

KRZYSZTOF ORZESZYNA

NIERACJONALNOŚĆ ARGUMENTU RÓWNOŚCI
WOBEC PRAWA W LOBBINGU
NA RZECZ ZAWIERANIA „MAŁŻEŃSTW”
PRZEZ OSOBY TEJ SAMEJ PŁCI

WPROWADZENIE

Dyskusja dotycząca prawa do zawarcia małżeństwa rozumianego jako związek mężczyzny i kobiety wydaje się bezcelowa z punktu widzenia heteronomiczności małżeństwa, ponieważ prawo do jego zawarcia zostało już zagwarantowane zarówno mężczyznom, jak i kobietom. Każdy może zawrzeć związek małżeński, niezależnie od swojej orientacji seksualnej. Warunki do zawarcia małżeństwa są jednakowe dla wszystkich: nie można poślubić osoby już żonatej czy zamężnej, natomiast można poślubić osobę wolną niebędącą aktualnie w związku, z którą nie ma się bliskich więzów pokrewieństwa, żyjącą, dorosłą, świadomą, ... i różnej płci. Żaden z warunków wymaganych w prawie naturalnym i pozytywnym nie dotyczy orientacji seksualnej, inaczej mówiąc – w dyskusji o prawie do zawarcia małżeństwa należy wyraźnie rozróżnić płć, jako atrybut osoby i jej skłonność seksualną.

Małżeństwo czy rodzicielstwo nie są zarezerwowane dla osób heteroseksualnych. Osoby o skłonnościach homoseksualnych mogą się żenić i wychodzić za mąż, ale z osobami płci przeciwnej. Nie można zatem mówić, że odmawia się im tego prawa.

Orientacja seksualna osób to dane subiektywne, które dotyczą życia prywatnego. Prawo zakazuje uwzględniania orientacji seksualnej pod sankcją narażenia się na zarzut dyskryminacji. Seksualność stanowi część sfery prywatnej, dlatego

Dr hab. KRZYSZTOF ORZESZYNA, prof. KUL/AON – kierownik Katedry Praw Człowieka, Instytut Prawa, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, Al. Raławickie 14, 20-950 Lublin; e-mail: krzysztof.orzeszyna@kul.pl

nie można żądać ustawy, która regulowałaby w szczególny sposób taką czy inną seksualność. Prawo bierze pod uwagę tożsamość seksualną osoby z uwagi na dane, które pozwalają stwierdzić płeć, czyli fakt bycia mężczyzną lub kobietą¹. To płeć wskazuje na różnicę antropologiczną między mężczyzną i kobietą, a nie orientacja homoseksualna czy heteroseksualna. Małżeństwo bazuje na związku płci, który umożliwia ich wzajemne uzupełnianie się w dziedzinie prokreacji². Warunek odmienności seksualnej współmałżonków wymagany przez prawo nie jest wyborem na korzyść heteroseksualności, lecz wynika z głębokiego znaczenia małżeństwa, które jest nie tylko publicznym uznaniem uczuć czy życia współmałżonków, ale wyznacza ramy prawne i instytucjonalne przyszłej rodziny. Dlatego warunek, aby współmałżonkowie byli mężczyzną i kobietą, jest zgodny z zasadą równości, która ma wartość konstytucyjną.

Prawa człowieka, tak jak to zostało uznane po II wojnie światowej, podlegają ochronie przed władzą i ideologią państwa. Koncepcja tych praw powstała na bazie antropologii realistycznej inspirowanej chrześcijańską demokracją. Odwracając antropologię praw człowieka sprawimy, że staną się one podatne na relatywizm ze strony władzy, która może podejmować próby stworzenia człowieka i jego praw według przyjętej przez siebie określonej koncepcji ideologicznej³.

1. ZAGROŻENIA WYNIKAJĄCE Z SUBIEKTYWNEGO POJMOWANIA PRAW CZŁOWIEKA

Domaganie się przez środowiska homoseksualne „prawa do zawarcia małżeństwa dla wszystkich” zakłada po pierwsze, że jest „prawo do zawarcia małżeństwa”, po drugie, że jest „prawo do dziecka”. Zdaniem tych środowisk, dopiero uznanie tego prawa dla osób tej samej płci wprowadzi równość między małżonkami heteroseksualnymi i partnerami homoseksualnymi. Jednak te idee wydają się fałszywe. Prawa człowieka czerpią swój autorytet przede wszystkim z ich zgodności z naturą człowieka, ich źródłem jest przyrodzona godność, a mówiąc kolokwialnie – wyrastają z człowieka. Człowieka od zwierzęcia odróżniają zdol-

¹ A. MIRKOVIC, A.M. Le POURHIET, *Mariage des personnes de même sexe. La controverse juridique*, Paris 2013, s. 5.

² B. BOURGES, A. MIRKOVIC, É. MONTFORT, *De la théorie du genre au mariage de même sexe...: L'effet dominos: théorie du Genre, Mariage de même sexe, Multiparenté, Procréation Médicalement Assistée, Gestation pour autrui...*, Valence 2013, s. 38-39.

³ G. PUPPINCK, *Les enfants au crible du désir*, „L'homme nouveau”, Hors-série, 2012, nr 10, s. 19.

ności naturalne, takie jak: zdolność do myślenia, wyrażania się, życia w społeczeństwie, do zakładania stabilnej rodziny itd. Prawa człowieka zatem pozostają w ścisłej relacji do korzystania ze zdolności ludzkich, takich jak myślenie, mówienie, zakładanie rodziny, przemieszczanie się, nie są więc czysto teoretycznym czy symbolicznym uznaniem. Ponadto prawa człowieka nie są definiowane w sposób arbitralny, jako konsekwencja woli indywidualnej podmiotu. Dyskurs na temat równości natury, równości ontologicznej między osobami heteroseksualnymi i homoseksualnymi ostatecznie prowadzi do przyjęcia równości sprzecznej z naturą, która w ten sposób zostaje pozbawiona zdolności prokreacyjnej. To zaś prowadzi do przyjęcia, że homoseksualizm dotyczy bytu, natury ludzkiej, a nie woli i działania. W związku z tym, gdyby przyjąć te postulaty środowisk homoseksualnych, doszlibyśmy do „reprodukowania” natury i wolności innej niż ta, której celem jest spełnienie ludzkiej natury. Prawo naturalne do zawarcia małżeństwa koresponduje z naturą mężczyzny i kobiety zakładających stabilną rodzinę wewnątrz społeczeństwa i cieszącą się wsparciem z jego strony.

Zdefiniowane w sposób wyłącznie subiektywny i kulturowy prawo do zawarcia małżeństwa zostaje pozbawione obiektywizmu, który jest konieczny, jeśli mamy mówić o jego uniwersalności. Podobnie jak w przypadku każdego innego prawa, istota i charakter ukierunkowania prawa do zawarcia małżeństwa nie opiera się wyłącznie na kulturze i zwyczajach. Prawo to opiera się na przekonaniu, że małżeństwo jest użyteczne samo w sobie, a nawet konieczne do założenia rodziny i jej dobra, rozumianego w sposób zintegrowany z dobrem wspólnym społeczeństwa. Przyjąć zatem, że prawo do zawarcia małżeństwa jest wyłącznie zależne od kultury czy moralności, oznacza pozbawić go siły ukierunkowanej na naturę i zastąpić go arbitralną decyzją władzy działającej wyłącznie na podstawie umowy, odwołującej się do ewolucji zwyczajów oraz ich względności, ulegającej często presji publicznej. Redefiniowanie prawa do małżeństwa na podstawie kultury czerpie swoją wartość i siłę wyłącznie z kultury. W takiej sytuacji staje się ono przypadkowe i oznacza rezygnację z uniwersalności. Podobnie jak uniwersalność praw człowieka zakłada konieczność uniwersalnej koncepcji tego, kim jest człowiek, podobnie uniwersalizm prawa do zawarcia małżeństwa zakłada z konieczności uniwersalną koncepcję małżeństwa. Odkrywanie zaś uniwersalnej koncepcji przedmiotu staje się możliwe jedynie wtedy, gdy dokonamy jego obiektywnej oceny. Roszczenia środowisk domagających się prawa człowieka do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci przy równoczesnym pozbawianiu tego prawa istotnej siły, jest samo w sobie sprzeczne. Prawa człowieka są wyrazem ludzkiej natury, to tylko ideologowie uważają, że można zmienić naturę modyfikując

prawa człowieka. Zmieniać naturę i prawa człowieka oznacza pozbawić je ich naturalnego znaczenia i zastąpić ideologią państw.

