

Prof. UW dr hab. Mirosław Wyrzykowski

Recenzja pracy doktorskiej mgra Michała Długosza

Ochrona praw osób homoseksualnych w świetle Konstytucji RP i europejskich standardów ochrony praw człowieka

Warszawa 2014, s. 263

1. Praca mgr. Michała Długosza analizuje aktualne, ważne i ideologicznie kontrowersyjne zagadnienie poziomu ochrony osób homoseksualnych w Polsce. Analiza dokonana jest z perspektywy konstytucyjnych i europejskich standardów ochrony praw człowieka. Jest to perspektywa uzasadniona zarówno z punktu widzenia zakresu badań jak i potencjalnych rezultatów.
2. Konstrukcja pracy. Praca składa się z czterech rozdziałów. Przedmiotem rozdziału pierwszego jest ogólna charakterystyka biologicznej i społecznej sytuacji osób homoseksualnych. Rozdział drugi zawiera analizę sytuacji osób homoseksualnych w świetle Konstytucji i ustawodawstwa RP. Rozdział trzeci przedstawia i analizuje sytuację prawną osób homoseksualnych w świetle europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Rozdział czwarty referuje wybrane działania organów ochrony prawnej dotyczące osób homoseksualnych w latach 1997-2014 w Polsce. Rozdziały są zróżnicowane pod względem objętości; zarazem pierwsze trzy rozdziały mają konsekwentnie strukturę dwupoziomową czyli podrozdział i punkt (pomimo sugestii trzypoziomowej, co wynikać

miałoby z przyjętego podziału na podrozdział, punkt i podpunkt np. 2.2.3, tyle że Autor podrozdział oznacza jako np. 2.1 w sytuacji, gdy powinno to być oznaczenie 1). Ostatni rozdział ma strukturą spłaszczoną i podzielony jest na (cztery) podrozdziały.

3. Celem pracy jest „ustalenie norm, wynikających ze standardów ustanowionych przez instytucje europejskie dla ochrony praw osób homoseksualnych jako tych praw człowieka, które są konieczne w demokratycznym państwie prawa; objaśnienie treści krajowych norm regulujących sytuacje tych obywateli, którzy odznaczają się cechą orientacji seksualnej odmiennej niż powszechnie akceptowana; oraz próba zaprezentowania ich spójnego wewnątrznie modelu” (s.10). W najpoważniejszym stopniu zrealizowany został cel drugi, jakim jest analiza treści krajowych norm regulujących sytuację osób homoseksualnych.

Natomiast hipoteza pracy została sformułowana następująco: „status prawny osób homoseksualnych kształtowany jest nie poprzez świadome celowe i planowe działanie ustrojodawcy i ustawodawcy, ale podyktowany jest chęcią ochrony konkretnego światopoglądu za pomocą stojącej za nim aksjologii, opartej o zorganizowane w pewną tożsamość emocje”. (s.14).

4. Koncepcja pracy. Autor przyjął interesującą konstrukcję pracy, która oparta jest na trzech filarach. Filar pierwszy to charakterystyka biologicznej i społecznej sytuacji osób homoseksualnych. Filar drugi to, najistotniejszy dla dysertacji, to analiza norm prawnych, krajowych i międzynarodowych, określających status osób homoseksualnych z punktu widzenia przede wszystkim zasady równości i zakazu dyskryminacji, a także mechanizmów, szczególnie sądowego, ochrony wolności i praw tych osób. Filar trzeci to rzeczywistość społeczna osób homoseksualnych w Polsce w konfrontacji z ustaleniami dotyczącymi ich statusu prawnego.

