

Kobiety i płeć w Konstytucji*

1. „*My, Naród polski – obywatele Rzeczypospolitej*”, czyli *problem męskiego suwerena*. Każda konstytucja jest odzwierciedleniem wyobrażeń konstytucyjnych jej twórców¹. Najczęściej osoby biorące udział w procesie tworzenia tekstu konstytucji nie mają doświadczenia w pisaniu tego typu aktów prawa, które nie tylko normują podstawowe zasady ustroju politycznego oraz gospodarczo-społecznego, ale także mają integrować społeczeństwo wokół idei konstytucji jako umowy społecznej². Dlatego też twórcy konstytucji powinni nie tylko dobrze ocenić aktualną rzeczywistość polityczną i społeczną, ale mieć także wizję przyszłości, do której zmierza naród.

Intencją twórców Konstytucji było nie tylko odcięcie się od komunistycznej przeszłości, ale przede wszystkim stworzenie trwałych podwalin dla demokratycznej wspólnoty politycznej³. Ostatecznie jednak w obowiązującym tekście Konstytucji znajdziemy wiele przepisów, które zostały wypracowane w drodze kompromisu politycznego, a nie konsensusu społecznego⁴. Można więc dowodzić, że Konstytucja stanowi swojego rodzaju umowę polityczną, ale nie umowę społeczną⁵.

* Artykuł powstał w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2021/41/B/HSS/01421 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

¹ M. Loughlin, *The constitutional imagination*, *Modern Law Review* 2015, nr 78, s. 1–25.

² P. Lermack, *The constitution is the social contract so it must be a contract ... right? A critique of originalism as interpretive method*, *William Mitchell Law Review* 2007, nr 33, s. 1403–1445. W opinii autora konieczność dostosowania konstytucji jako umowy społecznej do zmian woli i zamiarów jej stron, a także do nowych okoliczności i zmian na świecie przemawia za odrzuceniem prymatu oryginalnych intencji twórców konstytucji nad innymi teoriami jej interpretacji (s. 1443).

³ R. Chruściak, W. Osiatyński, *Tworzenie konstytucji w latach 1989–1997*, Warszawa 2001.

⁴ J. Zaleśny, *Tworzenie Konstytucji z 1997 roku. Przejaw kooperacji czy rywalizacji elit politycznych*, *Przegląd Sejmowy* 2017, nr 6, s. 177–206.

⁵ Co więcej, była to umowa między tymi, którzy w tej polityce czynnie uczestniczyli, a więc w większości mężczyznami, oraz nielicznymi kobietami, które przyjęły męski punkt widzenia rzeczywistości jako naturalny, a w procesie tworzenia konstytucji pełniły role eksperckie, nie realizując postulatów organizacji kobiecych – zob. U. Nowakowska, *Prawa kobiet w konstytucji*, Warszawa 1995.

Wyobrażenia konstytucyjne twórców Konstytucji odzwierciedla jej tekst, a także to, czego w nim zabrakło⁶. Analizując język Konstytucji, można odnieść wrażenie, że to nie idea inkluzywności przyświecała jej twórcom, ale chęć petryfikacji układu polityczno-społecznego powstałego po 1989 r. W procesie tworzenia oraz uchwalania Konstytucji uczestniczyło 10 kobiet, lecz język tego aktu wyraża wyłącznie męski punkt widzenia. Choć w czasach tworzenia Konstytucji formuła użycia rodzaju męskiego w języku polskim była powszechna, gdyż przyjmowano, że zawiera ona w sobie ogólnoludzki komponent⁷, dziś jest ona trudna do zaakceptowania ze względu na zmiany w świadomości społecznej i coraz większą akceptację języka równościowego.

W obecnej wersji już same słowa preambuły, które odnoszą się jedynie do obywateli oraz ich przodków, a następnie definicja Rzeczypospolitej jako dobra wspólnego wszystkich obywateli, a także gwarancje wolności i praw, budują obraz wspólnoty politycznej, w której nie ma kobiet⁸. Nie jest to bynajmniej język neutralny, gdyż w Konstytucji odnajdziemy przepisy, które odnoszą się do kobiet ciężarnych i matek (art. 68 ust. 3 oraz art. 71 ust. 2) oraz rodziców (art. 18, art. 48 ust. 1, art. 53 ust. 3, art. 70 ust. 3), lecz pomijają mężczyzn jako ojców (art. 18 Konstytucji). Wbrew utrwalonej w prawie cywilnym definicji matki jako „kobiety, która urodziła dziecko”, Konstytucja używa pojęcia „matka przed i po urodzeniu dziecka” (art. 71 ust. 2)⁹. Można zatem wnioskować, że w tym ujęciu kobieta staje się matką od momentu poczęcia dziecka¹⁰.

Jednocześnie, zgodnie z konstytucyjną zasadą równości i niedyskryminacji, której szczególnym wyrazem jest art. 33 ust. 2 Konstytucji, kobiety i mężczyźni mają równe prawa do „zajmowania stanowisk, pełnienia funkcji oraz uzyskiwania godności publicznych i odznaczeń”. Jednak w dalszych przepisach Konstytucji mowa jest tylko o „posłach”, „senatorach”, „wyborcach” i „kandydatach”, a także „członkach” różnych organów kolegialnych (Rady Ministrów, Rady Polityki Pieniężnej, Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji) oraz „członkach wspólnoty samorządowej”. Z języka Konstytucji wynika więc, że normą jest

⁶ Zob. R. Albert, D. Kenney, *The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Application*, International Journal of Constitutional Law 2018, nr 18, s. 880.

⁷ W języku polskim, jak i w większości języków z rodzajem gramatycznym, stosuje się rodzaj męski w odniesieniu do grup obejmujących przedstawicieli obu płci, a rodzaj żeński tylko do kobiet.

⁸ Zob. A. Graff, *Świat bez kobiet. Płeć w polskim życiu politycznym*, Warszawa 2021.

⁹ T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, PiP 1997, nr 11-12.

¹⁰ Zob. orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19 – TK stwierdza, że „pojęcie macierzyństwa wyraża w sobie konieczny związek matki i dziecka, przy czym związek ten zachodzi na wielu płaszczyznach – biologicznej, emocjonalnej, społecznej i prawnej. Funkcją tego związku jest prawidłowy rozwój życia człowieka, w jego początkowym okresie, w którym wymaga ono szczególnej pieczy. W najwcześniejszej fazie piecza ta, realizowana przede wszystkim na płaszczyźnie biologicznej, jest niezastępowalna. Nikt poza matką nie jest w stanie w tej fazie podtrzymać życia dziecka poczętego”. W uzasadnieniu swojego stanowiska TK powołuje się na słowa art. 24 ust. 2 lit. d Konwencji o prawach dziecka dotyczące prenatalnej i postnatalnej ochrony zdrowia matek. TK uznaje jednak, że „poczęcie dziecka i przyznanie ochrony prawnej życiu w fazie prenatalnej łączy się z powstaniem obowiązków matki i ojca dziecka”.

udział mężczyzn w życiu politycznym, a kobiety, by móc w nim uczestniczyć, muszą stać się podobne do mężczyzn i wejść w ich role. Dziś, kiedy mamy większą świadomość tego, jak język, a zwłaszcza język prawa kształtuje normy społeczne¹¹, powinniśmy dążyć do uwolnienia go od takich sformułowań, które utrwalają nierówności społeczne i opierają się na stereotypach¹².

