

Trybunał Konstytucyjny
Al. J.Ch. Szucha 12a
00-918 Warszawa

Wnioskodawca:

....

Uczestnicy:

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej
Sejm Rzeczypospolitej Polskiej
Prokurator Generalny
Minister Spraw Zagranicznych

WNIOSEK
o stwierdzenie niezgodności umowy międzynarodowej z Konstytucją

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 188 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78 poz. 483 ze zm.; dalej jako: Konstytucja), my niżej podpisani posłowie na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, wnosimy o stwierdzenie, że:

- 1) **art. 3 lit. c Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 961; dalej również jako: Konwencja lub CAHVIO) jest niezgodny z art. 2 oraz art. 18 Konstytucji;**
- 2) **art. 4. ust. 3 Konwencji jest niezgodny z art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji;**
- 3) **art. 4 ust. 4 Konwencji jest niezgodny z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji;**
- 4) **art. 6 Konwencji jest niezgodny z art. 2, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz z art. 33 ust. 1 Konstytucji;**
- 5) **art. 12 ust. 1 Konwencji jest niezgodny z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji;**
- 6) **art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji jest niezgodny z art. 48 ust. 1 oraz z art. 53 ust. 3 Konstytucji.**

UZASADNIENIE

I. Przedmiot zaskarżenia	3
II. Specyfika Konwencji jako aktu prawnego	4
III. Niezgodność art. 3 lit. c Konwencji z art. 2 oraz art. 18 Konstytucji	14
3.1. Treść i wykładnia art. 3 lit. c Konwencji	14
3.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	17
3.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	21
3.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	22
IV. Niezgodność art. 4 ust. 3 Konwencji z art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji	24
4.1. Treść i wykładnia art. 4 ust. 3 Konwencji	24
4.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	26
4.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	30
4.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	31
V. Niezgodność art. 4 ust. 4 Konwencji z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji	34
5.1. Treść i wykładnia art. 4 ust. 4 Konwencji	34
5.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	35
5.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	37
5.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	38
VI. Niezgodność art. 6 Konwencji z art. 2, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz z art. 33 ust. 1 Konstytucji	39
6.1. Treść i wykładnia art. 6 Konwencji	39
6.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	40
6.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	45
6.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	46
VII. Niezgodność art. 12 ust. 1 Konwencji z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji	58
7.1. Treść i wykładnia art. 12. ust. 1 Konwencji	58
7.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	60
7.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	63
7.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	65
VIII. Niezgodność art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji z art. 48 ust. 1 oraz z art. 53 ust. 3 Konstytucji	69
8.1. Treść i wykładnia art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji	70
8.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności	73
8.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności	77
8.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności	77

I. Przedmiot zaskarżenia

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszym wniosku są przepisy Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 961). Kwestionowane unormowania Konwencji kreują zobowiązania dla organów Rzeczypospolitej Polskiej konkurencyjne i jednocześnie niezgodne względem obowiązujących norm Konstytucji RP wskazanych jako wzorce badania konstytucyjności umowy międzynarodowej (art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2, art. 33 ust. 1, art. 48 ust. 1 oraz art. 53 ust. 3 Konstytucji). Chodzi tu o trzy grupy postanowień Konwencji, które kreują niekonstytucyjne zobowiązania Rzeczypospolitej.

Do pierwszej grupy należą postanowienia Konwencji określające jej siatkę pojęciową w sposób niezgodny z systemem wartości konstytucyjnych chronionych przez przepisy Konstytucji powołane w *petitum* wniosku. Do tych unormowań należą art. 3 lit. c oraz art. 4 ust. 3 Konwencji. Postanowienia te redefiniują treść obowiązków Państwa wynikających z art. 2, 18 i 33 ust. 1 Konstytucji narzucając całkowicie różny sposób ich rozumienia, który jednocześnie jest niezgodny z przyjętym na gruncie ustawy zasadniczej.

Do drugiej grupy należą unormowania art. 4 ust. 4 i art. 6 CAHVIO, z których wynikają niekonstytucyjne zobowiązania do kierowania się narzucanym przez Konwencję światopoglądem oraz wyłączających możliwość chronienia przez Rzeczpospolitą praw podstawowych wynikających z art. 32 ust. 2 oraz 33 ust. 1 Konstytucji, jak również wprowadzające stan niepewności co do pojęcia płci.

Do trzeciej grupy należą unormowania art. 12 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji, naruszające zasadę bezstronności światopoglądowej państwa oraz respektowania religijnych i filozoficznych przekonań rodziców w całym programie kształcenia poprzez zobowiązanie Rzeczypospolitej do wdrożenia w całym systemie edukacji, w tym edukacji religijnej i pozaszkolnej treści ściśle wynikających ze światopoglądowych założeń teorii *gender*, oczywiście sprzecznych z przekonaniami znacznej części rodziców.

Wszystkie te unormowania Konwencji tworzą zobowiązania Rzeczypospolitej, które naruszają przepisy obowiązującej Konstytucji.

II. Specyfika Konwencji jako aktu prawnego

Dla ustalenia właściwej treści zobowiązań płynących dla Polski z Konwencji niezbędne jest uwzględnienie jej specyfiki jako aktu prawa międzynarodowego. Jak podkreśla Europejski Trybunał Praw Człowieka¹, musi on być odczytywany zgodnie z powszechnie uznanymi zasadami prawa międzynarodowego, które znajdują wyraz w przepisach Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 23 maja 1969 r.² (dalej: KWPT). Artykuł 31 ust. 1 KWPT stwierdza, że pojęcia używane w umowach międzynarodowych „należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego [traktatu] przedmiotu i celu”. Jak zauważa L. Garlicki, zwyczajne znaczenie ustala się, przede wszystkim przez odniesienie do znaczenia językowego, ale istotną wskazówkę stanowi także określenie tego znaczenia w innych instrumentach prawa międzynarodowego³. Tym niemniej, zwłaszcza w przypadku umów wielostronnych, wyrażenia w nich użyte mogą mieć "charakter autonomiczny", więc ich znaczenie i konsekwencje prawne mogą odbiegać od znaczenia i konsekwencji wyrażen użytych w prawie krajów członkowskich⁴. Dlatego też znaczenie poszczególnych wyrażen winno być ustalane „w świetle ich kontekstu”, jaki tworzy całokształt postanowień Konwencji, łącznie z jej preambułą, a także towarzyszące konwencji dokumenty prawnomiędzynarodowe oraz poprzez nawiązanie do „prawno-międzynarodowego tła” poszczególnych postanowień⁵.

Z tych też względów, właściwe określenie kontekstu normatywnego, w jakim należy odczytywać postanowienia CAHVIO wymaga uwzględnienia przede wszystkim treści dołączonego do niej Raportu Wyjaśniającego (*Explanatory Report*)⁶, który przyjęto wraz z Konwencją. Dokument ten można uznać za sporządzony i przyjęty przez Państwa-Strony, jako że są one reprezentowane w Radzie Europy i w Komitecie Ministrów, który przyjął Raport wraz z tekstem Konwencji. Tym samym, Raport może być uznany za element tzw. kontekstu dalszego lub zewnętrznego, w rozumieniu art. 31

¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 21 lutego 1975 r. w sprawie *Golder v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 4451/70.

² Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

³ L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 25.

⁴ Zob. w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka: *ibidem*.

⁵ Por.: *ibidem*, s. 26.

⁶ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe, Treaty Series – No. 210 (2011).

ust. 2 lit. b Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów⁷. Należą do niego również dokumenty międzynarodowe wymienione w preambule do CAHVIO. Wśród nich szczególną doniosłość ma Konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.⁸ (dalej jako: „CEDAW” lub „konwencja CEDAW”), a zwłaszcza **Zalecenie Ogólne nr 19** oraz **Zalecenie Ogólne nr 25** Komitetu do spraw likwidacji dyskryminacji kobiet w sprawie przemocy wobec kobiet z 1992 r. (zalecenia zwane są dalej „Zaleceniem nr 19” oraz „Zaleceniem nr 25”, komitet monitorujący Konwencję zwany jest dalej skrótem „CEDAW” lub jest określany jako „Komitet CEDAW”).

Konwencja CAHVIO pojmuje przemoc względem kobiet jako zjawisko uwarunkowane przez kategorię rodzaju – ***gender* lub *genre* oddawaną co do zasady w polskim tłumaczeniu Konwencji jako „płeć społeczno-kulturowa”**. Dlatego przemoc względem kobiet została określona w art. 3 lit. a Konwencji jako *gender-based violence*, którą to kategorię w art. 3 lit. d zdefiniowano jako „przemoc skierowaną przeciwko kobiecie, ponieważ jest kobietą lub która dotyka kobiety w nieproporcjonalnie większym stopniu”. Na gruncie koncepcji *gender-based violence*, bycie kobietą (a konkretnie bycie „rodzaju kobiecego” czyli, w świetle definicji z art. 3 lit. c, podejmowanie społecznie skonstruowanych ról działań, zachowań lub atrybutów, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet) ma być czynnikiem generującym przemoc.

Dotychczasowe prace powołanej na mocy art. 66 ust. 1 Konwencji Grupy ekspertów ds. przeciwdziałania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (tzw. **GREVIO**) pozwalają stwierdzić, że konsekwentnie uznaje ona za **główne źródła (*root causes*) przemocy** wobec kobiet „posługiwanie się stereotypami genderowymi” (*gender stereotyping*), „tradycje szkodliwe dla kobiet” (*traditions harmful to women*) i „powszechne przejawy nierówności ze względu na *gender*” (*general manifestations of gender inequality*)⁹.

⁷ Zob. C. Mik, *Wykładnia prawa międzynarodowego* [w:] *Interpretacja prawa międzynarodowego i unijnego w sprawach karnych*, red. L. Gardocki, J. Gołdyń, M. Hudzik i L.K. Paprzycki, Warszawa 2006, s. 43. W doktrynie prawa międzynarodowego nie ma jednak jednoznacznego poglądu w tej materii - zob. R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford 2008, s. 108, 185, 347.

⁸ Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 71.

⁹ GREVIO, *Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*, Strasbourg 2017, s. 10 – dostępny pod adresem internetowym: <https://rm.coe.int/grevio-first-baseline-report-on-denmark/16807688ae> (dostęp: 28 grudnia 2018 r.).

Sama obecna w Konwencji CAHVIO koncepcja *gender-based violence* została wprowadzona przez Komitet CEDAW w wymienionym powyżej Zaleceniu Ogólnym nr 19, w którym wyrażono oczekiwanie (par. 5 Zalecenia Ogólnego nr 19), by Strony w swoich sprawozdaniach okresowych, jako formę dyskryminacji ze względu na płeć (*sex*), o której mowa w art. 1 CEDAW, uwzględniały też przemoc ze względu na *gender* (*gender-based violence*). Konwencja CAHVIO powtarza definicję *gender-based violence* zawartą w tej rekomendacji i w tym kontekście można ją uznać za oficjalną autoryzację daleko idącego rozszerzenia znaczeniowego pojęcia „dyskryminacji ze względu na płeć”, którym operuje Konwencja CEDAW, a którego komitet monitorujący tę konwencję dokonał *de facto*, mimo braku w tej mierze kompetencji nadanych mu przez Strony CEDAW¹⁰.

Pojęcie *gender* zaczęło się pojawiać w dokumentach ONZ na początku lat dziewięćdziesiątych, dopiero jednak w **Zaleceniu Ogólnym CEDAW nr 28** z roku 2010, komitet ten, znowu bez stosownego prawnomiędzynarodowego umocowania, orzekł (**par. 5 Zalecenia Ogólnego CEDAW nr 28/2010**), że obecnemu w konwencji CEDAW terminowi płeć (*sex*) należy nadawać również znaczenie rodzaju (*gender*). Jednocześnie, **zawarta w tym zaleceniu definicja *gender* wyraźnie manifestuje swój charakter jako kategorii semantycznej silnie nacechowanej politycznie i ideologicznie. W świetle tej definicji, *gender* ma oznaczać społecznie skonstruowane tożsamości, atrybuty i role mężczyzn i kobiet oraz społeczne i kulturowe znaczenie przypisywane biologicznym różnicom między płciami, które skutkują w hierarchicznych relacjach między kobietami i mężczyznami oraz w takim ułożeniu władzy i praw, które ma faworyzować mężczyzn i defaworyzować kobiety**¹¹.

Teza ta powtarza się w innych dokumentach GREVIO – przykładowo: GREVIO, *Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*. Austria, Strasbourg 2017, s. 9 – dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/grevio-report-austria-1st-evaluation/1680759619> (dostęp: 28 grudnia 2018 r.).

¹⁰ Na uwagę zasługuje okoliczność, że Komitet CEDAW dokonał tego przekraczając zakres przyznanych mu uprawnień, istotnie poszerzył bowiem rozumienie pojęcia „dyskryminacja”, które zawarto w art. 1 CEDAW. Dokonał tego poprzez włączenie do jego zakresu koncepcji *gender-based violence*, która stanowi pojęcie centralne dla zaskarżonej Konwencji CAHVIO. Tak rażąco poszerzająca wykładnia postanowień Konwencji CEDAW miała miejsce pomimo faktu, że konwencja ONZ CEDAW nie operuje w swoim tekście w ogóle pojęciem „rodzaju” (*gender*). Komitet CEDAW nie posiada bowiem w ogóle kompetencji do zmieniania treści traktatu, na podstawie którego został powołany, ustanawiania w nim nowych przepisów (nom) ani reinterpretowania już istniejących, dokonywania wykładni legalnej (wiążącej) któregośkolwiek przepisu Konwencji CEDAW czy wydawania wiążących sugestii, zaleceń albo komentarzy ogólnych lub inaczej nazwanych dokumentów.

¹¹ Punkt 5. General recommendation No. 28: “[S]ocially constructed identities, attributes and roles for women and men and society’s social and cultural meaning for these biological differences resulting in

Tym samym kategoria *gender*, w znaczeniu jakie nadaje się jej w międzynarodowych strukturach biurokratycznych składających się na system instytucjonalny ONZ, ma silnie polityczne i ideologiczne zabarwienie i w dużej mierze symbolizować ma społeczno-polityczną opresję oraz marginalizację kobiet. **Gender, jako ugruntowane społeczno-kulturowe wzorce zachowań mężczyzn i kobiet, ma stanowić oceniany negatywnie w CAHVIO format życia społecznego służący *de facto* podporządkowaniu i dyskryminowaniu kobiet**¹². Dlatego też *gender-based violence* jest uznawana za formę dyskryminacji. *Gender* w tym kontekście nie jest bynajmniej kategorią analityczną i mającą obiektywne uzasadnienie, ale jest to kategoria politycznie i ideologicznie zaangażowana, wyrażająca społeczno-polityczną perspektywę światopoglądową, w myśl której wszystkie społeczeństwa w procesie swego normalnego funkcjonowania w sposób samorzutny muszą kreować społeczno-kulturowe struktury dyskryminujące i uciskające kobiety.

Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i przeciwdziałaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej wyraźnie nawiązuje do tej perspektywy światopoglądowej. Wyraźnie dostrzec można ją już w dokumentach Rady Europy poprzedzających podjęcie prac nad Konwencją CAHVIO. W raporcie poświęconym *gender mainstreaming* napisano, że ***gender to nie tylko społecznie skonstruowane definicje kobiety i mężczyzny, ale również społecznie skonstruowana definicja relacji pomiędzy płciami, obejmująca nierówną siłę stron z jednoczesną dominacją mężczyzn i podporządkowaniem kobiet w większości sfer życia***¹³. Konwencja wyraźnie nawiązuje do tej

hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favouring men and disadvantaging women.”

¹² Preambuła Konwencji (akapit 8) daje wyraz przekonaniu, że *przemoc wobec kobiet jest manifestacją nierównego stosunku sił pomiędzy kobietami a mężczyznami na przestrzeni wieków, który doprowadził do dominacji mężczyzn nad kobietami (...)*.

¹³ Gender mainstreaming: Conceptual framework, methodology and presentation of good practices. Final report of activities of the Group of Specialists on Mainstreaming (EG-S-MS), Strasbourg: Directorate General of Human Rights 2004, s. 8: „Gender is not only a socially constructed definition of women and men, it is a socially constructed definition of the relationship between the sexes. This construction contains an unequal power relationship with male domination and female subordination in most spheres of life”.

Należy pamiętać, że sama koncepcja społecznej konstrukcji (*social construction*) zakłada całkowite oderwanie od biologicznego determinizmu ról powstałych w drodze społecznej konstrukcji, tym samym obejmuje ideologiczne motywowane założenie o możliwości wyzwolenia się spod sztucznie wytworzonych ról społecznych (w tym męskich i żeńskich), co stanowi warunek *sine qua non* usunięcia męskiej przemocy wobec kobiet, stanowiącej – jak wskazano – bezwzględny składnik wyłącznie społecznej konstrukcji ról męskich i żeńskich. Naturalnie postulowanym działaniem staje się wobec tego wykorzystanie struktur władzy publicznej do usunięcia wszelkiej męskiej przemocy wobec kobiet, do czego konieczne jest wykorzystanie daleko idących narzędzi społecznej inżynierii w celu wyeliminowania społecznie skonstruowanych struktur przemocy – w szczególności wszelkich prawnie uznanych różnic

światopoglądowej perspektywy w Preambule, w której czytamy, że przemoc względem kobiet ma być przejawem nierównych stosunków władzy między kobietami i mężczyznami (akapit 8) oraz ma być uwarunkowana przez *gender* (*gender-based violence*) stanowiąc jeden z podstawowych mechanizmów dominacji mężczyzn nad kobietami (akapit 9)¹⁴. Również w Preambule wyraźnie nawiązuje się do Konwencji CEDAW i Ogólnego Zalecenia nr 19 Komitetu monitorującego przestrzeganie tej Konwencji.

W definicji pojęcia „płci społeczno-kulturowej” (*gender*), którą zawiera sam tekst CAHVIO (art. 3 lit. c Konwencji), ostatecznie nie zawarto żadnego odniesienia do biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości. W efekcie pojęcie *gender* zdefiniowano jako „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”. Tym samym, na gruncie Konwencji, bycie kobietą lub mężczyzną oznacza podejmowanie zachowań, działań lub posługiwanie się atrybutami, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla mężczyzn lub kobiet.

System pojęciowy Konwencji akceptuje zatem w pełni oba aspekty ideologicznego pojęcia *gender* (o czym była mowa powyżej). Naturalną konsekwencją tych ideologicznych założeń jest sformułowanie, adresowanego do władz publicznych, postulatu usunięcia wszelkiej „męskiej przemocy wobec kobiet” poprzez wykorzystanie daleko idących narzędzi społecznej inżynierii (systemu kar, systemu edukacji, stosownych rozwiązań w zakresie prawa rodzinnego i cywilnego) w celu wyeliminowania „społecznie skonstruowanych struktur przemocy”, za które uznaje się **wszelkich potwierdzone prawem różnice stanowiące konsekwencje biologicznej odmienności kobiet i mężczyzn** (określone w art. 12 ust. 1 Konwencji jako uprzedzenia, zwyczaje, tradycje i inne praktyki oparte na idei niższości kobiet lub na stereotypowym modelu roli kobiet i mężczyzn).

stanowiących konsekwencję biologicznej odmienności kobiet i mężczyzn. O czym będzie jeszcze mowa w dalszej części wniosku, pogląd ten stanowi założenie o charakterze ideologicznym, niepotwierdzone społecznie i empirycznie, sprzeczne zarazem nie tylko z afirmowanymi ustrojowo wartościami rodziny, macierzyństwa i małżeństwa jako związku mężczyzny z kobietą, ale również znajdujące zaprzeczenie w zbadanych skutkach wdrażania inżynierii społecznej w duchu *gender* w poszczególnych krajach naszego kręgu kulturowego.

¹⁴ Preambuła CAHVIO wskazuje „uznając, że przemoc wobec kobiet jest przejawem nierównych stosunków władzy między kobietami a mężczyznami na przestrzeni wieków, które doprowadziły do dominacji mężczyzn nad kobietami i dyskryminacji kobiet, a także uniemożliwiły pełen rozwój kobiet, ” oraz „uznając strukturalny charakter przemocy wobec kobiet jako przemocy ze względu na płeć oraz fakt, że przemoc wobec kobiet stanowi jeden z podstawowych mechanizmów społecznych poprzez który kobiety są spychane na podległą pozycję względem mężczyzn”.

Należy zauważyć, że pierwotny projekt Konwencji uznawał światopoglądowy charakter perspektywy *gender* operując pojęciem „genderowego rozumienia przemocy wobec kobiet”¹⁵.

Jak już wskazano, przyjęta w art. 3 lit. c Konwencji definicja pomija całkowicie aspekt biologiczny ludzkiej płciowości. Koresponduje to z treścią art. 4 ust. 3 Konwencji, stwierdzającego, że Konwencja ma być stosowana w sposób nieróżnicujący ze względu na m.in. płeć biologiczną (ang. *sex*). Przepis ten jest jedynym unormowaniem Konwencji odwołującym się do biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości – wskazując, że nie może być to element różnicujący sposób stosowania Konwencji. Innymi słowy, **doniosłość biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości jest na gruncie Konwencji mocno ograniczona (a praktycznie ma zostać poddana anihilacji prawnej)**.

Konwencja w art. 2 ust. 1, wprost nawiązując do treści Ogólnego Zalecenia nr 19 Komitetu CEDAW stwierdza, że stosuje się ją do aktów przemocy **wobec kobiet**, „**w tym**” do przemocy domowej, gdyż ta również stanowi *gender-based violence* dotycząc kobiety „w nieproporcjonalnie większym stopniu”. Nie pozostawia co do tego złudzeń 36 punkt oficjalnego Raportu Wyjaśniającego, w którym czytamy, że Konwencja **koncentruje się na przemocy wobec kobiet**, która obejmuje przemoc domową wobec kobiet¹⁶. Znajdująca się w ust. 2, niewiążąca zachęta do stosowania rozwiązań konwencyjnych do wszystkich ofiar przemocy domowej nie ma więc *sensu stricto* doniosłości normatywnej i jest wyłącznie zwrotem retorycznym. Wniosek ten znajduje również potwierdzenie w raporcie wyjaśniającym, który w kolejnym punkcie (37) wyjaśnia, że niezależnie od tej niewiążącej zachęty, w centrum działań mających na celu wdrożenie Konwencji musi znajdować się genderowo warunkowana przemoc względem kobiet, której jednym z przejawów jest przemoc domowa¹⁷.

W związku z powyższym należy przyjąć, że uregulowania Konwencji chroniące ofiary przemocy dotyczą jedynie osób podejmujących zachowania, działania lub

¹⁵ Wedle projektu Konwencji opublikowanego 15 października 2009 r. druk CAHVIO (2009) 32 prov, art. 2 Konwencji zawierać miał definicję „*genderowego rozumienia*” przemocy jako przemocy wobec kobiet i przemocy domowej ujmowanych w kontekście nierówności pomiędzy kobietami a mężczyznami i męskiej dyskryminacji wobec kobiet (“*a gendered understanding*” of violence against women and domestic violence shall mean addressing it in the context of inequality between women and men and discrimination against women) Szerzej na ten temat J. Banasiuk, [red.] et al., *Czy Polska powinna ratyfikować Konwencję Rady Europy o zwalczaniu i przeciwdziałaniu przemocy względem kobiet I przemocy domowej. Raport Instytutu Ordo Iuris*, Warszawa 2014, s. 26-27.

¹⁶ “Paragraph 1 states that the focus of this Convention is on all forms of violence against women which includes domestic violence committed against women.”

¹⁷ “[G]ender-based violence against women, in its various manifestations, one of which is domestic violence, must lie at the heart of all measures taken in implementation of the Convention”.

posługujących się atrybutami, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet. **Podejmowanie się tych ról, zachowań lub posługiwanie się atrybutami, czyli przyjmowanie kobiecego rodzaju (*gender*), ma być przyczyną doznawania przemocy.** Różnice między różnymi *genders* (rodzajami/płciami społeczno-kulturowymi), czyli różnice w sposobie wyrażania się męskości i kobiecości w wymiarze społeczno-kulturowym (różnice w społecznych rolach, działaniach, atrybutach), mają zatem być w świetle konwencyjnych założeń wyrazem istnienia nierówności społecznych prowadzących do dyskryminacji i będących przyczyną przemocy w życiu społecznym.

Tym samym, różnice wynikające z *gender* mają być przyczyną dyskryminacji, a przemoc wobec kobiet winna być postrzegana jako jej wyraz (art. 3 lit. a Konwencji stanowi, że dla celów Konwencji „«przemoc wobec kobiet» rozumie się jako naruszenie praw człowieka i formę dyskryminacji kobiet...”). Dlatego też w preambule Konwencji uznaje się, że „wdrożenie *de jure* i *de facto* równości kobiet i mężczyzn ma zasadnicze znaczenie dla zapobiegania przemocy wobec kobiet”. Głównym zatem sposobem zapobiegania przemocy względem kobiet ma być likwidacja nierówności społecznych, generowanych przez społecznie skonstruowane wzorce zachowań mężczyzn i kobiet, czyli **likwidacja różnic w społeczno-kulturowym sposobie wyrażania się męskości i kobiecości.**

W świetle ideologicznych założeń Konwencji, funkcjonujące w życiu społecznym normy kulturowe rozróżniające między męskimi i kobiecymi sposobami zachowania się, stanowią „stereotypowe role mężczyzn i kobiet”, czyli stereotypy związane z *gender* (*gender stereotypes*). Ich funkcjonowanie jest bezpośrednią przyczyną nierówności społecznych, a w dalszej kolejności dyskryminacji i wreszcie, warunkowanej przez *gender* (*gender-based*), przemocy. Z tego też względu, pierwszoplanowym, ogólnym obowiązkiem Państw-Stron Konwencji, w zakresie zapobiegania przemocy rozumianej w ten sposób (rozdz. III Konwencji), jest promowanie zmiany „społecznych i kulturowych wzorców zachowań kobiet i mężczyzn w celu wykorzenia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn” (art. 12 ust. 1 Konwencji). Jedyne bliższe określenie pojęcia „stereotypu”, które konweniuje z niniejszym kontekstem, odnaleźć można w dokumentach komitetu CEDAW i pochodzi ono z przypisu do Zalecenia Ogólnego CEDAW nr 25 (2004), w którym wyjaśnia się, że „**stereotypowe oczekiwania,**

podejścia lub zachowania adresowane do kobiet, bazują na biologicznych różnicach między kobietami i mężczyznami¹⁸. Mimo formalnie niewiążącego charakteru tego określenia, zważywszy na daleko idącą zależność między treścią Zaleceń Ogólnych Komitetu CEDAW i treścią CAHVIO, należy wyciągnąć stąd wniosek, że „stereotypy genderowe” lub „stereotypowe role kobiet i mężczyzn” oznaczają zróżnicowanie w społecznym sposobie wyrażania się biologicznych różnic między kobietami i mężczyznami. W konsekwencji zobowiązanie do wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn oznaczać będzie zatem zobowiązanie do aktywnego przeciwdziałania wszelkiemu zróżnicowaniu mającemu miejsce na podstawie różnic biologicznych płci (choć proces ten może być rozłożony w czasie), co stoi w oczywistej sprzeczności z przypisywaniem biologicznej płci konsekwencji prawnych w zakresie prawa rodzinnego (definicja małżeństwa odwołująca się do różnic płci) jak i w zakresie prawnej ochrony macierzyństwa i rodziny.

