

Ks. Lucjan Świto
Wydział Teologii
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

Ideologia *gender* a różnica płci w aspekcie prawa do rodziny – zarys regulacji prawnych

Słowa kluczowe: rodzina, małżeństwo, ideologia *gender*, prawo europejskie, kanoniczne prawo małżeńskie, polskie prawo rodzinne.

Key words: family, marriage, gender ideology, european law, canon law marriage, polish family law.

Schlüsselworte: Familie, Ehe, Gender-Ideologie, Europäisches Recht, kirchliches Eherecht, polnisches Familienrecht.

Wstęp

Prawo do rodziny jest jednym z podstawowych praw człowieka, które jest określone i chronione w licznych aktach ustawodawczych obowiązujących systemów prawnych. Także w powszechnej świadomości społecznej rodzina należy do „dóbr”, których wartości nie sposób przecenić. Nie sposób jednakże nie dostrzec i tego, że przeobrażenia społeczne XX w. oraz ekspansja nurtów myślowych podważających wszelkie fundamentalne aksjomaty odnoszące się do człowieka, w tym tożsamość płciową i wynikający z niej podział ról społecznych, zakwestionowały również „tradycyjny” sposób myślenia o rodzinie. Pytanie o istotę rodziny i jej model, a przede wszystkim o strukturę płci tworzącego ją związku dwojga ludzi, nabrało nowego wymiaru, zaś lansowane przez ideologię *gender* odpowiedzi nie tylko coraz to śmieiej kwestionują oparty na prawach biologii porządek społeczny, ale i ład normatywny, stając się wyzwaniem dla współczesnego prawa.

Nie podejmując próby całościowego przedstawienia koncepcji myślowych idei *gender*, gdyż jest to nurt wielowymiarowy, mający liczne odcienie

feministyczne i sięgający swymi korzeniami egzystencjalizmu, marksizmu oraz kolektywizmu¹, z uwagi na ramy określone tematem dość powiedzieć, że genderyzm – w swej radykalnej formule – odrzuca dychotomiczny podział społeczeństwa na dwie płcie, wprowadzając „płeć kulturową” (społeczną), która nie jest utożsamiana z płcią biologiczną. Ta bowiem (ang. *sex*) odnosi się do somatyki i dotyczy jedynie określenia różnic anatomicznych wynikających z dymorfizmu płciowego, zaś „płeć kulturowa” (ang. *gender*) dotyczy kontekstu szerszego, tj. zachowań, postaw i motywów działania. W przekonaniu zwolenników ideologii *gender* cechy uznawane za genetycznie przypisane mężczyźnie lub kobiecie wynikają jedynie z uwarunkowania kulturowego lub presji społecznej i są swoistym mitem. Skutkiem wprowadzenia genderyzmu ma być zatem „zniesienie płci” i wyzwolenie człowieka z naleciałości kulturowych, jakie go ograniczają². Genderyzm propaguje androgeniczność i nieprzysiężanie się do jakiegokolwiek roli społecznej i płciowej oraz odrzucenie podziału na mężczyzn i kobiety, co oznacza, że w każdym człowieku należy dostrzegać w równym stopniu cechy zarówno męskie, jak i żeńskie. Każdy człowiek może też wybierać i prezentować wybrane przez siebie postawy, co w praktyce winno polegać na świadomym zacieraniu różnic kulturowych między kobietami i mężczyznami i doprowadzić do „programowej równości wszystkich ludzi”³. Genderyzm postuluje dowolność w tworzeniu układów partnerskich, uznaje równorzędność modeli związków seksualnych w myśl koncepcji GLBT (ang.: *gay, lesbian, biseksual, transseksual*), odrzucając ostatecznie „tradycyjne” małżeństwo i rodzinę⁴. W małżeństwie i rodzinie – jak twierdzą zwolennicy przedmiotowej optyki – rozgrywa się walka mężczyzny z kobietą, a w konsekwencji uciskanie kobiety przez mężczyznę i jego dominacja, która następnie przenosi się na inne sfery życia społecznego⁵. *Gender mainstreaming* ma doprowadzić do podejmowania działań i inicjatyw, które pozwolą na uznanie wszelkich modeli życia, opartych o wybraną przez jednostkę tożsamość seksualną za równoważne i w równym stopniu godne poparcia⁶.

¹ M. Wyrostkiewicz, *Główne idee i status filozofii gender*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender jako wyzwanie dla teologii*, Olsztyn 2009, s. 55–56; M. Machinek, *Teologiczna antropologia w konfrontacji z ideą gender*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 99–100.

² M. Wyrostkiewicz, *Główne idee i status filozofii gender...*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 58.

³ Ibidem, s. 57.

⁴ P. Morciniec, *Płciowość w teorii gender-krytyka i bilans skutków*, w: P. Morciniec (red.), *Miłość-płciowość-płodność. Aktualne problemy etyki seksualnej*, Opole 2007, s. 121.

⁵ M. Wyrostkiewicz, *Główne idee i status filozofii gender...*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 60.

⁶ C. Opalach, *Rodzina wobec adopcji dzieci przez pary homoseksualne w kontekście „gender mainstreaming”*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 143.

Abstrahując od tego, czy genderyzm prowadzi do transformacji paradygmatów filozoficznych i czy wytyczy on nowy paradygmat antropologiczny zauważyć należy, że kwestia binarności płciowej staje się zagadnieniem, które wyraźnie wykracza już poza sam dyskurs naukowy, rzutując nie tylko na mentalność społeczną, ale i kształt obowiązującego prawa. W niniejszym artykule podjęto próbę odpowiedzi na pytanie: Czy – a jeśli tak, to na ile – ideologie *gender* przeniknęły do sfery prawa, analizowanego w syntetycznym zarysie w odniesieniu do wybranych zagadnień regulacji rodzinnych w trzech obszarach ustawodawczych: w prawie polskim, europejskim i kanonicznym? A także: Czy w aktualnej rzeczywistości prawnej grozi nam redefinicja rodziny?