Występujące w rzeczywistości różnice społeczne w udziale kobiet i mężczyzn w strukturach władzy przekonują, że wyraźne przypisanie kobiet do sfery życia rodzinnego ma przełożenie na ich szanse w dostępie do innych sfer życia, zwłaszcza związanych z władzą¹³. Rzeczywistość społeczna pokazuje, że zagwarantowanie kobietom równych szans w dostępie do godności, urzędów czy funkcji, które nie zależą od spełnienia szczegółowo określonych kryteriów merytorycznych (jak w przypadku dostępu do niektórych zawodów zaufania publicznego), może wymagać zastosowania środków wyrównujących, takich jak kwoty wyborcze¹⁴, a i one okazują się niewystarczające, żeby zmienić istniejące dysproporcje¹⁵. Dlatego też asymetria rodzajowa w tekście Konstytucji mogłaby być zignorowana tylko wtedy, gdyby nierówności płci nie występowały w rzeczywistości. Choć nie należy oczekiwać, że język automatycznie zmieni rzeczywistość społeczną, to dziś jest to już oczywiste, że język nie powinien wykluczać¹⁶.

Język równościowy to język neutralny płciowo, który może być nie tylko stosowany przez ustawodawcę (jako język prawny), ale i doktrynę (jako język prawniczy). Parlament Europejski w swoim dokumencie wyjaśnia, że: „Język neutralny płciowo to ogólne określenie służące zdefiniowaniu języka pozbawionego znamion seksizmu, języka, który jest inkluzywny lub równościowy. Celem języka neutralnego płciowo jest unikanie wyboru słów, które można interpreto-

¹¹ *Gender articulated: language and the socially constructed self*, red. K. Hall, M. Bucholtz, New York 1995; D. Cameron, *Language and gender: Mainstreaming and the persistence of patriarchy*, *International Journal of the Sociology of Language* 2020, nr 263, s. 25–30.

¹² Zob. J. Szpyra-Kozłowska, *Nianiek, ministra i japonki. Eseje o języku i płci*, Kraków 2021; J. Szpyra-Kozłowska, *O językowej nierówności płci i jej konsekwencjach. Polemika z tezami artykułu Ignacego Nasalskiego pt. „Funkcje i dysfunkcje języka inkluzywnego, ze szczególnym uwzględnieniem asymetrii rodzajowej w języku polskim”*, *Socjolingwistyka* 2021, nr XXXV, s. 413–430.

¹³ Zob. K. Bojarska, *Wpływ androcentrycznych i inkluzywnych płciowo konstrukcji językowych na skojarzenia z płcią*, *Studia Psychologiczne* 2011, nr 49, s. 53–68. Autorka na podstawie prowadzonych badań stwierdziła, że „nie można utrzymać potocznej tezy, zgodnie z którą wszyscy ludzie wiedzą, że męskie formy rodzajowe odnoszą się w równym stopniu do mężczyzn, jak i do kobiet. Rzeczywiście, są one odbierane jako w pewnym stopniu generyczne, ale wyraźnie ukierunkowują one skojarzenia płciowe odbiorców w kierunku męskim” (s. 63).

¹⁴ K. Sękowska-Kozłowska, *Między obowiązkiem a przyzwoleniem. Środki wyrównawcze na rzecz kobiet jako instrument realizacji praw człowieka*, Warszawa 2021, s. 69.

¹⁵ *Transforming gender citizenship: the irresistible rise of gender quotas in Europe*, red. É. Lépinard, R. Rubio-Marín, Cambridge 2018.

¹⁶ Zob. zalecenia dotyczące techniki ustawodawczej w Wielkiej Brytanii, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/892409/OPC_drafting_guidance_June_2020-1.pdf, czy Kanady, <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/legis-redact/logistics/p1p15.html> (dostęp: 7.10.2022 r.).

wać jako tendencyjne, dyskryminujące lub poniżające, ponieważ sugerują wyższość jednej płci nad drugą. Stosowanie równościowego i inkluzywnego języka pomaga także ograniczyć stereotypy płciowe, wspiera rozwój społeczny i przyczynia się do osiągnięcia równouprawnienia płci. Używanie języka neutralnego płciowo lub języka inkluzywnego jest czymś więcej niż kwestią poprawności politycznej. Język odzwierciedla postawy, zachowanie i sposób postrzegania (kobiet i mężczyzn) oraz wywiera na nie silny wpływ¹⁷.

Poniżej zostały przedstawione propozycje zmian redakcyjnych, które mają na celu korektę asymetrii rodzajowej w przepisach Konstytucji. Zwłaszcza propozycja zneutralizowania języka wykluczającego kobiety z definicji narodu ma służyć temu, aby Konstytucja mogła właściwie pełnić nie tylko funkcję normatywną, ale i symboliczną oraz integrującą wobec współczesnych oraz przyszłych pokoleń. Choć problem wykluczającego języka ustaw oraz orzeczeń sądowych jest powszechny w świecie¹⁸, debata na ten temat w innych krajach zaczęła się stosunkowo dawno. Czas zatem zainicjować ją również w Polsce.

2. *Propozycje zmian redakcyjnych wprowadzające język sprawiedliwy pod względem płci do Konstytucji.* Istnieją trzy strategie, aby uczynić język sprawiedliwym pod względem płci (*gender fair*) i uniknąć negatywnych efektów mskulinizacji języka (w postaci utrwalania stereotypów płci). Jest to neutralizacja, feminizacja i kombinacja tych dwóch podejść. Neutralizacja polega na używaniu słów, które nie wskazują jednoznacznie na płeć męską czy żeńską. Strategia ta wpisuje się w tendencje odchodzenia od wyraźnego określania płci przez użycie liczby mnogiej lub stosowanie zaimka „ono” w niektórych językach¹⁹. Natomiast feminizacja polega na wyraźnym dodaniu form żeńskich²⁰. Należy jednak podkreślić, że feminizacja języka może w niektórych sytuacjach powodować utrwalenie stereotypów płci, zwłaszcza w przypadku zawodów, których żeńskie

¹⁷ Język neutralny płciowo w Parlamencie Europejskim, Parlament Europejski (2019), https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/187107/GNL_Guidelines_PL-original.pdf (dostęp: 7.10.2022 r.).

¹⁸ L.M. Rose, *The Supreme Court and Gender-Neutral Language: Setting the Standard or Lagging Behind?*, Duke Journal of Gender Law and Policy 2020, nr 17, s. 81–129.

¹⁹ W ramach neutralizacji wprowadza się rzeczowniki nieokreślone pod względem płci (w języku angielskim zastępuje się np. słowo *policeman* słowem *police officer* lub używa liczby mnogiej *they* zamiast *he* i *she*). W językach charakteryzujących się rodzajem gramatycznym rzeczowniki, które występują w określonym rodzaju, zastępuje się rzeczownikami, które odnoszą się zarówno do osób żeńskich, jak i męskich (w języku niemieckim słowem takim jest *Staatsoberhaupt* czy *Fachkraft*). Zob. S. Szczesny, M. Formanowicz, F. Moser, *Can Gender-Fair Language Reduce Gender Stereotyping and Discrimination?*, *Frontiers in Psychology* 2016, nr 20, s. 1–11.

²⁰ W ramach feminizacji rzeczowniki w rodzaju męskim są zastępowane przez pary rzeczowników w rodzaju żeńskim i męskim (w języku polskim przykładem jest para „nauczycielki i nauczyciele”) lub formy skrócone z ukośnikami („nauczyciel/ka”) lub nawiasami (nauczyciel[ka]). Feminizacja jest zalecana w językach charakteryzujących się rodzajem gramatycznym, takich jak czeski, hiszpański, niemiecki, polski czy włoski, zwykle w połączeniu z neutralizacją, aby uniknąć zbyt skomplikowanych struktur zdaniowych. S. Szczesny, M. Formanowicz, F. Moser, *Can Gender-Fair Language...*, s. 3–4.

nazwy kojarzą się z niższym statusem²¹, lub w języku potocznym oznaczają (lub oznaczały) żonę mężczyzny wykonującego określoną pracę²².