Niezależnie od treści KWPT, Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie powoływał się na treść preambuły aktu normatywnego, dokonując wykładni przepisów w świetle postanowień wstępu¹⁹. Stąd też treść preambuły Konwencji ma istotne znaczenie dla ustalenia treści normatywnej zaskarżonych przepisów Konwencji. **Preambuła Konwencji wskazuje, że „przemoc wobec kobiet jest przejawem nierównych stosunków władzy między kobietami a mężczyznami na przestrzeni wieków, które doprowadziły do dominacji mężczyzn nad kobietami i dyskryminacji kobiet, a także uniemożliwiły pełen rozwój kobiet”.** Preambuła jednocześnie proklamuje **„strukturalny charakter przemocy wobec kobiet jako przemocy ze względu na płeć”** uznając, że jako taka **„stanowi jeden z podstawowych mechanizmów społecznych poprzez który kobiety są spychane na podległą pozycję względem mężczyzn”.** Tym samym, Konwencja wychodzi z założenia, że kulturowy sposób wyrażania się kobiecości w życiu społecznym (istnienie genderowych różnic między kobietami i mężczyznami) wyraża ideę niższości kobiet i stanowi przyczynę przemocy. Z

¹⁸ General Recommendation No. 25 – 13 session, 2004; note 1 ad para. 7 „... *stereotypical expectations, attitudes and behaviour directed towards women which are based on the biological differences between women and men*” – dokument w całości dostępny pod adresem internetowym: [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) (dostęp: 20 grudnia 2018 r.).

¹⁹ Zob. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 11 maja 2005, sygn. akt K 18/04, OTK-A 2005/5/49 oraz z 11 maja 2007, sygn. akt K 2/07; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 25 października 2011 r., sygn. akt K 36/09.

tego też względu, zobowiązanie Państwa-Strony z art. 12 ust. 1 Konwencji należy w tym kontekście uznać za zobowiązanie do zmiany istniejących społecznych i kulturowych wzorców zachowań kobiet i mężczyzn. Chodzi tym samym o **zobowiązanie się do prowadzenia przez państwo inżynierii społecznej** (działań niezbędnych, by promować zmianę społecznych i kulturowych wzorców zachowań kobiet i mężczyzn w celu wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk) pod dyktando ideologicznych założeń, którym daje wyraz Konwencja.

Opierając się na błędnych, zideologizowanych przesłankach, Konwencja najprawdopodobniej nie przyczyni się do poprawy sytuacji kobiet, będących ofiarami przemocy. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że **badania empiryczne jednoznacznie wskazują, że przyczyn przemocy domowej dopatrywać się należy w dekompozycji więzi rodzinnych i tradycyjnych wartości społecznych**²⁰. Badania prowadzone przez amerykański Departament Sprawiedliwości w latach 1993-2010 dowodzą, że kobiety pozostające w związkach pozamałżeńskich stają się statystycznie częściej ofiarami przemocy ze strony swoich partnerów. W 2010 r. **przemoc ze strony partnera występowała w USA czterokrotnie częściej w przypadku kobiet niezamężnych niż w przypadku mężatek**. W odniesieniu do gospodarstw domowych z dziećmi ta różnica była jeszcze bardziej ewidentna – **przemoc ze strony partnera występowała wobec kobiet niezamężnych ponad 12-krotnie częściej**²¹.

Z Czwartego Narodowego Badania nt. Przemocy i Zaniedbań wobec Dzieci (*Fourth National Incidence Study of Child Abuse and Neglect* – NIS 4) wynika z kolei, że **26,2 na 1000 dzieci doświadczających przemocy fizycznej pozostaje pod opieką rodzica biologicznego oraz jego partnera, natomiast w przypadku dzieci pozostających pod opieką rodziców, będących małżonkami współczynnik ten wynosi 2,5 na 1000, czyli ponad 10 razy mniej**²². Z powyższego można wyprowadzić wniosek, że silne więzi rodzinne oraz umacnianie roli małżeństwa w życiu społecznym prowadzić powinno do ograniczenia zjawiska przemocy względem kobiet. Wśród innych przyczyn

²⁰ W tym względzie zob. przede wszystkim: R. Kielmans-Ratyńska, K. Walinowicz, T. Zych [red.], *Dlaczego potrzebujemy konwencji o prawach rodziny?*, Warszawa 2018, s. 1 i n. – opracowanie dostępne pod adresem internetowym: https://ordoiuris.pl/pliki/dokumenty/broszura_PL.pdf (dostęp: 28 grudnia 2018 r.).

²¹ U.S. Department of Justice: S. Catalano, *Intimate Partner Violence, 1993–2010*, U.S. Department of Justice, 2012 (revised 2015), s. 2 – opracowanie dostępne w całości pod adresem internetowym: <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/ipv9310.pdf> (dostęp: 28 grudnia 2018 r.).

²² Dane cyt. za: R. Kielmans-Ratyńska, K. Walinowicz, T. Zych [red.], *op. cit.*, s. 4. Witryna zawierająca wyniki z badania NIS 4: <https://www.nis4.org/index.htm> (dostęp: 28 grudnia 2018 r.).

przemocy względem kobiet – jak i przemocy w jakimkolwiek innym wymiarze – wymienić trzeba **uzależnienia od alkoholu, środków psychoaktywnych, nadmierną seksualizację i uprzedmiotowienie kobiet**²³. Problemy te zostały jednak skrętnie pominięte przez autorów Konwencji. Postanowili oni uczynić z niej manifest ideologiczny, który poprzez sankcję prawną przyczyni się do dekompozycji tradycyjnych więzi społecznych i rodzinnych, deprecjonując ludzką płciowość i narzucając jej ideologiczną wizję pozostającą w zupełnym oderwaniu od obiektywnych, biologicznych i naturalnych podstaw i opierająca się na założeniach pseudonaukowych, empirycznie nieweryfikowalnych lub zweryfikowanych negatywnie.

III. Niezgodność art. 3 lit. c Konwencji z art. 2 oraz art. 18 Konstytucji

3.1. Treść i wykładnia art. 3 lit. c Konwencji

Art. 3 lit. c Konwencji zawiera definicję płci społeczno-kulturowej (ang. *gender*, fr. *genre*), sporządzoną dla celów Konwencji. Zgodnie z tym przepisem „«płeć społeczno-kulturowa» oznacza społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn” (ang. „«gender» shall mean the socially constructed roles, behaviours, activities and attributes that a given society considers appropriate for women and men”, fr. „le terme « genre » désigne les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu’une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes”).

Konwencja wprowadza tym samym do prawa międzynarodowego, a w dalszej kolejności również do krajowych porządków normatywnych, nowe, bardzo radykalne rozumienie pojęcia rodzaju (*gender*). Pomimo cytowanego wcześniej, lecz pozbawionego charakteru normy prawa międzynarodowego, Zalecenia Ogólnego nr 19 Komitetu CEDAW, tak radykalnie nacechowane światopoglądowo rozumienie pojęcia *gender* do tej pory było konsekwentnie odrzucane na forum międzynarodowym. Pierwszy raz, w wiążącym akcie prawa międzynarodowego, termin *gender* pojawił się w dokumencie Kończącym Czwartej Światowej Konferencji ONZ poświęconej kobietom w Pekinie w 1995 r. Termin ten wprowadzono w atmosferze olbrzymich kontrowersji. W

²³ R. Kielmans-Ratyńska, K. Walinowicz, T. Zych [red.], *op. cit.*, s. 5; J. Banasiuk [red.] et al., *op. cit.*, s. 29-30.

związku z tym, pod wpływem nalegań dużej grupy Państw Członkowskich ONZ, Przewodniczący Konferencji wyraźnie zaznaczył, że „słowo *gender* zostało użyte w jego powszechnym, zrozumiałym i generalnie akceptowalnym znaczeniu”. Odnosząc to do pokonferencyjnego dokumentu należy uznać, że termin „*gender*” w nim użyty odnosił się do „kobiety” i „mężczyzny”, co stanowi jego powszechnie akceptowane użycie. W powyższym stanowisku, podkreślono również, że „nie zamierzano nadać nowego znaczenia temu terminowi, które różniłoby się od powszechnie akceptowanego”²⁴.

Jedyną wiążącą Państwa-Strony definicję terminu *gender* zawiera Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego stanowiący, że odnosi się on do płci męskiej i żeńskiej z uwzględnieniem kontekstu społecznego. Sformułowanie to „nie narzuca żadnego różnego rozumienia pojęcia *gender* od wskazanego powyżej”. W tym kontekście definicja zawarta w art. 3 lit. c CAHVIO stanowi istotne *novum*. Twórcy Konwencji, w punkcie 43 Raportu Wyjaśniającego wyraźnie zaznaczyli, że pojęcie rodzaju (*gender*), które zdefiniowano w art. 3 lit. c nie jest pojmowane jako pojęcie mogące zastępować pojęcia „kobieta” i „mężczyzna”²⁵. Tym samym podkreślono konieczność wykładania tego pojęcia w świetle przywołanych w Preambule i art. 3 lit. c ideologicznych założeń.

Istotnym jest również fakt, że językami autentycznymi Konwencji są angielski oraz francuski. Zgodnie z art. 33 ust. 2 KWPT „Wersja traktatu w języku innym niż jeden z tych, w których tekst został ustalony jako autentyczny, będzie uważana za autentyczną tylko wówczas, gdy traktat tak postanawia lub strony tak uzgodnią”. Oznacza to, że z punktu widzenia prawa międzynarodowego ocena stopnia wdrażania Konwencji przez Państwa-Strony dokonywana będzie z uwzględnieniem tekstu angielskiego oraz francuskiego CAHVIO. Jak wiadomo, tekst angielski nieomal zupełnie abstrahuje od pojęcia płci biologicznej (termin „*sex*” rozumiany jako „płeć biologiczna” pojawia się jedynie w art. 4 ust. 3 Konwencji). To samo stwierdzić można o wersji francuskiej (termin „*le sexe*” pojawia się również jedynie w art. 4 ust. 3 CAHVIO). Polska wersja językowa jest zatem zupełnie niekompatybilna z autentycznymi wersjami językowymi Konwencji.

Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że termin *gender/genre* występuje w szeregu postanowień Konwencji (art. 2 ust. 2; art. 3 lit. c; art. 4 ust. 3; art. 6; art. 14; art. 18; art.

²⁴ Report of the Fourth World Conference on Women Beijing, 4-15 September 1995, Statement by the President of the Conference on the commonly understood meaning of the term "gender", 2-3, A/CONF.177/20/Rev.1

²⁵ Expl.Rep. pkt 43 *in fine*: „...The term “gender” under this definition is not intended as a replacement for the terms “women” and “men” used in the Convention”.

49 ust. 2; art. 60 ust. 2 i 3) i używany jest w różnych konstelacjach: *gender equality* (w Preambule Konwencji – jednakże w języku francuskim mowa o płci biologicznej: *égalité entre les femmes et les hommes*), *gender-based violence/violence fondée sur le genre* (Preambuła oraz art. 2, 3, 4 oraz 14 CAHVIO), *gender identity/l'identité de genre* (art. 4 ust. 3 CAHVIO), *gender-sensitive policies/ politiques sensibles au genre* (art. 6 CAHVIO), *gender perspective/perspective de genre* (art. 6 CAHVIO), *non-stereotyped gender roles/les rôles non stéréotypés des genres* (art. 14 CAHVIO), *gendered understanding of violence/compréhension fondée sur le genre de la violence* (art. 18, art. 49 ust. 2 CAHVIO), *gender-based asylum claims/demandes d'asile fondées sur le genre* (art. 60 CAHVIO), *gender-sensitive interpretation/interprétation sensible au genre* (art. 60 ust. 2 CAHVIO), *gender-sensitive reception procedures/procédures d'accueil sensibles au genre* (art. 60 ust. 3 CAHVIO)²⁶.

Oznacza to, że wszystkie wskazane postanowienia – w zakresie, w jakim odnoszą się do pojęcia *gender* – powinny być interpretowane z uwzględnieniem definicji zawartej w art. 3 lit. c Konwencji. Tymczasem w polskiej wersji językowej pojęcie płci społeczno-kulturowej nie zawiera się w ogóle w definicji przemocy wobec kobiet, która zgodnie z art. 3 lit. a oznacza naruszenie praw człowieka oraz formę dyskryminacji kobiet, w tym **wszelkie akty przemocy ze względu na płeć**, które prowadzą lub mogą prowadzić do fizycznej, seksualnej, psychologicznej lub ekonomicznej szkody lub cierpienia kobiet, w tym również groźby takich aktów, sytuacje przymusu lub arbitralnego pozbawienia wolności, zarówno w życiu publicznym, jak i prywatnym. W wersji anglo- oraz francuskojęzycznej mowa jest jednak **nie o aktach przemocy ze względu na płeć, a ze względu na – jak należałoby to sformułować za tłumaczeniem tekstu na język polski – płeć społeczno-kulturową (gender-based violence)**. Stawia to pod znakiem zapytania możliwość prawidłowej realizacji przez Rzeczpospolitą Polską wynikających z Konwencji obowiązków, bowiem samo kluczowe pojęcie „przemocy wobec kobiet” jest zdefiniowane odmiennie w polskim tłumaczeniu CAHVIO oraz w tekstach autentycznych.

W związku z powyższym **nie wiadomo, kto miałby być beneficjentem Konwencji**. Z definicji „płci społeczno-kulturowej” wynikałoby, że nie są nią kobiety (osoby płci żeńskiej zgodnie z kariotypem), a **osoby, które przyjmują społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo**

²⁶ Ogółem termin *gender* pojawia się w anglojęzycznej wersji Konwencji 25 razy.

uznaje za odpowiednie dla kobiet. Chodzi zatem o bliżej niesprecyzowany i podlegający potencjalnie permanentnemu i arbitralnemu redefiniowaniu krąg osób uznawanych przez Konwencję za szczególnie zagrożone przemocą ze względu na obowiązywanie społecznie skonstruowanych wzorców postępowania (*gender*), z którymi zachowania tych osób konwenują. Tym samym należy przyjąć, że pojęcie „kobieta” na gruncie Konwencji istotnie różni się w swej zawartości semantycznej od zwykłego znaczenia tego słowa, używanego także przez ustrojodawcę. W konsekwencji Konwencję trudno traktować jako instrument zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć i osiąganie równouprawnienia kobiet i mężczyzn w znaczeniu, jakie kategorie te posiadają na gruncie polskiej Konstytucji.

Sama sformułowana w art. 3 lit. c Konwencji definicja zawiera w swojej treści zwroty o bliżej nieokreślonym znaczeniu, jak „społecznie skonstruowane role” czy „atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”. Jest ona zatem sformułowana w sposób wadliwy, tłumacząc *ignotum per ignotum*, a zatem rozumienie jednego zwrotu niedookreślonego (płeć społeczno-kulturowa), tłumaczone jest z użyciem innych zwrotów niedookreślonych²⁷.

3.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

Zaskarżając art. 3 lit. c Konwencji jako wzorce kontroli wskazano art. 2 oraz art. 18 Konstytucji. Zgodnie z pierwszym z powołanych przepisów „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Przepis ten statuuje zatem zasadę demokratycznego państwa prawnego, z której wyprowadzić można dalsze, bardziej szczegółowe zasady²⁸. Do zasad tych z całą pewnością zaliczyć można **zasadę pewności i określoności prawa**²⁹. Odnośnie do tej zasady – jako elementu składającego się na standard demokratycznego państwa prawnego – Trybunał Konstytucyjny wskazał: „Jednym z istotniejszych [jego elementów – uwaga Wnioskodawcy] jest zasada przyzwoitej

²⁷ Zob. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2007, s. 52.

²⁸ W wyroku z 15 lutego 2005 r., sygn. akt K 48/04, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: „Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynikają daleko idące konsekwencje, zarówno gdy chodzi o same wymagania co do techniki legislacyjnej (zasada przyzwoitej legislacji, określoności przepisów), jak i co do bezpieczeństwa prawnego (zasada ochrony zaufania do państwa i prawa, zasada ochrony praw nabytych)” (pkt III.3).

²⁹ Zob. P. Tuleja, komentarz do art. 2, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, nb. 19.

legislacji, w tym – wymaganie określoności przepisów, które «muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny» (L. Garlicki, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Przegląd Sejmowy, 1999, nr 6, s. 124). Od razu trzeba podkreślić, że standard ten wymagany jest «zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności oraz o sytuacje, gdy istnieje możliwość stosowania sankcji wobec obywatela» (jak wyżej)³⁰.

Jak zauważa się w literaturze przedmiotu: „Pewność prawa w europejskim kręgu kulturowym jest postrzegana jako istotna wartość, stanowiąca podstawę porządków prawnych budowanych w oparciu o zasadę państwa prawnego”³¹. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zauważono z kolei, że: „Kierując się tą zasadą [tj. zasadą określoności – przyp. Wnioskodawcy] Trybunał Konstytucyjny reprezentuje stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw (art. 31 ust. 3 zd. pierwsze Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego”³². W tym kontekście zasada pewności (określoności) prawa może być również określana mianem zasady jednoznaczności, mieszcząc się w ogólnym wymogu poprawnej legislacji³³.

Z zasady tej wyprowadzić należy po pierwsze wymóg, by przepisy prawa skonstruowane były **w sposób poprawny logicznie i językowo**³⁴. Jeżeli wymóg ten jest spełniony, wówczas należy zweryfikować, **czy użyte w danym przepisie terminy i sformułowania są na tyle precyzyjne, że możliwe jest ustalenie ich desygnatów**. Ma to istotne znaczenie, bowiem „ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki”³⁵.

Bez większych wątpliwości przyjąć można, że użyte przez prawodawcę sformułowania muszą być zrozumiałe w określonym kontekście prawnym, który obejmuje nie tylko dany akt normatywny, ale uwzględnia wszystkie te gałęzie prawa

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99, pkt. III.1.

³¹ J. Zegarlicki, *Pewność prawa jako istotna wartość państwa prawnego*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” t. 6, nr 2 (2017), s. 151.

³² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2002 r., K 6/02, pkt III.3.2.

³³ P. Tuleja, *op. cit.*, nb. 27.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22 maja 2002 r., K 6/02, pkt III.3.2.

(wszystkie zespoły norm prawnych), dla których wprowadzenie określonego terminu może wiązać się z ukształtowaniem sytuacji prawnej jednostki – tj. sfery jej praw i obowiązków. Dotyczy to przede wszystkim aktów prawnych stojących niżej w hierarchii źródeł prawa określonych konstytucyjnie.

Przechodząc do drugiego z powołanych wzorców kontroli, na wstępie zauważyć należy, że **art. 18 Konstytucji** stanowi: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”.

Przepis ten formułuje istotne wartości związane z pojęciem rodziny, wskazując tym samym na określoną aksjologię, w zgodzie z którą nowe prawo powinno być tworzone, a już istniejące interpretowane³⁶. Po drugie, można mówić o wskazanym przepisie jako normie programowej, zgodnie z którą państwo powinno kształtować swą aktywność w celu tworzenia gwarancji, mających zapewnić ochronę wskazanym w przepisie wartościom³⁷. J. Boć, opisując przestrzenie ochrony, powołuje się na „sytuację, w której państwo działając przez swoje organy, tak w sferze stanowienia, jak i stosowania prawa, **nie dopuszcza do zagrożenia małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa ze strony obcych podmiotów w sferze moralnej, społecznej, gospodarczej, obyczajowej czy religijnej**”³⁸.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, wśród wartości chronionych przez art. 18 Konstytucji RP „**prawodawca konstytucyjny wysuwa na pierwszy plan małżeństwo i rodzinę opartą na małżeństwie**”³⁹, jako komórkę istotną zarówno z perspektywy jednostki, jak też z perspektywy społecznej, bowiem instytucja małżeństwa nie została stworzona tylko w celu zagwarantowania udogodnień dla dwojga ludzi jako takich, lecz również w założeniu, że będzie **pełnić ważną funkcję społeczną, związaną z założeniem rodziny, macierzyństwem i rodzicielstwem**⁴⁰. Właśnie tak rozumiane małżeństwo podlega ochronie. Wynika z tego obowiązek państwa, aby podejmować działania, które zgodnie z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego „umacniają więzi

³⁶ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 4, s. 26.

³⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2000, sygn. akt SK 21/99; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 stycznia 1999, sygn. akt K 1/98.

³⁸ J. Boć, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 48.

³⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 lipca 2007, sygn. akt SK 61/06.

⁴⁰ B. Banaszkiewicz, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 617.

między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami”⁴¹.

Co prawda Konstytucja wprost nie definiuje pojęcia rodziny, doktryna wskazuje jednak, że stanowi ona każdy trwały związek dwóch lub więcej osób, **zazwyczaj oparty na małżeństwie** oraz na więzach pokrewieństwa bądź powinowactwa⁴². Jak natomiast podkreśla Trybunał Konstytucyjny, art. 18 Konstytucji nakazuje „podejmowanie przez państwo takich działań, które umacniają więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami”⁴³.

Trzeba wskazać, że rodzina stanowi także naturalne środowisko rozwoju dziecka⁴⁴. Rolą państwa jest natomiast okazywanie rodzicom odpowiedniej pomocy (art. 72 Konstytucji) w wykonywaniu przez nich obowiązków związanych z wychowywaniem dzieci oraz zapewnienie odpowiednich rozwiązań instytucjonalnych ułatwiających realizację tego działania⁴⁵. Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie wskazał również na **biologiczne znaczenie więzów rodzinnych**, uznając za wartość chronioną konstytucyjnie zapewnienie możliwości wychowania dziecka w rodzinie, przede wszystkim w rodzinie naturalnej, a więc poprzez pieczę rodzicielską sprawowaną przez osoby związane z dzieckiem więzią biologiczną⁴⁶.

Nie bez znaczenia dla preferowanego przez ustrojodawcę kształtu rodziny ma wymienienie „macierzyństwa i rodzicielstwa” wśród wartości, które podlegają ochronie i opiece na gruncie Konstytucji. Wskazuje się, że modelem **pożądanym jest przynajmniej rodzina dwupokoleniowa**⁴⁷. Ustawodawca zwykły swoim działaniem powinien szanować tak ukształtowany model rodziny, **zachęcając małżeństwa do macierzyństwa i rodzicielstwa**⁴⁸, a więc kobiety do roli matek, a mężczyzn do roli ojców.

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 maja 2005 r., sygn. akt K 16/04.

⁴² L. Garlicki komentarz do art. 18, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, LEX 2016, uwaga 12.

⁴³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 maja 2005 r., sygn. akt K 16/04.

⁴⁴ Zob. także ratyfikowaną przez Polskę Konwencję ONZ o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.), której art. 18, w sposób ściśle korespondujący z obowiązującą na gruncie Konstytucji RP zasadą pomocniczości, statuuje zasadę poszanowania autonomii rodziny, zgodnie z którą to do rodziców należy troska o jak najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka.

⁴⁵ Zob. art. 3 ust. 2; art. 18 ust. 2; art. 27 ust. 2 Konwencji ONZ o prawach dziecka.

⁴⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 18/02, OTK ZU nr 4/A/2003, poz. 32.

⁴⁷ L. Garlicki, komentarz do art. 18..., uwaga 13.

⁴⁸ *Ibidem*.

Istotnym elementem art. 18 Konstytucji jest określenie małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Sąd prawa zauważył mianowicie, że „**małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym RP odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji, określonych w art. 235 tego aktu**”⁴⁹. Co więcej, jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 11 maja 2011 r.: „Przepis ten [tj. art. 18 Konstytucji RP – przyp. aut.], z jednej strony, stanowi **dyrektywę interpretacyjną pozostałych norm konstytucyjnych i ustawowych** nakazującą najpełniejszą realizację zasady ochrony macierzyństwa, rodzicielstwa i małżeństwa. Z drugiej strony, art. 18 Konstytucji pełni rolę normy programowej. Jest on elementem **przyjętej przez ustrojodawcę aksjologii konstytucyjnej**”⁵⁰.

Art. 18 chroni również macierzyństwo i rodzicielstwo. Pierwsze należy rozumieć jako wyjątkową więź matki z dzieckiem, która wynika z jej charakteru biologicznego, w tym także z faktu, że to kobieta rodzi dzieci⁵¹. Czym innym jest natomiast rodzicielstwo określane jako związek między rodzicami a ich dziećmi, które odgrywa istotną rolę zwłaszcza w okresie dzieciństwa, a realizuje się między innymi przez wychowanie dziecka⁵². Zgodnie z przepisami Konstytucji również rodzicielstwo jest objęte ochroną na gruncie ustawy zasadniczej.

3.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

W związku ze sformułowaną w art. 3 lit. c Konwencji definicją „płci społeczno-kulturowej” powstaje problem określenia relacji między nią a płcią biologiczną. Skutkiem wprowadzenia pojęcia „płci społeczno-kulturowej”, jako w gruncie rzeczy **pojęcia nowego w polskim porządku prawnym** (z uwagi na okoliczność jego zdefiniowania w sposób odmienny, niż w Statucie Rzymskim), jest **powstanie stanu niepewności co do tego, czym jest płeć, a w konsekwencji zatem – czym jest małżeństwo**, które Konstytucja definiuje, jako związek kobiety i mężczyzny, czyli dwojga osób przeciwnej płci. Jak dotychczas nie było przy tym wątpliwości, że **chodzi o**

⁴⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r., sygn. akt K 18/04.

⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2011 r., sygn. akt SK 11/09, OTK-A 2011/4/32.

⁵¹ M. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 25

⁵² L. Garlicki, komentarz do art. 18..., uwaga 13.

płeć biologiczną (określoną ludzkim kariotypem), ujawnianą później chociażby w aktach stanu cywilnego. Prowadzi to z kolei do sytuacji niepewności w polskim (krajowym) porządku prawnym, który w całości opiera się o jasny, dychotomiczny i oparty na obiektywnych przesłankach biologicznych podział na płeć męską i żeńską. Wynika to w sposób oczywisty z wzajemnej relacji między umowami międzynarodowymi ratyfikowanymi za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie a ustawami, jaką ustrojodawca przyjął w art. 91 ust. 2 Konstytucji.