Idea praw człowieka bywa czasem nadużywana. Próbuje się lansować koncepcje, które podkreślają wyłącznie prawa indywidualne – czy lepiej: indywidualistyczne – które odrywają osobę ludzką od wszelkiego kontekstu społecznego i antropologicznego. Tak rozumianej koncepcji prawa zdaje się już nie towarzyszyć równie istotna i dopełniająca koncepcja obowiązku tak, że w końcu dochodzi do potwierdzenia praw jednostki nie uwzględniając, że każda istota ludzka jest związana pewnym kontekstem społecznym, w którym jej prawa i obowiązki są połączone z prawami i obowiązkami innych i z dobrem wspólnym społeczeństwa. Ważne wydaje się dziś pogłębienie takiej kultury praw człowieka, która mogłaby roztropnie łączyć wymiar indywidualny, czy lepiej – osobowy, z wymiarem dobra wspólnego, z owym „nas-wszystkich”, czyli poszczególnych osób, rodzin oraz grup pośrednich, tworzących wspólnotę społeczną⁴. Jeśli prawo każdego nie jest harmonijnie podporządkowane dobru większemu, to w ostateczności pojmowane jest ono jako prawo bez ograniczeń, a tym samym staje się źródłem konfliktów i przemocy⁵.

Wydaje się, że postulowanie prawa do zawarcia małżeństwa dla osób tej samej płci opiera się na subiektywnym pojmowaniu praw człowieka, które stopniowo tracą ich realną i naturalną podstawę filozoficzną. Subiektywizm odbierając prawom człowieka ich charakter obiektywny i uniwersalny, prowadzi do ich fragmentacji na liczne prawa indywidualne niehomogeniczne. To subiektywne pojmowanie praw człowieka jest widoczne w przypadku prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci. Prawo w tym ujęciu staje się prawem subiektywnym i indywidualnym, wolnością indywidualną, które faktycznie dotyczą prawa do życia prywatnego⁶.

Inną kwestią, którą należy wziąć pod uwagę, jest rodzicielstwo. Są przypadki, gdy osoby mające skłonności homoseksualne i utrzymujące relacje z osobami tej samej płci, mają dzieci, czyli jedna z nich jest naturalnym ojcem lub matką i są rodzicami. Dla prawa nie ma znaczenia skłonność heteroseksualna czy homoseksualna jednostki⁷. Zakaz zawierania małżeństwa z osobami tej samej płci wynika z prawa naturalnego oraz obiektywnego charakteru praw człowieka, który jest warunkiem koniecznym ich uniwersalności.

⁴ BENEDYKT XVI, *Caritas in veritate*, nr 7; SOBÓR WATYKAŃSKI II, Konstytucja duszpasterska *Gaudium et spes*, nr 26, [w:] *Sobór Watykański II, Konstytucje. Dekrety. Deklaracje*, Poznań 2002, s. 526-606.

⁵ Przemówienie papieża Franciszka w Parlamencie Europejskim w Strasburgu w dniu 25 listopada 2014 r.

⁶ G. PUPPINCK, *Les enfants au crible du désir*, s. 18.

⁷ A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 6.

2. PRAWO DO RÓWNEGO TRAKTOWANIA I ZAKAZ DYSKRYMINACJI ZE WZGLĘDU NA PŁEĆ

Klasyczna formuła równego traktowania sprowadza się do tego, że w różnej sytuacji traktowanie jest różne. Przepisy odnoszące się do małżeństwa dotyczą relacji mężczyzna–kobieta oraz rodziny, którą w rezultacie tworzą rodzice i dzieci.

Prawo powinno być równe dla wszystkich. Równość z jednej strony dotyczy praw jednostek, z drugiej zaś oznacza równe traktowanie wszystkich, którzy znajdują się w podobnych sytuacjach faktycznych. Gdy sytuacja ulega odwróceniu, różnice w sytuacjach faktycznych usprawiedliwiają różne traktowanie.

Czy homoseksualne relacje partnerskie i prawo do zawarcia małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety dotyczy problemu równości? Jednym z argumentów podnoszonym przez środowiska homoseksualne, które domagają się prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, jest równość i niedyskryminacja. Chodzi zatem o to, by osoby tej samej płci żyjące razem mogły korzystać z takiego samego statusu prawnego, jak to jest w przypadku małżeństwa mężczyzny i kobiety⁸. Domaganie się zatem w imię równości statusu prawnego właściwego dla instytucji małżeństwa, należy rozpatrywać w związku ze szczególnym charakterem tego statusu. Historycznie w prawie instytucja małżeństwa została przyjęta, aby stabilizować sytuację prawną rodziny składającej się z mężczyzny i kobiety i pochodzących z ich związku dzieci. Następnie zaczęła być uznawana adopcja dzieci zrodzonych poza małżeństwem, aby zapewnić im ognisko domowe oraz umożliwić realizację celu obiektywnego związku: zrodzenie i przyjęcie dzieci, by je wychowywać do uzyskania przez nie pełnoletności.

Nie ma zatem problemu dotyczącego prawa osób o skłonnościach homoseksualnych do zawarcia małżeństwa, podobnie jak nie ma problemu dotyczącego osób heteroseksualnych. Natomiast możemy mówić o problemie dotyczącym mężczyzn i kobiet oraz o ich skłonnościach heteroseksualnych czy homoseksualnych, które z definicji są subiektywne, podlegają ewolucji i podobnie jak wszystkie pozostałe skłonności, nie mogą stanowić podstaw prawnych dotyczących przynależności osób.

Prawo nie klasyfikuje ludzi z powodu ich skłonności, ale z powodu tego, kim są, m.in.: pełnoletni i małoletni, obywatele i cudzoziemcy, aktywni zawodowo i emeryci itd. Skłonności nie definiują osoby, a pragnienia seksualne są takie

⁸ G. DRAGO, *Le „mariage” homosexuel pose-t-il un problème d’égalité? La culture de l’égalitarisme au service des lobbys*, [w:] *Tous unis pour le mariage. Le mariage homosexuel en question*, Éditions Universitaires, Nanterre 2013, s. 75, 77.

same, jak inne pragnienia. Są mężczyźni i kobiety, którzy mogą mieć skłonności homoseksualne. Ale skłonność nie jest ani sposobem bytu, ani naturą, ani kategorią prawną.

Można postawić pytanie, czy jest możliwe zawarcie małżeństwa przez osoby tej samej płci, czy mogą one być „rodzicami” pozostając ze sobą w relacji⁹. Odpowiedź wydaje się prosta: nie, ponieważ osoby różnej płci i osoby tej samej płci nie są w sytuacji identycznej, gdy chodzi o prokreację, niezależnie od tego, czy będzie ona naturalna czy medycznie wspomagana. Pierwsi mogą faktycznie płodzić dzieci, podczas gdy ci drudzy tego robić nie mogą. Specyfika a nie dyskryminacja wynika z faktu, że natura obdarzyła tych pierwszych zdolnością do zapłodnienia. Partnerzy tej samej płci z powodu braku naturalnej zdolności do zapłodnienia nie mogą domagać się gwarancji prawnych instytucji małżeństwa. Traktowanie ich przez prawo jest różne, ponieważ ich sytuacja jest różna, nie jest to sytuacja analogiczna.