1. Prawo polskie

Nie ulega wątpliwości, że w świetle ustawodawstwa polskiego związek małżeński zawrzeć może tylko kobieta i mężczyzna i tylko taki związek oraz będące jego pochodną macierzyństwo i rodzicielstwo, pozostaje pod ochroną przepisów prawnych, co *expressis verbis* wynika z zapisów Konstytucji RP z 1997 r.⁷ oraz ustawy z 25 lutego 1965 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁸. Konkubinat, czyli jak powszechnie przyjmuje się w literaturze⁹ i judykaturze¹⁰, trwała wspólnota życiowa kobiety i mężczyzny charakteryzująca się ich wspólnym zamieszkiwaniem, prowadzeniem gospodarstwa domowego i współżyciem fizycznym, nie jest w Polsce regulowany prawnie, aczkolwiek w pewnych wymiarach konkubentom przyznaje się uprawnienia podobne do tych, jakie przysługują małżonkom. Rodziną ani małżeństwem nie są natomiast związki osób tej samej płci i w żadnym aspekcie nie stosuje się doń analogii dotyczącej małżonków. To z pozoru jasne i powszechnie przyjęte w doktrynie stanowisko przy bliższej analizie ujawnia jednakże pewne wątpliwości, które

⁷ Art. 18 Konstytucji stanowi, że „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁸ Z treści art. 1 § 1 k.r.o. jednoznacznie wynika, że małżeństwo zawrzeć może wyłącznie kobieta i mężczyzna, zaś art. 23 jednoznacznie wskazuje, że rodzina powstaje przez zawarcie małżeństwa.

⁹ M. Nazar, *Konkubinat a małżeństwo – wybrane zagadnienia*, w: M. Andrzejewski (red.), *Księga jubileuszowa Prof. dr. hab. Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 219–237; T. Smoczyński, *Czy potrzebna jest regulacja prawna pożycia konkubenckiego (heteroseksualnego i homoseksualnego)*, w: P. Kasprzyk (red.), *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane*, Lublin 2005, s. 462–467.

¹⁰ Zob. wyrok SN z 16.05.2000 w sprawie IV CKN 32/00, OSNC 2000, nr 12, poz. 222; wyrok SN z 5.03.2003 w sprawie III CZP 99/02, OSNC 2003, nr 12, poz. 159; wyrok SN z 12.01.2006 w sprawie II CK 324/05, Mon. Praw. 2006, nr 4, s. 172.

każą zastanowić się, czy prawo polskie pozostało w tym względzie monolitem i czy nie widać tu pierwszych oznak wyłomu. Pytanie to nabiera szczególnego znaczenia zwłaszcza w aspekcie dotyczącym możliwości prawnego traktowania związków homoseksualnych na równi z heteroseksualnymi związkami konkubenckimi. Wątpliwość w tym przedmiocie rodzi fakt, że Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 23 lutego 2007 r. w sprawie jednoznacznie orzekł, że „pod pojęciem konkubinatu należy rozumieć stabilną, faktyczną wspólnotę osobisto-majątkową dwojga osób. Bez znaczenia we wspomnianym aspekcie jest płeć. Nie ma podstaw do stosowania odmiennych zasad przy rozliczaniu konkubinatu homoseksualnego niż te, które mają zastosowanie odnośnie konkubinatu heteroseksualnego”¹¹. Pogląd ten spotkał się z głosami krytyki w piśmiennictwie¹², jednakże – z uwagi na rangę artykułującego go Sądu i fakt, że pogląd ten wyrażony został przez podmiot mający zasadniczy wpływ na wykładnię i stosowanie przepisów bezpośrednio w życiu – nie można uznać go za niebyły. Nie można też nie dostrzec pewnych zmian ustawodawczych. O ile bowiem art. 8 ust. 1 ustawy z 2 lipca 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych¹³ posługiwał się pojęciem osoby pozostającej „we wspólnym pożyciu małżeńskim”, to z chwilą jego uchylenia i wejścia w życie ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego¹⁴, wprowadzony do tegoż kodeksu art. 691 § 1, operuje już tylko pojęciem „wspólne pożycie”, bez przymiotnika „małżeńskie”. W uzasadnieniu uchwały z 21 maja 2002 r. Sąd Najwyższy¹⁵ uznał wprawdzie, że terminu „wspólne pożycie” nie można używać w innym znaczeniu, niż do oznaczenia więzi łączącej dwie osoby pozostające w takich relacjach jak małżonkowie, jednakże – zakładając racjonalność ustawodawcy – trudno kategorycznie wykluczyć tezę, że wykładnia rozszerzająca tego terminu, a zatem odnosząca pojęcie „wspólne pożycie” także i do pożycia par inne niż heteroseksualne, jest z gruntu wykluczona. Na marginesie odnotować należy, że przypadki swoistej, prawnej „akceptacji” konkubinatów jednopłciowych spotkać można w aktach prawa lokalnego. I tak, np. konkubinaty homoseksualne uznały władze Warszawy, przyznając w 2004 r. pracownikom Transportu Miejskiego i ich partnerom prawo do korzystania z darmowych przejazdów środkami komunikacji miejskiej¹⁶, zaś Miejski Społeczny Ośrodek

¹¹ Sprawa I Ca 590/06, OSA 2007, nr 1, poz. 10.

¹² H. Ciepla (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 56.

¹³ Dz.U. 1998, nr 120, poz. 787.

¹⁴ Dz.U. 2005, nr 31, poz. 266.

¹⁵ Sprawa III CZP 26/02, OSNC 2003, nr 2, poz. 20.

¹⁶ Uchwała Nr XLIII/1040/2004 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 16 grudnia 2004 r.

Pomocy Społecznej w Chorzowie usankcjonował w 2007 r. prawo do pomocy społecznej pary homoseksualnej¹⁷.