Jest to konstrukcja pozwalająca na uchwycenie najważniejszych aspektów mechanizmu ochrony praw, zarazem poszerzająca perspektywę analizy normatywnej o uwarunkowania społeczne, kulturowe i polityczne oraz ukazanie ograniczoności działania mechanizmu prawnego. Nie mogę zatem podzielić zapowiedzi Autora, że „praca ma charakter wybitnie teoretycznoprawny” (s. 15), tym bardziej, że sam Autor stwierdza w dość zagadkowym sformułowaniu, że „rozprawa przedstawia bowiem prawnika nie jako badacza szukającego odpowiedzi na pytanie, „co jest prawem”, ale jako żywego uczestnika stosunków społecznych, posiadającego pewien światopogląd, który wykorzystuje jako istotny lub zasadniczy element procesu dekodowania norm prawnych z systemu prawa” (s.15). Zagadnienie światopoglądu i aksjologii będzie stałym elementem rozważań Autora i przyjęty światopogląd i aksjologia będą determinowały zarówno porządek analizy norm prawnych, jak i język i temperaturę wywodu.

5. Praca ma zatem charakter wykraczający poza klasyczne ujęcie dogmatycznoprawne. Zarazem w zakresie perspektywy dogmatycznoprawnej należy podkreślić prawidłowe określenie zakresu materii normatywnej będącej przedmiotem analizy (konstytucyjne, ustawowe i międzynarodowe), poprawność dokonanej analizy materiału normatywnego oraz należyte uwzględnienie orzecznictwa sądów krajowych (w istocie sądów wszystkich szczebli, włącznie z Trybunałem Konstytucyjnym) oraz sądów międzynarodowych (w szczególności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej). Analiza normatywna oraz analiza orzecznictwa sądowego ma swoją podstawę w dobrej znajomości i poprawnym wykorzystaniu ustaleń doktrynalnych, zarówno polskich jak i zagranicznych. Autor umiejętnie skonstruował i wykorzystał zbudowany warsztat badawczy.

6. Nie trzeba uzasadniać tezy o kontrowersyjności kwestii homoseksualizmu i regulacji prawnej sytuacji, w której znajdują się lub mogą się znaleźć osoby homoseksualne. Ma to swoje źródło w przekonaniach etycznych, religijnych i społecznych, tradycji, poziomie wykształcenia, doświadczeniach i uprzedzeniach i wielu innych, także zidentyfikowanych przez Autora czynnikach. Nawiązuję do tej kwestii w kontekście rozważań Autora mających charakter wstępny dla dysertacji, a mianowicie homoseksualizmu jako zjawiska biologicznego. Nie podejmuję się oceny prezentowanych przez Autora ustaleń w zakresie biologii i medycy, nie jestem bowiem kompetentny w tej materii. Tym bardziej nie potrafię dokonać weryfikacji czy też falsyfikacji takich twierdzeń – przykładowo - że „odmienna budowa podwzgórza u homoseksualistów może prowadzić do chorób afektywnych. Następuje to zatem kumulacja szkodliwego działania hormonów i predystynacja do chorób psychicznych w postaci zwiększonej zapadalności na depresje i podejmowanych prób samobójczych, które mogą być związane właśnie z genetyczną i fizyczną predyspozycją do tych chorób” (s.20). Jeżeli jednak Autor uznaje za konieczne włączenie do swoich rozważań zagadnień biologicznych i medycznych to uzasadnione jest oczekiwanie odpowiedzi na pytanie jakie – potencjalne i rzeczywiste - znaczenie mają ustalenia nauk biologicznych i medycznych dla zakresu i celu regulacji prawnej dotyczącej osób homoseksualnych, w szczególności w zakresie, zgodnie z tytułem pracy, poziomu ochrony prawnej tych osób. Rozstrzygnięcie, powszechnie akceptowane, dotyczące wyeliminowania homoseksualizmu z listy chorób miało wszak wpływ nie tylko na postrzeganie statusu osób homoseksualnych, ale także i przede wszystkim na regulacje prawne w różnych sferach życia tych osób.
7. Praca doktorska mgra M. Długosza skłania do dyskusji. Punktem wyjścia może być kwestia zasadnicza, a mianowicie, czy możemy mówić w ogóle o „prawach osób homoseksualnych” a tym samym o ochronie tych praw, czy raczej o braku specyficznych praw, które posiadać mogą