Z tego też względu problem „męskiego suwerena” w Konstytucji może być rozwiązany dzięki zmianie tylko tych przepisów, które dotyczą wspólnoty politycznej oraz praw politycznych. Celem tej zmiany – która w mojej ocenie miałaby charakter redakcyjny (a więc nie podlegałaby procedurze zmiany Konstytucji) – jest podkreślenie roli kobiet w życiu narodu, ich obecności w życiu politycznym oraz ich równych praw z mężczyznami w sprawowaniu władzy. Natomiast przepisy dotyczące nazw urzędów pozostałyby niezmienione.

Zgodnie z powyższą propozycją nowa redakcja preambuły brzmiałaby następująco: „My, Naród Polski – obywatelki i obywatele Rzeczypospolitej (...) równi w prawach i w powinnościach wobec dobra wspólnego – Polski (...) wdzięczni naszym przodkiniom i przodkom za ich pracę, za walkę o niepodległość okupioną ogromnymi ofiarami (...).”

Podobne zmiany dotyczyłyby przepisów, w których obecnie występują tylko „obywatele”, „przedstawiciele”, „kandydaci” czy „wyborcy”. Proponuję więc ich nowe brzmienie: Art. 1. „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywaterek i obywateli”. Art. 4 ust. 2. „Naród sprawuje władzę przez swoje przedstawicielki i swoich przedstawicieli lub bezpośrednio”. Art. 5. „Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka oraz bezpieczeństwo obywaterek i obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju”. Art. 12. „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność tworzenia i działania związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolniczek i rolników, stowarzyszeń, ruchów obywatelskich, innych dobrowolnych zrzeszeń oraz fundacji”.

Co ważne, dodanie słowa „obywatelki” i odmiany powinno dotyczyć również przepisów określających obowiązki konstytucyjne (art. 82 i art. 85). Przykładowo, art. 85 ust. 1 mógłby brzmieć następująco: „Obowiązkiem obywaterek i obywateli polskich jest obrona Ojczyzny”. Zmiana redakcji tego przepisu nie oznaczałaby wprowadzenia obowiązku służby wojskowej, ale możliwość ustawowego uregulowania obowiązku obrony Ojczyzny włączającego służbę kobiet²³.

Proponuję też neutralizację wszystkich przepisów z rozdziału II, które gwarantują „wolności i prawa obywatela”²⁴. Neutralizacja oznaczałaby zastą-

²¹ Co więcej, dla niektórych kobiet, które osiągnęły sukces zawodowy, używanie męskich nazw zawodów czy funkcji (inżynier, prezes, dyrektor) jest często elementem ich własnej samooceny (a jednocześnie wyznaniem, że sukces ten wymagał wejścia w męski świat i przyjęcie męskiej roli). Zob. np. M. Mazzucco, *Articolo determinativo femminile, Prefazione*, [w:] P. Di Nicola, *La Giudice. Una donna in Magistratura*, Roma 2012, s. 5–10.

²² W języku polskim występują również asymetrie znaczeniowe między formami żeńskimi i męskimi, jak w przypadku słów „sekretarka” i „sekretarz” – pierwsze z nich oznacza osobistą asystentkę, a drugie wysoką funkcję rządową.

²³ Zob. art. 48, art. 58 ust. 3 czy art. 142 ust. 2 lit. c ustawy z 21.11.1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 372) oraz art. 59 ust. 5, art. 60 ustawy z 11.03.2022 r. o obronie Ojczyzny (t.j. Dz.U., poz. 655).

²⁴ Tytuł rozdziału II mógłby otrzymać brzmienie „Wolności i prawa człowieka oraz obowiązki obywatelskie”.

pienie słowa „obywatel” sformułowaniem „osoba posiadająca obywatelstwo polskie” w art. 34 ust. 2, art. 35 ust. 1, art. 36, art. 51 ust. 2, art. 52 ust. 4, art. 55 ust. 1 i 2, art. 60, art. 61 ust. 1, art. 62 ust. 1, art. 67 ust. 1 i 2, art. 70 ust. 3 i 4, art. 74 ust. 4 oraz art. 75 ust. 1. Podobna zmiana mogłaby dotyczyć art. 99 ust. 1 i 2, zgodnie z którą to nie „obywatel”, ale „osoba posiadająca obywatelstwo polskie” może być wybrana do Sejmu lub Senatu²⁵.

Aby podkreślić udział kobiet w sprawowaniu władzy ustawodawczej, zmiana redakcji art. 96 ust. 1 oraz art. 97 ust. 1 mogłaby polegać na dodaniu słów: „posłanek” i „senatorek”. Po zmianie przepisy te brzmiałyby następująco: „Sejm składa się łącznie z 460 posłanek i posłów” oraz „Senat składa się łącznie z 100 senatorek i senatorów”²⁶. Wybierając strategię feminizacji, należałoby konsekwentnie zmienić brzmienie art. 100 ust. 1 i 2 („Posłanki i posłowie są przedstawicielami Narodu. Nie wiążą ich instrukcje wyborców. Przed rozpoczęciem sprawowania mandatu posłanki i posłowie składają przed Sejmem następujące ślubowanie”), a także art. 118 ust. 1 („Inicjatywa ustawodawcza przysługuje posłankom i posłom, Senatowi, Prezydentowi Rzeczypospolitej i Radzie Ministrów”). Poza tym słowa „mandat posła” w art. 100 ust. 2 należałoby zamienić na „mandat poselski”, który to termin występuje w art. 100 ust. 4. W ten sposób art. 100 Konstytucji stałby się nie tylko neutralny dla płci, ale też spójny językowo. Dużo bardziej złożona wydaje się natomiast zmiana redakcji art. 100 ust. 1, który w obecnym brzmieniu stanowi: „Kandydatów na posłów i senatorów mogą zgłaszać partie polityczne oraz wyborcy”. Można rozważyć następującą zmianę: „Kandydatki i kandydaci do sprawowania mandatu poselskiego i senatorskiego mogą zostać zgłoszeni przez partie polityczne oraz osoby posiadające czynne prawo wyborcze”²⁷.

Natomiast w przypadku przepisów dotyczących wyboru Prezydenta RP warto rozważyć połączenie strategii feminizacji i neutralizacji w następującym ujęciu: „Art. 127. 1. Prezydent Rzeczypospolitej jest wybierany przez Naród w wyborach powszechnych, równych, bezpośrednich i w głosowaniu tajnym. 2. Prezydent Rzeczypospolitej jest wybierany na pięcioletnią kadencję i może być ponownie wybrany tylko raz. 3. Na Prezydenta Rzeczypospolitej może być wybrana osoba posiadająca obywatelstwo polskie, która najpóźniej w dniu wyborów kończy 35 lat i korzysta z pełni praw wyborczych do Sejmu. Kandydatkę lub kandydata zgłasza co najmniej 100 000 obywaterek i obywateli mających prawo wybierania do Sejmu. 4. Na Prezydenta Rzeczypospolitej wybrana zostaje osoba, która otrzymała więcej niż połowę ważnie oddanych głosów. Jeżeli żadna osoba

²⁵ Neutralizacja języka Konstytucji wychodzi naprzeciw oczekiwaniom osób niebinarnych. Jednak omówienie relacji między językiem Konstytucji a płcią z perspektywy praw osób LGBTQ+ wychodzi poza zakres tego artykułu.

²⁶ Dla porównania, przyjmując strategię neutralizacji, należałoby nadać tym przepisom następujące brzmienie: „Sejm składa się z 460 osób wykonujących mandat poselski” i „Senat składa się ze 100 osób wykonujących mandat senatorski”.

