

Przeciw dyskryminacji, przeciw ideologii.

**Odpowiedź Instytutu Ordo Iuris na Strategię na rzecz równości LGBTIQ 2020-2025
Komisji Europejskiej.**

**Przeciw dyskryminacji, przeciw ideologii. Odpowiedź Instytutu Ordo Iuris na Strategię
na rzecz równości LGBTIQ 2020-2025 Komisji Europejskiej.**

Redakcja naukowa:

Karolina Pawłowska, Tymoteusz Zych

**Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris
Warszawa 2020**

Redaktorzy naukowci:

Karolina Pawłowska

Dr r. pr. Tymoteusz Zych

Autorzy:

Apl. Adw. Nikodem Bernaciak

Adw. Rafał Dorosiński

Konrad Dyda

Dr Filip Furman

Magdalena Olek

Karolina Pawłowska

Maria Podlódowska

Karolina Wiśniewska

Gabriela Szewczuk

Opracowanie graficzne, skład i łamanie:

Ursines – agencja kreatywna. Błażej Zych.

www.dzialaniawizualne.pl

Wydawca:

Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris

Ul. Zielna 39, 00-108 Warszawa

www.ordoiuris.pl

Copyright

Spis treści

I.	Uwagi wstępne.....	3
II.	Główne tezy.....	5
III.	Dyskryminacja osób o skłonnościach homoseksualnych i zaburzeniach tożsamości płciowej w Unii Europejskiej w świetle najnowszych badań Agencji Praw Podstawowych.....	8
IV.	Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim. Uwagi wprowadzające.....	24
	1. Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej.....	25
	2. Zasady proporcjonalności i subsydiarności w prawie Unii Europejskiej. Brak kompetencji UE do ingerencji w prawo rodzinne Państw Członkowskich.....	29
V.	Krytyka wybranych postulatów zawartych w Strategii.....	32
	1. Pierwszy filar „Walka z dyskryminacją osób LGBTIQ”.....	32
	1.1 Postulat wprowadzenia pojęcia „tożsamości płciowej” do polityki antydyskryminacyjnej prowadzonej przez Unię Europejską.....	33
	1.2 Postulat przyjęcia przez Unię Europejską tzw. dyrektywy antydyskryminacyjnej.....	34
	1.3 Wątpliwości dotyczące wprowadzenia „kart antydyskryminacyjnych” w urzędach i miejscach pracy.....	36
	1.4 Postulat preferencyjnego finansowania organizacji promujących „LGBTIQ”.....	40
	2. Zastrzeżenia do niektórych postulatów znajdujących się w filarze II Strategii - „Zapewnienie bezpieczeństwa osobom LGBTIQ”.....	41
	3. Zastrzeżenia dotyczące postulatów zawartych w III filarze Strategii.....	46
	3.1 Konstytucyjne podstawy polskiego systemu prawa rodzinnego.....	48
	3.2 Zasady dokonywania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego w prawie polskim.....	50
	3.3 Niedopuszczalność transkrypcji zagranicznych aktów małżeństwa zawartych przez osoby tej samej płci bądź adopcji dzieci przez pary homoseksualne na gruncie polskiej Konstytucji.....	51
VI.	Podsumowanie.....	54

**Przeciw dyskryminacji, przeciw ideologii. Odpowiedź Instytutu Ordo Iuris na Strategię
na rzecz Równości LGBTI Komisji Europejskiej.**

I. Uwagi wstępne.

Dnia 12 listopada Komisja Europejska (dalej: Komisja) ogłosiła przyjęcie pierwszej Strategii Unii Europejskiej na rzecz równości LGBTIQ¹ (dalej: Strategia). Do tej pory, Komisja nie zajmowała stanowiska wobec tych kwestii w dokumencie o podobnej randze. Choć strategię przyjmowaną przez Komisję nie mają charakteru wiążącego, to wytyczają one kierunek prowadzonej przez Komisję polityki i mają znaczenie interpretacyjne przy wykładni obowiązujących aktów prawnych².

Wydana przez Komisję Strategia składa się z 4 zasadniczych filarów dotyczących różnych aspektów życia osób o skłonnościach homoseksualnych i zaburzeniach tożsamości płciowej w przestrzeni społecznej. Część z propozycji znajdujących się w dokumencie nie wzbudza wątpliwości i wynika wprost z ogólnych zasad oraz gwarancji systemu praw człowieka. Należą do nich m. in. postulaty walki z dyskryminacją w miejscu pracy, ograniczenia niepotrzebnych interwencji chirurgicznych w stosunku do dzieci przejawiających zaburzenia tożsamości płciowej czy zwalczania przemocy i agresji wobec osób o odmiennych skłonnościach seksualnych. Odrębnym pytaniem jest, czy w związku z powyższym konieczne jest tworzenie dedykowanej strategii poświęconej wyłącznie zagadnieniom równości osób identyfikujących się z grupami LGBTIQ, zamiast przyjęcia szerszej optyki dyskryminacji różnych grup.

W Strategii pojawiają się jednak próby wprowadzenia nowych pojęć i kategorii praw, które nie mają uzasadnienia w obowiązującym normach i wobec których nie istnieje konsensus wśród Państw Członkowskich Unii Europejskiej. Stanowią one również nieuprawnioną próbę wykroczenia poza przyznane Unii w traktatach kompetencje oraz zasady proporcjonalności i subsydiarności, a także uderzają one bezpośrednio w polski ład konstytucyjny. Szczególnie rażący jest fakt, że Komisja w wydanym dokumencie powieliła nieprawdziwe informacje rozpowszechniane w przestrzeni publicznej przez radykalnych aktywistów dotyczące rzekomego istnienia w Europie (w domyśle: w Polsce) „stref wolnych od (osób) LGBT”³.

¹ European Commission, *Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/lgbtiq_factsheet_2020-2025_en.pdf, data dostępu: 24.11.2020r.

² Zob. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sygn. C-322/88 - *Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles*; zob. więcej: M. Kenig-Witkowska, *Prawo Instytucjonalne UE*, 2015, s. 335-340.

³ European Commission, *Union of Equality...*, dz. Cyt. s. 13.

Jak pokazują najnowsze badania opublikowane przez Agencję Praw Podstawowych⁴, przyjęty przez Komisję Europejską model walki z dyskryminacją nie jest skuteczny. W państwach, które od lat stosują politykę antydyskryminacyjną opartą o głęboką przebudowę prawa rodzinnego oraz ingerencję w wolność słowa czy wolność gospodarczą, skala występowania negatywnych zjawisk dotyczących osoby o skłonnościach homoseksualnych lub zaburzeniach tożsamości płciowej jest znacznie wyższa niż w krajach takich jak Polska, które podobnych działań nie podjęły.

Polska jest jednym z państw mogących dawać największe poczucie bezpieczeństwa osobom należącym do mniejszości seksualnych, w tym identyfikującym się z ruchem „LGBT”. Według deklaracyjnych danych uzyskanych w badaniu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, istnieją pewne postrzegane przez mniejszości seksualne ograniczenia kulturowe, przez które czują one, że ich pewne intymne zachowania prezentowane w miejscach publicznych mogą być odbierane jako gorszące – co samo w sobie nie stanowi przejawu dyskryminacji czy braku tolerancji. Jednak doświadczenia dyskryminacji w szczególnie istotnych obszarach, takich jak szkolnictwo, miejsca pracy, czy wreszcie placówki ochrony zdrowia, są znacznie mniejsze niż w wielu krajach Unii Europejskiej, również mniejsze niż średnia dla UE. I tak, poziom bezrobocia wśród osób identyfikujących się jako "LGBTI" poziom bezrobocia wynosi w Polsce jedynie 3%, podczas gdy w Danii czy Francji jest to 6%, a we Włoszech czy Finlandii aż 8%. Dyskryminacja osób młodych, w wieku szkolnym również jest niższa w Polsce, niż średnia w Unii Europejskiej. Różnorodnych szykan w szkole z powodu identyfikacji jako "LGBTI" doświadczyło w Polsce 39% respondentów, podczas gdy w Belgii było to 50%, a w Wielkiej Brytanii nawet 57%. Jeśli zaś chodzi o dostęp do usług ochrony zdrowia, to w Polsce jedynie 4% respondentów deklaroowało, że z powodu negatywnej reakcji musiało zmienić lekarza, w Niemczech było to o 2 punkty procentowe więcej a we Francji aż o 5 pp. więcej.

W niniejszym opracowaniu analizie poddane zostaną najnowsze badania Agencji Praw Podstawowych, oparte na odpowiedziach wysłanych przez Niemal 140 tysięcy respondentów. Kolejne jego części służyć będą omówieniu pojawiających się w Strategii najbardziej kontrowersyjnych pojęć i postulatów na kilku płaszczyznach. Po pierwsze, analizie zostaną poddane istniejące w prawie międzynarodowym unormowania dotyczące równości wobec

⁴ Zob. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sygn. C-322/88 - Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles; zob. więcej: M. Kenig-Witkowska, Prawo Instytucjonalne UE, 2015, s. 335-340.

prawa i walki z dyskryminacją. Omówione zostaną również zasady proporcjonalności i subsydiarności. Uporządkowanie tych terminów, także w oparciu o dorobek orzecznicy i doktrynalny, będzie służyć za punkt wyjścia dla analizy poszczególnych filarów Strategii. W dalszej kolejności krytyce poddane zostaną wybrane, wzbudzające największe zastrzeżenia postulaty zawarte w kolejnych filarach strategii.

Ponieważ postulowane w przedmiotowym dokumencie rozwiązania w sposób istotny uderzają w obowiązujący w Polsce porządek konstytucyjny, w analizie uwzględniony został również kontekst polskiego prawa krajowego.

II. Główne tezy

W poniższych punktach przedstawione zostały w skrótovej formie główne zarzuty pod adresem obecnie promowanej przez Komisję Europejską wizji działań na rzecz równości LGBTIQ, które zostały rozwinięte w dalszej części niniejszego raportu:

- **Przyjęty przez Komisję Europejską model walki z dyskryminacją osób o skłonnościach homoseksualnych i z zaburzeniami tożsamości płciowej jest nieskuteczny.** Jak pokazują najnowsze badania Agencji Praw Podstawowych, doświadczenia dyskryminacji w szczególnie istotnych obszarach, takich jak szkolnictwo, miejsca pracy, czy wreszcie placówki ochrony zdrowia, są znacznie mniejsze w Polsce niż w wielu krajach Unii Europejskiej, również mniejsze niż średnia dla UE. Tym samym, w tych państwach, które stosują model walki z dyskryminacją oparty na ingerencji w podstawowe struktury rodzinne, edukację, wolność słowa i wolność gospodarczą, osoby o skłonnościach homoseksualnych lub zaburzeniach tożsamości płciowej zdecydowanie częściej spotykają się z szykanami w szkole (w Belgii 50%, w Wielkiej Brytanii 57%, podczas gdy w Polsce 39%), ograniczeniami w dostępie do służby zdrowia (Francja 9%, Niemcy 6%, a w Polsce zaledwie 4%, problemami ze znalezieniem pracy (poziom bezrobocia wśród tej grupy w Polsce to 3%, podczas gdy w Danii czy Francji jest to 6%, a we Włoszech czy Finlandii aż 8%).
- Promowany obecnie przez instytucje unijne, szczególnie Komisję Europejską, sposób rozumienia pojęć „równość” i „dyskryminacja” często odbiega zarówno od obowiązującego prawa, jak i od utrwalonej linii orzeczniczej sądów krajowych i międzynarodowych. W szczególności, należy pamiętać, że **utrwaloną w orzecznictwie**

i doktrynie zasadą w tym zakresie jest zakaz traktowania podobnych sytuacji w sposób odmienny, a odmiennych sytuacji jednakowo.

- Niektóre propozycje działania na rzecz błędnie rozumianej „równości” i przeciwdziałania „dyskryminacji” formułowane w Strategii stoją w **głębokiej sprzeczności z zasadami proporcjonalności i subsydiarności, na których zbudowana została Unia Europejska.** Dotyczy to przede wszystkim ingerencji w sfery prawa rodzinnego państw członkowskich oraz wolności obywatelskich (wolność słowa i wolność gospodarcza).
- Za wątpliwe należy uznać zadeklarowane w Strategii działania mające być podejmowane przez Komisję w celu przyjęcia przez Unię Europejską **kontrowersyjnej Dyrektywy Antydyskryminacyjnej⁵.** Przypomnieć należy, że od lat budzi ona silny **sprzeciw państw członkowskich, organizacji pozarządowych i przedsiębiorców.** Usilne dążenie do przyjęcia tego aktu prawa wiążącego pomimo jego niezgodności z obowiązującym prawem traktatowym oraz otwartym sprzeciwem licznych państw członkowskich należy uznać za całkowicie nieuprawnione.
- W Strategii pojawiają się pojęcia, w szczególności takie jak ***gender identity, transgender, non-binary people***, które są przedmiotem licznych kontrowersji i **które nigdy nie zostały zaakceptowane przez społeczność międzynarodową w żadnym wiążącym traktacie.** Bardzo niepokojący jest przy tym fakt, że w odróżnieniu nawet od wielu istniejących publikacji unijnych w całej „Strategii” wyraz „trans” ani razu nie został rozwinięty do postaci „transsexual” albo „transgender”. Rodzi to uzasadnione podejrzenie o chęć ukrycia zamiaru manipulowania pojęciem płci już na poziomie terminologicznym. Dokument opiera się więc na założeniu, że płeć można określić podstawie subiektywnych odczuć, w związku z czym określenie płci danej osoby powinno opierać się na jej własnej deklaracji. Wyrazem narastającego sprzeciwu państw członkowskich wobec przyjmowania tych konstrukcji w języku międzynarodowym są przyjęte przez parlamenty Słowacji i Węgier uchwały przeciwko przyjęciu *genderowej* Konwencji stambulskiej oraz wyrok Bułgarskiego Trybunału Konstytucyjnego, stwierdzający, że przyjęte w niej podejście do ludzkiej płciowości narusza bułgarską konstytucję.

⁵ Projekt Dyrektywy Rady Unii Europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (dalej: dyrektywa antydyskryminacyjna), KOM(2008) 426, 2.7.2008

- Za niezgodne z obowiązującym prawem niektórych państw członkowskich (w tym Polski) należy uznać również postulaty związane z przyznaniem możliwości transkrypcji aktów stanu cywilnego (małżeństw, adopcji) osób pozostających w zinstytucjonalizowanej relacji jedнопłciowej w państwach, które tych instytucji nie uznają. **Szczególne wątpliwości budzi postulat interpretowania Dyrektywy o swobodnym przepływie osób⁶ w sposób umożliwiający uznanie ich na terenie całej UE.** Stanowi to nieuprawnioną ingerencję w prawo rodzinne Państw Członkowskich. W praktyce, zabieg ten prowadzić ma do przyznania przywilejów małżeńskich związkom jedнопłciowym w państwach, które takich układów nie przewidują, oraz do stworzenia wrażenia, że przywileje te mają charakter „praw człowieka”. Podkreślić należy, że nie tylko obowiązujące prawo międzynarodowe nie przewiduje przyznawania osobom o skłonnościach homoseksualnych przywilejów w stosunku do reszty społeczeństwa, ale zapewnia szczególną ochronę naturalnej rodziny i jej autonomii.
- **Zastrzeżenia budzą również pojawiające się w Strategii deklaracje dotyczące zwiększenia finansowania organizacji promujących ideologię LGBTIQ.** Preferencyjne traktowanie środowisk promujących określoną ideologię i niejednokrotnie wykorzystujące postulat walki z dyskryminacją do jej narzucania jest alarmujące i nie powinno mieć miejsca na forum oficjalnej unijnej instytucji.
- Wątpliwości budzą znajdujące się w Strategii zapowiedzi wprowadzenia europejskiego przestępstwa „mowy nienawiści”. **Jak wynika z dokumentów, na których Komisja bazowała swoje prace nad nową Strategią, „mowa nienawiści” jest interpretowana przez unijnych urzędników w szeroki sposób, który może naruszać prawo do wolności religijnej i wolności słowa.** Przykładem tego są zawarte w tych dokumentach apele dotyczące prób wpłynięcia na głoszone przez przywódców religijnych nauczanie o homoseksualizmie, przedstawiane jako przejaw „homofobii”, którą należy ograniczyć.

⁶ Dyrektywa 2004/38/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG, Dz. U. L 158 , 30/04/2004 P. 0077 - 0123

III. Dyskryminacja osób o skłonnościach homoseksualnych i zaburzeniach tożsamości płciowej w Unii Europejskiej w świetle najnowszych badań Agencji Praw Podstawowych.

Wielka skala badania zjawiska dyskryminacji osób o skłonnościach homoseksualnych i zaburzeniach tożsamości płciowej w Unii Europejskiej

W roku 2019 Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (*The European Union Agency for Fundamental Rights*, FRA) przeprowadziła europejskie badanie doświadczeń „osób LGBTI” związanych z dyskryminacją, przestępstwami z nienawiści, a także wieloma innymi trudnościami i negatywnymi doświadczeniami mającymi miejsce w codzienności tych osób. Poza obywatelami Unii Europejskiej w badaniu wzięły udział także osoby z Wielkiej Brytanii, Macedonii i Serbii. Na podstawie badania powstał raport, który nosi tytuł „Długa droga do równości LGBTI” (*A long way to go for LGBTI equality*⁷). Autorzy badania wskazują, że ogólny stosunek do mniejszości seksualnych w Unii Europejskiej od czasu ostatniego badania, które miało miejsce w 2012 roku, stał się bardziej pozytywny.

15 grudnia tego roku FRA udostępniła dla badaczy zbiór danych pochodzących z tego badania, w którym znajdują się wyniki pochodzące od niemal 140 tysięcy respondentów. Poniższy rozdział prezentuje najciekawsze, w naszej opinii, dane uzyskane w badaniu. Krótki czas od publikacji danych przez FRA do wydania niniejszej publikacji nie pozwala na przedstawienie tutaj wszystkich badanych zagadnień. Będą one przedmiotem osobnego raportu.

Badanie przeprowadzane było za pomocą kwestionariusza online, pomiędzy majem a lipcem 2019 roku. W celu dotarcia do osób identyfikujących się jako „LGBTI” wykorzystano społeczności, sieci i media społecznościowe, a także współpracowano z firmami specjalizującymi się w dostarczaniu metod i narzędzi statystycznych (Agilis SA) a także marketingu i konsultingu sprofilowanego na społeczność identyfikującą się jako „LGBTQI+” (Homoevolution). We wszystkich krajach, w których przeprowadzano badanie,

⁷ <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/eu-lgbti-survey-results>, dostęp: 18.12.20 r.

współpracowano także z organizacjami społecznymi, w tym reprezentującymi ruch „LGBTI”. Tak więc, chociaż, jak podkreślają sami autorzy, baza badania nie spełniała warunków próby losowej, przy uwzględnieniu powyższych czynników trudno zakładać, że nieprecyzyjność wyników powodowałaby odchylenie od rzeczywistych poglądów i doświadczeń mniejszości seksualnych w kierunku, którego adwokaci, często samowolnie, ich interesów nie chcieliby przyznać. A tak w wielu wypadkach się zdarzyło.

Kwestionariusz badania konsultowany był z Komisją Europejską. Narzędzie zapewniało respondentom pełną anonimowość. Autorzy badania przyjęli założenie, że osoby z grup identyfikujących się jako „LGBTI” mogą być trudne do wytypowania i kontaktu przy wykorzystaniu metod tradycyjnych. Z tego powodu zdecydowano się na użycie narzędzia online, które pozwala zapewnić większą intymność, wypełnienie kwestionariusza w dogodnym dla respondenta czasie, a także likwiduje barierę komunikacyjną, jako że wszyscy badani mieli dostęp do wersji kwestionariusza w ich własnym języku narodowym.

Próby badawcze z różnych krajów nie były równoliczne – reprezentanci różnych krajów stanowili różne procenty całej próby, jednak Polska znalazła się wśród krajów z największym wkładem w próbę badawczą. Respondenci z Polski stanowili 10% wszystkich badanych, tyle samo stanowili respondenci z Francji. Krajami o największym procentowym wkładzie w próbę badawczą były też Hiszpania (14%), Niemcy (12%), Wielka Brytania (9%).