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) konsekwentnie podkreśla, że małżeństwo jest szeroko uznawane jako instytucja nadająca szczególny status i prawa osobom, które je zawierają¹⁰. Ochrona małżeństwa stanowi co do zasady ważny i uprawniony powód mogący uzasadnić różnicę traktowania między małżonkami i osobami niezwiązanymi małżeństwem. Dzieje się tak z uwagi na uprawniony cel, mający obiektywne i racjonalne uzasadnienie, a jest nim ochrona rodziny tradycyjnej opartej na związku małżeńskim. Małżeństwo charakteryzuje zespół praw i obowiązków wyraźnie odróżniający je od sytuacji mężczyzny i kobiety, którzy tylko razem ze sobą mieszkają¹¹. W rezultacie państwa mają pewną swobodę odmiennego traktowania par związanych i niezwiązanych małżeństwem, szczególnie w sferze polityki społecznej i fiskalnej, jak chociażby podatki, emerytury czy polityka socjalna¹².

Ważne jest rozróżnienie między homoseksualizmem i małżeństwem zawierającym przez osoby tej samej płci. Homoseksualność należy do sfery prywatnej, to zaś oznacza, że społeczeństwo powinno takie osoby szanować, zapewniając im ochronę życia prywatnego, podobnie jak to ma miejsce w przypadku każdego innego człowieka i obywatela.

⁹ A. MIRKOVIC, A.M. Le POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 6-7.

¹⁰ Wyrok *Burden v. Wielka Brytania* z 29.04.2008 r., skarga nr 13378/05, § 65.

¹¹ Decyzja *Nylund v. Finlandia* z 29.06.1999 r., skarga nr 27110/95.

¹² Wyrok *Şerife Yiğit v. Turcja* z 18.11.2010 r., skarga nr 3976/05, § 72.

3. MAŁŻEŃSTWO JAKO INSTYTUCJA FUNDAMENTALNA PRAWA NATURALNEGO

Z przeprowadzanych we Francji sondaży wynika, że ponad połowa Francuzów uznaje prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, natomiast zdecydowana większość sprzeciwia się adopcji dzieci przez partnerów tej samej płci. Dlaczego tak się dzieje? Wydaje się, że w świadomości społecznej małżeństwo jest postrzegane jako społeczne uznanie miłości. Tymczasem, gdyby przyjąć taki sposób rozumowania, to ustawodawca powinien uregulować wszystkie inne formy przeżywania i wyrażania miłości.

Celem małżeństwa nie jest uznanie więzi emocjonalnej osób. Aby zawrzeć związek małżeński, nie wystarczy darzyć się miłością, należy wypełnić warunki, które pozwalają założyć rodzinę, tzn. przede wszystkim trzeba być mężczyzną i kobietą. Instytucja małżeństwa dotyka natury człowieka. Krótka definicja małżeństwa skonstruowana na podstawie prawa naturalnego, a sformułowana przez wybitnego prawnika rzymskiego Ulpiana w III wieku n.e., znajduje się w Pierwszej Księdze Digestów. Reguła prawna stanowi: „z tego prawa swój początek bierze związek mężczyzny i kobiety, który nazywamy małżeństwem, od niego też płodzenie i wychowanie dzieci”¹³. Kilka lat później inny prawnik rzymski – Modestyn, podaje następującą definicję: „Małżeństwo to związek mężczyzny i kobiety, wspólnota całego życia, ustanowione z prawa bożego i prawa ludzkiego”¹⁴. Małżeństwo oparte na związku mężczyzny i kobiety należy do stałej tradycji Zachodu. Koncepcja prawa naturalnego znana przez Greków i Rzymian, z której pochodzi instytucja małżeństwa, jest także jedną z fundamentalnych jej charakterystyk. Bardzo wczesnie filozofowie i prawnicy zaczęli się zajmować relacją między prawem naturalnym i prawem stanowionym¹⁵. W I wieku p.n.e. Cynceron pisał: „Jest prawdziwe prawo, prawo rzetelnego rozumu, zgodne z naturą, zasiane do umysłów wszystkich ludzi, niezmiennie i wieczne, które nakazując wzywa nas do wypełniania powinności, a zakazując odstrasza od występków; którego jednak

¹³ (D, 1, 1, 1, 3) „Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis propriam, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio” (*Digesta*, [w:] *Corpus Iuris Civilis*, Editio Stereotypa Quinta Decima, Recognovit Th. Mommsen, Retractavit P. Krueger, Berolini 1928, s. 29).

¹⁴ (D, 23, 2, 1) „Modestinus libro primo regularum Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio” (*Digesta*, [w:] *Corpus Iuris Civilis*, Editio Stereotypa Quinta Decima, Recognovit Th. Mommsen, Retractavit P. Krueger, Berolini 1928, s. 330).

¹⁵ J. HAUTEBERT, *Résister à la corruption de la loi*, „L’homme nouveau”, Hors-série, 2012, nr 10, s. 56.

nakazy i zakazy oddziałują tylko na ludzi dobrych, nie wzruszają natomiast ludzi złych. Prawo to nie może być ani odmienione przez inne, ani uchylone w jakiejś swej części, ani zniesione całkowicie. Nie może zwolnić nas od niego ani senat, ani lud. Nie potrzebujemy szukać dlań tłumacza czy wykładacza w osobie Sykstusa Eliusza. Nie jest ono inne w Rzymie, a inne w Atenach, inne teraz, a inne później, ale jako prawo jedyne w swoim rodzaju, wieczne i nieodmienne, obejmuje zarówno wszystkie narody, jak i wszystkie czasy [...]”¹⁶.

Również chrześcijaństwo bardzo wcześnie podjęło to dziedzictwo prawne, jak o tym świadczy choćby *Summa teologiczna* św. Tomasza z Akwinu z XIII wieku. W kwestii dotyczącej sprawiedliwości Tomasz pisze: „prawo pisane, z jednej strony nie nadaje prawu naturalnemu mocy obowiązującej, z drugiej nie może jej zmniejszyć ani jej usunąć, gdyż wola ludzka nie może zmienić natury. Dlatego jeśli jakaś ustawa zawiera coś przeciw prawu przyrodzonemu, jest niesprawiedliwa i nie ma mocy obowiązującej. Prawo pozytywne bowiem ma zastosowanie tylko tam, gdzie prawo natury nie stanowi, czy ma być tak czy inaczej. Tego rodzaju ustawy nie są prawami, lecz raczej zepsuciem prawa, dlatego podług nich nie należy sądzić”¹⁷. Prawo jest dziełem rozumu, ogłoszone przez władze publiczne, celem dobra wspólnego. Przepisy prawa, które są w otwartej sprzeczności z prawem naturalnym, sprzeciwiają się dobru wspólnemu i nie można żądać, aby je kwalifikowano jako prawo. Władze państwowe nie mają prawa zmieniać przepisów definiujących małżeństwo, ponieważ jest to instytucja fundamentalna prawa naturalnego. W zakresie redefinicji małżeństwa nie ma kompetencji ani władza ustawodawcza, ani naród w referendum¹⁸.

Dokumenty międzynarodowe definiują prawo do zawarcia małżeństwa, jako ukierunkowane na uznanie i ochronę rodziny, elementu naturalnego i fundamental-

¹⁶ M.T. CICERO, *De re publica*, [w:] M.T. CICERONIS, *Scripta quae manserunt omnia*, fasc. 39, oprac. K. Ziegler, Leipzig 1969, s. 96-97; tekst polski: M.T. CICERO, *O państwie*, [w:] M.T. CICERO, *O państwie, o prawach, o powinnościach, o cnotach*, tłum. K. Leśniak, Warszawa 1960, s. 133-134.

