury: „Wszystkie szczęśliwe rodziny są do siebie podobne, każda nieszczęśliwa rodzina jest nieszczęśliwa na swój sposób” — L. T o ł s t o j, *Anna Karenina*, cz. 1, tłum. K. Iłłakowiczówna, Warszawa 2001, s. 6.

⁷ T.j. Dz. U. z 1976 r. nr 7, poz. 36. W pierwotnym tekście Konstytucji PRL (Dz. U. z 1952 r. nr 33, poz. 232) ten sam artykuł był oznaczony liczbą 67. Wyraz „macierzyństwo” dodano nowelą z 10 II 1976 r. (Dz. U. nr 5, poz. 29). W art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych obowiązujących do 1997 r. było jeszcze zdanie drugie: „Rodziny o licznych potomstwie państwo otacza szczególną troską”. Jego treść mieści się w treści art. 71 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP z 1997 r.: „Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych”. Dodajmy, że art. 79 (d. art. 67) Konstytucji PRL miał jeszcze ust. 2: „Urodzenie poza małżeństwem nie uszczupla praw dziecka”. Nie ma on odpowiednika w Konstytucji RP z 1997 r., ale obowiązywanie takiej normy o randze konstytucyjnej, jako implikacji zasady równości (art. 32) oraz ochrony praw dziecka (art. 72 ust. 1 zd. 1), nie budzi wątpliwości, a po tylu latach od zrównania praw dzieci pochodzących z małżeństwa i pozamałżeńskich nie ma potrzeby podkreślenia tego w tekście konstytucji;

„od zawsze” jest rozumiane jako związek kobiety i mężczyzny i tak też było rozumiane przez władze komunistyczne; w 1952 r. (inaczej niż w 1997 r.) nie było żadnego powodu, żeby tę oczywistość specjalnie eksponować w tekście ustawy zasadniczej. Treść przytoczonego zdania w pełni mieści się w treści art. 18 Konstytucji RP z 1997 r. Dodanie w tym ostatnim „rodzicielstwa”, jak wynika z materiałów przygotowawczych, ma stanowić wyraz konstytucyjnego dowartościowania równej odpowiedzialności matki i ojca za wychowanie dziecka; pod tym względem mamy do czynienia z konstytucyjnym potwierdzeniem idei obecnej wcześniej w ustawodawstwie zwykłym (por. art. 93 § 1 i art. 95–97 k.r.o.).

Kto jeszcze pamięta klimat umysłowy czasu przejścia od komunizmu do demokracji, zgodzi się chyba z supozycją, że gdyby uczestnicy obrad Okrągłego Stołu w 1989 r. poszukiwali jakiegoś „ustalenia”, na które mogliby się zgodzić bez długich negocjacji, może nawet przez akklamację, to byłaby nim zasada o treści odpowiadającej obecnemu art. 18 Konstytucji RP. Gdyby takie lapidarne ujęcie nie wszystkich satysfakcjonowało, bez trudu zgodzono by się na jego rozwinięcie w takim oto duchu: Państwo powinno sprzyjać małżeństwu dlatego, że jest trwałym związkiem kobiety i mężczyzny i jako takie może być optymalnym środowiskiem odpowiedzialnej prokreacji oraz fundamentem rodziny złożonej z obojga rodziców i ich potomstwa, która jest szkołą miłości, odpowiedzialności i solidarności. W interesie całego społeczeństwa leży to, by właśnie taki model intymnych więzi między ludźmi i wychowania dzieci był upowszechniany w społeczeństwie i wspierany przez władze. Wobec tego państwo, gwarantując instytucję małżeństwa, zawsze rozumianego jako prawnie uregulowany, trwały i zarejestrowany związek jednej kobiety i jednego mężczyzny, nie może jednocześnie promować, regulować ani rejestrować żadnych innych związków, choć powinno zapewnić ich uczestnikom ochronę na zasadach przysługującej każdemu ochrony życia prywatnego. Jednocześnie państwo nie może zamykać oczu na fakt, że część dzieci nie pochodzi od rodziców złączonych węzłem małżeńskim lub nie może wychowywać się w rodzinie ukonstytuowanej przez taki związek. Takie sytuacje, mające rozmaite przyczyny i występujące w różnych postaciach, stanowią odstępstwo od preferowanego modelu, ale nie mogą ujemnie rzutować na sytuację prawną i faktyczną dziecka. O ile to możliwe, mając na względzie przede wszystkim jego dobro, trzeba stworzyć warunki co najmniej zbliżone do tych, jakie istnieją

podobnie A. Maćczyński, *Konstytucyjne prawo dziedziczenia*, w: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiełło i in., Kraków 2005, s. 1172.

w rodzinach opartych na dobrze funkcjonujących związkach małżeńskich. Służą temu rozwiązania prawno-organizacyjne dotyczące adopcji, rodzin zastępczych, pomocy dla rodzin niepełnych itp. Ze względu na powyższy cel nie jest wskazane powierzenie przez państwo opieki nad dzieckiem, które nie może być wychowywane przez rodziców biologicznych lub przynajmniej jednego z nich, osobom, które z takich czy innych powodów nie są w stanie stworzyć dziecku wspomnianych warunków, na przykład osobom pozostającym w relacjach homoseksualnych.

Nie potrzeba specjalnych dowodów na to, że taki był paradygmat rozumienia podstawowych założeń polityki rodzinnej i prawa rodzinnego, co do którego istniała ponadpartyjna i ponadustrojowa zgoda zarówno u początku transformacji, jak i w czasie prac nad Konstytucją z 1997 r. (powiemy o nich więcej w ostatniej części) i który znajdował potwierdzenie w ustawodawstwie, orzecznictwie oraz doktrynie prawa rodzinnego⁸. W pracach nad konstytucją dla III RP prawa strona sceny politycznej bezskutecznie proponowała sformułowania silniej akcentujące autonomię i prawa rodziny⁹. Ostatecznie przyjęto większością głosów sformułowania art. 18, 48, 71 i 72, które mogą być interpretowane jako kontynuacja dotychczasowego stanu prawnego z nowym rozłożeniem niektórych akcentów. Prawica domagała się, razem z PSL, wprowadzenia do „małżeńsko-rodzinnego” artykułu ustawy zasadniczej formuły zabezpieczającej przed — jak wtedy najczęściej

⁸ W doktrynie prawa PRL tylko sporadycznie zgłaszano wątpliwości co do niektórych elementów paradygmatu. Dotyczyły one raczej niuansów, a nie zasadniczego kierunku. W artykule M. Wa w i ł o w e j, *Konstytucyjna ochrona małżeństwa i rodziny w PRL*, „Państwo i Prawo” 1969, z. 12, s. 1028–1037, próbowano na przykład — bez powodzenia — zanegować obowiązywanie prawnej zasady trwałości małżeństwa, według *communis opinio* mającej rangę konstytucyjną, a także kwestionowano obecny w doktrynie pogląd, że z konstytucyjnej ochrony i opieki korzysta tylko rodzina, którą przez swój związek założyli małżonkowie (por. art. 23 *in fine* k.r.o.). Z kontekstu wynika, że autorka postawiła problem zasady trwałości małżeństwa w związku z afirmacją prawa rozwodowego, którego stosowanie natrafiało wówczas na opory moralno-obyczajowe, nie postulowała jednak małżeństwa jako związku z założenia nietrwałego: „Nie ulega żadnej przecież wątpliwości, że ze społecznego i prawnego punktu widzenia trwałość małżeństwa jest zjawiskiem pozytywnym i ze wszech miar pożądanym [...]” (s. 1029). Skoro trwałość małżeństwa jest wielką wartością z prawnego punktu widzenia, to kwestionowanie obowiązywania odpowiedniej zasady prawnej było w istocie sporem werbalnym, nawiązującym zresztą do przebrzmiałych założeń konstytucjonalizmu socjalistycznego.

⁹ Najbardziej wyrazisty był pod tym względem projekt wniesiony w 1993 r. przez 58 członków Zgromadzenia Narodowego, opracowany przez Komisję Konstytucyjną Senatu I kadencji (zwany senackim), z art. 31 ust. 2 w brzmieniu: „Rodzina jako wspólnota podstawowa i pierwotna w stosunku do państwa ma własne niezbywalne prawa”. Źródło: *Projekty konstytucji 1993–1997*, cz. 1, oprac. R. Chruściak, Warszawa 1997, s. 146. Cytowane zdanie nawiązuje do treści dokumentu Stolicy Apostolskiej „Karta praw rodziny” z 1983 r.

mówiono — legalizacją¹⁰ tzw. małżeństw homoseksualnych, co stanowiło reakcję na informacje o podobnych inicjatywach lub decyzjach ustawodawczych za granicą. Choć debata konstytucyjna ujawniła poważne podziały w różnych sprawach, w tej doszło do porozumienia, które wówczas nie było kontestowane przez żaden autorytet ani żadną liczącą się siłę społeczną.

Nurt reinterpretacji Konstytucji RP w kwestiach uregulowanych w jej art. 18 i przepisach związkowych ujawnił się dopiero po uchwaleniu tego aktu, mniej więcej w ostatnich dziesięciu latach. Wiąże się to przede wszystkim z inicjatywami na rzecz prawnej instytucjonalizacji związków dwojga osób tej samej płci¹¹, na podobieństwo rozwiązań przyjmowanych za granicą. Ponieważ chodzi tutaj, podobnie jak w przypadku innych odstępstw od zrekonstruowanego wyżej paradygmatu, o wprowadzenie do polskiego systemu prawnego istotnej innowacji, nieznaney wcześniej nawet na poziomie rozważań *de lege ferenda*, możemy nazwać ten nurt innowacyjnym, co jest określeniem neutralnym, niewartościującym. W tej samej konwencji nazywam nurt obrony owego paradygmatu nurtem zachowawczym, abstrahując od wartościująco-ideologicznych konotacji tego przymiotnika.

Nie jest moim zamiarem wchodzić w polemikę z autorami nurtu innowacyjnego. Wymagałaby ona dokładnego przedstawienia ich poglądów i rozumowań, co nie mieści się w ramach artykułu¹². To, jaki sens będzie nadawany art. 18 Konstytucji w praktyce jego stosowania, raczej nie będzie zależał od uwikłanych ideologicznie sporów teoretycznych, lecz przede wszystkim od tego, czy polski ustawodawca utrzyma opcję zachowawczą, czy przeciwnie — weźmie górę opcja innowacyjna, a w tym drugim wypadku także

¹⁰ Por. krytyczne uwagi o określaniu procesu regulowania wspólnego życia par tej samej płci mianem legalizacji i argumenty za mówieniem w takim wypadku o (prawnej) instytucjonalizacji w moim artykule *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, KPP, R. XIII: 2004, z. 2, s. 360–362 i przyp. 23 na s. 367. Termin „instytucjonalizacja” w interesującym nas kontekście zyskał prawo obywatelstwa w literaturze prawniczej, choć niektórzy skarżą się, że jest to łamaniec językowy. Można im odpowiedzieć, że także pod tym względem nazwa jest adekwatna do swojego desygnatu.

¹¹ Z pierwszą formalną inicjatywą ustawodawczą — projektem ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich — wystąpił Senat RP w 2004 r.; druk senacki nr 548 S, druk sejmowy nr 3664.

¹² Chciałbym też zdystansować się od nietypowej jak na środowisko naukowe personalnej napaści, jaka towarzyszy polemikom dotyczącym naszego tematu. W piśmiennictwie prawniczym ostatnich 25 lat nie ma ona chyba precedensu. Przejawia się między innymi w nerwowej potrzebie wykazywania wyższości własnego rozumowania na tle marności poglądów Iksa czy Igreka, referowanych w sposób tendencyjny lub roztargniony. Krytyczny czytelnik, który chce poznać zróżnicowane poglądy polskich prawników na omawiane w artykule kwestie, a nie ich karykaturę, z pewnością zechce czerpać informacje zawsze z pierwszej ręki (por. przyp. 94 i 95).

od tego, jakie argumenty zdobędą uznanie większości sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Można tu odwołać się do polskich doświadczeń dotyczących problemu aborcji: żadnej ze stron nie udało się przekonać nieprzekonanych, a o losach spornej regulacji decydował rozkład głosów w izbach ustawodawczych i następnie w Trybunale Konstytucyjnym, w jednym zaś przypadku rozstrzygające znaczenie miało weto ustawodawcze głowy państwa. Nic nie wskazuje na to, że zupełnie inaczej byłoby (będzie?) w sprawie legislacyjnych innowacji dotyczących naszego tematu. Dlatego od polemik ważniejsze wydaje się przedstawienie w tym artykule racji i argumentów wspierających stanowisko zachowawcze, które mają obiektywne podstawy i są możliwe do zaakceptowania bez względu na stosunek do religii i wyznanie, przekonania polityczne oraz preferencje dotyczące życia prywatnego i intymnego. Że nie każdego uda się przekonać, to już inna sprawa¹³.

Zanim przejdę do tezy o niedopuszczalności instytucjonalizacji związków nieodpowiadających pojęciu małżeństwa obowiązującemu na gruncie Konstytucji, chciałbym zatrzymać się nad tym, co w sprawach małżeństwa wynika z jej art. 18 w sposób pozytywny. Jak często bywa, wartości uważane do pewnego czasu za oczywiste, niepodważalne i wspólne wszystkim liczącym się odłamom społeczeństwa stają się przedmiotem szczególnej refleksji dopiero wtedy, gdy są negowane lub relatywizowane. Dzisiaj dotyczy to małżeństwa, a także innych wartości chronionych i realizowanych przez prawo rodzinne.

II. MAŁŻEŃSTWO JAKO POJĘCIE ZASTANE. KONSTYTUCYJNA GWARANCJA INSTYTUCJI MAŁŻEŃSTWA

Autor takiej refleksji o konstytucyjnych podstawach polskiego prawa rodzinnego zauważa, że w wykładni nazw użytych w art. 18, wyrażających autonomiczne pojęcia konstytucyjne, nie wiążą definicje legalne zamieszczone

¹³ W sporze o rozumienie art. 18 Konstytucji żadna ze stron nie dysponuje niezawodnym sylogizmem, lecz może kłaść na szali argumenty, których ciężar będzie różnie oceniany przez różnych uczestników debaty. Widzę tu analogię z gorącym sporem toczonym obecnie głównie wśród ekonomistów: o potrzebie utrzymania *versus* zniesienia systemu OFE. Odnosząc się do tego zagadnienia na szerszym tle, specjalistka w dziedzinie finansów międzynarodowych i rynku finansowego z warszawskiej SGH zauważa, że ekonomia to „nauka społeczna niesłychanie miękka, pełna intuicji i hipotez”, a „Ekonomiści mają różne sposoby widzenia świata i różne wrażliwości. [...] Toczy się między nami spór światopoglądowy. Po prostu. Na podstawowym poziomie dotyczy tego, w jakim świecie chcemy żyć” — L. O r e z i a k, *Mysłisz, że sam sobie poradzisz? Rozmowa z G. Sroczyńskim*, „Gazeta Wyborcza” z 3–4 VIII 2013 r., s. 12.

w przepisach ustawowych, uzasadnione jest natomiast odwołanie się do znaczenia, jakie interpretowane nazwy mają w języku ogólnym, czasem nieściśle nazywanym językiem potocznym¹⁴. Akceptując takie podejście, trzeba jednak zauważyć, że zarówno w tzw. wzorcowej odmianie polszczyzny, jak i w mowie potocznej małżeństwo jest postrzegane właśnie jako sytuacja wyznaczona przez prawo. Na pytanie, skąd wiemy, że A i B są w związku małżeńskim („są małżeństwem”), nie tylko prawnik, ale każdy sprawny użytkownik polszczyzny odpowie, że trzeba sprawdzić, czy zawarli związek małżeński według prawa („są po ślubie”) i czy sąd nie orzekł rozwodu („nie wzięli/nie dostali rozwodu”). Podobna zbieżność rozumienia prawniczego i potocznego dotyczy skutków prawnych pozostawania w związku małżeńskim, choć oczywiście prawnik powie o wielu niuansach niedostrzeganych przez laika. Możemy zatem mówić o daleko idącej zgodności rozumienia nazwy „małżeństwo” w języku prawnym i w polszczyźnie ogólnej — takiej zgodności, jaka nie dotyczy wielu innych terminów technicznych prawa prywatnego, skądinąd mających częste zastosowanie (przykłady: „posiadanie”, „umowa”, „oferta”). Związek małżeński jest powszechnie postrzegany jako sytuacja prawnie regulowana i urzędowo ewidencjonowana.

Dokumentują to starsze i nowsze słowniki języka polskiego. Opracowany na początku XIX w. słownik Samuela Lindego notuje: „Małżeństwo jest między osobami, zdolnymi je zawierać, mężczyzny i niewiasty porządne złączenie, społeczność żywota nierozdzielna będąca. W kościele katolickim siódmy sakrament [...]” oraz „złączenie mężczyzny z niewiastą przez kontrakt prawny dla nabycia płodu uczynione”¹⁵. Powojenne słowniki wyróżniają dwa powiązane ze sobą znaczenia wyrazu „małżeństwo”: może on oznaczać rodzaj związku między dwojgiem ludzi albo parę osób połączonych takim związkiem. Zacytujmy charakterystyki pierwszego znaczenia zaczerpnięte z trzech słowników reprezentujących różne szkoły leksykografii: „związek prawny mężczyzny i kobiety, mający na celu utworzenie rodziny”¹⁶; „związek kobiety i mężczyzny usankcjonowany prawnie. Jeżeli

¹⁴ A. M a c z y ń s k i, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, red. P. Kardas i in., Warszawa 2012, s. 765.

¹⁵ S. B. L i n d e, *Słownik języka polskiego*, wydanie drugie, poprawne i pomnożone, t. III, Lwów 1857, s. 36–37. Przymiotnik „porządne” jest tu użyty w dziś już archaicznym znaczeniu: „według prawa, zwyczaju, prawny, legalny”; por. hasło „porządny” w tym samym wydaniu słownika, t. IV, Lwów 1858, s. 365, i podane tam przykłady: „Czy godzi się królowi porządnemu, ale źle panującemu być nieposłusznym?”, „Oraz troje byli papieżowie (razem trzech było papieży), a który z nich był porządny (legitimus), trudno było rozemnać”.

¹⁶ *Słownik języka polskiego*, t. IV, red. W. Doroszewski, Warszawa 1963, s. 425. Bliż-

jest zawarty w kościele, to jest traktowany jako sakrament”¹⁷; „uznany i regulowany przez prawo trwały związek mężczyzny i kobiety zawarty dla utworzenia rodziny”¹⁸. Jak widać, pojęcie małżeństwa w polszczyźnie jest ustabilizowane. Jedyłą merytoryczną różnicą, jaka dzieli słownik Lindego od tego z roku 2001, jest zastąpienie bezwzględego atrybutu „nierozdzielny” bardziej względnym — „trwały”; wpływ na taką zmianę z pewnością wywarła dopuszczalność rozwodu. Zbieżne z ustaleniami semantycznymi filologów leksykografów są niektóre charakterystyki małżeństwa w naukach społecznych, na przykład: „uprawomocniony związek pomiędzy kobietą i mężczyzną, powołany w celu płodzenia dzieci”¹⁹; „formalnoprawny związek kobiety i mężczyzny, sankcjonujący ich relacje seksualne, będący wstępem do rodziny, o ile w jego ramach mają się pojawić, pojawiają się lub pojawiły się dzieci”²⁰.

We wszystkich przytoczonych określeniach akcentuje się prawny charakter małżeństwa. Kto chce się szczegółowo dowiedzieć o powstaniu, treści

niaczo podobne określenie, ale bez przecinka w środku, spotykamy w dwóch innych dziełach powstałych na bazie słownika Doroszewskiego: *Słownik języka polskiego*, t. 2, red. M. Szymczak, Warszawa 1979, s. 100; *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, wyd. XII, Warszawa 1995 (kontynuacja słownika pod red. S. Skorupki), s. 417.

¹⁷ *Inny słownik języka polskiego*, A...Ó, red. M. Bańko, Warszawa 2000, s. 817. Pierwszy człon tej definicji wykorzystano także w *Małym słowniku języka polskiego. Wydanie nowe*, Warszawa 2000, s. 434, gdzie zastąpił wersję z 1995 r. (por. poprzedni przypis), z tym że zachowano dawny szyk: „mężczyzny i kobiety”. Definicję małżeństwa z *Innego słownika...* powtórzono natomiast w edycji stanowiącej jego kontynuację: *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 2007, s. 474.

¹⁸ *Słownik współczesnego języka polskiego*, t. 1, red. B. Dunaj, wydanie kolejne (bez numeru), Warszawa 2001, s. 492. Nie sposób znaleźć słownika polszczyzny, który zawierałby określenia małżeństwa istotnie różniące się od przytoczonych.

¹⁹ B. Olszewska-Dyoniziak, *Człowiek — kultura — osobowość. Wstęp do klasycznej antropologii kulturowej*, wyd. 2, Wrocław 2001, s. 94.

²⁰ T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warszawa 2010, s. 174. Czym innym jest fakt, że sporadycznie sprawni użytkownicy polszczyzny posługują się rzeczownikiem „małżeństwo” w znaczeniu zmodyfikowanym w stosunku do standardu rejestrowanego w słownikach filologicznych, ze względu na specyficzne uwarunkowania środowiskowe czy poznawcze. Na przykład Cz. Znamierowski w studium *O małżeństwie*, Warszawa 1958, chcąc ukazać różnorodność form wspólnego życia w sferze prywatnej i intymnej (notabene innych niż homoseksualne), konstruuje taką oto definicję: „Małżeństwem, najogólniej biorąc, jest grupa składająca się z kobiet i mężczyzn, którzy współżyją ze sobą w całym życiu codziennym najściślej i najintymniej, jak tylko istoty ludzkie żyć mogą, a więc obcując też płciowo ze sobą; przy tym na takie współżycie dana zbiorowość daje swoją zgodę w sposób wyznaczony przez zwyczaj lub prawo: jest to więc grupa uznana przez zbiorowość i tak czy inaczej zarejestrowana”; jednocześnie stwierdza: „Ale najbardziej ważną i, rzec można, najbardziej naturalną postacią małżeństwa jest grupa, która składa się z jednego mężczyzny i jednej kobiety, to jest małżeństwo monogamiczne, spotykane na wszelkich poziomach rozwoju” (s. 6).

i ustaniu tego stosunku prawnego, musi sięgnąć do obowiązującego ustawodawstwa. Można powiedzieć: *nullum matrimonium extra legem*, nie ma małżeństw niezinstytucjonalizowanych prawnie.

Na marginesie zauważmy, że wyraz „małżeństwo” może też występować w dyskursie naukowym jako składnik nazwy „instytucja małżeństwa”. Jest ona używana bądź jako synonim związku małżeńskiego (w supozycji uniwersalnej), a wtedy służy podkreśleniu, że chodzi o związek poddany pewnym regułom („małżeństwo jako instytucja społeczna”, „małżeństwo jako instytucja prawna”), bądź jako nazwa zespołu norm regulujących związku małżeńskie, czyli prawa małżeńskiego²¹.

Konstytucja w art. 18 niewątpliwie gwarantuje istnienie w ustawodawstwie zwykłym instytucji małżeństwa²² — norm prawnych dotyczących po-

²¹ Obu tych znaczeń zdaje się używać Cz. Z n a m i e r o w s k i, [przyp. 20]: na s. 14 czytamy, że mianem „instytucji w znaczeniu osobowym” obejmuje się tylko takie osoby i grupy, których działania normowane mają charakter publiczny, to znaczy takie, które do wykonywania tych działań wyznaczyła mocą normy zbiorowość [...]”, z kolei na s. 16 jest mowa o „normach, które tworzą instytucję małżeństwa”.

²² Z. R a d w a Ń s k i, *Konstytucyjna ochrona małżeństwa, macierzyństwa i rodziny*, w: *Prace cywilistyczne* (dedykowane Janowi J. Winiarzowi), red. S. Wójcik, Warszawa 1990, s. 240, pisze o konstytucyjnym „obowiązku państwa ustanowienia odpowiednich instytucji prawnych zapewniających trwałe miejsce małżeństwu, macierzyństwu i rodzinie w polskim systemie prawnym” i dodaje: „Co do małżeństwa wspomniany obowiązek jest zupełnie oczywisty, ponieważ do konstytucyjnych elementów małżeństwa należy jego prawna regulacja [...]”. Pojęcie konstytucyjnej gwarancji instytucji (*Institutsgarantie*), zobowiązującej ustawodawcę zwykłego do stanowienia określonych instytucji prawnych, jest ugruntowane w nauce niemieckiej, gdzie jest z reguły wiązane z gwarancjami praw podstawowych, jak prawo do własności i dziedziczenia czy właśnie prawo małżeństwa i rodziny. Więcej (z dalszymi odesłaniami): *Deutsches Rechts-Lexikon*, Bd 1, red. H. Tilch, München 1992, s. 529–530; S. O b e r m e y e r, *Die Institutsgarantie — eine „gelungene Kunstschöpfung der Wissenschaft”?*, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft” 2003, z. 2, s. 142–162. W orzeczeniu Pierwszego Senatu Federalnego Sądu Konstytucyjnego (dalej: FSK) z 7 II 2012 r., 1 BvL 14/07, zbiór „Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts” (BVerfGE) t. 130, s. 240 i n., mowa jest o ciążącym na państwie „obowiązku wsparcia i ochrony” (por. nakaz „ochrony i opieki” w naszym art. 18), który jest czymś więcej niż zwykła gwarancja ochrony skorelowana z prawem podstawowym (s. 252). (Ileokroć mówimy o „orzeczeniu” FSK, mamy na myśli judykat wydany w formie postanowienia, niem. *Beschluss*, tj. bez przeprowadzenia rozprawy, w odróżnieniu od wyroku. Każdy z cytowanych judykatów FSK jest dostępny na stronach internetowych — wyszukiwanie według sygnatury). Dotyczący małżeństwa i rodziny art. 6 ust. 1 niemieckiej Ustawy zasadniczej (UZ) — zbieżny pod względem nie tylko treści, ale i stylizacji z art. 18 naszej Konstytucji — umieszczony jest w rozdziale 1 Ustawy zasadniczej, dotyczącym praw podstawowych, podczas gdy u nas jest to rozdział dotyczący podstaw ustroju państwa. Problem genezy i uzasadnienia takiej, moim zdaniem niezbyt udanej, systematyki Konstytucji z 1979 r., jak również zagadnienie, na ile z jej art. 18 można wywodzić prawo

wstania, treści i ustania stosunku małżeństwa, a ponadto praw i obowiązków małżonków jako takich, wynikających wprost z ich pozostawania w związku małżeńskim, wobec osób trzecich (domena prawa prywatnego) oraz wobec władz publicznych (domena prawa publicznego)²³.

To, że konstytucyjna gwarancja instytucji małżeństwa opiera się na jego zastanym przez ustrojodawcę pojęciu, współdeterminowanym przez normy ustawowe, oczywiście nie oznacza, że Konstytucja gwarantuje instytucję małżeństwa dokładnie o treści obowiązującej w momencie swojego wejścia w życie i nie pozostawia ustawodawcy pola do żadnych modyfikacji czy innowacji²⁴. Uwzględniając stałe „słownikowe” cechy małżeństwa, niezmiennie w dłuższym czasie elementy polskiego prawa małżeńskiego, trwale wiążące Polskę normy prawa międzynarodowego dotyczące małżeństwa oraz rodzimy kontekst konstytucyjny, w tym całą treść art. 18, można natomiast pokusić się o wskazanie elementów²⁵, które musi zachować instytucja małżeństwa, jeśli ma zasługiwać na swoją zakotwiczoną w Konstytucji nazwę oraz zagwarantowaną w niej ochronę i opiekę państwa²⁶.

czy prawa podmiotowe korzystające z ochrony w trybie skargi konstytucyjnej, pozostawiam poza zakresem rozważań.