²⁷ Stosując tę samą strategię feminizacji, art. 185 Konstytucji otrzymałby następujące brzmienie: „Urząd Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego sprawuje osoba powołana przez Prezydenta Rzeczypospolitej na sześcioletnią kadencję spośród kandydatek i kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego”.

nie uzyska wymaganej większości, czternastego dnia po pierwszym głosowaniu przeprowadza się ponowne głosowanie. 5. W ponownym głosowaniu wyboru dokonuje się spośród dwóch osób, które w pierwszym głosowaniu otrzymały kolejno największą liczbę głosów. Jeżeli którakolwiek z tych dwóch osób wycofa zgodę na kandydowanie, utraci prawo wyborcze lub umrze, w jej miejsce do wyborów w ponownym głosowaniu dopuszcza się osobę, która otrzymała kolejno największą liczbę głosów w pierwszym głosowaniu. W takim przypadku datę ponownego głosowania odracza się o dalszych 14 dni. 6. Na Prezydenta Rzeczypospolitej wybrana zostaje osoba, która w ponownym głosowaniu otrzymała więcej głosów. 7. Zasady i tryb zgłaszania osób kandydujących i przeprowadzania wyborów oraz warunki ważności wyboru Prezydenta Rzeczypospolitej określa ustawa”.

Należy podkreślić, że nazwy organów konstytucyjnych, takich jak Prezydent, Rada Ministrów, minister, wojewoda czy sędzia są głęboko zakorzenione w historii polskiej państwowości. Dlatego też ich zmiana oznaczałaby zmianę długoletniej tradycji, a także uruchomienie procedury zmiany konstytucji określonej w art. 235 Konstytucji. Należy jednocześnie zaznaczyć, że są to nazwy generyczne, czyli nazwy odnoszące się do wszystkich osób piastujących urzędy, niezależnie od płci. W tym przypadku prawo do stosowania nazw żeńskich należy przyznać mówiącym, zwłaszcza tym, których to dotyczy²⁸. Ich feminizacja mogłaby zatem polegać na użyciu właściwych form gramatycznych wyrazów, które towarzyszą nazwom pełniących urzędów: „ta minister”, „ta wojewoda” czy „ta sędzia” lub zastosowaniu żeńskich nazw²⁹.

Przykład przepisów, które stosują męskie nazwy zawodów, ale pozostają wrażliwe na zmiany społeczne (np. udział mężczyzn w wychowywaniu dzieci), a także obiektywne biologiczne różnice między kobietami i mężczyznami, można odnaleźć w ustawie z 11.03.2022 r. o obronie Ojczyzny. Artykuł 284 ust. 1 zawiera ogólną normę uprawniającą „żołnierza zawodowego” do urlopu macierzyńskiego, urlopu na warunkach urlopu macierzyńskiego, urlopu ojcowskiego oraz urlopu rodzicielskiego na zasadach i w wymiarze określonych w kodeksie pracy. Natomiast art. 284 ust. 2 skierowany jest do „żołnierza zawodowego – kobiety będącej w ciąży lub karmiącej dziecko piersią”, ustanawiając dla nich szczególne zasady pełnienia służby. Podobnie art. 284 ust. 3 uprawnia „żołnierza zawodowego – kobietę karmiącą dziecko piersią” do przerw na karmienie. Ustawa nie stosuje jednak rozróżnienia na kobiety i mężczyzn w odniesieniu do żołnierzy zawodowych opiekujących się dzieckiem do lat 4. Stosując męską nazwę jako nazwę generyczną, przepis ten sugeruje jednak możliwość istnienia małżeństw homoseksualnych, stanowiąc o „żołnierzu pozostającym w związku małżeńskim z innym żołnierzem” (art. 284 ust. 4). Można tu mówić o (zapewne) niechcianych skutkach ubocznych maskulinizacji języka prawnego.

²⁸ Propozycja ta wpisuje się w stanowisko Rady Języka Polskiego z 28.11.2019 r. – zob. A. Latos, *Feminatywy w stanowiskach Rady Języka Polskiego. Język a ewolucja normy społecznej*, *Postscriptum Polonistyczne* 2020, nr 26, s. 227–242.

²⁹ M. Łaziński, *O panach i paniach. Polskie rzeczowniki tytułowe i ich asymetria rodzajowo-płciowa*, Warszawa 2006.

3. *Konstytucyjna ochrona kobiet czy ochrona konstytucyjnych praw kobiet?* Problem asymetrii rodzajowej w Konstytucji wydaje się jednak drugorzędny wobec kluczowego problemu, przed którym stoją organy stosujące jej przepisy, a więc przede wszystkim ustawodawca, a także Trybunał Konstytucyjny oraz sądy. Problem ten dotyczy znalezienia równowagi między potrzebą ochrony jednostki a zagwarantowaniem jej swobody wyboru, czyli wolności. W Konstytucji widoczne jest napięcie między przepisami przewidującymi szczególną ochronę kobiet, a zwłaszcza kobiet w ciąży czy matek przed urodzeniem i po urodzeniu dziecka, a zasadami ogólnymi wyrażonymi w rozdziale II, czyli godnością, wolnością i równością, oraz ich szczegółowym rozwinięciem w dalszych przepisach tego rozdziału. Przed organami stosującymi Konstytucję stoi więc pytanie, w jakich okolicznościach należy chronić kobiety nawet kosztem ograniczenia ich wolności, a także jakie wybrać do tego celu środki. W każdym takim przypadku istnieje ryzyko wprowadzenia ingerencji, która czyni z kobiet przedmiot polityki państwa, a nie podmiot praw i wolności. Jeżeli podobna ingerencja nie dotyczy mężczyzn, polityka ta jest przykładem nie tylko paternalizmu, ale i patriarchalizmu³⁰.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego znajdziemy wiele judykatów, w których TK wyraża pogląd o słabszej pozycji kobiet wobec mężczyzn³¹. Jest to punkt wyjścia do oceny przepisów, które traktują kobiety i mężczyzn według innej miary. W sprawie dotyczącej rozwiązania stosunku pracy urzędnika służby cywilnej – kobiety, bez jej zgody, wcześniej niż rozwiązania stosunku pracy z urzędnikiem służby cywilnej – mężczyzną, Trybunał uznał, że „istnieje konstytucyjne uzasadnienie dla wprowadzania regulacji nadających kobiecie pewne przywileje w porównaniu z mężczyzną (...) ponieważ w rzeczywistości społecznej kobieta zajmuje z reguły pozycję słabszą (co jest m.in. wynikiem szczególnej roli kobiety w zakresie macierzyństwa i wychowania dzieci)”³². Orzecznictwo konstytucyjne dopuszcza zatem wprowadzenie tzw. uprzywilejowania wyrównawczego, które ma na celu zmniejszenie nierówności faktycznie występujących w życiu społecznym między kobietami a mężczyznami³³.

Jednak w każdym przypadku nierównego potraktowania kobiet i mężczyzn w ustawie należy zadać pytanie, czy badane przepisy niwelują istniejące nierówności społeczne czy też może je pogłębiają. Problem z uprzywilejowaniem wyrównawczym jest bowiem taki, że skutki działań wyrównujących mogą w rzeczywistości okazać się niekorzystne dla grupy, którą mają wspierać. Towarzyszy im błąd esencjonalizmu, czyli uogólnień, które opierają się na stereotypowym wyobrażeniu o danej kategorii podmiotów, a zatem nie uwzględniają

³⁰ J.S. Mill, *The Subjection of Women*, London 1986, rozdział I.

³¹ Zob. H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 241–262.

³² Orzeczenie TK z 29.09.1997 r., K 15/97, OTK 1997, nr 3–4, poz. 37.

³³ Zob. M. Ziółkowski, *Uprzywilejowanie wyrównawcze – analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2016, nr 4, s. 98–106; M. Ziółkowski, *Zasada równości kobiet i mężczyzn – analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2016, nr 2, s. 96–111; E. Łętowska, *W sprawie konstytucyjnego równouprawnienia kobiet*, [w:] *Konstytucja. Rząd. Parlament. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Ciemniewskiego*, red. P. Radziejewicz, J. Wawrzyniak, Warszawa 2014, s. 167–176.

istnienia takiej grupy podmiotów w danej kategorii, która nie utożsamia się z wyobrażeniem o tej kategorii³⁴. Przyjęcie poglądu o słabszej społecznie pozycji kobiet opiera się na stereotypie płci nie tylko determinowanej biologicznie przez macierzyństwo, ale i społecznie przez przypisanie im roli osób wychowujących dzieci. Dlatego też powtarzanie poglądu o „słabszej płci” utrwała ten obraz rzeczywistości, a także społeczne przekonania o roli kobiet i mężczyzn. Jednocześnie brak uprzywilejowań wyrównawczych dla kobiet może faktycznie trwale uniemożliwić im dostęp do pewnych zawodów czy funkcji, a także awans zawodowy, oraz utrudnić pełnienie roli rodzica, a nawet podjęcie świadomej decyzji o macierzyństwie.