W badaniu udział wzięły osoby identyfikujące się z terminami „lesbijka” (*lesbian*), „gej” (*gay*), „biseksualista” (*bisexual*), „transseksualista” (*transsexual*) oraz „osoba interseksualna” (*intersex*). Patrząc na zmienne społeczne i demograficzne możemy powiedzieć, że w badaniu udział wzięły głównie osoby młode – średnia wieku badanego wyniosła 29 lat. Aż 82% ze wszystkich badanych nie ukończyło 40 roku życia. Tylko 4% w chwili badania miało więcej niż 55 lat. Niemal połowa badanych posiadała wykształcenie wyższe, również niemal połowa żyła w dużych miastach.

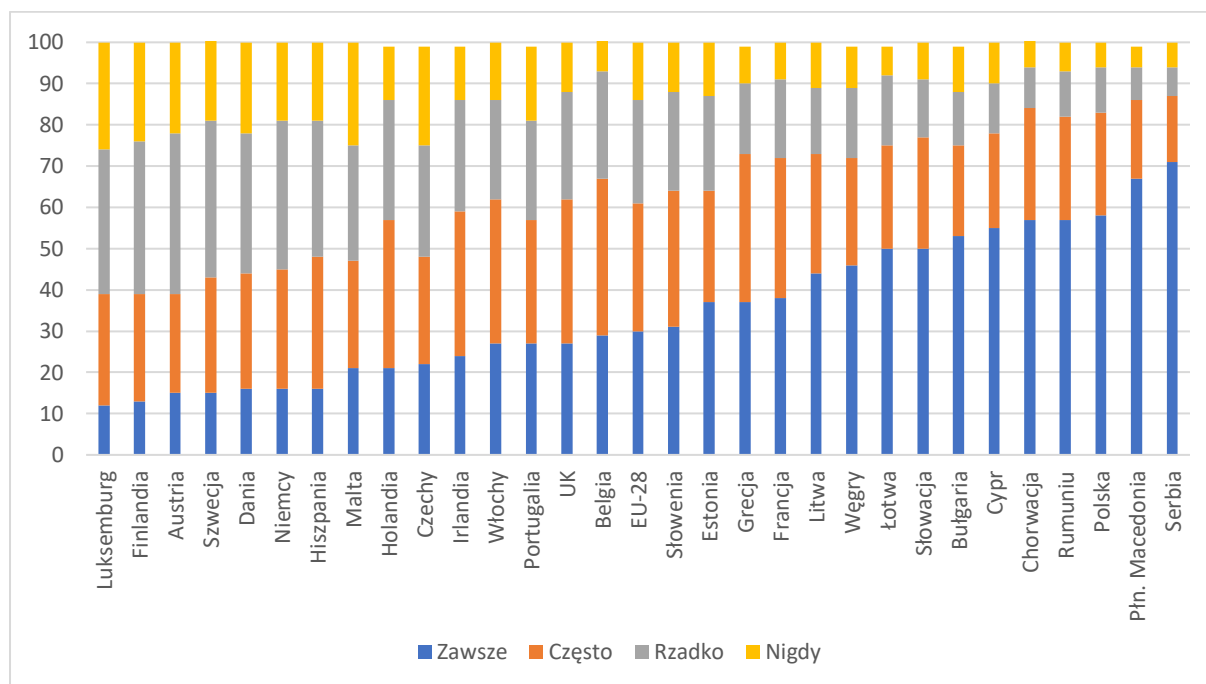
Pytania dotyczyły bardzo szerokiego spektrum tematów i były pogrupowane w 7 kategorii (w nawiasach podano liczbę pytań w każdej z kategorii): życie otwarcie i życie codzienne (29 pytań), dyskryminacja (26 pytań), przemoc i nękanie (39 pytań), postawy społeczne i reakcje rządowe (6 pytań), pytania specyficzne dla transseksualistów (8 pytań), pytania specyficzne dla osób „interseksualnych” (12 pytań), zmienne socjo-demograficzne (10 pytań).

Dyskryminacja czy kultura?

Pierwszą spośród 7 kategorii pytań jest „życie otwarcie i życie codzienne” (*living openly and daily life*). Pytania, które znaleźć można pod tym hasłem (jest ich łącznie 29) dotyczą przede wszystkim otwartego demonstrowania swojej orientacji czy tożsamości seksualnej – faktu identyfikowania się jako „osoba LGBTI” – w swoim otoczeniu, w tym zarówno otoczeniu prywatnym (dom, bliscy) jak w pracy czy różnego rodzaju miejscach publicznych.

Na pytanie o to, czy badani unikają trzymania się za ręce z partnerem tej samej płci w miejscach publicznych z lęku przed szykanowaniem, 58% respondentów z Polski odpowiedziało „zawsze”, a 25% odpowiedziało „często”. Średnia Unii Europejskiej UE-28 dla tych odpowiedzi wyniosła odpowiednio 30% i 31%. Co ciekawe, wśród państw, które plasują się powyżej średniej znalazła się również Francja, gdzie 38% respondentów unika trzymania się za ręce zawsze, a 34% z nich unika tego często (**wykres 1**).

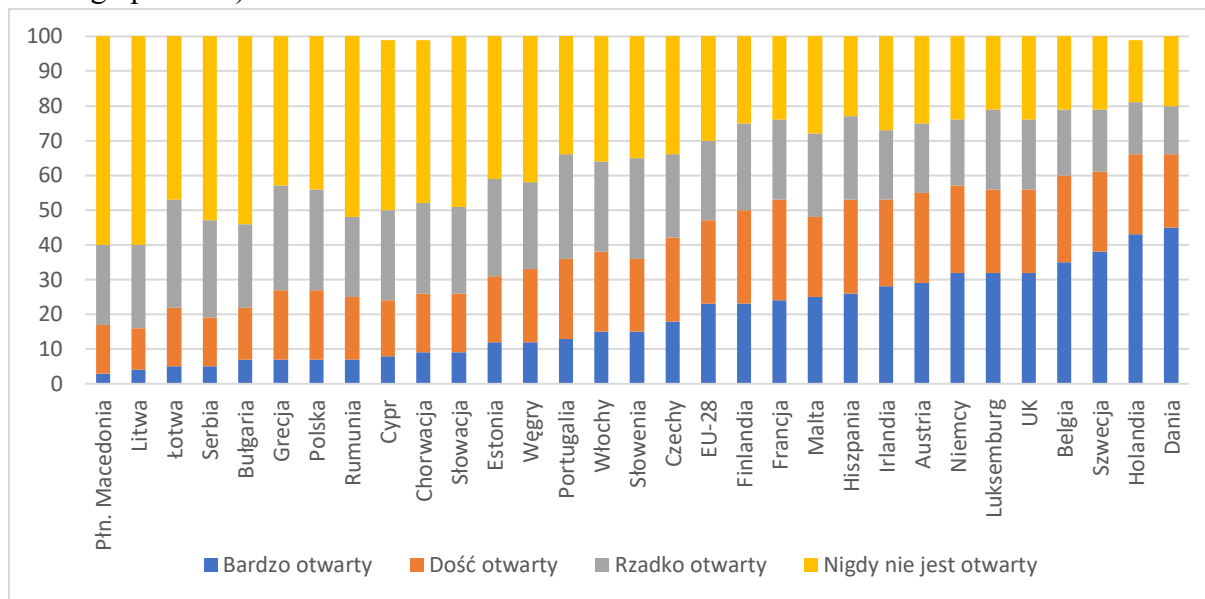
Wykres 1. Unikanie trzymania się za ręce z partnerem tej samej płci w miejscach publicznych z lęku przed szykanowaniem (% respondentów z danego państwa).



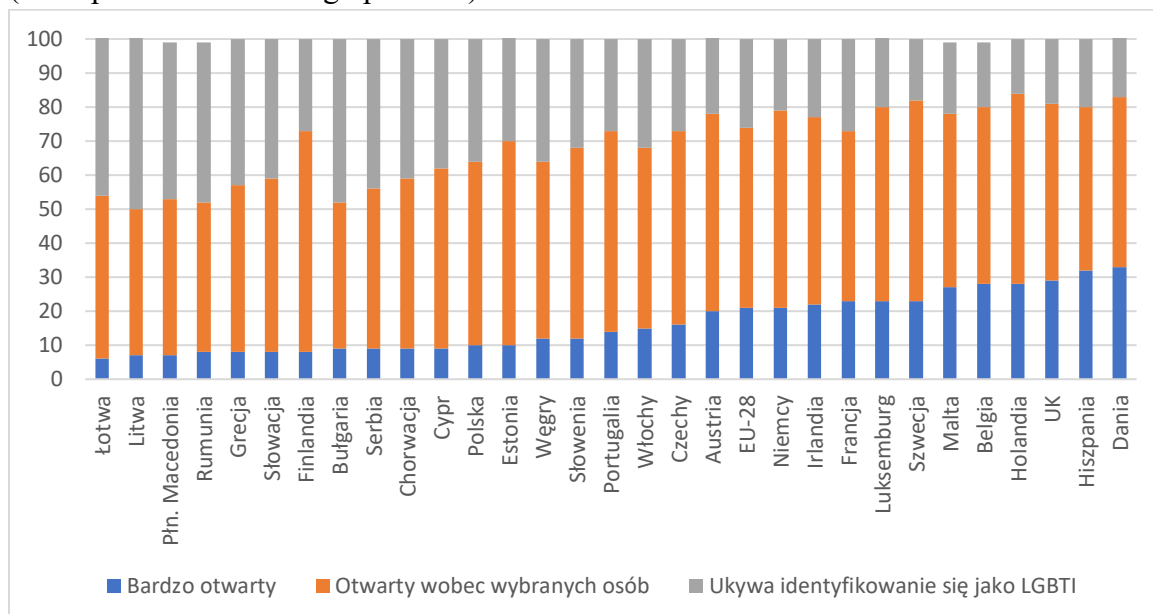
Podobne dane padają w odpowiedzi m.in. na pytanie o ogólną otwartość w zakresie identyfikowania się jako „osoba LGBTI” (**wykres 2**) oraz otwartość w miejscu pracy (**wykres 3**). Ponownie odpowiedzi polskich respondentów deklarujące dużą otwartość są o wiele rzadsze niż uśrednione odpowiedzi EU-28, co dotyczy zarówno otwartości wobec współpracowników,

jak też rodziny, przyjaciół czy osób zupełnie obcych, np. klientów czy personelu medycznego. Polacy rzadziej otwarcie eksponują swoją identyfikację jako „osoba LGBTI” publicznie w miejscu pracy (10%), a relatywnie często są otwarci wobec wybranych współpracowników (54%). Najbardziej uzewnętrzniają swoją tożsamość bądź orientację seksualną wobec otoczenia respondenci m.in. z Danii, Finlandii, Szwecji, Luksemburga czy Niemiec.

Wykres 2. Ogólna otwartość w zakresie identyfikowania się jako LGBTI (% respondentów z danego państwa).



Wykres 3. Otwartość w zakresie identyfikowania się jako LGBTI w miejscu pracy (% respondentów z danego państwa).



W tym miejscu warto zastanowić się, co właściwie oznacza zawarta w badaniu FRA otwartość oraz jej unikanie. Nie jest to w żadnej mierze dobry miernik dobrostanu przedstawicieli badanej grupy ani dyskryminacji przez nią doświadczanej.

W znacznej części ankiety **pojęcie otwartości**, jakim posługuje się FRA, **oznacza publiczne, zewnętrzne demonstrowanie swojej identyfikacji jako „osoba LGBTI” w sposób łatwo zauważalny dla otoczenia**. W przeciwnym wypadku osoby nieznane lub mało znane, przypadkowo spotykane w codziennych sytuacjach – klienci, ekspedientki, przechodnie – nie miałyby żadnej wiedzy o orientacji seksualnej respondenta. Tego rodzaju otwartość, polegająca na narzucaniu swojej osoby i swoich poglądów przy nawiązaniu pierwszej interakcji jest przejawem braku umiejętności zachowania się w sferze publicznej i utrudnia kontakty z nieznanymi. **Generalną niechęć społeczeństwa do naruszania pewnej dyskrekcji sfery publicznej pokazuje między innymi badanie CBOSu „Reakcje na brak kultury w życiu codziennym” z 2004 roku⁸ – 79% respondentów stwierdziło, że razi ich, gdy „ktoś przy obcych ludziach głośno opowiada o swoich osobistych, intymnych sprawach”, a 50% gdy „jakaś para całuje się i ściska w miejscu publicznym”.** Z wychowania do zachowywania pewnych norm w sferze publicznej może wynikać także niechęć do publicznej „otwartości”. Jeśli natomiast rozważamy pytania dotyczące osób spotykanych regularnie, czyli rodziny, przyjaciół, współpracowników, musimy zauważyć, że nawet jeżeli respondent unika informowania części bliskich o swojej identyfikacji jako LGBTI z lęku przed ich reakcją (a może tego unikać np. ze względu na niski poziom zażyłości) to po pierwsze reakcja ta oznacza zwykle nie agresję, lecz niechęć, a po drugie – jest to lęk przed zagrożeniem postrzeganym i wyobrażonym przez daną osobę, kreowanym przez przekaz medialny, najczęściej nie mającym nic wspólnego z rzeczywistością.

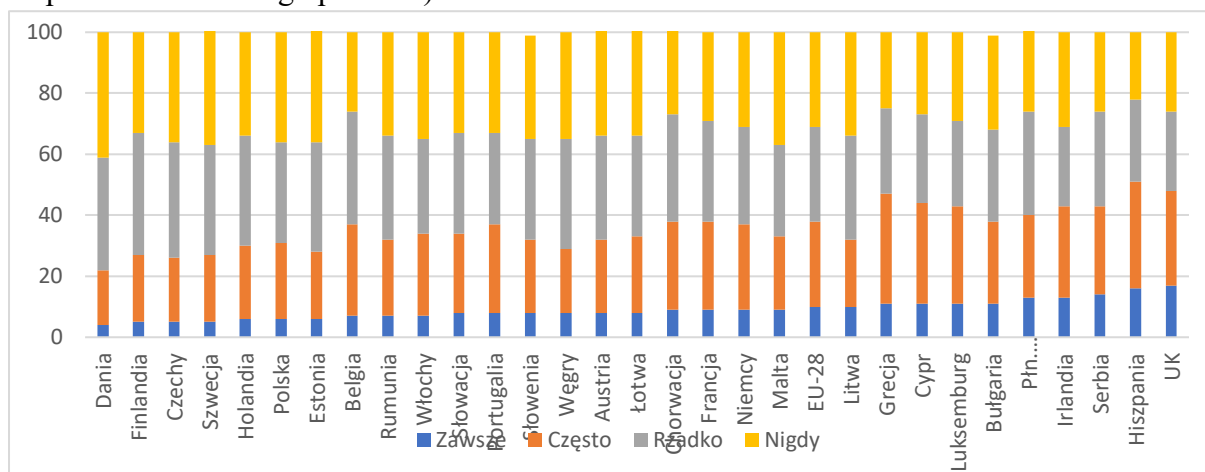
Życie codzienne: tolerancja polskiego społeczeństwa

Zagadnieniem, które bardziej rzeczowo weryfikuje doświadczenia respondentów, jest traktowanie, jakiego doświadczyli w szkole w związku z identyfikowaniem się jako „osoby LGBTI”. Odpowiedzi pokazują jasno, że **w Polsce dokuczanie i zastraszanie z powodu identyfikacji jako LGBTI zdarza się o wiele rzadziej niż w większości europejskich**

⁸ CBOS, „Reakcje na brak kultury w życiu codziennym. Komunikat z badań”, BS/112/2004, Warszawa 2004, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2004/K_112_04.PDF, dostęp: 18 grudnia 2020.

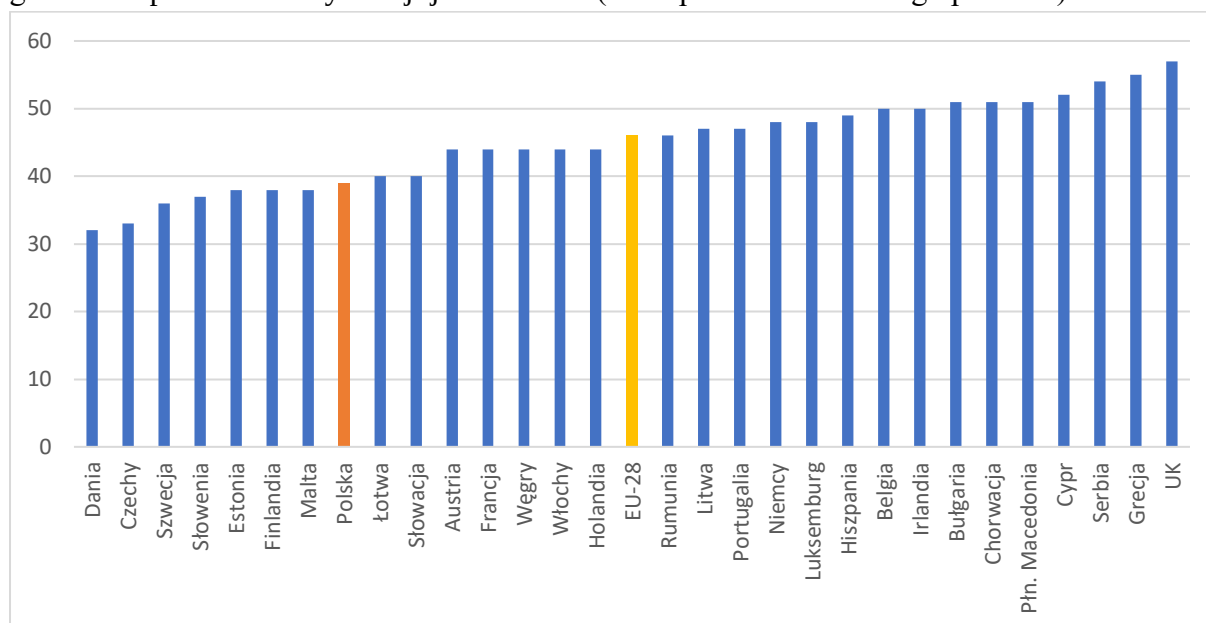
państw. Na pytanie o to, czy doświadczali negatywnych komentarzy lub negatywnego zachowania w szkole pod swoim adresem ze względu na bycie LGBTI (**wykres 4**) polscy respondenci odpowiedzieli „zawsze” w 6% i „często” w 25%. Oznacza to, że Polska zajmuje jedno z ostatnich miejsc w Europie. Średnia EU-28 wyniosła odpowiednio 10% i 28%, przy wartościach 9% „zawsze” i 29% „często” we Francji i aż 17% odpowiedzi „zawsze” i 31% odpowiedzi „często” w Wielkiej Brytanii. Jednocześnie mamy jeden z najwyższych odsetków respondentów, którzy nigdy takich zachowań nie doświadczyli (36% – wyższy tylko w 4 państwach), podczas gdy w Wielkiej Brytanii i Belgii respondentów, którzy nigdy ich nie doświadczyli było zaledwie 26%, a w Hiszpanii – 22%.

Wykres 4. Osoby, które uczęszczając do szkoły słyszały negatywne komentarze pod swoim adresem lub doświadczyły negatywnego zachowania z powodu identyfikacji jako LGBTI (% respondentów z danego państwa).



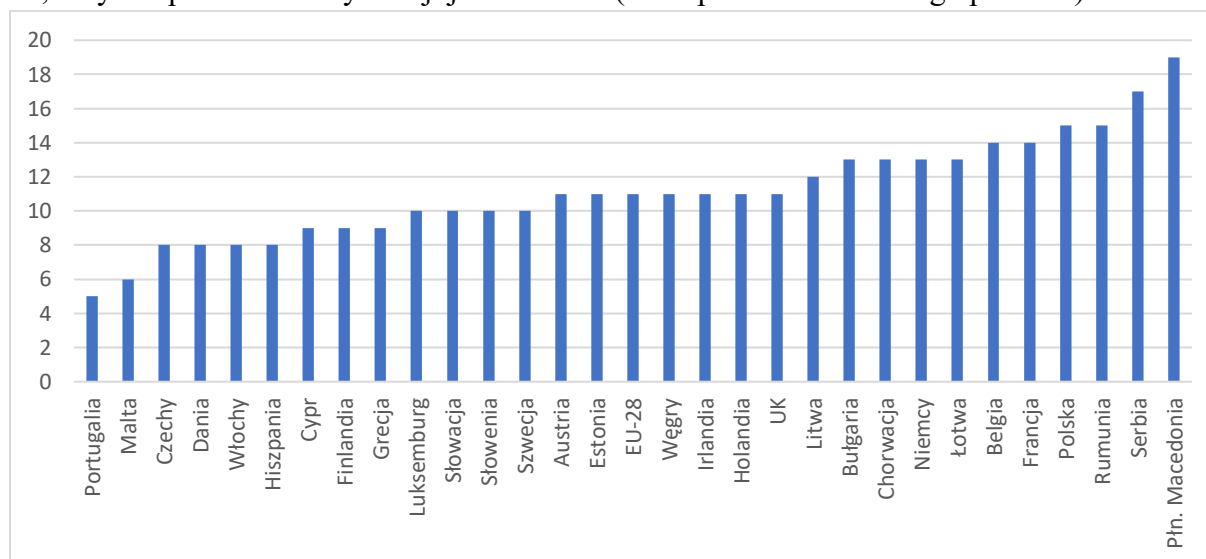
Podobnie wyglądają odpowiedzi na pytanie o to, czy uczęszczając do szkoły respondenci byli kiedykolwiek wyśmiewani, wyzywani oraz czy im dokuczano lub grożono ze względu na bycie LGBTI (**wykres 5**). Po raz kolejny Polska znajduje się wśród państw, gdzie to zjawisko występuje najrzadziej – 39% polskich respondentów odpowiedziało twierdząco, podczas gdy średnia EU-28 wyniosła 46%. Najczęściej z tego rodzaju zachowania mają miejsce w szkołach w Wielkiej Brytanii (57%), a bardzo często występują także w Niemczech (48%), Irlandii (50%) i Belgii (50%).

