

W Polsce osoby homoseksualne są chronione przez prawo na równi z innymi osobami z paroma zasadniczymi wyjątkami.

Problem ten skupia się niemal wyłącznie na art. 18 Konstytucji RP, który stanowi on, że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Wykładnia gramatyczna przywołanego przepisu sugeruje, że kolejno wymienione instytucje tj. małżeństwo, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod opieką i ochroną prawa. W świetle wykładni teleologicznej, której część doktryny prawa przypisuje kluczowe znaczenie wskazanie bezpośrednio po sobie czterech wartości: małżeństwa, ze wskazaniem, że jest to związek kobiety i mężczyzny, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa, oznacza wyraźną wolę ustrojodawcy pokazania istniejącego pomiędzy nimi związku oraz wyraża podstawowe zasady aksjologii konstytucyjnej¹.

L. Bosek rozumie stanowisko wyrażone w art. 18 Konstytucji jako „przyjęcie w Konstytucji RP cechy odmienności płci za konstytutywny wyznacznik istnienia małżeństwa wynikało wprost z woli KKZN, a następnie woli Narodu wyrażonej w referendum, wykluczenia w prawie polskim możliwości konstruowania przez ustawodawcę zwykłego związków osób tej samej płci”². Szerzej na ten problem patrzy A. Mączyński, który zdecydowanie odrzuca możliwość wprowadzenia do porządku prawnego małżeństw osób tej samej płci, ale nie odrzuca wyraźnie możliwości legalizacji innych niż małżeństwo związków, o ile nie będą one w korzystniejszej sytuacji dzięki zwiększeniu uprawnień lub zmniejszeniu obowiązków³.

W doktrynie zauważa się, że treść art. 18 Konstytucji jest wyrazem wyboru aksjologicznego, dokonanego w celu zagwarantowania normatywnego modelu małżeństwa i rodziny⁴. Podnosi się, że sama kolejność poszczególnych instytucji nie jest przypadkowa, ponieważ preferowanym konstytucyjnie modelem współżycia obywateli jest tworzenie rodziny przez małżeństwo nakierowane na macierzyństwo i rodzicielstwo⁵. Ten dominujący pogląd, jak się

¹ Zob. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4 maja 2004 r., Sygn. akt K 8/03; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 kwietnia 2011 r., Sygn. akt SK 68/08.

² L. Bosek, Komentarz do art. 18 Konstytucji RP (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, M. Safjan, L. Bosek (red.), C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 74.

³ Zob. A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych* (w:) *Związki partnerskie debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewskiego (red.), Dom organizatora, Toruń 2013, s. 93.

⁴ T. Smoczyński, Dowody biologiczne w procesach dotyczących pochodzenia, (w:) T. Smoczyński (red.), *System Prawa Prywatnego*, Tom I, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H.Beck, Warszawa 2009, s. 46.

⁵ M. Zubik, *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, Przegląd Legislacyjny 2007, nr 2, s. 41.; T. Jasudowicz, *O potrzebie rzeczywistego upodmiotowienia rodziny* (w:) Marek Andrzejewski, Lechosław Kociucki, Małgorzata Łączkowska, Anna Schulz (red.) *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza*

wydaje, oznacza także zgodę na inne formy współżycia ludzi, bowiem „preferowanie heteroseksualnego małżeństwa” nie oznacza delegalizacji i kryminalizacji innych rodzajów związków, co już na poziomie prac nad obecnie obowiązującą Konstytucją wskazywał P. Winczorek. Stwierdza on również, komentując art. 18 Konstytucji na podstawie wnioskowania *a contrario*, że związki homoseksualne z ochrony i opieki prawa nie korzystają. Oznacza to jednak także, że przepis ten nie zabrania przyznania ochrony prawnej innym rodzajom związków niż małżeństwo. W tym kontekście preferowanie małżeństwa nie sprowadza się do jego instytucjonalnej wyłączności w obszarze związków.