Trybunał Konstytucyjny przyjął właściwą strategię, aby każdy przypadek uprzywilejowania wyrównawczego oceniać indywidualnie, badając przede wszystkim jego uzasadnienie w świetle kryteriów dopuszczalnego różnicowania podmiotów podobnych³⁵. Co do zasady, Trybunał oceniał pozytywnie rozwiązania, które pozostawiały decyzję co do ich zastosowania kobiecie. Krytycznie odnosił się natomiast do rozwiązań obowiązkowych lub zależnych od woli osób trzecich (np. pracodawcy w sprawach dotyczących wcześniejszych emerytur nauczycielek oraz urzędniczek służby cywilnej³⁶). Poza tym Trybunał uznał, że dopuszczalność różnicowania praw lub obowiązków kobiet i mężczyzn zależy od tego, czy różnicowanie pozostaje w bezpośrednim i koniecznym związku z cechami różnicującymi, którymi najczęściej są różnice biologiczne między płciami³⁷. Jak zauważył Trybunał: „Tego typu relewantność występuje w odniesieniu do szeregu takich zawodów i zatrudnień, w których biologiczne różnice między płciami bezpośrednio rzutują na możliwość wykonywania danej pracy przez kobiety i tempo ich «zużywania się» w takiej pracy. Występuje to np. w odniesieniu do prac górniczych (...) Jeżeli zaś chodzi o prace umysłowe, których warunkiem – poza niezbędnymi kwalifikacjami – jest w istocie sprawność intelektualna, to argumenty takie musiałyby dawać podstawy do uznania, że sprawność umysłowa kobiet «wygasa» wcześniej niż mężczyzn (tak – w kontekście wieku emerytalnego nauczycieli – wyrok w powołanej sprawie o sygn. K. 27/99)”. Trybunał zauważył też, że: „Nałożenie na kobiety takich obowiązków i ograniczeń, których adresatami nie są jednocześnie mężczyźni, musi być zawsze oceniane z punktu widzenia zasady równości”³⁸. Ostatecznym zatem pytaniem jest to, czy dane

³⁴ L.M. Dziubinski, A.B. Diehl, *The Problem of Gender Essentialism and its Implications for Women in Leadership*, *Journal of Leadership Studies* 2018, nr 12, s. 56–61.

³⁵ Zob. sprawy dotyczące przechodzenia na wcześniejszą emeryturę kobiet – orzeczenie TK z 24.09.1991 r., Kw 5/91, OTK 1991, nr 1, poz. 5 (ws. nauczycielek akademickich); orzeczenie TK z 29.09.1997 r., K 15/97 (ws. urzędniczek służby cywilnej); wyroki TK: z 28.03.2000 r., K 27/99, OTK 2000, nr 2, poz. 62 (ws. nauczycielek mianowanych); z 13.06.2000 r., K 15/99, OTK 2000, nr 5, poz. 137 (ws. kierowniczek aptek); z 5.12.2000 r., K 35/99, OTK 2000, nr 8, poz. 295 (ws. urzędniczek urzędów państwowych i samorządowych); z 11.12.2008 r., K 33/07, OTK-A 2008, nr 10, poz. 177 (ws. pracowniczek NIK).

³⁶ Orzeczenie TK z 29.09.1997 r., K 15/97; wyrok TK z 28.03.2000 r., K 27/99.

³⁷ Orzeczenie TK z 24.10.1989 r., K 6/89, OTK 1989, poz. 7.

³⁸ Wyrok TK z 11.12.2008 r., K 33/07.

zróznicowanie faktycznie eliminuje występujące nierówności między kobietami i mężczyznami w życiu społecznym, czy też je pogłębia³⁹.

W tym kontekście pojawiają się jednak wątpliwości dotyczącego tego, jak – w jakim zakresie oraz jakimi metodami – ustawodawca czy też Trybunał Konstytucyjny mogą ocenić, czy dane zróznicowanie, a zatem regulacja traktująca kobiety i mężczyzn jako podmioty różne, niweluje czy pogłębia istniejące nierówności. Wątpliwości te dotyczą wieloaspektowej oceny skutków danej regulacji przez ustawodawcę, a także możliwości weryfikacji tej oceny przez Trybunał Konstytucyjny. W przypadku ustawowego określenia wieku emerytalnego niższego dla kobiet, a wyższego dla mężczyzn problem nie dotyczy przecież różnic biologicznych, tylko wypełnianych ról społecznych, których elementem jest nałożenie na kobiety obowiązku wychowywania dzieci oraz opieki nad osobami starszymi wobec braku rozwiązań instytucjonalnych lub ich niedostępności⁴⁰. Potwierdza to wyrok dotyczący zrównania wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn, w którym Trybunał twierdził: „Wobec zachodzących zmian w sytuacji kobiet w rodzinie i społeczeństwie, zmiany modelu rodziny na partnerski, zwiększenia się liczby samotnych kobiet, niemających materialnego oparcia w rodzinie, oraz liczby kobiet zainteresowanych dłuższą aktywnością zawodową, ustawodawca ma powinność wycofywania uprzywilejowania wyrównawczego”⁴¹. Kluczowe w tym judykacie jest jednak uznanie, że dopuszczalność wprowadzenia uprzywilejowania wyrównawczego nie oznacza zakazu wycofania się z niego, gdy wymagają tego zmiany społeczne⁴².

Jednocześnie w kontekście gwarancji praw socjalnych należy zastanowić się nad tym, czy (a jeżeli tak, to w jakich okolicznościach) zrównanie praw kobiet i mężczyzn odbiera kobietom wolność wyboru. Argument ten rozwija sędzia Cieślak, który zauważa: „Wydłużając wiek emerytalny, ustawodawca ogranicza tak rozumianą wolność człowieka, gdyż zmusza go do kontynuowania zatrudnienia kosztem czasu, który u schyłku swojego życia mógłby poświęcić rodzinie. Ta okoliczność ma istotne znaczenie w społeczeństwie polskim, w którym dominuje tradycyjny model rodziny wielopokoleniowej. W ramach tego modelu kobiety często przejmują funkcje opiekuńcze i pielęgnacyjne względem starszych członków rodziny, wnuków czy osób niepełnosprawnych i niesamodzielnych. Powszechnie bowiem wiadomo, że w Polsce istnieje niedostatecznie rozwinięty system instytucjonalnej opieki nad dziećmi, osobami starszymi i niepełnosprawnymi, co powoduje, że obowiązki w tym zakresie realizują członkowie rodziny, a w szczególności kobiety. Podwyższenie wieku emerytalnego kobiet oraz zrównanie go z wiekiem emerytalnym mężczyzn burzy

³⁹ Orzeczenie TK z 3.03.1987 r., P 2/87, OTK 1987, poz. 2 – TK stwierdził, że „wszelkie działania, których efektem jest ograniczanie równości płci – są nie do przyjęcia (...) Na potrzebę uatrakcyjnienia zawodu chirurga nie jest w świetle Konstytucji dopuszczalny podział kandydatów na studia według kryterium płci, jeśli prowadzi to do stawiania różnych wymagań w kwestii dostępu na studia wyższe.