Wykres 5. Osoby, które doświadczyły w szkole wyśmiewania, dokuczania, wyzywania albo grożenia z powodu identyfikacji jako LGBTI (% respondentów z danego państwa).



Na pytanie z kategorii „przemoc i nękanie” o doświadczenie ataków fizycznych lub seksualnych przez osoby identyfikujące się jako LGBTI w ciągu ostatnich 5 lat 15% polskich respondentów odpowiedziało twierdząco. Średnią EU-28 wynoszącą 11% przekroczyły także Francja (14%), Belgia (14%) oraz Niemcy (13%). Twierdząco odpowiedziało także 11% respondentów w Wielkiej Brytanii, Holandii, Irlandii i Austrii. W Szwecji do doświadczenia przemocy przyznało się 10% respondentów.

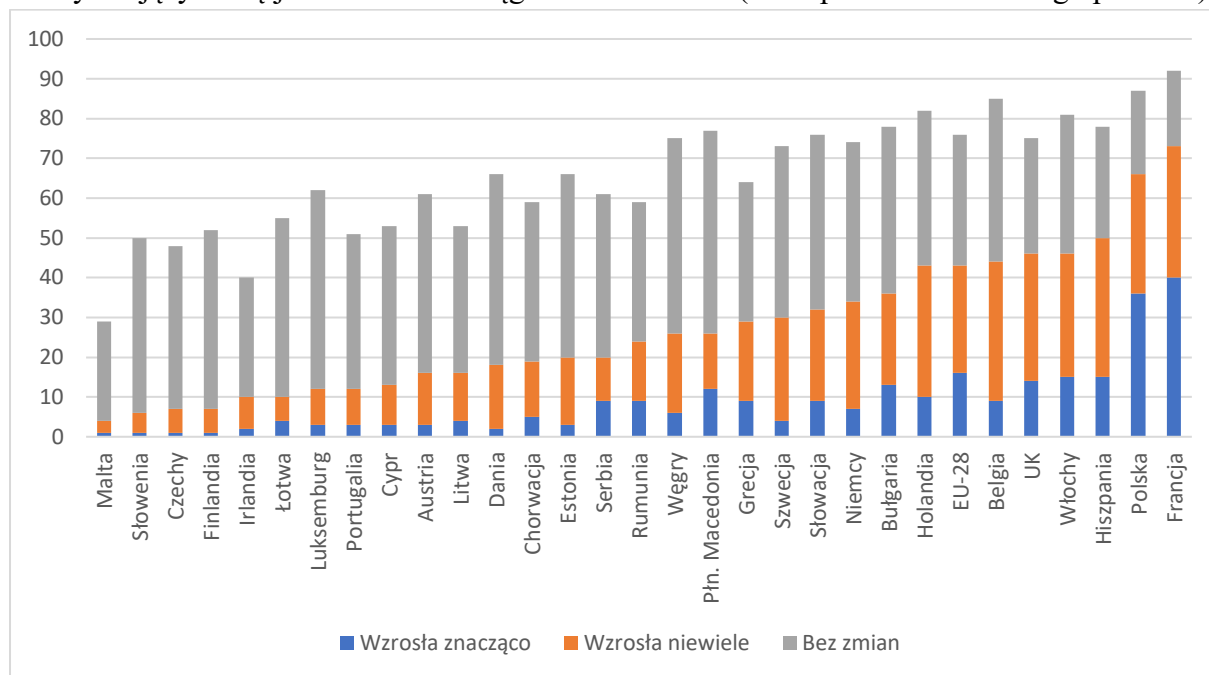
Wykres 6. Osoby, które doświadczyły ataków fizycznych lub seksualnych w ciągu ostatnich 5 lat, w tym z powodu identyfikacji jako LGBTI (% respondentów z danego państwa).



Podobnie jak w przypadku pytań dotyczących otwartości w życiu codziennym, również zagadnienie dyskryminacji i agresji nie pozwala miarodajnie ocenić sytuacji i dobrostanu respondentów. Większość kategorii jakimi posługuje się FRA jest bardzo ogólna, niewyraźna, a także dotyczy odczuć danej osoby i uzależnia wynik od charakteru, wrażliwości respondenta, od jego emocji. Pytania o dyskryminację, unikanie otwartości, szykanowanie czy strach przed atakiem pozwalają na bardzo szerokie interpretacje. Dotyczy to również pojęcia agresji, które nie zostało w żaden sposób zdefiniowane, co niesie ze sobą ryzyko dużej nadinterpretacji – pokazuje to choćby fakt, że wśród szczegółowych w odrębnych pytaniach o liczbę agresywnych zdarzeń wymienia się między innymi obraźliwe komentarze, szwendanie się czy złowrogie spojrzenie. Bardzo łatwo też o nadinterpretację co do przyczyny zajścia – bardzo często nie jest możliwe jednoznaczne stwierdzenie, czy faktycznie przyczyną jest orientacja lub tożsamość seksualna, czy zupełnie niezwiązany z tym czynnik. Ponadto powszechną praktyką osób aktywnie oskarżających otoczenie o dyskryminację jest wyolbrzymianie drobnych zajść, a nawet ich celowe prowokowanie. Warto też nadmienić, że powszechne wśród subkultur seksualnych ryzykowne zachowania seksualne, zażywanie substancji odurzających i odwiedzanie różnego pokroju lokali nocnych sprzyjają znalezieniu się w środowisku składającym się z osób skłonnych do agresji.

Natomiast z odpowiedzi na inne pytanie z tej kategorii dotyczące wzrostu poziomu przemocy wobec osób identyfikujących się jako LGBTI w ciągu ostatnich 5 lat wynika, że według 36% respondentów poziom przemocy w Polsce w tym czasie znacząco wzrósł, a według 30% „wzrósł niewiele”. Wynik ten przekroczyła Francja, gdzie 40% respondentów stwierdziło, że przemoc wzrosła znacząco, a 33% – że wzrosła niewiele. Trzeba tu zaznaczyć, że postrzegany poziom agresji jest efektem wyolbrzymianego przekazu medialnego, niemającego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Wystarczy nadmienić kilka przypadków rzekomego napastowania aktywistów przez funkcjonariuszy policji, które przez telewizję podnoszone były do rangi brutalnej przemocy, choć w rzeczywistości stanowiły interwencję służb bez użycia siły w reakcji na agresywne zachowanie aktywistów.

Wykres 7. Postrzegana zmiana (wzrost/spadek) poziomu przemocy wobec osób identyfikujących się jako LGBTI w ciągu ostatnich 5 lat (% respondentów z danego państwa).

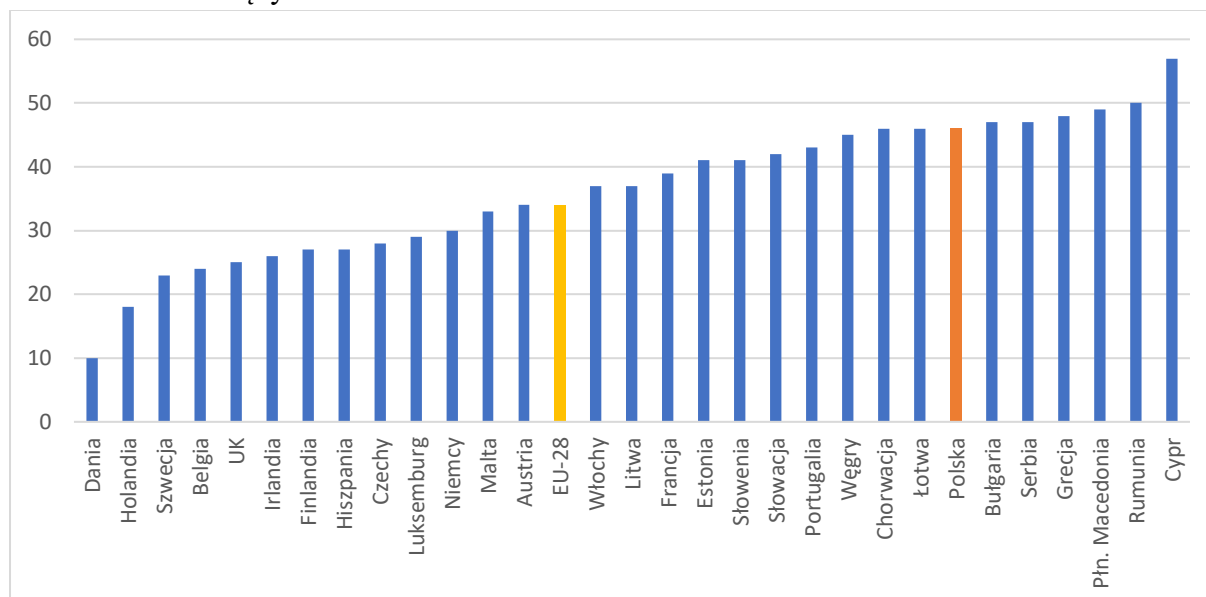


Rynek pracy: samopoczucie vs obiektywne wskaźniki

W kategorii pytań dotyczących dyskryminacji, skierowanych na zagadnienia związane z życiem zawodowym, po raz kolejny mamy do czynienia z ambiwalencją w odpowiedziach – w ogólnych pytaniach o dyskryminację Polska plasuje się znacznie powyżej średniej Unii Europejskiej. W pytaniach konkretnych – na odwrót. Wydaje się, że taka niekonsekwencja może być wynikiem jedynie ogólnie negatywnego osobistego nastawienia, niezależnego od rzeczywistych doświadczeń.

I tak, na pytanie o to, czy badani poczuli się dyskryminowani w miejscu pracy ze względu na swoją identyfikację seksualną w przeciągu ostatnich 12 miesięcy 24% respondentów z Polski odpowiedziało twierdząco. Jest to wynik nieznacznie wyższy od średniej unijnej EU-28, która wyniosła 21% (**wykres 8**). Warto zauważyć, że na bardzo podobnym poziomie powyżej unijnej średniej znalazły się również Niemcy, gdzie odsetek „osób LGBTI”, które uważają się za dyskryminowane w pracy wyniósł 23%.

Wykres 8. Postrzegana dyskryminacja w miejscu pracy – % respondentów, którzy odpowiedzieli, że poczuli się dyskryminowani w pracy ze względu na bycie LGBTI w okresie ostatnich 12 miesięcy.



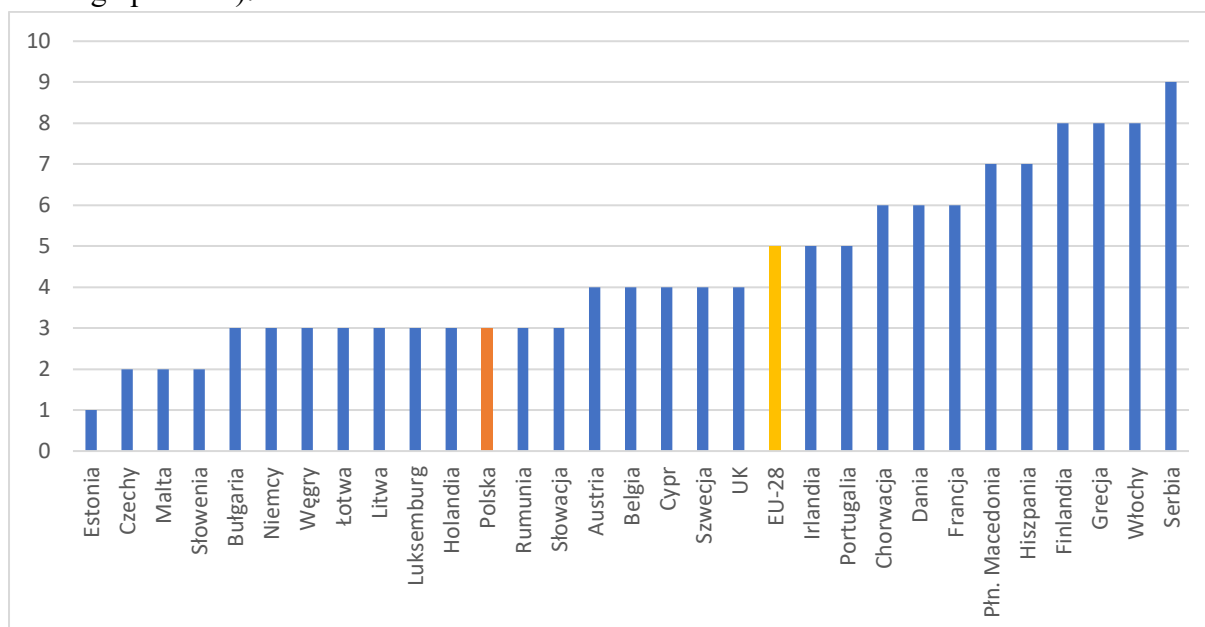
Zagadnieniem, które może pomóc zweryfikować dobrostan i poziom dyskryminacji w kontekście rynku pracy jest jednak przede wszystkim poziom bezrobocia zadeklarowany przez respondentów, który warto porównać z deklarowaną, postrzeganą dyskryminacją.

Respondenci z Polski deklarują wyższy postrzegany poziom dyskryminacji podczas poszukiwania zatrudnienia niż w części zachodnich państw – w Polsce 11% respondentów stwierdziło, że poczuło się dyskryminowanych podczas poszukiwania zatrudnienia, taki sam odsetek osób stwierdziło dyskryminację podczas poszukiwania pracy w Niemczech i Hiszpanii, natomiast niższy zadeklarowali respondenci we Francji (8%), Wielkiej Brytanii (9%), Belgii (7%), Holandii (6%), Szwecji (5%) czy Danii (5%).

Natomiast w pytaniu o status zatrudnienia oprócz płatnego zatrudnienia i bezrobocia widnieją także następujące odpowiedzi: samozatrudnienie, uczeń/student, emeryt, brak możliwości pracy ze względu na problemy zdrowotne oraz inne (e.g. nieodpłatna praca w wolontariacie, prace gospodarcze w domu, obowiązkowa służba wojskowa). Zważywszy że osoba bezrobotna jest z zasady osobą poszukującą i chętną do pracy zarobkowej, lecz jej niewykonującą, a także biorąc pod uwagę pozostałe możliwości odpowiedzi na omawiane pytanie ankietowe, respondenci, którzy mieszczą się w grupie bezrobotnych są zarazem osobami aktywnie poszukującymi zatrudnienia. **Bardzo niska zadeklarowana stopa bezrobocia wśród osób**

identyfikujących się jako LGBTI w Polsce – zaledwie 3% – wskazuje, że nie są one realnie dyskryminowane przy poszukiwaniu pracy poprzez wykluczenie z procesu rekrutacyjnego, co bez wątpienia ograniczałoby ich poziom zatrudnienia. Tymczasem w państwach, gdzie respondenci deklarowali niższy poziom dyskryminacji, występuje w tej grupie wyższy poziom bezrobocia – 6% we Francji i Danii, 4% w Szwecji, Belgii i Wielkiej Brytanii. Wynika więc z tego, że dyskryminacja jaką respondenci odczuwają podczas poszukiwania pracy – co sugerowałoby, że nie są zatrudniani ze względu na swoją identyfikację jako LGBTI – nie ma odzwierciedlenia w poziomie bezrobocia, czyli w odsetku osób, które mają duże trudności ze znalezieniem pracy.

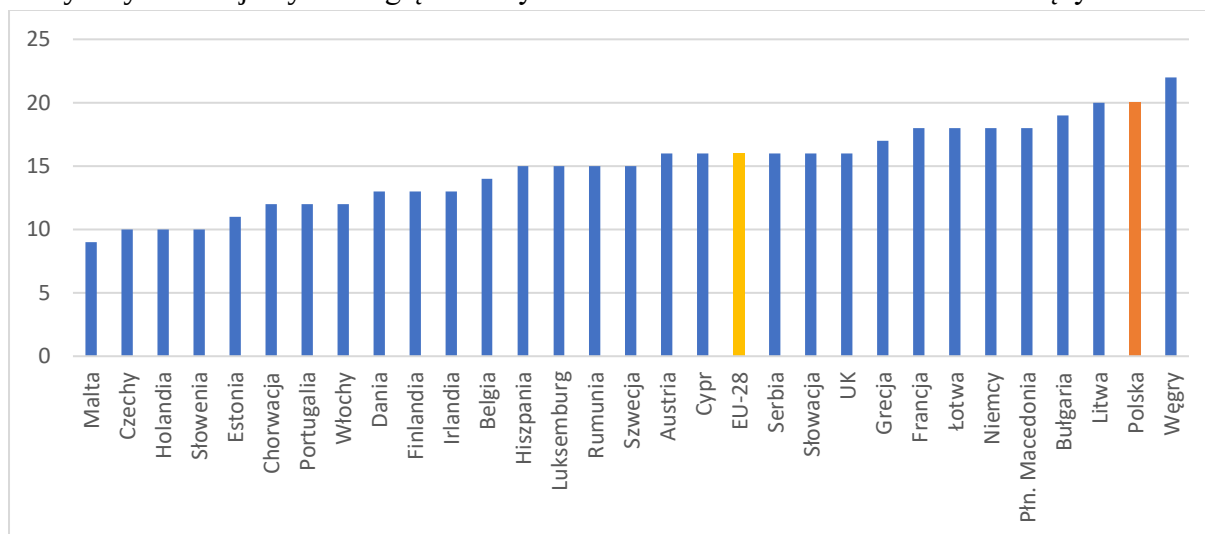
Wykres 9. Poziom bezrobocia wśród osób identyfikujących się jako LGBTI (% respondentów z danego państwa).



Dostęp do usług państwa: służba zdrowia

Na dyskryminację w ochronie zdrowia i opiece społecznej wskazywała jedna piąta respondentów z Polski. Twierdzili oni, że poczuli się dyskryminowani przez personel medyczny lub socjalny, (recepjonistki, pielęgniarki, lekarze, pracownicy opieki społecznej etc.) ze względu na bycie LGBTI w okresie ostatnich 12 miesięcy (**wykres 10**). Tutaj oprócz Polski powyżej średniej EU-28, która wyniosła 16%, znalazły się nie tylko Niemcy, ale też Francja (w obu przypadkach 18%).

Wykres 10. Postrzegana dyskryminacja w ochronie zdrowia i opiece socjalnej – % respondentów, którzy odpowiedzieli, że poczuli się dyskryminowani przez personel medyczny lub socjalny ze względu na bycie LGBTI w okresie ostatnich 12 miesięcy.