¹⁷ IIa-IIae q. 60 a. 5 ad 1. Ad primum ergo dicendum quod lex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre, quia nec voluntas hominis potest immutare naturam. Et ideo si Scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est, nec habet vim obligandi, ibi enim ius positivum locum habet ubi quantum ad ius naturale nihil differt utrum sic vel aliter fiat, sicut supra habitum est. Et ideo nec tales Scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones, ut supra dictum est. Et ideo secundum eas non est iudicandum. S. THOMAE AQUINATIS, *Summa theologica*, tomus IV, Secunda Secundae: I-XCI; De fide, De spe, De charitate, De prudentia, De iustitia, opr. N.S. Billuart, C.-J. Drioux, Parisiis apud Bloud et Banal, Bibliopdas 1880, s. 428-429; tekst polski: ŚW. TOMASZ Z AKWINU, *Summa teologiczna*, t. 18, sprawiedliwość (2-2, qu. 57-80), tłum. F.W. Bednarski, Londyn 1970.

¹⁸ J. HAUTEBERT, *Résister à la corruption de la loi*, s. 57.

nego społeczeństwa. Zarówno Powszechna Deklaracja Praw Człowieka¹⁹, jak i Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych (MPPOiP) wyraźnie stwierdzają, że „uznaje się prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny”²⁰. W kontekście prawa do zawarcia małżeństwa pojawia się pytanie, czy prawo to obejmuje również relacje osób tej samej płci. Komitet zajął jednoznaczne stanowisko w tej sprawie w 2002 r., w orzeczeniu w sprawie *Joslin przeciwko Nowej Zelandii*²¹. Skarga została wniesiona przez dwie pary lesbijek, które twierdziły, że brak możliwości zawarcia zgodnie z prawem krajowym „małżeństwa” przez osoby tej samej płci narusza m.in. ich prawa zagwarantowane przez art. 23 ust. 2 MPPOiP. Komitet, uzasadniając brak naruszenia omawianego artykułu, stwierdził: „Artykuł 23 ust. 2 Paktu jest jedynym materialnym przepisem Paktu, który definiuje prawo, używając terminu «mężczyźni i kobiety» zamiast «każda istota ludzka», «każdy» czy «każda osoba». Użycie terminu „mężczyźni i kobiety” zamiast ogólnych pojęć używanych gdziekolwiek indziej w III części Paktu jest konsekwentnie i powszechnie rozumiane jako wskazanie, że obowiązkiem Państwa-strony wynikającym z art. 23 ust. 2 Paktu jest uznanie za małżeństwo wyłącznie związku mężczyzny i kobiety pragnących się poślubić”²². Podobnie Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPCz)²³ w art. 12 uznaje prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, uwzględniając specyfikę „mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim”²⁴. Przepis zapewnia fundamentalne prawo mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny²⁵. Korzystanie z tego prawa rodzi poważne skutki osobiste, społeczne i prawne²⁶. Wiąże się ono ściśle z art. 8

¹⁹ Art. 16 ust. 1: „Mężczyźni i kobiety, bez względu na różnice rasy, narodowości lub wyznania, mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa” (*Powszechna Deklaracja Praw Człowieka*, [w:] *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, oprac. A. Przyborowska-Klimczak, Lublin 2001, s. 166-171).

²⁰ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych otwarty do podpisania w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 167, załącznik [dalej: MPPOiP], art. 23 ust. 2.

²¹ Decyzja KPCz z 17.07.2002 r., w sprawie *Joslin v. Nowa Zelandia*, 902/1999, pkt 8.2.

²² K. SĘKOWSKA-KOZŁOWSKA, *Komentarz do art. 23*, [w:] R. WIERUSZEWSKI (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 583.

²³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm. [dalej: EKPCz].

²⁴ Art. 12 EKPCz: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z prawem krajowym regulującym korzystanie z tego prawa”.

²⁵ G. MALINVERNI, *Droits garantis et mécanisme de mise en œuvre*, [w:] M.H. RANDALL, M. HOTTELLIER (ed.), *Introduction aux droits de l’homme*, Genève–Zurich–Bâle 2014, s. 411.

²⁶ *Muñoz Díaz v. Hispania* z 8.12.2009 r., skarga nr 49151/07, § 78.

Konwencji²⁷. Podczas gdy art. 12 chroni jedynie prawo do samego aktu zawarcia małżeństwa oraz posiadania lub adoptowania dzieci, art. 8 chroni prawo do współżycia jako części życia rodzinnego²⁸. Prawo do małżeństwa odnosi się do tradycyjnego małżeństwa między osobami przeciwnej płci biologicznej²⁹. Trybunał podkreślił w wyroku w sprawie *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii*, że małżeństwo jest związkiem dwóch osób, z których jedna jest biologicznie kobietą, będącym wyrazem tego, co jako małżeństwo jest powszechnie akceptowane w historii ludzkości. Fakt, że niektóre państwa mogą w swoim prawie zezwalać i traktować jako małżeństwo, a nawet nazywać małżeństwem pewne formy związków między osobami tej samej płci, nie oznacza, iż mamy wtedy do czynienia z sytuacją, o jakiej mowa w art. 12, dotyczącym związku osób przeciwnej płci³⁰. Chodzi bowiem o stworzenie prawnego związku między mężczyzną i kobietą, którego głównym celem jest ochrona małżeństwa jako podstawy rodziny³¹. Należy zauważyć, że prawo do zawarcia małżeństwa jest zawsze określane łącznie, jako prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Nie chodzi zatem o dwa różne prawa, zresztą życie prywatne i rodzinne jest chronione w sposób autonomiczny³². Przywileje łączące się z małżeństwem (np. podatki itd.) nie są przyznawane współmałżonkom przez społeczeństwo ze względu na uznanie ich uczuć, ale z racji ich wkładu do społeczeństwa w postaci dzieci, które zrodzą, wychowają, wyżywią i wykształcą. Praktyka państw wskazuje, że małżonkowie, którzy mają więcej dzieci, otrzymują od społeczeństwa większe wsparcie niż małżonkowie bez dzieci. Wydaje się, że małżonkowie bezdzietni, którzy w przyszłości nie będą mieć swojego wkładu w odnowę pokoleniową, nie powinni korzystać ze zobowiązań społeczeństwa (ze sprawiedliwości) w postaci przywilejów na rzecz małżeństwa.

Artykuł 9 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (KPP)³³ nawiązuje w swojej redakcji do art. 12 EKPCz. Karta nie zawiera, jak to jest w przypadku

²⁷ J.-L. SAURON, A. CHARTIER, *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-les-Moulineaux 2014, s. 236-238.

²⁸ X. DUPRE DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris 2010, s. 138; M.A. NOWICKI, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 856.

²⁹ Wyrok *Rees v. Wielka Brytania* z 17.10.1986 r., A. 106, § 50; *Cossey v. Wielka Brytania* z 27.09.1990 r., A. 184, § 43-46; H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris 2010, s. 296.

³⁰ *Cossey v. Wielka Brytania* z 13.12.1979 r., skarga nr 7114/75, DR 24/5 § 46.

³¹ M.A. NOWICKI, *Wokół Konwencji Europejskiej*, s. 857.

³² G. PUPPINCK, *Les enfants au crible du désir*, s. 16.

³³ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.03.2010 r., Dz. Urz. UE C Nr 83, s. 389 [dalej: KPP].