Analizując zagadnienie różnicy płci w aspekcie małżeństwa i istniejących w tym względzie zagrożeń nie można nie odnieść się do problemu transseksualizmu¹⁸. W świetle art. 1 § 1 k.r.o. nie ulega wątpliwości, że dla zawarcia małżeństwa istotne znaczenie ma różnica płci nupturientów, wynikająca z aktów urodzenia, która musi występować w czasie zawierania związku małżeńskiego. Oznacza to, że ani sam transseksualizm ani ewentualna medyczna oraz prawna „zmiana” płci nie są – co do zasady – przeszkodą do skutecznego zawarcia małżeństwa, o ile transseksualista wstępuje w związek małżeński z osobą, która jest płci odmiennej od tej, jaka wynika z jego aktu urodzenia. Zasadniczy problem pojawia się jednakże wówczas, gdy do zabiegu *sex-conversion*, czyli do zmiany płci jednego z małżonków dochodzi w trakcie trwania małżeństwa. Sąd Najwyższy w uchwale z 11 czerwca 1989 r.¹⁹, mającej moc zasady prawnej, stanął na stanowisku, że zmiana płci nie wpływa sama przez się i automatycznie na już zawarte małżeństwo jako instytucję prawną. Nie może ona stanowić podstawy sprostowania lub unieważnienia aktu urodzenia bądź aktu małżeństwa albowiem zaistniała po sporządzeniu tych aktów, ani też unieważnienia małżeństwa, ponieważ Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie przewiduje takiej podstawy unieważnienia. Nie można też uznać, by na skutek transformacji płci jednego z małżonków doszło do niezawarcia małżeństwa z przyczyn braku różnicy płci, gdyż – jak zauważa się w literaturze²⁰ – w czasie jego zawierania ta różnica zachodziła. Zmianę płci przez jednego z małżonków można analizować jedynie w kontekście okoliczności wskazujących na istnienie rozkładu pożycia, a zatem przesłanek uzasadniających rozwód lub separację, jednakże – w przypadku braku takiej woli stron – w statusie małżeństwa nic nie ulegnie zmianie. Oznacza to zatem, że w świetle obowiązującego prawa nie można wykluczyć sytuacji, iż *de facto* w Polsce pojawią się związki dwóch kobiet czy dwóch mężczyzn mające prawny status małżeństwa, z pełną wynikającą z tego tytułu ochroną.

Zagadnienie prawnej regulacji zmiany płci i sytuacji transseksualisty po operacji, w tym kwestia statusu rodzinnego osoby po zabiegu adaptacyjnym,

¹⁷ *Sytuacja prawna i społeczna osób LGBT w Polsce*, Gazeta Wyborcza (dodatek z Katowic) 2007, z. 17 VII.

¹⁸ Rozumianego jako odmianę zaburzeń związanych z identyfikacją i rolą płciową, przejawiających się w niezgodności pomiędzy psychicznym poczuciem płci a biologiczną budową ciała (zob. K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 118–119).

¹⁹ Sprawa III CZP 37/89, OSNCP 1989, nr 12, poz. 188.

²⁰ H. Chwyć, *Zawarcie małżeństwa w prawie polskim. Poradnik dla kierowników Urzędów Stanu Cywilnego*, Lublin 1998, s. 11.

jak dotychczas nie została w żaden sposób jednoznacznie uregulowana, stanowiąc wyraźną lukę w prawie, zaś w literaturze przedmiotu spotkać można różne koncepcje zmian ustawodawczych w przedmiotowej materii *de lege ferenda*²¹. Nie podejmując próby zagłębienia się w tę nader kontrowersyjną, tak w orzecznictwie, jak i doktrynie²², płaszczyznę rozważań o istocie transseksualizmu i jego wymiarze medyczno-prawnym zasygnalizować jedynie należy, że wspomniana luka w prawie wymaga nie tylko pilnej regulacji, ale i dużej troski o to, jaką treścią i jaką ideologią lukę tę się wypełni.

Odnosząc się natomiast do aspektu rodzicielstwa również i tu zauważyć należy, że co do zasady przepisy obowiązującego prawa polskiego chronią rodzinę rozumianą jako związek mężczyzny i kobiety usankcjonowany węzłem małżeńskim. Znajduje to swój wyraz m.in. w przepisie art. 115 § 1 k.r.o., który stanowi, że wspólnego przysposobienia dziecka dokonać mogą tylko małżonkowie. Adoptować wspólnie nie mogą zatem ani heteroseksualni konkubenci, ani osoby pozostające w związkach homoseksualnych²³. Wbrew pozorom nie oznacza to jednakże, że pary homoseksualne nie mogą wspólnie wychowywać dziecka przysposobionego, gdyż w świetle art. 114 § 1 k.r.o. przysposobić (indywidualnie) może każda osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych, jeżeli jej kwalifikacje osobiste uzasadniają przekonanie, że będzie należycie wywiązywała się z obowiązków przysposabiającego. Jeszcze większe „możliwości rodzicielskie” stwarza w tej mierze metoda *in vitro*. I nie chodzi tu o same możliwości *stricto* medyczne, lecz fakt, że w Polsce zapłodnienie *in vitro* nie jest ujęte w żadne ramy prawne, a regulują je tylko zasady sztuki medycznej, kodeks etyki lekarskiej i ogólne wymagania dotyczące zakładów opieki zdrowotnej. Żadne przepisy w prawie polskim nie określają kto może poddać się zabiegowi *in vitro* i jedynym w zasadzie weryfikującym kryterium w tej mierze jest możliwość finansowa osób ubiegających się o zabieg i stan zdrowia pacjentki. Podkreślić przy tym należy, że kliniki nie wymagają, aby przyszli rodzice pozostawali w związku formalnym, co oznacza, że jeżeli poczęcie dziecka parze innej niż heteroseksualna nie narusza sumienia przeprowadzającego zabieg lekarza – brak jest jakichkolwiek podstaw, by do wykonania takiego zabiegu nie dopuścić. Możliwości w tym zakre-

²¹ Zob. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, w: M. Filar (red.), *Prawo a medycyna u progu XX wieku*, Toruń 1987, s. 83–101; M. Rozentel, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, Państwo i Prawo 10 (1991), s. 64–73; M. Adamczyk, *Zmiana płci w świetle aktualnego stanu prawnego*, Przegląd sądowy 11–12 (2006), s. 206–232; P. Daniluk, *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, Państwo i Prawo 5 (2007), s. 71–84.