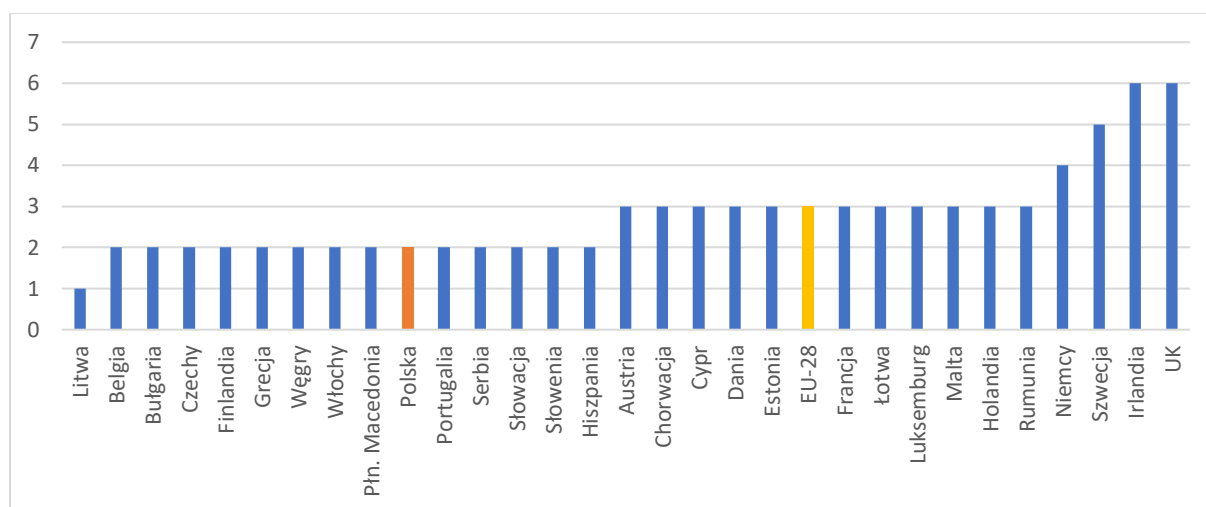
Zupełnie inaczej statystyki przedstawiają się po zejściu z poziomu odczuć na poziom realnych doświadczeń. O wiele skuteczniejszym miernikiem są więc zagadnienia konkretne i szczegółowo opisane. Konkretne zdefiniowanie zdarzenia, którego dotyczy pytanie pozwala uniknąć wolnej interpretacji respondenta, a także, przynajmniej do pewnego stopnia, wyeliminować czynnik emocjonalny.

Jednym z zagadnień w badaniu FRA pozostawiającym niewiele pola do interpretacji jest to dotyczące napotkanych konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia, które *de facto* weryfikuje i obalają wniosek jaki można wysunąć z odpowiedzi na poprzednie, ogólne pytanie o odczuwaną dyskryminację w służbie zdrowia.

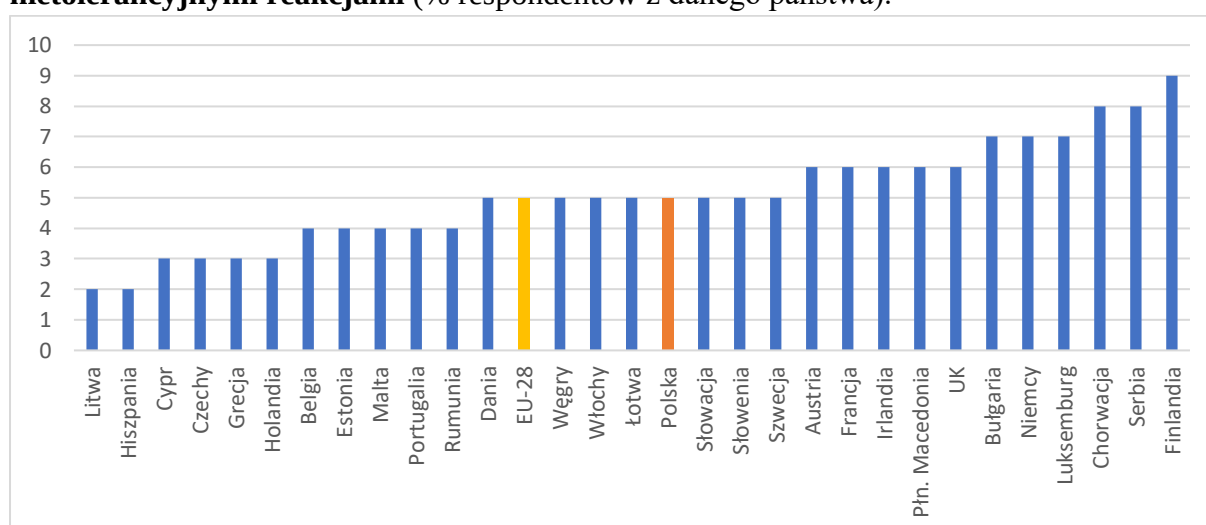
Najważniejsze z serii pytań w tym zakresie dotyczy realnego utrudniania dostępu do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako „osoba LGBTI”. **Polscy respondenci, zapytani o to, czy doświadczyli utrudnień w dostępie do usług medycznych z powodu swojej identyfikacji jako „osoby LGBTI”, odpowiedzieli twierdząco w zaledwie 2% (wykres 11). Jest to nie tylko wynik znikomy, ale także niższy od tych, jakie obserwujemy w większości zachodnich państw – we Francji, Holandii i Danii twierdząco odpowiedziało 3% respondentów, w Niemczech 4%, w Szwecji 5%, a w Wielkiej Brytanii i Irlandii aż 6.**

W Polsce 5% respondentów zaniechało leczenia z powodu lęku przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną lub nietolerancyjną reakcją (nie jest to więc realna dyskryminacja) – jest to taki sam odsetek jak w Szwecji i Danii. We Francji, Irlandii i Wielkiej Brytanii z leczenia zrezygnowało z tego powodu 6% respondentów, w Niemczech i Luksemburgu – 7%, natomiast w Finlandii aż 9% (**wykres 12**).

Wykres 11. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: **trudności w dostępie do usług medycznych** (% respondentów z danego państwa).

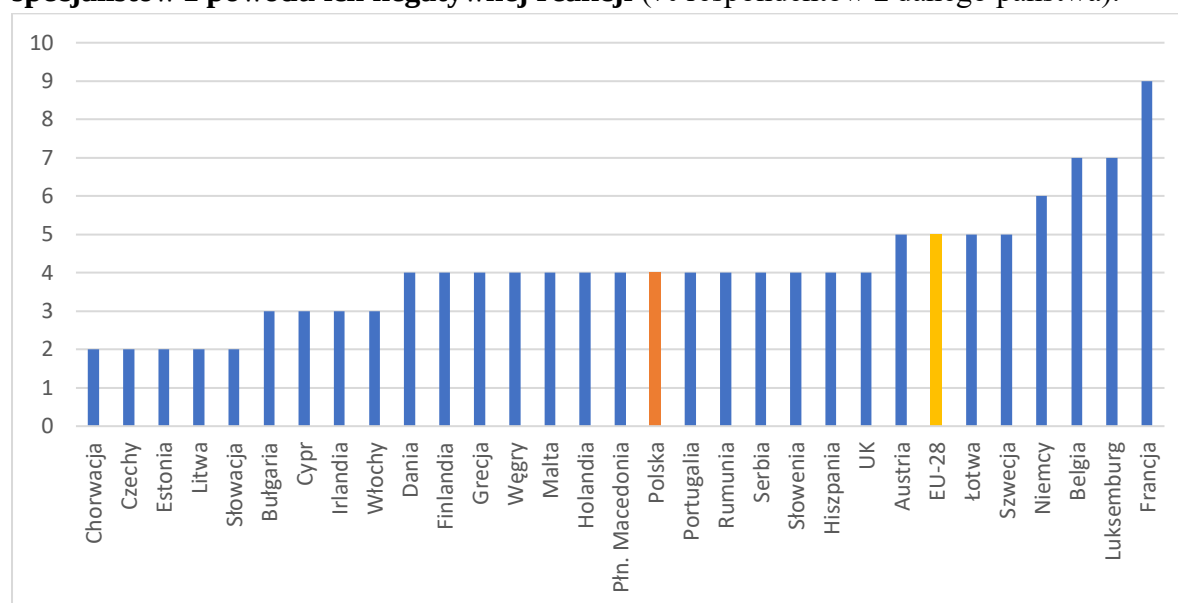


Wykres 12. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: **rezygnacja z leczenia z lęku przed dyskryminacją lub nietolerancyjnymi reakcjami** (% respondentów z danego państwa).



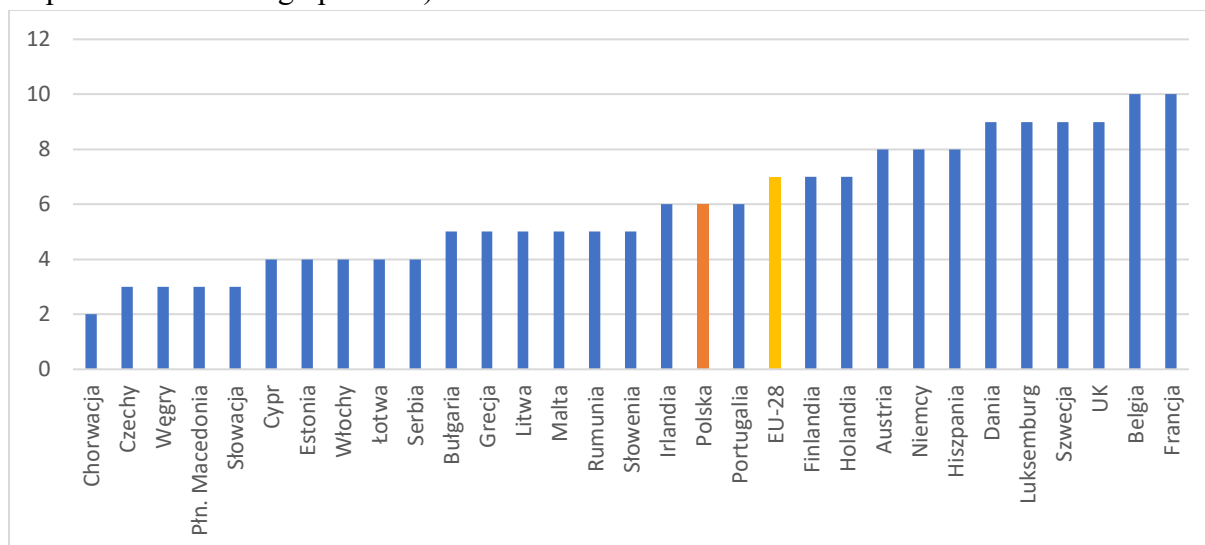
Kolejną napotkaną trudnością przez respondentów była konieczność zmiany lekarza ogólnego lub lekarzy specjalistów z powodu ich negatywnej reakcji na identyfikację jako „osoba LGBTI” (**wykres 13**). W Polsce problem ten napotkało 4% respondentów, przy średniej unijnej 5%, którą osiągnęła Szwecja, a którą przekroczyły Niemcy (6%), Belgia (7%), Luksemburg (7%) oraz Francja (9%).

Wykres 13. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: konieczność zmiany lekarza ogólnego lub lekarzy specjalistów z powodu ich negatywnej reakcji (% respondentów z danego państwa).



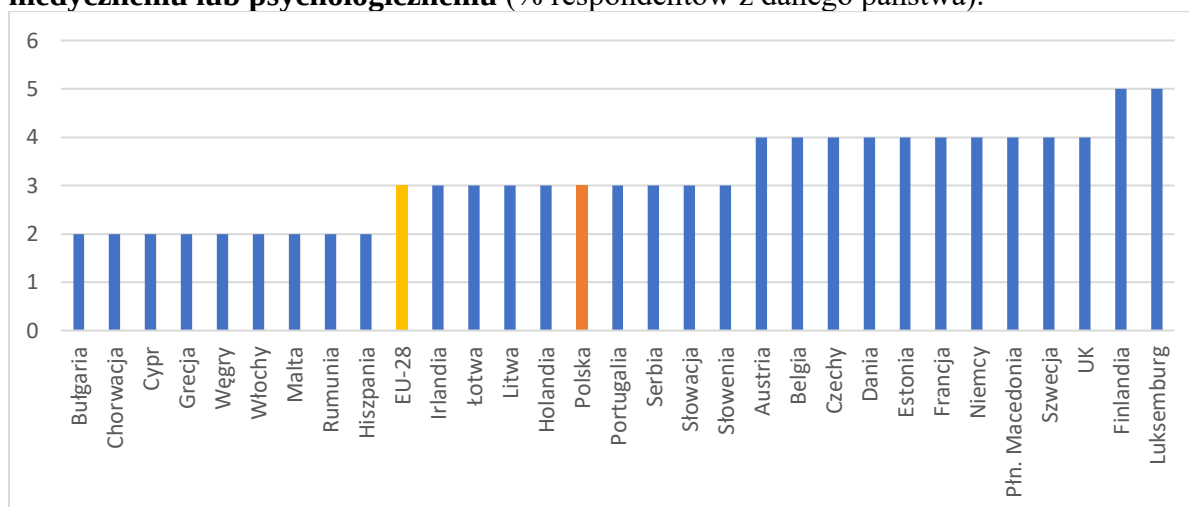
Spośród respondentów z Polski 6% stwierdziło, że ich specyficzne potrzeby wynikające z identyfikacji seksualnej były ignorowane przez personel. Podobne zażalenie zgłosiło 7% respondentów z Finlandii i Holandii, po 8% z Austrii, Niemiec i Hiszpanii, 9% respondentów z Danii, Luksemburga, Szwecji i Wielkiej Brytanii, oraz po nawet 10% respondentów belgijskich i francuskich (**wykres 14**).

Wykres 14. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: **specyficzne potrzeby pacjenta były ignorowane** (% respondentów z danego państwa).

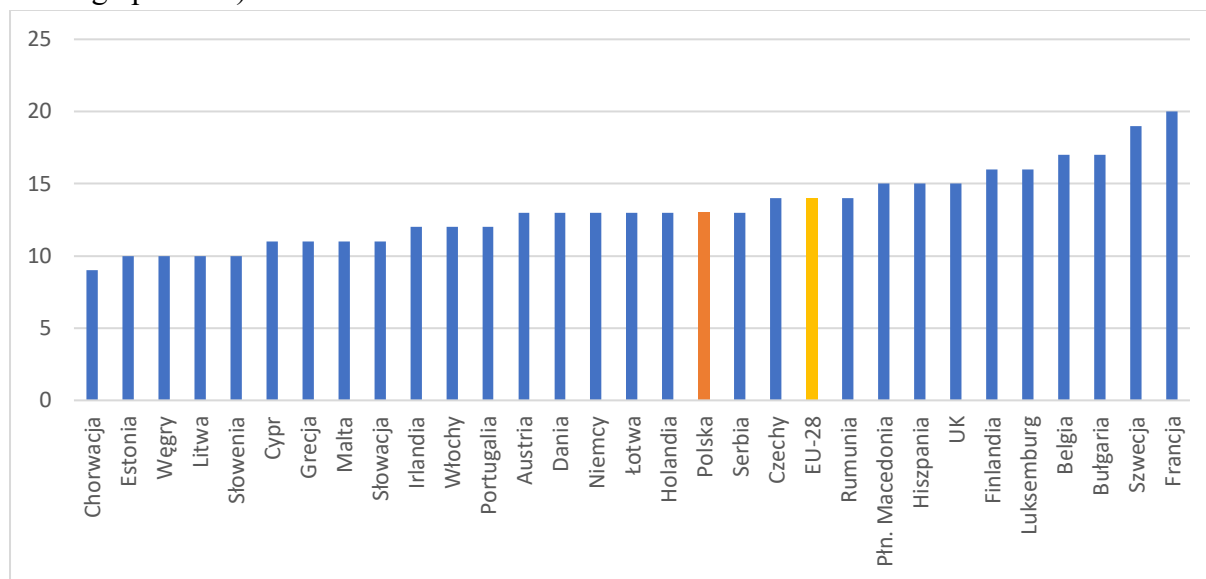


Inne wymienione w badaniu trudności związane z dostępem do służby zdrowia obejmują przymuszanie do poddania się konkretnemu badaniu medycznemu lub psychologicznemu (**wykres 15**) oraz doświadczenie nie stosownych, negatywnych komentarzy pod swoim adresem (**wykres 16**). W pierwszym przypadku polscy respondenci odpowiedzieli twierdząco w 3%, natomiast na drugie pytanie – w 13%. W obu przypadkach są to wartości niższe niż te dla większości Europy Zachodniej. Usłyszenie nie stosownych komentarzy ze strony personelu medycznego zadeklarowało aż 19% respondentów ze Szwecji i 20% z Francji.

Wykres 15. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: **przymuszanie do poddania się konkretnemu badaniu medycznemu lub psychologicznemu** (% respondentów z danego państwa).



Wykres 16. Doświadczenie konkretnych trudności w dostępie do służby zdrowia ze względu na identyfikację jako LGBTI: **niestosowne komentarze i ciekawość** (% respondentów z danego państwa).



Co bardzo istotne, aż **71% polskich respondentów stwierdziło, że nie doświadczyło żadnych z wymienionych trudności**, przy średniej unijnej na poziomie 69%. Tymczasem w Szwecji brak trudności zadeklarowało 65%, a we Francji – już tylko 63%.

Tak więc pomimo stosunkowo wysokiego odsetka respondentów z Polski, którzy stwierdzili, że czują się przez personel medyczny dyskryminowani – było to aż 20% i drugi najwyższy wynik w Europie – porównanie szczegółowych doświadczeń badanych z poszczególnych państw jednoznacznie pokazuje, że więcej trudności w dostępie do ochrony zdrowia i dyskryminujących zachowań w rzeczywistości spotyka te osoby identyfikujące się jako LGBTI, które są mieszkańcami państw zachodnich.

Kultura europejska gwarantem dobrostanu niezależnie od cech osobistych

Podsumowując możemy powiedzieć, że Polska jest jednym z krajów mogących dawać największe poczucie bezpieczeństwa osobom należącym do mniejszości seksualnych, w tym identyfikujących się z ruchem „LGBT”. Według deklaracyjnych danych, uzyskanych w badaniu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, istnieją pewne postrzegane przez mniejszości seksualne ograniczenia kulturowe, przez które słusznie czują one, że ich pewne intymne zachowania prezentowane w miejscach publicznych mogą być odbierane jako gorszące. Jednak doświadczenia dyskryminacji w szczególnie istotnych obszarach, takich jak

szkolnictwo, miejsca pracy, czy wreszcie placówki ochrony zdrowia, są znacznie mniejsze niż w wielu krajach Unii Europejskiej, również mniejsze niż średnia dla UE.

Populacja respondentów wskazuje, że zjawisko opisywane jako „LGBT” (również w innych wersjach skrótu z reguły bazującego na tych literach) jest zjawiskiem *stricte* subkulturowym, mającym cechy ruchu społecznego, w sposób nieuprawniony rości sobie ono prawo do reprezentowania poszczególnych podgrup, jak lesbijki, czy homoseksualni mężczyźni. Jeśli bowiem średnia wieku badanego nie przekroczyła 30 lat, ponad 80% badanych nie ukończyło 40 roku życia, a tylko 4% miało więcej niż 55 lat to oznaczałoby, że wszyscy przedstawiciele rozmaitych grup sztucznie wyodrębnionych na podstawie preferencji seksualnych z reguły nie dożywają starości. Jakkolwiek, ze względu na styl życia, dla części tych grup może być to sytuacja częstsza niż dla generalnej populacji, tak wielka dysproporcja wieku jest skrajnie nieprawdopodobna. Może wynikać ona jedynie z faktu, że ruch LGBT wcale nie reprezentuje żadnych mniejszości seksualnych, a stanowi subkulturę – i jak do każdej subkultury należą do niego głównie ludzie młodzi.

Wpływ powyższego faktu widoczny jest we wskazywanych odpowiedziach. Badani częściej mówią o swoich odczuciach związanych z dyskryminacją w krajach modelowo uznawanych za bardziej konserwatywne. Ta prawidłowość nie potwierdza się jednak w odpowiedziach dotyczących szczegółowych wymiarów potencjalnej dyskryminacji. Wydaje się więc, że w przypadku niektórych pytań badani odpowiadają zgodnie z przyjętym w swoim ruchu społecznym paradygmatem.

Patrząc na uzyskane wyniki wyraźnie widać, że nie można w sposób uprawniony postawić tezy, według której przebudowa prawa rodzinnego i wprowadzenie innych lewicowych instrumentów prowadzi do ograniczania dyskryminacji. Uzyskane wyniki badań przeprowadzonych przez Agencję Praw Podstawowych sugerują wręcz konieczność zbadania tezy odwrotnej.

IV. Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej i w prawie polskim. Uwagi wprowadzające.

Równość wszystkich ludzi wobec prawa wynika wprost z godności każdego człowieka, a więc ma charakter przyrodzony, stanowiąc tym samym fundament systemu ochrony praw człowieka.