EKPCz, powiązania małżeństwa i rodziny z monogamicznym związkiem mężczyzny i kobiety³⁴. Prawodawstwu krajowemu pozostawiono nie tylko, jak to jest w Europejskiej Konwencji, określenie przesłanek zawarcia tradycyjnego małżeństwa, odzwierciedlających własne doświadczenia historyczno-kulturowe państwa, ale i samą definicję małżeństwa. W konsekwencji KPP zakłada, że krajowy ustawodawca może dopuścić w swoim prawie inne niż tradycyjne formy małżeństwa, a jego wybór określi zakres korzystania z prawa, do którego odnosi się art. 9 KPP³⁵.

Karta nie tworzy „nowych praw”, a jedynie potwierdza prawa już istniejące, czyniąc je „bardziej widocznymi”. W wyjaśnieniach *expressis verbis* stwierdzono, że art. 9 KPP ani nie nakazuje, ani nie zabrania nadania statusu związku małżeńskiego związkom osób tej samej płci.

Karta Praw Podstawowych UE i Europejska Konwencja Praw Człowieka nie nakładają na państwa obowiązku redefiniowania małżeństwa, aby w ten sposób umożliwić osobom tej samej płci zawarcie małżeństwa. Do niedawna ETPCz konsekwentnie wypowiadał się negatywnie w kwestii możliwości objęcia takich związków pojęciem „życie rodzinne”, uważając, że relacje takie powinny być rozważane wyłącznie z punktu widzenia „życia prywatnego” osób, których dotyczą³⁶. W orzeczeniu *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*³⁷ podkreślił, że małżeństwo ma głęboko zakorzenione społeczne i kulturowe odniesienia, które mogą się znacznie różnić w zależności od społeczeństwa”. Natomiast wskazując na treść art. 9 KPP stwierdził, że w przyszłości nie będzie już zawężał prawa do zawarcia małżeństwa jedynie do związku dwóch osób różnych płci³⁸. Jednak zdaniem Trybunału nie należy się spieszyć z zastępowaniem oceny władz krajowych, które są najlepiej przygotowane do badania potrzeb społeczeństwa i do reakcji na nie.

Małżeństwo jako element ładu prawnego jest pod ochroną Konstytucji RP³⁹. Przepis ten należy uznać za dyrektywę dla ustawodawcy przy normowaniu szczegółowych stosunków prawnych dotyczących zawarcia tego związku i jego funkcjonowania⁴⁰.

³⁴ S. CHOUDHRY, *Article 9 – Right to Marry and Right to Found a Family*, [w:] S. PEERS, T. HERVEY, J. KELNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 274-275.

³⁵ I.C. KAMIŃSKI, *Komentarz do art. 12*, [w:] A. WRÓBEL (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 301-302.

³⁶ Decyzja *Antonio Mata Estevez v. Hiszpania* z 10.05.2001 r., skarga nr 56501/00.

³⁷ Wyrok *Schalk i Kopf v. Austria* z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04.

³⁸ Tamże § 61.

³⁹ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm. [dalej: Konstytucja RP], art 18.

⁴⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 24.

Zgodnie z art. 18 Konstytucji RP, małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten zawiera więc konstytucyjną definicję małżeństwa i przewiduje jego ochronę. Przesądza to, że żaden związek w polskim systemie prawnym nie może podlegać ochronie w takim samym zakresie, jak ma to miejsce w odniesieniu do małżeństwa. Należy wskazać, że art. 71 ust. 1 Konstytucji RP ustanawia zasadę, że państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny, a więc także zawartego przez małżonków małżeństwa⁴¹. Prawo do zawarcia małżeństwa wynika też wprost z prawa do życia rodzinnego, czyli z art. 47 Konstytucji RP⁴². Należy zaznaczyć, że konstytucyjną dyrektywę ochrony małżeństwa realizuje się przede wszystkim w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym⁴³.

Wśród przesłanek zawartych w art. 1 § 1 k.r.o.⁴⁴, które powinny łącznie zaistnieć, aby skutecznie zawrzeć małżeństwo, znajduje się odmienność płci nupturientów. Jest to przesłanka niewynikająca wyłącznie z funkcji prokreacyjnej małżeństwa, ponieważ małżonkowie nie są obowiązani do realizacji tej funkcji. Pożycie mężczyzny i kobiety oraz inne funkcje powstałej na tym fundamencie rodziny są natomiast elementami odwiecznych praw biologicznych i porządku społecznego, akceptowanemu nadal przez przeważającą większość społeczeństwa⁴⁵.

Małżeństwo nie jest uznaniem publicznym przez społeczeństwo wzajemnych relacji dwojga ludzi, nawet między osobami różnej płci. Jeżeli małżeństwo byłoby uznaniem społecznym relacji emocjonalnych przeżywanych przez dwie osoby, to dlaczego ignorować relacje przeżywane przez trzy czy cztery osoby. Należałoby wprowadzić różne rodzaje małżeństw, nie tylko osób tej samej płci, ale brata z siostrą, między trzema lub więcej osobami ..., aby nie narazić się na zarzut dyskryminacji. W Holandii uznaje się za małżeństwo związek cywilny zawarty między trzema osobami, pierwszy taki związek został zawarty między dwiema biseksualnymi kobietami i mężczyzną⁴⁶.

Prawo do zawarcia małżeństwa nie jest prawem absolutnym, dopuszczalne są ograniczenia, takie jak zakaz kazirodztwa czy zakaz poligamii. Na państwach ciąży

⁴¹ Art. 71 ust. 2 Konstytucji RP.

⁴² W. BORYSIK, *Komentarz do art. 1*, [w:] J. WIERCIŃSKI (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 20.

⁴³ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 26.

⁴⁴ Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn.: Dz.U. 2012, poz. 788 ze zm. [dalej: k.r.o.].

⁴⁵ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 28.

⁴⁶ B. BOURGES, A. MIRKOVIC, É. MONTFORT, *De la théorie du genre au mariage de même sexe*, s. 41.

obowiązek przeciwdziałania tym zjawiskom. W opinii Komitetu poligamia jest niezgodna z zasadą równości w małżeństwie i narusza godność kobiety⁴⁷.

Sformalizowany kształt zawarcia małżeństwa i jego skutków zapewnia konieczną, aczkolwiek minimalną kontrolę państwa nad powstaniem rodziny. W interesie państwa i samych obywateli leży więc umocnienie przekonania ustawodawcy o doniosłej, stabilizującej stosunki społeczne roli małżeństwa jako elementu systemu prawnego⁴⁸.

Założenie rodziny nie jest koniecznym warunkiem prawnym do zawarcia związku małżeńskiego. W tym przypadku chodzi o coś więcej, a mianowicie o jego cel i przeznaczenie. Małżeństwo jest środkiem prowadzącym do celu, tj. założenia rodziny. Odcinając małżeństwo od jego celu, niszczy się pojęcie samego małżeństwa. Odcinając środek, który prowadzi do tego celu, redukuje się je jedynie do materialności formalnej, jest to związek mężczyzny i kobiety uznany społecznie. Małżeństwo staje się wtedy celem samym w sobie o wartości symbolicznej, ponieważ jego cel jest zewnętrzny i ponad nim. Wtedy mamy do czynienia z przyjęciem symbolu społecznego w postaci małżeństwa; do tego w istocie sprowadza się żądanie dostępu do instytucji małżeństwa dla osób tej samej płci. Bez odniesienia małżeństwa do jego celu, który jedynie usprawiedliwia jego szczególny status prawny, wprowadzanie takich samych rozwiązań do innych form związków nierodzinnych może być uczynione tylko w sposób arbitralny. Małżeństwo bez celu jest relacją prywatną złożoną publicznie. Takie małżeństwo nie jest podstawą prawną komórki fundamentalnej i naturalnej społeczności, nie wnosi istotnego wkładu do dobra wspólnego: jest natomiast dobrem prywatnym małżonków. Małżeństwo z wyboru i na życzenie odcięte od celu traci rację bytu, rodzina zostaje zredukowana do współmałżonków i ostatecznie do sfery prywatnej. Jeśli odłączymy małżeństwo od jego celu, to różnica płci traci na znaczeniu, podobnie jak i inne warunki i przeszkody do jego zawarcia, jak choćby wiek czy powinowactwo. Warunek różnicy płci jest obiektywny, wynika z definicji małżeństwa i nie zawiera żadnego osądu moralnego dotyczącego homoseksualizmu. Podobnie zresztą jak brak zgody na zawieranie małżeństw przez dzieci nie jest znakiem negatywnego osądu moralnego dzieciństwa⁴⁹.