²² Zob. R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 210–220.

²³ Zob. wyrok SN z 30.03.1962 w sprawie 3 CR 124/62, OSNCP 1963, nr 2, poz. 47.

sie dodatkowo zwiększają się o tyle, że w prawie polskim nie ma zakazu handlu komórkami rozrodczymi. Jedyne zakazy dotyczące handlu komórkami, tkankami i narządami ludzkimi zawiera ustawa transplantologiczna²⁴, jednakże ta, w art. 1 ust. 2 wprost stanowi, że przedmiotowa regulacja nie dotyczy właśnie komórek rozrodczych, gonad i tkanek zarodkowych. Co więcej, nie ma też żadnej regulacji, która określałaby prawo do dysponowania zarodkiem. Abstrahując od tego, że ochrona prawna dziecka poczętego (zarówno w świetle prawa karnego, jak i w świetle ustawy antyaborcyjnej) dotyczy jedynie dziecka w łonie matki, a zatem nie odnosi się do dziecka będącego jeszcze „w próbowce”, zauważyć należy, że wprowadzie przyjmuje się, że prawo do dysponowania embrionami mają dawcy gamet, jednakże w umowach zawieranych z klinikami bezpłodności pary zwykle zrzekają się praw do „nadprogramowych zarodków” na rzecz kliniki. Oznacza to, że klinika może z zarodkami tymi postąpić dowolnie i np. implantować je dowolnie wybranym, ubiegającym się o to osobom. Nie wnikając się w analizę licznych wątpliwości etyczno-prawnych dotyczących metody *in vitro*, zwłaszcza tych odnoszących się do prawnego ustalenia kto jest rodzicem zarodka i perturbacji związanych z kwestią zaprzeczenia ojcostwa i brakiem w prawie polskim możliwości zaprzeczenia macierzyństwa, podnieść jedynie należy, że wobec braku regulacji prawnej w tym przedmiocie, potencjalne możliwości nadużyć są w zasadzie nieograniczone. Oznacza to również, że heteroseksualna koncepcja rodzicielstwa nie podlega w prawie polskim takiej ochronie, jak wynikałoby to z jego założeń.

2. Prawo europejskie

Kwestia małżeństwa i prawa do rodziny jest przedmiotem różnorodnych regulacji w aktach prawa międzynarodowego i europejskiego, powstających z niesłabnącą intensywnością od okresu powojennego do chwili obecnej²⁵. Skupiając się na standardach europejskich (fragmentarycznie tylko, z uwagi na ramy tej publikacji i kontekst poruszanych w niej zagadnień) odnotować należy, że Europejska Konwencja Praw Człowieka sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., mówiąc o prawie do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, w art. 12 – w brzmieniu uwzględniającym zmiany dokonane Protokołami nr 3,

²⁴ Ustawa z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz.U. 2005, nr 169, poz. 1411.

²⁵ Zob. T. Jasudowicz, *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*, Toruń 1999.

5 i 8 oraz po uzupełnieniu Protokołem nr 2 – jednoznacznie określa, że jest to prawo przysługujące mężczyźnie i kobiecie²⁶. Tego rodzaju sformułowania nie zawiera już ratyfikowany w grudniu 2009 r. traktat lizboński²⁷, a przede wszystkim, stanowiąca integralną część tego traktatu, Karta Praw Podstawowych²⁸. Dokument ten (KPP), będąc zbiorem fundamentalnych praw człowieka i stanowiąc oficjalną wykładnię wartości współczesnej, świeckiej kultury zachodniej wobec płciowego zróżnicowania ludzi, w Tytule II art. 9 stanowi jedynie, że prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw. Zapis powyższy w sposób jednoznaczny legitymizuje związki homoseksualne, przewidując w sposób oczywisty odstępstwa od „tradycyjnej” formuły małżeństwa określonej we wspomnianej Konwencji z 1950 r. W tym miejscu dla porządku przypomnieć należy, że możliwość zawarcia homoseksualnego małżeństwa dopuszcza Holandia, Belgia i Hiszpania, zaś instytucja zarejestrowanego związku partnerskiego osób tej samej płci występuje m.in. w Danii, Holandii, Francji, Niemczech, Portugalii, Wielkiej Brytanii, Czechach, na Węgrzech, w Słowenii i w Austrii, zaś na adopcję dzieci przez pary homoseksualne zgodziła się już Holandia i Flandria, a wiele innych państw, jak np. Niemcy, Francja i Szwecja zalegalizowały adopcję dziecka partnera homoseksualnego z poprzedniego związku²⁹. To, że współczesne prawodawstwo europejskie sankcjonuje związki jedнопłciowe oraz właściwy dlań model stylu życia, jednoznacznie wynika z treści m.in. Rezolucji Parlamentu Europejskiego przyjętej w Strasburgu 16–19 stycznia 2006 r. W rezolucji tej PE wezwał bowiem państwa członkowskie do zapewnienia partnerom tej samej płci poszanowania, godności oraz ochrony na równi z resztą społeczeństwa, a także do zlikwidowania dyskryminacji, jakiej doświadczają partnerzy tej samej płci w takich dziedzinach jak prawo spadkowe, kwestie własności, prawo najmu, emerytury podatki, ubezpieczenia społeczne itp. Wezwanie skierowane zostało też do Komisji Europejskiej, aby ta, w ramach UE, wymogła na państwach członkowskich taką edukację, a także zastosowanie środków administracyjnych, sądow-

²⁶ Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

²⁷ Traktat lizboński podpisany 13 grudnia 1997 r. w Lizbonie jest umową międzynarodową zakładającą m.in. reformę instytucji Unii Europejskiej. W stosunku do państw-stron, w tym Polski, weszła w życie 1 grudnia 2009 r. (Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569). W skład jej struktury wchodzi Traktat o Unii Europejskiej (TUE) oraz Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE).