Jednak równość nie jest tym samym, co identyczność, a szereg różnego rodzaju zróżnicowań – zarówno prawnych, jak i faktycznych – jest nie tylko zgodny ze standardami ochrony praw człowieka, ale wręcz konieczny. Założenie to znajduje swoje rozwinięcie zarówno w prawodawstwie Unii Europejskiej, jak i Rzeczypospolitej Polskiej. Działania mające na celu zapewnienie równego traktowania osób prowadzących zapowiedziane przez Komisję w Strategii muszą mieć na uwadze obowiązujące w prawie międzynarodowym i krajowym gwarancje dotyczące równego traktowania. Choć w samej Strategii, w przeciwieństwie do dokumentów, które stanowiły podstawę do jej sformułowania⁹, brak jest bezpośrednich apeli przyznawanie przywilejów małżeńskich osobom tej samej płci, to znajdujące się w niej propozycje odnoszące się do uznawania takich układów zawartych za granicą budzą w tym kontekście zasadnicze wątpliwości. Prowadzą one bowiem do tego, że pomimo braku rozpoznania takich rozwiązań w prawie krajowym, *de facto* będą one funkcjonować, czyniąc konstytucyjne gwarancje ochrony tożsamości małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny martwymi. Tymczasem, z zasady równego traktowania nie sposób jednak wywieść obowiązku państw członkowskich do formalizacji związków osób tej samej płci lub przyznawania im przywilejów małżeńskich.

1. Zasada równości i niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej

Zasada równości i zasada niedyskryminacji należą do ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Wywodzą się one z tradycji konstytucyjnych państw europejskich oraz uniwersalnego systemu praw człowieka (w szczególności z Europejskiej karty praw człowieka i podstawowych wolności). Zostały opisane i gwarantowane zaś w traktatach unijnych i w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, które składają się na prawo pierwotne UE. Stanowią one wartości, cele UE, a jednocześnie podstawowe prawa.

Do najważniejszych przepisów regulujących zasadę równości i niedyskryminacji w prawie pierwotnym Unii Europejskiej należą:

1. Art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰ (dalej: TUE) w brzmieniu: „*Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości,*

⁹ High-level conference on advancing LGBTI equality in the EU: from 2020 and beyond, Conference Report, 11 December 2019, https://ec.europa.eu/info/files/conference-report-advancing-lgbti-equality-eu-2020-and-beyond-0_en, dostęp: 20 grudnia 2020 r., s. 9.

¹⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz.U. UE C 202 z 7.6.2016 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016M/TXT> (dostęp: 7.07.2020 r.).

państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

2. Art. 9 TUE w brzmieniu: *„We wszystkich swoich działaniach Unia przestrzega zasady równości swoich obywateli, którzy są traktowani z jednakową uwagą przez jej instytucje, organy i jednostki organizacyjne. Obywatelem Unii jest każda osoba mająca obywatelstwo Państwa Członkowskiego. Obywatelstwo Unii ma charakter dodatkowy w stosunku do obywatelstwa krajowego i nie zastępuje go”.*
3. Art. 8 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹¹ (dalej: TFUE) w brzmieniu: *„We wszystkich swoich działaniach Unia zmierza do zniesienia nierówności oraz wspierania równości mężczyzn i kobiet”.*
4. Art. 10 TFUE w brzmieniu: *„Przy określaniu i realizacji swoich polityk i działań Unia dąży do zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.*
5. Art. 19 TFUE w brzmieniu: *„1. Bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów i w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii, Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą ustawodawczą i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.
2. Na zasadzie odstępstwa od ustępu 1, dla wsparcia działania podjętego przez Państwa Członkowskie w celu przyczyniania się do osiągnięcia celów określonych w ustępie 1, Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, mogą przyjąć podstawowe zasady dotyczące unijnych środków zachęcających, z wyłączeniem harmonizacji przepisów ustawowych i wykonawczych Państw Członkowskich”.*
6. Art. 20 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹² (dalej: KPP) w brzmieniu *„Wszyscy są równi wobec prawa”.*

¹¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz.U. UE C 202 z 7.6.2016 r., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E/TXT> (dostęp: 7.07.2020 r.).

¹² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz.U. C 202 z 7.6.2016, str. 391—407, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT> (dostęp: 7.07.2020 r.).

Art. 21 ust. 1 KPP w brzmieniu: „*Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną*”.

7. Art. 21 ust. 1 KPP w brzmieniu: „*Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną*”.

Chociaż w prawie unijnym nie istnieje jednolita definicja „równości”, to w literaturze wskazuje się, że kontekst i systematyka art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej dowodzą, iż unijna „równość” oznacza klasyczną gwarancję równości obywatela wobec prawa¹³. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie wypowiadał się w tej sprawie, stwierdzając m.in. iż „**Zasada równego traktowania jako ogólna zasada prawa wspólnotowego wymaga, aby podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione**”¹⁴. Oznacza to, iż podmioty znajdujące się w porównywalnej sytuacji faktycznej powinny być w świetle prawa traktowane tak samo, zaś podmioty w odmiennej – różnie. Zgodnie z art. 9 TUE zasada równości realizowana jest w szczególności w stosunkach jednostek z instytucjami i organami unijnymi, zaś wszyscy obywatele UE – bez względu na narodowość – powinni być traktowani tak samo.

Treść art. 8 i 10 TFUE wskazuje, że realizacja zasady równości i zwalczanie dyskryminacji stanowią jedno z najważniejszych celów działań Unii Europejskich, jak również, iż elementy te powinny być uwzględniane przy określaniu wszelkich polityk i decyzji unijnych. Na marginesie niniejszych rozważań warto wspomnieć, że unijna „równość” dotyczy też relacji między państwami członkowskimi oraz w odniesieniu do Unii, oznaczając równość państw. W rezultacie w systemie prawnym UE nie mogą występować różnice w zależności od

¹³ M. Hilf, F. Schorkopf, uwagi z nb. 31 do art. 2, w: E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (red.), *Das Recht der Europäischen Union*, München 2020, BeckOnline.

¹⁴ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-127/07 *Societe Arcelor Atlantique et Lorraine i inni v. Premier Ministre i inni*, pkt 23.

członkostwa, siły ekonomicznej, przynależności geograficznej lub uwarunkowań historycznych¹⁵.

Zasada równości została ujęta przez art. 20 Karty Praw Podstawowych UE jako prawo podstawowe, które przysługuje zarówno osobom fizycznym, jak i osobom prawnym i innym jednostkom organizacyjnym. Ogólna zasada równości ma na celu zapewnienie równego traktowania prawnego i faktycznego osób **znajdujących się w porównywalnej sytuacji**¹⁶. Porównywalne sytuacje nie mogą być traktowane arbitralnie, tj. odmiennie **bez obiektywnego powodu**, a sytuacje nieporównywalne – jednakowo bez obiektywnego powodu¹⁷. Do porównania potrzebne są co najmniej dwie grupy, które wykazują zarówno znaczne podobieństwa, jak i niewielkie różnice. Porównanie musi być oparte na obiektywnych okolicznościach i wymaga wspólnego punktu odniesienia. Przykładowo, grupa osób A musi uzyskać zezwolenie na działalność gospodarczą, zaś grupa osób B nie. Jeśli istnieją wystarczająco istotne różnice między tymi grupami, zasada równości nie jest naruszana¹⁸.

Art. 21 KPP ujemuje zasadę równości wobec prawa w kontekście negatywnym, tj. jako zakaz dyskryminacji ze względu na określone cechy szczególne, których nie można zmienić lub których zmiana jest trudna dla ludzi¹⁹. Konieczne jest przy tym zwrócenie uwagi na relację art. 19 TFUE oraz art. 21 ust. 1 KPP. Artykuł 19 przyznaje Unii kompetencje do przyjmowania aktów ustawodawczych w celu zwalczania niektórych form dyskryminacji wymienionych wyczerpująco w tym artykule. Przepisy te mogą obejmować działania podejmowane przez organy państw członkowskich (jak również stosunki między osobami prywatnymi) w każdej dziedzinie **w granicach uprawnień Unii**. Z drugiej strony, art. 21 ust. 1 nie ustanawia ogólnego zakazu dyskryminacji w tych obszarach²⁰. **Wspomnieć należy, iż w myśl art. 9 Karty Praw Podstawowych w brzmieniu: „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw”,**

¹⁵ Zob. M. Hilf, F. Schorkopf, uwagi z nb. 33 do art. 2, w: E. Grabitz, M. Hilf, M. Nettesheim (red.), *Das Recht der Europäischen Union*, München 2020, BeckOnline.

¹⁶ S. Hölscheidt, uwagi z nb. ... do art. 20 w: J. Meyer, S. Hölscheidt (red.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2019, BeckOnline.

¹⁷ J. Bergmann, uwagi z nb. 1 do art. 20 w: J. Bergmann, K. Dienelt (red.), *Ausländerrecht*, München 2020, BeckOnline.

¹⁸ S. Hölscheidt, uwagi z nb. 22 do art. 20 w: J. Meyer, S. Hölscheidt (red.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2019, BeckOnline.

¹⁹ J. Bergmann, uwagi z nb. 1 do art. 21 w: J. Bergmann, K. Dienelt (red.), *Ausländerrecht*, München 2020, BeckOnline.

²⁰ J. Bergmann, uwagi z nb. 1-2 do art. 21 w: J. Bergmann, K. Dienelt (red.), *Ausländerrecht*, München 2020, BeckOnline.

państwa członkowskie mają wyłączną kompetencję do regulowania problematyki z zakresu prawa rodzinnego i małżeństwa.

Art. 21 ust. 1 KPP uwzględnia zakaz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Przepis ten jest wyrazem tolerancji dla zachowań seksualnych człowieka, wywodzącej się z prawa do samostanowienia i do ochrony życia prywatnego. Nie stanowi on jednak podstawy do wprowadzania instytucji tzw. „małżeństw homoseksualnych”²¹.

Podsumowując, w prawie Unii Europejskiej zasada równości odgrywa niebagatelną rolę, będąc jedną z najważniejszych wartości UE, wyznaczając cele jej działania, jak również stanowiąc prawo podmiotowe jednostek. Należy jednak pamiętać o jej rzeczywistym znaczeniu, zakładającym równe traktowanie osób będących w porównywanym sytuacji faktycznej i prawnej, chyba że istnieje obiektywny powód do różnego traktowania. Ponadto, działania UE zmierzające do jej realizacji są ograniczone przyznanymi jej przez państwa członkowskie kompetencjami w określonych dziedzinach oraz zasadą proporcjonalności i subsydiarności. W odniesieniu do postulatów dotyczących wprowadzenia w państwach unijnych tzw. „małżeństw homoseksualnych” lub innego rodzaju zarejestrowanych związków jedнопłciowych jako elementu walki z dyskryminacją, należy stwierdzić, że są one bezpodstawne zasadniczo z dwóch powodów. Po pierwsze, osoby o homoseksualnej orientacji nie znajdują się w porównywalnej sytuacji faktycznej wobec osób heteroseksualnych. Po drugie, wyłączną kompetencję do kształtowania prawa rodzinnego materialnego mają państwa członkowskie UE. **Tym samym, nie istnieją podstawy prawne do zarzutów o dyskryminację osób o skłonnościach homoseksualnych w krajach nieuznających sformalizowanych związków jedнопłciowych, jak również do postulatów o narzucenie przez Unię Europejską prawodawstwa w tym zakresie.**

2. Zasady proporcjonalności i subsydiarności w prawie Unii Europejskiej. Brak kompetencji UE do ingerencji w prawo rodzinne Państw Członkowskich.

Jednymi z podstawowych zasad, na których oparte jest funkcjonowanie Unii Europejskiej są zasady proporcjonalności i subsydiarności. Zgodnie z art. 5 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, Unia podejmuje działania tylko wówczas i tylko w takim zakresie, w jakim cele zamierzonego działania nie mogą zostać osiągnięte w sposób wystarczający przez Państwa Członkowskie,

²¹ Szerz. Sven Hölscheidt, uwagi z nb. 42 do art. 21 w: J. Meyer, S. Hölscheidt (red.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden 2019, BeckOnline.

zarówno na poziomie centralnym, jak i regionalnym oraz lokalnym, i jeśli ze względu na rozmiary lub skutki proponowanego działania możliwe jest lepsze ich osiągnięcie na poziomie Unii. Przepis ten – wyrażający zasadę pomocniczości – funkcjonuje w prawie pierwotnym UE od czasu Traktatu z Maastricht. Natomiast stosownie do art. 5 ust. 4 powyżej przywołanego Traktatu, zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów.

Obydwie z tych zasad stosuje się zgodnie z Protokołem w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności. Dokument ten – stanowiący załącznik nr 2 do Traktatu o Unii Europejskiej – przede wszystkim zobowiązuje każdą instytucję do czuwania nad przestrzeganiem zasad pomocniczości i proporcjonalności (art. 1). Wymogi te zostały szczegółowo odniesione do unijnej procedury prawodawczej. Stosownie do art. 5 przedmiotowego Protokołu, projekty aktów ustawodawczych są obligatoryjnie uzasadniane w odniesieniu do spełniania przez nie zasad pomocniczości i subsydiarności.

Zasady pomocniczości i proporcjonalności były wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z dorobkiem orzecznictwem TSUE, w celu ustalenia, czy dany akt jest proporcjonalny, należy przeprowadzić test składający się z odpowiedzi na trzy pytania: czy środki, które on przewiduje do osiągnięcia danego celu, są odpowiednie do jego wagi? Czy środki te są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu? Czy przyjęte środki nie przekraczają tego co odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu?²².

Z tego więc względu organy Unii Europejskiej nie mają prawa podejmować działań władczych ponad potrzebę, a jednocześnie są zobowiązane zawsze wybierać środki najmniej ingerujące w zakres swobodnego działania jednostki oraz Państwa Członkowskiego. W związku z tym w żadnym wypadku niedopuszczalne jest domniemywanie kompetencji przez organy Unii Europejskiej na kwestie, które nie zostały jej wprost przekazane przez Państwa Członkowskie. Do takich zaś należą zagadnienia związane z prawem rodzinnym – w tym kształtowania prawnych regulacji instytucji małżeństwa, czy rodzicielstwa zastępczego. Brak kompetencji Unii Europejskiej w zakresie kształtowania prawa rodzinnego w państwach członkowskich jest zatem bezpośrednią konsekwencją obowiązywania zasad proporcjonalności i pomocniczości.

²² Wyrok Trybunału (pierwsza izba) z dnia 23 lutego 1983 r. w sprawie *Fromançais SA przeciwko Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)*, znak sprawy 66/82; wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 17 maja 1984 r. w sprawie *Denkavit Nederland BV przeciwko Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, znak sprawy 15/83.

Ich konkretyzacją jest treść traktatów oraz Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Jak stanowi art. 9 Karty Praw Podstawowych UE, państwa członkowskie mają wyłączną legitymację do regulowania problematyki z zakresu małżeństwa i prawa rodzinnego²³. W literaturze podkreśla się, że prawo rodzinne materialne (merytoryczne) pozostaje poza kompetencjami Unii Europejskiej²⁴. O braku kompetencji UE w zakresie prawa rodzinnego wprost wypowiedziała się również w 2018 roku Komisja Europejska²⁵.

Warto w tym kontekście zaznaczyć, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości omawiane tu zasady zostały sformułowane przed ich skodyfikowaniem w Traktatach. W doktrynie wskazuje się, że ich pozytywizacja stanowiła przejaw dążenia Państw Członkowskich przed nadmiernym aktywizmem organów wspólnotowych²⁶. W tym kontekście należy pamiętać, że Unia Europejska działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach, dla osiągnięcia określonych w nich celów. Jednocześnie wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich (art. 5 ust. 2 TUE).

Choć strategie wydawane przez Komisję Europejską nie mają charakteru aktów prawa wiążącego, to z całą pewnością rodzą one określone skutki w praktyce funkcjonowania unijnego prawa. Jak już wskazano, wytyczają one przede wszystkim kierunki interpretacji unijnych aktów prawa, w szczególności dyrektyw²⁷. **Z tych przyczyn, wszelkie naciski na państwa w kierunku stworzenia prawnej możliwości formalizacji związków osób tej samej płci lub nadania takim związkom przywilejów małżeńskich należy uznać za nieuprawnione. Do takich nacisków zaliczyć należy m. in. omówiony w dalszych częściach niniejszego dokumentu znajdujący się w Strategii postulat interpretacji unijnego prawa w taki sposób, by obligowało ono państwa członkowskie do uznawania związków osób tej samej płci zawartych za granicą.**

²³ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, art. 9: „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw.”

²⁴ Pogląd ten podzielany jest również w literaturze, por. J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014.

²⁵ Answer given by Ms Jourová on behalf of the European Commission, Question reference: E-003990/2018 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-003990-ASW_EN.html, dostęp: 19.12.2020 r.

²⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym*, „Studia Europejskie”, 1(2006), s. 66.

²⁷ Zob. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej sygn. C-322/88 - Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles; zob. więcej: M. Kenig-Witkowska, *Prawo Instytucjonalne UE*, 2015, s. 335-340.

V. Krytyka wybranych postulatów zawartych w Strategii.

Główną częścią niniejszego opracowania jest analiza wybranych postulatów znajdujących się w Strategii, które budzą szczególne wątpliwości z perspektywy prawa międzynarodowego, unijnego oraz polskiego systemu prawnego. Omówienie w pierwszej części niniejszej pracy podstawowych przepisów prawa unijnego dotyczących kwestii takich jak równość i dyskryminacja oraz zasad pomocniczości i subsydiarności posłużyć miało jako punkt wyjścia dla szczegółowego omówienia najbardziej wątpliwych w tym kontekście postanowień zawartych w Strategii. Zarówno literalna treść opisywanych wyżej przepisów, jak i wykształcone na przestrzeni lat wokół nich doktryna i orzecznictwo, jednoznacznie wskazują na nieuprawniony charakter niektórych z proponowanych przez KE w Strategii rozwiązań.

1. Pierwszy filar „Walka z dyskryminacją osób LGBTIQ”.

Pierwszy filar dokumentu wydanego przez Komisję Europejską dotyczyć ma ogólnych działań na rzecz walkę ze zjawiskiem dyskryminacji osób o skłonnościach homoseksualnych i zaburzeniach tożsamości płciowej w różnych sferach ich życia, przede wszystkim w miejscu pracy. Obok wynikających w sposób oczywisty z opisanych już wyżej zasad równości i niedyskryminacji propozycji, pojawiają się w nich postulaty wykraczające poza treść obowiązującego prawa międzynarodowego oraz zasady pomocniczości i subsydiarności.

Na wstępie należy zaznaczyć, że **polskie prawo już teraz na równi chroni wszystkich obywateli, niezależnie od tego jaka jest ich orientacja seksualna lub tożsamość genderowa.** Wynika to z polskiej Konstytucji, która jasno wskazuje, że każdy ma prawo do życia (art. 38), wolności osobistej (art. 41), ochrony prywatności i życia rodzinnego (art. 47), wolności wyrażania własnych opinii (54(1)), wolności zgromadzeń (art. 57), wolności zrzeszania się (art. 58 (1)) i prawo do azylu (art. 37 (1)). Z punktu widzenia polskiego porządku prawnego, **nie ma zatem żadnych powodów, dla których należałoby przyznawać w polskim prawie preferencyjną ochronę osobom ze względu na wskazane w raporcie cechy.** Również prawo unijne, oparte na zasadach równości i zakazie dyskryminacji wszystkich obywateli, jak zostało to już wykazane w poprzedniej części niniejszego tekstu, pozostaje w tych kwestiach jednoznaczne.

1.1 Postulat wprowadzenia pojęcia „tożsamości płciowej” do polityki antydyskryminacyjnej prowadzonej przez Unię Europejską.

Jednym z celów Komisji na najbliższe lata wskazanych w Strategii ma być „wspieranie państw członkowskich w intensyfikacji wymiany najlepszych praktyk w zakresie ochrony prawnej przed dyskryminacją ze względu na orientację seksualną, tożsamość/ekspresję płciową (*gender identity*) i cechy płciowe w różnych obszarach”²⁸. Komisja wskazuje również, że będzie działać na rzecz spopularyzowania użycia „języka włączającego *gender* we wszystkich rodzajach komunikacji”. Zachęci do tego również pozostałe instytucje UE²⁹. Komisja zapowiada również podjęcie działań na rzecz na rzecz promocji wymiany najlepszych praktyk między państwami członkowskimi i ekspertami w celu zapewnienia „bezpiecznej i włączającej edukacji dla wszystkich dzieci, młodzieży i dorosłych”. Nowa grupa ekspercka zajmie się poza niebudzącymi wątpliwości programami na rzecz przeciwdziałania zjawiskom zastraszania i molestowania seksualnego, zwalczaniem tzw. „stereotypów genderowych” w edukacji³⁰. W ramach programu „Horyzont” będzie również działać na rzecz wspierania *gender studies*³¹.