⁴⁰ Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07, OTK-A 2010, nr 6, poz. 60 (zwłaszcza zdania odrębne sędzi T. Liszcz oraz sędzi E. Łętowskiej); postanowienie TK z 15.07.2010 r., S 2/10, OTK-A 2010, nr 6, poz. 65.

⁴¹ Wyrok TK z 7.05.2014 r., K 43/12, OTK-A 2014, nr 5, poz. 50.

⁴² Wyrok TK z 7.05.2014 r., K 43/12.

ten tradycyjny model rodziny, a kobiecie odbiera wolność decydowania o roli, jaką w rodzinie tej będzie pełnić (...) Uważam zatem, że wydłużając wiek emerytalny, ustawodawca powinien uwzględniać realia polskiej rzeczywistości, a nie powielać rozwiązania, które może i z powodzeniem funkcjonują, ale w społeczeństwach zupełnie różnych od społeczeństwa polskiego”⁴³. Natomiast Trybunał przyznaje, że „kryterium płci jako kryterium zróżnicowania wieku emerytalnego, a w konsekwencji nabycia uprawnień emerytalnych, może być uznane za kryterium dyskusyjne, nie uwzględnia bowiem tego, że kobiety nie pełnią jednakowych ról społecznych (np. nie wszystkie są obciążone obowiązkami z tytułu rodzicielstwa i macierzyństwa)”⁴⁴. Zatem zmiany w strukturze społecznej oraz pełnionych rolach kobiet i mężczyzn mogą powodować, że konieczne będzie dopasowanie rozwiązań instytucjonalnych do tych zmian, m.in. przez zrównanie wieku emerytalnego⁴⁵. Pozostaje pytanie, jak ocenić, kiedy nastąpił ten moment, oraz jakie rozwiązania instytucjonalne (oraz jakie środki przejściowe) są optymalne⁴⁶.

4. *Tożsami, podobni czy różni?* W orzecznictwie konstytucyjnym możemy odnaleźć następujące ujęcia praw kobiet i mężczyzn jako podmiotów ochrony.

Po pierwsze, są to sprawy, w których kobiety i mężczyźni są uznani za podmioty tożsame i traktowani według tej samej miary. Przykładem takich spraw są wyroki: a) zrównujące prawa ojców z prawami matek w zakresie możliwości nabycia wcześniejszej emerytury pracowników opiekujących się dziećmi wymagającymi stałej opieki⁴⁷. Trybunał w sprawie P 9/98 uznał, że badane przepisy wprowadzają nierówność w prawach i obowiązkach rodziców dziecka, ponieważ opierają się na założeniu, że ojcowie sprawują opiekę nad dzieckiem tylko wtedy, kiedy matka jest do tego niezdolna lub nie żyje; b) nakazujące zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec kobiet w ciąży, jeżeli ich stan zdrowia nie wymaga umieszczenia w zakładzie leczniczym⁴⁸. W sprawie tej Trybunał orzekł, że

⁴³ Wyrok TK z 7.05.2014 r., K 43/12.

⁴⁴ Wyrok TK z 7.05.2014 r., K 43/12.

⁴⁵ Zob. postanowienie TK z 15.07.2010 r., S 2/10 – Trybunał zasygnalizował Sejmowi potrzebę podjęcia działań ustawodawczych zmierzających do stopniowego zrównywania wieku emerytalnego kobiet i mężczyzn.

⁴⁶ Zob. wyrok TK z 7.05.2014 r., K 43/12 (zdanie odrębne sędziego M. Zubika).

⁴⁷ Wyrok TK z 6.07.1999 r., P 8/98, OTK 1999, nr 5, poz. 102. W sprawie tej Trybunał zauważył, że „[p]rawodawca, przyznając w § 1 powołanego rozporządzenia Rady Ministrów prawo do wcześniejszej emerytury matce, milcząco założył, że jest ona lepiej dysponowana do sprawowania osobistej opieki nad dzieckiem. Wprowadził w tym względzie swoiste domniemanie oparte na tradycyjnym modelu rodziny, uzależniając w § 2 rozporządzenia przyznanie prawa do wcześniejszej emerytury ojcu od spełnienia jednej z przesłanek, ściśle związanych z osobą matki i uniemożliwiających jej sprawowanie osobistej opieki nad dzieckiem. Wymienione w tym przepisie przypadki śmierci matki dziecka lub pozbawienia jej władzy rodzicielskiej z przyczyn oczywistych przesądzają, iż obowiązek osobistej pieczy nad dzieckiem spoczywa wówczas na ojcu (innej osobie, o której mowa w § 2 pkt 2 rozporządzenia)”. Zob. też wyrok TK z 4.01.2000 r., K 18/99, OTK 2000, poz. 1.

⁴⁸ Wyrok TK z 22.07.2008 r., K 24/07, OTK-A 2008, nr 6, poz. 110.

ciąża nie warunkuje automatycznie odstąpienia od zastosowania tymczasowego aresztowania oraz umieszczenia w zakładzie leczniczym⁴⁹.

Po drugie, są to sprawy, w których kobiety i mężczyźni, z powodu uwzględnienia różnej roli biologicznej i społecznej kobiet i mężczyzn, są uznani za podmioty podobne i traktowani odpowiednio (lecz nie tak samo). Przykładem takich spraw są wyroki: a) nakazujące umożliwienie mężczyznom nabycia wcześniejszej emerytury odpowiednio jak kobiety. W sprawie dotyczącej warunków nabycia wcześniejszej emerytury Trybunał uznał, że art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy z 17.12.1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych „w zakresie, w jakim nie przyznaje prawa do emerytury w obniżonym wieku emerytalnym mężczyźnie, który – odpowiednio jak kobieta, która nabywa to prawo po osiągnięciu wieku 55 lat i co najmniej 30-letniego okresu składkowego i nieskładkowego – osiągnął wiek 60 lat i co najmniej 35-letni okres składkowy i nieskładkowy, jest niezgodny z art. 32 i art. 33 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”⁵⁰; b) nakazujące umożliwienie kobietom, które skorzystały z urlopu macierzyńskiego, nabycia prawa do dodatkowego wynagrodzenia na podobnych zasadach jak inni pracownicy państwowej strefy budżetowej⁵¹. W sprawie P 59/11 Trybunał uznał, że przepis, który określa katalog wyjątków od zasady efektywnego wykonywania pracy w okresie co najmniej 6 miesięcy w danym roku kalendarzowym, jako warunku uzyskania dodatkowego wygrozdzenia rocznego, jest niepełny, ponieważ pomija kobiety korzystające z urlopu macierzyńskiego. Tym samym ustawodawca niewłaściwie zrealizował obowiązek zapewnienia szczególnej pomocy władz publicznych matkom po urodzeniu dziecka. W ocenie Trybunału ustalenie okresu przepracowanego w danym roku nie powinno pomijać urlopu macierzyńskiego jako warunku nabycia tzw. trzynastki pracowników sfery budżetowej. Stąd też TK orzekł niezgodność art. 2 ust. 3 ustawy z 12.12.1997 r. o dodatkowym wynagrodzeniu rocznym dla pracowników jednostek sfery budżetowej z art. 32 ust. 1 w związku z art. 71 ust 2 Konstytucji.

Po trzecie, są to sprawy, w których kobiety i mężczyźni, z powodu uwzględnienia różnic biologicznych i społecznych, nie mogą być traktowani według tej samej miary. Przykładami takich spraw są orzeczenia: a) nakazujące uprzywilejowanie kobiet w zakresie warunków nabycia prawa do zaopatrzenia emerytalnego górników i ich rodzin⁵². W ocenie Trybunału nałożenie na kobiety tego samego warunku przepracowania 25 lat w pracy górniczej stanowi naruszenie zasady równości płci; b) zezwalające na uprzywilejowanie kobiet w zakresie warunków nabycia prawa do zaopatrzenia emerytalnego (np. w zakresie wieku emerytalnego). Sprawy te dotyczą zatem wprowadzenia uprzywilejowania wyrównawczego, które co do zasady ma mieć charakter przejściowy (aż do istotnego wyrównania różnic społecznych)⁵³. Cel tej instytucji różni się zatem od

⁴⁹ W tej sprawie wzorcem kontroli były jednak art. 18 i art. 68 ust 3, a nie zasada równości.