W Polsce problematyka mowy nienawiści związana jest najściślej z art. 256 k.k. i art. 257 k.k. oraz art. 119 k.k. Pierwszy z przepisów (art. 256 § 1 k.k.) za nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo bezwyznaniowości przewiduje karę do dwóch lat pozbawienia wolności. Katalog czynników wyrażonych w tej normie jest zamknięty, zatem nawoływanie do nienawiści na tle płci, wieku, tożsamości płciowej albo jej braku, niepełnosprawności, orientacji seksualnej, a także światopoglądu nie jest, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege* i niemożliwości stosowania analogii w prawie karnym, tym przepisem sankcjonowany. Zamknięcie tego katalogu może dziwić, ponieważ – jak słusznie stwierdzono w doktrynie – nienawiść w absolutnie żadnej formie nie jest zjawiskiem pożądanym. Naturalnym następstwem propagowania nienawiści jest zachowanie opisane w typie czynu zabronionego⁶, np. naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.) lub pomówienie czy znieważenie (art. 212 k.k. lub art. 216 k.k.). Przepisów tych często nie popełnia osoba nie nawołująca do nienawiści, ale podjudzona do niej, poza tym jeśli owo naruszenie nietykalności, znieważenie czy zniesławienie wynika z tych samych pobudek, co wymienione w art. 265, to następuje zmiana kwalifikacji karnej z art. 212, i 216 czy 217 k.k. na art. 257 k.k. Zakaz mowy nienawiści wyrażony w art. 256 § 1 k.k. w świetle prawnych standardów europejskich⁷ oraz lobbingu organizacji homoseksualnych stał się tematem sporego zainteresowania doktryny prawa karnego⁸. Ograniczenie katalogu

Smyczyńskiego, Tonik, Toruń 2008; M. Kosek, *Pojęcie rodziny w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych* (w:) M. Kosek, J. Słyk (red.), *W trosce o rodzinę. Księga Pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 229-240.

⁶ K. Pałka, M. Kućka, *Ochrona przed mową nienawiści – powództwo cywilne czy akt oskarżenia?* (w:) *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewskiego, M. Wyrzykowskiego, A. Bodnara, A. Gliszczyńskiej-Grabias (red.), Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 45.

⁷ E. Zielińska, *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej na gruncie prawa karnego* (w:) *Przeciwdziałanie Dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich*, K. Śmiszek (red.), KPH, Warszawa 2006., s. 63.

⁸ M. Woiński, *Projekt nowelizacji art. 256 k.k.* (w:) R. Wieruszewskiego, M. Wyrzykowskiego, A. Bodnara, A. Gliszczyńskiej-Grabias (red.), dz. cyt., s. 37; Por. Z. Zielińska, *Opinia w sprawie projektu zmian kodeksu*

przesłanek, ze względu na które zabronione jest nawoływanie do nienawiści, do wymienionych w art. 256 k.k. nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia. Dlaczego bowiem prokurator ma bronić za publiczne pieniądze np. ateistę, ale już osoba homoseksualna, czy z niepełnosprawnością ochrony takiej szukać musi za własne pieniądze? Wydaje się, że konieczne jest rozszerzenie katalogu czynników, ze względu na które prawo karne zapewnia ochronę przed szerzeniem nienawiści i jej skutkami.

E. Zielińska, słusznie zauważa, że brak szczególnego przepisu, który uznawałby za przestępstwo np. znieważanie gejów lub lesbijek z powodu ich orientacji seksualnej. Oznacza to, iż w kwalifikacji prawnej czynu nie ma odzwierciedlenia faktu, że zamachy te noszą cechy dyskryminacji. W istocie stanowią nie tylko zamach na określone dobra indywidualnej osoby, co powinno spotykać się z reakcją prawnokarną, lecz równocześnie są przejawem pogwałcenia konstytucyjnego zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu, co wymaga wzmożonej represji⁹. Pogląd ten jest zgodny z wcześniejszymi analizami tej autorki, która opierając się na ustawodawstwie krajów Unii Europejskiej przed jej rozszerzeniem w 2004 roku, wskazuje nie tylko na konieczność uznania przez państwo wypowiedzi szerzące nienawiść za niepożądane, ale też na konieczność zaostrożenia odpowiedzialności karnej za tego typu zachowania¹⁰. Autorka ta stoi na stanowisku, że należy wyposażyć te przepisy w ich kwalifikowane formy, gdy sprawca popełni umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu motywowane mową nienawiści¹¹.