Pojęcie „gender” ma, jak zostało to już wielokrotnie wykazane, charakter ideologiczny i wywodzi się wprost z radykalnego feminizmu i marksistowskiej dialektyki³². Pojęcie „gender identity”, będące prostą konsekwencją przyjęcia założenia o konstruktywnym charakterze płci, zakłada z kolei, że ludzka płeć wynikać ma wyłącznie z subiektywnych odczuć danej osoby. Podczas gdy niektóre państwa członkowskie dodały cechy płciowe jako podstawę do dyskryminacji do swoich krajowych przepisów dotyczących równości, inne stosowały szeroką interpretację „płci” (sex). Podobne podstawy ekspresji płciowej są obecne w przepisach antydyskryminacyjnych tylko w kilku państwach członkowskich. Biorąc pod uwagę, że właśnie Polska jest jednym z państw, które – zgodnie z prawem – wyraźnie odmówiły włączenia „identyfikacji płciowej” do swojego prawodawstwa (jak zostało to wyżej wskazane, miało to miejsce w 2010 r.), zachodzi tutaj duża obawa, że te enigmatyczne zapowiedzi doprowadzą do zastraszenia polskich władz i niedopuszczalnych nacisków w celu uchwalenia przepisów godzących w konstytucyjną zasadę dychotomicznego podziału społeczeństwa na dwie płcie.

²⁸ European Commission, *Union of Equality*, dz. cyt., s. 8.

²⁹ Tamże, s. 10.

³⁰ Tamże.

³¹ Tamże.

³² Zob. Np. H. Bradley, *Gender*, Warszawa 2008 r., s. 142. ; R. P. Thong, *Myśl Feministyczna. Wprowadzenie*, Warszawa 2002 r., s. 86, 106.

Zaznaczyć należy, że pojęcie „gender identity”, oznaczające „tożsamość płciową” nie znajduje swojego oparcia w wiążących dokumentach prawa międzynarodowego. Jedyne od tego wyjątkiem jest kontrowersyjna **Konwencja Stambulska**³³, która nie została ratyfikowana przez niektóre państwa członkowskie UE³⁴, a w Polsce jej stosowanie ograniczone jest wyłącznie do przepisów prawa materialnego. Wraz z ratyfikacją Konwencji w 2015 r., Polska jednoznacznie zaznaczyła, że wszelkie jej postanowienia powinny być interpretowane w zgodzie z Polską Konstytucją³⁵. Co więcej, coraz częściej mówi się o planach jej wypowiedzenia przez polski rząd³⁶. W dniu 30 lipca 2020 r. Prezes Rady Ministrów złożył do Trybunału Konstytucyjnego wniosek o zbadanie jej zgodności z Konstytucją RP³⁷.

Tym samym, posługiwanie się tym niemającym oparcia w obowiązującym prawie międzynarodowym i budzącym liczne kontrowersje terminem, a w szczególności działaniem mające na celu upowszechnianie „dobrych praktyk” w tym zakresie, należy uznać za nieuprawnione.

1.2 Postulat przyjęcia przez Unię Europejską tzw. dyrektywy antydyskryminacyjnej.

W Strategii pojawia się postulat wzmoczenia działań mających na celu przyjęcie przez Unię Europejską tzw. dyrektywy antydyskryminacyjnej³⁸ (chodzi tu o projekt dyrektywy Rady Unii Europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną [KOM (2008) 426]). Jak wskazują autorzy dokumentu, celem przyjęcia dyrektywy ma być rozszerzenie unijnego prawa antydyskryminacyjnego, a także zwiększenie kompetencji Komisji w zakresie

³⁴ Ostatnio za niezgodną z obowiązującym prawem i fundamentalnymi wartościami uznały ją m. in. parlamenty Słowacji i Węgier (29 marca 2019 r.: <https://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=schodze/uznesenie&MasterID=11415> i 25 lutego 2020 r.: <https://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=schodze/uznesenie&MasterID=12080>) oraz Węgier (5 maja 2020 r.: https://www.parlament.hu/internet/cplsql/ogy_irom.irom_adat?p_ckl=41&p_izon=10393).

³⁵ Pełna treść zastrzeżeń i deklaracji wystosowanych przez Polskę podczas ratyfikacji Konwencji dostępna tutaj: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/declarations?p_auth=4ebx9lXL, dostęp: 20 maja 2020 r.

³⁶ Wypowiedź wiceministra sprawiedliwości – M. Romanowskiego – z 13 maja 2020 r., zob. więcej: <https://www.tvp.info/48047409/genderowy-belkot-wiceminister-sprawiedliwosci-wypowiemy-konwencje-stambulska>. Dostęp: 20 maja 2020 r.

³⁷ Sygn. akt K 11/20, <https://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/konwencja-rady-europy-o-zapobieganiu-i-zwalczaniu-przemocy-wobec-kobiet-i-przemocy-domowej> (dostęp: 21.12.2020).

³⁸ Komisja Europejska, *Strategia...*, dz. cyt., s. 8.

monitoringu i uprawnień kontrolnych związanych z jego wykonywaniem przez poszczególne państwa.

Omawiany projekt dyrektywy antydyskryminacyjnej od lat budzi znaczne kontrowersje na forum międzynarodowym – przeciwko jego przyjęciu protestowały państwa, takie jak Niemcy i Holandia, oraz liczne organizacje pozarządowe i stowarzyszenia przedsiębiorców³⁹. Projekt dyrektywy zawiera szereg propozycji, które w istotnym stopniu ograniczają swobodę umów oraz wolność działalności gospodarczej. Projekt znacznie poszerza zakres stosowania zasad prawa antydyskryminacyjnego poprzez rozciągnięcie ich obowiązywania na stosunki między podmiotami prywatnymi, w tym między przedsiębiorcami i odbiorcami ich usług. W szczególności sposób rozszerzenia to dotyczyłoby ochrony przed dyskryminacją ze względu na „orientację seksualną” oraz „religię lub światopogląd”⁴⁰, czyli pojęcia trudne do zdefiniowania.

Wątpliwości budzą również przepisy dyrektywy dotyczące utworzenia szerokiej definicji molestowania⁴¹ i dyskryminacji⁴². Obecność terminów, których nie można określić w sposób precyzyjny w oparciu o znaczenie potoczne oraz nieostrość sformułowanych definicji, które mogą podlegać wykładni rozszerzającej, budzi wątpliwości z perspektywy zgodności z fundamentalną zasadą pewności prawa, która stanowi jeden z podstawowych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP).

Propozycja odwrócenia ciężaru dowodu⁴³ na pozwanego prowadzić będzie do wzrostu wszczynania nieuzasadnionych postępowań. Taki przepis wprowadzać będzie zasadę domniemania winy przedsiębiorcy oskarżonego o dyskryminację. Na oskarżonym będzie spoczywać odpowiedzialność za udowodnienie, że nie doszło do dyskryminacji. Przy tym proponowane zasady udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach ws. dyskryminacji⁴⁴, które mają umożliwić takim organizacjom uczestnictwo w imieniu oskarżonego może prowadzić do powstania patologicznej praktyki, w której wyspecjalizowane

³⁹ List otwarty do Claude Junckera przeciwko dalszym pracom nad dyrektywą Rady Unii Europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną [KOM (2008) 426], 2 grudnia 2014 r.

⁴⁰ Projekt dyrektywy Rady Unii Europejskiej w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, sygnatura: KOM (2008) 426, art. 1

⁴¹ Tamże, art. 2 ust. 3

⁴² Tamże, art. 2 ust. 2

⁴³ Tamże, art. 8 ust. 1

⁴⁴ Tamże, art. 12

instytucje będą wszczynać niezasadne postępowania sądowe licząc np. na każdorazowe zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Niejasne i budzące obawy są również zasady odpowiedzialności odszkodowawczej⁴⁵. Wiązałyby się one z wprowadzeniem odpowiedzialności niezależnie od winy, które skutkowałoby odpowiedzialnością za dyskryminację na zasadzie ryzyka, która generowałaby ryzyko dla przedsiębiorców na poziomie, który nie jest możliwy do oszacowania.

Wcześniejsze dyrektywy antydyskryminacyjne były przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej interpretowane w sposób rozszerzający. Wobec tej rozszerzającej wykładni dyrektyw unijnych można spodziewać się, że przepisy proponowanej dyrektywy również będą interpretowane w ten sposób. Równie niebezpieczna jest procedura zmiany lub uchylecia dyrektywy. Ponieważ procedura jej uchwalenia wymaga jednomyślności wszystkich Państw Członkowskich, jakiegokolwiek zmiany w dyrektywie będą wymagały akceptacji całej Rady Unii Europejskiej, która jak wynika z praktyki jest bardzo trudna do osiągnięcia. Co więcej, propozycje zawarte w projekcie dyrektywy wykraczają poza zakres art. 19 TFUE stanowiącego podstawę prowadzenia przez UE polityki antydyskryminacyjnej, a także nie spełniają zasad subsydiarności i proporcjonalności (art. 4 i 5 TFUE).

1.3 Wątpliwości dotyczące wprowadzenia „kart różnorodności” w urzędach i miejscach pracy.

Wśród zawartych się w Strategii postulatów dotyczących prowadzenia polityki antydyskryminacyjnej znajduje się m.in. wprowadzenie w przedsiębiorstwach, czy urzędach administracji publicznej tzw. kart różnorodności⁴⁶. Komisja już obecnie promuje zarządzanie różnorodnością za pośrednictwem Europejskiej Platformy Kart Różnorodności. Sygnatariusze przyjęli politykę różnorodności i włączania, utworzyli wewnętrzne sieci LGBTIQ, przeprowadzili szkolenia dla swoich pracowników, obchodzili Międzynarodowy Dzień przeciwko Homofobii, Transfobii, Bifobii i Interfobii (IDAHOT) oraz uczestniczyli w ogólnokrajowych imprezach Dumy. Komisja wskazuje, że będzie nadal wspierać tworzenie krajowych kart różnorodności i angażować się w konkretne wysiłki na rzecz promowania

⁴⁵ Tamże, art. 14

⁴⁶ European Commission, *Union of Equality*, dz. cyt., s. 9.

równości LGBTIQ poprzez specjalne działania w ramach Europejskiej Platformy Kart Różnorodności⁴⁷.

Celem wprowadzenia „kart różnorodności” jest w istocie przyznanie określonych przywilejów osobom identyfikującym się z subkulturą LGBT. To zaś stwarza zarówno realne zagrożenie dyskryminacji osób niepodzielających tego rodzaju poglądów, jak i wprowadzania mechanizmów w istocie niezgodnych z unijnym i polskim prawem. Warto w tej perspektywie zaznaczyć, że dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej jest w Polsce zjawiskiem marginalnym, mogących zostać z powodzeniem wyeliminowanym na podstawie już istniejących instrumentów prawnych. W polskich realiach każdy pracodawca ma obowiązek respektować przepisy kodeksu pracy oraz innych aktów, w tym aktów prawa europejskiego, służące zabezpieczeniu pracownika m.in. przed mobbingiem, czy dyskryminacją. Tymczasem według badań Polskiego Towarzystwa Antydyskryminacyjnego kwestie dotyczące dyskryminacji ze względu na orientację seksualną dotyczą mniej, niż 1% wszystkich spraw z zakresu dyskryminacji w miejscu pracy rozpoznawanych przez polskie sądy⁴⁸.

Co więcej, przepisy polskiej ustawy antydyskryminacyjnej⁴⁹ przewidują odpowiedzialność odszkodowawczą przedsiębiorcy za odmowę zawarcia umowy lub wykonania świadczenia z uwagi na płeć, rasę, pochodzenie etniczne lub narodowe. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy, określa ona obszary i sposoby przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną oraz organy właściwe w tym zakresie. Stosownie do art. 2 ust. 1 ustawę tę stosuje się do osób fizycznych oraz prawnych, jak również do tzw. ułomnych osób prawnych.

Zgodnie z art. 4 ust. 4 lit. e ustawa antydyskryminacyjna znajduje zastosowanie w zakresie dostępu i warunków korzystania z usług, w tym usług mieszkaniowych, rzeczy oraz nabywania praw i energii, jeżeli są one oferowane publicznie. Natomiast spod regulacji objętej przedmiotową ustawą wyłączona jest swoboda wyboru strony umowy, o ile tylko wybór ten nie jest oparty na płci, rasie, pochodzeniu etnicznym lub narodowości. Oznacza to, że w

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ D. Pudzianowska, *Komentarz do wyników monitoringu stosowania przepisów antydyskryminacyjnych z zakresu prawa pracy*, w: *Prawo antydyskryminacyjne w praktyce polskich sądów powszechnych. Raport z monitoringu*, red. M. Wieczorek, K. Bogatko, Warszawa 2013, s. 65.

⁴⁹ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1219 z późn. zm.

zakresie dotyczącym swobody wyboru kontrahenta, ustawa przewiduje ograniczenie zasady swobody umów, bowiem sankcjonuje odmowę zawarcia przez przedsiębiorcę umowy ze względu na okoliczności stanowiące pewne cechy osobowościowe (przyrodzone i niezmiennie) kontrahenta, wymienione enumeratywnie w art. 4 ust. 4 lit. e, a zatem płeć, rasę, pochodzenie etniczne oraz pochodzenie narodowościowe. **Katalog ten ma charakter zamknięty, a więc nie może być rozszerzany w sposób inny, niż zmiana przepisów prawa przez ustawodawcę, np. poprzez wdrożenie „kart różnorodności”.**

Przykładem niezgodności z prawem tego rodzaju „kart” jest podpisanie przez Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy Rafała Trzaskowskiego Deklaracji „Warszawska polityka miejska na rzecz społeczności LGBT+”⁵⁰. W dokumencie tym m.in. zakłada się szerokie wykorzystywanie przez miejskie władze „klauzul antydyskryminacyjnych” w umowach zawieranych z przedsiębiorcami. Jednocześnie – co warto podkreślić – naruszenie tych klauzul miałyby skutkować sankcjami, które jednak nie zostały bliżej sprecyzowane. Dotychczas wprowadzone „klauzule” nie przyniosły istotnej zmiany lokalnego stanu prawnego w tym zakresie⁵¹. Należy zauważyć, że tego rodzaju rozwiązania stoją w sprzeczności zarówno z wyrażoną w art. 25 ust. 2 Konstytucji RP zasadą bezstronności światopoglądowej władz publicznych, jak i wynikającą z ustawy Prawo zamówień publicznych⁵² zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Podobne zarzuty tyczą się „karty różnorodności” przyjętej 11 lutego 2020 r. przez Radę Miasta Poznania⁵³. Przeciwno „karcie” podnoszone były zarzuty dotyczące jej ideologicznego charakteru i prób wprowadzenia za jej pomocą rozwiązań opartych o ideologię *gender* wbrew ustawodawcy krajowemu⁵⁴. Z opinią tą zgodził się Wojewoda Wielkopolski, rozstrzygając 16

⁵⁰ *Warszawska polityka miejska na rzecz społeczności LGBT+*, http://www.um.warszawa.pl/sites/all/files/download_file.php?file=/sites/default/files/attach/aktualnosci/deklaracja_lgbt.pdf (dostęp: 7 lipca 2020 r.).

⁵¹ Por. zarządzenie nr 601/2019 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 9 kwietnia 2019 roku (sygn. GP-OR.0050.601.2019), dodające do § 2 wzoru umowy o realizację zadania publicznego (załącznik nr 15) tzw. klauzulę antydyskryminacyjną, oraz zarządzenie nr 136/2020 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 5 lutego 2020 r. (sygn. GP-OR.0050.136.2020) w sprawie zasad najmu lokali użytkowych, dodające w § 35 tzw. klauzulę antydyskryminacyjną.

⁵² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.

⁵³ Uchwała Nr XXII/414/VIII/2020 Rady Miasta Poznania z dnia 11-02-2020 w sprawie przyjęcia przez Miasto Poznań Europejskiej Karty Równości Kobiet i Mężczyzn w Życiu Lokalnym, <https://bip.poznan.pl/bip/uchwaly/xxii-414-viii-2020-z-dnia-2020-02-11,81083/> (dostęp: 16.12.2020).

⁵⁴ *Opinia prawna dotycząca uchwały w sprawie przyjęcia przez Miasto Poznań Europejskiej Karty Równości Kobiet i Mężczyzn w Życiu Lokalnym*, 02.03.2020, <https://ordoiuris.pl/rodzina-i-malzenstwo/opinia-prawna-dotyczaca-uchwaly-w-sprawie-przyjecia-przez-miasto-poznan> (dostęp: 16.12.2020).

marca o nieważności uchwały przyjmującej „kartę”⁵⁵, a także Wojewódzki Sąd Administracyjny, utrzymując 27 sierpnia w mocy rozstrzygnięcie wojewody⁵⁶.

Zgodnie z brzmieniem 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. Zasada bezstronności oznacza, że władze państwowe nie mają prawa zakazać, czy narzucić komukolwiek jakiegokolwiek światopogląd lub wyprowadzać z preferencji światopoglądowych osoby bądź grupy osób konsekwencje prawodawcze, decyzyjne, czy jurysdykcyjne⁵⁷. W realiach gospodarczych z zasadą bezstronności światopoglądowej władz publicznych ściśle koresponduje art. 22 Konstytucji RP poręczający każdemu wolność prowadzenia działalności gospodarczej. Na gruncie obowiązującej w Polsce ustawy zasadniczej wolność działalności gospodarczej jest zarówno zasadą ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej, jak i gwarantowanym konstytucyjnie prawem podmiotowym⁵⁸. Dlatego też zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne mają prawo samodzielnie „decydować o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej”⁵⁹. To z kolei oznacza, iż nałożenie na kogokolwiek obowiązku świadczenia usług godzi w wolność jego działalności gospodarczej – a więc swobodę zarówno w dobieraniu swoich kontrahentów, jak i rodzaju oferowanych usług. **Nie ma wątpliwości, że nałożenie na kogokolwiek obowiązku preferencyjnego traktowania kontrahentów cechujących się określoną orientacją seksualną lub wyznających daną ideologię, stoi w jaskrawej sprzeczności z wolnością działalności gospodarczej.**

Natomiast zgodnie z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie

⁵⁵ Rozstrzygnięcie nadzorcze wojewody wielkopolskiego z dnia 16.03.2020 r. nr KN-I.4131.1.148.2020.16, <https://bip.poznan.pl/public/bip/attachments.att?co=show&instance=1065&parent=&lang=pl&id=316592> (dostęp: 16.12.2020).

⁵⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 27 sierpnia 2020 r. (sygn. akt II SA/Po 520/20), <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7B585B612D> (dostęp: 16.12.2020).

⁵⁷ D. Dudek, *Obecność krzyża w przestrzeni publicznej a zasada bezstronności światopoglądowej władz publicznych w Rzeczypospolitej Polskiej*, w: *Obecność krzyża w przestrzeni publicznej. Doświadczenia niektórych państw europejskich*, red. P. Stanisławski, M. Zawisławski, M. Ordon, Lublin 2016, s. 187.

⁵⁸ . Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, w: *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski Warszawa 2005, s. 22; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 24/02.

⁵⁹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. akt SK 35/08.

uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. W przypadku zaś, gdyby „klauzule antydyskryminacyjne” zostały sformułowane w sposób zideologizowany mogłoby dojść do naruszenia zasady równego traktowania, w stosunku do przedsiębiorców, którzy odmawiają ich zaakceptowania. Wprowadzenie takich klauzul – analogicznie, jak np. postulatu współpracy z „tęczowymi sieciami pracowniczymi” – prowadziłyby do preferencyjnego traktowania przez władze publiczne przedsiębiorców utożsamiających się z określoną ideologią bądź ją promujących. To z kolei oznaczałoby dyskryminację tych przedsiębiorców i pracodawców, którzy nie podzielają tego rodzaju przekonań. Sytuacja ta stanowiłaby niedozwolone – także z punktu widzenia przepisów prawa regulujących wydatkowanie środków publicznych – różnicowanie sytuacji podmiotów prowadzących działalność gospodarczą ze względu na przekonania.