²⁸ Karta Praw Podstawowych uchwalona i podpisana została 7.12.2000 r. podczas szczytu Rady Europy w Nicei. Moc wiążąca dokumentu została mu nadana przez traktat lizboński. Kartę zaakceptowały wszystkie kraje UE za wyjątkiem Wielkiej Brytanii, Czech i Polski, które zastrzegły ograniczenie jej ochrony dla swoich obywateli.

²⁹ C. Opalach, *Rodzina wobec adopcji dzieci przez pary homoseksualne...*, w: M. Machinek (red.), *Idwa gender...*, s. 142.

nicznych i legislacyjnych, aby skutecznie walczyć z homofobią³⁰. W odniesieniu do transseksualistów Parlament Europejski w wydanej już 12 września 1989 r. „Rekomendacji o sytuacji osób transseksualnych” wezwał wszystkie kraje członkowskie do niedyskryminacji i uznania pełnych praw osób transseksualnych, zaś Rada Europy w tym samym roku wezwała wszystkie państwa członkowskie do uznania nowej pozycji prawnej osób transseksualnych³¹. Karta Praw Podstawowych w Tytule III art. 21, uszczegóławiając pojęcie równości wobec prawa zawiera zakaz dyskryminacji m.in. z powodu płci (w odniesieniu także do genetyki³²), co w powiązaniu z analogicznym zakazem zawartym w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz wyrażonym w art. 8 tejże Konwencji prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, jest podstawą licznych roszczeń osób transseksualnych w zakresie uprawnienia zabiegu *sex-conversion*, prawa do zawarcia małżeństwa oraz założenia rodziny, jak również roszczeń osób homoseksualnych w sferze praw rodzicielskich.

Mówiąc o aktach prawa europejskiego nie sposób nie wspomnieć o roli orzecznictwa Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, które w znaczący sposób kształtuje to prawo w praktyce. W orzecznictwie tym na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat wyraźnie dostrzec można tendencję poszerzania sfery uprawnień związków homoseksualnych i transseksualnych w aspekcie szeroko pojmowanego życia rodzinnego, i to pomimo tego, że przez długi okres Komisja jednoznacznie stała na stanowisku, że związki homoseksualne i pary lesbijskie w pojęciu „życie rodzinne” nie mieszczą się³³. Jako znamienne dla ukazania owych tendencji przemian uznać należy sprawę X.Y.Z. przeciwko Wielkiej Brytanii³⁴ dotyczącą odmowy zarejestrowania pooperacyjnego transseksualisty jako ojca dziecka urodzonego przez jego partnerkę w wyniku sztucznego zapłodnienia. W sprawie tej Komisja orzeczeniem z 22 kwietnia 1997 r. wyraziła pogląd, że jakkolwiek nadal nie ma wspólnego standardu europejskiego w sferze praw rodzicielskich transseksualistów, w związku z czym nie ma podstaw nałożenia na państwo obowiązku formalnego uznania za ojca dziecka osoby, niebędącej

³⁰ S. Ewertowski, *Karta Praw Podstawowych UE w kontekście gender mainstreaming*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 191.

³¹ R. Szewczyk, *Status prawny osoby „zmieniającej” płeć w dokumentach Unii Europejskiej i w nauczaniu Kościoła Katolickiego*, w: M. Machinek, *Idea gender...*, s. 210.

³² Zob. S. Hambura, M. Muszyński, *Karta Praw Podstawowych z komentarzem*, Bielsko-Biała 2001, s. 111–115.

³³ M. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo*, t. 2, Zakamycze 2002, s. 593.

³⁴ Skarga nr 21830/93, RJD 1997-II.

jej ojcem biologicznym, to jednakże pojęcie życia rodzinnego nie należy już ograniczać wyłącznie do rodzin opartych na małżeństwie i może ono obejmować inne faktyczne stosunki³⁵. Jeżeli zatem transseksualista mieszka tak, jak w tradycyjnym związku rodzinnym, z partnerką reprezentującą jego poprzednią płć oraz jej dzieckiem, należy domniemywać prawne uznanie takiego związku³⁶. Równie znamienny jest też wyrok ETPC z 22 stycznia 2008 r. w sprawie E.B. przeciwko Francji³⁷. W orzeczeniu tym Trybunał uznał (całkowicie odmiennie niż w wyroku z 26 lutego 2002 r. w sprawie Frette przeciwko Francji³⁸), że odmowa zgody na adopcję dziecka przez homoseksualistkę w oparciu o względy dotyczące jej orientacji seksualnej, narusza art. 14 w połączeniu z art. 8 Konwencji i nakazał Francji wypłacić skarżącej 10 tys. euro jako zadośćuczynienie za krzywdę moralną. Nadmienić należy, że w tej sprawie wnosząca o adopcję skarżąca E.B. pozostawała w trwałym i publicznie jawnym związku homoseksualnym, zaś jej partnerka „nie czuła się przywiązana do wniosku o adopcję”³⁹. W sprawie natomiast Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁰ Trybunał w orzeczeniu z 11 lipca 2002 r. podkreślił rosnącą społeczną akceptację dla transseksualizmu, zmiany w rozwoju medycyny i nauki w tej dziedzinie, co ostatecznie doprowadziło Trybunał do konstatacji, że odmowa zgody na prawne uznanie zmiany płci narusza prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8), zaś odmowa pooperacyjnemu transseksualistce prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny jest naruszeniem art. 12 Konwencji. W orzeczeniu tym Trybunał podkreślił również, że jakkolwiek to same państwa ustalają, w jakich warunkach osoba domagająca się prawnego uznania za transseksualistę może wykazać zmianę płci lub w jakich poprzednie małżeństwo przestaje być ważne oraz jakie formalności są konieczne do zawarcia przyszłego małżeństwa, to jednakże „nie może być mowy o całkowitym zakazie korzystania przez transeksualistów z prawa do małżeństwa”⁴¹. W orzeczeniu tym ETPC odstąpił od dotychczasowej linii orzeczniczej, prezentowanej od 1986 r. w sprawach o analogicznych stanach faktycznych i prawnych.