W związku z powyższym **art. 3 lit. c Konwencji jest niezgodny z art. 2 oraz art. 18 Konstytucji przez to, że wprowadzając pojęcie płci społeczno-kulturowej, rozumianej jako „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”, wprowadza niedopuszczalny w demokratycznym państwie prawnym stan niepewności prawnej co do rozumienia pojęcia płci, która na gruncie regulacji konstytucyjnych ma charakter wyłącznie biologiczny, a w konsekwencji wprowadza stan niepewności prawnej co do rozumienia pojęcia małżeństwa, które art. 18 Konstytucji definiuje jako związek kobiety i mężczyzny.**

3.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

Przyjęta w art. 3 lit. c Konwencji konstrukcja płci społeczno-kulturowej skutkuje faktycznym usunięciem przesłanek, które obecnie decydują o przynależności do danej płci (wedle założeń ideologicznych Konwencji przynależność płciowa określana jest poprzez role, które społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn). Taka praktyka **prowadzi bezpośrednio do rozmycia definicji płci**. W efekcie, zostaje otwarta możliwość posługiwania się nieokreślonymi lub trudnymi do zweryfikowania przesłankami, mającymi służyć określeniu płci, jak np. „tożsamość płciowa”, „płeć psychiczna”. Trzeba mieć świadomość, że w świetle **ideologii gender za stereotyp uznaje się wiązanie przynależności płciowej tylko z zewnętrznymi cechami płciowymi**, czego emanacją jest wskazywanie obowiązku państw do umożliwiania dokonania metrykalnej korekty płci⁵³. Należy więc podkreślić

⁵³ T. Hammemberg, *Tożsamość płciowa a prawa człowieka*, Malmö 2011, s. 8-9. Tytułem przykładu wskazać również można, że niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał, że niemiecka Konstytucja (*Grundgesetz*) nie sprzeciwia się wprowadzeniu pojęcia „trzeciej płci”, abstrahującego od jej biologicznego rozumienia – zob. wyrok I Senatu FTK z 10 października 2017 r., sygn. akt 1 BvR 2019/16, pkt 3, lit. a.

niekonstytucyjność wynikającego z Konwencji niepewnego i rozmytego statusu płciowości człowieka. Jego przejawem na gruncie Konstytucji RP jest art. 18, wskazujący na różnicę płci małżonków jako na esencjalną cechę małżeństwa, chronioną właśnie tym unormowaniem Konstytucji⁵⁴.

Warto zwrócić uwagę, że właśnie to zagadnienie legło u podstaw stwierdzenia niekonstytucyjności Konwencji przez **Trybunał Konstytucyjny Republiki Bułgarii**, który **zakwestionował zgodność postanowień Konwencji z zasadą państwa prawnego**⁵⁵. W dotychczasowym orzecznictwie bułgarskiego Trybunału rozróżniano praworządność materialną oraz formalną. Aspekt materialny zasady państwa prawnego oznacza obowiązek stanowienia prawa sprawiedliwego, zaś aspekt formalny odnosi się do postulatu pewności prawa⁵⁶. Konwencja narusza zasadę pewności prawa, zgodnie z którą treść pojęć używanych przez prawodawcę musi być jasna i jednoznaczna. Bułgarski Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że **wymóg pewności i przewidywalności prawa wyklucza istnienie dwóch równoległych i wzajemnie wykluczających się pojęć „płci”**⁵⁷.

Trybunał Konstytucyjny Republiki Bułgarii zauważył także, że **społeczeństwo ludzkie opiera się na binarności płci, to jest na istnieniu dwóch przeciwstawnych płci, z których każda jest powiązana z określonymi biologicznymi i społecznymi funkcjami i obowiązkami. Płeć biologiczna jest określana przy urodzeniu i jest podstawą ustalenia płci cywilnej. Znaczenie płci cywilnej dla prawnej regulacji stosunków społecznych (współżycie, rodzicielstwo) wymaga jasności, niezaprzeczalności, stabilności i bezpieczeństwa**⁵⁸. Trybunał odniósł się również do art. 46 ust. 1 bułgarskiej Konstytucji, który wskazuje, że cechą istotną małżeństwa jest odmienność płci nupturientów. Zgodnie z tym przepisem małżeństwem jest dobrowolny związek kobiety i mężczyzny⁵⁹.

Orzeczenie to jasno dowodzi, że formułowane przez Wnioskodawców wątpliwości odnośnie do zgodności Konwencji z polską ustawą zasadniczą są uzasadnione. Przyjęte w Konwencji rozumienie płci społeczno-kulturowej nie może bowiem zostać bez wpływu

⁵⁴ L. Garlicki, komentarz do art. 18..., uwagi 5-6.

⁵⁵ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Republiki Bułgarii nr 13 z 27 lipca 2018 r.

⁵⁶ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Republiki Bułgarii nr 1 z 27 stycznia 2005 r. w sprawie konstytucyjnej nr 8/2004.

⁵⁷ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego Republiki Bułgarii nr 13 z 27 lipca 2018 r.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

na polski porządek prawny, jeżeli tylko polskie władze publiczne zaczną wdrażać jej postanowienia, do czego są zobligowane przez art. 9 Konstytucji. Doprowadzić to może do dekompozycji pojęcia małżeństwa, a zapewne wywoła również inne, trudne do przewidzenia konsekwencje, przyczyniając się choćby do pogorszenia faktycznej sytuacji kobiet (z uwagi na fakt, że ustalenie, kto jest kobietą odbywać się będzie w oparciu o kryteria subiektywne i oderwane od obiektywnych uwarunkowań biologicznych).

IV. Niezgodność art. 4 ust. 3 Konwencji z art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji

4.1. Treść i wykładnia art. 4 ust. 3 Konwencji

Zgodnie z art. 4 ust. 3 Konwencji „Wdrażanie postanowień niniejszej konwencji przez Strony, zwłaszcza środków chroniących prawa ofiar, będzie zapewnione bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na: płeć, płeć społeczno-kulturową, rasę, kolor skóry, język, religię, poglądy polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, sytuację majątkową, urodzenie, orientację seksualną, tożsamość płciową, wiek, stan zdrowia, niepełnosprawność, stan cywilny, status uchodźcy, migranta lub inny”.

W świetle tego przepisu wdrażanie postanowień Konwencji przez Strony, zwłaszcza rozwiązań chroniących prawa ofiar, będzie zapewnione bez względu na m.in. płeć (jak należy wnosić z tekstu autentycznego - płeć biologiczną - ang: *sex*). Pojęcie płci biologicznej jest wprowadzie jedynie jedną z wielu cech, ze względu na które nie można różnicować stosowania przepisów Konwencji, jednak rozwiązanie to ma istotne znaczenie dla wykładni poszczególnych przepisów Konwencji. Po pierwsze, **skoro w Konwencji zostały użyte dwa określenia odnoszące się do płciowości człowieka (*sex* i *gender*), to – zgodnie z powszechnymi zasadami wykładni – ich zakresy semantyczne muszą być różne**. Najbardziej uwidacznia się to w przywołanym przepisie, gdzie obok płci biologicznej (*sex*) wymieniona została płeć kulturowo-społeczna (*gender*). Tak więc **na gruncie Konwencji pojęcie „gender” (płeć społeczno-kulturowa) musi być rozumiane jako kategoria odrębna i abstrahująca od płci biologicznej**. Po drugie, analizowany artykuł wprowadza **zakaz różnicowania ochrony prawnej ze względu na płeć biologiczną, zwłaszcza zaś zakaz**

różnicowania pod tym względem przy stosowaniu przepisów chroniących prawa ofiar. Ponieważ przepis ten jest jedynym wprost odwołującym się do biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości, wyraźnie czyni go nerelevantnym dla sposobu stosowania Konwencji. To z kolei sprawia, że dla sposobu pojmowania kobiecości, którym operuje Konwencja, prawie nieistotny jest biologiczny wymiar kobiecości, który w nieporównywalnie większym stopniu wiąże się ze statusem ofiary *gender-based violence*. Jednocześnie przepisy Konwencji wydają się wewnętrznie sprzeczne i pozbawione logiki, skoro przy ich wdrażaniu zabroniono dyskryminacji ze względu na płeć biologiczną (*sex*), płeć społeczno-kulturową (*gender*) oraz tożsamość płciową (*gender identity*), a jednocześnie samym założeniem podstawowym Konwencji jest przyznanie szczególnej ochrony ofiarom przemocy o „żeńskiej” płci społeczno-kulturowej (a niekoniecznie biologicznej!).

W świetle treści postanowień Konwencji, uregulowania chroniące ofiary przemocy dotyczą osób, które podejmują zachowania, działania lub posługują się atrybutami uznawanymi przez dane społeczeństwo za właściwe dla kobiet. Tego typu postawa będąca przyjmowaniem kobiecego rodzaju (*gender*), ma stanowić przyczynę doznawania przemocy. Różnice pomiędzy *genders* (rodzajami/płciami społeczno-kulturowymi), czyli różnice w sposobie wyrażania się męskości i kobiecości w wymiarze społeczno-kulturowym (różnice w społecznych rolach, działaniach, atrybutach), mają zatem być w świetle konwencyjnych założeń wyrazem istnienia nierówności społecznych i przyczyną przemocy w życiu społecznym.

Prowadzi to do **istotnych wątpliwości co do znaczenia terminu „kobieta”, którym operuje Konwencja poczynwszy od swego tytułu i który odbiega od normalnego znaczenia tego słowa.** Wskazują na to m.in. wyjaśnienia dotyczące treści art. 4 ust. 3 Konwencji, zawarte w punkcie 53 Raportu Wyjaśniającego z którego wynika, że wymienione w art. 4 ust. 3 Konwencji kryteria niedyskryminacyjnego stosowania jej postanowień precyzują krąg osób, jakie w szczególności należy objąć ochroną, bowiem „mają wielkie znaczenie z punktu widzenia zakresu przedmiotowego Konwencji”⁶⁰. Przywołując grupy szczególnie narażone na dyskryminację ze względu na orientację seksualną, w pkt 53 Raportu wskazano nie tylko kobiety, lecz również mężczyzn⁶¹. Ponadto, **kategorię „tożsamości płciowej” (ang. *gender identity*) przedstawiono**

⁶⁰ Org. “... are of great relevance to the subject-matter of the Convention”.

⁶¹ Por. org. “gay, lesbian and bisexual victims of domestic violence are often excluded from support services because of their sexual orientation”.

jako kondycję osób identyfikujących się z innym *gender* niż płeć przypisana im po urodzeniu⁶² dodając, że chodzi w szczególności o osoby transseksualne i transpłciowe, *cross-dressers*, transwestytów i inne „grupy osób, które nie mają swoich odpowiedników w utrwalonym społecznie rozróżnieniu na «męski» i «żeński»”⁶³.

4.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

Jako wzorce kontroli art. 4 ust. 3 Konwencji wskazano art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji. Pierwszy z tych przepisów stanowi, iż: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Zagadnienie wykładni tego przepisu było już przedmiotem wywodu, jednakże w związku z jego specyfiką, wskazać należy, że również w przypadku oceny zgodności art. 4 ust. 3 Konwencji z art. 2 Konstytucji, kluczowy pozostaje aspekt prawidłowej legislacji i wymogu określoności (jednoznaczności) przepisów prawnych, jaki wyprowadzany jest zarówno w literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego z tego przepisu⁶⁴.

Zgodnie z **art. 33 ust. 1** Konstytucji „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”. Przepis ten wymaga równego traktowania kobiet i mężczyzn w różnych sferach życia, zaś jego rozwinięciem jest ust. 2 tegoż artykułu, stanowiący, że „Kobieta i mężczyzna mają w szczególności równe prawo do kształcenia, zatrudnienia i awansów, do jednakowego wynagradzania za pracę jednakowej wartości, do zabezpieczenia społecznego oraz do zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń”. Stanowi on z jednej strony swoiste powtórzenie wartości normatywnej art. 32 Konstytucji, z drugiej konkretyzuje najważniejsze dziedziny i problemy, w których powinna manifestować się równość obu płci⁶⁵. W tym kontekście można zatem odwołać się do co najmniej trzech pozytywnych wymiarów równości wynikających z art. 32 ust. 1 Konstytucji, a mianowicie równości

⁶² Org. “[T]he gender they identify with is not in conformity with the sex assigned to them at birth”.

⁶³ Org. “This includes categories of individuals such as transgender or transsexual persons, cross-dressers, transvestites and other groups of persons that do not correspond to what society has established as belonging to *male* or *female* categories”.

⁶⁴ Co do szczegółów, zob. powyżej pkt 3.2.

⁶⁵ L. Garlicki, komentarz do art. 33, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, LEX 2016, uwaga 5.

przysługujących jednostce uprawnień, równości udzielanej przez prawo ochrony i równości odpowiedzialności prawnej jednostki. Jednocześnie, w świetle obu postanowień konstytucyjnych przyjmuje się wzruszalne domniemanie istnienia równych praw dla kobiet i mężczyzn oraz równego ich traktowania, niezależnie od płci.

W świetle art. 33 Konstytucji RP, kobiety i mężczyźni stanowią zasadniczo „podmioty podobne” i konieczne jest ich równe traktowanie⁶⁶. Jednocześnie, zasada równości kobiet i mężczyzn nie oznacza nakazu traktowania w identyczny sposób czy gwarantowania identycznych praw ani zakazu różnicowania sytuacji podmiotów prawa. Równość funkcjonuje bowiem zawsze w pewnym kontekście sytuacyjnym i nie oznacza bynajmniej jednakowej sytuacji faktycznej lub prawnej jednostek⁶⁷. Należy ją pojmować jako zakaz nieuzasadnionego różnicowania przy kształtowaniu sytuacji podobnych podmiotów prawa albo jednakowego traktowania różnych podmiotów prawa.

Zróżnicowanie pozycji prawnej lub faktycznej kobiet i mężczyzn będzie zatem dopuszczalne wtedy, gdy będzie istniało **uzasadnienie spełniające wymogi relewancji, proporcjonalności i zgodności z innymi normami konstytucyjnymi**. Innymi słowy, w pewnych sytuacjach nie jest sprzeczne z zasadą równości mężczyzn i kobiet stanowienie prawa wprowadzającego formalne zróżnicowanie pozycji kobiet i mężczyzn celem wyrównywania faktycznych nierówności⁶⁸. Zakazane jest zatem nie samo różnicowanie pozycji prawnej kobiet i mężczyzn, ale tylko takie różnicowanie w sferze stanowienia albo stosowania prawa, które nie ma normatywnego (osadzonego w tekście Konstytucji⁶⁹) oraz obiektywnego, racjonalnego uzasadnienia. Kluczowe w tym kontekście jest przekonujące kryterium różnicowania i ocena jego zasadności⁷⁰. Tak więc przyczyna zróżnicowań musi być społecznie relewantna czyniąc zadość wymaganiom proporcjonalności oraz winna pozostawać w adekwatnym związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi⁷¹.

Podobne stanowisko zajmuje Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz). Stosownie do ustalonej praktyki Trybunału, naruszenie zakazu dyskryminacyjnego traktowania, wynikającego z art. 14 EKPCz, ma miejsce w sytuacji, gdy to nierówne

⁶⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 marca 2000 r., sygn. akt K. 27/99, OTK ZU 2000/2 poz. 62.

⁶⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 10/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 225.

⁶⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07.

⁶⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 29 września 1997 r., sygn. akt K 15/97, OTK ZU z 1997 r. Nr 3-4, poz. 37.

⁷⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07.

⁷¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 marca 2000 r., sygn. akt K 27/99.

traktowanie nie jest obiektywnie i racjonalnie usprawiedliwione, czyli nie zmierza do realizacji legitymowanego celu lub pomiędzy zastosowanymi środkami a zamierzonym celem nie występuje racjonalny stosunek proporcjonalności⁷². Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, że stwierdzenie występowania legitymowanego celu nie jest wystarczające do uzasadnienia nierównego traktowania. Okolicznością niezbędną jest stwierdzenie, że konkretny środek jest „racjonalnie proporcjonalny w stosunku do zamierzonego, ocenianego jako legitymowany, celu”, zatem nierówne traktowanie nie może być usprawiedliwione, gdy jest niezgodne z zasadą proporcjonalności⁷³.

Jednak niedyskryminacyjne zróżnicowania w sposobie ukształtowania sytuacji prawnej mężczyzn i kobiet winny wynikać, po pierwsze, z obiektywnych przesłanek wynikających z biologicznych i społecznych różnic między kobietami i mężczyznami oraz, po drugie, muszą być każdorazowo oceniane z punktu widzenia zasady relewantności i proporcjonalności.

Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie dawał wyraz temu, że podstawą dystynkcji są **biologiczne i społeczne** różnice pomiędzy kobietami i mężczyznami⁷⁴. Różne traktowanie nie musi się przy tym wiązać się z pogorszeniem sytuacji jednej z tych grup podmiotów względem drugiej, lecz może być związane z obiektywnymi różnicami pomiędzy nimi⁷⁵ i wynikać z komplementarności kobiet i mężczyzn, która znajduje wyraz chociażby w konstytucyjnie poświadczonej naturze małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Zróżnicowanie w sposobie traktowania podmiotów nie musi zatem stanowić dyskryminacji (zróżnicowania niesprawiedliwego), lecz może być wyrazem adekwatnego ukształtowania regulacji prawnych, biorącego pod uwagę faktyczne (biologiczne i społeczne) uwarunkowania. Rozpatrując problematykę równości w prawie, konieczna jest ocena tego, czy przyjęcie określonego kryterium różnicującego można uznać za uzasadnione i sprawiedliwe. W przypadku art. 33 Konstytucji, tym **kryterium są biologiczne i społeczne różnice pomiędzy kobietami i mężczyznami**, które mogą wymagać złagodzenia ujemnych skutków faktycznej nierówności kobiet i mężczyzn⁷⁶. Rozwiązanie takie daje wyraz przekonaniu o istnieniu pewnych obiektywnych odrębności pomiędzy kobietami a mężczyznami, co w

⁷² Por. A. Wróbel, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki..., s. 784.

⁷³ A. Wróbel, *op. cit.*, s. 784, 786.

⁷⁴ Wyrok z 13 czerwca 2000 r., sygn. akt K 15/99, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 137.

⁷⁵ Wyrok z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07, OTK ZU nr 6/A/2010, poz. 60.

⁷⁶ Orzeczenie z 24 października 1989 r., sygn. akt K 6/89, OTK ZU 1989 Nr 1, poz. 7.

przypadku konkretnych dziedzin wyklucza ich traktowanie jako podmiotów podobnych. Również w doktrynie uznano, że wśród różnorodnych możliwych kryteriów różnicowania sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn nie ulega wątpliwości kryterium różnic biologicznych⁷⁷. Także Trybunał podkreśla, że polski ustawodawca dostrzega doniosłość biologicznych uwarunkowań kobiet ustanawiając regulacje, których celem jest skuteczna ochrona kobiet w różnych dziedzinach życia⁷⁸. Jak podkreślał Trybunał, przysługujące kobietom w porównaniu z mężczyznami dodatkowe uprawnienia, które uwzględniają uwarunkowania biologiczne i rodzinne stanowią formę rozszerzenia i umocnienia statusu kobiety i w ten sposób realizują zasadę równouprawnienia⁷⁹. W swoim orzecznictwie Trybunał wyraźnie zaznaczał, że lekceważenie biologicznych uwarunkowań może stanowić naruszenie zasady równości, poprzez równe potraktowanie osób faktycznie nierównych⁸⁰. Biologiczne i społeczne różnice między kobietami i mężczyznami pełnią funkcję kryterium nakazującego w określonych sytuacjach korzystne różnicowanie sytuacji prawnej kobiet względem mężczyzn. Istotna jest w tym względzie m.in. szczególna rola kobiet stanowiąca konstytucyjne uzasadnienie dla wprowadzania regulacji nadających kobiecie pewne przywileje w porównaniu z mężczyzną – przykładowo w postaci przysługujących tylko kobietom urlopów macierzyńskich.

Podsumowując, warto przytoczyć stwierdzenie Trybunału Konstytucyjnego z wyroku z 28 marca 2000 r., w którym podkreślono, że „**obowiązujące ustawy nie mogą różnicować sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn, chyba że zróżnicowanie to znajduje oparcie w odpowiednio uzasadnionych argumentach konstytucyjnych**. W tych wszystkich bowiem sytuacjach, gdy obiektywne – biologiczne lub społeczne – różnice pomiędzy kobietami i mężczyznami nie uzasadniają (bądź nawet nie nakazują) zróżnicowanego ich traktowania, kobiety i mężczyźni stanowią «podmioty podobne»”⁸¹. Tym samym Trybunał Konstytucyjny uznał **uwarunkowania biologiczne, oraz wynikające z nich społeczne role kobiet i mężczyzn za istotne cechy tych podmiotów**, mogące stanowić podstawę odmiennego kształtowania ich sytuacji prawnej. Różnice natury biologicznej zachodzące między osobami obu płci mają bowiem

⁷⁷ L. Garlicki, komentarz do art. 33..., uwaga 10.

⁷⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 13 czerwca 2000 r., sygn. akt K 15/99.

⁷⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 3 marca 1987 r., sygn. akt P 2/87, OTK 1987, poz. 2, s. 30; orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 1989 r., sygn. akt K 6/89.

⁸⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 1989 r., sygn. akt K 6/89.

⁸¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 marca 2000 r., sygn. akt K. 27/99.

charakter obiektywny i będą występować zawsze⁸². Co więcej, jak podkreślał Trybunał, „biologiczne i społeczne (tj. wynikające z macierzyństwa i społecznej roli spełnianej w rodzinie) odrębności kobiet w stosunku do mężczyzn stanowią uzasadnione (realne i dostrzegalne) kryterium klasyfikacji prawnej (...) a przy tym **kryterium obiektywne i sprawiedliwe** [podkreślenie Wnioskodawcy]”⁸³. Tym samym, uwzględnienie biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości jest niewątpliwie podstawowym wymogiem dopuszczalnego różnicowania relacji między kobietami i mężczyznami, którego nie sposób ignorować przy różnicowaniu sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn.

Mimo potwierdzonej wielokrotnie możliwości różnicowania sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn w celu afirmowania zasady równości w jej wymiarze materialnym, Trybunał Konstytucyjny podkreśla równocześnie, że także przywileje kobiet mogą naruszać zasadę równości. Istniejące różnice biologiczne i społeczne między kobietami i mężczyznami nie zawsze stanowią uzasadnienie konkretnych sposobów różnicowania ich sytuacji prawnej⁸⁴. Ocena, czy takie formalne zróżnicowanie statusu jednostek rzeczywiście sprzyja realizacji zasady równości kobiet i mężczyzn i prowadzi do materialnego zrównania ich sytuacji prawnej, a przy tym czy na pewno nie stanowi ono dyskryminacji, podlega osobnej analizie. Co do zasady bowiem, w świetle art. 33 Konstytucji RP obowiązuje wzruszalne domniemanie, że kobiety i mężczyźni stanowią „podmioty podobne” i konieczne jest ich równe traktowanie⁸⁵ również w wymiarze formalnym. Jest to szczególnie istotne w sytuacji, gdy zróżnicowania prawne dotyczyłyby stopnia ochrony praw i wolności osobistych.

4.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

Art. 4 ust. 3 Konwencji zawiera w swojej treści katalog okoliczności, które nie powinny mieć co do zasady wpływu na różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów będących beneficjentami Konwencji. Niektóre spośród nich mają charakter pozornie bliskoznaczny, jak przede wszystkim „płeć społeczno-kulturowa” (*gender*) oraz „tożsamość płciowa” (*gender identity*), które należy odróżniać od „płci” (*sex*). Prowadzi

⁸² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 63/07.

⁸³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 1989 r., sygn. akt K 6/89.

⁸⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 października 2007 r., sygn. akt P 10/07, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 107.

⁸⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 marca 2000 r., sygn. akt K. 27/99.

to do chaosu pojęciowego (który *notabene* cechuje całą Konwencję) oraz trudności z określeniem desygnatów poszczególnych pojęć, a tym samym kreuje urągający zasadzie demokratycznego państwa prawnego stan niepewności prawnej i niejednoznaczności tego przepisu, który jako przepis antydyskryminacyjny powinien być sformułowany w możliwie najbardziej przejrzysty sposób. Tym samym – odnośnie do podstawowego i jak dotychczas powszechnie zrozumiałego pojęcia płci – tworzony jest stan chaosu prawnego, którego konsekwencje są trudne do przewidzenia. Twórcy Konwencji – redagując art. 4 ust. 3 CAHVIO – posłużyli się zatem trzema pojęciami, które zgodnie z powszechnymi zasadami wykładni powinny być traktowane jako odrębne. Tego rodzaju rozumowanie okazać się może jednak wadliwe w tym sensie, że używany w Konwencji termin „płeć” bez przymiotu „społeczno-kulturowa” – poza art. 4 ust. 3 CAHVIO – okazuje się jednak oznaczać *gender*, jeżeli tylko zostanie zestawiony z tekstami autentycznymi Konwencji (angielskim oraz francuskim). Stoi to w zupełnej sprzeczności do zasady jednoznaczności przepisów (ich określoności), bowiem po stronie adresatów rodzi bardzo znaczące trudności w ustaleniu właściwej treści Konwencji. Ponadto wprowadzone w tym przepisie rozróżnienie „płeć”–„płeć społeczno-kulturowa”–„tożsamość płciowa” stoi w zupełnej sprzeczności z modelem równości kobiet i mężczyzn przyjętym w Konstytucji RP.

W związku z powyższym **art. 4 ust. 3 Konwencji jest niezgodny z art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji przez to, że posługując się zwrotami niedookreślonymi wprowadza inny niż przewidziany w Konstytucji model równości kobiet i mężczyzn, abstrahujący od obowiązującego na gruncie Konstytucji biologicznego rozumienia płci, co skutkuje powstaniem stanu niepewności prawnej.**

4.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

Konwencja jest nośnikiem specyficznej, skrajnie radykalnej i kontrfaktycznej koncepcji antropologicznej, w której zakorzeniona jest określona wizja społeczno-polityczna. Problematyka płci umiejscowiona jest w centrum problematyki konwencyjnej, lecz, jest to nadzwyczaj kontrowersyjny sposób pojmowania ludzkiej płciowości. **Konwencja problematykę ludzkiej tożsamości płciowej rozpatruje**

wyłącznie w oparciu o kategorię „rodzaju” (*gender*) stanowiącego konstrukt społeczny, w swoich założeniach odrębny od uwarunkowań biologicznych (art. 3 lit. c Konwencji). Tę ostatnią okoliczność wyraźnie podkreśla art. 4 ust. 3 Konwencji. Zgodnie z przywołanym przepisem CAHVIO, postulowane przez nią instrumenty ochrony ofiar nie mogą być różnicowane pod względem kryterium płci biologicznej. Tym samym, choć *de nomine* Konwencja deklaruje ochronę kobiet, to biologicznie rozumiana płeć jest dla rozumienia jej postanowień kategorią zasadniczo niemającą wpływu na stosowanie tego aktu.