²³ Ogół tych norm możemy nazywać prawem małżeńskim *sensu largo*. Ich fundamentem, czy jak kto woli —zwieńczeniem, jest art. 18 Konstytucji, notabene jedyny jej przepis, w którym jest mowa o małżeństwie. Por. A. M a c z y Ń s k i, [przyp. 14], s. 758, który tak oto definiuje prawo rodzinne: „Ogół norm prawnych dotyczących rodziny, bez względu na to, jaka metoda regulacji została w nich zastosowana i gdzie mieszczą się przepisy wyrażające te normy, można nazwać prawem rodzinnym w najszerszym znaczeniu”. Niech nam będzie wolno skorzystać z tej udanej definicji i zamienić w niej „rodzinę” i „rodzinne” odpowiednio na „małżeństwo” i „małżeńskie”. Notabene cytowany autor zauważa, że dzisiaj terminem „prawo rodzinne” obejmuje się zazwyczaj także prawo małżeńskie, natomiast dawniej obejmowano nim jedynie zespół norm regulujących stosunki między rodzicami i dziećmi, który autor proponuje nazywać prawem rodzicielskim (s. 757–758). Wydaje się, że terminologiczne, by tak rzec, podporządkowanie małżeństwa rodzinie odnosi się przede wszystkim do kodeksowego zrębu prawa rodzinnego.

²⁴ Z. R a d w a Ń s k i, [przyp. 22], s. 234, trafnie stwierdza: „Kodeksowe przepisy utrwaliły i sprecyzowały [...] pewne istotne cechy małżeństwa w rozumieniu powszechnym. Z tego właśnie powodu mają one doniosłość przy wyjaśnianiu konstytucyjnego pojęcia małżeństwa, które jest dla ustawodawcy wiążące. Jednakże nie krepują go w regulowaniu spraw szczegółowych”.

²⁵ W orzecznictwie FSK mowa jest „zasadach konstrukcyjnych” (*strukturelle Prinzipien*).

²⁶ W orzeczeniu Pierwszego Senatu FSK z 4 V 1971 r., 1 BvR 636/68, BVerfGE t. 31, s. 58 i n., powiedziano, że urzeczywistnienie aksjologicznego rozstrzygnięcia wyrażonego w przepisie niemieckiej konstytucji dotyczącym małżeństwa i rodziny (art. 6 ust. 1 UZ) wymaga istnienia ustawowej regulacji, która definiując i delimitując małżeństwo, musi „respektować istotne, określające instytucję małżeństwa zasady konstrukcyjne, które wyni-

Przystępując do wskazania kilku zasad instytucji małżeństwa gwarantowanej w art. 18 Konstytucji RP, trzeba podkreślić, że mamy na myśli instytucję małżeństwa stanowioną i sankcjonowaną przez państwo, korzystającą z jego ochrony i opieki. To zastrzeżenie jest istotne, odkąd małżeństwo cywilne nie jest tożsame z małżeństwem wyznaniowym, niekorzystającym z sankcji państwa, choć obie instytucje mniej lub bardziej harmonijnie współistnieją i często wzajemnie się wspierają, służąc tym samym parom. Poza tym państwowo-świecki charakter instytucji małżeństwa nie wyklucza ewentualnego uznania cywilnych skutków zawarcia małżeństwa wyznaniowego²⁷ ani ewentualnego nadania przez prawo państwa mocy urzędowej rejestrom prowadzonym przez wspólnoty wyznaniowe dla swoich członków.

a) Małżeństwo to związek monogamiczny.

Zasada monogamii wyklucza zarówno związek złożony z więcej niż dwojga partnerów, jak i jednoczesne pozostawanie któregoś z małżonków w różnych związkach. Nie wyklucza natomiast wstąpienia w nowy związek po ustaniu wcześniejszego²⁸.

Zakaz poligamii – zarówno poligynii, jak i poliandrii – jest elementem konstytucyjnej gwarancji instytucji małżeństwa²⁹ jako historycznie ustalony element kultury społecznej i prawnej. Wspierają go istotne racje ze sfery socjologii³⁰. Nie mniej ważkie są racje ze sfery filozofii politycznej i religii,

kają z nawiązania art. 6 ust. 1 UZ do zastanych, uważanych za małżeństwo form wspólnego życia”, w tym zasadę monogamii.

²⁷ Pomijam specyficzny problem traktowania na gruncie prawa cywilnego małżeństw wyłącznie wyznaniowych, którego dotyczy wyrok Sądu Najwyższego z 27 XI 1998 r., II CKN 31/98 oraz glosa M. Nazara, OSP 1999, z. 10, poz. 175.

²⁸ Ze stanowiska nierozzerwalności związku małżeńskiego uważano, że poligamia zachodzi także w razie współżycia z nowym partnerem po ustaniu współżycia z dotychczasowym partnerem (tzw. poligamia następcza); z punktu widzenia postulowanej dopuszczalności rozwodu proponowano określanie takich przypadków mianem monogamii następczej (konsekwentnej). Por. J. Wilczyński, *Poligamia czy monogamia?*, Wilno 1932, s. 18 i 24–26.

²⁹ Za zbyt duży skrót myślowy uważam uwagę A. Mączyskiego, [przyp. 14], s. 772: „Konstytucja nie nakazuje oparcia regulacji małżeństwa na zasadzie monogamii”. To prawda, że Konstytucja nie wyraża takiego nakazu *expressis verbis*, ale jest on zawarty *implicite* w gwarancji instytucji małżeństwa.

³⁰ Por. rzymską maksymę *Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant*. Tylko przy zachowaniu monogamii i wierności małżeńskiej wiadomo, że biologicznym ojcem dziecka jest mąż matki, co uzasadnia wspólną odpowiedzialność prawną za dziecko. Uwarunkowana biologicznie gotowość do takiej odpowiedzialności w przypadku genetycznie własnego potomka jest silniejsza niż gotowość do niesienia odpowiedzialności za potomka genetycznie cudzego, która zakłada wyższą motywację etyczną, a w przy-

uznawane przez różne systemy filozoficzne³¹ i wyznaniowe funkcjonujące w naszym kręgu cywilizacyjnym.

b) Małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny.

Na zasadzie pojęcia zastanego należy przyjąć, że odmienność płci partnerów jest immanentną zasadą konstrukcyjną małżeństwa. Użyty w tekście ustawy zasadniczej zwrot „jako związek mężczyzny i kobiety” cechy tej nie konstytuuje, lecz ją jedynie potwierdza; jego brak w niczym nie zmieniałby istoty sprawy. Także pod rządami Konstytucji PRL, w której nie było podobnego zwrotu, przyjmowano i podawano fundamentalne (nieoparte tylko na tekstach ustaw zwykłych) uzasadnienie heteroseksualności małżeństwa³². Jednoznaczne sformułowania w art. 1 k.r.o. jedynie potwierdzają dwupłciowy charakter małżeństwa, nie zaś wyrażają rozstrzygnięcie ustawodawcy pozostawione do jego dyspozycji³³.

padku dziecka poczętego w wyniku zdrady małżeńskiej — także upokorzenie. Notabene w różnych kulturach surowiej potępiano zdradę małżeńską kobiety niż mężczyzny — niekoniecznie z powodu braku równouprawnienia płci, lecz przede wszystkim dlatego, że zdrada żony pozbawiała męża owej pewności co do biologicznego pochodzenia dziecka, a przez to osłabiała podstawy utrzymania i wychowania dzieci. Od czasu do czasu przypomina się nam, że monogamia nie jest stanem właściwym naszej biologicznej naturze; np. O. Woźniak, *Kto nam wmówił monogamię?*, „Gazeta Wyborcza” z 2 VIII 2013 r., s. 22–23. Warto jednak pamiętać, że biologiczna natura niesie ograniczenia, które człowiek pokonuje dzięki kulturze i duchowości, a to właśnie umożliwia powstanie, trwanie i rozwój cywilizacji.

³¹ Zacytujmy w oryginale (odkładając na bok polski przekład) uzasadnienie monogamii podane przez G. W. F. Hegla, *Werke in zwanzig Bänden, 7 — Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft*, Frankfurt am Main 1970, s. 320: „Die Ehe ist wesentlich Monogamie, weil die Persönlichkeit, die unmittelbare ausschließende Einzelheit es ist, welche sich in dies Verhältnis legt und hingibt, dessen Wahrheit und Innigkeit (die subjektive Form der Substantialität) somit nur aus der gegenseitigen ungeteilten Hingebung dieser Persönlichkeit hervorgeht; diese kommt zu ihrem Rechte, im anderen ihrer selbst bewußt zu sein, nur insofern das andere als Person, d.i. als atome Einzelheit in dieser Identität ist. Die Ehe, und wesentlich die Monogamie, ist eines der absoluten Prinzipien, worauf die Sittlichkeit eines Gemeinwesens beruht; die Stiftung der Ehe wird daher als eines der Momente der göttlichen oder heroischen Gründung der Staaten aufgeführt”.

³² Np. J. Winiarz, *Zawarcie i unieważnienie małżeństwa*, w: *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, cz. 1, red. J. St. Piąkowski, Ossolineum 1985, s. 140: „Małżeństwa zawierane przez osoby tej samej płci pozostawałyby w sprzeczności z istotą związku małżeńskiego jako podstawą rodziny przez ten związek założonej i z jego funkcjami społecznymi, a zwłaszcza z funkcją prokreacyjną”. Por. Z. Radwański, [przyp. 22], s. 235.

³³ W prawie niemieckim wymagania różnicy płci nupturientów nie ustanawia *explicite* ani konstytucja, ani kodeks cywilny, a mimo to jest ono przyjmowane w obrocie prawnym jako oczywiste, na zasadzie pojęcia od wieków utrwalonego w obrocie prawnym, i nie budzi wątpliwości ani na gruncie cywilistyki, ani na gruncie prawa konstytucyjnego, również

Interpretacja faktów podważająca czy relatywizująca przyświecający „tradycyjnemu” prawodawcy aksjomat, że każdy człowiek rodzi się i umiera albo mężczyzną, albo kobietą, a także świadome działania tworzące takie fakty są z pewnością wyzwaniem dla bioetyki oraz dogmatyki i polityki prawa³⁴, ale z punktu widzenia życia społecznego i funkcji prawa jest to zjawisko na tyle marginalne, że w żadnym wypadku nie wymaga przewartościowania wymagania różnicy płci jako immanentnego elementu konstrukcji małżeństwa.

c) Każdy, kto jest do tego zdolny zgodnie z obiektywnymi kryteriami, które muszą być dostatecznie określone w ustawie, może według swej woli zawrzeć związek małżeński ze swobodnie wybranym partnerem albo pozostać w stanie bezżennym.

Należy przyjąć, że ustrojodawca III RP nie chciał zagwarantować mniej niż to, co gwarantują zastane przezeń postanowienia wiążących Polskę umów międzynarodowych: art. 23 ust. 2 i 3 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, art. 10 ust. 1 zd. 2 Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych oraz art. 12 (europejskiej) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Postanowienia te są miarodajne w wykładni konstytucyjnej gwarancji instytucji małżeństwa — nie na zasadzie odesłania dynamicznego, lecz jako kontekst interpretacji zastanego pojęcia małżeństwa; treść gwarancji nie zmieniłaby, gdyby ustało związanie Polski wspomnianymi normami prawa międzynarodowego. Istotne znaczenie zachowuje też art. 16 ust. 1 i 2 Powszechnej deklaracji praw człowieka ONZ z 1948 r.: „Mężczyźni i kobiety bez względu na jakiegokolwiek różnice rasy, narodowości lub wyznania mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Mają oni równe prawa³⁵ w odniesieniu do zawierania małżeństwa,

jako element konstytucyjnej gwarancji instytucji małżeństwa. Nie zmieniła tego innowacja w postaci instytucji zarejestrowanego związku partnerskiego tylko dla osób tej samej płci. Notabene oderwanie tej instytucji od nazwy „małżeństwo” jest manewrem terminologiczno-legislacyjnym, zaakceptowanym przez FSK większością głosów, który służy uniknięciu jawnej kolizji z immanentną w konstrukcji małżeństwa zasadą heteroseksualności.

³⁴ W kontekście bytu prawnego małżeństwa ważkie uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*, z prezentacją poglądów nauki prawa i praktyki orzeczniczej, zawiera przeznaczony do publikacji w KPP artykuł M. Domaszkiego, *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 k.r.o.)*. Autorowi dziękuję za udostępnienie rękopisu.

³⁵ Równoprawność obojga nupturientów i małżonków jest w nowoczesnym prawie zasadą konstrukcji małżeństwa na tyle oczywistą i niekontrowersyjną, że nie musimy jej tutaj wyróżniać. Gdyby uchybił jej ustawodawca albo organ stosujący prawo, popadłby zresztą w kolizję z art. 33 ust. 1 Konstytucji.

podczas jego trwania i po jego ustaniu”, „Małżeństwo może być zawarte jedynie za swobodnie wyrażoną pełną zgodą przyszłych małżonków”.

Ograniczenia korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i swobodnego wyboru partnera wynikające z art. 10–12, 14 i 15 k.r.o. są racjonalnie uzasadnione, odpowiadają ocenom powszechnym w społeczeństwie, są uświęcone tradycją i nie są arbitralne. Jeżeli prawo do zawarcia małżeństwa będziemy traktować jako konstytucyjne prawo podmiotowe, wspomniane ograniczenia są usprawiedliwione na gruncie kryteriów wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

d) Rdzeń związku małżeńskiego stanowi osobowe zespolenie dwojga ludzi w istotnych wymiarach życia prywatnego i intymnego.

Próbując ująć to w kategoriach technicznoprawnych, możemy powiedzieć, że węzeł małżeński, inaczej niż stosunek umowny poddany prawu zobowiązań, obliguje małżonków nie do określonych świadczeń, lecz do ścisłego zbliżenia i skoordynowania ich dóbr osobistych w wielu wymiarach, także w wymiarze intymnym, otwartego na prokreację i budowanie rodziny³⁶. W tym aspekcie małżeństwo jest przede wszystkim motywowanym etycznie zadaniem, które małżonkowie wspólnie przyjmują i które wspólnota zorganizowana w państwo przed nimi stawia w przekonaniu, że wysiłek podejmowany w celu sprostania temu zadaniu jest czymś korzystnym nie tylko dla obojga, lecz także dla całej wspólnoty. Małżeństwo i rodzinę uważa się za „fundament społeczeństwa”³⁷. W zamian wspólnota zapewnia ochronę i opiekę związkowi oraz założonej na jego podstawie rodzinie. Jeżeli ustawodawca przyznaje małżonkom określone przywileje, na przykład preferencje kredytowe dla młodych małżeństw lub prawo wspólnego opodatkowania, nie czyni tego w nagrodę za udowodnione wywiązywanie się małżonków z ich zadania, lecz w uznaniu, stanowiącym także zachętę dla innych, że

³⁶ Niektóre ujęcia stawiają prokreację i rodzinę wręcz na pierwszym miejscu, np. konstatując, że małżeństwo to związek „ukształtowany w celu spełnienia funkcji prokreacyjnej i wychowawczej w odniesieniu do dzieci oraz wzajemnej pomocy i współżycia, a także realizacji funkcji emocjonalnej małżonków” — Z. R a d w a Ń s k i, [przyp. 22], s. 235. Wydaje się jednak, że skoro emocjonalna i etyczna więź małżonków leży u podstaw ich decyzji prokreacyjnych i zaangażowania w wychowanie dzieci, godzi się ją eksponować na początku; poza tym dzielenie się małżonków swoją miłością z innymi członkami rodziny jest możliwe bez prokreacji z ich udziałem, czemu służy np. instytucja przysposobienia.

³⁷ Takiego określenia użyły strony obowiązującego konkordatu między RP i Stolicą Apostolską (Dz. U. z 1998 r. nr 51, poz. 318). Można sądzić, że przekonanie to dotyczy wszystkich małżeństw i ufundowanych na nich rodzin, nie tylko katolickich. Przytoczone określenie koresponduje z — używanym zwłaszcza dawniej — ponadpartyjnym i ponadustrojowym określeniem „podstawowa komórka społeczna”.

zdecydowali się wkroczyć na drogę wspólnego życia i na niej pozostać, oraz w nadziei, że istnieje co najmniej szansa na jego dobre owoce. Czy nowoczesne, liberalne państwo³⁸ może mieć jakieś inne powody, by regulować i sankcjonować trwałą rezygnację dwojga wolnych ludzi z części indywidualnego „ja” na rzecz wspólnotowego „my”, przekucia ich indywidualnych pojedynczości we wzajemną odpowiedzialność i wierność?

Do realizacji zadania, jakie postawili przed sobą małżonkowie i jakie stawia przed nimi wspólnota, nie jest konieczne przyznanie parze małżeńskiej jako takiej podmiotowości w sensie technicznoprawnym.

Doświadczenie uczy, że nowoczesne państwo z natury rzeczy nie jest zdolne, by wprost konkretyzować i egzekwować obowiązki małżeńskie w obrębie osobowego rdzenia małżeństwa. W dzisiejszych warunkach życia społecznego bezpośrednio władcze ingerowanie w osobowe relacje małżonków, o ile nie ma w nich patologii podlegającej kwalifikacji prawnokarnej, byłoby niedźwiedzią przysługą dla konkretnego związku i dla instytucji małżeństwa. Mam na myśli w szczególności konkretyzowanie obowiązków małżonków określonych w art. 23 k.r.o., dotyczących wspólnego pożycia i wierności, w wyroku sądu z powództwa jednej ze stron, a już zwłaszcza wykonanie tak skonkretyzowanych obowiązków w trybie egzekucji³⁹. Sankcje mogą mieć jedynie pośredni charakter i aktualizować się w ramach orzekania o winie przy rozwodzie, a także obowiązku alimentacyjnego po rozwodzie lub separacji.

e) Małżeństwo jest w założeniu związkiem trwałym, ustającym dopiero w momencie śmierci jednego z małżonków. Państwo stoi na straży trwałości związku, monopolizując w swoich rękach kompetencję do jego ewentualnego rozwiązania, które może nastąpić z dostatecznie ważnych przyczyn.

Konstytucyjna gwarancja trwałości związku małżeńskiego pozostawia ustawodawcy decyzję co do tego, czy prawo małżeńskie dopuszcza możliwość rozwodu. Ustrojodawca nie mógł nie liczyć się z tym, że zunifikowane prawo małżeńskie w Polsce od kilku pokoleń dopuszcza, na zasadzie „mniej zła”, rozwiązanie związku małżeńskiego przez sąd. Jest to kompromis między postulatem absolutnej trwałości (nierozzerwalności) związku

³⁸ Mówiąc o liberalnym państwie, mam na myśli ogólnie państwo respektujące wolność i autonomię prywatną jednostki oraz uznające swoje ograniczenia w regulowaniu i kontrolowaniu różnych dziedzin życia.

³⁹ W. Ch r z a n o w s k i, *Wolność jednostki a prawo*, „Palestra” 2009, z. 11–12, s. 16, pisze: „W c.k. Austro-Węgrzech żona mogła dochodzić w sądzie nakazania mężowi wykonywania przewidzianych przez prawo osobistych obowiązków małżeńskich w słusznym wymiarze, ale cóż, na tytule wykonawczym figurowała pieczętka: »Nie podlega wykonaniu przez komornika«”.

a społeczno-kulturowymi realiami⁴⁰. Kompromis taki jest konstytucyjnie dopuszczalny, ale nie jest nakazany. Nie zasługiwałoby natomiast na swoją nazwę — i nie czyniłoby zadość konstytucyjnej gwarancji instytucji — małżeństwo rozwiązywalne na zasadzie *actus contrarius* między stronami ani tym bardziej małżeństwo rozwiązywalne przez jednostronne oświadczenie jednego z małżonków („wypowiedzenie małżeństwa”).

Skoro wspólnota jest zainteresowana trwałością związku⁴¹, państwo monopolizuje w swym ręku kompetencję do jego rozwiązania⁴², powierzając jej wykonywanie niezawisłym sądom. Nie chodzi o utrudnianie życia osobom dążącym do rozwodu i przysparzanie sądom zbędnej pracy, lecz o niedopuszczanie do ustania związku, który w założeniu ma być dożgonny, w oparciu o decyzję zainteresowanych podjętą z przyczyn błahych lub usuwalnych albo pochopnie. Orzeczenie o rozwodzie nie może być czystą formalnością, lecz powinno być wynikiem poważnej refleksji sądu i samych zainteresowanych, efektem procesu, w którym rozważana jest także opcja zachowania związku, zwłaszcza jeśli na jego podstawie powstała rodzina. Taka koncepcja rozwodu powinna znajdować wyraz w przepisach zarówno prawa materialnego, jak i prawa procesowego, a przede wszystkim — w nierutynowym podejściu sądu do każdej sprawy; wymaga to powierzenia spraw rozwodowych sędziom o dużym doświadczeniu i specjalnych predyspozycjach.

Stojąc na straży trwałości związków małżeńskich, władze publiczne powinny unikać rozwiązań legislacyjnych i innych, które komplikują ludziom

⁴⁰ Kompromis ten pośrednio przyjęła do wiadomości Stolica Apostolska, godząc się w art. 10 obowiązującego konkordatu z RP [przyp. 37], dotyczącym tzw. małżeństw konkordatowych, na ust. 4 w brzmieniu: „Orzekanie w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych”. Oznacza to, że związek cywilny zawarty *uno actu* wraz ze związkiem kanonicznym może ulec rozwiązaniu przez rozwód, choć wyrok rozwodowy nie ma wpływu na byt związku kanonicznego. Z kolei RP w art. 11 przyjęła do wiadomości stanowisko Stolicy Apostolskiej w sprawie nierozzerwalności małżeństwa: „Układające się Strony deklarują wolę współdziałania na rzecz obrony i poszanowania instytucji małżeństwa i rodziny będących fundamentem społeczeństwa. Podkreślają one wartość rodziny, przy czym Stolica Apostolska, ze swej strony, potwierdza naukę katolicką o godności i nierozzerwalności małżeństwa”. Z deklaracji tej nie wynika, rzecz jasna, zobowiązanie ani kompetencja organów państwowych do stosowania wobec tzw. małżeństw konkordatowych innych reguł niż do związków zawartych w formie świeckiej.

⁴¹ Jak pisze Cz. Z n a m i e r o w s k i, [przyp. 20], s. 17–18, gdyby partnerzy „nie mieli intencji żyć ze sobą dożgonnie i gdyby to było znane zbiorowości, uważano by, że nie podejmują swej decyzji poważnie [...]”; nawet w tych zbiorowościach, które dopuszczają rozejście się partnerów, uważa się, że „próbowali zawiązać współżycie dożgonne i że złe jest dla zbiorowości, iż nie powiodła się ta próba”.

⁴² Podobnie ma się rzecz z *sui generis* zawieszeniem związku, jakim jest separacja, której tutaj nie rozważamy.

życie ze względu na pozostawanie w związku małżeńskim i mogą skłaniać do niewstąpienia w taki związek lub do jego formalnego zakończenia wbrew interesom małżonków⁴³.

f) Chociaż konkretne sposoby przeżywania i funkcjonowania związku małżeńskiego mogą być różne, w danym porządku prawnym małżeństwo jest instytucją jednolitą dla wszystkich. Wyklucza to kreowanie w drodze ustawy lub czynności prawnych odrębnych kategorii czy wariantów stosunków niemajątkowych między małżonkami i trwałości ich związku.

Zawierając związek małżeński, nupturienti godzą się na jednolity „pakiet” ustawowych regulacji dotyczących dwóch poprzednio wskazanych zasad, przy czym regulacje te mają charakter bezwzględnie obowiązujący⁴⁴. Nie ma tutaj miejsca na żadne indywidualnie uzgodnione warunki czynności prawnej ani żadne *accidentalialia negotii*⁴⁵, jeśli nie liczyć — obojętnych z punktu widzenia treści i trwałości stosunku małżeństwa — oświadczeń o nazwiskach małżonków i ich przyszłych dzieci.

Większą swobodę mają małżonkowie w sprawach ustroju majątkowego, a więc nie osobowego rdzenia związku, lecz tego, co można nazwać jego otoczką. Fakultatywna umowa dotycząca ustroju majątkowego jest przy tym zawierana przed zawarciem związku albo później, nigdy zaś nie jest jego składnikiem (por. art. 47 k.r.o.).

Ustawodawca nie może tworzyć żadnych „substandardów” małżeństwa, na przykład związków o takiej nazwie albo bez niej zawieranych na próbę lub na czas określony. Dłuższej dyskusji wymagałaby propozycja ustawowego wykreowania ponadstandardowego modelu związku małżeńskiego (czegoś w rodzaju małżeństwa kategorii „S”) — atrakcyjnego dla najbardziej wymagających nupturientów, choć formalnie dostępnego dla wszystkich⁴⁶.

⁴³ Przykładem był obowiązujący przez długi czas w PRL przepis, według którego małżonkowie, traktowani łącznie, mogli mieć prawo tylko do jednego mieszkania, co niektórych stawiało przed alternatywą: albo rezygnacja ze „zbędnego” mieszkania, albo rozwód oparty na fikcyjnym stanie faktycznym. Dziś takie unormowanie trzeba by uznać za rażąco niezgodne nie tylko z art. 64 ust. 1, lecz także z art. 18 Konstytucji.

⁴⁴ W obecnym stanie prawnym kierownik urzędu stanu cywilnego jedynie informuje ich o ich treści (art. 3 § 3 k.r.o.), ale nie wymaga się nawet ich wyraźnej akceptacji przez nupturientów.

⁴⁵ Prawo nie uznaje również żadnych porozumień modyfikujących charakter małżeńskiej więzi prawnej poprzedzających zawarcie związku albo później. J. G a j d a, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 89, podaje przykład porozumienia co do niepodejmowania lub zaprzestania wspólnego pożycia.

⁴⁶ Mam na myśli inspirowaną inicjatywami zagranicznymi ideę małżeństwa niedopuszczającego rozwodu, lansowaną w artykule P. G r z e b y k a, *Dyferencjacja instytucji małżeństwa w prawie polskim. Uwagi de lege ferenda o nierozzerwalnym świeckim małżeń-*

g) Ustawodawca powinien „zaferować” małżonkom rozwiązania prawne sprzyjające tworzeniu majątkowych warunków stabilizacji ich związku.

Konstytucja nie przesądza treści rozwiązań ustawowych w tym zakresie, w szczególności dotyczących charakteru ustroju ustawowego i ustrojów umownych. Jeśli chodzi o prawo spadkowe, to małżonek spadkodawcy z pewnością nie powinien być pomijany w kręgu spadkobierców ustawowych i osób uprawnionych do zachowku, ale jego powołanie do spadku w zbiegu ze zstępny mi nie wydaje się rozwiązaniem obligatoryjnym z konstytucyjnego punktu widzenia⁴⁷.

h) Związek małżeński jest związkiem zawierany m przed przedstawicielem wspólnoty i urzędowo rejestrowany m.