⁵⁰ Wyrok TK z 24.10.2007 r., P 10/07, OTK-A 2007, nr 9, poz. 107.

⁵¹ Wyrok TK z 9.07.2012 r., P 59/11, OTK-A 2012, nr 7, poz. 76.

⁵² Orzeczenie TK z 24.10.1989 r., K 6/89.

⁵³ Wyroki TK: z 11.12.2008 r., K 33/07; z 7.05.2014 r., K 43/12.

innych dopuszczalnych odstępstw od zasady równego traktowania na podstawie art. 32 ust. 1 Konstytucji, które mogą mieć charakter trwały.

Z powyższego zestawienia wynika, że kobiety i mężczyźni jako podmioty ochrony są tożsami, podobni, a czasem różni, przy czym ich różne traktowanie jest nie tylko uzasadniane obiektywnymi różnicami biologicznymi (jak ciąża). Dużo częściej ustawodawca, a także Trybunał Konstytucyjny przyjmują bowiem dominujące rozumienie ról społecznych przypisywanych kobietom i mężczyznom, by na tej podstawie dokonywać oceny płci jako cechy relewantnej.

Wskazane sprawy najczęściej dotyczą kobiet i mężczyzn jako podmiotów praw socjalnych. Pozostają one w sprzeczności ze sprawami, w których Trybunał wyraźnie odmawia kobietom ochrony ich praw osobistych. Przykładami takich spraw są orzeczenia: a) odmawiające kobietom prawa podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży ze względu na ciężkie warunki życiowe lub trudną sytuację osobistą⁵⁴. Trybunał przyjął, że prawna ochrona życia przysługuje od momentu poczęcia bez względu na stadium jego rozwoju. Ciężkie warunki życiowe lub trudna sytuacja osobista jako przesłanki dopuszczalnej aborcji były natomiast w ocenie TK na tyle nieostre i subiektywne, że nie można uznać ich za wartości konstytucyjne, które można przeciwstawić wartości życia ludzkiego⁵⁵; b) uznające prawo lekarzy do odmowy świadczenia zdrowotnego innego niż w przypadkach niecierpiących zwłoki⁵⁶. W sprawie K 12/14 Trybunał orzekł, że w przypadkach, gdy nie jest zagrożone życie lub zdrowie pacjenta, brak jest konstytucyjnego uzasadnienia dla ograniczenia wolności sumienia lekarzy. Podkreślił przy tym konieczność podmiotowego traktowania lekarzy, odmawiając „pacjentom”, czyli kobietom, nawet prawa do uzyskania od danego lekarza informacji o tym, u jakiego innego lekarza lub w jakim innym zakładzie leczniczym istnieje realna możliwość uzyskania takiego świadczenia⁵⁷; c) odmawiające kobietom prawa podjęcia decyzji o przerwaniu ciąży ze względu na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu⁵⁸. W sprawie K 1/20 Trybunał ponownie podkreślił podmiotowość prawną dziecka w okresie prenatalnym. Przyjął też, że nawet duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu nie jest podstawą do

⁵⁴ Orzeczenie TK z 28.05.1997 r., K 26/96.

⁵⁵ W odniesieniu do wskazanych przesłanek TK stwierdził, że „próby definiowania tego terminu mogą prowadzić wyłącznie do stwierdzenia, iż chodzi w nim o ogólnie określone ograniczenie w zakresie praw i wolności kobiety ciężarnej. Brak wszakże możliwości skonkretyzowania, o jakie prawa i wolności chodzi, jest konsekwencją nieokreśloności użytego przez ustawodawcę terminu”.

⁵⁶ Wyrok TK z 7.10.2015 r., K 12/14, OTK-A 2015, nr 9, poz. 143.

⁵⁷ TK orzekł, że w badanym przepisie „ustawodawca posłużył się niedookreślonym sformułowaniem, które – będąc instrumentem ograniczenia wolności sumienia – uniemożliwia identyfikację wartości chronionej; na poziomie normatywnym nie pozwala na jednoznaczne określenie sytuacji, gdy lekarz może odmówić świadczenia, ale przede wszystkim – nakłada na niego obowiązek działania wbrew sumieniu także w przypadkach, gdy żadne prawa konstytucyjne nie uzasadniają poświęcenia przysługującej mu wolności” (pkt 168).

⁵⁸ Wyrok TK z 22.10.2020 r., K 1/20, OTK-A 2021, poz. 4.

automatycznego domniemania naruszenia dobrostanu kobiety ciężarnej. W ocenie TK w badanym przepisie „zabrakło odniesienia do mierzalnych kryteriów naruszenia dobra matki uzasadniających przerwanie ciąży, czyli takiej sytuacji, w której nie można byłoby od niej prawnie wymagać poświęcenia danego dobra prawnego”⁵⁹.

Powyższe trzy orzeczenia nie tylko odmawiają kobietom statusu podmiotu praw, w szczególności ochrony ich prywatności, ale przede wszystkim zdolności dokonywania dojrzałych czy świadomych wyborów oraz obciążają je odpowiedzialnością za życie poczęte bez względu na okoliczności jego poczęcia czy potencjał do rozwoju poza organizmem kobiety.

5. *Podsumowanie: gender a Konstytucja.* Konstytucja odnosi się do kobiet w kontekście małżeństwa oraz macierzyństwa, a także równych praw w życiu rodzinnym, politycznym, społecznym i gospodarczym. Trudno więc zgodzić się ze stanowiskiem, że przyjęta koncepcja płci jest zdeterminowana biologicznie. Taka koncepcja płci kłóci się bowiem z zasadami ogólnymi wyrażonymi w rozdziale II, a więc godnością, wolnością oraz równością. Jedyną spójną konstrukcją płci na gruncie Konstytucji jest uznanie, że kobiety i mężczyźni są równymi podmiotami praw i wolności bez względu na ich wybory dotyczące życia osobistego, rodzinnego czy zawodowego. Biorąc poważnie zasadę ochrony godności ludzkiej, wolności oraz równości, Konstytucja powinna zatem w taki sam sposób chronić kobiety, które nie decydują się zostać matkami, jak i te, które rezygnują z pracy zawodowej, aby poświęcić się rodzinie, a także mężczyzn, którzy pragną przejąć obowiązki związane z wychowaniem dzieci czy opieką nad osobami starszymi. Należy wyraźnie podkreślić, że dotychczasowe orzecznictwo konstytucyjne nie przypisuje kobietom określonych ról społecznych, poza obowiązkiem ochrony życia w przypadku jego poczęcia.

W tym kontekście pojawia się więc pytanie o konieczność stworzenia takich rozwiązań instytucjonalnych oraz szeroko rozumianych warunków społecznych i kulturowych, w których kobiety i mężczyźni są nie tylko formalnie równi w swoich prawach, ale zarazem wolni do podejmowania i realizowania swoich wyborów dotyczących życia rodzinnego, zawodowego, społecznego czy publicznego (politycznego). Jednym z takich warunków jest niewątpliwie promocja równości płci, adresowana już do możliwie najmłodszych osób⁶⁰. Zatem treści, które stereotypowo postrzegają role kobiety i mężczyzny, dzielą zawody na męskie i kobiece czy przypisują kobietom odpowiedzialność za opiekę nad domem i dziećmi, powinny być likwidowane na wszystkich szczeblach edukacji⁶¹.

Sprzeciw wobec promowania „ideologii gender” przez Konwencję stambulską należy więc ocenić jako strategię czysto polityczną (populistyczną). Użycie terminu płci społeczno-kulturowej w Konwencji stambulskiej jest ściśle

⁵⁹ Wyrok TK z 22.10.2020 r., K 1/20.