Ten sposób pojmowania płciowości, zwłaszcza zaś kobiecości, jest ewidentnie sprzeczny z Konstytucją RP, co konsekwentnie podkreśla dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Polska ustawa zasadnicza w pełni respektuje obiektywną kategorię płci jako aspektu człowieczeństwa wyrażającego się w byciu bądź to kobietą, bądź mężczyzną, w znaczeniu biologicznym. Te różnice biologiczne między kobietami i mężczyznami owocują zróżnicowaniem w społeczno-kulturowych formach wyrażania się męskości i kobiecości, co ustrojodawca wyraźnie dostrzegł, zwłaszcza w odniesieniu do społecznej roli kobiety. Świadczy o tym chociażby konstytucyjna ochrona macierzyństwa (art. 18 i 71 ust. 2 Konstytucji) oraz bogate orzecznictwo trybunalskie dotyczące art. 33 Konstytucji, które przynajmniej częściowo zreferowano powyżej. Tym niemniej, **społeczno-kulturowe odrębności pomiędzy kobietami a mężczyznami zakorzenione są w obiektywnych różnicach biologicznych**. Dlatego też **wprowadzany przez Konwencję sposób pojmowania równouprawnienia (zakazu dyskryminacji), który całkowicie ignoruje biologiczny (a zatem również i obiektywny) wymiar ludzkiej płciowości, pozostaje w sprzeczności z modelem równouprawnienia kobiet i mężczyzn obowiązującym na gruncie Konstytucji**. Temu, co na podstawie Konwencji uznawane będzie za podlegające równemu traktowaniu, w świetle przepisów Konstytucji może nie przysługiwać wspólna cecha relewantna lub, co więcej, w świetle zasad i wartości konstytucyjnych konieczne będzie zróżnicowanie sytuacji prawnej, np. w związku z koniecznością ochrony i opieki nad małżeństwem, czyli związkiem kobiety i mężczyzny. Wprowadzenie przez Konwencję standardów nieprzystających do tych wynikających z obowiązującej ustawy zasadniczej jest niezgodne z art. 33 ust. 1 Konstytucji.

Zróżnicowanie sposobu ukształtowania sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn jest na gruncie Konstytucji dopuszczalne, gdy przemawiają za tym biologiczne i społeczne

odmienności zachodzące między mężczyznami i kobietami, a niekiedy wręcz konstytucyjnie wymagane. Wyraźne dysproporcje w liczbie zgłaszanych Policji przypadków przemocy względem kobiet i mężczyzn niewątpliwie mogą stanowić warunkowaną biologicznie i społecznie różnicę, która potencjalnie może usprawiedliwiać odmienne, a przy tym niedyskryminujące, ukształtowanie ochrony prawnej kobiet i mężczyzn. Jest to szczególnie prawdopodobne chociażby w odniesieniu do rozwiązań prawnych w zakresie pomocy ofiarom. Sytuacja taka może mieć miejsce również w stosunku do środków szczególnych, o których mowa w art. 4 ust. 4 Konwencji. Tym niemniej, konstytucyjnym punktem wyjścia dla rozpatrywania problematyki równości kobiet i mężczyzn jest konstytucyjne domniemanie, iż kobiety i mężczyźni, jako podmioty podobne, winny podlegać tym samym unormowaniom, zaś poszczególne przypadki różnicowania prawnej sytuacji kobiet i mężczyzn wymagają każdorazowego wzruszenia tego domniemania, które możliwe jest po ocenie jego zasadności i proporcjonalności.

Podkreślić również trzeba, że sposób zredagowania przepisu, który wymienia jako okoliczności mogące mieć wpływ na różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów, których Konwencja dotyczy, „płci”, „płci społeczno-kulturowej” oraz „tożsamości płciowej”, prowadzi do stanu niepewności prawnej, który uznać należy za na tyle poważny, że stoi w sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego, a w szczególności z wynikającą z niej zasadą jednoznaczności (określoności) przepisów prawa i zaufania obywatela do państwa i stanowionego prawa. Treść art. 4 ust. 3 Konwencji sugeruje – zgodnie z powszechnie stosowanymi zasadami wykładni – że wymienione w nim pojęcia (okoliczności, z uwagi na które nie powinna zachodzić dyferencjacja sytuacji prawnej podmiotów) są odrębne od siebie i każde z nich posiada własne, autonomiczne znaczenie, oznaczając odmienną grupę desygnatów. Tego rodzaju założenie nie wytrzymuje jednakże konfrontacji z pozostałymi przepisami Konwencji, które na określenie „płci społeczno-kulturowej” (w ang. *gender*) posługują się również prostym pojęciem „płeć” (zwłaszcza w zwrocie – „przemoc ze względu na płeć” – ang. *gender-based violence*). Rozróżnienie między płcią biologiczną oraz „płcią społeczno-kulturową” ulega zatem zatarciu, przy jednoczesnej wyraźnej dominacji drugiego pojęcia (*gender*). Chaos interpretacyjny pogłębiony jest dodatkowo poprzez wprowadzenie trzeciego pojęcia, jakim jest „tożsamość płciowa” (w istocie – tożsamość genderowa – *gender identity*), co jednoznacznie sugeruje, że nie tylko z biologicznego i

społeczno-kulturowego punktu widzenia można mówić o różnych „płciach” jednego podmiotu, ale może on mieć jeszcze „tożsamość płciową”, zupełnie inną niż „płeć” (płci, gendery). Z punktu widzenia poszanowania porządku publicznego, a nawet elementarnego ładu społecznego, jest to zupełnie niedopuszczalne.

W związku z powyższym przyjąć należy, że art. 4 ust. 3 Konwencji jest niezgodny z art. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji.

V. Niezgodność art. 4 ust. 4 Konwencji z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji

5.1. Treść i wykładnia art. 4 ust. 4 Konwencji

Zgodnie z art. 4 ust. 4 CAHVIO: „W myśl postanowień niniejszej konwencji szczególne środki, konieczne by zapobiegać przemocy ze względu na płeć i chronić przed nią kobiety, nie są uznawane za dyskryminujące”. Tym samym Konwencja w swoim tekście **a priori i w sposób blankietowy przesądza o nieingerującym w zasadę równości charakterze środków mających zapobiegać przemocy ze względu na płeć (*gender based violence*)**. Wprowadza tym samym specyficzny sposób rozumienia dyskryminacji ze względu na płeć obcy polskiemu standardowi konstytucyjnym w tej mierze.

Dołączony do Konwencji Raport Wyjaśniający utrzymuje, że przepis ten jest analogiczny do unormowań art. 4 Konwencji CEDAW, który stanowi: „1. Wprowadzenie przez Państwa Strony tymczasowych zarządzeń szczególnych, zmierzających do przyspieszenia faktycznej równości mężczyzn i kobiet, nie będzie uważane za akt dyskryminacji w rozumieniu niniejszej konwencji, jednakże nie może w żaden sposób pociągać za sobą utrzymania nierównych lub odrębnych norm; zarządzenia te powinny być uchylone z chwilą osiągnięcia celów w zakresie równości szans i traktowania. 2. Wprowadzenie przez Państwa Strony specjalnych zarządzeń, w tym również zarządzeń przewidzianych w niniejszej konwencji, w celu ochrony macierzyństwa nie będzie uważane za akt dyskryminacji”.

W rzeczywistości jednak powołany przepis CEDAW w zasadniczy sposób różni się od unormowania z art. 4 ust. 4 Konwencji CAHVIO i to pod dwoma istotnymi względami. Po pierwsze, w art. 4 ust. 1 CEDAW mowa jest o „środkach szczególnych”

obliczonych na osiągnięcie faktycznej równości między kobietami i mężczyznami i dodatkowo o obowiązku **rezygnacji z tych środków** po osiągnięciu zamierzonego celu. Po drugie, podobnie jak cały tekst Konwencji CEDAW, przepis ten operuje konsekwentnie **biologicznym** sposobem rozumienia ludzkiej płciowości, co jasno wynika z art. 1 CEDAW, który definiując pojęcie dyskryminacji wobec kobiet posługuje się pojęciem płci (w wersji anglojęzycznej: *sex*)⁸⁶. **W wersji anglojęzycznej CEDAW termin „gender” w ogóle się nie pojawia.** Wyraźnie manifestuje się to również w ust. 2 tego przepisu, który mówi o niedyskryminacyjnym charakterze specjalnych środków, nie mających już wprawdzie charakteru tymczasowego, jednak odnoszących się wyłącznie do działań chroniących macierzyństwo⁸⁷. Tym samym art. 4 ust. 4 Konwencji CAHVIO w zasadniczy sposób różni się od analogicznych rozwiązań z Konwencji CEDAW. CAHVIO wyraźnie operuje paradygmatem genderowym wyraźnie dystansującym się od biologicznego wymiaru ludzkiej płciowości (wręcz ignorującym go) i nie ogranicza trwania w czasie specjalnych środków, o których niedyskryminacyjnym charakterze z góry przesądza.

5.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

Jako wzorzec kontroli art. 4 ust. 4 Konwencji, Wnioskodawcy wskazali art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji. Pierwszy spośród wskazanych przepisów stanowi, że: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”. Natomiast zgodnie z art. 33 ust. 1 Konstytucji: „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”. Przepisy te pozostają rzecz jasna w ścisłym związku z art. 32 ust. 1 oraz art. 33 ust. 2 Konstytucji. Zgodnie z zawartą w art. 32 ust. 1 Konstytucji zasadą równości, wszyscy są wobec prawa równi, natomiast na

⁸⁶ Art. 1 CEDAW stanowi: „W rozumieniu niniejszej konwencji określenie «dyskryminacja kobiet» oznacza wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych” (ang.: „*For the purposes of the present Convention, the term «discrimination against women» shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.*”).

⁸⁷ “[S]pecial measures ... aimed at protecting maternity”.

mocy zakazu nierównego traktowania wyrażonego w art. 32 ust. 2 Konstytucji, nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny. Szczególną egzemplifikacją tego zakazu dyskryminacji jest treść art. 33 ust. 1, zgodnie z którym kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym⁸⁸.

Konstytucyjna zasada równości rozumiana jest jako **wymóg traktowania równego, według jednakowej miary oraz bez dyskryminujących i faworyzujących różnicowań, wszystkich podmiotów prawa, które charakteryzują się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną)**. Dokonując oceny rozwiązań prawnych w świetle zasady równości należy rozważyć, czy możliwe jest wskazanie wspólnej cechy istotnej, która uzasadnia równe traktowanie podmiotów prawa, przy uwzględnieniu treści i celu danej regulacji prawnej⁸⁹. Różnicowania nie można dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium⁹⁰, ale musi być ono zawsze uzasadnione. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa, należy rozstrzygnąć:

- czy kryterium to jest racjonalnie uzasadnione (relewantne), a więc czy pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji oraz służy jego treści;
- czy rozstrzygnięcie ma charakter proporcjonalny, a więc czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania;
- czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami, czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych⁹¹.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego pokazuje wyraźnie, że problematyka dopuszczalności czynienia różnicowań sytuacji prawnej podmiotów musi być rozpatrywana zawsze w perspektywie konkretnych okoliczności. Oznacza to, że poza

⁸⁸ Zob. również: P. Sarnecki, *Idee przewodnie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy”, nr 5 (1997), s. 13.

⁸⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 maja 1998 r., sygn. akt K 37/97, OTK z 1998 r. Nr 3, poz. 33; por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 marca 2012 r., sygn. akt K 3/10, OTK ZU nr 3/A/2012, poz. 25; orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87, OTK z 1988 r., poz. 1; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 czerwca 2001 r. sygn. akt SK 6/01, OTK ZU nr 5/A/2001, poz. 121.

⁹⁰ Por. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 1994 r., sygn. akt K 3/94, OTK w 1994 r. cz. II, poz. 42; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96, OTK ZU 4/1996, poz. 33; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 września 1999 r., sygn. akt K 6/98, OTK ZU 6/1999, poz. 117.

⁹¹ Zob. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: z 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96; z 16 grudnia 1996 r., sygn. akt U 1/96, OTK ZU Nr 6(9)/1996 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 6 maja 1998 r., sygn. akt K 37/97.

stwierdzeniem podobieństwa podmiotów, których sytuacja prawna została ukształtowana odmiennie, zawsze należy brać pod uwagę również wartości i normy konstytucyjne, które uzasadniałyby wprowadzenie zróżnicowań. Wreszcie konieczna jest również ocena, czy pogorszenie czyjejs sytuacji prawnej pozostaje w proporcji do wagi interesów, których realizacji mają służyć zróżnicowania w sytuacji prawnej podmiotów podobnych.

W kontekście art. 33 ust. 1 chodzi o zróżnicowanie sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn, a terminy te rozumiane są w sposób odpowiadający naturalnemu pojęciu płci, w przypadku którego **kryterium odróżniającym jest struktura chromosomowa człowieka, odmienna dla płci żeńskiej i męskiej**. Teza ta znajduje oparcie w literaturze przedmiotu. Jak podkreśla W. Borysiak: „tylko takie różnice społeczne mogą być podstawą zróżnicowania pozycji kobiet i mężczyzn, które bezpośrednio wiążą się z różnicami biologicznymi (np. macierzyństwem oraz związaną z tym funkcją opieki nad nowonarodzonym dzieckiem)”⁹². Nie jest więc możliwe różnicowanie sytuacji prawnej kobiet i mężczyzn wyłącznie na płaszczyźnie społecznej, w zupełnym oderwaniu od biologicznych uwarunkowań tego stanu rzeczy.

5.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

Obowiązująca na gruncie art. 4 ust. 4 Konwencji konstrukcja apriorycznego założenia o niedyskryminacyjnym charakterze środków prawnych mających na celu zapobieganie przemocy ze względu na płeć – rozumianą, jak wiadomo, jako *gender-based violence*, a zatem zupełnie abstrahującą od płci naturalnej – jest nie do pogodzenia z konstytucyjnym modelem zakazu dyskryminacji i równości kobiet i mężczyzn w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym.

Przewidziane przez Konwencję w art. 4 ust. 4 blankietowe i aprioryczne uznanie, że wszelkie „szczególne środki, konieczne by zapobiegać przemocy ze względu na płeć i chronić przed nią kobiety, nie są uznawane za dyskryminujące” budzi zasadnicze wątpliwości konstytucyjne. Przepis ten całkowicie odwraca bowiem obowiązującą na gruncie konstytucji hierarchię, wprowadzając niewzruszalne domniemanie zasadności i proporcjonalności regulacji różnicujących sytuację mężczyzn i kobiet.

⁹² W. Borysiak, komentarz do art. 33, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, nb. 125.

W związku z powyższym zasadny jest zarzut, iż **art. 4 ust. 4 Konwencji jest niezgodny z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji przez to, że *a priori* przesądza o niedyskryminacyjnym charakterze szczególnych środków uznanych za niezbędne do zapobiegania i ochrony przed przemocą ze względu na płeć (*gender based-violence*).**

5.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

Jak wykazano w poprzednich częściach uzasadnienia (zob. przede wszystkim pkt 2 oraz pkt 3.1), Konwencja jest aktem prawnym, który w całości opiera się na założeniu o istotnym znaczeniu ideologicznego konstruktu płci społeczno-kulturowej (*gender*) dla powstania zjawiska przemocy, która w związku z tym określana jest jako „przemoc ze względu na płeć”, przy czym chodzi o tzw. płeć społeczno-kulturową. Jest to szczególnie widoczne w autentycznych wersjach Konwencji, który określa to zjawisko jako *gender-based violence* (*violence fondée sur le genre*). **Wszelkie preferencyjne uregulowania o charakterze procesowym oraz materialnoprawnym, jakie przewiduje Konwencja, są zatem adresowane zasadniczo do osób, które przyjmują „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”** (por. art. 3 lit. c Konwencji).

Jest to sprzeczne z koncepcją równości kobiet i mężczyzn, jaka wynika z art. 33 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten opiera się bowiem o biologiczne rozumienie płci. **Preferencyjna sytuacja prawna kobiet może wprawdzie wynikać z przyczyn społecznych, ale jedynie jeżeli pozostają one w ścisłym związku z uwarunkowaniami biologicznymi** (jak przykładowo rola matki). Oznacza to, że podstawową przyczyną pozwalającą na dyferencjację sytuacji prawnej podmiotów na gruncie art. 32 ust. 1 Konstytucji – tak by zarazem nie stanowiła ona dyskryminacji zakazanej przez art. 33 ust. 2 Konstytucji – jest odmienność ich cech uwarunkowanych biologicznie, których pochodną mogą być ewentualne różnice społeczne (niemające jednak samodzielnego charakteru).

Tymczasem przepisy Konwencji różnicują sytuację podmiotów **nie ze względu na odmienności natury biologicznej** (kobieta jako zazwyczaj fizycznie słabsza może łatwiej paść ofiarą przemocy), a wyłącznie **z uwagi na przyjmowanie przez bliżej niesprecyzowaną z biologicznego punktu widzenia część społeczeństwa**

„społecznie skonstruowane ról, zachowań, działań i atrybutów, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”. Tego rodzaju stan rzeczy jest wykluczony na gruncie polskiej ustawy zasadniczej, prowadząc do oczywistej konstatacji, że mężczyzna przyjmujący „role społeczne właściwe kobiecie” byłby objęty szczególną ochroną prawną, jaka powinna zostać wprowadzona do polskiego porządku prawnego na skutek realizacji obowiązków konwencyjnych, podczas gdy kobieta, która role te odrzuca, przyjmując „role, zachowania, działania i atrybuty”, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla mężczyzn, z ochrony takiej nie skorzysta. Tego rodzaju kryterium – jako oderwane od uwarunkowań biologicznych – stoi w sprzeczności z modelem równości kobiet i mężczyzn przyjętym na gruncie art. 33 ust. 1 Konstytucji, prowadząc zarazem do dyskryminacji, która zakazana jest na podstawie art. 32 ust. 2 Konstytucji.

Z uwagi na powyższe nie ulega wątpliwości, że art. 4 ust. 4 Konwencji jest niezgodny z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji.

VI. Niezgodność art. 6 Konwencji z art. 2, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz z art. 33 ust. 1 Konstytucji

6.1. Treść i wykładnia art. 6 Konwencji

Zgodnie z art. 6 Konwencji: „Strony zobowiązują się uwzględniać perspektywę płci w toku wdrażania i oceniania wpływu postanowień niniejszej konwencji oraz zobowiązują się promować i wdrażać politykę równości kobiet i mężczyzn oraz umacniania samodzielnej pozycji kobiet” (w wersji anglojęzycznej, będącej tekstem autentycznym: *Parties shall undertake to include a gender perspective in the implementation and evaluation of the impact of the provisions of this Convention and to promote and effectively implement policies of equality between women and men and the empowerment of women.* Analogicznie w drugiej, francuskojęzycznej, wersji językowej: *Les Parties s’engagent à inclure une perspective de genre dans la mise en œuvre et l’évaluation de l’impact des dispositions de la présente Convention et à promouvoir et mettre en œuvre de manière effective des politiques d’égalité entre les femmes et les hommes, et d’autonomisation des femmes* – podkreślenia pochodzą od Wnioskodawców).

Na mocy art. 6 Konwencji Strony zobowiązują się zatem w istocie do uwzględniania perspektywy płci społeczno-kulturowej – **co trafniej ujęto w tekście anglojęzycznym CAHVIO jako *gender perspective*** – w toku wdrażania i oceniania wpływu postanowień tej Konwencji oraz zobowiązują się promować i wdrażać politykę równości kobiet i mężczyzn oraz pełnego usamodzielnienia się kobiet. W świetle założeń wyłuszczonych w preambule do Konwencji (akapit 7, 8, 9) oraz w art. 1 pkt (b); art. 3 pkt (a) i (d) oczywistym jest, że „**perspektywa *gender***” determinuje nie tylko sposób pojmowania przemocy względem kobiet, ale również i sposób pojmowania polityki równościowej oraz zagadnienie pełnego usamodzielnienia się kobiet. Dodać należy, że odmienne rozumienie tego przepisu (przypisując użytemu w nim terminowi „płeć” znaczenie „płci biologicznej”, nie zaś „płci społeczno-kulturowej”), wyklucza zasadniczo poprawne wykonanie Konwencji z punktu widzenia oceny, dokonywanej z uwzględnieniem tekstów autentycznych (francuskiego oraz angielskiego).

Zgodnie z Raportem Wyjaśniającym zobowiązanie wynikające z niego dla Stron CAHVIO dotyczy wszystkich pozostałych przepisów Konwencji⁹³, zaś analogiczne zobowiązanie powtórzone jest dodatkowo w art. 18 ust. 3, art. 49 ust. 2 i art. 60 CAHVIO.

Dotychczasowa praktyka powołanego na mocy Konwencji komitetu eksperckiego GREVIO, którego zadaniem jest monitorowanie wdrażania jej postanowień przez Państwa-Strony, sugeruje wykorzystanie art. 6 Konwencji w sposób budzący daleko idące zaniepokojenie. Przykładowo w stosunku do Austrii GREVIO sformułowało postulat intensyfikacji polityki propagowania poglądu, że głównym źródłem przemocy jest **nierówność płci społeczno-kulturowych** (*gender inequality*) poprzez legislację, podnoszenie świadomości, edukację publiczną oraz **zmianę kulturową** (*cultural change*)⁹⁴. Celem powinno być **wykorzenienie głównych przyczyn przemocy wobec kobiet, za które uznaje się również „postawy antyfeministyczne”** (*anti-feminist attitudes*)⁹⁵. Zalecenia GREVIO przypominają bardziej neomarksistowski manifest ideologiczny, niż ocenę zespołu eksperckiego.

6.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

⁹³ Expl.Rep. pkt 61.

⁹⁴ GREVIO, *Evaluation Report...*, op. cit. Austria, s. 24 oraz 56.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 24.

W *petitum* wniosku jako wzorzec kontroli konstytucyjności wskazano art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z art. 2 Konstytucji „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Art. 18 Konstytucji stanowi natomiast: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Stosowanie do treści art. 25 ust. 2 ustawy zasadniczej: „Władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym”. Zaś art. 32 ust. 2 Konstytucji stanowi: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”, a art. 33 ust. 1 Konstytucji: „Kobieta i mężczyzna w Rzeczypospolitej Polskiej mają równe prawa w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym”.

Wykładnia art. 2, art. 18, art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 ustawy zasadniczej została już przedstawiona powyżej (zob. punkty 3.2, 4.2 oraz 5.2 uzasadnienia). Zwłaszcza w kontekście niezwykle pojemnego normatywnie art. 2 Konstytucji podkreślić należy doniosłość dokonanej w punkcie 3.2 wykładni tego przepisu w zakresie kontroli konstytucyjności art. 6 Konwencji. W toku dalszego wywodu skupić się należy na wykładni niepodnoszonego dotychczas art. 25 ust. 2 Konstytucji.

Jak już wskazano, zgodnie z art. 25 ust. 2 Konstytucji RP „władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym” (dalej **zasada bezstronności**). Bezstronność ta nie jest więc celem samym w sobie, ale służyć ma **zapewnieniu swobody wyrażania przekonań (religijnych, światopoglądowych i filozoficznych) w życiu publicznym**. Władze publiczne poprzez zaangażowanie w sprawy religijnych, światopoglądowych i filozoficznych mogą bowiem utrudnić, a nawet uniemożliwiać wyrażanie obywatelom ich przekonań. W ten sposób władze publiczne stawałyby się stroną (aktywnym uczestnikiem) w sporach o charakterze światopoglądowym, co byłoby naruszeniem art. 25 ust. 2 Konstytucji.

Zasada bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych pozostaje tym samym w ścisłym związku z konstytucyjną zasadą dobra wspólnego (art. 1 Konstytucji) będąc środkiem zapewniającym harmonijne stosunki między ludźmi o różnych przekonaniach oraz

między grupami społecznymi wyznającymi odmienne przekonania religijne, światopoglądowe i filozoficzne wyznaczając granice działania władzy praktycznie we wszystkich sferach życia⁹⁶.

Zasada bezstronności „obejmuje także zachowanie jednakowego dystansu wobec formułowanych przez poszczególne grupy społeczne przekonań religijnych, światopoglądowych, czy filozoficznych na temat miejsca człowieka w świecie, natury świata, systemu wartości itp.”⁹⁷. W konsekwencji **państwo nie prowadzi żadnej indoktrynacji swoich obywateli**, nie popiera określonej koncepcji życia, nie preferuje jakichkolwiek orientacji filozoficznych, światopoglądowych, religijnych.

Wychodząc od słownikowego znaczenia terminu „bezstronność”, który oznacza **„brak uprzedzeń; obiektywizm”**⁹⁸, Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż zasada bezstronności nakazuje władzom publicznym jednakowe traktowanie wszystkich przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych⁹⁹. Za L. Garlickim wskazuje się w orzecznictwie Trybunału, iż treścią tej zasady „rozpatrywanej w perspektywie instytucjonalnej jest przede wszystkim zakaz ingerencji władz publicznych w sferę światopoglądową (...). Bezstronność wyklucza więc „wszelkie uprzedzenia i zakłada zachowanie jednakowego dystansu wobec określonych podmiotów”¹⁰⁰. Nie wyklucza jednak podejmowania pozytywnych działań w celu zapewnienia możliwie najszerszej wolności światopoglądowej wszystkim osobom w warunkach demokratycznego i pluralistycznego społeczeństwa. Podejmując takie działania, władze publiczne powinny przestrzegać zasad **obiektywizmu i jednakowości** traktowania stanowisk światopoglądowych¹⁰¹.

Zakres zasady bezstronności wyznaczają trzy kategorie: „religia”, „światopogląd” i „filozofia”. Pojęcia te opisują poszczególne sfery objęte nakazem zachowania bezstronności, przy czym w doktrynie podnosi się brak rozłączności pomiędzy zakresami tych kategorii i związaną z tym niecelowość dokonywania ostrych dystynkcji pomiędzy poszczególnymi przestrzeniami bezstronności. Chociaż w

⁹⁶ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 grudnia 2009 r., sygn. akt K 55/07, 167/11/A/2009, pkt 9, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 czerwca 2011 r., sygn. akt K 3/09, 39/5/A/2011, pkt 3.4.2.

⁹⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 25 ust. 3; por. M. Pietrzak, *Prawo wyznaniowe*, Warszawa 2013, s. 95.

⁹⁸ *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, Warszawa 1995, t. 1, s. 142.

⁹⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 czerwca 2011 r., sygn. akt K 3/09.

¹⁰⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 grudnia 2009 r., sygn. akt K 55/07, pkt 9; zob. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 8 czerwca 2011 r., sygn. akt K 3/09, pkt 3.5.4.