(powinny) osoby homoseksualne. Mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której prawo polskie – za pośrednictwem zupełnie przecież nowego orzeczenia SN – dopuszcza możliwość skorzystania przez homoseksualnego partnera z prawa do wstąpienia w stosunek najmu. Inne prawa i wolności analizowane w pracy doktorskiej mogą (muszą ?) mieć zastosowanie w przypadku powstania stosunku prawnego lub sytuacji prawnej, w której stroną lub uczestnikiem którego jest osoba homoseksualna. Co więcej, praca wyraźnie ma charakter manifestu wzywającego do przyznania określonych praw osobom homoseksualnym lub rozciągnięcia istniejących prawa na te osoby. Skoro zatem można mieć poważne wątpliwości co do istnienia „praw osób homoseksualnych” to w konsekwencji można mieć wątpliwość co do istnienia środków i mechanizmu ochrony tych (nieistniejących) praw. Chyba żeby przyjąć dość oczywiste założenie o „naturalnym” charakterze obowiązywania wszystkich praw przysługujących obywatelom w takim samym stopniu, a więc także osobom homoseksualnym, ale wówczas znika z pola widzenia istota problemu jakim są (czy też mają być lub powinny być) prawa osób homoseksualnych.

Mamy zatem w pracy raczej do czynienia z konstrukcją, której założeniem jest stworzenie mapy zupełnie podstawowych potrzeb regulacji prawnej osób homoseksualnych jako warunku ich życia zgodnie z konstytucyjnymi standardami godności, wolności i niedyskryminacji obywateli/obywatelek RP. Rzecz dotyczy praw powszechnie obowiązujących, ale niedostępnych dla osób homoseksualnych będących w związkach faktycznych, których istnienie prawo ignoruje.

8. Takie założenie pozwoliło Autorowi na egzemplifikację deficytów regulacji prawnych w zakresie prawa polskiego w poszczególnych, wybranych dziedzinach prawa jako prawo rzeczowe, spadkowe, podatkowe, medyczne, karne czy ochrona dóbr osobistych. Można zaakceptować taką

konstrukcję rozważań, wypełnia ona bowiem założenia stworzenia ogólnej „mapy” deficytów regulacyjnych wystarczająco mocno wskazujących na konieczność odpowiedniej regulacji normatywnej.

9. Zagadnienie prawnej instytucjonalizacji związków partnerskich oraz ewolucji statusu takich związków ma swoją specyfikę. Istotą tej specyfiki jest zmiana zakresu regulacji nie tylko w wyniku klasycznej (w każdym znaczeniu tego pojęcia) aktywności władzy ustawodawczej, ale także (a w wielu systemach prawnych – głównie) w wyniku orzecznictwa sądowego, przede wszystkim sądów konstytucyjnych, ale także sądów powszechnych (w tym sądów najwyższych, także w tych systemach, w których nie odgrywają one roli sądu konstytucyjnego). Jako najbardziej miarodajne przykłady podać można orzecznictwo Federalnego Sądu Konstytucyjnego RFN, sądu konstytucyjnego Republiki Południowej Afryki czy też sądu konstytucyjnego Hiszpanii. W Polsce, co referuje Autor, rola sądownictwa powszechnego w omawianym zakresie jest powiązana z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i sprowadza się do uznania związku homoseksualnego jako spełniającego przesłanki uznania za wspólne pożycie w rozumieniu art. 691 k.c. (wejście w stosunek najmu po śmierci partnera). A przecież przywołane w pracy dość nowe orzeczenia SN w tej materii jest o tyle doniosłe, że zmieniło „trwałą linię orzecznictwa” wykluczającą prawo takich osób do wejścia w stosunek najmu. Na marginesie warto wspomnieć orzeczenie Sądu Rejonowego w Przysusze zapadłe wcześniej niż wyrok SN, w którym sąd powołując się na orzeczenie ETPCz i negując poprawność orzecznictwa Sądu Najwyższego przyznał osobie homoseksualnej prawo wejścia w stosunek najmu po śmierci partnera.