⁶⁰ Sprawozdanie wyjaśniające do Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (dalej jako Konwencja stambulska), Council of Europe Treaty Series – No. 210 (w części dotyczącej art. 14).

⁶¹ N. Buchowska, K. Sękowska-Kozłowska, *Gender w podręcznikach (cz. 1)*, 2016, s. 131–132, <https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/23643/1/Gender-w-podr%C4%99cznikach.-Raport-Tom-1.pdf> (dostęp: 7.10.2022 r.).

związane z jej celem, jakim jest ochrona ofiar przed przemocą zadawaną im ze względu na panujące w danym społeczeństwie przekonanie o hierarchii płci, a także związane z nią przyzwolenie na przemoc. Dlatego też celem Konwencji nie jest ochrona kobiet czy mężczyzn w tradycyjnym – biologicznym rozumieniu płci, ale osób, które doświadczają przemocy ze względu na panujące normy kulturowe i (patologiczne) społeczne⁶².

O ile zatem ustrojodawca przyjął założenie o binarności płci, co wynika z art. 18 czy art. 33 Konstytucji, o tyle trudno doszukać się w jej tekście przepisów potwierdzających prymat koncepcji płci biologicznej nad społeczną, czy tym bardziej założenie o komplementarnej roli kobiet i mężczyzn⁶³. Jednocześnie sam tekst Konstytucji nie wyklucza interpretacji otwartej na zmiany społeczne. Przykładowo, art. 34 ust. 1 stanowi, że: „Obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi”, a w świetle art. 48 ust. 1 „rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami”. W literalnej wykładni pojęcia „rodzice” rodzicami dziecka mogą być osoby dowolnej płci oraz w dowolnej liczbie. Czas pokaże, czy i kiedy podmioty stosujące Konstytucję zauważą konieczność uwzględnienia zmian społecznych oraz społecznej konstrukcji płci⁶⁴.

Women and gender in the Polish Constitution

The article explores the status of women as subjects of rights in the Polish Constitution. The first part is devoted to the language of the constitution, which excludes women from the definition of the Nation and rights guarantees. Although the Constitution uses generic forms, which refer to both men and women, its gender asymmetry is glaring. The second part proposes editorial changes to some provisions involving the use of gender fair language. The third part analyses the tension between the protection of women’s rights and the protection of women, as well as the statements of the Constitutional Tribunal that perpetuate gender stereotypes. The fourth part compiles rulings that treat women and men as same, similar and different subjects, and rulings that strip women of their status as subjects of rights. The article concludes with remarks on the compatibility of the Constitution with the concept of ‘gender’.

⁶² B. Grabowska-Moroz, A. Śledzińska-Simon, *Uwagi na temat zgodności Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z Konstytucją RP*, PiP 2015, nr 5, s. 36–60.

⁶³ Pogląd taki stał się podstawą wniosku Prezesa Rady Ministrów z 30.07.2020 r. o zbadanie zgodności z Konstytucją ratyfikowanej umowy międzynarodowej, jaką jest Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (K 11/20, sprawa w toku). Zob. też obywatelski projekt ustawy „Tak dla rodziny, nie dla gender” (druk 915).

⁶⁴ B. Havelková, *The struggle for social constructivism in postsocialist Central and Eastern Europe*, *International Journal of Constitutional Law* 2020, nr 18, s. 434–440.

Słowa kluczowe: język Konstytucji, prawa kobiet, ochrona kobiet, równość płci, Trybunał Konstytucyjny, płęć społeczno-kulturowa

Keywords: language of the constitution, women's rights, protection of women, gender equality, Constitutional Tribunal, gender

Bibliografia

- Albert R., Kenney D., *The Challenges of Constitutional Silence: Doctrine, Theory, and Application*, International Journal of Constitutional Law 2018, nr 18
- Bojarska K., *Wpływ androcentrycznych i inkluzywnych płciowo konstrukcji językowych na skojarzenia z płcią*, Studia Psychologiczne 2011, nr 49
- Cameron D., *Language and gender: Mainstreaming and the persistence of patriarchy*, International Journal of the Sociology of Language 2020, nr 263
- Chruściak R., Osiatyński W., *Tworzenie konstytucji w latach 1989–1997*, Warszawa 2001
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015
- Dziubinski L.M., Diehl A.B., *The Problem of Gender Essentialism and its Implications for Women in Leadership*, Journal of Leadership Studies 2018, nr 12
- Grabowska-Moroz B., Ślędzińska-Simon A., *Uwagi na temat zgodności Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z Konstytucją RP*, PiP 2015, nr 5
- Graff A., *Świat bez kobiet. Płęć w polskim życiu politycznym*, Warszawa 2021
- Hall K., Bucholtz M. (red.), *Gender articulated: language and the socially constructed self*, New York 1995
- Havelková B., *The struggle for social constructivism in postsocialist Central and Eastern Europe*, International Journal of Constitutional Law 2020, nr 18
- Hall K., Bucholtz M. (red.), *Gender articulated: language and the socially constructed self*, New York 1995
- Latos A., *Feminity w stanowiskach Rady Jęzika Polskiego. Język a ewolucja normy społecznej*, Postscriptum Polonistyczne 2020, nr 26
- Lermack P., *The constitution is the social contract so it must be a contract ... right? A critique of originalism as interpretive method*, William Mitchell Law Review 2007, nr 33
- Lépinard E., Rubio-Marín R. (red.), *Transforming gender citizenship: the irresistible rise of gender quotas in Europe*, Cambridge 2018
- Loughlin M., *The constitutional imagination*, Modern Law Review 2015, nr 78
- Łaziński M., *O panach i paniach. Polskie rzeczowniki tytułarne i ich asymetria rodzajowo-płciowa*, Warszawa 2006
- Łętowska E., *W sprawie konstytucyjnego równouprawnienia kobiet*, [w:] *Konstytucja. Rząd. Parlament. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Ciemniiewskiego*, red. P. Radzewicz, J. Wawrzyniak, Warszawa 2014

- Mazzucco M., *Articolo determinativo femminile, Prefazione*, [w:] P. Di Nicola, *La Giudice. Una donna in Magistratura*, Roma 2012
- Mill J.S., *The Subjection of Women*, London 1986
- Nowakowska U., *Prawa kobiet w konstytucji*, Warszawa 1995
- Rose L.M., *The Supreme Court and Gender-Neutral Language: Setting the Standard or Lagging Behind?*, *Duke Journal of Gender Law and Policy* 2020, nr 17
- Szesny S., Formanowicz M., Moser F., *Can Gender-Fair Language Reduce Gender Stereotyping and Discrimination?*, *Frontiers in Psychology* 2016, nr 20
- Sękowska-Kozłowska K., *Między obowiązkiem a przyzwoleniem. Środki wyrównawcze na rzecz kobiet jako instrument realizacji praw człowieka*, Warszawa 2021
- Smyczyński T., *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, *PiP* 1997, nr 11–12
- Szpyra-Kozłowska J., *Nianieki, ministra i japonki. Eseje o języku i płci*, Kraków 2021
- Szpyra-Kozłowska J., *O językowej nierówności płci i jej konsekwencjach. Polemika z tezami artykułu Ignacego Nasalskiego pt. „Funkcje i dysfunkcje języka inkluzywnego, ze szczególnym uwzględnieniem asymetrii rodzajowej w języku polskim”*, *Socjolingwistyka* 2021, nr XXXV
- Zaleśny J., *Tworzenie Konstytucji z 1997 roku. Przejaw kooperacji czy rywalizacji elit politycznych*, *Przegląd Sejmowy* 2017, nr 6
- Ziółkowski M., *Uprzywilejowanie wyrównawcze – analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, *PiP* 2016, nr 4
- Ziółkowski M., *Zasada równości kobiet i mężczyzn – analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, *PiP* 2016, nr 2