¹⁰¹ Por. J. Szymanek, *Stosunki wyznaniowe we współczesnej Polsce (elementy prawa i praktyki)*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej a stosunki wyznaniowe*, red. Cz. Janik, Toruń 2005, s. 89.

doktrynie i w orzecznictwie najwięcej uwagi poświęca się bezstronności religijnej, to podkreślić należy, że konkretny światopogląd nie musi wynikać z przekonań religijnych, może mieć wręcz charakter antyreligijny (np. światopogląd materialistyczny właściwy dla marksizmu). Z pewnością natomiast u źródeł każdego światopoglądu można odnaleźć określone założenia filozoficzne, nawet jeśli nie zawsze są one uświadamiane czy precyzowane przez jego zwolenników.

Pojęcie „**światopogląd**” można zdefiniować jako „zespół ogólnych przekonań i twierdzeń składających się na stosunkowo spójny – przynajmniej w oczach jego zwolenników czy wyznawców – i całościowy obraz rzeczywistości (tego, co istnieje) oraz związanych z nimi ocen i norm wyznaczających postawy i ukierunkowujących postępowanie podmiotu względem siebie i otoczenia”¹⁰², a w nieco innym ujęciu światopogląd stanowi też „wyraz interpretacji świata zawierający oceny i normy, wypływający z naszej wiedzy i uznawanych wartości”¹⁰³. W rezultacie można uznać, iż światopogląd opiera się na ocenie i interpretacji ograniczonego spektrum faktów, które zostają na jego gruncie uznane za mające istotne znaczenie dla kształtu rzeczywistości, przy czym z reguły jedynie niektórym faktom przypisuje się istotne znaczenie. W tym kontekście może pojawić się sytuacja, gdy twierdzenia światopoglądowe rozmiągają się z wieloma innymi, łatwymi do zaobserwowania faktami. Jeżeli sytuacja taka nie prowadzi do rewizji twierdzeń światopoglądowych, a niekiedy może wzmacniać wręcz upór jego zwolenników (wyznawców), wówczas twierdzenia światopoglądowe uzyskują charakter ideologii.

Twierdzenia światopoglądowe różnią się między sobą pod względem relacji, jaka zachodzi w ich obrębie między ich warstwą deskryptywną (interpretacją rzeczywistości) a warstwą proaktywną, czyli intensywnością i zakresem koniecznych, w myśl danej perspektywy światopoglądowej, przekształceń. Twierdzenia światopoglądowe zawsze zawierają obydwa te składniki (deskryptywny i proaktywny), tylko zazwyczaj w bardzo różnym stopniu. Te, które stanowią głównie interpretację rzeczywistości, wpływają na jej kształt w bardzo wąskim zakresie, w jakim osoby kierują się swym światopoglądem w ich życiu prywatnym. Dają one też wyraz zasadniczo akceptacji istniejącego społecznego *status quo*. Tego typu treści światopoglądowe podlegają ochronie właściwej dla ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz wolności

¹⁰² *Mały słownik terminów i pojęć filozoficznych*, oprac. A. Posiad, Z. Więckowski, Warszawa 1983, s. 388.

¹⁰³ P. Kamela, *O pojęciu światopoglądu*, „*Studia Iuridica*”, t. XXXIV (1997), s. 24.

sumienia i religii oraz znacznie rzadziej stają się relewantne w kontekście art. 25 ust. 2 Konstytucji RP, bowiem z reguły nie mają społeczno-politycznej ambicji wpływania na decyzje władz publicznych.

Są jednak stanowiska światopoglądowe wyrażające zasadniczą krytykę istniejącego społecznego *status quo*, które nie zadawalają się (lub uważają to za pozbawione znaczenia) przekształceniem rzeczywistości w wymiarze prywatnym, formułują natomiast radykalne projekty przebudowy społecznej. Tego typu stanowiska są szczególnie intensywnie relewantne z perspektywy ochrony bezstronności światopoglądowej państwa (łatwo mogą inspirować jej naruszenia).

Biorąc pod uwagę zaproponowane powyżej dwie dystynkcje w obrębie pojęcia światopogląd (stosunek do faktów i oraz relację między składnikiem deskryptywnym i proaktywnym) można stwierdzić występowanie istotnej pomiędzy nimi korelacji. Stanowiska światopoglądowe krytyczne, które będą zmierzać ku gruntownej przebudowie społecznego *status quo*, będą jednocześnie częściej nieczułe na podnoszone rozbieżności między głoszonymi twierdzeniami i faktami. Łatwym wytłumaczeniem braku przystawalności między głoszonymi teoriami i faktami jest stwierdzenie, że przystawalność ta nastąpi dopiero po pełnej realizacji ich postulatów. Najpierw należy określoną wizję światopoglądową (ideologię) zrealizować, by móc ocenić jej prawdziwość.

Uogólniając wnioski wynikające z orzeczenia TK w sprawie U 10/07 (pkt V.5), dotyczącej nade wszystko bezstronności w wymiarze religijnym, można stwierdzić, że wyrażona w art. 25 ust. 2 Konstytucji zasada bezstronności zabrania takich działań państwa (władz publicznych), które zmierzałyby do podporządkowania życia społecznego jednemu stanowisku światopoglądowemu przy dyskryminacji innych stanowisk, zwłaszcza jeśli te znajdują swoją afirmację w tekście Konstytucji. Zasada bezstronności nie może nie zauważać faktycznej pozycji poszczególnych stanowisk światopoglądowych, a zatem oznacza też **akceptację przez państwo istniejącego *status quo*** w zakresie struktury światopoglądowej społeczeństwa. W efekcie jedyna dopuszczalna zmiana istniejącego *status quo* w sferze struktury światopoglądowej jest możliwa „jednakże bez ingerencji państwa”. Jakakolwiek zmiana w tej strukturze może następować jedynie „w sposób «naturalny», w wyniku ewolucji struktury świadomości społecznej, przy istniejącej swobodzie przekonań religijnych czy światopoglądowych i

swobodzie wyboru dokonywanego przez każdą jednostkę”¹⁰⁴. Oznacza to, że Państwo nie może angażować się w działania mające na celu dokonanie zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowań obywateli pod dyktando określonych teorii światopoglądowych i tym samym nie może się do tego również zobowiązać. Jaskrawo niezgodne z art. 25 ust 2 Konstytucji byłyby zatem zobowiązania do podjęcia przez państwo szeroko zakrojonych działań mających na celu przebudowę istniejących struktur społecznych pod dyktando określonych twierdzeń światopoglądowych. Działania tego typu poważnie ograniczałyby bowiem autonomię obywateli, wyrażającą się m.in. w swobodzie kształtowania swojej sfery życia prywatnego.

6.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

Art. 6 Konwencji nakłada na Państwa-Strony obowiązek uwzględniania ideologicznej, a zarazem bliżej niesprecyzowanej „perspektywy *gender*” nie tylko w zwalczaniu *gender-based violence* (co byłoby dość oczywiste), ale we wdrażaniu i ocenie wpływu przepisów Konwencji oraz promowania i skutecznego wdrażania polityki równouprawnienia pomiędzy kobietami a mężczyznami oraz wzmocnienia pozycji kobiet. Oczywiście polityka równouprawnienia pomiędzy kobietami a mężczyznami oraz wzmocnianie pozycji kobiet są zakresowo o wiele szersze niż samo zwalczanie przemocy ze względu na płć społeczno-kulturową. Może to rzutować na wiele dziedzin życia społecznego, w tym również na potwierdzoną konstytucyjnie naturalną tożsamość małżeństwa. Jak wiadomo samo pojęcie *gender* jest nacechowane ideologicznie, a zatem uwzględnienie *gender perspective* to w istocie krzewienie określonej ideologii, co jest niedopuszczalne ze względu na treść art. 25 ust. 2 Konstytucji.

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że **art. 6 Konwencji jest niezgodny z art. 2, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz z art. 33 ust. 1 Konstytucji przez to, że posługując się pojęciem płci społeczno-kulturowej, wprowadzającym stan niepewności prawnej co do rozumienia pojęcia płci w porządku prawnym, zobowiązuje Państwo-Stronę do krzewienia określonego światopoglądu, odwołującego się do pojęcia płci społeczno-kulturowej i kategorii *gender* naruszając konstytucyjną zasadę bezstronności władz publicznych.**

¹⁰⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 grudnia 2009 r., sygn. akt U 10/07, pkt V.5.

6.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

Przewidziane w CAHVIO rozwiązania stanowią wyraz określonego stanowiska światopoglądowego, które tłumaczy kształt istniejących instytucji życia społecznego w wymiarze globalnym i ponadczasowym. Jednocześnie tezy, z których wypływają regulacje składające się na treść Konwencji, zwłaszcza zaś tezy tłumaczące naturę i przyczyny przemocy względem kobiet, są tezami budzącymi wiele kontrowersji. Do tych należy zaliczyć:

- 1) przekonanie o tym, że **manifestowanie się biologicznych różnic między kobietami a mężczyznami w wymiarze społeczno-kulturowym prowadzi do powstawania stereotypów rodzajowych** (genderowych) generujących nierówności społeczne i praktyki dyskryminacji i wreszcie **przemoc w życiu społecznym**,
- 2) przekonanie, że **likwidacja przemocy jest możliwa dzięki społecznej zmianie (rekonstrukcji) polegającej na wykorzenieniu „stereotypów genderowych”** (stereotypowych ról kobiet i mężczyzn – art. 12 ust. 1 CAHVIO) i **obowiązkowej promocji niestereotypowych ról genderowych** (art. 14 ust. 1 CAHVIO).

Te dwa podstawowe twierdzenia co do przyczyn i sposobów zapobiegania przemocy wyznaczają „perspektywę płci” społeczno-kulturowej (*gender perspective*), której uwzględnienie stanowi obowiązek Państwa-Strony, powstający z chwilą ratyfikacji Konwencji na podstawie art. 6 CAHVIO i konkretyzowanej później w art. 18 ust. 3, art. 49 ust. 2 i art. 60 CAHVIO.

Uwzględniając powyższe, istotnym zagadnieniem jest możliwość empirycznej weryfikacji zasadności „perspektywy płci” społeczno-kulturowej. Założenia te mają wyraźnie światopoglądowy (ideologiczny) charakter, niezależnie od towarzyszącego im sztafażu „naukowości”. Warto zaznaczyć, że **podobny naukowy sztafaż podbudowany akademicką instytucjonalizacją, towarzyszył teorii głoszącej, jakoby likwidacja własności prywatnej środków produkcji prowadzić miała do eliminacji wyzysku i przemocy w życiu społecznym**. Historia zweryfikowała negatywnie to założenie i dziś powszechna jest świadomość, że była to ideologiczna teza światopoglądowa. *Notabene* podbudowa teoretyczna dla *gender perspective* wyrasta z tego samego rdzenia ideowego (marksizmu).

Niezależnie jednak od oceny poprawności założeń ideowych konwencji CAHVIO, z całą pewnością można stwierdzić, że **sytuacja społeczna, w której biologiczne różnice między kobietami i mężczyznami nie znajdowałyby wyrazu w społecznie skonstruowanych rolach, praktykach i atrybutach, nigdy dotąd nie istniała w historii ludzkości**. Nie sposób zatem odwołać się do empirycznych faktów uprawdopodobniających poprawność teorii o genderowych uwarunkowaniach przemocy (*gender-based violence*), zwłaszcza zaś o skuteczności strategii wykorzeniania ról kobiecych i męskich lub o promocji ról niestereotypowych. Co więcej, fragmenty Raportu Wyjaśniającego dotyczące zobowiązań z art. 12 ust. 1 CAHVIO budzą poważny niepokój, ze względu na intensywność ingerencji państwa w sferę indywidualnej autonomii. Mówi się tam o konieczności wykorzeniania „uprzedzeń, zwyczajów, tradycji” i innych praktyk, które uznane zostaną za stereotypy – konieczne jest „promowanie zmian w mentalności i postawach jednostek” i „dotarcie do serc i umysłów ludzi” w tym zakresie. Co więcej, nie chodzi bynajmniej o sprawców przemocy, ale o osoby, które przez swe zachowania mogą przyczyniać się do utrwalania *gender based-violence*¹⁰⁵.

Doświadczenia kultury polskiej zdają się potwierdzać stanowisko wręcz przeciwne względem tych założeń. Wystarczy stwierdzić, że określenie „damski bokser” ma jednoznacznie pejoratywny, wręcz pogardliwy, charakter i wskazuje na jednoznaczny brak przyzwolenia dla przemocy względem kobiet na gruncie „tradycyjnych” społeczno-kulturowych modeli przeżywania kobiecości i męskości. Zjawiska przemocowe właściwe są raczej dla środowisk, które albo nie potrafią w ogóle funkcjonować zgodnie z obowiązującymi kulturowymi normami obowiązującymi w relacjach kobiet i mężczyzn albo przynajmniej nie potrafią tego czynić w sposób konsekwentny.

O światopoglądowym charakterze założeń *gender-based violence* świadczy również to, że twórcy Konwencji, przyznając werbalnie fakt, że przemoc względem kobiet i przemoc domowa są zjawiskami złożonymi, które dla pełnego zrozumienia wymagają uwzględnienia różnorodnych podejść i ich kojarzenia¹⁰⁶, uznają jednak,

¹⁰⁵ Expl.Rep. pkt 85: „Parties to the Convention are therefore required to take measures that are necessary to promote changes in mentality and attitudes. The purpose of this provision is to reach the hearts and minds of individuals who, through their behaviour, contribute to perpetuate the forms of violence covered by the scope of this Convention”.

¹⁰⁶ Expl.Rep. pkt 25: „Violence against women and domestic violence are complex phenomena and it is necessary to use a variety of approaches in combination with each other in order to understand them.”

nawiązując do unormowania art. 6 CAHVIO, że adekwatną odpowiedzią na tę złożoność jest właśnie genderowe rozumienie przemocy (*gendered understanding of violence*) i dlatego to ono ma być podstawą wszelkich działań chroniących i wspierających ofiary (niejako *ex definitione* „genderu kobiecego”). Podkreślić jednocześnie należy, że owo genderowe rozumienie przemocy ma być rozpatrywane w wyrażnie politycznym kontekście problematyki dyskryminacji¹⁰⁷.

W ten sposób, pomimo werbalnego przyznania złożoności regulowanej problematyki, *de facto* CAHVIO narzuca jedynie słuszny sposób jej pojmowania i reagowania na nią. Tymczasem, jak wskazuje się w „Diagnozie dotyczącej osób stosujących przemoc w rodzinie” stanowiącej komentarz do wyników badań zawartych w raporcie z badania eksperckiego zrealizowanego na zamówienie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej w 2011 r., „zjawisko przemocy w rodzinie jest zawsze wynikiem wielu różnych, nakładających się czynników, które w efekcie doprowadzają do zachowań przemocowych w stosunku do najbliższych – np. finansowych, zawodowych, zdrowotnych”¹⁰⁸. W związku z tym na gruncie literatury przedmiotu wskazuje się różne koncepcje naukowe i ich klasyfikacje, warunkujące powstawanie przemocy w rodzinie, w szczególności: biologiczne (jak np. mikrouszkodzenia układu nerwowego, czy mające pośredni wpływ cechy temperamentalne oraz oddziaływania hormonalne), psychologiczne (jak np. brak odpowiednio rozwiniętej samokontroli, deprywacja potrzeb, zinternalizowane postawy usprawiedliwiające przemoc), środowiskowe, w tym uczenie przez obserwację (środowiska, w których akceptuje się przemoc, realizuje cele łamiąc prawo; do wpływów środowiskowych zalicza się też ekspozycję na przemoc w mediach), substancje chemiczne (alkohol, narkotyki, powodujące osłabienie zdolności do samokontroli)¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Expl.Rep. pkt. 43: „Elsewhere, the Convention calls for a gendered understanding of violence against women and domestic violence as a basis for all measures to protect and support victims. This means that these forms of violence need to be addressed in the context of the prevailing inequality between women and men, existing stereotypes, gender roles and discrimination against women in order to adequately respond to the complexity of the phenomenon.”

¹⁰⁸J. Banasiuk (red.) *et al.*, *op. cit.*, s. 29.

¹⁰⁹ J. Szymańczyk, *Przemoc w rodzinie. Zarys problematyki*, Kancelaria Sejmu. Biuro studiów i ekspertyz. Wydział analiz ekonomicznych i społecznych, Raport 2000, nr 181, s. 4, http://biurosejmu.gov.pl/teksty_pdf_00/r-181.pdf (dostęp: 23 grudnia 2018 r.). Por. również: E. Dąbrowska, *Przemoc w rodzinie jako zjawisko społeczne* (w:) E. Kowalewska-Borys (red.), *Problematyka przemocy w rodzinie. Podstawowe środki prawne ochrony osób pokrzywdzonych*, Warszawa 2012, s. 16-17; http://www.niebieskalinia.pl/przewodnik_ustawa/poradnik_-_eksperci_radza/01_Jerzy_Mellibruda.pdf, s. 2 (dostęp: 23 grudnia 2018 r.); D. Rode, *Psychologiczne uwarunkowania przemocy w rodzinie. Charakterystyka sprawców*, Katowice 2010, s. 1 i n.

Z przeprowadzonych – i znanych już przed ratyfikacją Konwencji przez Prezydenta – **badan i sprawozdan z realizacji Krajowego Programu Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie wynika, że „występowanie przemocy w rodzinie często związane jest z problemem różnego rodzaju uzależnień”¹¹⁰**, podkreślając powszechną wiedzę o korelacji „problemu przemocy i agresji z uzależnieniami, głównie problemem alkoholowym”¹¹¹. Przedmiotowe ustalenia pozostają spójne z danymi pochodzącymi ze statystyk policyjnych¹¹². Poza alkoholizmem zwraca się uwagę na **uzależnienia od narkotyków, leków, hazardu, seksu, pornografii czy Internetu, jako związanych z występowaniem przemocy domowej**¹¹³. Wśród innych czynników warunkujących zjawisko przemocy wskazuje się m.in. trudną sytuację finansową, bezrobocie, media, zmiany wzorców, upadek autorytetów¹¹⁴. Utrzymuje się także, że zachowania przemocowe są niekiedy sygnałem o występowaniu trudności, np. nagromadzeniu frustracji, nieumiejętności rozwiązywania problemów i poradzenia sobie w trudnych sytuacjach życiowych itp.¹¹⁵ Ponadto, **za jedną z przyczyn stosowania przemocy domowej uważa się „postępujące rozluźnienie norm społecznych”¹¹⁶**. Jest to spójne z wnioskami z badań empirycznych nad skuteczną profilaktyką problemów dzieci i młodzieży¹¹⁷, zgodnie z którymi **dobrze, silne więzi z rodzicami są kwalifikowane jako najistotniejszy czynnik chroniący w zakresie wszelkich dziedzin profilaktyki, w szczególności profilaktyki przemocy czy profilaktyki przeciwalkoholowej**¹¹⁸. Wreszcie, jak wynika z badań Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego, istnieje istotny związek pomiędzy

¹¹⁰ J. Banasiuk (red.) *et al.*, *op. cit.*, s. 29.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 29-30.

¹¹² Jak wynika z danych za 2017 r., 60,91% sprawców podejrzewanych o przemoc była pod wpływem alkoholu – zob.: <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

¹¹³ J. Banasiuk (red.) *et al.*, *op. cit.*, s. 30, 52.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 31.

¹¹⁷ Zob. dane Instytut Profilaktyki Zintegrowanej, które udostępnione są pod poniższym adresem internetowym: http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/badania_ipz.pdf (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

¹¹⁸ S. Grzelak, *Konwencja Rady Europy: profilaktyka problemów dzieci i młodzieży*, (w:) *Ratyfikacja Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej – następstwa dla jednostki, społeczeństwa i państwa. Materiały z Konferencji 4 lutego 2014 r., Sejm RP, Poznań 2014*, s. XII-XIII.

przedmiotowym ukazywaniem kobiecej seksualności w mediach i reklamie a przemocą wobec kobiet¹¹⁹.

W kontekście tych danych na temat zjawisk przemocy domowej i przemocy wobec kobiet, znamienne jest to, że **Konwencja w zakresie przeciwdziałania przemocy nie wspomina nawet o problematyce uzależnień, koncentrując się wyłącznie na konieczności zmiany społecznej i wykorzenienia stereotypowych ról kobiecych i męskich**. W zakresie zaś negatywnego oddziaływania mediów, Konwencja zobowiązuje Strony zaledwie do zachęcania sektora prywatnego, sektora technologii informacyjnych i komunikacyjnych oraz środków masowego przekazu do brania udziału w opracowywaniu i wdrażaniu odpowiednich strategii, wytycznych i zasad wewnętrznych mających służyć zapobieganiu przemocy wobec kobiet (art. 17 pkt 1 CAHVIO). Przepis ten razi oględnością w zestawieniu z zobowiązaniem Stron do wykorzeniania stereotypowych ról kobiet i mężczyzn z art. 12 pkt 1 CAHVIO lub obowiązkiem upowszechniania wiedzy o niestereotypowych rolach genderowych w programach nauczania na wszystkich jego poziomach.

Tym samym Konwencja nie tylko narusza wywodzony przez Trybunał Konstytucyjny z zasady bezstronności zakaz ingerowania władz publicznych w sferę światopoglądową, jak i nakaz traktowania wszystkich wspólnot światopoglądowych z jednakową miarą, bez okazywania im sympatii czy dezaprobaty. Nakłada też na władze publiczne w RP obowiązek podejmowania działań, które nie tylko nie prowadzą do powiększania wolności i pluralizmu światopoglądowego w demokratycznym i pluralistycznym społeczeństwie, lecz przeciwnie, skutkują zawężeniem (ograniczeniem) dotychczasowej sfery tej wolności poprzez podporządkowanie działań państwa w ważnej sferze życia społecznego określonym założeniom światopoglądowym.

Wynikający z Konwencji stan normatywny jest nie tylko niezgodny z art. 25 ust. 2 Konstytucji RP, ale istnieją też racjonalne powody, by przewidywać, że światopoglądowo zaangażowane rozwiązania konwencyjne będą eskalować zjawiska, z którymi *de nomine* chcą walczyć. Wskazują na to porównawcze badania socjologiczne przeprowadzone w 2013 r. przez Agencję Praw Podstawowych UE (badania, jak dotąd, niestety nie zostały powtórzone)¹²⁰. Doświadczenia krajów, w których od dawna, z dużym nakładem

¹¹⁹ American Psychological Association, Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls, <http://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report-full.pdf>, s. 33 (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

¹²⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results*, Luxembourg 2014.

środków, wdraża się działania inspirowane przez teorię *gender-based violence* tworzą kolejną przesłankę wskazującą na ideologiczny charakter tej teorii. Co więcej, stanowią one jednocześnie negatywną weryfikację poprawności tej teorii.

Jako ilustracja zjawiska posłuży przykład dwóch krajów zaawansowanych w walce z przemocą wobec kobiet pojmowaną w kategoriach *gender-based violence*, a mianowicie Szwecji i Finlandii. Kraje te, w świetle badań przeprowadzonych według tej samej metodologii we wszystkich krajach UE w 2013 r. przez Agencję Praw Podstawowych UE, należą do krajów o najwyższym poziomie przemocy względem kobiet (zajmują odpowiednio trzecie i drugie miejsce w ogólnej kwalifikacji poszczególnych państw członkowskich UE).

- a) **W Szwecji**, genderowy sposób rozumienia przemocy wobec kobiet zaczął dominować w polityce antyprzemocowej w ostatniej dekadzie XX w., co można wiązać z wydaniem w 1992 r. Ogólnego Zalecenia 19 przez Komitet CEDAW, uznającego, że przemoc względem kobiet należy na gruncie konwencji CEDAW pojmować jako *gender-based violence* i jako formę dyskryminacji kobiet. Warto przy tym zauważyć, że jeszcze w 1991 r. w Szwecji posługiwano się zupełnie innym podejściem do zwalczania dyskryminacji i ludzkiej płciowości, czego wyrazem jest złożony w 1991 r. raport do komitetu CEDAW, nieoperujący kategoriami płci społeczno-kulturowej (choć pojawiają się tam odniesienia do ról kobiet i mężczyzn, konieczności ich zmiany czy konwergencji, ale nie w oparciu o pojęcie *gender*)¹²¹. Po przyjęciu Zalecenia Ogólnego nr 19 Komitetu CEDAW (1992), w 1993 r. powołano Komisję ds. przemocy wobec kobiet (*Commission on Violence Against Women*), która „została ustanowiona w celu analizy (zbadania) problematyki przemocy wobec kobiet z żeńskiej perspektywy i zaproponowania środków przeciwdziałających tej przemocy”¹²². Żeńska perspektywa przemocy stała się jednocześnie synonimem perspektywy feministycznej, co w ujęciu Komisji sprowadzało się do uznania, że „przemoc musi być postrzegana z perspektywy

¹²¹ CONSIDERATION OF REPORTS SUBMITTED BY STATE PARTIES UNDER ARTICLE 18 OF THE CONVENTION : COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (CEDAW) : 3RD PERIODIC REPORTS OF STATES PARTIES : SWEDEN, CEDAW/C/18/Add.1, 10.04.1991 – document dostępny pod adresem internetowym Wysokiego Komisarza ONZ do spraw praw człowieka: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2f18%2fAdd.1&Lang=en (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

¹²² *Committee directive* 1993:88, s. 1.

władzy płci”¹²³. Tym samym „przemoc w związkach heteroseksualnych uznana została za kulturowo wykształcony przejaw dominacji mężczyzn i dyskryminacji kobiet (SOU 1995:60, zmiany: 1997/1998:55, SOU 2002:71, 11)”¹²⁴. Konsekwentnie, w ocenie Komisji ds. przemocy wobec kobiet, znaczącą rolę w zwalczaniu przemocy względem kobiet odgrywa społeczeństwo, dzielące władzę i kontrolę równo pomiędzy kobietami a mężczyznami¹²⁵.