10. Autor dokonuje analizy argumentacji związanej z wykładnią art. 18 Konstytucji RP. Ten przepis, trafnie

kwalifikowany jako zasada ustrojowa, jest zasadniczym punktem odniesienia dla jakichkolwiek prób instytucjonalizacji związków partnerskich. To co znamienne w treści art. 18 Konstytucji to spectrum możliwości interpretacyjnych. Autor poprawnie referuje zróżnicowanie punktów wyjścia i tym samym punktów dojścia poszczególnych sposobów wykładni tego przepisu. Wyraża pogląd, że brzmienie artykułu 18 Konstytucji nie będzie stanowiło przeszkody dla instytucjonalizacji związków partnerskich o ile powstanie polityczna konfiguracja sprzyjająca realizacji tej idei. Natomiast fascynujący jednak jest i pozostanie przypadek art. 18 jako laboratorium teorii wykładni konstytucji, swoisty test granic rozumnej wykładni ustawy zasadniczej. Zarazem jest to test na relacje między założeniami i technikami wykładni konstytucji a rzeczywistością społeczną, w szczególności znaczeniem podstawowych pojęć konstytucyjnych (godność, równość, zakaz dyskryminacji, dobro wspólne, prywatność) przyjmowanych przez najważniejszych, to znaczy mających największy realny wpływ i siłę sprawczą, aktorów życia publicznego.

11. W kontekście znaczenia konstytucji jako *living instrument* wskazać należy na wpływ instrumentów o charakterze soft law na ewolucję świadomości prawnej oraz kultury prawnej i kultury konstytucyjnej. Przykładowo: raport Europejskiej Komisji przeciwdziałania rasizmowi i nietolerancji Rady Europy (ECRI) z 2015 r. dotyczący Polski zawiera ocenę sytuacji prawnej i rzeczywistości osób należących do grupy LGBT. Władze publiczne (rządowe) RP zobowiązane są do przedstawienia Radzie Europy sprawozdania w jakim zakresie ustawodawstwo polskie i praktyka władz publicznych realizuje zalecenia ECRI w tych obszarach praw człowieka. Innym instrumentem jest dokument znany jako Zasady Yogakarty, który stanowi kompendium podstawowych dyrektyw adresowanych do władz publicznych, realizacja których pozwoli na osiągnięcie minimalnego standardu niedyskryminacji.

12. Przedmiotem rozprawy są zagadnienia, które nasuwają, wręcz narzucają, reminiscencje historyczne dotyczące kwestii dzisiaj równie oczywistych, co oczywistymi były – ale z odwróconym wektorem znaczenia i treści – stosunkowo niedawno w różnych częściach świata. Mam na myśli takie zagadnienia jak niewolnictwo, segregacja rasowa, zakaz zawierania małżeństw przez osoby należące do różnych ras, wyłączenie kobiet z możliwości uczestniczenia w życiu politycznym poprzez wyłączenie ich prawa wyborczego (zarówno czynnego, jak i biernego). Jeżeli dokonać nawet pobieżnej analizy argumentacji przemawiającej jakoby za utrzymaniem wskazanych zjawisk to okaże się, że typ ówczesnych rozumowań i typologia argumentacyjna jest niemal identyczna z argumentacją i rozumowaniem przeciwników równego traktowania osób należących do grupy LGBT.
13. Zmiany, jakie zachodzą w świadomości społecznej w sprawach dotyczących praw osób homoseksualnych nabierają takiej dynamiki, że kilka miesięcy między złożeniem pracy a jej obroną było czasem wydarzeń, których Autor nie mógł uwzględnić, ale które powinny być zasygnalizowane i mogą stać się przedmiotem dyskusji w trakcie obrony pracy doktorskiej. Mam na myśli – przykładowo – trzy sytuacje, które miały miejsce w okresie zaledwie kilku tygodni. Pierwsza to referendum w Irlandii (maj 2015 r.) w sprawie zrównania dopuszczalności małżeństw dla osób tej samej płci z małżeństwami heteroseksualnymi. Był to pierwszy przypadek tak powszechnej i jednoznacznej woli obywateli zlikwidowania stanu dyskryminacji osób homoseksualnych w zakresie dostępu do instytucji małżeństwa. Druga sytuacja to wyrok SN USA (czerwiec 2015 r.) zrównujący prawa osób homoseksualnych i heteroseksualnych do zawarcia małżeństwa we wszystkich stanach USA. Trzecia sprawa to wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (lipiec 2015 r.) w sprawie Oliari i Inni przeciwko Włochom w którym Trybunał stwierdził, że osiągnięty został europejski konsens ws. instytucjonalizacji pożycia par jedнопłciowych,