³⁵ M. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, s. 771.

³⁶ Ibidem, s. 594.

³⁷ Skarga nr 43546/02.

³⁸ Skarga nr 36515/97.

³⁹ M. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2008*, Warszawa 2009, s. 161.

⁴⁰ Skarga nr 28957/95.

⁴¹ M. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze 2005, s. 870.

Przedstawiona powyżej optyka ETPC w zakresie regulacji prawno rodzinnych nie pozostawia wątpliwości co do tego, w jakim kierunku będzie ewoluowało prawo europejskie oraz jak przebiegać będzie transformacja porządków prawnych poszczególnych państw członkowskich UE.

3. Prawo kanoniczne

Norma kan. 1055 i 1057 § 2 Kodeksu Prawa Kanonicznego określa małżeństwo jako przymierze mężczyzny i kobiety tworzące wspólnotę całego życia i skierowane ze swej natury do zrodzenia oraz wychowania potomstwa, zaś Katechizm Kościoła Katolickiego w n. 2202 definiuje rodzinę jako wspólnotę mężczyzny, kobiety i dzieci, gdzie mąż i żona połączeni są węzłem małżeńskim. Takie ujęcie rodziny – czerpiące swój rodowód z prawa naturalnego – wyklucza możliwość uznania za rodzinę jakichkolwiek wspólnot tworzonych na bazie związków osób tej samej płci i od tezy tej Kościół katolicki ani nie przewidywał w historii, ani nie przewiduje współcześnie żadnych odstępstw oraz wyjątków. Kongregacja ds. Nauki Wiary w opublikowanych 3 czerwca 2003 r. „Uwagach dotyczących projektów legalizacji związków między osobami homoseksualnymi” wyraźnie przypominała głoszony od dawna⁴² pogląd, że „w związkach homoseksualnych brakuje całkowicie elementów biologicznych i antropologicznych małżeństwa i rodziny, które mogłyby być racjonalną podstawą dla zalegalizowania prawnego takich związków. Nie są one w stanie zapewnić odpowiednio prokreacji i trwania rodzaju ludzkiego”⁴³. Prawo kanoniczne nie dopuszcza możliwości zawarcia związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci, aczkolwiek homoseksualizm jednego z nupturientów nie powoduje sam w sobie niezdolności tej osoby do prawnie skutecznego wyrażenia konsensusu małżeńskiego. Nie stanowi on zatem przesłanki uniemożliwiającej zawarcie związku małżeńskiego, jednakże – w konkretnym przypadku analizowanym w odniesieniu do indywidualnych cech osobniczych danej osoby oraz charakteru jej relacji małżeńskich czy rodzicielskich – może stanowić tytuł do stwierdzenia nieważności zawartego sakramentu małżeństwa. Homoseksualizm w sprawach *nullitatis matrimonii* w praktyce orzeczniczej sądownictwa kościelnego, a zwłaszcza w orzecznictwie Roty Rzymskiej, spotyka się z różnorodną oceną prawną i bywa klasyfikowany z wielu tytułów: bywa rozpatry-

⁴² Np. wyrażony w Deklaracji „Persona Humana”, AAS 68(1976), s. 77–96, tekst polski w: *W trosce o pełnię wiary. Dokumenty Kongregacji Nauki Wiary 1966–1994*, Tarnów 1995, s. 94–106.

⁴³ Zob. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_pl.html (29.12.2009).

wany jako okoliczność świadcząca o niezdolności do podjęcia i wypełnienia istotnych obowiązków małżeńskich (kan. 1095 n. 3 KPK), jako przesłanka poważnego braku rozeznania oceniającego (kan. 1095 n. 2 KPK), bywa też analizowany w kontekście wykluczenia dobra potomstwa, wykluczenia prawa do aktów małżeńskich i wierności małżeńskiej (kan. 1101 § 2 KPK), czy też jako przejaw impotencji funkcjonalnej (kan. 1084 KPK)⁴⁴. Podobnie transseksualizm „przedoperacyjny” nie jest samoistną przeszkodą, która niejako „z góry” i w każdym przypadku uniemożliwiałaby zawarcie prawnie ważnego małżeństwa. Prawo kanoniczne nie wymienia *expressis verbis* transseksualizmu jako przeszkody małżeńskiej, zaś wobec faktu, że zgodnie z kan. 1058 KPK małżeństwo mogą zawrzeć wszyscy, którym prawo tego nie zabrania, w literaturze przedmiotu przyjmuje się, że należy pozwolić na zawarcie małżeństwa dopóki nie ma żadnych zastrzeżeń, iż będzie ono nieważne⁴⁵. Jeśli przedmiotowa anomalia, w konkretnej relacji partnerskiej zaburzyła czy wykluczyła przymierze małżeńskie, jego cele i funkcje, może być przesłanką uzasadniającą stwierdzenie nieważności takiego małżeństwa, zaś tytuł owej nieważności może być – tak jak w przypadku homoseksualizmu – formułowany wielorako⁴⁶.