⁴⁷ Komentarz Ogólny nr 28, pkt 24.

⁴⁸ T. SMYCZYŃSKI, *Zagadnienia wprowadzające*, [w:] T. SMYCZYŃSKI (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. XI: *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 6.

⁴⁹ G. PUPPINCK, *Les enfants au crible du désir*, s. 17-18.

4. RODZINNY WYMIAR MAŁŻEŃSTWA I PROKREACJA

Rodzina jako grupa społeczna, w której realizuje się współzycie pary ludzkiej i jej potomstwa, jest zjawiskiem zarówno socjologicznym, jak i prawnym. Rodzina powstaje więc zarówno wtedy, gdy mężczyzna i kobieta podejmują wspólne pożycie bez dopełnienia jakichś formalnych przesłanek, jak i w razie podjęcia tego współzycia przez zawarcie małżeństwa. Współcześnie obok klasycznego modelu rodziny, funkcjonują także inne jej modele⁵⁰. Ma to związek m.in. z rozwodami, separacjami, a w konsekwencji powstawaniem nowych rodzin. Pomimo to, że rodzina oparta na faktycznym pożyciu może realizować te same funkcje, co rodzina oparta na związku małżeńskim, to jednak ta ostatnia została wsparta sankcją prawną. Dla przykładu można wymienić funkcję gospodarczą małżonków i opiekuńczą małżonków, którzy są zobowiązani przyczynić się do zaspokajania potrzeb rodziny, a więc i potrzeb drugiego małżonka (art. 27 k.r.o.). Taki obowiązek nie istnieje między konkubentami. Podobnie tylko małżonkowie są obowiązani do wzajemnej wierności, lojalności, wspierania się itd. Sankcję za niedopełnienie tych obowiązków przewidują przepisy k.r.o o rozwodzie⁵¹.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych wyraźnie stwierdza, że „rodzina jest wspólnotą naturalną i podstawową w społeczeństwie i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa”⁵². W komentarzu ogólnym nr 19 z 1990 r.⁵³ Komitet stwierdził, że koncepcja rodziny może różnić się pod pewnymi względami w poszczególnych państwach, a nawet w regionach danego państwa, dlatego niemożliwe jest stworzenie jednej standardowej definicji. Jeżeli prawo lub praktyka danego państwa uznaje określoną grupę osób za rodzinę, grupie tej należy zagwarantować ochronę przyznaną przez art. 23 MPPOiP. Komitet zwraca uwagę na różnorodne typy rodzin funkcjonujące w społeczeństwie, takie jak rodzina nuklearna (dwupokoleniowa), rodzina wielopokoleniowa, pary wychowujące dzieci bez zawarcia związku małżeńskiego czy samotni rodzice wychowujący dzieci, i zwraca się do państw, by w swoich sprawozdaniach z realizacji Paktu przedstawiały informację, czy prawo krajowe uznaje dany typ rodziny i w jakim stopniu udziela mu ochrony⁵⁴. W komentarzu ogólnym nr 16 do art. 17 MPPOiP Komitet wskazuje, że cele Paktu wymagają, by pojęcie rodziny

⁵⁰ J.-F. RENUCCI, *Dront européen des droits de l'homme*, Paris 2012, s. 295-296.

⁵¹ T. SMYCZYŃSKI, *Zagadnienia wprowadzające*, s. 5.

⁵² Art. 23 ust. 1 MPPOiP.

⁵³ Komentarz ogólny nr 19 z dnia 27 lipca 1990 r., pkt 2, <http://www2ohchr.org/english/Dobies/hrc/comments.htm> [dostęp: 9.11.2011].

⁵⁴ Tamże, nr 19, pkt 2.

było interpretowane w szeroki sposób, obejmujący wszystkie te osoby, które w danego państwa są uważane za członków rodziny⁵⁵. Należy uznać, że w przypadku gdy regulacje prawa krajowego przewidują różne definicje rodziny, ochrona wynikająca z art. 23 MPPOiP powinna opierać się na definicji najszerszej⁵⁶.

Na gruncie prawa polskiego pojęcie rodziny nie zostało zdefiniowane w przepisach konstytucyjnych, można jednak stwierdzić, że w rozumieniu Konstytucji RP pojęcie to jest szersze od tego, do którego odnoszą się przepisy prawa rodzinnego⁵⁷. Za typową należy uznać rodzinę obejmującą rodziców i dzieci, ale za rodzinę trzeba uznać bezdzietne małżeństwo, a z drugiej strony rodzina może mieć wielopokoleniowy charakter lub przybrać postać rodziny niepełnej⁵⁸.

W literaturze wskazuje się, że rodzina jawi się jako obiekt zainteresowania prawa dopiero wtedy, gdy została założona przez zawarcie małżeństwa. W ujęciu art. 27 k.r.o. na małżonkach spoczywa obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli⁵⁹. Wskazuje się przy tym, że para małżeńska jest fundamentem rodziny, ale nie jest rodzinną grupą społeczną.

Stosownie do różnych potrzeb człowieka, rodzina spełnia rozliczne funkcje. Najbardziej niezależne od rozwoju społeczno-gospodarczego są naturalne potrzeby związane z życiem uczuciowym człowieka i jego popędem seksualnym. One skłaniają mężczyznę i kobietę do stałego współżycia, a jego następstwem jest najczęściej urodzenie się dziecka. Rodzice spełniają wobec niego, ale i względem siebie samych, ważną funkcję w sferze zaspokajania potrzeb emocjonalnych⁶⁰.

Domaganie się prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci wywraca obowiązujące normy dotyczące rodziny czy przysposobienia i wprowadza nowe. Od samego początku małżeństwo powstaje na bazie przesłanki naturalnej. To dla poczęcia nowego życia mężczyzna i kobieta łączą się i rodzą dzieci. Ustanawiając instytucję małżeństwa, społeczeństwo daje ramy prawne na podstawie tej przesłanki naturalnej, aby w ten sposób chronić rodzinę⁶¹. Małżeństwo nie jest więc zwykłą umową, lecz szczególną instytucją: współmałżonkowie przyjmują i akceptują, że ich relacja nie będzie regulowana wyłącznie na mocy zwykłej umowy, ale przez imperatywny status małżeństwa zdefiniowany przez prawo. I dlatego jeśli

⁵⁵ Tamże, nr 16, pkt 5.

⁵⁶ K. SĘKOWSKA-KOZŁOWSKA, *Komentarz do art. 23*, s. 569.

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ L. GARLICKI, *Komentarz do art. 18*, [w:] L. GARLICKI (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 3-4.

⁵⁹ J. SOBCZAK, *Komentarz do art. 7*, [w:] A. WRÓBEL (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, s. 245.

⁶⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Zagadnienia wprowadzające*, s. 4-5.