Nowoczesne prawo małżeńskie, na którego kształt w tym zakresie wpłynęły postanowienia Soboru Trydenckiego⁴⁸, definitywnie odchodzi od znanej prawa rzymskiemu i wielowiekowej tradycji chrześcijańskiej praktyki, kiedy funkcjonowały związki małżeńskie zawierane w prywatności. Oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński muszą być złożone, w przepisanej formie, wobec przedstawiciela wspólnoty. Byt związków małżeńskich podlega ujawnieniu w dokumentach mających moc urzędową⁴⁹.

Dokonawszy tej rekonstrukcji, zauważmy, że małżeństwo jest jedyną postacią nawiązywanej dobrowolnie prywatnej i intymnej więzi osób, któ-

stwie, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2009, z. 1–2, s. 103–111. W dającej się przewidzieć przyszłości kwestia ta nie stanie na porządku dziennym polityki prawa w naszym kraju.

⁴⁷ Z wyznaczeniem kręgu spadkobierców ustawowych i kolejności powołania do spadku wiążą się dylematy wynikające m.in. z przemian relacji rodzinnych. O niektórych wspomina A. M a c z y Ń s k i, [przyp. 7], s. 1172–1173. Jeden z dylematów wiąże się, moim zdaniem, z tym, że po śmierci nowoczesnego spadkodawcy żyją często osoby (nie jedna), które od tego momentu są jego byłymi małżonkami, tymczasem prawo spadkowe czy podatkowe zwykło uwzględniać interes tylko tego ostatniego.

⁴⁸ Dekret *Tametsi* o reformie małżeństwa z 1563 r. Stwierdzając na wstępie, że chociaż (*tametsi*) dotychczasowe małżeństwa zawarte potajemnie (*matrimonia clandestina*) są ważne, w celu uniknięcia dotychczasowych błędów i nadużyć nakazuje się, by związek małżeński był zawierany w obecności proboszcza albo upoważnionego przez niego lub przez ordynariusza kapłana oraz dwóch lub trzech świadków, po trzykrotnych publicznych zapowiedziach w kościele; proboszcz ma prowadzić i przechowywać księgę, w której odnotowuje się imiona małżonków i świadków oraz miejsce i czas zawarcia związku. Źródło: *Dokumenty Soborów Powszechnych. Tekst łaciński i polski*, t. IV/2, oprac. A. Baron, H. Pietras, Kraków 2005, s. 720–724.

⁴⁹ Por. art. 1 i 3 Konwencji w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw, otwarta do podpisu w Nowym Jorku dnia 10 grudnia 1962 r. (Dz. U. nr 9, poz. 53 i załącznik).

rą Konstytucja dostrzega, gwarantuje i każe władzom publicznym otoczyć ochroną i opieką. Jest to wyróżnienie szczególne, traktowanie wręcz wyjątkowe⁵⁰.

Małżeństwo to *sui generis* pakt wspólnego życia, który radykalnie odbiega od modelu zobowiązań umownych. Założmy, że system prawny nie zna instytucji ani nawet pojęcia małżeństwa, a tylko gwarantuje swobodę umów w kształcie określonym w art. 353¹ i n. k.c. Czy możliwe byłoby wykreowanie ważnej i korzystającej z sankcji państwa umowy nienazwanej tworzącej stosunek zobowiązaniowy o cechach wskazanych wyżej w punktach a), d) i e) — zobowiązującej do dożgonnego wspólnego życia, wzajemnej wierności i lojalności, zakazującej wstępowania w konkurencyjne związki formalne i relacje faktyczne? W świetle ugruntowanego w polskim porządku prawnym rozumienia zasady swobody umów, a także ze względu na wyraźną dyspozycję art. 365¹ k.c. odpowiedź jest oczywiście przecząca⁵¹. Jest tak — najprościej i najkrócej — dlatego, że swoboda umów jest poj-

⁵⁰ Moim zdaniem dogmatyka prawa schodzi na manowce, gdy przywiązuje przesadnie dużą wagę do występowania albo niewystępowania w tekście Konstytucji emfaticznych przymiotników typu „szczególny”, „specjalny”. Jałowe wydaje się np. spekulowanie, dlaczego nie ma takiego przymiotnika w art. 18, a jest w art. 19 i art. 71 ust. 1. Wyjaśnienia bywają banalne: w art. 18 go nie ma, bo nie było go w art. 79 ust. 1 Konstytucji PRL; wniosek o dodanie całego art. 19 w obowiązującym brzmieniu został zaś zgłoszony „z sali” w trakcie drugiego czytania w Zgromadzeniu Narodowym, a Komisja Konstytucyjna poparła go bez poprawek i bez dyskusji (nawet nie zadano sobie trudu, by wyraz obcy zamienić na rodzimy). Wycucie językowe podpowiada, że kiedy otacza się „szczególną opieką” weteranów, brzmi to dobrze, ale fraza „szczególna opieka nad rodziną” brzmiałaby dziwnie. W art. 71 ust. 1 przymiotnik „szczególna” (pomoc) waży więcej, bo może być wyjaśniany za pomocą synonimów „znacząca”, „odczuwalna”. (Nawet w jednym dobrze zredagowanym akcie normatywnym znaczenie tego samego przymiotnika może się zmieniać zależnie od tego, z jakim rzeczownikiem się łączy; por. w kodeksie cywilnym: „ważna czynność prawna” i „ważne powody”). „Szczególną” ochronę państwa gwarantuje małżeństwu i rodzinie Ustawa zasadnicza RFN (art. 6 ust. 1), ale ten przymiotnik nie ma tutaj szczególnego znaczenia, bo — jak stwierdził FSK na podstawie materiałów przygotowawczych — wprowadzono go tam ze względu na wycucie stylistyczne autorów. Z drugiej strony E. H a a s, autorka jednego ze zdań odrębnych (przytaczanego także niżej) do wyroku Pierwszego Senatu FSK z 17 VII 2002 r., 1 BvF 1/01 i 1 BvF 2/02, BVerfGE, t. 105, s. 313 i n., w sprawie zarejestrowanych związków partnerskich dla osób tej samej płci słusznie stwierdza: „W tym kontekście jest wręcz nieistotne, czy instytucja małżeństwa korzysta z ochrony, czy też — jak mówi konstytucja — ze »szczególnej« ochrony państwa. Już bowiem wyraźny nakaz ochrony, jaki w tekście Ustawy zasadniczej można znaleźć jeszcze tylko w art. 1 ust. 1 zd. 2, gdy mowa jest o godności człowieka, świadczy o tym, że ustrojodawca nadał małżeństwu i rodzinie wysoką rangę. Żaden inny związek regulowany przez prawo, żadna inna wspólnota osób, choćby jej celem było trwałe wzajemne wspieranie się, nie korzysta z porównywalnej ochrony konstytucyjnej”.

⁵¹ Por. R. T r z a s k o w s k i, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 352¹ k.c.*, Kraków 2005 oraz powołane tam piśmiennictwo i orzecznictwo,

mowana jako instrument realizacji indywidualnej wolności jednostki, a nie jej ograniczania czy podporządkowywania innym osobom lub wyższym celem⁵². Umowy dopuszczające nadmierną ingerencję w dobra osobiste uważa się za sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego⁵³. Z charakterem ciągłym zobowiązania musi iść w parze możliwość jego rozwiązania, w przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z „niedopuszczalnym ograniczeniem wolności człowieka w sposób charakterystyczny dla stosunków feudalnych”, urągający jego konstytucyjnie zagwarantowanej wolności⁵⁴. Umowa, przez którą człowiek „jakby w uniesieniu w równe nogi wskoczył w studnię”, bez możliwości wydostania się stamtąd o własnych siłach i bez gwarancji, że go stamtąd wydobędzie gospodarz terenu, jest konstrukcją z innej bajki niż prawo zobowiązań liberalnego państwa.

Konstruując instytucję prawną małżeństwa, ustawodawca nie jest związany ograniczeniami wiążącymi go w dziedzinie prawa zobowiązań umownych, ponieważ ma konstytucyjne upoważnienie — będące zarazem zadaniem — do wyjątkowego uregulowania więzi małżeńskiej. Ponieważ ta nie mieści się w logice prawa zobowiązań, małżeńskie prawo prywatne nie jest jego częścią. Konstytucyjne upoważnienie i zadanie dla ustawodawcy zwykłego, o którym tu mówimy, dotyczy małżeństwa i tylko małżeństwa. Ustawodawca nie ma żadnego konstytucyjnego tytułu do analogicznego regulowania związków niemałżeńskich. Nie ma przy tym znaczenia, czy legislator nazwałby czynność inicjującą taki związek „umową”, „kontraktem”, „zgodnymi oświadczeniami stron”, „uroczystym ślubowaniem” czy jeszcze inaczej.

Innymi słowy: ustawodawca nie może ustanowić poza systemem swobody umów i jej ograniczeń instytucji jakiegoś związku paramałżeńskiego, o takiej czy innej nazwie. Legitymacja liberalnego ustawodawcy do ustanawiania tak niezwykłej i wyjątkowej instytucji musiałaby mieć podstawę w porządku ponadustawowym, *implicite* albo *explicite* potwierdzoną w akcie

zwłaszcza na s. 318–332 (ochrona przed nadmiernym ograniczeniem wolności kontrahenta) i s. 366–367 (o naturze stosunków obligacyjnych ciągłych).

⁵² Panuje *communis opinio* co do tego, że „stosunek zobowiązaniowy nie może być ani środkiem unicestwienia, ani nadmiernego ograniczania wolności człowieka”. Niektórzy autorzy uznają to za zasadę prawa międzynarodowego — R. Trzaskowski, [przyp. 51], s. 318. Jak mawiał sto lat temu pewien sędzia amerykańskiego SN, nie umowy, ale ludzie mają być swobodni.

⁵³ R. Trzaskowski, [przyp. 51], s. 324.

⁵⁴ Tak R. Trzaskowski, [przyp. 51], s. 366–367, który przytacza wypowiedzi Z. Radwańskiego, L. Domańskiego i Sądu Najwyższego. Stwierdzenia te, od dawna przyjmowane przez doktrynę i orzecznictwo, znalazły wyraźne potwierdzenie ustawodawcy poprzez uzupełnienie kodeksu cywilnego o art. 365¹ (Dz. U. z 2001 r. nr 71, poz. 733).

o najwyższej mocy prawnej⁵⁵. Skoro polski ustawodawca nie jest upoważniony do instytucjonalizowania związków niemałżeńskich, to tym bardziej nie jest do tego zobowiązany⁵⁶.

III. MAŁŻEŃSTWO A INNE DOBRA CHRONIONE NA MOCY ART. 18 KONSTYTUCJI

Nie sposób wyjaśnić, dlaczego państwo sankcjonuje i uprzywilejowuje tak wyjątkowy związek dwojga osób, jakim jest małżeństwo, i dlaczego przyznaje mu swoistą ekskluzywność w porządku prawnym, jeśli abstrahuje się od relacji małżeństwa i pozostałych dóbr wymienionych w tym samym przepisie Konstytucji.

Redakcyjne ujęcie małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa, w którym wszystkie te dobra wymienia się „jednym tchem”, świadczy o uznaniu funkcjonalnego i aksjologicznego związku między nimi. W Konstytucji RP z 1997 r. nie jest to niczym nowym: te same elementy „układanki” lub niektóre z nich — zawsze jednak małżeństwo w parze z rodziną — spotykamy zarówno w art. 79 ust. 1 Konstytucji PRL, którego art. 18 obecnej Konstytucji jest kontynuacją, jak i w cytowanych wyżej aktach prawa międzynarodowego zastanych przez ustrojodawcę III RP. Związek ten uznaje również Karta praw podstawowych Unii Europejskiej w art. 9: „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw”, respektując prawo państw członkowskich do rozumienia tych pojęć tak, jak wymagają ich kultura i porządek konstytucyjny.

⁵⁵ Zauważmy pewną analogię między ślubami małżeńskimi a ślubami zakonnymi. Te drugie są sankcjonowane na gruncie prawa kanonicznego, ale nie do pomyślenia jest, żeby swojej sankcji udzielało im prawo liberalnego państwa. Zasadniczą przeszkodą, poza przeszkodami natury politycznej i pragmatycznej, jest brak konstytucyjnej podstawy do takiej ingerencji w sferę autonomii jednostki. Gdyby liberalne państwo chciało sankcjonować, w myśl maksymy *pacta sunt servanda*, śluby zakonne — na zasadzie przymusu wykonania dorozumianej lub wyraźnej umowy między jednostką a wspólnotą zakonną albo na mocy szczególnej ustawy, która przewidywałaby prawny obowiązek spełnienia owych ślubów — to pewnie najgłośniej protestowałyby ci, którzy postulują sankcjonowanie przez państwo ślubów par homoseksualnych.

⁵⁶ Podobnie A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, w: *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013, s. 94, który trafnie wykazuje, że skoro z art. 30, art. 31 ust. 1 ani art. 32 Konstytucji nie wynika prawo domagania się instytucjonalizacji takich związków, bezprzedmiotowe jest sięganie do art. 31 ust. 3 Konstytucji jako podstawy dopuszczalnych ograniczeń wolności i praw.

Elementy wskazane w art. 18 Konstytucji uzyskują właściwy sens wtedy, gdy każdy jest na swoim miejscu, obok dopełniającego go elementu sąsiedniego. Żaden z nich nie ma bowiem treści izolowanej od treści pozostałych; każdy znaczy więcej, jeśli jest dopełniany przez elementy sąsiednie. Małżeństwo, wymienione w art. 18 Konstytucji na pierwszym miejscu, jest elementem centralnym⁵⁷, z którym łączy się każdy pozostały. Wszystkie razem tworzą obraz odpowiadający ideałowi społecznemu czy wizji stanu pożądanego⁵⁸, które przyjął ustrojodawca. Wizja ta powinna przyświecać władzom publicznym, w tym ustawodawcy zwykłemu. Powinny one czynić to, co w ramach ich kompetencji i posiadanych środków możliwe, aby stosunki społeczne zbliżały się do wizji stanu pożądanego, i zaniechać tego, co może je od niej oddalać.

Trybunał Konstytucyjny trafnie wskazuje: „Ochrona rodziny realizowana przez władze publiczne musi uwzględniać przyjętą w Konstytucji wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo (*vide* art. 18 Konstytucji). Celem regulacji konstytucyjnych odnoszących się do statusu rodziny jest bowiem nałożenie na państwo, a zwłaszcza na ustawodawcę, obowiązku podejmowania takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami”⁵⁹.

⁵⁷ W pracach z zakresu prawa rodzinnego spotykamy np. takie określenia małżeństwa: „elementarna komórka rodziny”, „podstawa rodziny”, „trzon rodziny”, „załączek rodziny”, „preludium do rodziny”.

⁵⁸ Jest to wizja ponadpartyjna, ponadustrojowa i możliwa do zaakceptowania bez względu na stosunek do religii. „Człowiek nie może zadowolic się w samotności. Samotni budują cele, inni wznoszą kryjówki. Zadowolenie jest owocem kobiecej i męskiej wzajemności. Zakłada ono jako naturę płęć. Kobieta w samotności nie posiada domu. Samotny mężczyzna również nie posiada domu. Mimo to mężczyzna ofiaruje kobiecie dom i kobieta ofiaruje dom mężczyźnie. Na tym polega istota wzajemności, iż człowiek ofiaruje drugiemu to, co w ogóle staje się możliwe dzięki obecności drugiego przy nim. W domu kobieta jest matką, a mężczyzna ojcem. Naturalnym owocem wzajemności jest dziecko. Dziecko zwiędza sens domu. Dom jest przede wszystkim dla dziecka. Dlatego mówimy, że domy bez dzieci są puste. [...] Dziecko jest obietnicą wszelkich obietnic. W tych, którzy budowali dom, budzi się wiara, że oto tu, w tym domu, w tym ogrodzie, przy tej kołyszce stała się ich ziemia obiecana” — J. T i s c h n e r, *Filozofia dramatu*, wyd. 2, Kraków 2012, s. 225–226. Takie same myśli, choć wyrażane trochę innym językiem, nieraz wypowiadali przedstawiciele polskiej lewicy — tej marksistowskiej i tej demokratycznej.

⁵⁹ Fragment pkt III.4.3 uzasadnienia wyroku z 12 IV 2011 r., SK 62/08, OTK ZU A 2011, nr 3, poz. 22. Cytowana teza stanowi potwierdzenie trafnej wykładni art. 18 Konstytucji, którą Trybunał sformułował już w uzasadnieniu wyroku z 18 V 2005 r., K 16/04, OTK ZU A 2005, nr 5, poz. 51. W jego uzasadnieniu (III.4) czytamy: „Nakaz wyrażony w art. 18 Konstytucji nie oznacza, że Konstytucja nakazuje traktować osobę mającą ro-

Stosunki w realnym życiu nie zawsze odpowiadają ideałowi, tak jak w układance może zabraknąć pewnych elementów potrzebnych do jej ułożenia w pełni zgodnego z obrazkiem. Niektórzy małżonkowie nie mają swoich biologicznych dzieci, ale mogą starać się o przysposobienie dziecka niebędącego ich genetycznym potomkiem. Z takich czy innych powodów funkcja rodzicielska może przypadać tylko jednemu z rodziców; mówi się wtedy o rodzinie niepełnej, która notabene może być uprawniona nawet do większej pomocy ze strony państwa niż ta, z której korzystają rodziny pełne (art. 71 ust. 1 zd. 2 Konstytucji)⁶⁰. Może być wiele innych sytuacji odbiegających od wzorca art. 18, a wymagających szczególnej pomocy państwa, przede wszystkim ze względu na dobro dzieci. Trybunał Konstytucyjny nie zamyka na to oczu, choć zarazem podkreśla, że działania państwa w dziedzinie polityki rodzinnej „nie mogą jednak prowadzić, nawet tylko pośrednio, do osłabiania trwałości więzów rodzinnych przez takie rozwiązania, które preferowałyby wychowywanie dzieci tylko przez jednego z rodziców albo nawet przez oboje z nich, ale bez zawierania związku małżeńskiego [...]”⁶¹.

Można czasem spotkać się z postulatem stworzenia ustawowej definicji rodziny, aby zapobiec dekompozycji ideału wyrażonego w art. 18 Konstytucji albo przeciwnie — usankcjonować tę dekompozycję w myśl hasła *families exist in diverse forms*⁶². Niektórzy prawnicy, z racji praktycystycznego nachylenia swojej profesji, chcą jakiejś definicji, by mieć „pełną jasność”. Wielu nieprawników wciąż naiwnie sądzi, że prawo i prawnicy są właśnie po to, by laikom zapewnić pełną jasność w trudnych sprawach. Tymczasem rację zdają się mieć w tym wypadku ci, którzy przypominają: *omnis definitio periculosa est*⁶³. Uniwersalna definicja rodziny — niezależnie od narażenia się na zarzut, że ustawodawca zwykły próbuje nieadekwatnie definiować autonomiczne pojęcie konstytucyjne — raczej nie służyłaby rozwiązywaniu praktycznych problemów, natomiast sama próba jej skonstruowania niemal na pewno wywołałaby nową wojnę ideologiczną. Zamiast dążyć do pełnej

dzinę inaczej (lepiej) niż osobę samotną. Przepis ten nakazuje natomiast podejmowanie przez państwo takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami”.

⁶⁰ Szczególna pomoc dla rodzin niepełnych nie może jednak sprzyjać rozszerzaniu się zjawiska rodzin niepełnych. Por. uzasadnienie wyroku w sprawie K 16/04, przytoczonego w poprzednim przypisie.

⁶¹ Fragment uzasadnienia wyroku z 12 IV 2011 r. wskazany w przyp. 59.

⁶² Zob. przyp. 6.

⁶³ Tak J. Jasudowicz, *O potrzebie rzeczywistego upodmiotowienia rodziny*, w: *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smoczyńskiego*, red. M. Andrzejewski i in., Toruń 2008, s. 203.

jasności, warto czasem znaleźć trochę więcej światła. Choćby uważnie czytając dwa wspomniane orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

Na szczęście bezpowrotnie chyba minęły czasy, w których podkreśleniu wartości małżeństwa miało służyć gorsze traktowanie dzieci pozamałżeńskich; przewyciężenie tego kulturowego atawizmu zasługuje na uznanie⁶⁴. Nie do przyjęcia jest natomiast lansowana coraz głośniejsza teza, że tradycyjne małżeństwo wcale nie musi być traktowane jako jedyna pożądana podstawa rodziny, ponieważ w swojej „rodzinoformującej” funkcji może być zastępowane przez inne, rzekomo równouprawnione konstelacje.

Na drogę takiego wartościowania wkroczył niestety niemiecki sąd konstytucyjny. Jego Pierwszy Senat w wyroku z 19 lutego 2013 r., dotyczącym adopcji w związkach homoseksualnych⁶⁵, stwierdził, że jeżeli para osób tej samej płci pozostających w zarejestrowanym związku partnerskim żyje w „społeczno-rodzinnej wspólnocie z biologicznym lub adoptowanym dzieckiem jednego z nich”, to wszyscy razem stanowią „rodzinę korzystającą z ochrony zagwarantowanej w art. 6 ust. 1 UZ”⁶⁶. Z tezą tą można by się zgodzić, gdyby taka ochrona była postrzegana jako konsekwencja ukształtowania stanu faktycznego odbiegającego wprawdzie od konstytucyjnej wizji rodziny opartej na małżeństwie, ale akceptowalnego, o ile nie koliduje z dobrem dziecka. Taka zawężająca interpretacja jest jednak, jak się wydaje, obca autorom cytowanej tezy, skoro jednocześnie twierdzą, że ustawowa niedopuszczalność adopcji przez zarejestrowanego partnera dziecka wcześniej przysposobionego przez drugiego partnera jest niezgodna z konstytucyjną zasadą równości⁶⁷. Jeżeli tak, to *implicitie* trzeba przyjąć, że w imię równości jednakowo pożądanym z punktu widzenia państwa może być ufundowanie rodziny czy to na związku małżeńskim (jak zakłada „małżeńsko-rodzinny” przepis konstytucji), czy to na zarejestrowanym

⁶⁴ Por. przyp. 7.

⁶⁵ 1 BvL 1/11 i 1 BvR 3247/09. Tekst wyroku, przeznaczony do publikacji w BVerfGE t. 133, jest na razie dostępny na stronie internetowej FSK: http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20130219_1bvl000111.html. Wszystkie odesłania do Internetu według podglądu z 3 VIII 2013 r.

⁶⁶ Oficjalna teza przewodnia (wyeksponowana na początku orzeczenia część uzasadnienia) nr 3 zdanie pierwsze.

⁶⁷ Teza przewodnia nr 4 (kluczowa w sprawie): „§ 9 ust. 7 ustawy o związkach partnerskich, umożliwiając zarejestrowanemu partnerowi przysposobienie dziecka uprzednio adoptowanego przez drugiego partnera (adopcja następcza), podczas gdy dopuszczalne jest przysposobienie przez małżonka dziecka uprzednio adoptowanego przez drugiego małżonka oraz przysposobienie przez jednego zarejestrowanego partnera biologicznego dziecka drugiego partnera na zasadach adopcji pasierba, narusza prawo do równego traktowania (art. 3 ust. 1 UZ) zarówno zainteresowanych dzieci, jak i zainteresowanych zarejestrowanych partnerów”.

związku homoseksualnym (traktowanym, na mocy kreatywnego stosowania zasady równości, na równi z małżeństwem)⁶⁸. Ta równoprawność ma być respektowana przez prawo adopcyjne⁶⁹. Po omawianym wyroku FSK jedyną różnicą na niekorzyść zarejestrowanych związków homoseksualnych w zakresie prawnej dostępności adopcji pozostaje niemożność jednoczesnego przysposobienia wspólnie przez obu partnerów. Zapewne sąd konstytucyjny albo ustawodawca pozytywny za jakiś czas uchylą ten ostatni już przejaw „nierówności”⁷⁰. Tak oto dochodzi do unieważnienia fundamentalnej, systemowej preferencji dla małżeństwa jako podstawy rodzicielstwa i czynnika „rodzinotwórczego”: sugeruje się, że w naszej układance małżeństwo–rodzina–macierzyństwo–rodzicielstwo pierwszy element może być zastąpiony przez jakiś inny, o ile ten zostaje uznany za ekwiwalentny z małżeństwem (w powyższym przypadku nastąpiło to za sprawą normatywnego podobieństwa małżeństwa i zarejestrowanego związku jedнопłciowego). Taka podmiana nie pozostaje oczywiście bez wpływu na pozostałe elementy.

⁶⁸ Co prawda FSK konstatuje, że: a) konstytucyjna zasada ochrony małżeństwa i rodziny nie wymaga, by ustawodawca umożliwił zarejestrowanemu partnerowi tzw. adopcje następczą; b) sam fakt, że zarejestrowany partner lub inna osoba faktycznie sprawuje „funkcję rodzicielską”, nie czyni go podmiotem konstytucyjnych praw i obowiązków związanych z rodzicielstwem ani nie obliguje ustawodawcy do umożliwienia mu adopcji. Zarazem jednak stwierdza, że: ad a) wymaga tego zasada równości; ad b) zarejestrowany partner, który jest biologicznym albo adopcyjnym rodzicem dziecka, jest podmiotem konstytucyjnych praw i obowiązków, jakie konstytucja gwarantuje rodzicom. Komentując omawiany wyrok, Ph. R e i m e r i M. J e s t a e d t, *Anmerkung*, „JuristenZeitung” 2013, nr 9, s. 486, zauważają, że ostra i pryncypialna krytyka, z jaką spotkał się on w kręgach zainteresowanych polityką rodzinną, jest „o tyle nieuprawniona, że to rozstrzygnięcie jest kontynuacją stałej już linii orzeczniczej Pierwszego Senatu w kwestii traktowania związków partnerskich”.

⁶⁹ Nie wiadomo, czy w imię „wyrównywania szans” nie dojdzie kiedyś nawet do ustanowienia preferencji dla par homoseksualnych względem par małżeńskich w możliwości adopcji, na wzór *affirmative action*, skoro statystycznie poziom dzietności w tych pierwszych jest o wiele niższy z powodu bariery biologicznej.

⁷⁰ Będąc związany granicami skargi konstytucyjnej i pytania prawnego, FSK w wyroku z 19 II 2013 r. nie mógł orzec o tym ograniczeniu, ale dostrzegł je w *obiter dicta* i odnotował, że w momencie wyrokowania wspólną adopcją przez pary homoseksualne dopuszczały ustawodawstwa ośmiu państw europejskich: Belgii, Danii, Niderlandów, Szwecji, Hiszpanii, Zjednoczonego Królestwa, Islandii i Norwegii (po wprowadzeniu 18 V 2013 r. *marriage pour tous* we Francji, z błogosławieństwem tamtejszej Rady Konstytucyjnej, należałoby dodać i to państwo). Niemiecki trybunał dał też do zrozumienia, że przy najbliższej nowelizacji prawa adopcyjnego, wywołanej omawianym wyrokiem, ustawodawca sam powinien rozważyć, czy pozostałe jeszcze ograniczenia możliwości adopcyjnych w ramach zarejestrowanego związku partnerskiego są zgodne z konstytucją. Chyba tylko w programach partii politycznych można spotkać mniej dyplomatyczny sposób formułowania postulatów co do pożądaných zmian ustawodawczych.

Mamy do czynienia z inną jakością, która empirycznie może występować w różnych odmianach. Wchodząc na drogę takich innowacji, trudno przewidzieć, gdzie się ona kończy i czy w ogóle ma kres. Jak na przykład miałyby reagować państwo na dążenia pary (a zresztą: czy koniecznie pary?) homoseksualnej do posiadania genetycznie własnych dzieci? Tylko tolerować takie dążenia czy wręcz usuwać przeszkody w ich realizacji? Podobnych pytań jest wiele⁷¹.