zatem Włochy powinny wdrożyć odpowiednią ustawę; brak instytucjonalizacji związków partnerskich osób homoseksualnych narusza art. 8 Konwencji.

14. Praca jest manifestem przekonania, popartego analizą polskiego i międzynarodowego porządku prawnego, o konieczności stworzenia pełnej, odpowiadającej charakterowi statusu osób homoseksualnych regulacji prawnej. Krytycznie oceniam jednak emocjonalno-publicystyczne tony zawarte w pracy. Waga argumentacji staje się poważniejsza przy zastosowaniu kardynalnego nakazu adresowanego do prawnika, w tym prawnika zajmującego się analizą teoretyczną, a mianowicie nakaz refleksji *sine ira et studio*. Praca doktorska nie jest miejscem dla uproszczonych publicystycznych (by nie powiedzieć - gazetowych) ocen i epitetów.

Autor zbyt łatwo feruje oceny i stawia tezy, które wymagają bardzo poważnego uzasadnienia. Przykładowo „art. 1 Konstytucji nie jest odpowiedzialny za przykrości jakie doświadczają osoby homoseksualne, ale z pewnością stanowi część mechanizmu i widoczny symbol władzy Kościoła, którego nauczanie piętnuje takie osoby” (s.85). Nie jest przekonujący pogląd, iż „homoseksualiści chcący żyć zgodnie z własną filozofią kwestionują obowiązek wiernych dążących do narzucenia swojej wizji życia. Dokonują tego poprzez odwołanie do art. 2 Konstytucji będącego źródłem wolności od nacisków Kościoła” (tamże).

Zachęcam Autora do bardziej wnikliwej analizy znaczenia niemieckiej ustawy o związkach partnerskich, w szczególności do funkcji orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego tej ustawy.

Autor nie uwzględnia faktu, że do Protokołu 30 do Traktatu z Lizbony (tzw. protokołu brytyjsko-polskiego) dołączyła Republika Czeska.

Uzasadnienia wymaga twierdzenie, że „... molestowanie praktycznie niczym nie różni się od mobbingu” (s. 183).

Zachęcałbym Autora do bardziej wnikliwej, starannej i wyważonej analizy i refleksji na temat orzeczeń sądowych. Łatwość ferowania opinii typu „za wyraźną wadę rozumowania sędziów należy uznać ten element wyводу...”, w sytuacji w której omawiany wyrok stanowił przełom w orzecznictwie SN nie jest poparta jakością własnej argumentacji.

Zachęcałbym do znacznego stonowania opinii na temat poglądów referowanych w pracy (przykładowo s. 218 i nast.). Okoliczność, że jakaś opinia czy pogląd jest niezgodna z naszym rozumieniem problemu wymaga szczególnej staranności w przedstawieniu silnych argumentów wskazujących na niezasadność owego poglądu, bo własna dezynwoltura argumentacyjna uchyla jakąkolwiek wartość krytyki odmiennych poglądów (choćby ostatnie, bulwersujące zdanie pracy).

15. Język pracy, także warstwa redakcyjna (błędy w tytułach i nazwach, literówki) wymaga większej staranności i szacunku dla potencjalnego czytelnika.

16. Literatura i orzecznictwo zostały zebrane i wykorzystane w stopniu wskazującym na pełne opanowanie materii badawczej.

Konkluzja: praca spełnia ustawowe wymogi stawiane rozprawom doktorskim i powinna być przedmiotem dalszej procedury.

Warszawa, 3 sierpnia 2015 r.