⁶¹ B. VERGELY, *Le mariage gay ou la dictature de la confusion*, [w:] *Tous unis pour le mariage*, s. 25-26.

społeczeństwo ustanawia w taki sposób instytucję małżeństwa, zamiast pozostawiania relacji współmałżonków wyłącznie w obszarze umów, to nie robi tego dlatego, by uznać społecznie dwoje ludzi, ale by dać ramy ochrony rodzinie, którą tych dwoje zakłada, zawierając związek małżeński⁶².

System małżeński ma za przedmiot nie tylko organizację zobowiązań osobistych, materialnych i spadkowych małżonków w czasie trwania ich związku, ale zapewnia ochronę rodzinie, także w przypadku rozwiązania małżeństwa.

Prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci ma związek z adopcją dzieci. I tu znajduje się zasadniczy problem dotyczący równości: czy pozwolić na „małżeństwo” osobom tej samej płci i adopcję dzieci. Wydaje się, że taka zgoda będzie naruszać prawa dzieci adopcyjnych do tego, aby być przyjętymi przez małżonków, którzy będą zdolni do tego, aby być dla nich ojcem i matką⁶³.

5. OCHRONA DZIECI W SYSTEMIE MAŁŻEŃSKIM

Społeczności ustanawiają instytucję małżeństwa ze względu na dzieci, nawet jeśli współmałżonkowie nie spełniają funkcji prokreacyjnej. Ustawodawca wskazuje na reguły, a nie na poszczególne przypadki. Stąd jeśli nawet niektóre z małżeństw: mężczyzna – kobieta nie płodzą dzieci z powodów subiektywnych: niepłodność, wiek czy też nie chcą mieć dzieci, to nie ma to wpływu na obiektywny przedmiot rodziny wynikający z instytucji małżeństwa.

Poczęcie dziecka zawsze wymaga udziału mężczyzny i kobiety, dlatego zgoda na rodzicielstwo osoby tej samej płci oznacza akceptację „produkcji” dzieci adopcyjnych i automatycznie musi rodzić problem równości dzieci. Niektóre z nich świadomie, w majestacie prawa, będą pozbawiane prawa do ojca i matki. Pierwszym zadaniem instytucji adopcji jest to, by dać dziecku rodzinę, a nie dziecko rodzinie. W związku z tym rodzi się pytanie, o czyje prawa tu chodzi: prawa dziecka czy prawa do dziecka.

Osoby tej samej płci nie mogą wspólnie płodzić dzieci z powodu obiektywnej niezdolności, choć każda z nich indywidualnie może być płodną. Zatem tylko związek mężczyzny i kobiety pozwala na prokreację, dlatego m.in. z tego powodu osoby tej samej płci nie mogą w satysfakcjonujący sposób wypełnić treść pojęcia małżeństwa. Natomiast mogą one organizować swoje relacje w ramach umów cywilnych⁶⁴.

⁶² A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 11.

⁶³ G. DRAGO, *Le „mariage” homosexuel pose-t-il un problème d’égalité?*, s. 78.

⁶⁴ A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 18.

System małżeński chroni współmałżonków przed osobami trzecimi z poza kręgu rodziny, pozwala ustalić skład rodziny i pochodzenie (stan cywilny) ich członków, a przede wszystkim zapewnia ochronę dzieciom. Prawo wskazuje ojca dziecka urodzonego przez zamężną kobietę. W związku z tym dziecko poczęte lub narodzone w małżeństwie ma za ojca męża matki⁶⁵. W ten sposób dziecko korzysta z przysposobienia z mocy prawa⁶⁶. Z istnienia przesłanki domniemania, jaką jest urodzenie dziecka w czasie trwania małżeństwa, wynika wniosek domniemania ojcostwa męża. Domniemanie ojcostwa męża wchodzi w rachubę niezależnie od tego, czy małżonkowie pozostają we wspólnym pożyciu, czy też żyją w separacji faktycznej⁶⁷. Przysposobienie nie zależy od decyzji i dobrej woli ojca, który uznaje bądź nie swoje ojcostwo. Przyjęcie takiego rozwiązania prowadziłoby do wytoczenia przeciw niemu powództwa o uznanie ojcostwa.

Relacja między osobami tej samej płci jest relacją między dwoma osobami, których celem nie jest założenie rodziny, a dzieje się tak nie dlatego, że jako jednostki nie mają takich predyspozycji naturalnych, ale z racji obiektywnych, bo tylko związek mężczyzny i kobiety pozwala na prokreację⁶⁸. Interesujące jest orzeczenie sądu apelacyjnego z Bordeaux, który stwierdził, że „zdefiniowanie płciowości męża i żony znajduje swoje wypełnienie w zdefiniowaniu płciowości ojca i matki”⁶⁹.

Dobro dziecka jest samodzielną przesłanką oceny dopuszczalności rozwodu, niezależną od zasad współżycia społecznego. Sąd nie może więc badać, czy orzeczenie rozwodu ze szkodą dla dziecka byłoby sprzeczne z tymi zasadami⁷⁰.

Dzieci są chronione w prawie niezależnie od tego, jaka jest seksualność ich rodziców. Dzieci nie znajdują się przecież w jakiejś próżni prawnej. Przeciwnie, są w prawie chronione w miarę, gdy brana jest pod uwagę ich szczególna sytuacja⁷¹.

ZAKOŃCZENIE

Małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety ma swoje podstawy i uzasadnienie w prawie naturalnym. Domaganie się prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci jest próbą subiektywnego rozumienia praw człowieka i tym

⁶⁵ Art. 62 § 1 k.r.o.; B. TRĘBSKA, *Komentarz do art. 62*, [w:] J. WIERCINŃSKI (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, s. 606-607.

⁶⁶ A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 16.

⁶⁷ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 196.

⁶⁸ A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 14.

⁶⁹ CA Bordeaux, n. 04/04683, 13.04.2005.

⁷⁰ T. SMYCZYŃSKI, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, s. 154.

⁷¹ A. MIRKOVIC, A.M. LE POURHIET, *Mariage des personnes*, s. 9.

samym pozbawianiem ich uniwersalnej wartości. Subiektywne rozumienie praw człowieka sprawia, że człowiek staje się miarą samego siebie i swoich działań na rzecz indywidualistycznej idei prawa. Zatarciu ulega granica między tym co naturalne i tym co sztuczne (umowne), zakrawa to na paradoks w świecie, który tak dużą uwagę przywiązuje do rozwoju ekologii, szacunku wobec natury. Małżeństwo mężczyzny i kobiety za cel ma rodzinę i przyszłe potomstwo. Dlatego jego uprzywilejowany status prawny jest mu udzielany ze strony społeczeństwa z uwagi na jego wkład w rozwój przyszłych pokoleń.

Współcześnie, kiedy tak wiele mówi się o ekologii, może zastanawiać i dziwić lobbing na rzecz związków, które są sprzeczne z tym, tak powszechnie akceptowanym ukierunkowaniem ekologicznym.