Pod rządami Konstytucji z 1997 r. zabezpieczeniem przed odstępowaniem od wizji zakładanej przez ustrojodawcę w art. 18 jest kontynuowanie linii potwierdzonej przez Trybunał Konstytucyjny w sprawach K 16/04 i SK 62/08.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy podkreślić, że polski system prawny gwarantuje instytucję małżeństwa o wskazanych wyżej zasadach konstrukcyjnych nie w celu stworzenia określonych udogodnień dla dwojga ludzi jako takich, lecz w przekonaniu, że ich związek ma do spełnienia ważną funkcję społeczną, związaną z założeniem rodziny, macierzyństwem i rodzicielstwem. Nawet jeśli pewne specyficzne udogodnienia przysługują małżonkom z racji pozostawania w związku małżeńskim bez względu na realizowanie tej funkcji, są wyrazem jej uznania i zachętą do wkroczenia na drogę małżeństwa przez innych. Oczywiście nie oznacza to lekceważenia przez prawo tej wartości, jaką jest osobowa i emocjonalna więź samych małżonków, ani tego, że więź ta może być owocna dla społeczeństwa także wtedy, gdy małżonkowie z takich czy innych powodów nie mają genetycznych ani przysposobionych potomków⁷². Jednakże esencjonalny cel instytucji małżeństwa, warunek *sine qua non* jej utrzymywania w systemie prawnym, wiąże się z założeniem, że związki są „otwarte” na realizację dóbr, które zgodnie z art. 18 Konstytucji korzystają wraz z małżeństwem z ochrony i opieki państwa⁷³.

⁷¹ Mądrzy pedagodzy radzili kiedyś, jak zaspokajać ciekawość małego dziecka wyrażaną w pytaniu „Skąd się wzięłam/wzięłam?”. Mówiono, że należy odpowiadać: „Z brzuszka mamusi”. Jeżeli ta odpowiedź okazała się niesatysfakcjonująca, należało dodać: „Bo tatuś i mamusia tak się pokochali, że postanowili być razem na całe życie, żebyś pod ich opieką mógł/mogła się urodzić, rosnać i mądrzeć, a potem pomóc mamusi i tatusiowi, jak będą starzy”. Być może chodzi o marsz w stronę innej cywilizacji, w której te odpowiedzi przestaną być aktualne, a w lepszym wypadku będą wyrażać partykularny sposób postrzegania kondycji ludzkiej, przyjmowany tylko w tradycjonalistycznych kręgach.

⁷² Z konstytucyjnej ochrony prywatności i powszechnych w naszym społeczeństwie przekonania moralnych wynika zresztą zakaz interesowania się władz publicznych i osób niepowołanych przyczynami trwałej bezdzietności małżonków.

⁷³ Por. niżej (s. 619 i przyp. 76) określenie celu, w jakim jest „ukształtowana” instytucja małżeństwa, według Z. Radwańskiego.

IV. NIEDOPUSZCZALNOŚĆ PRAWNEJ INSTYTUCJONALIZACJI ZWIĄZKÓW NIEMAŁŻEŃSKICH

1. PROBLEM TAKICH ZWIĄZKÓW W OGÓLNOŚCI

Przez związek niemałżeński *sensu largo* rozumiem dwie lub kilka dorosłych osób płci dowolnej, które decydują się na wspólne życie prywatne i intymne przez czas określony lub nieokreślony. Związek taki może istnieć niezależnie od tego, czy system prawny wiąże z faktem jego istnienia jakiegokolwiek skutki. Przez prawną instytucjonalizację związku niemałżeńskiego określonego typu rozumiem natomiast stworzenie dla niego — na zasadzie pewnej „oferty” ustawodawcy dla zainteresowanych — sformalizowanej postaci takiego związku, co zakłada ustawowe określenie, jakie są przesłanki i tryb jej powstania i ustania, jakie są wzajemne prawa i obowiązki osobiste i majątkowe partnerów, jakie są wreszcie prawa i obowiązki osób trzecich i władz publicznych wobec partnerów związane wprost z powstaniem, trwaniem lub ustaniem formalnego związku. Jednym słowem, chodzi o wykreowanie instytucji analogicznej do instytucji małżeństwa, zespołu norm prawnych podobnego do prawa małżeńskiego. Zinstytucjonalizowany w taki sposób związek niemałżeński, w celu odróżnienia od małżeństwa, będę w dalszym ciągu nazywał paramałżeństwem *tout court*, a w razie potrzeby wyspecyfikowania zakresu — paramałżeństwem osób tej samej płci⁷⁴. W przyjętej tu

⁷⁴ Wobec braku ustalonej terminologii i (nad)używania określenia „związek partnerski” w rozmaitych znaczeniach taka konwencja wydaje się na razie uzasadniona. W krajach, w których dokonano instytucjonalizacji związków niemałżeńskich, oficjalnie używa się na określenie odpowiednich instytucji różnych skomplikowanych nazw (*pacte civil de solidarité, eingetragene Lebenspartnerschaft, registrované partnerství* itp.). Wobec nieistnienia analogicznej instytucji — a więc i analogicznego oficjalnego terminu — w prawie polskim kalkowanie obcych nazw konkretnych instytucji i używanie ich w ogólnych rozważaniach na poziomie teoretycznym nie wydaje się zasadne. Zresztą określenie „zarejestrowany związek partnerski” (z.z.p.), jeśli abstrahujemy od terminologicznej decyzji konkretnego ustawodawcy narodowego, jest na tyle pojemne, że obejmuje również polskie małżeństwo. (Nie dziwiłbym się i nawet bym specjalnie nie protestował, gdyby postępowi małżonkowie, dla których nazwa „małżeństwo” ma podejrzane konotacje lub — w dobie współczesnej nowomowy — wydaje się zbyt prosta, chcieli nazwać swój związek nowoczesnym mianem z.z.p.). Używając nazwy z.z.p. w kontekście prawa niemieckiego lub czeskiego, mam na myśli oczywiście specyficzną instytucję prawną, ustanowioną w danym państwie. Notabene w polszczyźnie nie przyjęła się nazwa „(za)rejestrowane partnerstwo”, nie mamy więc pary nazw analogicznej do pary „małżeństwo — związek małżeński”. Mając do wyboru formy: „zarejestrowany z.z.p.” i „zarejestrowany z.p.” (notabene w językach obu naszych sąsiadów ta sama forma reprezentuje aspekt niedokonany albo dokonany), proponuję tę drugą, ponieważ ma precedens w nazwie „stowarzyszenie zarejestrowane”, a poza tym wydaje się poręczniejsza w określeniu uczestnika związku: „zarejestrowany partner” (niem. *eingetragener Partner*).

konwencji nie można mówić o „instytucjonalizacji paramażeństwu”, gdyż paramażeństwo traktujemy *ex definitione* jako instytucję prawną.

Problem dopuszczalności kreowania przez ustawodawcę paramażeństwu rozważam na poziomie teoretycznym, nie odnosząc się do żadnych konkretnych projektów ustaw⁷⁵.

Zasadnicze argumenty na rzecz tezy o niedopuszczalności instytucjonalizacji związków niemażeńskich zawarte są w naszych dotychczasowych rozważaniach. Są one konsekwencją stwierdzenia, że instytucji małżeństwa w systemie prawnym opartym na Konstytucji RP przysługuje swoista ekskluzywność. Podobne do małżeństwa instytucje prawne są wykluczone nie tyle po to, żeby „nie przeszkadzały” małżeństwu (to może być ubocznym motywem, o czym powiemy niżej), ile przede wszystkim dlatego, że Konstytucja upoważnia ustawodawcę tylko i wyłącznie do instytucjonalizacji jednego rodzaju związku opartego na trwałym osobowym zespoleniu indywiduów — właśnie małżeństwa, co ma jasne uzasadnienie funkcjonalne i aksjologiczne. Przedstawione niżej argumenty dodatkowo wspierają tę tezę, są jej rozwinięciem lub ukazują niemożliwe do przyjęcia konsekwencje jej zanegowania.

Jeszcze na gruncie przepisów konstytucyjnych obowiązujących do 1997 r. problem związków niemażeńskich dostrzegł Zbigniew Radwański. Uznawszy, że do podstawowych cech małżeństwa należy to, iż jest to związek „legalnie uregulowany”, łączący kobietę i mężczyznę, których sytuacja prawna opiera się na zasadzie równouprawnienia, monogamiczny, nastawiony na trwanie oraz „ukształtowany w celu spełnienia funkcji prokreacyjnej i wychowawczej w odniesieniu do dzieci oraz wzajemnej pomocy i współżycia, a także realizacji funkcji emocjonalnej małżonków”⁷⁶, stwierdził:

⁷⁵ Dotychczasowe doświadczenie uczy zresztą, że inicjatywy w tej dziedzinie mają więcej wspólnego z grą polityczną lub ideologiczną manifestacją niż z racjonalną i kompetentną legislacją. Jak wynika z artykułu M. Ł a c z k o w s k i e j, *Charakter prawny rejestrowanego związku partnerskiego w świetle polskich projektów regulacji*, w: *Związki...*, [przyp. 56], s. 171–208, autorka zadała sobie godny uznania trud przestudiowania projektów ustaw dotyczących paramażeństwu, które wniesiono do łaski marszałkowskiej do 2012 r. Można odnieść wrażenie, że sami projektodawcy nie do końca wiedzą, jaki jest cel zawierania konstruowanych przez nich „związków” czy „umów” dwojga ludzi płci tej samej albo dowolnej poza zarejestrowaniem w urzędzie; ich inwencja legislacyjna jest zaś tym większa, im mniej jest krepowana znajomością prawa cywilnego. Mówimy o polskich projektach, które odpadły w procedurze ustawodawczej, ale jak uczy doświadczenie czeskie, nawet przebycie drogi od projektu do dziennika ustaw nie chroni przez konstrukcyjnymi kuriozami; por. M. H o l u b, *Registrované partnerství? Ani ryba ani rak*, „Právní rozhledy” 2006, z. 9, s. 313–317 oraz załącznik do weta prezydenta V. K l a u s a, [przyp. 84].

⁷⁶ Z. Radwański, [przyp. 22], s. 234–235.

„Związki osób nie odpowiadające cechom wyżej wskazanym nie pozostają pod opieką i ochroną PRL przewidzianą dla małżeństwa w art. 79 Konstytucji. W szczególności odnosi się to do konkubinatu (tzw. faktycznych związków małżeńskich), związków poligamicznych, a także do współżycia osób tej samej płci. Związki takie nie są jednakże zakazane przez obowiązujący system prawny; on je tylko toleruje, a otacza opieką jedynie w sposób pośredni i ograniczony — w ramach ochrony przyznawanej obywatelom dla sfery ich życia prywatnego. Gdyby ustawodawca zwykły usankcjonował te związki poprzez nadanie im form i konsekwencji legalnych, to i tak nie korzystałyby one z ochrony przewidzianej dla małżeństwa w art. 79 Konstytucji. Jeżeli ustawodawca zamierzałby skutek taki osiągnąć, musiałyby odpowiednio uzupełnić przepisy Konstytucji. Uwagi te w pełni odnoszą się do dość licznych w obowiązującym systemie prawnym przypadków, gdy z konkubinatem przepisy prawne wiążą pewne określone konsekwencje prawne. [...] Przez ustanowienie tego rodzaju przepisów prawnych konkubinaty nie nabiera cech związku chronionego na mocy art. 79 Konstytucji”⁷⁷.

Stwierdzenia te zachowują aktualność na gruncie nowej Konstytucji. Treść art. 79 ust. 1 zd. 1 poprzedniej ustawy zasadniczej, do której nawiązuje cytowany autor, mieści się w treści art. 18 obecnej Konstytucji. Ochrona życia prywatnego, którą w poprzednim stanie prawnym przyjmowano w drodze wykładni, ma obecnie wyraźną podstawę w art. 47 Konstytucji.

Przytoczony pogląd zasługuje, także w obecnym stanie konstytucyjnym, na akceptację przy założeniu, że opinia wyrażona w zdaniu „Gdyby ustawodawca zwykły usankcjonował te związki...” nie przesądza o konstytucyjnej dopuszczalności ich instytucjonalizacji, lecz stwierdza jedynie niekorzystanie przez hipotetycznie „usankcjonowane” związki niemające z ochrony i opieki przewidzianej w art. 18 Konstytucji RP. Jeśli przyjmuje się, że system prawny „tylko toleruje” pewne związki, to nie można jednocześnie zakładać, że chroni je jako takie. Instytucjonalizacja zakłada zaś uznanie społecznego pożytku z istnienia określonych stosunków jako takich. Całkowitą tolerancję można natomiast zapewnić w ramach instytucji prawnych nieodnoszących się specyficznie do danego rodzaju stosunków, w szczególności instytucji prawnych służących ochronie prywatności, realizacji swobody umów i testowania oraz egzekwowaniu zasady *pacta sunt servanda*.

⁷⁷ Z. Radwański, [przyp. 22], s. 235. Przypomnijmy, że chodzi o art. 79 ust. 1 zd. 1 Konstytucji z 1952 r. po nowelizacji z 1976 r. (zob. przyp. 7). Nowela z dnia 29 XII 1989 r. zmieniła nazwę państwa, ale brzmienie wielu przepisów Konstytucji zawierających dotychczasową nazwę (PRL) nie uległo zmianie.

Traktując to zastrzeżenie jako istotne, trzeba zgodzić się z autorem nowego komentarza do obowiązującej Konstytucji, który nawiązując do ujęć innych komentatorów, stwierdza:

„[...] art. 18, stanowiąc element aksjologii Konstytucji, zawiera w sobie konkretną treść normatywną i zakazuje nadawania związkom faktycznym dwojga osób różnej płci (np. konkubinatu) lub tej samej płci charakteru małżeństwa [...]. Nie oznacza to bynajmniej zakazu istnienia takich związków [...] ani nakazu ich zwalczania [...]. Artykuł 18 implikuje jednak zakaz podejmowania przez organy władzy publicznej wszelkich rodzajów działań mających na celu tworzenie dla takich związków regulacji mających zrównać je lub upodobnić w kształcie prawnym do małżeństwa, zarówno w kwestii określenia zakresu praw i obowiązków osób żyjących w takim związku, jak w kwestii jego zawierania oraz rozwiązywania”⁷⁸.

Podobne stanowisko zajmuje inny konstytucjonalista w swojej opinii dotyczącej wprowadzenia dwóch konkretnych projektów, ale mającej też walor ogólny:

„[...] Małżeństwo osób dwu płci, wraz z niezmiennie doniosłą społecznie funkcją prokreacyjną i uwzględnieniem dobra dziecka oraz rodziny, stanowi fundamentalną wartość prawną zarówno na gruncie konstytucyjnym, jak i na gruncie unormowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Unormowanie art. 18 Konstytucji, rozwinięte w art. 48, 71 i 72 oraz w obowiązującym systemie prawnym na poziomie ustawowym, pozostaje całkowicie spójne z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa i niedyskryminacji.

Konstytucja nie umożliwia *implicite* wykreowania w drodze ustawy zwykłej nowej instytucji prawnej, związku partnerskiego tworzonego bez względu na kryterium płci, analogicznego do małżeństwa pod względem charakteru i znaczenia prawnego oraz korzystającego z analogicznej ochrony i opieki na gruncie systemu prawnego. Progresywny charakter konstytucyjnych wolności i praw nie dopuszcza ekstrapolacji polegającej na ustawowym rozszerzeniu powinności ochrony i opieki państwa poza krąg wyraźnie wskazanych w art. 18 Konstytucji osób [...]. Uregulowanie ustawowe instytucji związku partnerskiego w postaci proponowanej przez opiniowane projekty (semimałżeństwa) stanowiłoby nie tylko działanie *in fraudem legis fundamentalis*, ale też, w zakresie związku tworzonego bez względu na kryterium płci, unormowanie *contra legem*, czyli niezgodne z konstytucją”⁷⁹.

⁷⁸ B. B a n a s z a k, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 148. Autor nawiązuje do komentarzy L. Garlickiego i P. Winczorka, z tym uzupełnieniem, że w ostatnio przytoczonym zdaniu stawia niezbędną kropkę nad „i”. Stanowi to ważne novum w porównaniu z poprzednim wydaniem tego samego komentarza (2009).

⁷⁹ D. D u d e k, *W sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, opinia z 31 V 2012 r., „Przegląd Sejmowy” 2012, z. 4, s. 180–181.

Liberalny ustawodawca działający w porządku normatywnym wyznaczonym przez Konstytucję RP, która chroni indywidualną wolność jednostki i jej życie prywatne, nie ma tytułu do takiej ingerencji w tę sferę, jaką byłaby instytucjonalizacja związków niemażeńskich w sposób przypominający zasady konstrukcyjne instytucji małżeństwa, wnikający w osobiste relacje między partnerami i wykluczający automatyczne ustanie związku z woli jednego lub obu partnerów. Konstytucja w art. 18 upoważnia — i zarazem zobowiązuje — ustawodawcę zwykłego do instytucjonalizacji prywatnego związku opartego na osobowym zespoleeniu partnerów wyłącznie w odniesieniu do małżeństwa. Nie jest rzeczą ustawodawcy rozstrzyganie, czy instytucja małżeństwa jest potrzebna i użyteczna i czy słuszne jest przyznanie związkom małżeńskim specyficznej ochrony i opieki bez przyznania jej innym związkom. Taką decyzję podjął już sam ustrojodawca. Nie jest więc rolą ustawodawcy zwykłego korygować tę decyzję przez ekstrapolowanie rozwiązań charakterystycznych dla małżeństwa na inne sytuacje. Ponadto wybranie z całej plejady dwu- i wieloosobowych związków niemażeńskich *de facto*, istniejących realnie lub potencjalnie, i dokonanie instytucjonalizacji tylko niektórych ich rodzajów albo tylko jednego — tego, który jest w danym czasie lansowany przez wpływowe osobistości i media — byłoby przejawem niedopuszczalnej arbitralności ustawodawcy.

Twierdzenia o braku tytułu ustawodawcy do instytucjonalizowania związków niemażeńskich w sposób analogiczny do małżeństwa, zobowiązujący partnerów do trwałej wierności, a państwo do stania na straży tej trwałości, nie podważa okoliczność, że „przecież” taki związek byłby zawierany dobrowolnie przez dorosłe osoby i że jego zawarcie miałooby na celu uzyskanie przez partnerów „pewnych” udogodnień, z jakich korzystają małżonkowie. Dobrowolność musiałaby dotyczyć nie tylko wstąpienia w trwały związek, lecz także pozostawania w nim. Postulaty instytucjonalizacji związków niemażeńskich poruszają się między Scyllą zobowiązania partnerów do tego, by stali się na trwałe „jednym ciałem i jedną duszą”, oraz władzy publicznej do tego, by stała na straży tego zobowiązania, a Charybdą „związku *light*”, który właściwie do niczego nie zobowiązuje i *de iure* może istnieć na przykład tylko przez dwa dni albo pół godziny. W pierwszym wypadku liberalny ustawodawca narażałby się jeśli nie na podejrzenie o brak rozsądku⁸⁰, to na pewno na zarzut wtrącania się do życia prywatnego

⁸⁰ T. S m y c z y ń s k i, *Małżeństwo — konkubinat — związek partnerski*, w: *Związki...*, [przyp. 56], s. 75, stawia retoryczne pytanie: „Czy osoby tej samej płci, obce bądź spokrewnione, żywiące względem siebie uczucia życzliwości, wspólnych zainteresowań, przyjaźni, ale bez aspektu pociągu seksualnego żądają unormowania wspólnego życia we wspólnym mieszkaniu według wzorca małżeńskiego?”. W tej samej książce A. M a c z y ń s k i,

i intymnego w sprawach, w których „nic mu do tego”. W drugim wypadku mielibyśmy do czynienia z legislacyjnym banałem, zasługującym najwyżej na wzruszenie ramionami, niewartym zachodu ustawodawcy i na pewno niezasadniającym fundowania zainteresowanym udogodnień na koszt ogółu.

Do ustanowienia zaś racjonalnych i sprawiedliwych udogodnień prawnych, które pomagałyby ludziom żyjącym w takiej czy innej wspólnocie koordynować ich prywatne interesy i korzystać w tym zakresie z ochrony państwa, nie potrzeba instytucjonalizacji związków niemałżeńskich. Wystarczą istniejące instytucje prawne niezające płci ani orientacji seksualnej, mające o wiele bardziej uniwersalny zakres zastosowania: pełnomocnictwo, współwłasność, umowy nazwane (na przykład umowa spółki, przydatna w razie wspólnego prowadzenia gospodarstwa domowego) i nienazwane, roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, testament itd.⁸¹ A jeśli w jakiejś części spraw stan ustawodawstwa jest niewystarczający, można usuwać przeszkody przez zmiany legislacyjne uwzględniające interes wszystkich i różne sytuacje życiowe, a nie tylko specyficzne problemy określonych związków intymnych⁸². Innymi słowy: pomoc ludziom w rozwiązywaniu problemów ich prywatnego życia nie powinna iść w parze z publicznym „detronizowaniem” instytucji małżeństwa⁸³ pod pretekstem zniesienia rze-

[przyt. 56], s. 91, zauważa, że środowisko lansujące instytucjonalizację związków homoseksualnych w celu przyznania partnerom określonych uprawnień zdaje się traktować te ostatnie jako nagrodę za utrzymywanie intymnych kontaktów. Dodajmy, że kolizję ze zdrowym rozsądkiem niekoniecznie usuwa to, że podobnie czynią inni (w tym wypadku: ustawodawcy innych państw). Kiedy inni orzekają, że król ma na sobie okazałe szaty, warto może zgłosić jedno zdanie odrębne z pozycji niezrozumienia nowoczesnych standardów.

⁸¹ M. N e s t e r o w i c z, *Czy ustawa o związkach partnerskich jest potrzebna. Dziesięć mitów prawnych gejów i lesbijek*, „Rzeczpospolita” z 31 XII 2004 r., s. C7, przypomina o rzeczy oczywistej: „Ustawa o związkach partnerskich nie musi regulować tego, co jest uregulowane”.

⁸² Na przykład o problemie odmowy zeznań pisze się tak, jakby z jednej strony immanentnie wiązał się z intymnymi relacjami dwojga ludzi, a drugiej strony było oczywiste, że takie relacje w każdej sytuacji usprawiedliwiają odmowę zeznań. Tymczasem w rozważaniach *de lege ferenda* warto może spojrzeć nań jako na problem ważenia lojalności wobec państwa i ochrony różnych „wrażliwych” interesów prywatnych, wymagający zindywidualizowanego podejścia w odniesieniu do konkretnych kolidujących ze sobą dóbr i konkretnej sytuacji procesowej.

⁸³ Detronizowanie jakiejś instytucji — w naszym wypadku małżeństwa — nie musi zaczynać się natychmiastowym odebraniem jej dotychczasowego statusu. Może polegać także na „posadzeniu na tronie” obok niej jakiejś innej instytucji. Jak uczy doświadczenie krajów zachodnich, zainstalowanie w systemie prawnym, obok małżeństwa, takiego czy innego paramałżeństwa i proklamowanie, że to drugie jest też społecznie ważne i użyteczne, otwiera proces szybkiego niwelowania różnic statusu między obiema instytucjami. Drugą stroną medalu jest stopniowa degradacja małżeństwa — a także tych wartości, które są

komej dyskryminacji tych, których z takich czy innych powodów instytucja ta nie interesuje.

Zacytujmy fragmenty uzasadnienia weta prezydenta Václava Klause z 16 lutego 2006 r. do czeskiej ustawy o zarejestrowanym związku partnerskim dla par jedнопłciowych. Obrona tradycyjnych wartości łączy się tu z argumentami na wskroś liberalnymi nie tylko w sprawach rozumienia roli państwa, lecz także w kwestiach obyczajowych:

„[...] Faktyczne współżycie czy faktyczne związki partnerskie osób tej samej płci istniały w naszym kraju w przeszłości, istnieją dziś i niewątpliwie będą istnieć także w przyszłości. [...] współżycie i kontakty płciowe osób o orientacji homoseksualnej są według obecnego stanu prawnego legalne i nie ma w istocie żadnych realnych barier, które by im uniemożliwiały kształtowanie różnych aspektów tych stosunków według powszechnych, dostępnych dla wszystkich, reguł prawa prywatnego. [...]

Ta ustawa oferuje możliwość dobrowolnego rejestrowania związków partnerskich osób tej samej płci, a tym, którzy skorzystają z tej możliwości — gwarantowane przez państwo korzyści. Ponieważ chciałbym, żeby wszyscy rozumieli istotę sprawy, powtarzam podstawową tezę: ustawa, którą wetuję, nie jest ustawą o związkach partnerskich osób tej samej płci, ale o ich rejestracji i o wynikających z niej skutkach dla osób, których bezpośrednio dotyczy, jak i dla innych.

Autorzy i inicjatorzy ustawy sami przyznają, że jej sens polega przede wszystkim na tym, iż będzie aktem symbolicznej rehabilitacji mniejszości homoseksualnej i jej uznania za mieszczącą się w normie. Tego nie da się jednak zadekretować ustawowo. Nowy akt symbolicznej rehabilitacji tej mniejszości mógłby przybrać formę deklaracji parlamentu, ale nie ustawy, która w uchwalonej postaci stanowi rodzaj legislacyjnego hazardu. Otwiera drogę prowadzącą do ryzykownych, niebezpiecznych i poważnych następstw prawnych.

[...] W uzasadnieniu projektu ustawy można było przeczytać, że »związki te mają te same cechy i pełnią te same funkcje, co długotrwałe pożycie osób płci odmiennej [...]«. Jest to ewidentna nieprawda, widoczna gołym

z nim związane — zarówno w wymiarze symbolicznym, jak i realnym. Przy całej sympatii dla szkół tańca towarzyskiego: jeżeli zadekretujemy, że od jutra są to uniwersytety tańca i mają ten sam status co UJ i UW, a każdy przejaw gorszego traktowania będzie dyskryminacją, to może się okazać, że UJ i UW będą pojutrze zasługiwać na taką samą ochronę i opiekę ze strony państwa, na jaką dziś zasługują szkoły tańca. Jeżeli zdecydujemy, że do parku, do którego wstęp mają tylko piesi (ewentualnie z dziecięcymi wózkami), od jutra wolno także wjeżdżać rowerzystom i skaterom, *de iure* nie zmieniamy ani o jotę statusu tych pierwszych, ale *de facto* wywracamy do góry nogami porządek tego mikroświata.

okiem. Słowo »rodzina« pochodzi od słowa »rodzić« i nie przypadkiem za rodzinę uważa się rodziców i ich dzieci (choć nie zawsze się to udaje). Nie mają więc — i z samego założenia nie mogą mieć — tych samych cech małżeństwo i związek osób tej samej płci. [...]

W ustawie o zarejestrowanym związku partnerskim brakuje jakiegokolwiek określenia celu tego stosunku prawnego [...]. Tymczasem ustawa o rodzinie mówi, że »podstawowym celem małżeństwa jest założenie rodziny i należyte wychowanie dzieci« (§ 1 ust. 2). Właśnie to i nic innego zawsze było, jest i będzie powodem wyjątkowości instytucji małżeństwa, a zarazem powodem preferowania tej instytucji w stosunku do innych typów stosunków międzyludzkich. [...]