Jednocześnie, polityka antyprzemocowa stała się elementem szerszej strategii antydyskryminacyjnej opartej na paradygmacie płci społeczno-kulturowej. W 1994 r. szwedzki parlament przyjął rządową ustawę o równości kobiet i mężczyzn o tytule w tłumaczeniu na j. ang.: „*Shared Power – Shared Responsibility*” (współdzielona władza – współdzielona odpowiedzialność)¹²⁶. Ustawa ta zawierała wytyczne dotyczące polityki równościowej na przyszłe lata, zawierała szereg poprawek do już obowiązującego prawa w tym sektorze. Skupiała się ona przede wszystkim na kwestiach dotyczących stosunków władzy między kobietami i mężczyznami, zarówno w sferach politycznych i ekonomicznych, jak i rodzinnych (art. 13, lit. b). Główny nacisk był w niej na podjęciu działań mających na celu m.in. równomierne rozłożenie władzy i wpływów między kobietami i mężczyznami, zrównanie obowiązków domowych kobiet i mężczyzn oraz uwolnienie od genderowo uwarunkowanej przemocy. Stała się ona zatem zaczątkiem polityki genderowej Szwecji, stworzyła również ramy do wdrożenia strategii opartej na uwzględnianiu koncepcji płci społeczno-kulturowej¹²⁷. Jak wskazuje szwedzki rząd w raporcie z 2000 r., polega ona na implementowaniu perspektywy genderowej do każdego sektora państwowej polityki i służy osiągnięciu „równości płci społeczno-kulturowej”¹²⁸. Aby

¹²³ *Statens offentliga utredningar* SOU 1995:60 Kvinnofrid, s. 106 (ang.: *The Swedish Government Official Reports 1995:60. Women's Peace: Report from the Royal Commission on Violence against Women*). E. Lundgren, G. Heimer, J. Westerstrand, A.M. Kalliokoski, *Captured Queen. Men's violence against women in "equal" Sweden – a prevalence study*, Umeå 2002, s. 15

¹²⁴ M. Płatek, *Karnoprawne modele przeciwdziałania przemocy w rodzinie*, „Archiwum kryminologii”, t. XXIX-XXX (2007-2008), s. 614.

¹²⁵ *Statens offentliga utredningar* SOU 1995:60 Kvinnofrid, s. 106.

¹²⁶ State party's report: SWEDEN, CEDAW/C/SWE/4, 25 Jul 1996, p. 3 – Raport dostępny pod adresem: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fSWE%2f4&Lang=en (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

¹²⁷ *Gender mainstreaming manual. A book of practical methods from the Swedish Gender Mainstreaming Support Committee*, Stockholm, 2007, s. 15.

¹²⁸ State party's report: SWEDEN, CEDAW/C/SWE/5, 18 Dec 2000, s. 5 – Raport dostępny pod adresem: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fSWE%2f5&Lang=en (dostęp: 23 grudnia 2018 r.).

rozpracować metody działań mające na celu osiągnięcie równości płci społeczno-kulturowej, powołana została przez rząd w 1997 r. grupa robocza, której przewodniczył *The State Secretary for Gender Equality Issues*¹²⁹. Dodatkowo, każde ministerstwo musiało włączyć w swoją działalność „perspektywę płci społeczno-kulturowej”.

Przedmiotowa perspektywa dominuje w szwedzkiej polityce antyprzemocowej. Jak wskazuje szwedzki rząd w raporcie z 2000 r. złożonym Komitetowi CEDAW, przemoc wobec kobiet ma najczęściej miejsce w osobistych relacjach i uwarunkowana jest nierównymi stosunkami władzy w danej parze. Do kodeksu karnego wprowadzono szereg zmian, między innymi polegających na genderowej neutralności używanych tam pojęć¹³⁰. Z obowiązującego rządowego raportu „*Action plan for combating men’s violence against women, violence and oppression in the name of honour and violence in same-sex relationships*”¹³¹ wynika, że „Szwecja jest pod wieloma względami pionierem w dziedzinie równości płci, zwłaszcza w zakresie tego, jak postrzega przemoc mężczyzn wobec kobiet. Pomimo tego, problem przemocy jest poważny (...). Przemoc mężczyzn wobec kobiet jest ogromnym problemem dotyczącym całą społeczność, zarówno kobiet jak i mężczyzn. Ostatecznie jest to kwestia równości płci (...)”. W chwili obecnej szwedzkie programy rządowe i oficjalne są w czołówce w większości aspektów w zakresie *gender-based violence*¹³².

Pomimo tego, problem przemocy wobec kobiet w Szwecji wykazuje tendencję wzrastającą. Od początku 1990 r. odsetek kobiet, które twierdzą, że były narażone na przemoc lub groźby, wzrosła – co obrazują zaprezentowane poniżej wykresy (*Action plan for combating men’s violence against women, violence and oppression in the name of honour and violence in same-sex relationships*, s. 11). Pierwszy wykres dotyczy liczby zgłoszonych napaści na kobiety w wieku 15 i więcej lat, która znana była sprawcy. Drugi wykres prezentuje liczbę zgłoszonych ciężkich naruszeń integralności kobiet.

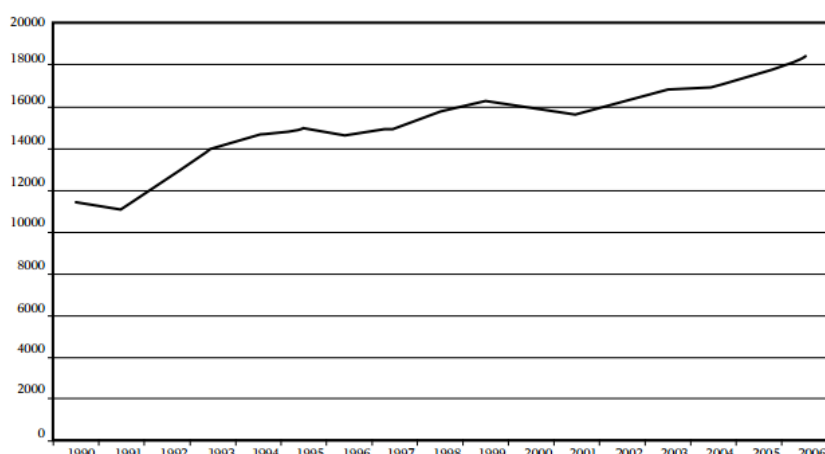
¹²⁹ *Ibidem*,

¹³⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹³¹ Stockholm 2007, <http://www.government.se/content/1/c6/09/87/69/6138ac76.pdf>.

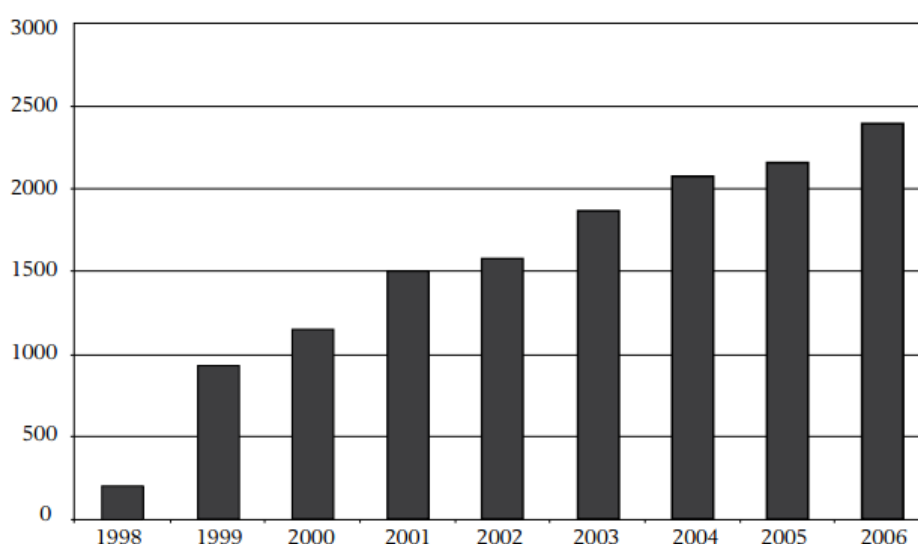
¹³² <http://unizon.se/blogg/sweden-can-do-more-prevent-mens-violence-against-women>.

Number of reported cases of assault on women aged 15 or over known to the perpetrator



Source: National Council for Crime Prevention

Number of reported cases of gross violation of a woman's integrity, 1998–2006



Source: National Council for Crime Prevention

Źródło: Rządowy raport *Action plan for combating men's violence against women, violence and oppression in the name of honour and violence in same-sex relationships*, s. 11.

Podczas 25. sesji komitetu CEDAW (lipiec 2001 r.) rząd Szwecji utrzymywał jednak, że nie ma dowodów na wzrost przemocy względem kobiet, uznając, że dane przedstawione powyżej należy wiązać z wysiłkiem rządu szwedzkiego na rzecz budowania większej świadomości w społeczeństwie, sugerując tym samym, że wzrost zgłoszonych przypadków przemocy nie oznacza wzrostu przemocy w ogóle¹³³. Stanowisko to jest jednak kwestionowane, jako nieznajdujące oparcia w

¹³³ Pkt 322 sprawozdania z 25 Sesji CEDAW: „ (...) While there was no evidence that violence against women had escalated, the rate of reporting had increased as a result of efforts aimed at the collection and

danych empirycznych. W 1999 r. szacowano, że w Szwecji jedynie ok. 25% przestępstw jest zgłaszanych organom ścigania, a w przypadku przemocy względem kobiet jest to odsetek zapewne jeszcze mniejszy¹³⁴. Z raportu Amnesty International z 2004 r. wynika, że w ciągu 15 lat poprzedzających jego publikację, liczba wszystkich, nie zaś tylko zgłoszonych, przypadków przemocy wobec kobiet w Szwecji gwałtownie wzrosła. Podkreśla się, że ten „wzrost nie może być tłumaczony wyłącznie większą gotowością kobiet do zgłaszania takich incydentów na policję”¹³⁵. Ustalenia Amnesty International znajdują odzwierciedlenie w wynikach wspomnianych już badań Agencji Praw Podstawowych UE. Według danych APP UE, Szwecja znajduje się na trzecim miejscu wśród krajów UE, w których kobiety doświadczają najwięcej aktów przemocy (46%; średnia unijna: 33%; Polska ma najniższy odsetek w UE, który wynosi: 19%). Jednocześnie, według Agencji Praw Podstawowych, w Szwecji przemoc względem kobiet jest zgłaszana wyraźnie rzadziej niż średnia unijna co poddaje w wątpliwość twierdzenia o wyjątkowo dużym poziomie zgłaszalności przypadków przemocy względem kobiet w Szwecji (14% w przypadku przemocy doznanej od nie-partnera, 17% w przypadku przemocy doznanej od partnera; średnia unijna: odpowiednio 19% i 20%; Polska: 29% i 28%). Jednocześnie, to samo badanie APP UE wskazuje, że Szwecja posiada najwyższy wskaźnik częstotliwości molestowania seksualnego kobiet (81%; średnia UE: 55%; Polska: 32%).

- b. Finlandia.** Kolejnym krajem, którego doświadczył konsekwencji wdrażania programów antyprzemocowych bazujących na paradygmacie *gender-based violence*, jest Finlandia. W Finlandii, w latach 2004-2007 realizowany był rządowy *Plan for Gender Equality*, którego jednym z założeń było ograniczenie skali

dissemination of information and improved response by the police and social welfare authorities. Governmental efforts to address violence against women included research, the introduction of training programmes for relevant sectors and the passage of legislation, including laws concerning support for crime victims. Violence against women with disabilities was being addressed. Increased attention needed to be given to men who committed acts of violence against women, and the representative noted that Sweden supported men's organizations working against violence against women". <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/SwedenCO25.pdf> (odczyt: 17.03.2015).

¹³⁴ E. Lundgren, G. Heimer, J. Westerstrand, A-M. Kalliokoski, *Captured Queen. Men's violence against women in "equal" Sweden – a prevalence study*, Umeå 2002, s. 14.

¹³⁵ Amnesty International, *Men's Violence against Women in Intimate Relationships An account of the situation in Sweden*, 2004; L. Alvarez, *Sweden faces facts on violence against women*, NYT 2005/03/30.

zjawiska przemocy domowej i przemocy w miejscu pracy. W latach 2008-2011 realizowano rządowy *Action Plan for Gender Equality*, który także miał na celu ograniczenie zjawiska przemocy wobec kobiet. Od 2011 roku realizowany jest rządowy *Plan działania na rzecz przeciwdziałania przemocy wobec kobiet*, który opiera się na założeniu, że „powstrzymywanie aktów przemocy powinno się opierać przede wszystkim na powstrzymywaniu jej źródeł poprzez wpływanie na dominujące postawy i zachowania w procesie wychowania i edukacji”¹³⁶. Przyjęcie *Planu działania* było odpowiedzią na rekomendacje sformułowane przez Komitet CEDAW i wiązało się z pracami nad CAHVIO¹³⁷. Zawierał on m.in. rekomendacje, by „opracować materiały dydaktyczne wspierające edukację dzieci i młodzieży w zakresie bezpieczeństwa (*safety education*), tak by były one uczone o prawach seksualnych i umiejętności w zakresie bezpieczeństwa (*safety skills*) na podstawowym poziomie edukacji” oraz zapewnić nauczycielom, nauczycielom wychowania przedszkolnego oraz szkolnym psychologom przeszkolenie w zakresie bezpieczeństwa odzwierciedlające „zróżnicowanie orientacji genderowych i seksualnych”¹³⁸. Pomimo wieloletnich działań inspirowanych teorią *gender-based violence*, badania Agencji Praw Podstawowych UE opublikowane w 2014 r. pokazują, że poziom przemocy względem kobiet w Finlandii jest jeszcze wyższy niż w Szwecji i wynosi 47 % (doświadczenie fizycznej i/lub seksualnej przemocy bez względu na relację łączącą ofiarę ze sprawcą – średnia unijna: 33%, Polska 19%). Jednocześnie, poziom zgłaszalności przypadków przemocy jest w Finlandii najniższy w UE i wynosi 10% w przypadku przemocy doznanej od partnera i 15% w przypadku przemocy doznanej od nie-partnera (średnia UE odpowiednio: 20% i 19%, w Polsce: 28% i 29%). Jednocześnie w Finlandii najwięcej kobiet doznało jakiegokolwiek przemocy w dzieciństwie ze strony dorosłego członka rodziny (53%, średnia UE: 28%, Polska: 18%).

Empiryczne dane, dotyczące dwóch krajów zaawansowanych w walce z przemocą wobec kobiet i przemocą domową rozpatrywaną z perspektywy *gender*, pozwalają przyjąć za wysoce prawdopodobny wniosek o wątpliwej skuteczności, a nawet przeciwności działań uwzględniających „perspektywę gender” w walce z

¹³⁶ Ministry of Social Affairs and Health, *Action Plan to Reduce Violence against Woman*, Ministry of Health and Social Affairs, Helsinki 2011, s. 9.

¹³⁷ *Ibidem*, s. 12.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 35.

przemocą względem kobiet. Upór, z jakim forsowana jest perspektywa genderowa w pojmowaniu problemu przemocy, pomimo istnienia danych empirycznych negatywnie weryfikujących te założenia, dobitnie wskazuje na ideologiczny (a zatem i światopoglądowy) ich charakter.

W kontekście powyższego zauważyć należy, że sam użyty w art. 6 Konwencji termin „perspektywa płci” społeczno-kulturowej (*gender perspective*) ma charakter zwrotu niedookreślonego, którego zawartość semantyczna jest na tyle pojemna, by rodzić różnego rodzaju wątpliwości odnośnie do charakteru działań, jakie miałyby być na podstawie tego przepisu wdrażane. Co więcej, konieczność uwzględniania „perspektywy *gender*” prowadzić musi do afirmacji pojęcia „płci społeczno-kulturowej” przez podmioty władzy publicznej, w tym również przez prawodawcę. Poglębiałoby to jedynie chaos pojęciowy, który zaistniał w związku z ratyfikacją Konwencji i związanym z tym rozmyciem pojęcia płci, które w świetle postanowień CAHVIO jest zupełnie wyabstrahowane od uwarunkowań biologicznych, zwłaszcza uwzględniając błędne tłumaczenie tego terminu (użycie ogólnego zwrotu „płeć” [ang. *sex*] zamiast poprawnego w kontekście definicji wskazanych w art. 3 lit. c Konwencji terminu „płeć społeczno-kulturowa” [ang. *gender*]), które sugeruje odmienną treść przepisu. Tego rodzaju brak bezpieczeństwa prawnego i jednoznaczności przepisów pozostaje w oczywistej sprzeczności z określoną w art. 2 Konstytucji zasadą demokratycznego państwa prawnego. W konsekwencji bowiem konieczne jest zapewnienie pewnej szczególnej ochrony grupie osób, która utożsamia się z żeńskim „rodzajem” (*gender*), a zatem grupie nieokreślonej i niedającej się wyodrębnić w oparciu o obiektywne przesłanki.

Jak wykazano powyżej, polityka zwalczania przemocy względem kobiet poprzez uwzględnienie perspektywy płci społeczno-kulturowej jest nie tylko nieskuteczna, ale również polegać musi na bezpośrednim zaangażowaniu organów państwowych oraz samorządowych w krzewieniu konkretnej ideologii, opartej o nieostre pojęcia. Uwzględnianie „perspektywy *gender*” wiązać się musi z przyjmowaniem rozwiązań preferencyjnych względem ofiar takowej przemocy, którymi jak wiadomo nie muszą być wcale kobiety w znaczeniu powszechnie przyjętym (osoby o biologicznej płci żeńskiej), a osoby podejmujące role „właściwe kobietom” wedle pewnej konwencji społecznej. To z kolei prowadzi do naruszenia konstytucyjnego modelu równości kobiet i mężczyzn (art. 33 ust. 1 Konstytucji), a w związku z tym do dyskryminacji zakazanej w art. 32 ust. 2 Konstytucji. Stanowi to również zagrożenie dla małżeństwa, które art. 18 Konstytucji

definiuje jako związek kobiety i mężczyzny w rozumieniu tylko i wyłącznie biologicznym.

Z tego też względu stwierdzić należy, że art. 6 Konwencji jest niezgodny z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2, art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 1 Konstytucji RP.

VII. Niezgodność art. 12 ust. 1 Konwencji z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji

7.1. Treść i wykładnia art. 12. ust. 1 Konwencji

Zgodnie z art. 12 ust. 1 Konwencji „Strony podejmą konieczne środki by promować zmianę społecznych i kulturowych wzorców zachowań kobiet i mężczyzn w celu wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn”. Strona Konwencji przyjmuje zatem na siebie zobowiązanie do podejmowania działań nie tylko mających na celu (I) wykorzenienie uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na niższości kobiet (tak naprawdę osób, które utożsamiają się z „żeńskim genderem”), lecz również mających na celu (II) wykorzenienie uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na **stereotypowych** rolach kobiet i mężczyzn, **niezależnie od tego, czy role te wiążą się z praktykami opartymi na „niższości kobiet” czy też nie**. Założenie, że **stereotypowość ról kobiet i mężczyzn potwierdzana zwyczajami, tradycjami i innymi praktykami stanowi źródło przemocy strukturalnej wynika z aksjomatycznego fundamentu CAHVIO, omówionego we wstępie niniejszego wniosku.**

Zawarte w art. 12 ust. 1 Konwencji sformułowanie „stereotypowe role kobiet i mężczyzn” zostało w pewnym zakresie doprecyzowane w pkt 43 Raportu Wyjaśniającego, gdzie związane z *gender* stereotypy przedstawiono jako stanowiące przyczynę przemocy względem kobiet. Dodatkowo wyjaśniono, że z tego powodu w art. 12 ust. 1 czyni wykorzenienie „uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowych rolach płciowych” (w oryginale – „*gender roles*”, a nie „*sex roles*”) ogólnym obowiązkiem mającym na celu

zapobieganie przemocy (w ogóle)¹³⁹. Tym samym, w świetle Raportu Wyjaśniającego, stereotypowe role kobiet i mężczyzn oznaczają to samo co stereotypowe **role genderowe** i stanowią przyczynę przemocy względem kobiet¹⁴⁰. O ile więc, w świetle art. 4 ust. 3 w zw. z art. 3 lit. c CAHVIO wdrażanie postanowień konwencji, zwłaszcza rozwiązań chroniących prawa ofiar, ma być zapewnione bez względu na płeć biologiczną (*sex*), która traci w tym wymiarze znaczenie na gruncie CAHVIO, o tyle doniosłość różnic biologicznych między mężczyznami i kobietami utrzymuje znaczenie jedynie jako czynnik generujący stereotypy genderowe i w konsekwencji genderowo warunkowaną przemoc.

Uwzględniając kontekst systemowy, w jakim należy umieścić art. 12 ust. 1 Konwencji przy dokonywaniu jego interpretacji, stwierdzić należy, że z art. 4 ust. 3 w zw. z art. 3 lit. c Konwencji, czytany łącznie z punktami Raportu Wyjaśniającego wykładającymi założenia teorii *gender-based violence*, wywieść trzeba, iż za stereotypowe uznać należy wszelkie biologicznie (płciowo) zdeterminowane role społeczne, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn (w zwykłym, biologicznym tych słów znaczeniu). W myśl bowiem Konwencji, to „utrwalone uprzedzeniami, tradycją i zwyczajem” *iunctim* pomiędzy płcią biologiczną a przypisywanymi jej rolami społecznymi, stanowi o strukturalnym charakterze przemocy wobec kobiet, jako mechanizmu spychania ich na podległą wobec mężczyzn pozycję i jest następstwem nierównego stosunku sił pomiędzy kobietami a mężczyznami na przestrzeni wieków. Stąd też zobowiązanie do wykorzenienia zwyczajów, tradycji i praktyk opartych na stereotypowym (biologicznym) modelu roli kobiet i mężczyzn postrzegane jest w świetle teorii *gender* jako metoda uwolnienia kobiet (a szerzej: osób wybierających w ramach swego *gender* role odmienne od płci metrykalnej – pkt 53 Raportu Wyjaśniającego) od wszelkiej przemocy.

Nawiązując do kontekstu normatywnego Konwencji, tworzonego również przez Zalecenia Ogólne Komitetu CEDAW, należy mieć na uwadze, że treść Zalecenia Ogólnego

¹³⁹ Expl. Rep. pkt 43 „... Article 12 (1) frames the eradication of prejudices, customs, traditions and other practices which are based on the idea of the inferiority of women or on stereotyped gender roles as a general obligation to prevent violence.

¹⁴⁰ Expl. Rep. pkt 44 „«gender-based violence against women» in this Convention is understood as equivalent to the expression «gender-based violence» used in the CEDAW Committee General Recommendation No. 19 on violence against women (1992), ... This expression is to be understood as aimed at protecting women from violence resulting from gender stereotypes, and specifically encompasses women”.

nr 19 właściwie **zrównuje „tradycyjne postawy” ze „stereotypowymi rolami płciowymi”** będącymi (zdaniem autorów Zalecenia Ogólnego Nr 19) źródłem przemocy wobec kobiet¹⁴¹. Również Raport Wyjaśniający jako przyczynę stosowania przemocy wobec kobiet wskazuje w równej mierze nierówność płci¹⁴² oraz istniejące w społeczeństwie stereotypowe podejście do ról kobiet i mężczyzn¹⁴³, czego skutek ma stanowić podrzędny status kobiet w sferze prywatnej oraz publicznej¹⁴⁴.

W celu osiągnięcia pożądaných skutków **w Raporcie Wyjaśniającym podnosi się, że niezbędna jest zmiana w podejściu do problemu nie tylko jednostek, lecz całego społeczeństwa, co możliwe do osiągnięcia jest jedynie przez przełamanie wyżej wymienionych stereotypów i zwiększanie świadomości społeczeństwa**¹⁴⁵. Narzędziem do realizacji wskazanych założeń ma być właśnie art. 12 Konwencji¹⁴⁶, bowiem jako jego cel wskazuje się „dotarcie do serc i umysłów ludzi”, którzy poprzez swoje zachowanie, przyczyniają się do utrwalenia form przemocy objętych zakresem niniejszej Konwencji¹⁴⁷, czyli również przyczyniają się do utrwalenia istniejących stereotypów.

Raport wyjaśniający wymienia również płaszczyzny, w których wskazane stereotypowe podejście do ról płciowych najczęściej ma miejsce. Zostały między innymi wskazane: „płeć społeczno-kulturowa”, „orientacja seksualna”, „tożsamość płciowa”, aż wreszcie **fakt pozostawania w związku małżeńskim bądź nie**¹⁴⁸.

7.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

Wzorcami kontroli art. 12 ust. 1 CAHVIO są art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji. Zgodnie z art. 2 Konstytucji „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Art. 18 ustawy zasadniczej stanowi, że „Małżeństwo jako związek kobiety i

¹⁴¹ Zob. pkt 11 Zalecenia Ogólnego nr 19 „Traditional attitudes by which women are regarded as subordinate to men or as having stereotyped roles perpetuate widespread practices involving violence or coercion, such as family violence and abuse, forced marriage, dowry deaths, acid attacks and female circumcision.”

¹⁴² Zob. Expl.Rep. pkt 25 i 43.

¹⁴³ Zob. Expl.Rep. pkt 43-44.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Zob. Expl.Rep. pkt 83.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Zob. Expl.Rep. pkt 85.

¹⁴⁸ Zob. Expl.Rep. pkt 53.

mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Zgodnie z art. 25 ust. 2 Konstytucji: „Władze publiczne w Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym”. Z kolei art. 31 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Wolność człowieka podlega ochronie prawnej”. Wykładnia wskazanych przepisów ustawy zasadniczej – poza art. 31 ust. 1 Konstytucji, który powoływany jest jako wzorzec kontroli po raz pierwszy – dokonana została w stosownych miejscach uzasadnienia, do których należy w tym miejscu odesłać (dla art. 2 oraz art. 18 Konstytucji – pkt 3.2; dla art. 25 ust. 2 Konstytucji – pkt 6.2).

Odnosnie do **art. 31 ust. 1** Konstytucji stwierdzić trzeba, że przepis ten stanowi swoistą metanormę adresowaną do władz publicznych, której beneficjentami są zarówno jednostki, jak i zbiorowości ludzkie¹⁴⁹. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego akcentuje się przy tym **dwa aspekty pojęcia wolności**, o jakim mowa we wskazanym przepisie. „Aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej odpowiadają, lub powstrzymywać się od podejmowania jakiejkolwiek działalności. Aspekt negatywny «wolności jednostki» polega na prawnym obowiązku powstrzymania się – kogokolwiek – od ingerencji w sferę zastrzeżoną dla jednostki”¹⁵⁰.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że użyte przez ustrojodawcę sformułowanie, zgodnie z którym wolność **„podlega ochronie prawnej”**, determinuje zakres obowiązków prawodawcy zwykłego, jakie można rekonstruować na mocy tego przepisu, a zaliczyć do nich należy z jednej strony „nakaz stworzenia gwarancji wolności w aktach normujących poszczególne dziedziny życia”, z drugiej zaś „określanie przez stanowione przez ustawodawcę prawo jej granic w formie zakazów lub nakazów”¹⁵¹. Tak ukształtowane obowiązki prawodawcy zwykłego odpowiadają zatem dwu wskazanym aspektom wolności, o których mowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

¹⁴⁹ L. Bosek, M. Szydło, komentarz do art. 31, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, nb. 31-32.

¹⁵⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2004 r., sygn. akt P 21/02, pkt III.4. Teza została powtórzona w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05, pkt III.5.

¹⁵¹ B. Banaszak, *op. cit.*, komentarz do art. 31, nb. 2.