Inaczej natomiast ma się rzecz w przypadku transseksualizmu „pooperacyjnego”, gdyż Kościół katolicki nie zezwala nupturientom po zabiegu adaptacyjnym na zawarcie związku małżeńskiego. Stanowisko to wynika przede wszystkim z faktu, że w ocenie Kościoła (opartej na dobrze ugruntowanej wiedzy empirycznej oraz refleksjach wybitnych kanonistów⁴⁷) operacja „zmiany płci” ma charakter jedynie powierzchowny, dotyczy wyłącznie organów zewnętrznych (fenotypu), nie zmienia natomiast struktury genetycznej, chromosomalnej i gonadalnej człowieka, w związku z czym żadną zmianą płci nie jest. Męskość i kobiecość jest definiowana na poziomie genetycznym i to już w momencie zapłodnienia, przy czym płeć chromosomalna (genetyczna) kodowana jest we wszystkich komórkach ciała człowieka. Biologiczna czy jakakolwiek inna zmiana chromosomów nie jest możliwa. Stąd też operacja „zmiany płci” prowadzi jedynie do pewnej modyfikacji fenotypicznej, nie powodując natomiast transformacji płciowej. To kluczowe stanowisko legło u podstaw

⁴⁴ H. Stawniak, *Niemoc płciowa jako przeszkoda do małżeństwa*, Warszawa 2000, s. 277–284.

⁴⁵ Ibidem, s. 263.

⁴⁶ Istnienie orientacji transseksualnej nie upoważnia do zaskarżenia nieważności małżeństwa, ale gdy do rozpadu już dojdzie – może stanowić motyw zaskarżenia zgłaszany przez strony lub przez rzecznika sprawiedliwości (zob. G. Erlebach, *Tożsamość seksualna a nieważność związku małżeńskiego według najnowszej jurysprudenencji rotalnej (1983–1994)*. Zarys systematyczny, w: B. Zubert (red.), *Tożsamość seksualna nupturientów a zdolność do zgody małżeńskiej*, Opole 1998, s. 110–112).

⁴⁷ Ibidem, s. 246–267.

wyrażonego przez Stolicę Apostolską w 1991 r. poglądu, że zaakceptowanie małżeństwa osoby transseksualnej w takiej sytuacji prowadziłoby do zaakceptowania związku osób tej samej płci⁴⁸. Pogląd ten powtórzyła Kongregacja ds. Nauki Wiary w 2003 r., uznając dodatkowo, że proboszczowie nie mają podstaw do zmiany metryk chrztu⁴⁹.

W publicystyce dotyczącej zjawiska transseksualizmu spotkać można pogląd, jakoby w kanonistyce zarysowały się dwa wyraźnie odmienne nurty dotyczące oceny zdolności osób transseksualnych do zawarcia małżeństwa. Jego wyrazicielem jest Radosław Krajewski⁵⁰, który w jednym z artykułów Andrzej Dzięgi⁵¹ dostrzegł zwiastun złagodzenia stanowiska Kościoła w omawianej kwestii, co – w ocenie autora – może dać asumpt do większej otwartości Kościoła wobec osób transseksualnych. Nie wchodząc w polemikę w tej materii dość powiedzieć, że autorowi przedmiotowego poglądu zdaje się umykać fakt, iż po pierwsze: omawiane zagadnienie jest płaszczyzną naukowych publikacji i dociekań wielu przedstawicieli myśli katolickiej, a po wtóre: A. Dzięga na temat zdolności osób transseksualnych do zawarcia małżeństwa wypowiadał się kilkakrotnie. W ostatnich swoich pracach autor jednoznacznie stwierdził, że „Nie powinno być wątpliwości odnośnie do możliwości zawarcia sakramentalnego związku małżeńskiego przez osoby transseksualne po przebytej operacji. Zarówno stopień okaleczenia organizmu jak też poważna interwencja hormonalna sprawia, że należy je określić jako niezdolne do zawarcia małżeństwa sakramentalnego”⁵². W świetle powyższego sugestii, jakoby doktryna kanonistyczna w zasadniczy sposób była podzielona, zaś Kościół katolicki wykazywał oznaki „liberalizmu” w swych fundamentalnych opiniach dotyczących ludzkiej płciowości, nie wydaje się być uzasadniona i trafna.

Podsumowanie

Analiza wymienionych powyżej trzech porządków prawnych prowadzi do wniosku, że jakkolwiek każdy z nich zawiera deklaracje mówiące o ochro-

⁴⁸ Ibidem, s. 255. Kobieta, która „zmieniła” płeć na męską nie może poślubić kobiety jako partnerki odmiennej płci, gdyż biologicznie należy ona do tej samej płci, analogicznie przedstawia się sytuacja w przypadku mężczyzny, który „zmienił” płeć na żeńską.

⁴⁹ R. Szewczyk, *Status prawny osoby „zmieniającej” płeć...*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 214.

⁵⁰ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków...*, w: M. Machinek (red.), *Idea gender...*, s. 218.

⁵¹ A. Dzięga, *Co to jest transseksualizm?*, *Ius Matrimoniale* 3 (1992), s. 52–53.

⁵² Idem, *Wpływ transseksualizmu na zdolność osoby do zawarcia małżeństwa. Uwagi i pytania*, w: *Kościelne prawo procesowe. Materiały i studia*, t. 1, Lublin 1999, s. 146.