Jedyny cel nowej instytucji, który można odczytać wprost z tekstu ustawy, polega na »zawarciu związku partnerskiego«. Zawarcie związku być może wiele znaczy dla obu partnerów, ale dla państwa znaczy niewiele. [...]

Chybiony jest też argument, że chodzi o ustawę, która, jak twierdzą jej obrońcy, »jednym służy, a innym w niczym nie szkodzi«. Jest to ustawa nieobojętna z punktu widzenia podstawowych wartości, tradycji i całego naszego ładu społecznego. Jej skutki dotyczą wszystkich członków społeczeństwa, a nie tylko tych, którym zależy na zawarciu zarejestrowanego związku partnerskiego. Ustawa relatywizuje stosunek państwa do podstawowej komórki społecznej, którą zawsze była, jest i musi pozostać rodzina. [...]

Reasumując: Dla związków partnerskich osób tej samej płci jest miejsce w naszym społeczeństwie i w naszym porządku prawnym, co jest konsekwencją naszego generalnie liberalnego stosunku do świata. Natomiast dla rejestrowanych przez państwo związków partnerskich osób tej samej płci nie ma miejsca w naszym porządku prawnym, ponieważ chodzi o instytucję, która z liberalizmem nie ma nic wspólnego, a polega jedynie na wykorzystaniu państwa do forsowania określonych roszczeń i postulatów grupowych. Z punktu widzenia pojmowania statusu jednostki ustawa stanowi ewidentny przykład przechodzenia od swobód do praw, od praw o treści negatywnej do praw o treści pozytywnej i od praw indywidualnych do praw grupowych⁸⁴.

Postulaty „równouprawnienia” osób niezainteresowanych zawarciem związku małżeńskiego z małżonkami i promocja idei paramażeństw mieszczą się w tym samym nurcie zachodniej kultury, w którym w minionym stuleciu, zwłaszcza w wyniku rewolucji seksualnej przełomu lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych, na różne sposoby kwestionowano sens instytucji małżeństwa, dyskredytowano ją jako anachroniczną formę prawnej opresji

⁸⁴ Źródło: <http://www.hrad.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/archiv/3262.shtml>.

w sferze, która ze swej natury powinna być wolna od ingerencji państwa, niesformalizowana, oparta na spontanicznych relacjach. Agitowano młodych, żeby nie godzili się na obrączkowanie i zapisywanie swojej miłości w urzędowych kartotekach. Później, gdy okazało się, że wiadomości o śmierci małżeństwa są jednak mocno przesadzone, doceniono wartość publicznych ślubów wierności, urzędowych metryk i drobnomieszczańskich wesel, z tym że grupą najbardziej ponoć potrzebującą uwolnienia od skrzepowania związanego z życiem — jak dawniej mawiano — na kocią łapę lub na kartę rowerową są ci, dla których tradycyjne małżeństwo jest niedostępne, zwłaszcza z powodu zgodności płci. Do tych osób już się nie apeluje, by pielęgnowali swoje związki, nie oglądając się na paragrafy i urzędowe pieczętki⁸⁵. Strategiczny zamysł pozostaje wszelako niezmienny: chodzi o degradację małżeństwa i ufundowanej na nim rodziny jako zworników zastanego ładu etyczno-obyczajowego.

W dalszych uwagach będzie nas interesować przede wszystkim problem instytucjonalizacji związków niemałżeńskich opartych na modelu „1+1”, to jest modelu trwałych i monogamicznych⁸⁶ par, a ściślej — par osób tej samej płci. Takie ograniczenie jest o tyle oczywiste, że od wielu lat spór toczy się wokół idei *mariage pour tous* albo jej odrzucenia. Nie jest natomiast oczywiste w świetle realiów. Co jakiś czas przypomina się nam przecież, że trwałe związku tylko z jednym partnerem nie jest stanem odpowiadającym biologicznej naturze człowieka, lecz wynikiem jej poskromienia przez kulturę z instytucją małżeństwa na czele. Rozsądek każe zapytać, dlaczego akurat w zbiorowości osób żyjących poza zasięgiem instytucji małżeństwa i nieinternalizujących jej założeń sytuacją typową jest właśnie życie intymne zamknięte w trwałej parze. Nie wiadomo, na jakiej podstawie sugeruje się, że przed polskimi urzędami stanu cywilnego czekają rzesze „gotowych” trwałych par jednopłciowych, którym do normalnego funkcjonowania konieczna jest urzędowa pieczęć i wpis do rejestru. Przeprowadzenie reprezentatywnych, rzetelnych, ideologicznie nieuprzedzonych badań socjologicznych byłoby trudne z wielu powodów, między innymi dlatego, że

⁸⁵ W nurcie, o którym mowa, taki apel byłby zapewne uznany nie tylko za akt politycznie niepoprawny, lecz także za przejaw dyskryminacji. (Nie jest natomiast politycznie niepoprawne, jeśli w stronę przeciwników instytucjonalizacji związków niemałżeńskich kieruje się rozmaite freudowskie podejrzenia; oczywiście byłoby politycznie niepoprawne, gdyby odpłacali oni pięknym za nadobne). Notabene sugerowanie, że wszyscy homoseksualiści czy ich większość to zwolennicy instytucjonalizacji związków jednopłciowych, jest mniej więcej tak samo prawdziwe jak to, że marksizm-leninizm był ideologią całej klasy robotniczej.

⁸⁶ Z braku bardziej specyficznego terminu przez monogamię rozumiem również współżycie homoseksualne wyłącznie z jednym partnerem albo jedną partnerką.

chodzi o sprawy intymne, których zainteresowani najczęściej absolutnie nie chcą ujawniać⁸⁷. Nie są przekonujące z punktu widzenia postulatu instytucjonalizacji związków niemajątkowych statystyki w krajach ościennych, w których ustanowiono paramaństwa osób tej samej płci⁸⁸, mimo prowadzonych tam kampanii promocyjnych. Tym bardziej trudno mówić, że postulat instytucjonalizacji tych związków w naszym kraju odpowiada na jakieś realne zapotrzebowanie społeczne, a nie tylko na zapotrzebowanie ze sfery ideologii i partyjnej rywalizacji o wpływy wśród tej części elektoratu, która kontestuje tradycyjne zapatrywania w sprawach etyczno-obyczajowych i sympatyzuje z owym postulatem z przyczyn, jeśli tak można powiedzieć, ideowo-politycznych, a nie praktyczno-osobistych.

Za niemożliwy do przyjęcia uważam również pomysł „instytucjonalizacji konkubinatów”⁸⁹. Nie tylko i nie przede wszystkim z powodu wewnętrz-

⁸⁷ W literaturze fachowej występują natomiast opisy różnych „faktycznych związków partnerskich”. W ich świetle ustawowe ograniczenie związków do określonych kategorii oznaczałoby dyskryminację innych rodzajów związków. Por. M. Ł a c z k o w s k a, [przyp. 75], s. 175.

⁸⁸ Można powiedzieć, że z omawianej instytucji korzysta „mniejszość w mniejszości”. W Republice Czeskiej przez cztery i pół roku obowiązywania ustawy o zarejestrowanym związku partnerskim (dla par homoseksualnych), do końca 2010 r. zarejestrowało się zaledwie 1111 par, z czego 2/3 to pary męskie. Najwięcej rejestracji dokonano zaraz po wejściu w życie ustawy i w następnym roku, a w 2010 r. liczba rejestracji spadła do 195. W całym tym okresie rozwiązano 66 związków, z czego większość (35) to pary lesbijek. To ostatnie jest zaskakujące zarówno dlatego, że kobiety zawierają mniej związków, jak i dlatego, że ich związki uważane są za bardziej stabilne. Być może tłumaczy się to tym, że rejestracja części związków jest manifestacją opcji na rzecz zmian obyczajowych lub środowiskowej solidarności, bez szczególnej troski o zgodność urzędowego rejestru ze stanem faktycznym, a rozwód jawi się jako zdrada ideałów i akt środowiskowej nielojalności. W 2011 r. na jeden nowy związek partnerski przypadało w Republice Czeskiej 255 nowych małżeństw (w kraju Wysočina wskaźnik ten wynosił 1097, w Pradze — 117). A oto dane dotyczące Niemiec w innym przekroju: w 2006 r. liczba wspólnych, w miarę stabilnych gospodarstw domowych osób homoseksualnych wynosiła 62 tys., a zarejestrowanych związków partnerskich — 12 tys.; w 2012 r. było to odpowiednio 73 tys. i 32 tys. Źródła danych liczbowych: J. J i ř i č k a, *Registrované partnerství slaví pět let, na matriku zašlo přes tisíc párů*, idnes.cz z 1 VII 2011 r., http://zpravy.idnes.cz/registrovane-partnerstvi-je-mozne-uzavrit-uz-pet-let-pfh-domaci.aspx?c=A110701_110114_domaci_jj; IHNED.cz 21 II 2013, <http://data.blog.ihned.cz/c1-59369400-aktualni-data-o-registrovana-partnerstvi>; Statistisches Bundesamt, *Eingetragene Lebenspartnerschaften — Ergebnisse des Mikrozensus und des Zensus*, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/EingetrageneLebenspartnerschaften.html>.

⁸⁹ Por. (z dalszymi odesłaniami): M. N a z a r, *Konkubinaty a małżeństwo — wybrane zagadnienia*, w: *Księga jubileuszowa...*, [przyp. 63], s. 219–237. W konkluzji autor stwierdza: „Fakt instytucjonalizacji konkubinatów w ustawodawstwie niektórych państw europejskich nie jest wystarczającym argumentem za sformalizowaniem konkubinatu w prawie polskim. Nie można i nie należy mechanicznie przenosić obcych wzorców in-

nej sprzeczności tkwiącej w takim określeniu — zgodne z utrwalonym w polszczyźnie znaczeniem konkubinatu jest wszak nieformalnym związkiem heteroseksualnym. Przede wszystkim dlatego, że gwarancja instytucji małżeństwa nie pozwala na to, by ustawodawca ustanawiał jakiś „substandard” tej instytucji dla osób różnej płci. Jak wiadomo, takie związki funkcjonują bądź równoległe z małżeństwem — gdy któryś z małżonków żyje stale z osobą trzecią, bądź stanowią monogamiczną namiastkę małżeństwa — gdy zachodzą tzw. przeszkody małżeńskie inne niż pozostawanie w związku małżeńskim albo zainteresowani po prostu nie chcą być skrepowani rygorami małżeństwa⁹⁰. Żadna z tych sytuacji nie uzasadnia ustawowego konstruowania instytucji quasi-małżeństwa (bez względu na nazwę), co stanowiłoby niedopuszczalne obejście zasady jednolitości instytucji małżeństwa w danym porządku prawnym, a przy tym prowadziłyby do dyskryminacji osób pozostających w związkach małżeńskich⁹¹. To, że tworzenie alternatywnych wobec małżeństwa instytucji prawnych dla par heteroseksualnych naruszałoby konstytucyjną gwarancję instytucji małżeństwa, jest przedmiotem *communis opinio* nawet w Niemczech, gdzie skądinąd *de facto* rozpowszechnione jest zjawisko nieformalnej „wspólnoty życiowej” par heteroseksualnych, a innowacyjną reinterpretację konstytucyjnych gwarancji małżeństwa i rodziny posunięto bardzo daleko⁹².

Pomysły instytucji niemałżeńskiego związku partnerskiego dla wszystkich bez względu na płeć i orientację seksualną, na podobieństwo francuskiego *pacte civil de solidarité*, pojawiły się u nas dopiero wtedy, kiedy zwrócono uwagę na kolizję ewentualnej instytucjonalizacji związków jedno- płciowych z art. 18 Konstytucji. Skoro nie można wykreować „małżeństwa

stytucji prawnych na rodzimy grunt. [...] Prawo rodzinne bowiem, jak żaden inny dział prawa cywilnego, jest bezpośrednio ściśle uwarunkowane panującymi w społeczeństwie poglądami obyczajowymi, moralnymi i religijnymi” (s. 236–237).

⁹⁰ Czasem wynika to z deklarowanej niechęci do instytucji małżeństwa. Liberalne państwo musi to uszanować, ale nie ma żadnego powodu, żeby dla każdej grupy nieakceptującej zasad prawa małżeńskiego kroić „małżeństwo na miarę”.

⁹¹ Słusznie zauważa T. S m y c z y ń s k i, [przyp. 80], s. 78, że „różnicowanie możliwości wyboru sposobu zorganizowania wspólnego pożycia byłoby czystą postacią dyskryminacji małżeństwa, w którym strony podejmują również obowiązki względem siebie, względem społeczeństwa, a ustanie związku poddają kontroli, natomiast zarejestrowany konkubinatu jest wolny od tych »niedogodności«”.

⁹² W wyroku z 17 VII 2002 r. [przyp. 50], uznającym konstytucyjność ustawy o zarejestrowanym związku partnerskim dla osób tej samej płci, FSK podkreślił, że instytucja ta nie narusza gwarancji małżeństwa dlatego, iż jest adresowana do par, które ze względu na tożsamość płci nie mogą skorzystać z instytucji małżeństwa. Orzecznictwo sądowe radzi sobie ze stosunkami między konkubentami w czasie trwania związku i po jego rozpadzie za pomocą instytucji prawa cywilnego o uniwersalnym zakresie zastosowania.

dla wszystkich”, próbuje się stworzyć instytucję niemałżeńskiego związku dla wszystkich, którego regulacja nikogo by nie „dyskryminowała z powodu orientacji seksualnej”; a *limine* próbuje się nie dopuszczać do dyskusji o orientacji seksualnej partnerów, traktując podnoszenie tej sprawy jako przejaw „homofobii” i dyskryminacji⁹³. Takie kruczki legislacyjne trudno traktować poważnie. Pod tym względem droga, którą obrano u naszych sąsiadów na zachodzie i południu, gdzie zarejestrowane związki partnerskie przeznaczone są tylko dla osób tej samej płci, wydaje się uczciwsza.

2. PROBLEM DWUOSOBOWYCH ZWIĄZKÓW OSÓB TEJ SAMEJ PŁCI W SZCZEGÓLNOŚCI

W polskim piśmiennictwie prawniczym spotykamy już sporo publikacji poświęconych w całości lub w części temu tematowi. Można w nich znaleźć poglądy, które zaliczają się do nurtu zachowawczego⁹⁴ albo innowacyjne-

⁹³ Przykładem tej maskarady była osobliwa telewizyjna debata między politykiem występującym w roli rzecznika odpowiedzialnej ustawy a duchownym znanym z pryncypialnego stosunku do homoseksualizmu. Kiedy tylko ten drugi zaczął mówić o szkodliwości prawnego uznania związków jedнопłciowych, polemista natychmiast mu przerywał pytaniami w stylu: Dlaczego pan dzieli ludzi według orientacji seksualnej? Czy pan jest homofobem, któremu wszystko się kojarzy z homoseksualizmem?

⁹⁴ W kolejności alfabetycznej autorów: B. Banaszak, [przyp. 78], s. 147–149; B. Banaszkiwicz, [przyp. 10], s. 359–386; D. Dudek, [przyp. 79], s. 167–181; E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie*, w: *System prawa prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, wyd. 2, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 528 (tak samo w wydaniu z 2003 r., s. 480); T. Jasudowicz, *Garść refleksji*, „Prawo i Więź” 2013, z. 1, s. 20; P. Kasprzyk, *Kilka uwag o potrzebie instytucjonalizacji homoseksualnych związków partnerskich i „małżeńskich” w polskim prawie rodzinnym* (tytuł jest mylący, bo autor jest przeciwny), w: *Księga jubileuszowa...*, [przyp. 63], s. 239–263; M. Łączkowski, [przyp. 75], *passim*; A. Mączyski, [przyp. 14], s. 771–772; A. Mączyski, [przyp. 56], s. 83–101; P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego” obowiązku instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny*, w: *Związki...*, [przyp. 56], s. 209; A. Nowicka, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Współczesne wyzwania prawa prywatnego międzynarodowego*, red. J. Poczobut, Warszawa 2013, s. 203–206; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2013, s. 32; T. Smoczyński, [przyp. 80], s. 71; T. Sokółowski, *Dobro dziecka wobec rzekomego prawa do adopcji*, w: *Związki...*, [przyp. 56], s. 103–14; L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, w: *Orientacja...*, [przyp. 6], s. 157–161. Zob. też wypowiedzi prasowe dwóch uczonych: M. Nesterowicz, [przyp. 81]; A. Zołł, *Geje nie powinni nawet się starać o prawo do adopcji*, rozmowa z A. Niewińską, „Rzeczpospolita” z 7 VI 2010 r., s. 2; A. Zołł, *Homoseksualiści zawalczą o prawo do adopcji*, rozmowa z T. Królakiem (Katolicka Agencja Informacyjna), 4 II 2013 r., http://ekai.pl/wydarzenia/temat_dnia/x63298/homoseksualisci-zawalcza-o-prawo-do-adopcji/.

go⁹⁵. Specjalnego odnotowania wymaga to, że w doktrynie dostrzeżono problem traktowania w polskim porządku prawnym paramażeństw jednopłciowych zawieranych według prawa obcego, które nie powinny być w Polsce uznawane ze względu na konstytucyjny zakaz instytucjonalizacji związków jednopłciowych; wymagałoby to odpowiedniego doprecyzowania ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. albo zgodnego z art. 18 Konstytucji stosowania tzw. ogólnej klauzuli porządku publicznego⁹⁶.

⁹⁵ B. Jaruga, *Instytucja rejestrowanego związku partnerskiego w świetle niemieckiego orzecznictwa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 6, s. 88–101; E. Łętowska, J. Wołeński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 6, s. 15–41; M. Nowacka, *Sytuacja prawna osób homoseksualnych a regulacja związków partnerskich na tle prawnoporównawczym*, Toruń 2004; R. Piotrowski, *Wykładnia Konstytucji a zagadnienie ustawowej regulacji związków partnerskich, w: Interes publiczny a interes prywatny w prawie. XIII Konferencja Wydziału Prawa Administracji UW, 24 II 2012*, red. T. Giaro, Warszawa 2012, s. 235–251; R. Piotrowski, *W sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, opinia z 6 VI 2012 r., „Przegląd Sejmowy” 2012, z. 4, s. 182–194; M. Wyrzykowski, *Publiczne i prywatne w wykładni na przykładzie art. 18 Konstytucji*, w: *Interes publiczny...*, s. 215–233. Wykaz publikacji zaliczonych do jednego albo drugiego nurtu nie jest wyczerpujący. Po obu stronach pomijam też wypowiedzi prawników występujących w roli politycznej oraz stanowiska instytucji wyrażane w związku z procesem legislacyjnym.

⁹⁶ *De lege lata* podstawą nieuznawania zagranicznych paramażeństw (bez względu na nazwę) jest, moim zdaniem, tzw. ogólna klauzula porządku publicznego (art. 7 p.p.m.) w związku z art. 18 Konstytucji. W toku prac sejmowych nad nowym prawem prywatnym międzynarodowym proponowano wyraźne uregulowanie tej kwestii, do czego jednak nie doszło. Ekspert A. Maćczyński, *Opinia w sprawie zgodności projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, 14 XII 2010 r., <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&n=1277>, sugerował: „[...] dla zapewnienia zgodności projektu z normą wyrażoną w art. 18 Konstytucji RP, rozumianą jako zakaz instytucjonalizacji związków osób tej samej płci także przez stosowanie w Polsce przepisów zagranicznych regulujących takie związki, uzasadnione jest dodanie do niego przepisu wyrażającego tzw. szczegółową klauzulę porządku publicznego, skierowaną przeciwko przepisom instytucjonalizującym związki osób tej samej płci”. W trzecim czytaniu w Sejmie, 4 II 2011 r., głosowano nad poprawką, której autorzy proponowali, „aby małżeństwem w rozumieniu ustawy był tylko związek kobiety i mężczyzny oraz aby nie stosować przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci”; mimo że poprawka była poparta przez komisję, została odrzucona przewagą jednego głosu — Sprawozdanie Stenograficzne z 84 posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 4 lutego 2011 r., s. 874. Z kolei z opinii dla Senatu i z dyskusji na jego posiedzeniu plenarnym 2 III 2011 r. wynika, że nie uchwalono odpowiedniej poprawki nie z powodu wątpliwości co do obowiązywania konstytucyjnego zakazu instytucjonalizacji związków niemajątkowych, lecz z racji przekonania, iż nadal wystarczy ogólna klauzula porządku publicznego (art. 7 n. p.p.m., odpowiednik art. 6 d. p.p.m.), a także z obawy przed wprowadzeniem do ustawy sformułowania, które mogłyby spowodować nieprzewidziane komplikacje w stosowaniu prawa. Jak pisze A. Nowicka, [przyp. 94], s. 204, w Senacie proponowano dodanie w art. 7 zdania drugiego: „W szczególności nie stosuje się przepisów prawa obcego regulu-

Jak wspomniano, w wyroku z 17 lipca 2002 r.⁹⁷ Federalny Sąd Konstytucyjny RFN uznał ustanowienie instytucji „zarejestrowanego związku partnerskiego”, przeznaczonej wyłącznie dla par tej samej płci, za zgodne z niemiecką Ustawą zasadniczą. Zarówno w uzasadnieniu stanowiska większość Pierwszego Senatu, jak i w zdaniach odrębnych dwojga sędziów zwracano uwagę na konstytucyjną gwarancję instytucji małżeństwa. Według większości nie doszło do jej naruszenia, ponieważ zgoła inny jest krąg adresatów małżeństwa i zarejestrowanego związku partnerskiego. Gdyby zwyciężyło rozumienie gwarancji instytucji prezentowane w zdaniach odrębnych, nową instytucję uznano by za niekonstytucyjną. Warto więc przytoczyć ważne argumenty z obu zdań odrębnych, które *mutatis mutandis* mogą być przeniesione na grunt prawa polskiego.

Ówczesny prezes FSK Hans-Jürgen Papier (profesor Uniwersytetu Monachijskiego, zaliczany do czołówki niemieckiej nauki prawa konstytucyjnego) napisał:

„Art. 6 ust. 1 UZ poddaje małżeństwo szczególnej ochronie państwa. Według orzecznictwa FSK przepis ten wyraża — jak zresztą przyjmuje większość Senatu — zarówno prawo podstawowe do ochrony przed ingerencjami państwa, jak również gwarancję instytucji oraz zasadę prawną o charakterze aksjologicznym [...]. To, że istnienie małżeństwa jako formy wspólnego życia mężczyzny i kobiety wymaga regulacji na poziomie ustawodawstwa zwykłego, w żadnym wypadku nie oznacza, że ustawodawcy przysługuje nieograniczona swoboda kształtowania instytucji małżeństwa według zapatrywań panujących — rzeczywiście lub przypuszczalnie — w społeczeństwie w danym czasie [...]. Regulacje obowiązujące na poziomie ustawodawstwa zwykłego — mimo pewnego niezaprzeczalnego zakresu swobody regulacyjnej ustawodawcy — należy bowiem oceniać w oparciu o art. 6 ust. 1 jako nadrzędną normę o zasadniczym znaczeniu. Stosownie do tego każda regulacja ustawowa musi respektować istotne zasady określające instytucję małżeństwa [...]. Do tych, gwarantowanych przez art. 6 ust. 1 UZ zasad konstrukcyjnych, których ustawodawca nie może zmienić, należy to, że małżeństwo jest połączeniem jednego mężczyzny i jednej kobiety we wspólnotę o wielu wymiarach i w zasadzie nierozwiązalną [...]. Uznaje to także większość Senatu, która zalicza różnicę płci partnerów do cech konstytuujących małżeństwo, tak iż w konsekwencji ustawodawca

jących związku osób tej samej płci”; zdaniem cytowanej autorki poprawka ta stanowiłaby właściwą reakcję ustawodawcy, który tworząc normy kolizyjne, powinien liczyć się z nowymi zjawiskami zachodzącymi w obcych systemach prawnych w celu ochrony własnego porządku prawnego.

⁹⁷ Zob. przyp. 50.

w drodze ustawy zwykłej nie mógłby objąć instytucją małżeństwa związku partnerskiego dwóch osób tej samej płci. Wobec tego nie sposób zrozumieć, dlaczego nadanie nowo wykreowanej formie partnerstwa życiowego innej nazwy miałyby wystarczyć do tego, by traktować zawartą w art. 6 ust. 1 UZ gwarancję instytucji jako nieodnoszącą się do tej sytuacji. Gwarantowana w art. 6 ust. 1 UZ instytucja małżeństwa podlega ochronie przed dowolnymi decyzjami ustawodawcy nie tylko co do nazwy, lecz także co do swych istotnych cech konstrukcyjnych. Jeśli ustawodawca kreuje instytucję prawną związku partnerskiego między dwiema osobami tej samej płci, która poza tym odpowiada pod względem praw i obowiązków instytucji małżeństwa, to tym samym ignoruje wiążącą go na mocy art. 6 ust. 1 UZ zasadę konstrukcyjną. Błędne jest rozumowanie, według którego odstępstwo od jednego z istotnych elementów konstrukcyjnych powoduje, że nie ma zastosowania wspomniana konstytucyjna gwarancja instytucji jako wzorzec kontroli tej regulacji. [...]

Przyjęte w wyroku założenie, że badana regulacja nie koliduje z konstytucyjną gwarancją instytucji już choćby dlatego, że ustawa [...] nie zmienia norm regulujących małżeństwo, ignoruje istotę gwarancji instytucji. Jej celem nie jest przede wszystkim odpiernianie nieusprawiedliwionych ingerencji dokonywanych kosztem małżeństwa (tego aspektu dotyczy funkcja defensywna art. 6 ust. 1 UZ); sens gwarancji instytucji polega raczej na tym, że ustawodawca kształtujący instytucję małżeństwa związany jest pewnymi zasadami konstrukcyjnymi, do których należy różnica płci partnerów. Dlatego nie może on ustanowić dla par jednopłciowych instytucji, która poza tym odpowiada instytucji małżeństwa. Czy jest tak w przypadku badanej ustawy [...], czy nie, od tego abstrahuje większość Senatu głosująca za wyrokiem, właśnie dlatego, że ignoruje specyficzne konstytucyjnoprawne implikacje gwarancji instytucji zawartej w art. 6 ust. 1 UZ. Przeciwnie, nie określa ona żadnych granic merytorycznego zrównywania instytucji zarejestrowanego związku partnerskiego z małżeństwem⁹⁸.