Zauważyć należy, że pojęcie wolności ludzkiej, o której mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji, obejmuje nie tylko dokonywanie czynności konwencjonalnych, jakie na skutek złożenia oświadczenia woli wywołują skutki prawne (czynności prawne), co wymaga skądinąd pozytywnych działań ustawodawcy, ale również dokonywanie wszelkich innych czynności, które nie są wyraźnie zakazane przez normy prawne¹⁵². Normy ograniczające korzystanie z wolności ludzkiej muszą spełniać kryteria określone w art. 31 ust. 3 (zasada proporcjonalności)¹⁵³.

Na ogół przyjmuje się, że art. 31 ust. 1 Konstytucji może stanowić samodzielny wzorzec kontroli konstytucyjności jedynie wówczas, gdy nie pozostaje w zbiegu z przepisami ustanawiającymi konkretne wolności¹⁵⁴. Trzeba jednak zauważyć, że pogląd ten nie jest aprobowany z pełną konsekwencją i w sposób powszechny¹⁵⁵. Niemniej jednak **w przedmiotowej sprawie nie zachodzi tego rodzaju zbieg przepisów konstytucyjnych, który uniemożliwiłby zastosowanie art. 31 ust. 1 ustawy zasadniczej, jako wzorca kontroli**. Zauważyć należy bowiem, że zakres wolności ludzkiej obejmuje m.in. kształtowanie własnego życia rodzinnego – w sensie przyjętym na gruncie konstytucyjnym – w sposób swobodny. Chodzi tu przede wszystkim o podział obowiązków między małżonków, co zdecydowanie przekracza ramy „wolności osobistej”, o jakiej mowa w art. 41 ust. 1 Konstytucji.

Konstytucja pozostawia znaczny zakres swobody w odniesieniu do kształtowania ról pełnionych przez kobietę i mężczyznę w rodzinie. Konstytucyjne nakazy ochrony i opieki rodziny (art. 18 Konstytucji) oraz uwzględniania jej dobra „w polityce społecznej i gospodarczej państwa” (art. 71 ust. 1 Konstytucji) uzasadniają łączne opodatkowanie dochodów małżonków. Jej zastosowanie jest wyrazem dbałości ustawodawcy o „ekonomiczny wymiar wspólnoty, jaką jest rodzina”¹⁵⁶. Skoro bowiem „jeden podatnik ma na utrzymaniu członków rodziny, a drugi takich obciążeń nie ma”, to „nie znajdują się oni w identycznej sytuacji podatkowej. W związku z tym mogą – i powinni – być

¹⁵² Podobnie: W. Zakrzewski, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 2008, s. 164.

¹⁵³ *Ibidem*. Zob. także: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05, pkt 5 Trybunał uznał, że konieczne jest ustalenie, czy ograniczenie wolności o jakiej mowa w art. 31 ust. 1 Konstytucji – dotyczące osób ubezwłasnowolnionych – spełnia kryteria określone w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

¹⁵⁴ Zob. L. Bosek, M. Szydło, *op. cit.*, nb. 21-22 (wraz z cytowanym przez Autorów bogatym orzecznictwem).

¹⁵⁵ Zob. przykładowo wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7 marca 2007 r., sygn. akt K 28/05, pkt III.5.

¹⁵⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 maja 2004 r., sygn. akt K 8/03, pkt III.2.3.

inaczej traktowani”¹⁵⁷. Ponadto małżonkowie mogą tak ukształtować swoje obowiązki, że jeden z nich „koncentruje się przede wszystkim na przynoszącej korzyści całej rodzinie pracy zarobkowej, drugi zaś bierze na siebie ciężar prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego i wychowania dzieci”¹⁵⁸. Takie decyzje – co podkreśla Trybunał Konstytucyjny – „sprzyjają pomyślności rodziny”, ale jednocześnie są „źródłem powstawania dużych dysproporcji w wysokości uzyskiwanych przez małżonków dochodów”¹⁵⁹. Tę samą myśl Trybunał wyraził również wskazując, że małżonkowie niekiedy „określają zakres i sposób wykonywania obowiązków w taki sposób, że jeden z małżonków w większym stopniu troszczy się o zapewnienie rodzinie dochodów, drugi zaś poświęca dla dobra wspólnoty swoje zaangażowanie i pracę osobistą” i okoliczność ta powinna być brana pod uwagę w sposobie skonstruowania obowiązku podatkowego obywateli¹⁶⁰. W ten sposób Trybunał Konstytucyjny nie tylko dał wyraz konstytucyjnej ochronie rodziny, lecz nakazując szanować przez państwo wybory małżonków co do sposobu dzielenia się przez nich obowiązkami domowymi, tak aby podziały te mogły uwzględniać indywidualną sytuację poszczególnych rodzin, również zapewnił poszanowanie ich wolności.

7.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

Nałożony przez art. 12 ust. 1 Konwencji obowiązek Państwa-Strony do promowania zmian wzorców społecznych i kulturowych dotyczących zachowania kobiet i mężczyzn w celu wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowym modelu roli kobiet i mężczyzn pozostaje w rażącej sprzeczności z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji, rodząc szereg problemów konstytucyjnych. Po pierwsze, twórcy CAHVIO posłużyli się w poddanym kontroli przepisie zwrotem o wysokim stopniu niedookreśloności, jakim jest sformułowanie „stereotypowy model roli kobiet i mężczyzn”. W istocie konstrukcja przepisu sugerować może, że *a priori* za stereotypowe role uznano role tradycyjne oraz oparte o zwyczaje. Niemniej jednak pozostaje to w

¹⁵⁷ *Ibidem*, pkt III.2.4.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pkt III.7.2.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pkt III.2.3.

sprzeczności z zasadą określoności (jednoznaczności) przepisów prawnych, którą wyprowadzić można z art. 2 Konstytucji.

Po drugie, należy zwrócić uwagę na fakt, że przeciwdziałanie „stereotypowemu modelowi roli kobiet i mężczyzn” przez organy władzy publicznej stoi w zupełnej sprzeczności z obowiązkiem, jaki obciąża te same władze z mocy art. 18 Konstytucji RP. Małżonkowie – co gwarantuje art. 31 ust. 1 Konstytucji – mają daleko idącą swobodę (wolność) w możliwości ukształtowania relacji między sobą, nawet jeżeli zgodnie z paradygmatem ideologii *gender* czy feministycznych relacja taka uznawana jest za „stereotypową” (kobieta skupia się na wychowaniu dzieci i dbałości o dom, mężczyzna na pracy zarobkowej), to również taka relacja podlega opiece na gruncie art. 18 i 31 ust. 1 Konstytucji.

Po trzecie wreszcie, podejmowane przez Państwo-Stronę „działania niezbędne do promowania zmian wzorców społecznych i kulturowych dotyczących zachowania kobiet i mężczyzn w celu wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowym modelu roli kobiet i mężczyzn” wiążą się *de facto* z promowaniem określonego światopoglądu, co jest implikowane zideologizowanym charakterem całej Konwencji. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia zasady bezstronności władz publicznych określonej w art. 25 ust. 2 Konstytucji.

W związku z powyższym art. 12 ust. 1 CAHVIO jest niezgodny z **art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji** przez to, że zaskarżony przepis **formułuje obowiązek podejmowania działań niezbędnych do promowania zmian wzorców społecznych w celu wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na nacechowanym ideologicznie i nieostrym pojęciu „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn” w sposób naruszający wartości chronione na gruncie art. 18 Konstytucji, tj. małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzinę oraz macierzyństwo, jak również przez to, że nieprecyzyjne sformułowanie zakresu obowiązku wykorzenienia uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na „stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn” wprowadza niedopuszczalną w demokratycznym państwie prawnym niejasność i niespójność przepisów, co prowadzi do naruszenia nakazu zapewnienia przez państwo rodzinie i małżeństwu ochrony i opieki oraz przez to, że zobowiązuje**

organy władzy publicznej do działań sprzecznych z zasadą bezstronności w sprawach religijnych, światopoglądowych i filozoficznych.

7.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

Elementem kontroli konstytucyjności wskazanego przepisu jest **dokonanie wykładni pojęcia „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn” na gruncie CAHVIO** i rozważenie, czy nie dochodzi do sytuacji, w której desygnaty tego terminu będą tożsame z wartościami chronionymi na gruncie art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji.

Chociaż pojęcie „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn” nie jest wyraźnie zdefiniowane na gruncie Konwencji i pozostaje wyrażeniem *prima facie* niedookreślonym, to w świetle postanowień Raportu Wyjaśniającego oraz Zaleceń Ogólnych Komitetu CEDAW, można dość precyzyjnie określić zakres tego pojęcia. Istotne elementy pozwalające doprecyzować znaczenie tego terminu zawarte są w pkt 43 i 44 Raportu Wyjaśniającego oraz w treści Ogólnego Zalecenia 25 Komitetu CEDAW. Zalecenie to nie zostało w prawdzie wymienione w preambule CAHVIO, jednak pojęcie, o którym mowa, należy do ogólnej siatki pojęciowej, którą posługuje się CEDAW i nie ma żadnych powodów, by uznać, że w Zaleceniu Ogólnym 25 zostało użyte w innym znaczeniu, niż to, w jakim użyto go w Zaleceniu Ogólnym 19, którego treść ma kluczowe znaczenie dla rozumienia treści CAHVIO.

W związku z powyższym, po pierwsze, niedookreślony charakter pojęcia „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn” niesie za sobą bardzo poważne skutki w kontekście obowiązku ustawodawcy do ochrony wartości wskazanych w art. 18 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że już sama **niejasność i niespójność przepisów z systemem prawa, już sama w sobie sprzeczna z zasadą określoności** wywodzoną z art. 2 Konstytucji, co najmniej stwarza ryzyko zagrożenia dla **prawidłowego funkcjonowania rodziny i małżeństwa**, a w takim razie **narusza wyrażony w art. 18 Konstytucji nakaz zapewnienia przez państwo rodzinie i małżeństwu ochrony i opieki**¹⁶¹. Takie ryzyko z pewnością występuje wtedy, gdy zakres przepisu umowy międzynarodowej jest nieznany i nie wiadomo, w jakim stopniu obecnie i w przyszłości, wraz z ewolucją jego rozumienia, wynikającą z opisanych

¹⁶¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 maja 2005, sygn. akt K 16/04,.

wcześniej czynników zewnętrznych, wpływać będzie na realizację normy konstytucyjnej zawartej w art. 18 Konstytucji.

Co więcej, art. 12 ust. 1 Konwencji formułując obowiązek wykorzeniania „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn” niewątpliwie obejmuje swoim zakresem wartości chronione na gruncie art. 18 Konstytucji. Poza niemożnością precyzyjnego wskazania desygnatów pojęcia „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn”, na sposób ustalania ich treści, istotny wpływ będą miały dokumenty międzynarodowe (wymienione wyżej zalecenia), które nie będąc formalnie źródłem norm powszechnie obowiązujących, będą miały kluczowe znaczenie przy ustalaniu treści pojęć użytych w umowie międzynarodowej, tym bardziej, że istnieje zasadnicza i prosta korelacja między treścią zaleceń ogólnych Komitetu CEDAW (zwłaszcza zaleceń nr 19 i 28) a treścią przepisów Konwencji. Treść tego rodzaju dokumentów – obligująca do narzucenia małżonkom określonego wzoru życia – godzi również w ich wolność, chronioną na gruncie art. 31 ust. 1 Konstytucji.

Opisana sytuacja jest niedopuszczalna na gruncie art. 18 Konstytucji, bowiem, jak wcześniej wskazano, wyrazem gwarancji w nim zawartych jest **niedopuszczenie „do zagrożenia małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa ze strony obcych podmiotów w sferze moralnej, społecznej, gospodarczej, obyczajowej czy religijnej”**¹⁶². Podmiotami „obcymi” są z pewnością GREVIO i CEDAW, które kreując zakres zobowiązania państwa umową międzynarodową, mogą nakazać naruszenie omawianego dobra we wszystkich wymienionych sferach.

Konwencja nakazując „wykorzenienie uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz innych praktyk opartych na idei niższości kobiet lub na stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn” (*to promote changes in the social and cultural patterns of behaviour of women and men with a view to eradicating prejudices, customs, traditions and all other practices which are based ... on stereotyped roles for women and men*), stara się **usunąć przesłanki, które mają w jej świetle decydować o przynależności do danej płci** (o czym decydują wedle założeń ideologicznych Konwencji role, które społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn). Taka praktyka stanowi zagrożenie dla tradycyjnego podziału ról, a tym samym **prowadzi bezpośrednio do rozmycia definicji płci**. W efekcie zostaje otwarta możliwość posługiwania się nieokreślonymi lub trudnymi do zweryfikowania przesłankami mającymi służyć określeniu płci, jak np.

¹⁶² J. Boć, *op. cit.*, s. 48

„tożsamość płciowa”, „płeć psychiczna”. Trzeba mieć świadomość, że w świetle **ideologii gender za stereotyp uznaje się wiązanie przynależności płciowej tylko z zewnętrznymi cechami płciowymi**, czego emanacją jest wskazywanie obowiązku państw do umożliwiania dokonania metrykalnej korekty płci¹⁶³. Należy więc podkreślić niekonstytucyjność wynikającego z Konwencji niepewnego i rozmytego statusu płciowości człowieka. Jego przejawem na gruncie Konstytucji RP jest art. 18, wskazujący na różnicę płci małżonków jako na esencjalną cechę małżeństwa, chronioną właśnie tym unormowaniem Konstytucji¹⁶⁴. Dekompozycja rozumienia pojęcia płci pozostaje również w sprzeczności z zasadą określoności przepisów, jaką wyprowadzić należy z szerszej zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

Sprzeczna z utrwalonym porządkiem konstytucyjnym jest również **rozbieżność wartości polegająca na wzajemnym wykluczaniu się chronionych dóbr. To, co art. 12 ust. 1 Konwencji traktuje jako wymagający wykorzenienia stereotyp, art. 18 Konstytucji chroni jako dobro**. W konsekwencji, postanowienia Konwencji prowadzą do naruszenia norm konstytucyjnych, bowiem jej przepisy wprost nakazują zwalczanie wartości wyrażonych w polskiej ustawie zasadniczej. Powyższe zagrożenie ukazuje swój wymiar w konkretnych przypadkach. Uznanie instytucji małżeństwa za źródło stereotypu musi prowadzić do obniżenia standardu jego ochrony. Taka sytuacja nie oznacza oczywiście, że rodzina, a ściślej więzy rodzinne nie mogą powstać pomimo braku zawarcia małżeństwa między ojcem i matką, jednak bez wątpienia dla ustrojodawcy **najwłaściwszą formą funkcjonowania rodziny jest właśnie małżeństwo**. Konstytucyjnie ukształtowana preferencja na rzecz małżeństwa w świetle postanowień Konwencji stanowi jednak stereotyp. Doktryna prawa konstytucyjnego wskazuje, że żadne regulacje nie powinny prowadzić, nawet w sposób pośredni, 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, który wprowadzałby prawne regulacje odnoszące się do relacji między tymi osobami¹⁶⁵.

¹⁶³ T. Hammemberg, *Tożsamość płciowa a prawa człowieka*, Malmö 2011, s. 8-9.

¹⁶⁴ L. Garlicki, komentarz do art. 18..., uwaga 3.

¹⁶⁵ M. Zubik, *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” nr 2/2007, s. 41.

Kolejną wartością chronioną na podstawie art. 18 Konstytucji RP jest rodzina. Zgodnie z przepisami Konwencji **stereotypowym myśleniem byłaby społeczna, a nie indywidualna, rola rodziny**. Tymczasem zgodnie z wolą polskiego ustrojodawcy ma ona pełnić szczególnie istotną rolę społeczną¹⁶⁶, która przynosi w swym zamiarze korzyść społeczną poprzez prokreację i utrzymanie ciągłości wspólnoty, jaką jest Naród. W konsekwencji, **wykorzenieniu jako stereotyp podlegałyby wskazywany wyżej konstytucyjny model związania rodziny z macierzyństwem oraz rodzicielstwem**, a zwłaszcza preferowanie przez ustrojodawcę rodziny przynajmniej dwupokoleniowej¹⁶⁷. Konsekwencją takiego założenia jest bowiem umiejscowienie kobiety w roli rodzącej dzieci i w roli matki, natomiast mężczyzny w roli współtworzącego z kobietą i dzieckiem rodzinę oraz w roli ojca. W związku z powyższym wyraźnie widoczne jest, że art. 12 ust. 1 Konwencji, nakazujący zwalczanie stereotypowych ról kobiet i mężczyzn, pozostaje w kolizji z art. 18 Konstytucji, który najważniejsze z takich ról właśnie chroni. Trybunał Konstytucyjny wskazywał natomiast, że prawo do ochrony prawnej życia rodzinnego **musi uwzględniać specyfikę ról poszczególnych członków rodziny**¹⁶⁸. Zauważyć też trzeba, że małżonkowie mają stosunkowo dużą swobodę w ukształtowaniu wzajemnych relacji między sobą. Narzucenie im określonej wizji tych relacji stoi w sprzeczności z ich wolnością określoną w art. 31 ust. 1 Konstytucji, zwłaszcza jeżeli wspólną i zgodną wolą małżonków jest taki podział wzajemnych obowiązków, który można zakwalifikować jako „stereotypowy” z punktu widzenia ideologicznych rozwiązań CAHVO.

Powyższe ustalenia potwierdza także dorobek Komisji CADAW, który wskazuje kierunek, w jakim będzie podążać interpretacja pojęcia „stereotypowych ról kobiet i mężczyzn”. Komitet CEDAW wyrażał już niejednokrotnie zaniepokojenie utrzymywaniem się „głęboko zakorzenionych uprzedzeń i stereotypowych postaw w odniesieniu do tradycyjnego podziału ról i obowiązków kobiet i mężczyzn zarówno w rodzinie, jak i całym społeczeństwie”¹⁶⁹. Wskazał również na **konieczność**

¹⁶⁶ B. Banaszkiewicz, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” z. 3 (2013), s. 617.

¹⁶⁷ L. Garlicki, komentarz do art. 18..., uwaga 13.

¹⁶⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16 lipca 2007, sygn. akt SK 61/06.

¹⁶⁹ Uwagi końcowe z 2007 r. do sprawozdania Polski, CEDAW/C/Pol/CO/6, pkt 16 – dostępne pod adresem: <http://undocs.org/CEDAW/C/POL/CO/6> (dostęp: 27 grudnia 2018 r.). Podobnej uwagi treści odnajdujemy w uwagach do ostatniego raportu Polski CEDAW/C/Pol/CO/7-8 w pkt 22 “The Committee ... reiterates its concern about the persistence of deep-rooted gender stereotypes concerning the roles and responsibilities of women and men in the family and society”.

przeciwstawienia się kampanii Kościoła Katolickiego przeciw ideologii gender. Zdaniem Komitetu CEDAW Polska zbyt mało angażuje się w zwalczanie wspomnianej kampanii. Co więcej, **powinna podjąć działania promujące wartości przeciwnie – promujące ideologię *gender***¹⁷⁰. Natomiast Kościół Katolicki wskazywał przede wszystkim na wartości, które są chronione na gruncie polskiej Konstytucji, podnosił postulaty ochrony: małżeństwa jako podstawowej i preferowanej formy zakładania rodziny, małżeństwa jako związku osób obu płci, rodziny, w tym biologicznych więzi rodzinnych oraz praw dziecka¹⁷¹. Pomimo tego, że kampania Kościoła dotyczyła jedynie głoszenia postulatów ochrony wskazanych wartości, Komitet CEDAW stwierdził, iż państwo w zbyt małym stopniu ją zwalczało. Oznacza to, że **zdaniem Komitetu CEDAW wartości te, jako funkcjonujące stereotypy, skutkują przemocą wobec kobiet. Podlegają one jednak ochronie na gruncie m.in. art. 18 Konstytucji, co uniemożliwia uznanie nakazu ich zwalczania za zgodny z ustawą zasadniczą.** Jak wskazano wcześniej, z preambuły oraz Raportu Wyjaśniającego jasno wynika, że na gruncie Konwencji „stereotypowe pojmowanie ról kobiet i mężczyzn” będzie interpretowane w świetle postulatów proponowanych przez CEDAW.

Widoczne jest zatem, że deprecjacja rodziny i tożsamości małżeństwa chronionych polską ustawą zasadniczą, nosi znamiona ideologicznej walki z uniwersalnymi wartościami i nieuchronnie prowadzi do naruszenia zasady bezstronności światopoglądowej organów władzy publicznej, a tym samym narusza art. 25 ust. 2 Konstytucji. Państwo – z mocy przepisów prawa – stałoby się stroną batalii z naturalną tożsamością małżeństwa i rodziny, uniwersalnymi wartościami, a także z wolnością własnych obywateli.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że art. 12 ust. 1 Konwencji jest niezgodny z art. 2, art. 18, art. 25 ust. 2 oraz art. 31 ust. 1 Konstytucji.

VIII. Niezgodność art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji z art. 48 ust. 1 oraz z art. 53 ust. 3 Konstytucji

¹⁷⁰ Uwagi końcowe z 2014 r. do sprawozdania Polski, CEDAW/C/POL/CO/7-8 – dostępne pod adresem: <http://ms.gov.pl/pl/informacje/download,6541,0.html>, (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

¹⁷¹ List Pastorski Episkopatu Polski na Niedzielę Świętej Rodziny 2013 roku, <https://episkopat.pl/list-pasterski-na-niedziele-swietej-rodziny-2013-roku/> (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

8.1. Treść i wykładnia art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji

Zgodnie z art. 14 ust. 1 Konwencji: „Strony podejmą, gdy to stosowne, konieczne działania by wprowadzić do programów nauczania na wszystkich etapach edukacji, dostosowane do etapu rozwoju uczniów treści dotyczące równości kobiet i mężczyzn, niestereotypowych ról społeczno-kulturowych, wzajemnego szacunku, rozwiązywania konfliktów w relacjach międzyludzkich bez uciekania się do przemocy, przemocy wobec kobiet ze względu na płeć oraz gwarancji nienaruszalności osoby”. Art. 14 ust. 2 CAHVIO stanowi z kolei, że: „Strony podejmą konieczne działania by promować zasady, o których mowa w ustępie 1, w ramach nieformalnego nauczania, jak również w ramach działalności sportowej, kulturalnej i rekreacyjnej oraz w mediach”.

Jak wskazuje się w Raporcie Wyjaśniającym, przedmiotowe rozwiązania normatywne zobowiązują do przygotowania materiałów nauczania na wszystkich poziomach edukacji (podstawowej, średniej i wyższej - „primary, secondary and tertiary education”), które promują treści informujące o różnych formach przemocy objętych zakresem Konwencji¹⁷². Materiały dydaktyczne powinny zostać dostosowane do możliwości uczniów i oznaczają każdy rodzaj formalnie opracowanego i zatwierdzonego materiału, który stanowi część programu nauczania i do którego, w stosownych przypadkach, wszyscy nauczyciele w danej placówce mają dostęp i który jest niezbędny lub wymagany do wykorzystania w klasie.

Dla oceny konstytucyjności tego przepisu Konwencji CAHVIO istotne jest ustalenie znaczenia sformułowania „gdy to właściwe”. W świetle Raportu Wyjaśniającego (pkt 95) oznacza ono, że państwa mają dużą dozę swobody co do sposobu wywiązywania się z obowiązku przewidzianego w art. 14 ust. 1¹⁷³. Chociaż więc sformułowanie to jest mocno nieprecyzyjne i stwarza istotne zakłócenia semantyczne, to jednak nie uprawnia ono do nadania obowiązkowi wynikającemu z art. 14 ust. 1

¹⁷² Expl.Rep. pkt 95: „In paragraph 1, this article addresses the need to design, where Parties deem appropriate, teaching material for all levels of education (primary, secondary and tertiary education) that promotes such values and enlightens learners with respect to the various forms of violence covered by the scope of this Convention”. Użyty termin *tertiary education* oznacza wszelkie formy edukacji po ukończeniu odpowiedników polskich liceów, techników oraz szkół zawodowych – a zatem wszelkiego rodzaju studia, szkoły policealne, itp.

¹⁷³ Expl.Rap. pkt 95: „As the words «where appropriate» indicate, the drafters did not want to impose a specific model on the Parties. Rather, this provision leaves it to the Parties to decide which type of schooling and which age group of learners they consider such teaching material to be appropriate for. The drafters decided on this wording to allow for a maximum of flexibility in the implementation of this provision”.

charakteru zobowiązania fakultatywnego, a jedynie wyraża swobodę strony co do wyboru sposobu, w jaki ma wywiązać się z tego obowiązku. Przede wszystkim, wskazuje na to treść samego art. 14 ust. 1, w którym mowa jest o obowiązku podjęcia określonych działań (*Parties shall take the necessary steps*), a nie o możliwości ich podjęcia. Również i treść Raportu Wyjaśniającego nie wskazuje na fakultatywność tego obowiązku, a jedynie mówi o elastyczności w sposobie jego implementowania (*drafters decided on this wording to allow for a maximum of flexibility in the implementation of this provision*).

Tezę o obligatoryjnym wprowadzeniu tematyki wskazanej w art. 14 ust. 1 Konwencji wspiera fakt, że mowa jest o „formalnym programie nauczania”, czyli planowym programie, celów, treści i doświadczeń edukacyjnych, zasobów i ocen oferowanych przez szkoły. Nie ma zatem wątpliwości, że treści te mają być przedmiotem obowiązkowego programu nauczania. Nie dotyczy to natomiast zajęć incydentalnych organizowanych w związku ze specyfiką danej szkoły¹⁷⁴. W doktrynie wskazuje się, że w związku z tym, prowadzenie edukacji w zakresie określonym w art. 14 ust. 1 CAHVIO, nie może zostać pozostawione do decyzji poszczególnych szkół i ograniczać się do zajęć incydentalnych¹⁷⁵.

Podkreślić należy, że obowiązek wprowadzenia treści, o jakich mowa w art. 14 ust. 1 CAHVIO, do podstawy programowej (ang. *formal curriculum*), któremu nie towarzyszą żadne klauzule limitujące, oznacza konieczność zaakceptowania tych treści również w niepublicznych placówkach edukacyjnych, w tym w szkołach prowadzonych przez kościoły i inne związki wyznaniowe.

Na mocy art. 14 ust. 2 CAHVIO na stronie Konwencji ciąży również obowiązek promowania treści, o których mowa w ust. 1 „w ramach nieformalnego uczenia się, w ramach działalności sportowej, kulturalnej i rekreacyjnej oraz w mediach”. Termin „nieformalne uczenie się”, w świetle pkt 96 Raportu Wyjaśniającego, odnosi się do zorganizowanej działalności edukacyjnej poza systemem formalnym, mającej charakter społeczny, religijny lub edukacyjny. Obejmuje zajęcia, projekty i instytucje oparte na pedagogice społecznej i innego rodzaju aktywność edukacyjną oferowaną przez grupy społeczne czy organizacje (takich jak skauting, obozy letnie, zajęcia pozaszkolne itp). Pojęcie obiektów sportowych, kulturalnych i rozrywkowych odnosi się do obiektów,

¹⁷⁴ Expl.Rep. pkt 94: „The term «formal curriculum» refers to the planned programme of objectives, content, learning experiences, resources and assessment offered by a school where appropriate. It does not refer to incidental lessons which can be learnt at school because of particular school Policies”.