nie małżeństwa i rodziny, to jednakże w zakresie stopnia intensyfikacji tej ochrony, a nawet i w zakresie samego pojęcia rodziny, obszary te stopniowo, lecz coraz wyraźniej różnicują się, ujawniając daleko idące rozbieżności. Rodzina rozumiana jako przymierze osób wynikające z heteroseksualnego związku małżonków najsilniej i w sposób jednoznaczny chroniona jest w prawie kanonicznym, które zdecydowanie wyklucza jakąkolwiek możliwość prawnego sankcjonowania związków jedнопłciowych. Prawo polskie, zwłaszcza na tle regulacji innych krajów europejskich, również wciąż jawi się jako dość silna ostoja „tradycyjnej” koncepcji rodzinnej, jednakże wyraźnie dostrzec już w nim można echa prądów myślowych domagających się rozszerzenia sfery uprawnień małżeńsko-rodzicielskich partnerów homoseksualnych. W powiązaniu z brakiem uregulowań prawnych dotyczących tak istotnej dziedziny jak prokreacja *in vitro*, jak również wobec braku jakichkolwiek norm regulujących status społeczny osób transseksualnych po zabiegu „zmiany płci” pytanie o to, czy *status quo* rodziny pozostanie w ustawodawstwie polskim w niezmiennym kształcie, nasuwa poważne wątpliwości. Największy relatywizm w omawianej materii występuje jednakże w prawie europejskim, które nie tylko jednoznacznie i wprost rozszerzyło pojęcie „pożycia rodzinnego” na wszelkie formy związków, ale wręcz w pluralizmie koncepcji i modeli rodziny upatruje gwaranta idei równości. Zakres i kierunek ewolucji prawa europejskiego nie pozostawia żadnych wątpliwości, że transformacja owa głęboko zakorzeniona jest w ideologii *gender* i stanowi wymierny skutek jej ekspansji społeczno-politycznej. O ile zatem genderyzm jest wyraźnie obcy prawodawstwu kościelnemu, zaś w aktualnym prawie polskim dostrzec można jedynie jego pewne symptomy, to do prawa europejskiego idee *gender* implementowane zostały szeroko, a *gender mainstreaming* w tym obszarze jest wysoce skuteczny. Redefinicja rodziny w prawie europejskim stała się już faktem, a jej recypowanie do porządków prawnych poszczególnych krajów członkowskich (nawet tych uchodzących za dość konserwatywne jak Polska), przy utrzymaniu i promowaniu optyki *gender*, może być już tylko kwestią czasu.

Każdy człowiek, bez względu na swoją orientację seksualną czy uwarunkowania psychiczno-fizyczne ma przyrodzoną godność ludzką i nie może być piętnowany z tego tytułu, że jest homoseksualistą czy transseksualistą. Nie można też aprobować istnienia dyskryminujących stereotypów związanych z rolami płciowymi mężczyzny i kobiety, bowiem – co wyraźnie zaakcentować należy – dyskryminacja w każdym swym wymiarze jest zjawiskiem nagannym, które wymaga jednoznacznego i zdecydowanego sprzeciwu zarówno w warstwie moralnej, jak i w aspekcie prawnym.

Równie wyrażnie jednakże podkreślić należy, że sprzeciw wobec dyskryminacji nie może oznaczać zgody na kwestionowanie podstawowych norm moralnych i społeczno-prawnych, zwłaszcza w tak fundamentalnych kwestiach jak koncepcja człowieczeństwa i rodziny.

GENDER IDEOLOGY VERSUS SEX DIFFERENCE – THE ASPECT OF THE RIGHT TO A FAMILY. AN OUTLINE OF LEGAL REGULATIONS

(SUMMARY)

The right to have a family is one of the fundamental rights of man, which is determined and protected by many enactments of current legal systems. It is impossible, however, not to see that the social transformations of the XX century, and along with them, new currents of thoughts, are increasingly undermining the fundamental axioms regarding man and his sexual identity. *Gender* ideology, which opposes the “traditional” understanding of family is an expression of that. Gender Ideology rejects the dichotomous division of the society in two sexes by introducing “a cultural sex” (social) which is not identical with the biological one. This article, based on an analysis of Polish, European and canon law, is an attempt to answer the question of whether *gender* ideology has entered legal systems and whether in this regard we are to redefine the notion of family and marriage. An analysis of the above-mentioned three legal systems leads us to conclude that *gender* ideology is explicitly foreign to the canon law. In the current Polish law some symptoms of it can be observed, whereas in European law *gender* ideology has been widely implemented. *Gender mainstreaming* is highly effective in this area. The new definition of the family in European law has already become a fact and its assimilation into legal systems of respected member states (even those as conservative as Poland) if such promotion of gender ideology is maintained, is just a matter of time.

DIE GENDER-IDEOLOGIE UND DER UNTERSCHIED DER GESCHLECHTER UNTER DEM ASPEKT DES RECHTS AUF FAMILIE – EIN ABRISS DER RECHTLICHEN REGULIERUNGEN

(ZUSAMMENFASSUNG)

Das Recht auf Familie ist eines der grundsätzlichen Rechte des Menschen, das in zahlreichen Gesetzesakten der herrschenden Rechtssysteme beschrieben und geschützt wird. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass die gesellschaftlichen Wandlungen des 20. Jahrhunderts und mit ihnen neue Denkrichtungen die fundamentalen Axiome in Bezug auf den Menschen und seine geschlechtliche Identität immer mehr erschüttern. Ein Ausdruck dafür ist die Gender-Ideologie, die die dichotomische Einteilung der Gesellschaft in zwei Geschlechter durch die Einführung des „kulturellen Geschlechts“ (soziologischen Geschlechts), das nicht über das biologische Geschlecht identifiziert wird, ablehnt, und die „traditionelle“ Denkweise über die Familie in Frage stellt. Der vorliegende Artikel, der sich auf eine Analyse des polnischen, europäischen und kanonischen Rechts stützt, versucht eine Antwort auf die Frage zu geben, ob die Gender-Ideologie in den

Bereich des Rechts vorgedrungen ist und ob uns in Folge dessen eine Neudefinierung der Begriffe Familie und Ehe droht. Die Analyse der drei genannten Rechtsordnungen führt zu dem Ergebnis, dass der Genderismus der kanonischen Gesetzgebung deutlich fremd ist, und man im aktuellen polnischen Recht nur gewisse Symptome davon feststellen kann. Am weitesten wurden die Gender-Ideen hingegen im europäischen Recht implementiert, und Gender-Mainstreaming ist in diesem Bereich sehr erfolgreich. Die Neudefinierung des Begriffs Familie ist im europäischen Recht bereits vollzogen, und die Rezeption in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedsstaaten (selbst in denen, die als ziemlich konservativ gelten wie Polen) kann beim Festhalten und Propagieren der Gender-Optik nur eine Frage der Zeit sein.