W zdaniu odrębnym sędzi Evelyn Haas czytamy między innymi:

„Większość Senatu nie docenia znaczenia gwarancji instytucji, gdy zadawała się stwierdzeniem, że małżeństwo nie doznaje uszczerbku przez ustanowienie zarejestrowanego związku partnerskiego. Tymczasem najważniejszym celem gwarancji instytucji zawartej w art. 6 ust. 1 UZ nie jest ochrona przed nieusprawiedliwionymi ingerencjami szkodzącymi małżeń-

⁹⁸ Trafność ostatniego zarzutu potwierdza późniejsza ewolucja ustawodawstwa i orzecznictwa FSK, prowadząca do zrównania zarejestrowanego związku partnerskiego z małżeństwem ze względu na zasadę równości.

stwu, gdyż temu służy funkcja defensywna prawa podmiotowego proklamowanego w tym przepisie. Sens gwarancji instytucji polega raczej na tym, że ustawodawca, normując małżeństwo, jest związany fundamentalnymi zasadami konstrukcyjnymi, do których należy — także zdaniem większości Pierwszego Senatu — odmienność płci partnerów. Zgodnie z normą konstytucyjną zawrzeć związek małżeński mogą jedynie partnerzy płci odmiernej; dochodzi do złamania tej reguły, kiedy obok instytucji małżeństwa ustanawia się instytucję dla par jednopłciowych, która jest ukształtowana w sposób odpowiadający formom charakterystycznym dla tej pierwszej, korzystającej z konstytucyjnego wsparcia. Nie chodzi o nazwę. Gwarantowana w art. 6 ust. 1 UZ instytucja małżeństwa podlega ochronie przed dowolnymi decyzjami ustawodawcy nie tylko co do swojej nazwy, lecz także co do swoich cech konstrukcyjnych. Ustawodawca nie może zwolnić się od związania wymaganiami art. 6 ust. 1 UZ w ten sposób, że nie użyje nazwy »małżeństwo«. Jeżeli ustawodawca, nie dysponując tymi samymi podstawami, które legitymizują instytucję małżeństwa, tworzy formę prawną związku partnerskiego osób tej samej płci, która poza tym odpowiada prawom i obowiązkom charakterystycznym dla małżeństwa, to tym samym narusza zasadę konstrukcyjną wynikającą z art. 6 ust. 1 UZ. Większość Pierwszego Senatu ignoruje ten aspekt problemu, sądząc, że właśnie odstępianie ustawodawcy od jednej z istotnych zasad konstrukcyjnych powoduje, że konstytucyjna gwarancja instytucji nie jest adekwatnym wzorcem kontroli konstytucyjności.

Większość Pierwszego Senatu powinna była zatem zbadać, czy instytucja prawna zarejestrowanego związku partnerskiego zawiera treść normatywną porównywalną z treścią instytucji małżeństwa. Taka zbieżność nie da się pogodzić z art. 6 ust. 1 UZ, ponieważ związkowi partnerskiemu brakuje tego, co określa małżeństwo, uzasadnia jego ograniczenie do związku mężczyzny i kobiety oraz usprawiedliwia jego szczególne wsparcie. Związek partnerski nie jest bowiem nastawiony na posiadanie własnego dziecka, nie stanowi podstawy odpowiedzialności rodzicielskiej i tym samym nie wnosi wkładu w tworzenie podstaw przyszłości państwa i społeczeństwa”.

Twierdzenie, że hipotetyczna polska instytucja paramaństw osób tej samej płci, pod taką czy inną nazwą (ta jest wszak rzeczą trzeciorzędą), nie stanowiłaby niezgodnej z art. 18 Konstytucji RP „konkurencji” dla instytucji małżeństwa rozumianej tak, jak ją rozumie ustrojodawca, jest — mimo pozornej oczywistości — błędne.

Teza ta jest trafna tylko w tym znaczeniu, że para heteroseksualna spiesząca na swój ślub do sali urzędu stanu cywilnego „Małżeństwo”, nawet gdyby chciała, nie może się po drodze rozmyślić i wejść do sali „Paramaństwo jednopłciowe”. Ale pod wieloma innymi względami instytucja takiego para-

małżeństwa mniej lub bardziej bezpośrednio oddziaływałyby niekorzystnie na funkcjonowanie instytucji małżeństwa. Przy założeniu, że ustawa wykluczałaby jednocześnie pozostawanie w związku małżeńskim i paramażeńskim, nikt pozostający w związku tego drugiego rodzaju nie mógłby przed jego ustaniem zawrzeć związku małżeńskiego, a to oznacza ustawowe utrudnienie korzystania z konstytucyjnej instytucji małżeństwa. Co prawda ustawodawca mógłby postanowić, że zawarcie związku małżeńskiego przez jednego z partnerów powoduje *ex lege* ustanie paramażeństwa, bez konieczności przeprowadzenia pararozwodu. To jednak oznaczałoby z punktu widzenia każdego z partnerów, że zawarł związek efemeryczny, warunkowy, nieustannie narażony na ustanie z przyczyny od niego niezależnej. Taką regulację trudno by uznać za poważną.

Podobnie jest z przyznaniem paramażeństwu jako takim udogodnień na koszt ogółu. Na przykład takich jak wspólne opodatkowanie dochodów osobistych, które niedawno niemiecki FSK przeforsował dla „zarejestrowanych partnerów” w imię ich równego traktowania z małżonkami⁹⁹. Tego rodzaju udogodnienia oznaczają osłabianie rangi małżeństwa nie tylko dlatego, że opierają się na uznaniu, iż takie same udogodnienia należą się innym parom, lecz także przez to, że prowadzą do zmniejszenia puli środków przeznaczonych na wsparcie małżeństw¹⁰⁰. Nie można wreszcie zapominać o wzorcotwórczej i wychowawczej funkcji prawa. W oparciu o art. 18 Konstytucji w obowiązującym brzmieniu edukacja szkolna i obywatelska może prezentować jednolitą, preferowaną przez państwo wizję małżeństwa i ufundowanej na nim rodziny jako podstawowej komórki społecznej.

⁹⁹ Wyrok Drugiego Senatu z 7 V 2013 r., 2 BvR 909/06, ze zdaniem odrębnym dwojga sędziów.

¹⁰⁰ Nie ma ulg podatkowych za darmo: żeby ktoś płacił mniej, ktoś musi zapłacić więcej. Poza tym skoro przywilej wspólnego opodatkowania par przestaje być specyficznie adresowany do małżonków, lecz służy także innym parom, to tym łatwiej jest politykom szukającym oszczędności w trosce o równowagę budżetową forsować zniesienie lub ograniczenie wspólnego opodatkowania par. Gdyby sąd konstytucyjny miał badać, czy taka dokonana w imię oszczędności zmiana jest zgodna z konstytucją, teoretycznie mógłby orzec, że jest niezgodna w zakresie, w jakim dotyczy małżonków, ale przecież tym samym popadłby w sprzeczność z założeniem, że paramażeństwa nie mogą być traktowane gorzej niż małżeństwa. Podobnie Ch. Hillgruber w krytycznych uwagach o orzeczeniu FSK powołanym w poprzednim przypisie, przygotowanym do publikacji w czasopiśmie „JuristenZeitung” (wzmianka na podstawie rękopisu za zgodą autora); por. zamieszczone w tym zeszycie KPP uwagi tego samego autora o orzeczeniu FSK z 7 VII 2009 r. w sprawie innych aspektów zrównania zarejestrowanych związków partnerskich z małżeństwami. Dodajmy, że w swym orzecznictwie forsującym równe traktowanie obu rodzajów związków FSK daje do zrozumienia, że ustawodawca ma pewną swobodę w ograniczaniu uprawnień małżonków, byleby ich sytuacja nie była lepsza niż zarejestrowanych partnerów (!).

Ustawowe wprowadzenie, pod taką czy inną nazwą, pozakonstytucyjnej instytucji paramałżeństwa dla par jedнопłciowych przyczyniałoby się do destrukcji tego wzorca¹⁰¹, a wraz z nim — do poprzestawiania wielu innych znaków i znaczeń w „aksjologicznym krajobrazie” naszego kraju.

Niektóre osoby sceptycznie nastawione do związków jedнопłciowych są skłonne uznać, że dla świętego spokoju można by dopuścić ich instytucjonalizację na pewnym poziomie minimum, zachowującym „bezpieczny dystans” do małżeństwa, jeśli chodzi o status prawny. Takie myślenie jest nierealistyczne, ponieważ nie liczy się z dynamiką innowacji społeczno-prawnych i z zagranicznymi doświadczeniami w dziedzinie instytucjonalizacji związków jedнопłciowych. Kreowanie instytucji paramałżeństw o „ograniczonej” treści przypominałoby częściowe zachodzenie w ciężę albo wystrzelenie z łuku strzały w oczekiwaniu, że w połowie lotu zawiśnie nieruchoma w powietrzu¹⁰².

Dopóki państwo traktuje różne postacie współżycia niemałżeńskiego w kategoriach prawnie chronionej prywatności, jako zjawisko, którego z mocy Konstytucji nie chce i nie może specyficznie regulować ani ewidencjonować, dopóty nie ma żadnej wspólnej miary dla oceny odmiennego podejścia do tego zjawiska i do małżeństwa. Dokonanie choćby „ograni-

¹⁰¹ Czego miałyby uczyć polska szkoła? Że dobry jest model małżeństwa wskazany w Konstytucji, ale równie dobry jest wskazany w ustawie model paramałżeński? Co wówczas ze związkami dwu- i wieloosobowymi nieregulowanymi przez prawo? A może należałoby uczyć, że prawo zna dwa modele, ale ten małżeński jest lepszy, bo konstytucyjny? To ostatnie oczywiście nie wchodzi w rachubę — promotorzy paramałżeństw orzekliby, że mamy do czynienia z dyskryminacją i homofobią. Zgodnie z logiką *affirmative action* należałoby chyba uczyć, że najlepsze są te związki, które są (jeszcze) w mniejszości.

¹⁰² Nigdzie nie zaproponowano konkretnego modelu paramałżeństwa, który *prima facie* byłby i racjonalny, i zgodny z Konstytucją. L. Kołakowski w rozmowie z B. Łozińskim, „Europa” (dodatek do gazety „Dziennik”) z 22 III 2008 r., s. 4, mówił: „Ja jestem za swobodą dla par homoseksualnych, mogą zawierać jakieś umowy dla celów podatkowych czy spadkowych, które ułatwiałyby im życie, ale nie powinny żądać od państwa uznania takiego związku za małżeństwo czy przyznania im prawa do adopcji dzieci”. Jako skromny jurysta ośmielam się zauważyć, że każdy może dziedziczyć po każdym na podstawie testamentu; jeśli nie wystarczy instytucja dziedziczenia testamentowego, można dyskutować o celowości powrotu, w jakiejś unowocześnionej postaci, do instytucji umowy o dziedziczenie, ale ograniczanie zakresu jej zastosowania do osób o określonej orientacji seksualnej, a tym bardziej do osób pozostających ze sobą w intymnych relacjach homoseksualnych, rażąco naruszałoby zasadę równości. Co najmniej kontrowersyjny jest też pomysł zawierania umów cywilnych w celu uzyskania korzyści podatkowych. Chyba że przeniesiemy się do krainy Stanisława Barei i wprowadzimy — wzorem osławionych „darowizn odpisywanych od PIT” z lat dziewięćdziesiątych minionego stulecia — możliwość zawierania przez każdego z każdym, bez dyskryminacji z powodu płci lub orientacji seksualnej, umowy wzajemnej życzliwości w celu wspólnego opodatkowania, z możliwością przedłużenia na kolejny rok podatkowy (gdyby ktoś nie znalazł kontrahenta do takiej umowy, mógłby ustanowić jednoosobowy związek partnerski na podobieństwo jednoosobowej spółki).

czoney” instytucjonalizacji współżycia homoseksualnego oznaczałoby zmianę jakościową. Zachęcałoby środowiska promujące ideę „małżeństw dla każdego”, świętujące takie posunięcie jako pierwsze zwycięstwo, do eskalowania żądań. Jednocześnie myślenie ustawodawcy pozytywnego (a także sądu konstytucyjnego) zostałyby ukierunkowane na niwelowanie różnic między nową instytucją a małżeństwem w imię zasady równości. Jak trafnie zauważono w doktrynie, prawo Unii Europejskiej nie wymusza prawnej instytucjonalizacji związków osób tej samej płci. Dopóki państwo członkowskie nie zdecyduje się na taki krok, nie powinno obawiać się ujemnych konsekwencji konfrontacji swojego ustawodawstwa z unijnymi zasadami równego traktowania czy niedyskryminacji. Natomiast uchwalenie w danym państwie ustawy regulującej związku osób tej samej płci wiąże się z daleko idącymi konsekwencjami¹⁰³. Realna alternatywa, przed którą stoi nasze państwo, przedstawia się zatem następująco: albo trwanie przy stanowisku, że niemałżeńskie współżycie dwojga ludzi jest ich sprawą ściśle prywatną i nie podlega instytucjonalizacji prawnej, albo wkroczenie na drogę, która zaczyna się ustanowieniem jakiegoś „miniparamaństwa”, a kończy się — o ile ta droga w ogóle ma koniec — realizacją idei *mariage pour tous*, łącznie z prawem do adopcji dzieci¹⁰⁴.

Takie są przecież — już historycznie dokończone — doświadczenia holenderskie¹⁰⁵ i francuskie¹⁰⁶. Na drodze wyznaczonej przez maksymę rów-

¹⁰³ A. Nowicka, [przyp. 94], s. 206.

¹⁰⁴ Ponieważ polska opinia publiczna jest na problem adopcji bardzo wyczulona, w pierwszym oficjalnym projekcie ustawodawczym dotyczącym paramaństw dla par homoseksualnych (zob. przyp. 11) wręcz ostentacyjnie „zrezygnowano” z prawa do adopcji: „Art. 17. Uczestnicy związku nie mogą przysposobić innej osoby”, nie bacząc na to, że właściwym miejscem do zamieszczania przepisów o przysposobieniu jest przecież kodeks rodzinny i opiekuńczy. Autorzy takich dowodów samoograniczenia nie ręką niestety całym swoim majątkiem (ani nawet słowem honoru), że dane ograniczenie nie zostanie przy najbliższej okazji zniesione w imię „niedyskryminacji z powodu orientacji seksualnej”. O tym, że prawie na pewno tak się stanie, świadczą doświadczenia państw, w których przed laty postawiono pierwszy krok na drodze instytucjonalizacji związków jednopłciowych.

¹⁰⁵ Pierwsza w świecie ustawa otwierająca małżeństwo dla par tej samej płci weszła w życie w Niderlandach 1 IV 2001 r. Pierwszym z wielu „małych kroków” na drodze do przełamania heteroseksualnej ekskluzywności małżeństwa było *obter dictum* w orzeczeniu tamtejszego Sądu Najwyższego z 19 X 1900 r. w sprawie ze skargi na odmowę zarejestrowania „małżeństwa” dwóch kobiet: sąd uznał, że nie stanowi to dyskryminacji, ale zasygnalizował ustawodawcy możliwość przyznania trwałym parom homoseksualnym pewnych korzyści niezwiązanych z rodzicielstwem. Nad ustawą o zarejestrowanym związku partnerskim parlament pracował w latach 1994–1997; weszła w życie w 1998 r. Kolejne zmiany krok po kroku niwelowały różnice między małżeństwem a zarejestrowanym związkiem partnerskim. Więcej: W. W a l d j k, *Small Change. How the Road to Same-Sex Marriage Got Paved in the Netherlands*, w: *Legal Recognition of Same-Sex Partnership. A Study of National, European and International Law*, Oxford 2001, s. 437–464.

¹⁰⁶ Instytucję *pacte civil de solidarté* (PACS) wprowadzono w 1999 r. Ustawa „otwie-

niania do małżeństwa znajdują się w tej chwili Niemcy: to, czego z powodu demokratycznych oporów nie wyrównał parlament, wyrównuje swoimi brawurowymi orzeczeniami sąd konstytucyjny, reinterpretując konstytucję i krok po kroku¹⁰⁷ zmieniając stan prawny na poziomie podkonstytucyjnym w kierunku równego traktowania „zarejestrowanych partnerów” i małżonków, bo tego ponoć wymaga konstytucyjna zasada równości¹⁰⁸. Zmieniające stan prawny werdykty FSK dotyczą nie tylko danin publicznych¹⁰⁹ i systemu uposażenia funkcjonariuszy publicznych¹¹⁰, lecz także sfery prawa prywatnego — instytucji adopcji¹¹¹, a nawet konkretnych ogólnych warunków ubezpieczenia¹¹².

rająca małżeństwo dla par osób tej samej płci” weszła zaś w życie po 14 latach, 18 V 2013 r., czym spełniona została zapowiedź francuskich socjalistów *mariage pour tous*. Por. aprobujące orzeczenie Rady Konstytucyjnej z 17 V 2013 r., nr 2013–669 DC, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2013-669-dc/decision-n-2013-669-dc-du-17-mai-2013.137046.html>.

¹⁰⁷ Por. afirmatywny przegląd orzeczeń FSK (bez zdań odrębnych) dotyczących różnicowania statusu zarejestrowanego związku partnerskiego i małżeństwa do lutego 2013 r.: B. J a r u g a, [przyp. 95], *passim*.

¹⁰⁸ Przykładem zrównywania zarejestrowanego związku partnerskiego z małżeństwem wprost na mocy decyzji FSK stanowi jego orzeczenie z 7 VII 2009 r. w sprawie ogólnych warunków dodatkowego ubezpieczenia emerytalno-rentowego, prezentowane w tym zeszycie. W dotyczącym podatku od spadków i darowizn orzeczeniu z 21 VII 2010 r., 1 BvR 611/07 i 1 BvR 2464/07, BVerfGE t. 126, s. 400 i n., FSK nałożył na ustawodawcę obowiązek ustanowienia do 31 grudnia tegoż roku regulacji, która usunie gorsze traktowanie zarejestrowanych partnerów w stosunku do małżonków, począwszy od wejścia ustawy z 2001 r. o zarejestrowanym związku partnerskim. We wspomnianym już wyroku z 19 II 2013 r. w sprawie adopcji [przyp. 65] FSK nakazuje ustawodawcy wprowadzić w życie nową, zgodną z konstytucją regulację do 30 VI 2014 r.; do tego czasu należy stosować dotychczasowe przepisy, ale z uwzględnieniem możliwości adopcji następczej także w ramach zarejestrowanych związków partnerskich.

¹⁰⁹ Orzeczenie z 21 VI 2010 r., [przyp. 108], dotyczące podatków od spadków i darowizn; orzeczenie z 18 VII 2012 r., 1 BvL 16/11, BVerfGE t. 132, s. 179 i n., dotyczące podatku od nabycia nieruchomości; wyrok z 9 V 2013 r., [przyp. 99], dotyczący wspólnego opodatkowania dochodów osobistych.

¹¹⁰ Orzeczenie z 19 VI 2012 r., 2 BvR 1397/09, BVerfGE t. 131, s. 239 i n., dotyczący dodatku rodzinnego dla osób pozostających w związku małżeńskim.

¹¹¹ Wyrok z 19 II 2013 r. w sprawie adopcji [przyp. 65] idzie dalej, niż wymaga w swoim orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka, na którego judykaturę powołują się niemieccy sędziowie. Na nieporozumienia w „prostrasburskiej” argumentacji Pierwszego Senatu FSK zwraca uwagę Ch. Maierhöfer, *Homosexualität, Ehe und Gleichheit: Ein Missverständnis im Dialog der Gerichte. Die Urteile des BVerfG und des EGMR vom 19. Februar 2013*, „Europäische Grundrechte-Zeitschrift” 2013, z. 6–9, s. 105–113, konkludując: „Na razie Strasburg jest wprawdzie gotów traktować homoseksualne związki partnerskie na równi z niemalżeńskimi parami heteroseksualnymi, ale odrzuca — inaczej niż Karlsruhe — żądanie ich zrównania ze związkami małżeńskimi” (s. 113).

¹¹² Zob. orzeczenie FSK prezentowane w tym zeszycie na s. 783. W tym wypadku FSK

Niemiecki krytyk tej tendencji orzecznictwa konstytucyjnego zarzuca sędziom z Karlsruhe podejście taktyczne i zmienne, a w konsekwencji arbitralne¹¹³. Po rozstrzygnięciach z 2013 r. w sprawie adopcji i wspólnego opodatkowania twierdzi wręcz, że FSK realizuje, „*praeter* albo wręcz *contra constitutionem*, własny zamysł polityczny” i „naraża na szwank swój autorytet, ponieważ jest przekonany, że działa zgodnie z duchem czasu”, który jednak może się zmienić¹¹⁴. Wśród innych przeciwników tej linii można spotkać nastrój rezygnacji, który bierze się z przekonania, że „kości zostały rzucone” z chwilą, gdy FSK w 2002 r. uznał ustanowienie zarejestrowanego związku partnerskiego za zgodne z konstytucją i zanegował konstytucyjny nakaz dystansu między tą instytucją a małżeństwem; dlatego „uprzywilejowania małżeństwa nie da się już utrzymać”¹¹⁵.

Przypomnijmy, że niemiecki trybunał od 2002 r. w swoim „propartnerskim” orzecznictwie powołuje się na niezmienione przepisy Ustawy zasadniczej RFN uchwalonej w 1949 r. — w czasie, gdy w obu częściach Niemiec obowiązywał § 175 k.k. niem. z 1871 r., penalizujący praktyki homoseksualne między dorosłymi mężczyznami. W okresie III Rzeszy przepis ten zastrzono, wprowadzając karalność także zwykłej czułości między partnerami¹¹⁶. W RFN karalność zachowań homoseksualnych mężczyzn od 21. roku życia zniesiono dopiero w 1969 r.; granicę tę obniżono do 18 lat dopiero w 1974 r. W oparciu o przepisy tej samej Ustawy zasadniczej, które dziś jego zdaniem wymagają dopuszczenia adopcji w ramach zarejestrowanych par homoseksualnych, FSK wcześniej orzekał, że wspomniany

wymaga zgodności ogólnych warunków ubezpieczenia z „propartnersko” interpretowaną zasadą równości, wskazując, że ubezpieczyciel jest nią związany jako instytucja publicznoprawna, realizująca zadania publiczne. Skoro przy tym ocenia, że nierówne traktowanie małżonków i zarejestrowanych partnerów jest dyskryminacją podobną do dyskryminacji z powodu rasy albo religii, to niemal pewne jest, że odmówiłby sankcji państwowej także wtedy, gdyby takie nierówne traktowanie miało miejsce w ogólnych warunkach ubezpieczenia ustanowionych przez prywatne towarzystwo ubezpieczeniowe działające na zasadach komercyjnych.

¹¹³ Ch. Hillgruber, *Uwagi o orzeczeniu Pierwszego Senatu FSK z 7 lipca 2009 r.* w tym zeszycie, s. 790 i n.

¹¹⁴ Ch. Hillgruber, rękopis, [przyp. 100].

¹¹⁵ Autorem sformułowań ujętych w cudzysłów jest cytowany już wcześniej b. prezes FSK, autor zdania odrębnego do wyroku z 2002 r.: H. - J. P a p i e r, *Ehe-Privileg ist nicht mehr zu halten*, wypowiedź dla tygodnika „Der Spiegel” z 25 II 2013 r., <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ex-verfassungsgerichtspraesident-papier-ehe-privileg-nicht-zu-halten-a-885548.html>. Być może to tłumaczy, że choć brał on udział w wydaniu orzeczenia z 17 VII 2009 r., nie zgłosił zdania odrębnego.

¹¹⁶ „Nierząd wbrew naturze” zastąpiono „nierządem” *tout court*. Szczegóły w uzasadnieniu wyroku z 1957 r. powołanego w przyp. 117.

przepis kodeksu karnego (w wersji zaostrzonej przez reżim nazistowski) jest konstytucyjny¹¹⁷. Tymczasem w Polsce prawnokarne zakazy praktyk homoseksualnych uchylono w 1932 r., w ramach unifikacji prawa karnego znoszącej obowiązywanie praw zaborczych¹¹⁸. Żaden suwerenny prawodawca Rzeczypospolitej nie wprowadził karalności praktyk homoseksualnych¹¹⁹. Polski ustawodawca i polscy prawnicy nie byli dawniej tak nietolerancyjni i okrutni i wobec mniejszości seksualnych, żeby dziś musieli być tak „otwarcici” jak na przykład ich brytyjczyści czy niemieccy koledzy¹²⁰.

¹¹⁷ Wyrok Pierwszego Senatu FSK z 10 V 1957 r., I BvR 550/52, BVerfGE t. 6, s. 389 i n. Sędziowie nie dopatrzili się dyskryminacji mężczyzn w tym, że związki lesbijskie są niekaralne, ponieważ „w tym wypadku biologiczna różnica płci ma znaczenie decydujące”. Odpierając zarzut naruszenia konstytucyjnego prawa do swobodnego rozwoju osobowości, stwierdzili, że „praktyki homoseksualne godzą w prawo moralne [Sittengesetz], a nie można jednoznacznie stwierdzić, że za ich karaniem nie przemawia interes publiczny”. Następnie, w orzeczeniu Pierwszego Senatu FSK z 2 X 1973 r., I BvL 7/72, BVerfGE t. 36, s. 41 i n., FSK uznał za zgodną z konstytucją karalność zachowań homoseksualnych z udziałem mężczyzn poniżej 21. roku życia.

¹¹⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 VII 1932 r. — Kodeks karny (Dz. U. nr 60, poz. 571). Akt ten, znany jako kodeks Makarewicza, kryminalizował już tylko tzw. prostytucję homoseksualną (art. 207). J. St a n l e y, *Kodeks karny II Rzeczypospolitej a dekryminalizacja zachowań homoseksualnych*, w: *W kręgu nowożytnej i najnowszej historii ustroju Polski. Księga dedykowana Profesorowi Marianowi Kallasowi*, red. S. Godek i in., Warszawa 2010, choć wolałby, żeby II RP ofiarowała homoseksualistom nie tylko tolerancję, lecz także akceptację, wsparcie i respektowanie jako społeczności (s. 817–818), przyznaje: „W okresie narastającego prześladowania wszelkich mniejszości Polska przyjęła jeden z najbardziej postępowych kodeksów. Wszedł on w życie [...] tuż przed ponowną kryminalizacją homoseksualności w Związku Radzieckim i w czasie, gdy udaremnilo dekryminalizację homoseksualności w Niemczech” (s. 816). Dodajmy, że zachowania homoseksualne między dorosłymi osobami niemające charakteru prostytucji były karalne w międzywojennej Czechosłowacji, uchodzącej za oazę demokracji i liberalizmu w naszej części Europy, i pozostały karalne do końca 1961 r.; więcej o ewolucji ustawodawstwa w Czechach i na Morawach oraz genezie ustawy z dnia 26 II 2006 r. o zarejestrowanym związku partnerskim: J. S e i d l i n., *Od žaláře k oltáři. Emancipace homosexuality v českých zemích od roku 1867 do současnosti*, Brno 2012, *passim*.

¹¹⁹ Nie było aktu o takiej treści obowiązującego na obszarze całego państwa. W okresie przedrozbiorowym nie można mówić o jednolitym stanie prawnym, ponieważ kompetencje prawodawcze i orzecznicze w tych sprawach były rozproszone; por. J. S t a n l e y, [przyp. 118], s. 801–805.

¹²⁰ W uzasadnieniu wyroku z 10 V 1957 r. [przyp. 117] FSK referuje opinie utytułowanych — wymienionych z imienia i nazwiska — biegłych o tym, jak perwersyjne i szkodliwe społecznie, zwłaszcza w aspekcie wpływu na dzieci i młodzież, są męskie zachowania homoseksualne. Od tego czasu nastąpiła radykalna przemiana ludzi: w uzasadnieniu wyroku z 19 II 2013 r., [przyp. 65], czytamy, że w sprawie adopcji przez osoby homoseksualne swoje stanowisko przedstawiło 11 instytucji, z czego 10 uważa taką adopcję za korzystną. Jedna z opinii cytowanych z aprobatą przez sędziów zaczyna się zdaniem: „Należy zakładać, że dorośli homoseksualiści są kompetentnymi rodzicami”. W uzasadnieniu ostatniego wyro-

3. ZNACZENIE SFORMUŁOWANIA ART. 18 *IN PRINCIPIO* W ŚWIETLE JEGO GENEZY

W dotychczasowych rozważaniach unikałem nawiązań do określenia „jako związek mężczyzny i kobiety”. W moim przekonaniu aksjologiczne przesłanki oraz systemowy, historyczny i społeczno-kulturowy kontekst obowiązującej regulacji konstytucyjnej co do zagadnień małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa przesądzają o tej niedopuszczalności paramałżeństw jednopłciowych także wtedy, gdy abstrahujemy od przytoczonych pięciu słów. Słowa te stawiają natomiast kropkę nad „i”, rozwiewają wątpliwości, jakie mogłyby się pojawiać pod wpływem trendów i mód współczesnej doby.