Dla zestawienia standardu ochrony praw człowieka i prawa krajowego potrzebne jest przedstawienie sprawy *Vejdeland i inni przeciwko Szwecji* „z 9 lutego 2012 r.¹² dotyczyła ona bowiem aktu mowy nienawiści. Czterech Szwedów wraz z innymi osobami zrzeszonymi w organizacji *Młodzież Narodowa* wdarło się na teren liceum i rozpowszechniło ulotki, w których protestowali przeciwko propagowaniu homoseksualizmu w szkołach. Skłonności te ich zdaniem są dewiacją, która jest odpowiedzialna za upowszechnienie się AIDS i destrukcyjne moralnie oddziaływanie na fundamenty społeczeństwa.

karnego, (w:) G. Czarnecki (red.), *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, Wyd. KPH, Warszawa 2009.

⁹ E. Zielińska, *Opinia w sprawie projektu zmian kodeksu karnego* (w:) *Raport o homofobicznej mowie nienawiści w Polsce*, G. Czarnecki (red.), K.P.H., Warszawa 2009, s. 80.

¹⁰ E. Zielińska, *Przeciwdziałanie dyskryminacji*, dz. cyt., s. 58-61.

¹¹ *Ibidem*, s. 65.

¹² Wyrok ETPCz z 9 lutego 2012, nr 1813/07.

Szwedzkie organy ścigania uznały treści ulotek za naruszające prawo i skierowały sprawę do sądu. Sąd I instancji skazał narodowców na dotkliwie kary, ostatecznie sprawa oparła się aż o Szwedzki Sąd Najwyższy, który stwierdził, że swoim działaniem mężczyźni są winni „agitacji przeciwko grupie etnicznej lub narodowej”.

W postępowaniu przed Trybunałem skarżący podkreślali, że ich celem nie było potępienie homoseksualistów, a jedynie zainicjowanie debaty na temat braku obiektywizmu w edukacji prowadzonej na terenie szkoły. Trybunał uznał, że dyskryminacja z powodu orientacji seksualnej ma taką samą wagę jak dyskryminacja ze względu na rasę. Stwierdził także, iż nawet jeśli podjęcie debaty nad profilem edukacyjnym szwedzkich szkół jest celem możliwym do zaakceptowania, to sformułowania zawarte w ulotkach, w tym twierdzenie, że lobby homoseksualne dąży do bagatelizowania pedofilii, stanowią zarzuty tendencyjne. Z tego też powodu stwierdził, że wymierzone kary są zasadne i w pełni proporcjonalne do rangi czynu, zaś samą skargę uznał za bezpodstawną. Aktualnie prawo karne nie zapewnia ani ochrony przed dyskryminacją, ani też nie chroni godności osób homoseksualnych przed zamachami na ich godność.

Polski system prawny, jeśli chodzi o ochronę praw osób homoseksualnych jest niespójny. Prawo Unii Europejskiej, zarówno traktatowe¹³ jak i miękkie¹⁴ oraz orzecznictwo ETS dążą do objęcia osób homoseksualnych szeroką ochroną. Również standardy ETPCz w zakresie praw osób homoseksualnych w ostatnim czasie dokonały ogromnego skoku naprzód, nie tylko przyznając parom nieheteroseksualnym prawo do prywatności, ale też prawo do posiadania rodziny, a nawet legalizacji związku. Z kolei prawo krajowe, w szczególności zaś konstytucyjne, osoby homoseksualne nakazuje wykluczać. Wydaje się, że taki stan nie może funkcjonować w nieskończoność ponieważ >>(…) spór o instytucjonalizację związków jednopłciowych nie jest obecnie sporem „za” czy „przeciw” tolerancji wobec homoseksualizmu. Jego istotę stanowi pytanie o kształt współczesnej kultury.<<¹⁵.

Michał Długosz

¹³ Zob. art. 39²⁹, art. 43³⁰, art. 50³¹ i art. 141³² Traktatu z Amsterdamu z 2 października 1997 r.

¹⁴ Choćby dotycząca Polski Rezolucja PE z 16 grudnia 2010 r., nr P7_TA(2010)0489.

¹⁵ M. Nowacka, dz. cyt., s. 145.