¹⁷⁵ K. Sękowska-Kozłowska, *Zakres zobowiązań stron Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, „Studia Prawnicze” nr 1 (2012), s. 39.

które oferują zajęcia rekreacyjne w dziedzinie sportu, muzyki, sztuki lub jakiejkolwiek innej dziedzinie i które przyczyniają się do procesu edukacji ustawicznej¹⁷⁶.

Wśród wymienionych w art. 14 ust. 1 treści, stanowiących przedmiot zobowiązania strony, o którym mowa w art. 14 CAHVIO, na szczególną uwagę zasługuje promowanie treści dotyczących „niestereotypowych ról społeczno-kulturowych” (*non-stereotyped gender roles*) oraz przemocy wobec kobiet ze względu na płeć (*gender-based violence against women*). Jak wskazywano już wielokrotnie, są to pojęcia wyraźnie nacechowane światopoglądowo (ideologicznie), zaś ich zawartość treściowa może być przedmiotem istotnych kontrowersji. Dotyczy to zwłaszcza pojęcia niestereotypowych ról genderowych.

Artykuł 14 CAHVIO jest przepisem znajdującym się w rozdziale III, poświęconym zapobieganiu *gender-based violence*. W świetle założeń tej koncepcji, przemoc ma być postacią szczególnie intensywnej dyskryminacji jednostek, które podejmują społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i posługują się atrybutami, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet. Aby położyć kres tej przemocy, konieczne ma być wykorzenienie stereotypów genderowych, którymi, w świetle dokumentów Komitetu CEDAW, stanowiących istotne źródło inspiracji dla treści Konwencji CAHVIO, są te role, które „bazują na biologicznych różnicach między kobietami i mężczyznami”¹⁷⁷. Tym samym, role niestereotypowe, to te, które považają lub wręcz kwestionują istotny związek między biologicznym i społeczno-kulturowym wymiarem ludzkiej płciowości. Ponieważ w stereotypach drzemać ma przeświadczenie o niższości ról kobiecych względem męskich, dlatego, z punktu widzenia założeń ideologicznych koncepcji *gender-based violence*, szczególnie istotne jest przyzwyczajanie chłopców do podejmowania ról, aktywności i posługiwania się atrybutami, które w danym kontekście kulturowym, ze względu na uwarunkowania biologiczne, przypisuje się kobietom.

¹⁷⁶ Expl.Rep. 96: „Generally, the term “informal educational facilities” refers to organised education activity outside formal systems, such as community or religious education facilities, activities, projects and institutions based on social pedagogy, and any other type of educational activity offered by community groups and other organisations (such as boy scouts or girl scouts, summer camps, after school activities, etc.). Sports, cultural and leisure facilities refer to facilities which offer leisure activities in the areas of sports, music, arts or any other field and which contribute to the lifelong process of learning from everyday experience.”

¹⁷⁷ General Recommendation No. 25 – 13 session, 2004; note 1 ad para. 7 „... *stereotypical expectations, attitudes and behaviour directed towards women which are based on the biological differences between women and men*”.
[http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(English\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(English).pdf) (dostęp 14 stycznia 2019).

8.2. Treść i wykładnia wzorców kontroli konstytucyjności

Zgodnie z art. 48 ust. 1 Konstytucji: „Rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem. Wychowanie to powinno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania”. Art. 53 ust. 3 ustawy zasadniczej stanowi z kolei, że „Rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem. Przepis art. 48 ust. 1 stosuje się odpowiednio”.

Ustrojodawca potwierdził w art. 48 ust. 1 Konstytucji RP prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem. Konsekwentnie, Konstytucja RP gwarantuje rodzicom nie tylko prawo posiadania własnych przekonań i poglądów, ale również kierowanie się nimi w życiu, w tym także realizując funkcję wychowawczą w ramach życia rodzinnego¹⁷⁸. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu: „wychowywanie dzieci jest bowiem, z jednej strony, niewątpliwie społeczną funkcją rodziny, a z drugiej – przejawem prywatnego i osobistego angażowania się rodziców w życie najbliższych dla siebie osób”¹⁷⁹. Co warto zauważyć, w orzecznictwie konstytucyjnym niektórych państw europejskich podkreśla się, że **prawo do wychowania dzieci przez rodziców ma charakter naturalny**, a zatem jest prawem pierwotnym względem państwa, które winno je respektować¹⁸⁰. Wprost określa je jako prawo naturalne choćby art. 6 ust. 2 Konstytucji RFN (Grundgesetz)¹⁸¹. Przez pojęcie

¹⁷⁸ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, komentarz do art. 48, LEX 2013.

¹⁷⁹ P. Sarnecki, komentarz do art. 48, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, LEX 2016, uwaga 3.

¹⁸⁰ Zob. przykładowo: Wyrok Sądu Konstytucyjnego Republiki Łotwy z 13 maja 2004 r., sprawa nr 2004-18-0106, § 10: „Article 110 of the Satversme by establishing that the state shall protect the rights of parents and rights of the child, also inter alia determines both – the natural right of the parents to take care about their children and bring them up in conformity with their religious and philosophical convictions and the duties, which are connected with care and upbringing of children. As concerns issues on the education of the child, the right of the parents to care for the children, among other things also when participating in taking the decisions, connected with their education, in many cases compete with the right of the person to education, which – in this or that way is connected with the State determined or supervised educational system”. Teza o naturalnym charakterze prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi powtórzona została w wyroku Sądu Konstytucyjnego Republiki Łotwy z 2 listopada 2006 r., sprawa nr 2006-07-01, § 13.5. Orzeczenia w języku angielskim dostępne są pod adresem łotewskiego Sądu Konstytucyjnego: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/en/> (dostęp: 14 stycznia 2019 r.).

¹⁸¹ Przepis ten stanowi: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft” (tłum.: „Opieka nad dziećmi i ich wychowanie są naturalnym prawem rodziców i na nich przede wszystkim spoczywającym obowiązkiem. Nad ich działaniami czuwa wspólnota państwowa”).

wychowania należy przy tym rozumieć proces świadomej formacji intelektualnej i duchowej dziecka przez jego otoczenie w tym przede wszystkim przez rodziców¹⁸².

Art. 53 ust. 3 Konstytucji uznany być musi za rozwinięcie art. 48 ust. 1 ustawy zasadniczej. Obejmuje on gwarancje nie tylko dla wolności wychowania dzieci zgodnie z przekonaniami rodziców, ale również wolność zapewnienia im nauczania moralnego i religijnego, które odpowiada przekonaniom rodziców. W doktrynie prawa konstytucyjnego zwraca się także uwagę na sformułowanie art. 53 ust. 3, który – inaczej niż art. 48 ust. 1 – nie mówi o prawie rodziców do wychowania, ale do „zapewnienia dzieciom wychowania”¹⁸³. Oznacza to możliwość wykorzystania w wychowaniu i nauczaniu moralnym oraz religijnym również instytucji wychowawczych, dzięki czemu cały proces formacji moralno-duchowej młodego człowieka nie odbywa się wyłącznie własnymi siłami rodziców¹⁸⁴.

Zarówno „przekonania”, o których mowa w art. 48 ust. 1 Konstytucji, jak i „wychowanie i nauczanie religijne i moralne”, określone w art. 53 ust. 3 ustawy zasadniczej, są pojęciami szerokimi, wychodzącymi poza obowiązek zapewniania przez placówki oświatowe lekcji religii. Obejmuje ono bowiem zagadnienia filozoficzne (w szczególności z zakresu etyki) oraz różnego rodzaju tzw. kwestie światopoglądowe. W tym zakresie należy wymagać respektowania praw rodziców w zakresie zarówno działalności dydaktycznej, jak i wychowawczej. Należy przy tym pamiętać o ogólnym obowiązku placówek edukacyjnych i **wszelkich organów władzy publicznej do poszanowania aksjologii konstytucyjnej**, wyrażonej m.in. w Preambule, w szczególności w zakresie, w jakim ustrojodawca wspomina o „**kulturze zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu**”.

Unormowanie art. 48 ust. 1 oraz art. 53 ust. 3 Konstytucji znajduje swoje zakorzenienie we wcześniejszych zobowiązaniach międzynarodowych Rzeczypospolitej. W pierwszej kolejności wskazać należy na art. 26 ust. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, w myśl którego rodzice mają prawo pierwszeństwa w wyborze nauczania, które ma być dane ich dzieciom. Stanowisko to zostało podtrzymane i rozszerzone w

¹⁸² Szerzej na temat pojęcia wychowania, zob. M. Ożóg, *Prawo rodziców do wychowania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 18 (2015), s. 266-268.

¹⁸³ P. Sarnecki, komentarz do art. 53, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, LEX 2016, uwaga 11.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁸⁵. Stosownie do art. 18 ust. 4 Paktu, Państwa-Strony zobowiązują się do poszanowania wolności rodziców lub, w odpowiednich przypadkach, opiekunów prawnych, do zapewnienia swym dzieciom wychowania religijnego i moralnego zgodnie z własnymi przekonaniami.

Z punktu widzenia treści gwarancji konstytucyjnych wynikających z art. 48 ust. 1 Konstytucji, istotne są również unormowania art. 2 Protokołu Dodatkowego nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹⁸⁶, w świetle którego, „wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, Państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia tego wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi”. Oznacza to, że rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom nie tylko wychowania, ale i nauczania zgodnego z ich przekonaniami, zaś państwo ma obowiązek poszanowania tego prawa. Jest to konsekwencją stanowiska, w myśl którego, niezależnie od nader istotnej roli, jaką odgrywa szkoła w procesie nauczania i wychowania, zasadniczym punktem odniesienia zawsze pozostaje w tej mierze rodzina i władza rodzicielska przynależna rodzicom¹⁸⁷. W praktyce sprowadza się to do tego, że obowiązek poszanowania (ang. *respect*) przez władze publiczne prawa rodziców obejmuje pozytywny obowiązek państwa do zorganizowania działalności szkoły tak, żeby prawo rodziców pozostawało nienaruszone. Dotyczy to zarówno ustalania programów szkolnych i treści ich nauczania, jak i pozostałych funkcji szkoły¹⁸⁸. Unormowania te potwierdza w całej rozciągłości praktyka orzecznicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który 29 czerwca 2007 r.¹⁸⁹ orzekł, że rodzice są odpowiedzialni za „wychowanie i nauczanie ich dzieci” i mogą wymagać od państwa poszanowania swoich przekonań, także filozoficznych i religijnych. Z prawem tym koresponduje ściśle prawo do edukacji.

Nie można zgodzić się z formułowanymi w kontekście art. 14 CAHVIO tezami¹⁹⁰, jakoby jednym z ograniczeń prawa rodziców gwarantowanego przez art. 48 ust. 1 Konstytucji był obowiązek szkolny wynikający z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP i trwający

¹⁸⁵ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

¹⁸⁶ Dz. U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175,

¹⁸⁷ L. Garlicki, (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19-59 oraz Protokołów dodatkowych*, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 556.

¹⁸⁸ L. Garlicki, (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II...*, s. 559.

¹⁸⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 29 czerwca 2007 r., *Folgerø i in. przeciwko Norwegii*, skarga nr 15472/02, § 84e.

¹⁹⁰ R. Wieruszewski, K. Sękowska-Kozłowska, *Opinia w sprawie zgodności przepisów Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z Konstytucją RP*, http://rownetraktowanie.gov.pl/sites/default/files/opinia_2.pdf, s. 16. (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

do 18 roku życia. Użyte w art. 48 ust. 1 pojęcie „wychowanie” jest na gruncie doktryny rozumiane jako „zaszczepienie i umacnianie w dzieciach określonego światopoglądu, przekonań, systemu wartości, zasad obyczajowych, moralnych i etycznych przez świadomą działalność rodziców”¹⁹¹. W tym sensie jest to podmiotowa gwarancja autonomii światopoglądowej życia rodzinnego, korespondująca ściśle z zasadą bezstronności światopoglądowej państwa, wynikającą z art. 25 ust. 2 Konstytucji. Jeśli zatem słusznym byłoby traktowanie art. 70 jako ograniczenia praw rodziców z art. 48 ust. 1 Konstytucji, wówczas oznaczałoby to, że art. 70 stanowi podstawę do działań mających na celu kształtowanie światopoglądu dzieci, co niweczyłoby gwarancje bezstronności światopoglądowej państwa przewidziane w art. 25 ust. 2 Konstytucji RP.

Trybunał Konstytucyjny w aprobatę też przytaczał stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyrażone na gruncie art. 2 Protokołu Dodatkowego nr 1 do EKPC, w którym **zwrócono uwagę, że zarówno w nauczaniu państwowym, jak i prywatnym chodzi o realizację zasadniczego celu, a mianowicie ochronę osiągnięcia pluralizmu w nauczaniu, która to możliwość ma zasadnicze znaczenie dla zachowania demokratycznego społeczeństwa. Służyć temu ma nie tylko respektowanie religijnych i filozoficznych przekonań rodziców w całym państwowym programie kształcenia, ale dodatkowo nie zwalnia państwa, mającego obowiązek powstrzymania się od ingerencji, od obowiązku pozytywnego, tzn. podejmowania pozytywnych działań umożliwiających poszanowanie przekonań rodziców**¹⁹². Odnosząc się do rozstrzygnięcia ETPCz w sprawie Folgerö i inni przeciwko Norwegii (skarga nr 15472/02), Trybunał Konstytucyjny podkreślił konieczność wystrzegania się przez państwo indoktrynacji, cytując fragment uzasadnienia tego wyroku, w którym ETPC podkreślił, że **”Państwo nie może realizować celu w postaci indoktrynacji, który może zostać uznany za brak poszanowania przekonań religijnych i filozoficznych rodziców. To jest granica, której nie można przekraczać”**¹⁹³.

Podsumowując, należy stwierdzić, że gwarancje z art. 48 ust. 1 podobnie jak te, które wynikają z art. 53 ust. 3 Konstytucji, mają swoje normatywne konsekwencje w

¹⁹¹ P. Sarnecki, komentarz do art. 48, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, [red.] L. Garlicki, M. Zubik, LEX 2016, uwaga 4.

¹⁹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 2 grudnia 2009 r., sygn. akt U 10/07, pkt. V.3.3.

¹⁹³ *Ibidem*.

postaci pozytywnego obowiązku państwa do takiego ukształtowania systemu oświaty publicznej, który stwarzałby możliwość realizacji tych gwarancji.

8.3. Określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności

Artykuł 14 Konwencji zobowiązuje Rzeczpospolitą do użycia funkcjonującego w danym kraju systemu oświaty w celu promowania ideologicznej koncepcji *gender-based violence* oraz związanych z nimi treści na temat niestereotypowych ról genderowych. Treści te podważają, a niekiedy wręcz stygmatyzują (jako przyczynę przemocy) istniejące w społeczeństwie normy społeczno-kulturowe, będące konsekwencją naturalnych różnic między kobietami i mężczyznami, które często są chronione przez unormowania konstytucyjne. Prowadzi to do naruszenia najważniejszego spośród praw rodzicielskich, mianowicie prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem (art. 48 ust. 1) oraz do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem (art. 53 ust. 3), i to zarówno w ramach edukacji szkolnej (art. 14 ust. 1 CAHVIO) jak i pozaszkolnej (art. 14 ust. 2 CAHVIO).

W związku z powyższym sformułować należy zarzut, iż art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji jest niezgodny z art. 48 ust. 1 oraz art. 53 ust. 3 Konstytucji przez to, że **zobowiązuje organy władzy publicznej do podejmowania w sferze edukacji działań sprzecznych z prawem rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi poglądami oraz z zasadą respektowania religijnych i filozoficznych przekonań rodziców w systemie edukacji.**

8.4. Argumenty na poparcie zarzutu niekonstytucyjności

W szczególności art. 14 ust. 1 CAHVIO narusza art. 53 ust 3 Konstytucji przez fakt, że nie przewiduje możliwości wyłączenia z obowiązku przewidzianego w kwestionowanym przepisie do szkół wyznaniowych. Jak podkreśla się w doktrynie, prowadzenie edukacji w zakresie objętym art. 14 CAHVIO, zgodnie z pkt 95 Raportu

Wyjaśniającego, nie może zostać pozostawione do decyzji poszczególnych szkół lub przybierać postać zajęć incydentalnych¹⁹⁴.

Zważywszy na strukturę wyznaniową społeczeństwa polskiego oraz na jednoznacznie negatywne stanowisko, jakie względem koncepcji antropologicznej związanej z ideologią i pojęciem rodzaju (*gender*) zajmowali w swoim nauczaniu ostatni papież, wprowadzenie do edukacji szkolnej i pozaszkolnej treści dających wyraz koncepcji *gender-based violence*, prowadzić musi do naruszeń art. 48 ust. 1 i art. 53 ust. 3 Konstytucji (jak i art. 25 ust. 3 Konstytucji).

Warto w tym miejscu przytoczyć fragmenty nauczania ostatnich trzech papieży w tej kwestii. Pierwszy raz o pojmowaniu ludzkiej płciowości w kategoriach rodzaju (*gender*) wspomniał Jan Paweł II pisząc o niekorzystnych zmianach w ustawodawstwie dotyczącym rodziny i ochrony ludzkiego życia na prenatalnym etapie rozwoju. W tym kontekście wymieniał, jako przedmiot szczególnego z troskowania, „mnożące się na forum międzynarodowym, błędne koncepcje dotyczące płciowości, godności i misji kobiety, które leżą u podstaw ideologii bazujących na pojęciu «*gender*»”¹⁹⁵. Od tego czasu problematyka ta stale powraca w nauczaniu kolejnych papieży z coraz większą częstotliwością, i jest przedstawiana niezmiennie jako niedająca się pogodzić z chrześcijańską antropologią.

Benedykt XVI poruszył ten problem w przemówieniu do Kurii Rzymskiej z 22 grudnia 2008 r. wskazując, że Kościół mówi o naturze człowieka jako kobiety i mężczyzny domagając się, by ten stworzony ład był szanowany. Kontynuując stwierdził, że to co często wyraża się i rozumie się terminem *gender*, kończy się ostatecznie dążeniem do auto-emancypacji człowieka od stworzenia i Stwórcy. Człowiek chce być swoim własnym panem, i samodzielnie – zawsze i wyłącznie – decydować o tym, co go dotyczy. Jednak w ten sposób żyje wbrew prawdzie, wbrew Duchowi Stworzycielowi¹⁹⁶. Kolejny raz Benedykt XVI poruszył tę problematykę podczas spotkania z kardynałami oraz pracownikami Kurii Rzymskiej i Gubernatoratu, w Sali Klementyńskiej Pałacu

¹⁹⁴ K. Sękowska-Kozłowska, *Zakres zobowiązań stron Rady Europy...*, s. 39.

¹⁹⁵ Jan Paweł II, Przesłanie do Pontyfikalnej Rady d.s. Rodziny, z okazji 20 rocznicy adhortacji *Familiaris consortio* z 23 listopada 2001 r., pkt. 3; wersja angielska dostępna pod adresem: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/speeches/2001/november/documents/hf_jp-ii_spe_20011123_card-trujillo-family.html (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

¹⁹⁶ Benedykt XVI, *Przesłanie Jego Świątobliwości Benedykta XVI do członków Kurii Rzymskiej z okazji tradycyjnej wymiany pozdrowień na Święta Narodzenia Pańskiego, 22 grudnia 2008 r.*, dostępne pod adresem: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/en/speeches/2008/december/documents/hf_ben-xvi_spe_20081222_curia-romana.html (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

Apostolskiego, 21 grudnia 2012 r., w kontekście zjawisk, które opisywał jako „atak na autentyczną postać rodziny, składającej się z ojca, matki i dziecka”¹⁹⁷. Przywołał on tam diagnozę postawioną przez Wielkiego Rabina Francji Gilles Bernheima, który kondycję rodziny powiązał ze współczesnym kryzysem tożsamości człowieka. Jak relacjonował Ojciec Święty, Wielki Rabin cytował „znane słowa Simone de Beauvoir: «Nikt nie rodzi się kobietą, tylko się nią staje» (*«On ne naît pas femme, on la devient»*)”, jako podwaliny „tego, co dzisiaj pod hasłem «gender» jest przedstawiane jako nowa filozofia seksualności. Płeć, zgodnie z tą filozofią, nie jest już pierwotnym faktem natury, który człowiek musi przyjąć i osobiście wypełnić sensem, ale rolą społeczną, o której decyduje się samemu, podczas gdy dotychczas decydowało o tym społeczeństwo”¹⁹⁸. Benedykt XVI uznał w swym wystąpieniu, że teoria ta jest w oczywisty sposób głęboko błędna¹⁹⁹.

Wreszcie papież Franciszek, poza krótkimi wzmiankami podczas spontanicznych wypowiedzi, odniósł się do tej problematyki podczas audiencji generalnej 15 kwietnia 2015 r., zaznaczając, że „...różnica płci jest obecna w wielu formach życia, w długim szeregu istot żyjących. Lecz tylko u mężczyzny i kobiety zawiera ona w sobie obraz i podobieństwo Boga: tekst biblijny powtarza to aż trzy razy w dwóch wersetach (26-27): mężczyzna i kobieta są obrazem i podobieństwem Boga. Mówi nam to, że nie tylko mężczyzna jako taki jest obrazem Boga, nie tylko kobieta jako taka jest obrazem Boga, lecz również mężczyzna i kobieta jako para są obrazem Boga. Różnica między mężczyzną i kobietą nie służy przeciwstawieniu ani podporządkowaniu, lecz jedności i prokreacji, również na obraz i podobieństwo Boga. [...] Nowoczesna kultura współczesna otworzyła nowe przestrzenie, nowe typy wolności i nowe głębie

¹⁹⁷ Benedykt XVI, *Przemówienie podczas spotkania z kardynałami oraz pracownikami Kurii Rzymskiej i Gubernatoratu*, dostępne pod adresem internetowym: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pl/speeches/2012/december/documents/hf_ben-xvi_spe_20121221_auguri-curia.html (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ „Według biblijnego opisu stworzenia, istotą człowieka jest to, że został stworzony przez Boga jako mężczyzna i jako kobieta. Ten dualizm jest zasadniczy dla istoty ludzkiej, tak jak ją Bóg nam dał. Kwestionowana jest właśnie ta dwoistość, jako fakt podstawowy. Nie jest już ważne to, co czytamy w opisie stworzenia: Bóg «stworzył mężczyznę i niewiastę» (Rdz 1, 27). Nie, teraz uważa się, że nie On stworzył ich mężczyznę i kobietę, ale że dotychczas określało to społeczeństwo, a obecnie my sami o tym decydujemy. Płeć męska i żeńska jako rzeczywistości stworzenia, jako natura osoby ludzkiej już nie istnieją. Człowiek kwestionuje swoją naturę. Jest on teraz jedynie duchem i wolą. Manipulowanie naturą, potępiane dziś w odniesieniu do środowiska, staje się tutaj podstawowym wyborem człowieka o do samego siebie. Istnieje teraz tylko człowiek w sposób abstrakcyjny, który dopiero sam wybiera dla siebie coś jako swoją naturę. Męskość i żeńskość kwestionowane są jako wzajemnie dopełniające się formy osoby ludzkiej, będącej wynikiem stworzenia. Skoro jednak nie istnieje podział na mężczyznę i kobietę jako fakt wynikający ze stworzenia, to nie ma już także rodziny jako rzeczywistości określonej na początku przez stworzenie” – *ibidem*.

pozwalające wzbogacić zrozumienie tej różnicy. Wprowadziła jednak także wiele wątpliwości i wiele sceptycyzmu. Na przykład ja zastanawiam się, czy tzw. teoria *gender* nie jest również wyrazem pewnej frustracji i zrezygnowania, i zmierza do zatarcia różnicy płci, bo nie potrafi już z nią się konfrontować. Tak, grozi nam niebezpieczeństwo, że zrobimy krok w tył. Usunięcie różnicy jest bowiem problemem, nie rozwiązaniem. Aby rozwiązać swoje problemy relacyjne mężczyzna i kobieta muszą natomiast więcej ze sobą rozmawiać, więcej siebie słuchać, lepiej się poznawać, bardziej się kochać. Muszą odnosić się do siebie z szacunkiem i współpracować w przyjaźni”²⁰⁰. Papież zaznaczył jednocześnie, że próba usuwania różnic między kobietą i mężczyzną nie stanowi rozwiązania istniejących problemów, ale to ona sama stanowi rzeczywisty problem²⁰¹.

W świetle przytoczonego nauczania trzech ostatnich papieży, biorąc pod uwagę strukturę wyznaniową społeczeństwa polskiego, należy uznać, że realizacja przez Rzeczpospolitą zobowiązań wynikających z art. 14 CAHVIO będzie prowadziła do naruszeń art. 53 ust. 3 oraz art. 48 ust. 1 Konstytucji. Warto też dodać, że ideologiczne założenia leżące u podstaw Konwencji mają charakter jedynie spekulacji pozbawionej charakteru naukowego, a wręcz stojąc w sprzeczności z podstawami wiedzy biologicznej na temat ludzkiej płciowości. W związku z powyższym mogą one budzić sprzeciw nie tylko rodziców będących katolikami czy prawosławnymi, ale również wszystkich tych, którzy wciąż uważają, że rolą szkoły jest przekazywanie dzieciom wiedzy o świecie, która opiera się o podstawę naukową. Celem nauki jest zaś ustalenie prawdy, nie zaś jej podważanie.

Podkreślić także należy, że postanowienia Konwencji nie przewidują jakiegokolwiek formy partycypacji rodziców we współkreowaniu rozwiązań określonych w art. 14 CAHVIO, mają być one bowiem wdrażane w sposób odgórny i arbitralny, narzucając szerokim grupom dzieci i młodzieży zideologizowany obraz ludzkiej płciowości.

Z uwagi na powyższe przyjąć należy, że art. 14 ust. 1 i 2 Konwencji jest niezgodny z art. 48 ust. 1 oraz z art. 53 ust. 3 Konstytucji.

²⁰⁰ Franciszek, *Katecheza na audiencję generalną z 15 kwietnia 2015 r.*, dostępna pod adresem internetowym: http://w2.vatican.va/content/francesco/pl/audiences/2015/documents/papa-francesco_20150415_udienza-generale.html (dostęp: 27 grudnia 2018 r.).

²⁰¹ *Ibidem*.

Z uwagi na zaprezentowaną obszerną argumentację – działając w imieniu grupy posłów na Sejm RP – wnoszę, jak w *petitum* niniejszego wniosku.