Mamy do czynienia z lapidarnym określeniem umieszczonym w zwięzłe zredagowanym artykule, co jest skądinąd jego zaletą; tekst ustawy zasadniczej nie powinien przypominać komentarza do jej treści ani być w inny sposób „przegadany”. Dzisiaj, wobec brawurowych prób reinterpretacji art. 18 Konstytucji, można się zastanawiać, czy w celu bardziej dobitnego wyrażenia intencji leżących u podstaw omawianego określenia nie należało napisać więcej. Można też zastanawiać się nad redakcyjno-językowymi niedoskonałościami obowiązującej Konstytucji, na których tle art. 18 nie wypada zresztą źle¹²¹. Nie ma jednak żadnych powodów, aby wykładnia nadawała mu sens przeciwny do tego, jaki przyjmował historyczny ustrojodawca — członkowie Zgromadzenia Narodowego i obywatele zatwierdzający Konstytucję w referendum.

Językowa analiza frazy nominalnej „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”, abstrahująca od jej genezy i kontekstu społeczno-kulturowe-

ku znalazł się także passus, w którym niemiecki trybunał tak oto tłumaczy konieczność reinterpretacji niezmienionego tekstu Konstytucji z 1949 r.: „Biorąc pod uwagę karalność i społeczne potępienie homoseksualizmu w momencie powstania Ustawy zasadniczej, należy przyjąć, że w pracach nad sformułowaniem jej art. 6 ust. 2 [prawa i obowiązki rodziców] miano na myśli wyłącznie rodziców różnej płci. Nie znaczy to jednak, że z tego powodu norma konstytucyjna stanowi wyraz zamierzonego odrzucenia uznania rodziców tej samej płci; takie uznanie leżało raczej poza ówczesnym horyzontem wyobraźni” (podkr. B.B.). Trzeba zapytać: co leży poza horyzontem wyobraźni dzisiaj, a znajdzie się w zasięgu wyobraźni jutro i pojutrze?

¹²¹ Można się najwyżej zastanawiać, czy interesującego nas określenia nie należało oddzielić przecinkami po obu stronach, jak proponowano w jednym z projektów, w celu zasygnalizowania wtrącenia o charakterze uzasadniającym; pod tym względem reguła interpunkcji 90.H.4 dopuszcza jednak fakultatywność. (Bardziej zagadkowy — i świadczący raczej o nieprzywiązywaniu nadmiernej wagi do interpunkcji — wydaje się brak przecinka w pierwszym zdaniu preambuły między wyrazami „wierzący w Boga” a „będącego źródłem dobra, prawdy i piękna”).

go, pozwala hipotetycznie ustalić wiele jej możliwych znaczeń, zależnie od fantazji interpretatora. Tutaj wskażemy trzy. Dwa pierwsze można ustalić w oderwaniu od dalszego ciągu art. 18: a) „małżeństwo, czyli związek kobiety i mężczyzny”; b) „małżeństwo, o ile jest związkiem kobiety i mężczyzny”. Przyjęcie któregoś z tych dwóch znaczeń powodowało jednak, że określenie „jako związek kobiety i mężczyzny” stanowiłoby *superfluum* — jego znaczenie ograniczałoby się do wskazania powszechnie znanej, „słownikowej” cechy definicyjnej nazwy „małżeństwo”. Druga interpretacja zawierałaby przy tym ukrytą tautologię (jak w zdaniu „Pies, o ile jest ssakiem...”). Nie ma żadnych rozsądnych powodów do odstąpienia od zakazu wykładni *per non est*, co wiązałoby się z przyjęciem jednego z tych wariantów. Ustalając trzecie — moim zdaniem najlepiej uzasadnione — znaczenie, nawiązujemy do struktury całego art. 18 i zakładamy, że określenie „jako związek...” oraz trzy występujące po nim rzeczowniki służą wyjaśnieniu — jako wskazówka dla podmiotów stosujących Konstytucję — dlaczego małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką, o której mowa w tym przepisie *in fine*¹²²: c) „Małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej, jest bowiem związkiem kobiety i mężczyzny oraz pozostaje w pewnej istotnej relacji z wartościami reprezentowanymi przez pojęcia rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa”. O jaką konkretnie relację chodzi i dlaczego uzasadnione jest uznanie swoistej ekskluzywności instytucji małżeństwa w porządku prawnym — to można ustalić przez odwołanie się do aksjologicznych przesłanek, historii oraz systemowego i społeczno-kulturowego kontekstu analizowanego unormowania.

Nawiązując do genezy sformułowania art. 18 Konstytucji, komentujący je konstytucjonalista lapidarnie, a zarazem precyzyjnie stwierdza:

„Wobec sporów i kontrowersji, jakie pojawiły się w toku prac nad Konstytucją, a także w obliczu żądań mniejszości seksualnych domagających się uznania ich praw do zakładania rodziny i zawierania związków małżeńskich Konstytucja jednoznacznie rozstrzyga tę kwestię, stanowiąc, iż tylko związek kobiety i mężczyzny jest prawnie uznawany przez państwo i tylko taki związek korzysta z ochrony i opieki Rzeczypospolitej”¹²³.

¹²² A. M a c z y Ń s k i, [przyp. 14], s. 770 oraz A. M a c z y Ń s k i, [przyp. 56], s. 90–91, określa wyrazy „związek kobiety i mężczyzny” mianem zwrotu definicyjnego. Można zgodzić się z takim ujęciem przy zastrzeżeniu, że ustrojodawca użył tego zwrotu nie po to, by definiować nazwę „małżeństwo”, lecz po to, by w szczególnie sposób wyeksponować — w pewnym specyficznym zamiarze — jeden z elementów definicyjnych. Por. trafną wypowiedź tego samego autora przytoczoną niżej. Można powiedzieć, że rozważany fragment art. 18 Konstytucji, podobnie jak definicja legalna, wyłącza w określonym zakresie swobodę interpretatora.

¹²³ W. S k r z y d ł o, [przyp. 94], s. 32. Cytuję na podstawie wyd. 7, ale takie samo sfor-

Podobnie rzecz ujmą cywilista i sędzia konstytucyjny:

„Zamieszczenie w art. 18 Konstytucji przytoczonego zwrotu definicyjnego »związek kobiety i mężczyzny« stanowiło niewątpliwie reakcją na fakt pojawienia się w kilku państwach obcych regulacji poddającej związku osób tej samej płci regulacji podobnej, a nawet takiej samej jak regulacja dotycząca małżeństwa. Uzupełniony tym zwrotem przepis konstytucyjny ma pełnić rolę instrumentu zapobiegającego wprowadzeniu takiej regulacji do prawa polskiego. Żaden inny motyw nie może wytłumaczyć wprowadzenia do Konstytucji przytoczonego zwrotu. Konstytucja jest przecież zbiorem norm prawnych, a nie leksykonem objaśniającym znaczenie słów, zwłaszcza gdy znaczenie to jest od dawna utrwalone”¹²⁴.

Trafność obu ujęć znajduje potwierdzenie w przebiegu prac parlamentarnych zmierzających do uchwalenia obowiązującej Konstytucji oraz w nieoficjalnych, ale miarodajnych komunikatach, jakie otrzymywali obywatele przed referendum konstytucyjnym. Warto przypomnieć najważniejsze fakty.

Zacznijmy od tego, że żaden z siedmiu projektów konstytucji będących przedmiotem pierwszego czytania na posiedzeniu Zgromadzenia Narodowego w dniach 21–23 września 1994 r. nie zawierał sformułowania odpowiadającego interesującemu nas określeniu lub nawiązującego, choćby tylko w sposób aluzyjny, do problemu związków homoseksualnych¹²⁵. Określenie to pojawiło się natomiast w niepoddanym pracom Zgromadzenia projekcie ugrupowań tworzących Przymierze dla Polski, którego art. 16 ust. 2 miał brzmienie podobne do obecnego art. 18 Konstytucji: „Małżeństwo, jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod ochroną państwa”¹²⁶. Można przypuszczać, że rozbież-

mułowanie znajdowało się w poprzednich wydaniach tego komentarza. Podobnie, uwzględniając także problem par różnej płci, w drugim wydaniu komentarza B. B a n a s z k i a, [przyp. 78].

¹²⁴ A. M ą c z y ń s k i, [przyp. 56], s. 91. Wcześniej A. M ą c z y ń s k i, [przyp. 14], s. 772.

¹²⁵ Mimo że wśród tych projektów były trzy związane z prawicą *sensu largo*: projekt opracowany przez Komisję Konstytucyjną Senatu I kadencji (zwany senackim), projekt KPN i projekt grupy obywateli reprezentowanych przez przewodniczącego NSZZ „Solidarność” M. Krzaklewskiego. Brzmienie art. 18 Konstytucji uchwalonej 2 IV 1997 r. jest zbieżne z brzmieniem art. 31 ust. 2 projektu senackiego (w którym nie ma jednak mowy o „opiece”) i art. 60 ust. 1 projektu SLD (notabene przepis ten był poniekąd kalką art. 79 Konstytucji PRL, z tym że dokonano zmiany szyku: „Rodzina, macierzyństwo i małżeństwo” oraz opuszczono rzeczownik „opieka”). W obu projektach artykuł „małżeństwo-rodziny” zawarty jest w rozdziale o wolnościach, prawach i obowiązkach. Treść projektów konstytucji omawiam na podstawie opracowania *Projekty...*, [przyp. 9].

¹²⁶ Zob. *Projekty...*, [przyp. 9], s. 360. Zachowano pierwszy przecinek zgodnie z orygi-

ności te wynikają z faktu, iż niebezpieczeństwo presji na rzecz instytucjonalizacji związków jednopłciowych zaczęło sobie uświadamiać dość późno, odpowiednio do społeczno-kulturowej dynamiki nowego jeszcze zjawiska.

Nad propozycją zamieszczenia w konstytucji określenia „jako związek...” dyskutowano na posiedzeniu Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (dalej: KK) 4 kwietnia 1995 r.¹²⁷ W przedstawionym przez podkomisję wariantcie II art. 54 ust. 2 miał brzmienie: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod ochroną Państwa”. Ekspert Piotr Winczorek zgłosił następującą obiekcję:

„Jeśli chodzi o wariant II, to ust. 1 i ust. 2 zawierają zasady i komentarz do tych zasad. Jest to komentarz natury historyczno-socjologicznej. [...]

Jeśli chodzi o ust. 2, to rozumiem, że chodzi o to, aby wykluczyć inne małżeństwa niż związek kobiety i mężczyzny. Czy jednak inny związek mógłby być nazwany małżeństwem? Jest to bowiem pojęcie zastane, funkcjonujące w kulturze prawnej od czasów rzymskich. Jeśli więc trzymać się pojęć zastanych, to nie sadzę, aby mogło być małżeństwo inne niż między mężczyzną i kobietą [...]”¹²⁸.

W dwóch replikach senator Piotr Andrzejewski (NSZZ „S”) argumentował:

„Przypomnę, że w prawie rzymskim wola polityczna była taka, aby senator został koniem, a koń został senatorem, i koń jako senator zasiadał w senacie rzymskim. [...] W tej chwili większość absolutna może zdecydować, że na przykład małżeństwo będzie związkiem dwóch mężczyzn [...]. Z woli politycznej — i nie tylko — możliwe są więc szaleństwa”¹²⁹.

„Przytoczone przykłady — poprzez ich absurdalność — zmierzały do unaocznienia sensu ograniczenia małżeństwa do takiego zakresu, który wynika z prawa naturalnego czy też z prawa, które nie jest dzisiaj w Polsce kwestionowane. Natomiast *de lege ferenda* może się okazać, że jeżeli przyjmimy przepis o małżeństwie, nie mówiąc, na czym ono polega, to może się on spotkać z dowolną interpretacją. [...]

[...] Ponieważ Konstytucję piszemy nie tylko w oparciu o pewną aksjologię, ale również w oparciu o pewną perspektywę czasową, chcę dać jasny

nałem (por. przyp. 121). Autor opracowania, z którego pochodzi cytat, informuje, że prace nad projektem zakończono w sierpniu 1994 r., lecz autorzy nie uczynili go przedmiotem obywatelskiej inicjatywy konstytucyjnej (s. 357).

¹²⁷ Źródło informacji i cytatów: Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn XVII, Warszawa 1995.

¹²⁸ S. 31.

¹²⁹ S. 31.

pogląd zabezpieczający nas przed interpretacjami dowolnymi i zbyt daleko idącymi”¹³⁰.

Większość dyskutantów przychyliła się do opinii P. Winczorka i nie kwestionując intencji autorów, twierdziła, że nie ma potrzeby zamieszczania wspomnianego określenia w tekście konstytucji. Tak argumentował między innymi senator Stefan Pastuszka (PSL), którego partia dwa lata później jednak dostrzegła taką potrzebę i za jego pośrednictwem zgłosiła stosowną poprawkę.

W dłuższej wypowiedzi eksperta Kazimierza Działochy znalazł się jeden krótki akapit dotyczący interesującego nas problemu:

„Treść normatywna ust. 2 sprowadza się do tego, że państwo otacza ochroną małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Tak rozumiane małżeństwo znajduje się pod ochroną państwa. Jednakże dogmatyczna wykładnia ust. 2 nie wyklucza innego małżeństwa. Jeżeli małżeństwo rozumieć przede wszystkim jako kontrakt cywilny między dwoma osobami — kobietą i mężczyzną, to jednak inne małżeństwo nie jest wykluczone”¹³¹.

Następnego dnia, 5 kwietnia 1995 r., Komisja 26 głosami przy 3 przeciwnych wybrała wariant I art. 54, niezawierający wyrazów „jako związek...”¹³².

W grudniu tego samego roku, przedstawiając na konferencji naukowej tymczasowe wyniki prac KK, senator Alicja Grześkowiak (popierająca projekt senacki) mówiła:

„Komisja Konstytucyjna nie zgodziła się na konstytucyjną ochronę małżeństwa i macierzyństwa. Po debacie odrzucono propozycje idące w tym kierunku. Intencją zatem jest, by tak małżeństwo, jak i macierzyństwo nie były wartościami konstytucyjnymi. Ale oznacza to też, że Konstytucja nie widzi rodziny w kontekście małżeństwa. Proponując ochronę małżeństwa wskazywano, że chodzi o związek mężczyzny i kobiety, ale i to zostało odrzucone. Zdaje się to potwierdzać tendencję zmierzającą do usankcjonowania związków osób tej samej płci jako mających odmienną orientację seksualną”¹³³.

¹³⁰ S. 32–33.

¹³¹ S. 34. Nie jest jasne, jaki „kontrakt cywilny”, jaką „wykładnię dogmatyczną” i jakie „inne małżeństwa” mówca miał na myśli, zwłaszcza w kontekście akceptowanej przez pozostałych dyskutantów tezy, że małżeństwo, będące związkiem mężczyzny i kobiety od czasów rzymskich, to pojęcie zastane. Do przytoczonej uwagi nie nawiązywano w dalszym toku dyskusji.

¹³² S. 55.

¹³³ A. Grześkowiak, *Aksjologia projektu Konstytucji RP*, w: *Ocena projektu Konstytucji RP Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. Materiały z sympozjum, Lublin 16 XII 1995*, red. J. Krukowski, Lublin 1996, s. 22.

Zestawiając te słowa z brzmieniem art. 18 obowiązującej Konstytucji, widzimy, jak dalece przepis ten ostatecznie uwzględnił wrażliwość właściwą opcji chrześcijańsko-demokratycznej. Trzeba przy tym pamiętać, że w wyniku dotkliwej porażki prawicy w wyborach parlamentarnych w 1993 r. lewicowo-centrowa koalicja konstytucyjna (SLD, PSL, UW i UP) dysponowała w Zgromadzeniu Narodowym większością wystarczającą do przegłosowania Konstytucji nawet wbrew prawicy. To, że w końcowym etapie prac Zgromadzenia Narodowego w pewnym zakresie większość wyszła na przeciw postulatowi prawicy, a także Kościoła katolickiego, wynikało z chęci osłabienia obaw znaczącego odłamu elektoratu, który wahał się, czy i jak głosować w referendum konstytucyjnym. Na posiedzenia KK, na których rozpatrywano materie będące szczególnym przedmiotem zainteresowania Kościoła katolickiego, zapraszano osobę delegowaną przez Episkopat¹³⁴, doszło również (o czym powiemy niżej) do spotkania marszałka Sejmu z sekretarzem Episkopatu. W publicznych enuncjacjach biskupów zwracano uwagę na interesującą nas kwestię¹³⁵, choć porównanie dat pozwala przypuszczać, że postulat wyraźnego zapisania zakazu „małżeństw homoseksualnych” zrodził się w kręgach polityków.

Do drugiego czytania w Zgromadzeniu Narodowym, obejmującego projekt KK i wnioski mniejszości¹³⁶, przystąpiono na posiedzeniu plenar-

¹³⁴ Trudno jednak mówić, że Episkopat był traktowany wyjątkowo, ponieważ na posiedzenia KK zapraszano także — odpowiednio do tematu obrad — przedstawiciele zainteresowanych organizacji społecznych. Notabene zagadnienia małżeństwa nie były jedyną kwestią szczególnie interesującą przedstawicieli Kościoła.

¹³⁵ Po raz pierwszy w „Liście Episkopatu Polski w sprawie Konstytucji do wiernych Kościoła Katolickiego i wszystkich ludzi dobrej woli” z 22 X 1994 r.: „Konstytucja powinna zatem ochraniać i wspierać życie rodziny, pierwszej i podstawowej wspólnoty, w której przychodzi na świat i rodzi się człowiek. Powinna też chronić małżeństwo jako trwałe związki kobiety i mężczyzny [...]”. W „Stanowisku Konferencji Episkopatu Polski w sprawie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” z 14 IX 1996 r. czytamy: „Rodzina nie jest wymysłem ludzkim, lecz wynika z porządku natury. Tylko rodzina trwała i monogamiczna, będąca związkiem mężczyzny i kobiety, zapewnia opiekę i wychowanie potomstwa, które ma do takiej opieki przyrodzone prawo. [...] Stawianie na równi z małżeństwem wolnych związków, a zwłaszcza tej samej płci, jest sprzeczne z fundamentalnym prawem Bożym”. W krytycznym wobec projektu KK dokumencie z 13 II 1997 r. „Biskupi polscy w sprawie Konstytucji Rzeczypospolitej (1997 r.)” powiedziano m.in.: „Chcemy, by konstytucja nie pozostawiała żadnych wątpliwości, że małżeństwo może być zawarte tylko między osobami odmiennej płci, czyli między mężczyzną i kobietą, z wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami dotyczącymi praw rodzicielskich [...]”. Źródło: *Listy pasterskie Episkopatu Polski 1945–2000*, cz. 2, red. P. Libera i in., Warszawa 2003, s. 1879, 2482–2483 i 2016 (według kolejności cytatów).

¹³⁶ Sprawozdanie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego o projekcie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 16 I 1997 r., druk ZN nr 14. W wyniku prac

nym, którego pierwsza część odbyła się w dniach 24–28 lutego 1997 r.¹³⁷

Do interesującej nas kwestii nawiązywała senator A. Grześkowiak w swoich dwóch wystąpieniach:

„Komisja przyjęła co prawda zapis, który wskazuje, że rodzina, małżeństwo i macierzyństwo znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej, ale trudno ustalić, na czym będzie polegała ochrona rodziny i opieka nad nią [...]. Konieczne jest więc dookreślenie, że małżeństwo obejmuje związek kobiety i mężczyzny, by wykluczyć możliwość zawierania związków małżeńskich przez osoby, po stronie których występują naturalne przeszkody do ich zawierania, np. przez dwie kobiety czy dwóch mężczyzn”¹³⁸.

„Proponuję wyraźne zapisanie, że małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny i dopiero jako taki związek staje się on wartością konstytucyjną. Uniemożliwiłoby to wprowadzenie do prawa boczną furtką albo wprost możliwości zawierania związków między osobami, które wykazują się naturalnymi przeszkodami do zawarcia małżeństwa, czyli dwiema kobietami czy dwoma mężczyznami”¹³⁹.

Chociaż wiele tez i propozycji pochodzących z prawej strony spotykało się w debacie z polemiką przedstawicieli ugrupowań centrowych i lewicowych, w żadnym wypadku nie dotyczyło to problemu związków niemałżeńskich. Można mówić najwyżej o pewnej powściągliwości przedstawicieli lewicy oraz Unii Wolności. „Wyostrajające” problem argumenty prawej strony spotkały się z taką oto ripostą senatora S. Pastuszki (PSL):

„Chciałbym wnieść pewne sprostowanie, bo tu padło z wysokiej trybuny stwierdzenie, iż projekt Konstytucji Komisji Konstytucyjnej stwarza możliwość zawierania małżeństw homoseksualistom, lesbijkom itp. Nie ma tego. Przepis mówiący o równouprawnieniu innych orientacji został z projektu usunięty. Jest tylko przepis art. 30, mówiący: »Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez organy władzy publicznej«, a następnie: »Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny«”¹⁴⁰.

Jednocześnie politycy PSL wychodzili naprzeciw obawom, że projekt KK może pozostawiać furtkę dla prawnego uznania związków niemałżeń-

Komisji, które tutaj pomijamy, przepis „małżeńsko-rodzinny”, oznaczony jako art. 18, znalazł się w rozdziale 1 projektu i miał brzmienie odpowiadające dziś obowiązującemu, ale bez określenia „jako związek...”. Określenie to oczywiście znalazło się we wnioskach mniejszości.

¹³⁷ Źródło informacji i cytatów: Sprawozdanie Stenograficzne z 3 posiedzenia Zgromadzenia Narodowego w dniach 24, 25, 26, 27 i 28 lutego 1997 r., cz. I, Warszawa 1997.

¹³⁸ S. 39, 24 II 1997 r.

¹³⁹ S. 212, 27 II 1997 r.

¹⁴⁰ S. 133, 26 II 1997 r.

skich¹⁴¹. Świadczą o tym fragmenty wystąpień senatora Adama Struzika i posła Aleksandra Bentkowskiego:

„Chcielibyśmy również uściślić zapis art. 18. Proponujemy, żeby brzmiał następująco: »Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina i macierzyństwo znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej«. Argumentów za takim zapisem padło na tej sali już bardzo wiele”¹⁴².

„I sprawa, która wyniknęła niedawno, wyniknęła ze stanowiska Episkopatu. Mianowicie zwrócono nam uwagę na to, że w konstytucji nie ma zapisu mówiącego o tym, że małżeństwo jest to związek kobiety i mężczyzny. Zarzut przeciw temu zapisowi, mówiący o tym, że jest to nadmierne uszczegółowienie konstytucji, nie jest przekonujący. Nasza konstytucja — i mówimy to zupełnie szczerze — jest bardzo szczegółowa, jest bardzo szeroka. Wydaje mi się, że zamieszczenie tego zapisu rozwiąże ten problem w sposób jednoznaczny. Natomiast jeżeli nie zamieścimy tego zapisu, będzie można domyślać się, że dopuszczamy inne małżeństwa. Dlatego myślę, że ta poprawka powinna również znaleźć uznanie, najpierw wśród członków Komisji Konstytucyjnej, a potem w szerokim gremium Zgromadzenia Narodowego”¹⁴³.

Komisja Konstytucyjna rozpatrzyła — bez szerszej dyskusji merytorycznej — poprawki obejmujące wyrazy „jako związek...”, w różnych konfiguracjach, na posiedzeniu 7 marca 1997 r. Odrzuciwszy inne warianty, postanowiła rekomendować Zgromadzeniu Narodowemu takie brzmienie art. 18, jakie weszło do tekstu obowiązującej Konstytucji RP. Lektura stenogramu z tej części posiedzenia KK pozwala przyjąć, że współtwórcami osta-

¹⁴¹ Obawy byłyby zapewne mniejsze, gdyby w ogóle nie proponowano zapisania w konstytucji określenia „jako związek...”. Natomiast odrzucenie tej propozycji mogłoby być potem interpretowane jako brak zgody na treść, którą mu przypisywano. Nawiasem mówiąc, dość podobny był los art. 131 k.c. z 1964 r. w pierwotnym brzmieniu (Dz. U. nr 16, poz. 93): „Przy tłumaczeniu i stosowaniu przepisów niniejszego kodeksu należy mieć na względzie opiekę, którą Polska Rzeczpospolita Ludowa otacza indywidualne gospodarstwa rolne pracujących chłopów”. Niektórzy przekonywali, że taki przepis jest zbędny, bo powtarza sformułowanie z konstytucji, ale posłowie ZSL przezornie obawiali się, że jego wykreślenie z kodeksu mogłoby być interpretowane jako osłabienie tej istotnej w czasach PRL gwarancji.

¹⁴² S. 291, 28 II 1997 r.

¹⁴³ S. 339, 28 II 1997 r. Zacytujmy jeszcze posła Andrzeja Bajołka (PSL), który tego samego dnia ironizował: „Można zadać i takie pytanie: Co z mniejszościami seksualnymi, szczególnie teraz, gdy odkryto klonowanie i ponoć będą się mogły rozmnażać? Co z małżeństwami jednopłciowymi? Pytanie następne: A dlaczego by nie bigamia, gdy pojawi się mniejszość twierdząca, że bigamia wynika z prawa naturalnego. Paranoja? Nie. Te wszystkie pomysły były dyskutowane w czasie prac nad ustawą zasadniczą dla Polski. Może tylko z wyjątkiem bigamii [...]” (s. 288).

tecznej redakcji są senator Stefan Pastuszka (PSL) i poseł Marek Borowski (SLD). Na propozycję tego drugiego:

„[...] żeby senator S. Pastuszka jako jeden z sygnatariuszów poprawki nr 53 zechciał wprowadzić autopoprawkę do swojej propozycji, która wynika z poprzednich rekomendacji. Jeśli senator S. Pastuszka nadałby poprawce brzmienie: »Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej«, to mielibyśmy propozycję do przyjęcia przez wszystkich»¹⁴⁴, senator PSL przystał. Tak zredagowaną poprawkę poparło 23 członków KK, przeciw było 8, nikt nie wstrzymał się od głosu¹⁴⁵. Odpowiednią rekomendację zawarto w dodatkowym sprawozdaniu KK z 16 marca 1997 r.¹⁴⁶

21 marca 1997 r. Zgromadzenie Narodowe przyjęło rekomendację KK 432 głosami przy 27 głosach przeciw i 18 wstrzymujących się, co uczyniło bezprzedmiotowymi propozycje alternatywne¹⁴⁷. Tym samym prace parlamentarne nad brzmieniem art. 18 dobiegły końca. Poprawki Prezydenta RP zgłoszone do tekstu Konstytucji uchwalonego w całości 22 marca, rozpatrzone na posiedzeniu 2 kwietnia, nie dotyczyły tematyki małżeńsko-rodzinnej.

Opinia publiczna odbierała opisane prace w Zgromadzeniu Narodowym oraz ich wynik jako potwierdzenie, że ustrojodawca jednoznacznie zamknął drogę do wprowadzenia „małżeństw homoseksualnych”. Warto przytoczyć przykłady charakterystycznych wypowiedzi medialnych kształtujących postrzeganie Konstytucji przez obywateli, którzy głosowali za jej zatwierdzeniem w referendum 25 maja 1997 r.