W związku z tym „karty antydyskryminacyjne” pozostają w sprzeczności z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa (zob. art. 32 Konstytucji RP), zasadą wolności działalności gospodarczej (art. 20 Konstytucji RP) oraz bezstronności światopoglądowej władz publicznych (art. 25 ust. 2 Konstytucji). Na rynku, przy całkowitym lekceważeniu zasad ustrojowych i gospodarczych państwa polskiego, w wyniku wymogu stosowania owych „klauzul”, doszłoby do ukształtowania się bezprawnie uprzywilejowanego kręgu podmiotów, wyróżnionych ze względu na okazywanie wsparcia wybranym, postulatом politycznym i ideologicznym.

1.4 Postulat preferencyjnego finansowania organizacji promujących „LGBTIQ”

Jednym z postulatów znajdujących się w Strategii jest zwiększenie finansowania organizacji pozarządowych mających na celu promowanie ideologii LGBTIQ⁶⁰. Już w końcowym raporcie z realizacji celów „List of actions to advance LGBTI Equality” Komisja Europejska wymieniła jako sukces przeznaczenie olbrzymiego wsparcia finansowego na rzecz m.in. europejskich organizacji LGBT (np. ILGA) czy przyznanie grantów na projekty mające na celu osiągnąć „postęp w równości LGBT”⁶¹. Ponadto, jednym z ważniejszych kryteriów oceny, czy w państwach członkowskich nastąpiły ww. „postępy” według KE, jest fakt, czy rząd danego

⁶⁰ European Commission, *Union of Equality...*, dz. cyt., s.10-11.

⁶¹ European Commission, Final Report 2015-2019 “List of actions to advance LGBTI Equality”, S. 13.

państwa wspierał finansowo w roku 2019 jedną z największych krajowych CSO⁶² w celu zwalczania dyskryminacji osób LGBTI⁶³.

Tymczasem, zasada równości wobec prawa i niedyskryminacji poddają w wątpliwość legalność działań finansowych Unii Europejskiej, przeznaczających znaczne kwoty pieniędzy na organizacje pozarządowe o ściśle określonym profilu, tj. działających *stricte* na rzecz środowiska LGBT. Oznacza to bowiem preferencyjne traktowanie określonych grup społecznych względem innych, które również mogą być narażone na dyskryminację w takim samym stopniu (np. wyznawcy określonej religii). Komisja Europejska nie przedstawiła przy tym argumentów uzasadniających zróżnicowane traktowanie pozostałych organizacji pozarządowych i projektów społecznych, np. badań porównujących stopień dyskryminacji różnych środowisk społecznych w konkretnych państwach. Ponadto, w rzeczywistości trudno jest uzasadnić tezę o paneuropejskiej, systemowej dyskryminacji osób o skłonnościach LGBT przez organy i przepisy państwowe. Zarówno bowiem w systemach prawnych państw narodowych, jak i Unii Europejskiej istnieją instrumenty prawne chroniące przed dyskryminacją osób znajdujących się w podobnych sytuacjach faktyczno-prawnych ze względu na określoną cechę szczególną.

Warto również zwrócić uwagę, że postulaty organizacji LGBT często są nacechowane ideologicznymi żądaniami (np. wprowadzenie tzw. małżeństw jedнопłciowych), które nie znajdują poparcia ani w społeczeństwie, ani w rządach państw członkowskich. Zatem przeznaczanie części wspólnego budżetu unijnego na rzecz preferencyjnie traktowanych organizacji, wysuwających tak kontrowersyjne postulaty, może następować wbrew woli przynajmniej części państw członkowskich oraz stoi w sprzeczności z zasadą unijnej solidarności i subsydiarności.

Podsumowując, preferencyjne finansowanie organizacji społecznych, których działalność skupia się na promowaniu jednej określonej grupy społecznej (LGBT) oraz jej postulatów, narusza zasadę równości i niedyskryminacji, jak również subsydiarności czy solidarności międzypaństwowej.

⁶² CSO - Civil society organization.

⁶³ Tamże, s. 15.

2. Zastrzeżenia do niektórych postulatów znajdujących się w filarze II Strategii - „Zapewnienie bezpieczeństwa osobom LGBTIQ”

Drugi filar Strategii poświęcony został kwestiom związanym z zapewnieniem bezpieczeństwa osobom identyfikującym się z subkulturą LGBT+. Jak wskazuje Komisja, mają być one grupą szczególnie narażoną na przemoc i przestępstwa z nienawiści. Badania dotyczące skali tego zjawiska w Europie zostaną szerzej omówione w ostatniej części niniejszego opracowania. Na marginesie warto jednak zaznaczyć, że teza o występowaniu tych zjawisk w szczególnym natężeniu wobec osób o skłonnościach homoseksualnych czy zaburzeniach tożsamości płciowej formułowana jest nieco na wyrost. Choć w każdym wypadku zasługują one na stanowcze potępienie i reakcję aparatu ścigania jeśli wypełniają znamiona czynu zabronionego, należy zauważyć, że istnieją grupy społeczne, których dotyczą one na znacznie większą skalę. Dotyczy to w szczególności osób z niepełnosprawnościami oraz przedstawicieli mniejszości rasowych, etnicznych czy religijnych⁶⁴.

Pomimo faktu uporczywego przedstawiania Polski, jako państwa szczególnie nieprzyjaznego osobom identyfikującym się z subkulturą LGBT+, należy zauważyć, że skala przestępstw z nienawiści wobec tych osób nie odbiega od ogólnych wskaźników dla całej Europy. Obrazują to dane Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie nt. skali przestępstwa tzw. przestępstw z nienawiści⁶⁵: w Niemczech w 2015 r. odnotowano 3046 przypadków, w 2019 r. 8585 przypadków; w Danii w 2015 r. 198 przypadków, w 2019 r. 469 przypadków; w Finlandii w 2015 r. 1704 przypadków, w 2019 r. 900 przypadków; w Hiszpanii w 2015 r. 1328 przypadków, w 2019 r. 1706 przypadków; na Ukrainie w 2015 r. 157 przypadków, w 2019 r. 256 przypadków; we Francji w 2015 r. 1790 przypadków, w 2019 r. 2640 przypadków; w Wielkiej Brytanii w 2015 r. 62518 przypadków, w 2019 r. 106672 przypadków; we Włoszech w 2015 r. 555 przypadków, w 2019 r. 1119 przypadków; w Czechach w 2015 r. 64 przypadków, w 2019 r. 42 przypadków; w Belgii w 2015 r. 881 przypadków, w 2019 r. 1568 przypadków; w Watykanie dane od 2017r., w latach 2017-2019 r. 0 przypadków; w Polsce w 2015 r. 263 przypadków, w 2019 r. 972 przypadków (zestawienie państw ma charakter losowy).

⁶⁴ Zob. Np. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, *Factsheet on Persons with Disabilities*, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/factsheet-on-persons-with-disabilities.html>, dostęp 20 grudnia 2020 r.

⁶⁵ 2019 Hate Crime Data: Frequently Asked Questions, <https://hatecrime.osce.org> (dostęp: 16.12.2020).

Ze stanowczym sprzeciwem powinno spotkać się również znajdujące się w Strategii sformułowanie o rzekomym istnieniu „Stref wolnych od LGBT” w Europie (nie wprost, w Polsce). Wstęp do omawianego filaru zakończono wręcz apelem: „strefy wolne od LGBTIQ to strefy wolne od człowieczeństwa i nie ma dla nich miejsca w naszej Unii!”⁶⁶. Należy podkreślić, że jedyne deklaracje, jakie były podejmowane przez jednostki samorządu terytorialnego w Polsce w tej materii dotyczyły wolności od „ideologii LGBT”. Rozróżnienie między „wolnością od ideologii LGBT” oraz „wolnością od LGBT” jest niezwykle istotne – deklaracje dotyczące tego drugiego celowo nie zostały podjęte w żadnej polskiej jednostce samorządu terytorialnego. W działaniach tych nie chodzi bowiem o dyskryminację osób należących lub identyfikujących się z tym ruchem, lecz zdystansowanie się od promowanej przez te środowiska ideologii (dotyczącej przywilejów małżeńskich, możliwości adopcji dzieci, płynnego podejścia do ludzkiej płciowości, rozwiązłego stylu życia, promowania permissywnej edukacji seksualnej).

Tym, co wzbudza zasadnicze wątpliwości w omawianym filarze Strategii jest jednak przede wszystkim konsekwentne posługiwanie się przez jej autorów pojęciem „mowy nienawiści”. Temu zagadnieniu poświęcone zostaną następne akapity niniejszej części opracowania, w których kolejno wskazane zostaną

Pojęcie „mowy nienawiści” nie jest pojęciem prawnym i nie występuje w systemie prawa międzynarodowego. Pierwotnie odnoszono je do publicznych wypowiedzi zachęcających do przemocy wobec osoby lub grupy osób z uwagi na określoną cechę osobistą jak rasa, religia czy płeć. Wypowiedzi takie, podobnie jak inne nawołujące do przemocy (z jakiegokolwiek przyczyny), zawierające groźby karalne, promujące ideologie totalitarne słusznie uznawane były w orzecznictwie Trybunału w Strasburgu za nadużycie prawa do wolności słowa⁶⁷.

W ostatnich latach termin „mowy nienawiści” ulega jednak stopniowemu poszerzaniu tak, iż za mowę nienawiści uznaje się nie tylko wypowiedzi nawołujące do przemocy czy zawierające groźby karalne, ale wszelkiego rodzaju wypowiedzi mogące wywołać psychiczny dyskomfort

⁶⁶ European Commission, *Union of Equality*, dz. cyt., s. 13.

⁶⁷ Orzecznictwo to omawia A. Buyse, *Prohibition of the Abuse of Rights*, w: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland 2018 s. 1090-1092.

u adresata wypowiedzi. Liczne, niewiążące definicje kreowane przez międzynarodowe komitety cechują się dalece posuniętą dowolnością i brakiem jakichkolwiek obiektywnych kryteriów. Przykładowo, definicja zawarta w rekomendacji nr R 97 (20) Komitetu Ministrów Rady Europy w kwestii wypowiedzi szerzących nienawiść, za „mowę nienawiści” uznaje „każdą formę wypowiedzi, która rozpowszechnia, podżega, propaguje lub usprawiedliwia nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm lub inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów”.

Zgodnie z takim ujęciem analizowanego pojęcia, „mowa nienawiści” oznacza... „mowę nienawiści”. Definicja ta oparta jest bowiem na logicznym błędzie *idem per idem* polegającym na definiowaniu pojęcia tym samym pojęciem lub jego synonimem. Stanowi zatem tautologię, podobnie jak, przykładowo, sformułowanie „logika to nauka o myśleniu zgodnym z prawami logiki”. Ponadto, definicja ta pełna jest sformułowań niejasnych i nieprecyzyjnych. Poza samym terminem „nienawiści” pojawia się pytanie o sposób interpretowania takich, niezwykle pojemnych, a występujących w niej pojęć jak „nietolerancja”, „etnocentryzm”, „dyskryminacja” czy „wrogość”.

Powyższe uwagi bynajmniej nie mają charakteru czysto teoretycznego. Przeciwnie, mglistość samego pojęcia otwiera tak wielką przestrzeń do dowolnych, partykularnych, subiektywnych interpretacji, że staje się jawnym zagrożeniem dla swobody debaty publicznej. Pozwalając na daleko posuniętą dowolność w klasyfikowaniu wypowiedzi jako „mowa nienawiści”, umożliwia w konsekwencji eliminowanie z debaty publicznej poglądów, opinii, ocen całkowicie usprawiedliwionym w pluralistycznym, demokratycznym społeczeństwie, choć mogących budzić sprzeciw określonych grup interesu. Jedynie tytułem przykładu można przytoczyć kilka wydarzeń obrazujących wskazane zagrożenie:

- Wielka Brytania: Kandydat do Parlamentu Europejskiego aresztowany podczas wiecu za cytowanie Winstona Churchilla
- Holandia: Członek parlamentu skazany za pytanie zadane podczas wiecu politycznego
- Dania: Parlamentarzysta i trzy inne osoby publiczne skazane za krytykowanie aspektów islamu

- Austria: Post obywatela w mediach społecznościowych, który krytykował funkcjonariusza publicznego uznany za „mowę nienawiści”, którą Facebook ma usunąć globalnie.

Z kolei organizacje LGBT pod kategorią „homofobicznej mowy nienawiści” usiłują umieścić opinie stanowiące całkowicie uprawniony głos w debacie publicznej. Przykładowo, „homofobiczną mową nienawiści” wg aktywistów LGBT jest m.in.:

- „postrzegania żądań politycznych LGBT jako nieuzasadnionych”⁶⁸
- przekonanie o braku dyskryminacji gejów i lesbijek
- przeświadczenie, że osoby homoseksualne postępują nieobyczajnie i dopuszczają się grzechu⁶⁹

Hasło walki z „mową nienawiści” czerpiąc swoją legitymację z powszechnej niechęci do nienawiści, **obejmuje, bez najmniejszej precyzji, znacznie więcej zachowań niż te, którym zwolennicy podniesienia kultury debaty publicznej chcieliby przeciwdziałać. W istocie kulturę tą degradowe, pozwalając na daleko posuniętą dowolność w instrumentalnym nazywaniu określonych zachowań (wypowiedzi) „mową nienawiści” i usuwanie ich z debaty publicznej.**

Istotnym z punktu widzenia niniejszej analizy dowodem na bardzo szerokie interpretowanie tych pojęć także na forum UE są fragmenty raportu podsumowującego Konferencję Wysokiego Szczegła dotyczącą promowania równości LGBT w UE. Stwierdza się bowiem w nim, iż więcej uwagi powinno się poświęcić przywódcom politycznym i religijnym, których powinno się zachęcać do odrzucenia mowy nienawiści. Wprost wskazuje się, że przykładem homofobicznej mowy nienawiści są np. wypowiedzi przywódców religijnych potępiające homoseksualny tryb życia.⁷⁰ Głębokie ingerowanie w debatę publiczną, wolność słowa i wolność religii nie może być usprawiedliwiane „psychicznym samopoczuciem” jakiegokolwiek grupy społecznej.

W tym kontekście nie można nie przypomnieć standardu jakim jest obecność w Krajach Członkowskich dobrze ugruntowanych regulacji z których skorzystać może adresat

⁶⁸ M. Winiewski, K. Hansen, M. Bilewicz, W. Soral, A. Świdorska, D. Bulska, *Mowa nienawiści, mowa pogardy. Raport z badania przemocy werbalnej wobec grup mniejszościowych*, Warszawa, 2017

⁶⁹ Kampania Przeciw Homofobii, *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, Warszawa, 2009

⁷⁰ Conference Report, *Advancing LGBTI Equality in the EU...*, s. 5.

zachowania m.in. obraźliwego, wulgarnego, agresywnego czy nawołującego do przemocy. Możliwość dochodzenia swoich praw istnieje zarówno na drodze cywilnej (ochrona dóbr osobistych) i na drodze karnej. Przepisy karne zakazują m.in. zniesławienia, zniewagi, groźby karalnej, naruszenia nietykalności cielesnej. Wprowadzanie „sensitivity training courses” dla policjantów może prowadzić do spotęgowania praktyki skrajnie szerokiej interpretacji obowiązujących przepisów skutkującej faktycznym nękaniem osób wyrażających (przy zachowaniu standardów debaty publicznej) poglądy sprzeczne z poglądami organizacji LGBT.

Choć komentowana strategia ma być realizowana przez instytucje UE, adekwatnym będzie przypomnienie, iż chociaż wiele państw OBWE reguluje prawnie mowę nienawiści w mniejszym bądź większym stopniu, to nie ma pomiędzy tymi państwami konsensusu co do kryminalizowania wyrażań, które nie nawołują do przemocy⁷¹.

3. Zastrzeżenia dotyczące postulatów zawartych w III filarze Strategii

W trzecim rozdziale Komisja Europejska dostrzega, że Karta Praw Podstawowych gwarantuje prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 7), a dzieciom – prawo do takiej ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra (art. 24). Ze względu na różnice w ustawodawstwie rodzinnym poszczególnych państwach członkowskich więzi rodzinne mogą przestać być uznawane przy przekraczaniu granic między tymi państwami przez członków „tęczowych rodzin”. Według Komisji „osoby trans, niebinarne i interseksualne często nie są uznawane w prawie lub w praktyce”, co powoduje trudności prawne w życiu prywatnym i rodzinnym, w tym w sytuacjach transgranicznych.

Komisja twierdzi, że dyrektywa 2004/38/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich uznaje prawo „tęczowych rodzin” do swobodnego przemieszczania się i przebywania w UE⁷². W rzeczywistości sama dyrektywa milczy na ten temat, a jedynym możliwym źródłem takiego domniemania jest przytaczany przez autorów „Strategii” wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 5 czerwca 2018 r. (C-673/16) w

⁷¹ Prosecuting Hate Crimes, OSCE, Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), 2014.

⁷² European Commission, *Union of Equality...*, dz. cyt., s. 16.

sprawie Coman i in. przeciwko Rumunii⁷³. Jednocześnie, należy przypomnieć, że wyrok ten wzbudził znaczne kontrowersje, gdyż jego postanowienia pozostają w zupełnej sprzeczności zarówno z prawem stanowionym Unii Europejskiej, jak i z dotychczasowym, utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Żadna spośród norm prawa pierwotnego nie przyznaje Unii Europejskiej kompetencji w obszarze regulowania poszczególnych norm wchodzących w zakres materialnego prawa rodzinnego, w szczególności regulacji odnoszących się do instytucji małżeństwa. Jak podkreślono w analizie z 2018 r., brak takiej kompetencji potwierdziły orzeczenia TSUE w sprawach Maruko (2008)⁷⁴, Römer (2011)⁷⁵, Frédéric Hay (2013)⁷⁶ oraz David. L. Parris (2016)⁷⁷. Wśród podstawowych zasad Unii Europejskiej znajdują się bowiem zasada pomocniczości oraz zasada kompetencji powierzonych. W praktyce oznacza to, że unijne działania w obszarze prawa rodzinnego nie mogą przekraczać granic kompetencji przyznanych Unii przez państwa członkowskie. Tymczasem wyrok w sprawie Coman stanowi poważne naruszenie tej zasady.

Art. 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej wyraźnie stanowi, że „prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane **zgodnie z ustawami krajowymi** regulującymi korzystanie z tych praw”. Nie wynika z tego zatem obowiązek uznawania związków jedнопłciowych zrównanych z małżeństwami przez inne państwo członkowskie. Nawet gdyby w przyszłości tego rodzaju postanowienie zostało wpisane do Karty, narzucenie Polsce takiego obowiązku wykluczył też w sposób jednoznaczny tzw. protokół polsko-brytyjski (nr 30) do Karty Praw Podstawowych, zgodnie z którym Karta nie rozszerza kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani żadnego sądu polskiego do uznania, że przepisy polskie są niezgodne z przepisami Karty. Polska złożyła do Karty również własną deklarację (nr 61), zapewniając, że „Karta w żaden sposób nie narusza prawa państw członkowskich do stanowienia prawa w zakresie moralności publicznej, **prawa rodzinnego**, a także ochrony godności ludzkiej oraz poszanowania fizycznej i moralnej integralności człowieka”. Wcześniej analogiczną deklarację (nr 39) Polska złożyła do Traktatu akcesyjnego w 2003 r.: „nic w postanowieniach Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatów ustanawiających Wspólnoty Europejskie oraz w postanowieniach traktatów zmieniających lub uzupełniających

⁷³ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 5 czerwca 2018 r., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&doclang=PL> (dostęp: 16.11.2020).

⁷⁴ Wyrok TSUE z dnia 1 kwietnia 2008 r., C-267/06.

⁷⁵ Wyrok TSUE z dnia 10 maja 2011 r., C-147/08.

⁷⁶ Wyrok TSUE z dnia 12 grudnia 2013 r., C-267/12.

⁷⁷ Wyrok TSUE z dnia 24 stycznia 2018 r., C-433/15.

te traktaty nie stanowi dla Państwa Polskiego przeszkody w regulowaniu **kwestii o znaczeniu moralnym**, jak również kwestii odnoszących się do ochrony życia ludzkiego”.