BIBLIOGRAFIA

1. ŹRÓDŁA

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997, Nr 78, poz. 483 ze zm.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych otwarty do podpisania w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 167, załącznik.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 30.03.2010 r., Dz. Urz. UE C Nr 83, s. 389.
- Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst jedn.: Dz.U. 2012, poz. 788 ze zm.
- Komentarz Ogólny nr 19 z dnia 27 lipca 1990 r., pkt 2, <http://www2ohchr.org/english/Dobies/hrc/comments.htm> [dostęp: 9.11.2011].
- Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, [w:] Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów, oprac. Anna Przyborowska-Klimeczak, Lublin 2001, s. 166-171.
- Digesta, [w:] Corpus Iuris Civilis, Editio Stereotypa Quinta Decima, Recognovit Th. Mommsen, Retractavit P. Krueger, Berolini 1928.
- M.T. CICERO, De re publica, [w:] M.T. CICERONIS, Scripta quae manserunt omnia, fasc. 39, oprac. K. Ziegler, BSB B.G. Teubner Verlagsgesellschaft, Leipzig 1969; tekst polski: M.T. CICERO, O państwie, [w:] M.T. CICERO, O państwie, o prawach, o powinnościach, o cnotach, tłum. K. Leśniak, PWN, Warszawa 1960.
- S. THOMAE AQUINATIS, Summa theologica, tomus IV, Secunda Secundae: I-XCI; De fide, De spe, De charitate, De prudentia, De iustitia, opr. N.S. Billuart, C.-J. Drioux, Parisiis apud Bloud et Banal, Bibliopdas 1880; tekst polski: ŚW. TOMASZ Z AKWINU, Summa teologiczna, t. 18, sprawiedliwość (2-2, qu. 57-80), tłum. F.W. Bednarski, Nakładem Katolickiego Ośrodka Wydawniczego Veritas, Londyn 1970.
- Wyrok Cossey v. Wielka Brytania z 13.12.1979 r., skarga nr 7114/75, DR 24/5.

Wyrok Rees v. Wielka Brytania z 17.10.1986 r., A. 106.
Wyrok Burden v. Wielka Brytania z 29.04.2008 r., skarga nr 13378/05.
Wyrok Muñoz Díaz v. Hiszpania z 8.12.2009 r., skarga nr 49151/07.
Wyrok Schalk i Kopf v. Austria z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04.
Wyrok Şerife Yiğit v. Turcja z 18.11.2010 r., skarga nr 3976/05.
Decyzja Nylund v. Finlandia z 29.06.1999 r., skarga nr 27110/95.
Decyzja Antonio Mata Estevez v. Hiszpania z 10.05.2001 r., skarga nr 56501/00.
Decyzja KPCz z dnia 17 lipca 2002 r., w sprawie Joslin v. Nowa Zelandia, 902/1999.
CA Bordeaux, 13.04.2005, n. 04/04683.

2. LITERATURA

BENEDYKT XVI: Caritas in veritate, nr 7.
BORYSIAK Witold: Komentarz do art. 1, [w:] Jacek WIERCIŃSKI (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LexisNexis, Warszawa 2014.
BOURGES Béatrice, MIRKOVIC Aude, MONTFORT Élisabeth: De la théorie du genre au mariage de même sexe...: L'effet dominos: théorie du Genre, Mariage de même sexe, Multiparenté, Procréation Médicalement Assistée, Gestation pour autrui..., Édition Peuple Libre, Valence 2013.
CHOUDHRY Shazia: Article 9 – Right to Marry and Right to Fund a Family, [w:] Steve PEERS, Tamara HERVEY, Jeff KELNER, Angela WARD (eds.), The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, Hart Publishing, Oxford–Portland, Oregon, 2014.
DRAGO Guillaume: Le „mariage” homosexuel pose-t-il un problème d'égalité? La culture de l'égalitarisme au service des lobbys, [w:] Tous unis pour le mariage. Le mariage homosexuel en question, Éditions Universitaires, Nanterre 2013.
DUPRE DE BOULOIS Xavier: Droits et libertés fondamentaux, Presses Universitaires de France, Paris 2010.
GARLICKI Leszek: Komentarz do art. 18, [w:] Leszek GARLICKI (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.
HAUTEBERT Jöel: Résister à la corruption de la loi, „L'homme nouveau”, Hors-série, 2012, nr 10.
KAMIŃSKI Ireneusz C.: Komentarz do art. 12, [w:] Andrzej WRÓBEL (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2013.
MALINVERNI Giorgio: Droits garantis et mécanisme de mise en œuvre, [w:] Maya Hertig RANDALL, Michel HOTTELIER (ed.), Introduction aux droits de l'homme, Editions Yvon Blais, Schulthess, Genève–Zurich–Bâle 2014.
MIRKOVIC Aude, LE POURHIET Anne Marie: Mariage des personnes de même sexe. La controverse juridique, Tequi, Paris 2013.
NOWICKI Marek A.: Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
OBERDORFF Henri: Droits de l'homme et libertés fondamentales, L.G.D.J., Paris 2010.
Przemówienie papieża Franciszka w Parlamencie Europejskim w Strasburgu w dniu 25 listopada 2014 r.

- PUPPINCK Grégor: Les enfants au crible du désir. „L’homme nouveau”, Hors-série, 2012, nr 10.
- RENUCCI Jean-Francois : Droit européen des Droits de l’homme, L.G.D.J, Paris 2012.
- SAURON Jean-Luc, CHARTIER Aude: Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l’homme, Gualino-Editions, Issy-les-Moulineaux 2014.
- SĘKOWSKA-KOZŁOWSKA Katarzyna: Komentarz do art. 23, [w:] Roman WIERUSZEWSKI (red.), Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz, Warszawa 2012, Lex.
- SMYCZYŃSKI Tadeusz: Prawo rodzinne i opiekuńcze, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.
- SMYCZYŃSKI Tadeusz: Zagadnienia wprowadzające, [w:] Tadeusz SMYCZYŃSKI (red.), System Prawa Prywatnego, t. XI: Prawo rodzinne i opiekuńcze, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- SOBCZAK Jacek: Komentarz do art. 7, [w:] Andrzej WRÓBEL (red.), Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- SOBÓR WATYKAŃSKI II: Konstytucja duszpasterska *Gaudium et spes*, nr 26.
- TRĘBSKA B.: Komentarz do art. 62, [w:] Jacek WIERCIŃSKI (red.), Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, LexisNexis, Warszawa 2014.
- VERGELY Bertrand: Le mariage gay ou la dictature de la confusion, [w:] Tous unis pour le mariage. Le mariage homosexuel en question, Éditions Universitaires, Nanterre 2013.

NIERACJONALNOŚĆ ARGUMENTU RÓWNOŚCI
WOBEC PRAWA W LOBBINGU NA RZECZ
ZAWIERANIA „MAŁŻEŃSTW” PRZEZ OSOBY TEJ SAMEJ PŁCI

STRESZCZENIE

Artykuł dotyczy kwestii związanych z propagowaniem kultury równości w służbie lobbingu na rzecz zawierania „małżeństw” przez osoby tej samej płci. Prawo do zawarcia małżeństwa wynika z obiektywnego charakteru praw człowieka, który jest warunkiem koniecznym ich uniwersalności. Małżeństwo jest z prawa naturalnego związkiem mężczyzny i kobiety, zakładanym w celu przyszłej rodziny i potomstwa. Wspólne życie partnerów tej samej płci nie daje podstaw do przyznania ich relacjom praw małżeńskich, z jakich korzystają mężczyźni i kobiety. Jednak nie można w tej sytuacji mówić o ich dyskryminacji. Sytuacja faktyczna osób tej samej płci jest inna aniżeli małżeństw. Uzasadniona zatem jest odmienna regulacja prawna, która uwzględni ich odmienną sytuację faktyczną.

Słowa kluczowe: małżeństwo mężczyzny i kobiety, relacje partnerskie osób tej samej płci, równość i niedyskryminacja

IRRATIONALITY OF EQUALITY
BEFORE THE LAW ARGUMENT IN LOBBYING
FOR THE SAME-SEX COUPLES "MARRIAGES"

SUMMARY

Article concern issues related to irrationality of equality before the law argument in lobbying for the same-sex couples "marriages". Marriage from natural reasons is a relationship of man and woman strictly connected with starting family and having children. Relationship of the same-sex partners should not provide them rights and responsibilities, which concern relationships of men and women. Despite of this, these persons are not discriminated, because their factual situation is different than situation of marriages. From that reason, it is justified to apply to them different legal norms, which are adjusted to their specific factual situation.

Key words: marriage between a man and woman, same-sex relationships, equality and non-discrimination law