Na początku marca tegoż roku obserwator prac Zgromadzenia Narodowego informował o prowadzonych przez marszałka Sejmu Józefa Zycha konsultacjach w celu „zblżenia stanowisk ugrupowań popierających projekt parlamentarny z Episkopatem”. Interesujące nas zagadnienie było jednym z omawianych punktów:

„Po wizycie u marszałka Zycha biskup Tadeusz Pieronek, sekretarz Episkopatu, powiedział, że biskupi postulują zmiany, ponieważ uważają,

¹⁴⁴ Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr XLIV, Warszawa 1997, s. 31. Podkreślenie moje — B.B.

¹⁴⁵ Zob. przyp. 144.

¹⁴⁶ Pkt 47 propozycji KK. Warianty zawarte w pkt 46 i 48, w których wyraz „rodzina” poprzedza frazę „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”, KK proponowała odrzucić. Źródło: druk Zgromadzenia Narodowego nr 14–A.

¹⁴⁷ Sprawozdanie Stenograficzne z 3 posiedzenia Zgromadzenia Narodowego w dniach 21 i 22 marca 1997 r., cz. II, Warszawa 1997, s. 11.

iz porozumienie w sprawach konstytucji jest możliwe. [...] W konstytucji powinno znajdować się wyraźne stwierdzenie, że małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny, co uniemożliwiłoby legalizację małżeństw homoseksualnych jako sprzecznych z »naturą«¹⁴⁸.

Omawiając następnie poprawki opracowane przez KK pod koniec drugiego czytania, ten sam autor pisał:

„Naprzeciw postulatowi Episkopatu wychodzi natomiast poprawka, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, tak jak rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo, znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej. Wyklucza to małżeństwa homoseksualne”¹⁴⁹.

Po uchwaleniu Konstytucji przez Zgromadzenie Narodowe, zachęcając współobywateli do jej poparcia w referendum, Jan Nowak-Jeziorański, ponadpartyjny autorytet polityczny i moralny, przekonywał:

„W nowej konstytucji jest wiele rzeczy, które chciałbym zmienić. Brak w niej wielu postanowień, które chciałbym w niej widzieć. Nie znajduję jednak w obecnym projekcie konstytucji niczego, co byłoby dla mnie nie do przyjęcia. [...] Przez całe życie starałem się być wierzącym i praktykującym katolikiem. Głosowałbym przeciwko konstytucji, gdyby na przykład legalizowała aborcję albo małżeństwa osób tej samej płci. Osiągnięty kompromis polega na pozostawieniu różnych spraw sumieniu obywateli, ale nie znajduję w nim nic takiego, co stwarzałoby dla mnie konflikt sumienia. Jest to kompromis między wierzącymi i niewierzącymi, bez którego w obecnym układzie sił społecznych żadna konstytucja nie zostałaby uchwalona”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ J. Piłczyński, *Jak wyjść z Jordanu*, „Rzeczpospolita” z 3 III 1997 r., s. 4.

¹⁴⁹ J. Piłczyński, *Ostatnie retusze*, „Rzeczpospolita” z 21 III 1997 r., s. 3. Interpretacja sformułowana w ostatnim zdaniu nie była stanowiskiem Episkopatu czy jakiegoś biskupa, lecz — jak wynika z cytowanych wyżej materiałów — przedmiotem dorozumianej *communis opinio* w Zgromadzeniu Narodowym.

¹⁵⁰ J. Nowak-Jeziorański, *Konstytucja: za czy przeciw*, „Tygodnik Powszechny” z 20 IV 1997 r., s. 4. Na marginesie wypada zauważyć, że niezgoda na paramałżeństwa homoseksualne nie musi iść w parze z określonym wyznaniem czy wiarą w ogóle. Jednym z dowodów jest przytoczona wyżej opinia V. Klause. Także znany dokument watykańskiej Kongregacji Nauki Wiary z 3 VI 2003 r. „Uwagi dotyczące projektów legalizacji związków między osobami homoseksualnymi” obok uzasadnień teologicznych zawiera argumenty odwołujące się do racjonalności, które mogą być przyjęte przez agnostyków i niewierzących. Oto fragment takiej argumentacji (ilekroć jest mowa o „legalizacji”, mamy moim zdaniem do czynienia z uchybieniem w oficjalnym przekładzie — właściwsze byłoby określenie „prawne uznanie”): „Można by zapytać, w jakim sensie może być przeciwne dobru wspólnemu rozporządzenie, które nie nakazuje żadnego szczególnego zachowania, a ogranicza się do prawnego uznania faktycznej rzeczywistości, która pozornie wydaje się nie powodować niesprawiedliwości wobec nikogo. W tym względzie należy rozważyć przede wszystkim różnicę istniejącą między zachowaniem homoseksualnym jako zjawiskiem prywatnym a tym samym zachowaniem jako relacją społeczną prawnie przewidzianą

Jeśli się nie mylę, żaden polski prawnik nie zabrał wtedy głosu, żeby „wyprowadzić z błędu” autorów tej i podobnych opinii oraz ich czytelników i słuchaczy albo przynajmniej zasygnalizować, że ich przekonanie może niedługo lec w gruzach za sprawą „boskiej sztuki interpretacji”¹⁵¹. Gdyby powiedziano wówczas obywatelom, że Konstytucja rzekomo dopuszcza paramażeństwa osób tej samej płci, to najprawdopodobniej doszłoby do odrzucenia tego aktu w referendum, i to znaczną przewagą głosów¹⁵².

W największym skrócie genezę uzupełnienia w Konstytucji wyrazu „mażeństwo”, użytego w tym akcie tylko jeden raz, o określenie „jako związek kobiety i mężczyzny” można ująć tak: Uczyniono to wskutek determinacji parlamentarzystów prawicy i PSL, cieszących się w tym względzie poparciem Kościoła katolickiego. Inicjatorom tego uzupełnienia przyświecała

i zaaprobowaną, łącznie z nadaniem jej rangi jednej z instytucji systemu prawnego. Ten drugi przypadek nie tylko jest o wiele poważniejszy, ale przybiera zasięg o wiele większy i głębszy, przez co prowadziłby do zmian całego porządku społecznego, które okazałyby się sprzeczne z dobrem wspólnym. Prawa cywilne są zasadami ukierunkowującymi życie człowieka w łonie społeczności, ku dobru albo ku złu. [...] Formy życia i wzory w nich wyrażone nie tylko kształtują zewnętrznie życie społeczne, ale prowadzą do modyfikowania w nowych pokoleniach zrozumienia i oceny zachowań. Zalegalizowanie związków homoseksualnych powodowałoby zatem przysłonięcie niektórych fundamentalnych wartości moralnych i dewaluację instytucji mażeństwa”. Źródło: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_pl.html. Na pytanie o znaczenie tego dokumentu, J. H e n n e l o w a, „Gazeta Wyborcza” z 2–3 VIII 2003 r., s. 5, odpowiada: „Głos Kościoła oceniam jako głos o znaczeniu fundamentalnym. Nie dla samych wierzących, a tym bardziej dla samych katolików, lecz dla wszystkich, którzy naprawdę myślą o jutrze Europy i świata. Oczekiwanie, by ustawowo dowartościowano związki homoseksualne, koniec końców zrównując je z mażeństwem, na dłuższą metę oznacza podważenie ładu naszej cywilizacji, opartej przecież na rodzinie i jej odpowiedzialności za przyszłe pokolenia [...]”.

¹⁵¹ Korzystam z trafnej metafory E. Ł ę t o w s k i e j, *Boska sztuka interpretacji, w: Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, red. A. Łopatka i in., Warszawa 2003, s. 25–35.

¹⁵² Według obwieszczenia Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 8 VII 1997 r. o skorygowanych wynikach głosowania i wyniku referendum konstytucyjnego przeprowadzonego w dniu 25 V 1997 r. (Dz. U. nr 75, poz. 476) w głosowaniu wzięło udział zaledwie 42,86% uprawnionych, a przewaga odpowiedzi „tak” nad odpowiedziami „nie” była skromna: 53% do 47%. Analitycy życia politycznego są raczej zgodni co do tego, że na niskiej frekwencji zaważyło kontestowanie Konstytucji ze względu na sprawy „filozoficzne”, o płynnych konturach i niepewnych implikacjach, niesprowadzające się do prostych, „zero-jedynkowych” wyborów, w przeciwieństwie do takich kwestii jak o dopuszczalność „mażeństw homoseksualnych”. Uznanie, że te mogą być wprowadzone po wejściu w życie nowej Konstytucji, dałoby jej przeciwnikom bardzo wygodny argument do mobilizowania obywateli niezainteresowanych referendami, aby zmienili zdanie i głosowali przeciw, a jednocześnie dokonałoby poważnej „dywersji” wśród osób rozumujących podobnie jak J. Nowak-Jeziorański.

wyraźnie deklarowana w pracach parlamentarnych intencja niedopuszczenia do ustanowienia paramażeństw dla osób tej samej płci w ustawodawstwie zwykłym. Powściągliwość przedstawicieli lewicy i liberalnego centrum nie wynikała z kontestowania tej intencji, lecz z braku przekonania o potrzebie takiego zapisu. Ostatecznie zrezygnowali ze sprzeciwu, co było elementem pewnego kompromisu konstytucyjnego. Opierał się on nie tyle na zasadzie „coś za coś”, ile na zgodzie na wprowadzaniu do tekstu dokumentu wątków zbędnych z punktu widzenia sił dysponujących parlamentarną większością konstytucyjną, ale potrzebnych do tego, by zmniejszyć niemałe ryzyko odrzucenia Konstytucji w referendum. Na poziom jej akceptacji przez obywateli zdecydowanie dodatkowo wpłynęło upowszechniane przekonanie, że nie dopuszcza ona do „małżeństw homoseksualnych”.

Zgoda reprezentowanych w parlamencie sił politycznych w tej sprawie istniała nie tylko w 1997 r., ale także sześć lat później. Prominentny przedstawiciel partii rządzącej mówił wówczas:

„SLD nie walczy o wprowadzenie możliwości zawierania małżeństw homoseksualnych ani o to, żeby takie związki mogły adoptować dzieci. W tym punkcie nasze stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem Kościoła. Chodzi nam o to, by homoseksualiści nie byli piętnowani — taką mają naturę i trzeba to uszanować. Nie wykluczam, że kiedy zmieni się mentalność Polaków, do tematu wrócimy”¹⁵³.

Z całym naciskiem trzeba podkreślić, że dodanie w Konstytucji określenia „jako związek mężczyzny i kobiety” nie miało na celu przede wszystkim ochrony nazwy „małżeństwo” przed rozszerzeniem jej zakresu w ustawodawstwie zwykłym. Ochrona ta była już jednak zapewniona przez to, że „małżeństwo” w konstytucji znaczyło i znaczy to, co znaczy w języku polskim. Chodziło przede wszystkim o ochronę porządku prawnego przed wprowadzeniem paramażeństw dla osób tej samej płci¹⁵⁴. Zarówno w parlamencie, jak i w mediach używano wtedy żargonowego wyrażenia „małżeństwa homoseksualne”, ponieważ nie dysponowano lepszą, zrozumiałą dla wszystkich nazwą¹⁵⁵. Było to uzasadnione także tym, że na Zachodzie

¹⁵³ M. D y d u c h, „Gazeta Wyborcza” z 2–3 VIII 2003 r., s. 5; jest to *in extenso* odpowiedź sekretarza generalnego SLD na pytanie o ocenę dokumentu Kongregacji Nauki Wiary z 3 VI 2003 r. (zob. przyp. 150). Obok cytowanej wypowiedzi zamieszczono solidaryzujące się ze stanowiskiem Stolicy Apostolskiej wypowiedzi polityków PO (B. Komorowski), PiS (L. Dorn) i LPR (R. Giertych).

¹⁵⁴ Podobnie A. M ą c z y ń s k i, [przyp. 56], s. 94: „Zwrot definicyjny zamieszczony w art. 18 Konstytucji ma na celu nie zapobieżenie zmianie znaczenia nazwy »małżeństwo«, ale zachowanie szczególnego statusu prawnego i określonego kształtu oznaczonej tą nazwą instytucji”.

¹⁵⁵ Określenia „małżeństwa homoseksualne” nie przestano używać także po uchwaleniu

ruch na rzecz instytucjonalizacji związków homoseksualnych krystalizował się wokół zgłaszania się takich par w urzędach stanu cywilnego w celu zawarcia małżeństwa, a dopiero gdy to się okazywało niemożliwe, żądano odpowiednich zmian ustawodawczych. Z czasem były przyjmowane w niektórych ustawodawstwach „etykiety zastępcze”, ale wiedza o nich nie była jeszcze w naszym kraju powszechna. Termin „(za)rejestrowany związek partnerski” wszedł do polskiej debaty publicznej dopiero po złożeniu do łaski marszałkowskiej, w 2004 r., pierwszego projektu zawierającego taką nazwę¹⁵⁶. W pracach nad Konstytucją z 1997 r. chodziło o zakaz dotyczący istoty sprawy, a nie takiej czy innej nazwy¹⁵⁷.

Zagadnienie, na ile materiały z prac przygotowawczych mogą decydować o kierunku wykładni przepisów prawa krajowego, zwłaszcza konstytucji, jest złożone i w zasadzie wykracza poza ramy tego artykułu. Pewne jest jednak to, że korzystanie z nich nie jest *a limine* wykluczone¹⁵⁸, a niekiedy

niu Konstytucji, mimo że z czasem zaczęło konkurować z modnym dziś „związkiem partnerskim”. Na przykład „Gazeta Wyborcza” z 2–3 VIII 2003 r., s. 5, przytaczając komentarze o dokumencie Kongregacji Nauki Wiary z czerwca tegoż roku dotyczącym związków osób tej samej płci (zob. przyp. 150), posłużyła się nadtytułem: „Po ogłoszeniu stanowiska Stolicy Apostolskiej w sprawie małżeństw homoseksualnych”, mimo że w watykańskim dokumencie ani razu nie użyto tego wyrażenia, nawet w cudzysłowie. W 2010 r. profesor prawa mówił: „Zakaz zawierania [przez osoby tej samej płci] małżeństw czy adopcji dzieci nie jest dyskryminacją” — A. Z o l l, [przyp. 94]. O zagranicznych „małżeństwach homoseksualnych” mówiono też na przełomie 2010 i 2011 r. w pracach Sejmu i Senatu nad nowym prawem prywatnym międzynarodowym (por. przyp. 96).

¹⁵⁶ Por. przyp. 11.

¹⁵⁷ Określenia zawierające *contradictio in adiecto*, takie jak „centralizm demokratyczny”, „małżeństwo homoseksualne” czy „masło roślinne”, mogą razić purystów językowych, ale to nie znaczy, że nie są zrozumiałe i nie mogą być używane do pewnych celów. Załóżmy, że ustanawia się wiążącą normę, iż władze publiczne nie będą promować ani dotować masła roślinnego. Promowanie i dotowanie takiego produktu, ale o innej nazwie (np. „margaryna”) oznaczałoby ewidentne złamanie zakazu, mimo nieudolnej próby jego obejścia za pomocą triku nazewniczego. Byłoby tak samo, gdyby małżeństwo homoseksualne, na którego zakaz zgodzono się w pracach konstytucyjnych i w referendum, próbowano wprowadzić pod inną nazwą.

¹⁵⁸ Niemiecki FSK dość często odwołuje się do materiałów z prac konstytuancy, zwłaszcza kiedy chodzi o nowe lub kontrowersyjne zagadnienie z zakresu wykładni ustawy zasadniczej. Metodę „analizy zamiarów ustawodawcy”, jako jedną z różnych metod wykładni konstytucji, stosuje litewski Sąd Konstytucyjny: „Tylko w ten sposób, poprzez wszechstronną wykładnię konstytucji, można stworzyć przesłanki do realizacji jej przestrzegania jako umowy społecznej i aktu o nadrzędnej mocy prawnej” — V. S i n k e v i ė i u s, *Zasady i zakres wykładni Konstytucji*, „Studia i Materiały Trybunału Konstytucyjnego”, t. XXII (materiały z IX Konferencji Trybunału Konstytucji Rzeczypospolitej i Sądu Konstytucyjnego Republiki Litewskiej w 2004 r.), Warszawa 2005, s. 16. Polski trybunał sięga do materiałów przygotowawczych bardzo rzadko, choć niekiedy wydawałoby się to wskazane. Na przykład intetretupując w uzasadnieniu wyroku z 8 XI 2000 r., SK 18/99,

może wręcz służyć demokracji. W teorii prawa zwraca się uwagę na to, że subiektywnej wykładni prawa (zmierzającej do ustalenia intencjonalnie rozumianej woli historycznego prawodawcy) bywa przypisywana istotna rola w państwach demokratycznych, gdzie prawo jest pojmowane jako wola demokratycznie wybranych przedstawicieli narodu. Twierdzi się przy tym, że ten rodzaj wykładni pełni szczególnie istotną rolę w odniesieniu do przepisów prawnych stosunkowo niedawno wprowadzonych, jej znaczenie natomiast maleje w odniesieniu do starszych aktów normatywnych, zwłaszcza gdy te uchwalono w innych warunkach społecznych, ekonomicznych czy politycznych¹⁵⁹. Ta generalnie trafna teza wymaga, moim zdaniem, nieco innego rozłożenia akcentów, gdy chodzi o wykładnię demokratycznie uchwalonej konstytucji, zwłaszcza konstytucji zatwierdzonej w głosowaniu powszechnym: wzgląd na jej fundamentalny i stabilizujący charakter, a jednocześnie możliwość jej demokratycznej zmiany w przepisany trybie przemawiają raczej za tym, żeby przynajmniej wykładnia przyjmowana na zasadzie *communis opinio* w momencie uchwalenia i zatwierdzenia konstytucji była zachowana do czasu jej odpowiedniej nowelizacji.

OTK ZU 2000, nr 7, poz. 258, przepis Konstytucji dotyczący odpłatności za studia (art. 70 ust. 2 zd. 2), napisano: „Nie ma przy tym znaczenia fakt, że ustrojodawca dokonał wyboru jednej z możliwych koncepcji [...], choć inne, alternatywne modele rozważane były na etapie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (np. powszechnej odpłatności powiązanej z powszechnym systemem stypendialnym)”; zignorowano interesujący fakt, że dość niejasne sformułowanie przepisu jest wynikiem długiej dyskusji parlamentarnej. Nie dziwi więc, że opracowania dotyczące wykładni konstytucji, oparte na orzecznictwie TK, raczej pomijają interesujące nas zagadnienie. Rezerwa polskich prawników co do korzystania z materiałów przygotowawczych być może wynika z tego, że kilku pokoleniom przychodziło interpretować przepisy ustanawiane w minionych epokach i ustrojach. Por. solidny przegląd stanowisk prezentowanych w ówczesnej cywilistyce (głównie niemieckojęzycznej) u E. Waśkowskiego, *Teoria wykładni prawa cywilnego. Metodologia dogmatyki cywilistycznej w zarysie*, Warszawa 1936, s. 46; autor nazywa wykładnię mającą na celu „wykrycie prawdziwej myśli autora” normy — „wykładnią realną” (w odróżnieniu od „wykładni językowej”). Por. także A. Belska-Brodziak, *Materiały legislacyjne w dyskursie interpretacyjnym z perspektywy brytyjskiej, amerykańskiej, francuskiej, szwedzkiej i polskiej*, w: *Konwergencja czy dywergencja kultur systemów prawnych?*, red. O. Nawrot i in., Warszawa 2012, s. 144–154.

¹⁵⁹ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. II, Toruń 2010, s. 163–164. Autor używa określeń „wykładnia subiektywna”, „wykładnia historyczna” i „wykładnia genetyczna”, traktowanych w zasadzie jako synonimy. Warto jeszcze wspomnieć o amerykańskich koncepcjach oryginalizmu w wykładni konstytucji, o których pisze M. Barczewicz, *Oryginalizm jako koncepcja wykładni konstytucji*, w: *Konwergencja...*, [przyp. 158], s. 359–365, przytaczając m.in. opinię sędziego A. Scali; „[...] społeczeństwo demokratyczne nie potrzebuje, by jego konstytucyjne gwarancje odzwierciedlały współczesne wartości, całkiem dobrze radzą sobie z tym wybory. Wszelkie zmiany przepisów konstytucji powinny być poddane długiej i żmudnej procedurze, zanim pierwotne gwarancje konstytucyjne będzie można uznać za minione” (s. 361).

Zgodnie z panującym w naszej kulturze poglądem interpretacja prawnicza nie ma odpowiadać na pytanie, czego naprawdę chciał historyczny prawodawca, lecz spełnia funkcję adaptacyjną¹⁶⁰. Są jednak granice innowacji w wykładni najwyższego rangą aktu normatywnego. W szczególności wykładnia nie może podważać zasady, że w państwie demokratycznym ustrojodawcą jest naród, a nie interpretator konstytucji; jej zmiana może wszak nastąpić tylko w kwalifikowanej procedurze demokratycznej. Ochrona demokratycznie osiągniętej zgody i demokratycznie zawartych kompromisów konstytucyjnych powinna być jednym z celów wykładni i stosowania konstytucji.

W przypadku art. 18 *in principio* można wskazać kilka argumentów przemawiających za respektowaniem woli historycznego ustrojodawcy. Otóż mamy tutaj rozwiązanie nowatorskie pod względem konstytucyjnej techniki legislacyjnej, a przy tym wprowadzone w specyficznej, racjonalnej i wyraźnie deklarowanej w pracach przygotowawczych intencji. Dotyczy ono nie materii będącej wyłącznie domeną jurysprudencki, lecz zagadnienia powszechnie znanego i zrozumiałego, skupiającego zainteresowanie ogółu społeczeństwa, nie tylko specjalistów — zagadnienia, które w istocie ma charakter aksjologiczny, a nie technicznoprawny. Przypisanie omawianej frazie określonego, jednoznacznego rozumienia było dla części uczestników procesu decyzyjnego — zarówno na etapie parlamentarnym, jak i na etapie referendalnym — rzeczą bardzo istotną, pozostali zaś uczestnicy tego procesu przyjęli je *tacito consensu*. Stało się tak w ramach swobodnego kompromisu politycznego, bez którego zapewne nie doszłoby do wejścia w życie Konstytucji.

Jej interpretator i każdy organ powołany do jej stosowania powinien uszanować ten kompromis, zwłaszcza że nie wymaga to odstąpienia od powszechnie uznanych reguł wykładni obiektywnej ani od *communis opinio doctorum*, jest zgodne z opiniami obecnymi w publikacjach prawniczych wielu autorów, a także koresponduje ze wskazanymi wyżej wątkami orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Interpretator nie może unieważniać zawartego w pracach nad Konstytucją kompromisu, wchodząc w rolę zastrzeżoną dla demokratycznego ustawodawcy konstytucyjnego. Ten może wszak zmienić ustawę zasadniczą, jeśli dojdzie do powstania koalicji konstytucyjnej na rzecz rewizji rozstrzygnięcia przyjętego przez historycznego ustrojodawcę. Gdyby taką zmianę mogła zastąpić reinterpretacja ustawy

¹⁶⁰ L. Nowak, *Interpretacja prawnicza*, Warszawa 1973, s. 173–175. „Prawnik nie tyle stara się opisać prawo, co je ulepszyć. [...] Dopóty przeto, dopóki prawoznawca występuje w swej roli społecznej komentatora prawa, zakłada on, iż »jego« prawodawca jest prawodawcą (wewnętrznie) doskonałym, m.in. zaś — racjonalnym” (s. 174).

zasadniczej przeprowadzona w praktyce jej stosowania, z pominięciem procedury nowelizacji konstytucji¹⁶¹, to mielibyśmy do czynienia z przekreśleniem sensu zawierania kompromisów konstytucyjnych jako nieodzownego mechanizmu demokratycznego stanowienia prawa: to, co uzgodniono, zapisano i uchwalono w ramach kompromisu, mogłoby w każdej chwili okazać się nieważne w konfrontacji z tym, co chce odczytać z tekstu ustawy zasadniczej interpretator, który w danym momencie uzyskał wpływ na jej stosowanie¹⁶². Ponadto jeżeli głosowanie obywatelskie ma nie być pozorem demokracji, lecz służyć demokratycznej legitymacji konstytucji i sprzyjać utożsamianiu się obywateli z własnym państwem, to jego organy i wspierające go autorytety nie mogą dokonywać reinterpretacji nadającej normie konstytucyjnej sens przeciwny do tego, o jakim miarodajne źródła informowały przed referendum.

Aksjologiczna wielobarwność i wielowątkowość, o której pisał cytowany na wstępie teoretyk prawa, nie może być redukowana do stylu Konstytucji, nad którym interpretator mógłby przechodzić do porządku dziennego. Jest także i przede wszystkim atrybutem jej normatywnej treści. Rolą interpretatora jest możliwie wierne odwzorowanie barw Konstytucji w rezultatach wykładni.

Ustawodawca Rzeczypospolitej w 1932 r. zniósł narzuconą przez zaborców kryminalizację praktyk homoseksualnych. Dokonał tego w czasie, kiedy w wielu krajach demokratycznych nawet nie myślano o położeniu kresu tej opresji. W 1997 r. Zgromadzenie Narodowe i suweren w referendum potwierdzili, że intymne związki homoseksualne są sprawą ściśle prywatną, co zakłada ich ochronę przed bezprawnymi ingerencjami, ale wyklucza prawną instytucjonalizację. Obydwa rozstrzygnięcia to wizytówki rozumnego — tolerancyjnego, powściągliwego i niekoniunkturalnego — stosunku polskiego prawodawcy do problemów mniejszości seksualnych. Niezależnie od przedstawionych racji merytorycznych, warto bronić tego modelu także przez szacunek dla demokracji oraz wzgląd na autorytet Konstytucji i potrzebę unikania nowych konfliktów ideologicznych w jej stosowaniu.

Być może ceną tego będzie pozostanie naszego kraju, przez pewien czas, w ariergardzie przemian prawno-obyczajowych. Doświadczenia mi-

¹⁶¹ Teoretycznie nie można wykluczyć reinterpretacji ustawy zasadniczej poprzedzającej jej formalną zmianę, jeżeli doszło do tak głębokiej i nieodwracalnej zmiany kontekstu społeczno-politycznego, że dotychczasowa wykładnia jest powszechnie postrzegana jako anachroniczna, a przy tym nie jest wykładnią *contra legem*. Taka sytuacja w interesującej nas kwestii nie zachodzi.

¹⁶² Parafrazując myśl czwartego klasyka: nieważne, kto przedkłada i uchwała, ważne, kto potem interpretuje.

nionego stulecia w naszej części Europy podpowiadają jednak, że w marszu ku lepszej przyszłości mogą nieoczekiwanie następować korekty kierunku, a nawet zasadnicze zwroty, dzięki którym ariergarda staje się awangardą. Nie można na przykład wykluczyć, że instytucje zajmujące się standaryzacją praw i obyczajów ponad granicami państw, uporawszy się z problemem parytetu płci w różnych gremiach politycznych i gospodarczych, wezmą kiedyś na tapetę sprawę parytetu płci w związkach zapisywanych w urzędach stanu cywilnego. A wtedy Polska ze swoją instytucją zarejestrowanego związku partnerskiego o staroświeckiej nazwie „małżeństwo” znów będzie wzorem do naśladowania.