Polskie prawo – zarówno na gruncie rozwiązań konstytucyjnych, jak i ustawowych – wyklucza możliwość zawarcia przez osoby tej samej płci jakiegokolwiek sformalizowanego związku, czy też adopcję przez nie dzieci. Regulacje te stanowią świadomy wybór polskiego ustrojodawcy i ustawodawcy, popierany przez zdecydowaną większość polskiego społeczeństwa. Tym samym – co znajduje wyraz zarówno w przepisach polskiego prawa, jak i ich sądowej wykładni – niedopuszczalne jest wpisywanie do polskich ksiąg stanu cywilnego zagranicznych aktów potwierdzających tego rodzaju zdarzenia. Stąd sprzeciw wobec tego typu praktyk jest jednym z wymogów realizacji przez polskie władze wymogów praworządności.

W tym kontekście jasne jest, że takie roszczenia ruchu LGBT, jak uznawanie we wszystkich Państwach Członkowskich aktów zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, czy rejestracji przez nie związku partnerskiego bądź aktów poświadczających adopcję dziecka przez takie pary, jest w polskich warunkach prawnych i ustrojowych niemożliwe.

3.1 Konstytucyjne podstawy polskiego systemu prawa rodzinnego

Zawarte w Strategii apele mające na celu reinterpretację dyrektywy o swobodnym przepływie osób w celu uznawania zawartych za granicą związków jedнопłciowych w całej UE godzą również w polski porządek konstytucyjny.

Zgodnie z art. 18 Konstytucji RP małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Z umiejscowienia tego przepisu w systematyce ustawy zasadniczej (rozdział I zatytułowany „Rzeczpospolita”) wynika, iż jest to jedna z fundamentalnych zasad ustrojowych Państwa Polskiego. W związku z tym Trybunał Konstytucyjny słusznie stwierdził, że przepis ten stanowi podstawę dla określania zasad polityki państwa w stosunku do małżeństwa i rodziny⁷⁸, a instytucje małżeństwa i rodziny są wartościami, które zajmują szczególnie wysoką rangę w hierarchii wartości konstytucyjnych Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁹.

⁷⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99.

⁷⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2004 r., sygn. akt K 16/04.

Polska Konstytucja nie jest odosobnionym przykładem dokumentu prawnego chroniącego konstytucję. Wyrażona w art. 18 polskiej Konstytucji zasada szczególnej ochrony małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny i rodziny jest całkowicie spójna z obowiązującym prawem międzynarodowym i stanowi realizację podstawowych wartości uznanych w licznych wiążących traktatach. O rodzinie jako podstawowej komórce społeczeństwa, którą tworzą na podstawie dobrowolnego związku kobieta i mężczyzna mówią Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (art. 16), Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 23). Na naturalny i podstawowy charakter rodziny wskazują również Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (art. 10) oraz konstytucje i systemy prawne znacznej liczby państw świata⁸⁰.

Ustrojodawca wspólną „ochroną i opieką” obejmuje instytucje małżeństwa oraz rodziny, rodzicielstwa i macierzyństwa, przez co wyraźnie wskazuje, iż rodzicielstwo i macierzyństwo winny realizować się właśnie w rodzinie zapoczątkowanej zawarciem małżeństwa, co jest rozwiązaniem wyraźnie preferowanym aksjologicznie przez ustrojodawcę. To z kolei pozwala postawić tezę, iż podstawowym źródłem wyjątkowego statusu małżeństwa jest jego doniosłość dla życia społecznego, a zwłaszcza prokreacyjna i wychowawcza funkcja rodziny⁸¹.

Rozwiązania konstytucyjne znajdują rozwinięcie w przepisach ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁸². Zgodnie z nim małżeństwo może zostać zawarte jedynie przez mężczyznę i kobietę (art. 1 § 1), a wspólne przysposobienie małoletniego możliwe jest tylko i wyłącznie przez małżonków (art. 115 § 1). Natomiast przysposobienie przez jedną osobę jest możliwe jedynie wówczas, gdy posiada ona pełną zdolność do czynności prawnych oraz spełnia inne, określone prawem, wymagania (art. 114¹ § 1 KRiO). Wprowadzenie takich regulacji stanowi świadomą decyzję ustawodawcy (i ustrojodawcy), a brak w polskim systemie prawa rozwiązań dotyczących np. „związków partnerskich”, w tym zawieranych między osobami tej samej płci, w żadnym razie nie może zostać uznany za lukę w prawie. W związku z tym słusznie w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjmuje się, że o prawnym statusie członka rodziny decydują przepisy prawa, a nie sytuacja faktyczna⁸³, np. w postaci pożycia osób tej samej płci. Z tych względów niedopuszczalna jest jakakolwiek próba

⁸⁰ Przykładowe wyliczenie wraz z przywołaniem treści stosownych przepisów znajduje się np. tutaj: <http://worldfamilydeclaration.org/WFD#fn1>, dostęp: 19 maja 2020 r.

⁸¹ Por. B. Banaszak, *Komentarz do art. 18 Konstytucji RP*, Legalis 2012, Nb. 1.

⁸² T.j. Dz.U z 2017 r., poz. 682 z późn. zm.

⁸³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt II GSK 866/15.

analogicznego sposobu stosowania norm rodzinnych do stosunków niebędących małżeństwem czy rodziną w sensie przepisów polskiego prawa⁸⁴. Regulacje te przekładają się także na prawne zasady dokonywania w Polsce rejestracji stanu cywilnego oraz transkrypcję do polskich ksiąg stanu cywilnego aktów wytworzonych za granicą.

3.2 Zasady dokonywania transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego w prawie polskim

Zgodnie z ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (dalej: PASC)⁸⁵, stanem tym jest sytuacja prawna osoby wyrażona przez cechy indywidualizujące osobę, kształtowana przez zdarzenia naturalne, czynności prawne lub orzeczenia sądów, lub decyzje organów, stwierdzona w akcie stanu cywilnego (art. 2 ust. 1). Natomiast przez akt stanu cywilnego polski ustawodawca rozumie wpis o urodzeniu, małżeństwie albo zgonie w rejestrze stanu cywilnego wraz z treścią późniejszych wpisów wpływających na treść lub ważność tego aktu (art. 2 ust. 3). Te uregulowania stanowią wyłączny katalog czynności, które mogą zostać wpisane do polskich ksiąg stanu cywilnego. Jednocześnie organ odpowiedzialny za ich wprowadzenie ma obowiązek dokonywać tychże wpisów na formularzach określonych w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego⁸⁶.

Natomiast zgodnie z Prawem o aktach stanu cywilnego transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego jest wiernym i literalnym przeniesieniem treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego zarówno językowo, jak i formalnie, bez żadnej ingerencji w pisownię imion i nazwisk osób wskazanych w zagranicznym dokumencie stanu cywilnego. W konsekwencji czynność tę można dokonać jedynie w stosunku do aktu, który w państwie wystawienia jest uznawany za dokument stanu cywilnego i ma moc dokumentu urzędowego, jest wydany przez właściwy organ oraz nie budzi wątpliwości co do autentyczności (art. 104 ust. 3).

Warto nadmienić, że zgodnie z polskim orzecznictwem transkrypcja nie ma charakteru rejestracyjnego, a jedynie reprodukcyjny, a więc polega na przetransponowaniu pod względem językowym (tłumaczenie) i formalnym obcego aktu stanu cywilnego na obowiązujący w Polsce

⁸⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 marca 2016 r., sygn. akt II FSK 1682/14.

⁸⁵ Dz.U. z 2018 r. poz. 2224.

⁸⁶ Dz.U. z 2015 r., poz. 194.

język urzędowy i w formie obowiązującej dla rejestracji urodzeń, małżeństw i zgonów⁸⁷. Dokonuje się jej w formie czynności materialno-technicznej, a nie decyzji administracyjnej. W związku z tym w sytuacji tej nie dochodzi do rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy administracyjnej, a jedynie do faktycznego dokonania pewnych czynności, które wywołują określone skutki prawne w drodze zaistnienia określonych zdarzeń⁸⁸.

Prawo polskie zna trzy rodzaje transkrypcji: obligatoryjną, fakultatywną lub dokonaną z mocy prawa. Stosowny wniosek może złożyć każda osoba, której dotyczy zdarzenie podlegające transkrypcji, lub inna, która wykaże interes prawny w transkrypcji lub interes faktyczny w transkrypcji dokumentu potwierdzającego zgon (art. 104 ust. 4). Transkrypcja jest obligatoryjna jedynie wówczas, gdy obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze, sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL (art. 104 ust. 5). W tym miejscu należy podkreślić, że każdy ze wskazanych rodzajów transkrypcji może zostać wykluczony przez klauzulę porządku publicznego i niezgodność z podstawowymi zasadami prawa. Skutkiem powyższego, kierownik USC ma obowiązek odmówić transkrypcji (nawet obligatoryjnej), jeśli pozostaje ona w sprzeczności z klauzulą porządku publicznego (zob. art. 107).

3.3 Niedopuszczalność transkrypcji zagranicznych aktów małżeństwa zawartych przez osoby tej samej płci bądź adopcji dzieci przez pary homoseksualne na gruncie polskiej Konstytucji.

W związku z tym dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego jest ograniczone na dwa sposoby. Pierwszym z nich stanowią przepisy polskiego prawa (zwłaszcza Prawa o aktach stanu cywilnego oraz aktach wykonawczych do tej ustawy), jasno określające, jakie dane mogą znaleźć się w polskim akcie stanu cywilnego – w tym w akcie urodzenia, czy małżeństwa. Drugim zaś są przesłanki uniemożliwiające dokonanie transkrypcji, w tym podstawowe zasady porządku prawnego RP. Obydwa z tych ograniczeń w jednakowym stopniu odnoszą się do transkrypcji obligatoryjnej i fakultatywnej.

⁸⁷ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2012 r., sygn. akt III CZP 58/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 sierpnia 2003 r., V CK 6/02.

⁸⁸ Por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2019 r., I OSK 2651/18.

W pierwszym z wymienionych zakresów należy zauważyć, że ustawodawca świadomie postanowił, że do aktu urodzenia należy wpisać dane ojca i matki, a do aktu małżeństwa dane mężczyzny i kobiety. Stąd też zakaz dokonania innego rodzaju wpisów w transkrybowanym akcie wynika nie tylko z niemożliwości o charakterze technicznym (brak odpowiedniej rubryki w formularzu, np. rubryki „rodzic”), ale jest konsekwencją świadomej decyzji polskiego ustrojodawcy i podążającego w ślad za nim ustawodawcy. Jednocześnie, skoro transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego oznacza jego „przepisanie”, należy uznać, że jest dopuszczalna tylko i wyłącznie wówczas, gdy akt ten odpowiada polskim realiom prawnym. W przeciwnym wypadku nie miałaby ona charakteru „przepisania”, ale obejścia przepisów powszechnie obowiązującego w Polsce prawa.

Właśnie taka sytuacja zachodzi wówczas, gdy jedna z osób pozostających w zarejestrowanym zagranicą związku homoseksualnym figuruje w zagranicznym akcie stanu cywilnego jako niebędący matką ani ojcem rodzic, który następnie próbuje dokonać sanacji tak powstałego stosunku prawnego poprzez akt stosowania prawa – który w rzeczywistości stanowi akt „samodzielnej” („ukrytej”) adopcji dziecka – by następnie było ono wychowywane wspólnie przez parę prowadzącą homoseksualny styl życia i w ten sposób stworzyć wyłom w polskim obrocie prawnym. Analogicznie sytuacja przedstawia się wówczas, gdy osoby tej samej płci domagają się transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego potwierdzającego zawarcie przez nich małżeństwa, czy też sformalizowanie – w jakikolwiek inny sposób – łączącej ich relacji. Warto tym kontekście zwrócić uwagę, że polski Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 18 kwietnia 2018 r., S 2/18, jednoznacznie podkreślił, że do zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej należy (oprócz m.in. prawa zarodka do życia oraz zakazu przedmiotowego traktowania jakiegokolwiek zarodka) niedopuszczalność adopcji dzieci przez osoby/pary homoseksualne.

Nie ma jednocześnie wątpliwości, że wśród fundamentalnych zasad polskiego porządku prawnego należy wyróżnić zasadę ochrony monogamicznego małżeństwa, czyli związku kobiety i mężczyzny, i opartego na nim rodzicielstwa. Dlatego też w polskich realiach ustrojowych niedopuszczalne jest przyznawanie jakiejkolwiek doniosłości prawnej na gruncie prawa rodzinnego, w szczególności pozycji prawnej zbliżonej do małżeństwa, jakimkolwiek innym związkom, niezależnie od ich alternatywnego czy konkurencyjnego charakteru i wewnętrznej kompozycji podmiotowej (osoby tej samej lub różnej płci). Za równie

niedopuszczalne należy uznać umożliwienie parom osób tej samej płci dokonywanie przysposobienia małoletnich.

W związku z tym kierownik Urzędu Stanu Cywilnego ma obowiązek odmówić transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, który potwierdza nieznanne polskiemu prawu zdarzenie, jakim jest rodzicielstwo („ukryta adopcja”) dziecka przez osobę tej samej płci co matka (ojciec) bądź zawarcie związku przez osoby tej samej płci. Należy jednocześnie zasygnalizować, że polskie sądy administracyjne w niektórych wyrokach sankcjonowały dokonywanie tego rodzaju transkrypcji⁸⁹. Jednak Naczelny Sąd Administracyjny uchwale składu siedmiu sędziów jednoznacznie odrzucił tę linię orzeczniczą⁹⁰, wskazując, że transkrypcja tego rodzaju – jako niezgodna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego – jest niedopuszczalna.

Uchwała ta zapadła na kanwie sporu o prawną dopuszczalność transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice zostały wpisane osoby tej samej płci. Naczelny Sąd Administracyjny uzasadniając swoją uchwałę – w istocie rozstrzygającą wszelkie wątpliwości w zakresie prawnej dopuszczalności transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego potwierdzających zdarzenia nieznanne polskiemu prawu, jak zawarcie małżeństwa przez osoby tej samej płci, czy adopcję dzieci przez pary jednopłciowe – stwierdził, że transkrypcja dokumentu zagranicznego musi być w związku z tym przeprowadzona na podstawie przepisów polskiego prawa, a w przypadku aktu urodzenia, w akcie transkrybowanym muszą się znaleźć dokładnie te same dane co w akcie urodzenia mającym charakter rejestracyjny. Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że prawo polskie nie zna instytucji „rodziców jednopłciowych” i nie przyznaje związkom partnerskim praw rodzicielskich – tym samym dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia w istocie sankcjonujące adopcję dzieci przez pary jednopłciowe byłoby niezgodne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. Tezę tę, *per analogiam*, należy odnieść do rejestracji aktów małżeństw osób tej samej płci bądź rejestracji przez nie związków partnerskich.

⁸⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 października 2018 r., sygn. akt II OSK 2552/16; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt III SA/Kr 1400/15; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. akt III SA/Gd 835/15; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. akt II SA/Gl 1157/15; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt III SA/Kr 1400/15; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt II SA/Po 1169/17.

⁹⁰ Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 grudnia 2019 r., sygn. akt II OPS 1/19.

W związku z powyższym uznawanie w Polsce aktów małżeństwa, rejestracji związku partnerskiego bądź adopcji dziecka przez parę osób tej płci jest niedopuszczalne. Kwestia ta została przesądzona zarówno w ustawodawstwie, jak i orzecznictwie sądowo-administracyjnym, a jednocześnie posiada mocne ugruntowanie w Konstytucji. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że postulaty formułowane przez Komisję są niezgodne zarówno z prawem unijnym, uderzając w zasady pomocniczości i subsydiarności oraz wykraczając poza kompetencje przyznane UE traktatami, jak i polskim prawem krajowym.

VI. Podsumowanie

Prowadzona w ostatnich latach w Europie polityka społeczna i działalność organizacji pozarządowych w coraz większym stopniu skupia się wokół osób borykających się z problemami związanymi z płcią czy orientacją seksualną. Jak wskazują jednak najnowsze badania, polityka ta nie jest skuteczna. W państwach, w których przeprowadzono daleko idące działania mające na celu podważenie podstawowych struktur rodzinnych oraz głębokie ingerencje w wolności słowa, sumienia i wolność gospodarczą, odsetek osób o odmiennej orientacji seksualnej, które doświadczają dyskryminacji w najważniejszych sferach życia jest wciąż wysoki. Źródłem niepowodzeń tej polityki należy doszukiwać się w błędnym podejściu do zwalczania dyskryminacji, opartym na ideologicznych przesłankach, zamiast empirycznych faktach. Niestety, Komisja Europejska w swojej Strategii powieliła nieskuteczne wzorce pochodzące z niektórych państw europejskich. Przyjęta przez Komisję wizja polityki antidyskryminacyjnej oparta została na nieuprawnionej i oderwanej od treści traktatów, a także dorobku doktryny i orzecznictwa interpretacji pojęć „równość” i „dyskryminacja”.

Przypomnieć jeszcze raz należy, że w istniejących porządkach prawnych państw członkowskich oraz Unii Europejskiej istnieją głęboko zakorzenione w europejskim dorobku prawnym, doktrynalnym i orzeczniczym gwarancje równości wobec prawa i niedyskryminacji. Należy jednak pamiętać o rzeczywistym znaczeniu zasady równości wobec prawa, zakładającym równe traktowanie osób będących w porównywanym sytuacji faktycznej i prawnej, chyba że istnieje obiektywny powód do różnego traktowania. Ponadto, działania UE zmierzające do jej realizacji są ograniczone przyznanymi jej przez państwa członkowskie kompetencjami w określonych dziedzinach oraz zasadą proporcjonalności i subsydiarności. W odniesieniu do postulatów dotyczących wprowadzenia w państwach unijnych tzw. „małżeństw homoseksualnych” lub innego rodzaju zarejestrowanych związków jednopłciowych jako

elementu walki z dyskryminacją, należy stwierdzić, że są one bezpodstawne zasadniczo z dwóch powodów. Po pierwsze, osoby o homoseksualnej orientacji nie znajdują się w porównywalnej sytuacji faktycznej wobec osób heteroseksualnych. Po drugie, wyłączną kompetencję do kształtowania prawa rodzinnego materialnego mają państwa członkowskie UE. Tym samym, nie istnieją podstawy prawne do zarzutów o dyskryminację osób o skłonnościach LGBT+ w krajach nieuznających sformalizowanych związków jedнопłciowych, jak również do postulatów o narzucenie przez Unię Europejską prawodawstwa w tym zakresie. Jednocześnie, warto przy tym zwrócić uwagę, iż zaprzeczeniem zasady równości wobec prawa i niedyskryminacji jest preferencyjne finansowanie organizacji LGBT i projektów społecznych dotyczących *stricte* tej tematyki.

Istotne wątpliwości budzi również fakt coraz częstszego stosowania rozszerzającej wykładni niezdefiniowanego w prawie międzynarodowym terminu „mowa nienawiści”. Hasło walki z „mową nienawiści” czerpiąc swoją legitymację z powszechnej niechęci do nienawiści, **obejmuje, bez najmniejszej precyzji, znacznie więcej zachowań niż te, którym zwolennicy podniesienia kultury debaty publicznej chcieliby przeciwdziałać. W istocie prowadzi bowiem do usunięcia opinii stanowiących całkowicie uprawniony głos w debacie publicznej. Problem ten dotyczy w szczególności krytyki działań organizacji LGBT, która odgórnie określana jest jako „homofobiczna” bez głębszej analizy jej merytorycznej treści. Stanowi to zaprzeczenie jednego z fundamentów demokratycznego społeczeństwa – wolności słowa i poglądów.**

Za nieuprawnione należy uznać również postulaty środowiska LGBTI i Komisji Europejskiej dotyczące wprowadzenia w przedsiębiorstwach czy urzędach administracji publicznej tzw. kart różnorodności, których celem jest w istocie przyznanie określonych przywilejów osobom identyfikującym się jako LGBTI. Stwarza to zarówno realne zagrożenie dyskryminacji osób niepodzielających tego rodzaju poglądów, jak i wprowadzania mechanizmów w istocie niezgodnych z unijnym i polskim prawem.

Podsumowując, wydana przez Komisję Europejską Strategia jest dokumentem nieadekwatnym i w wielu miejscach wykraczającym poza przyznane Unii Europejskiej kompetencje. Jej stosowanie powinno być ograniczone tylko do realizacji postulatów zgodnych z prawem traktatowym oraz prawami człowieka. Za szczególnie nieuprawnione uznać należy wszelkie

działania zmierzające do ingerencji w prawo rodzinne państw członkowskich poprzez wymuszanie uznawania związków osób tej samej płci zawartych za granicą.