

O DYSKRYMINACJI PAR JEDNOPLĆCIOWYCH¹

– Krzysztof Saja –

Abstrakt. Artykuł jest krytyką argumentu, który głosi, że brak prawnej możliwości sformalizowania małżeństw czy związków jedнопłciowych jest dyskryminujący. Pary jedнопłciowe nie są bowiem w analogicznej sytuacji, w jakiej byli w XIX wieku na przykład czarnoskórzy Amerykanie, kobiety czy niepełnosprawni. Istnieją bowiem istotne, naturalne różnice między parami dwupłciowymi a jedнопłciowymi, które stanowią dobre racje dla prawnej nierówności między nimi. Różnicą tą jest prawdopodobieństwo posiadania i wychowywania dzieci. Żądanie więc, aby pary jedнопłciowe posiadały podobne uprawnienia, jakie obecnie posiadają małżeństwa dwupłciowe, i uzasadnianie tego rzekomą dyskryminacją, nie jest ani poprawne, ani sprawiedliwe.

Słowa kluczowe: dyskryminacja, homoseksualizm, małżeństwo, pary jedнопłciowe, sprawiedliwość, prawa człowieka.

Każda nierówność wobec prawa powinna mieć swoje uzasadnienie. Jeśli na przykład nauczyciel matematyki, który jest gejem, jest tak samo wykwalifikowany pod względem merytorycznym, dydaktycznym i wychowawczym jak jego heteroseksualny kolega, nie ma powodu, aby nie miał uczyć dzieci. Jeśli lesbijka miałaby kwalifikacje, aby być opiekunką lub prezydentem Rzeczypospolitej Polskiej, nie powinniśmy jej tego zabraniać. Dyskryminowanie osób ze względu na kolor skóry, przekonania religijne, światopoglądowe, płeć czy orientację seksualną jest moralnie naganne. Wierzą w to przynajmniej zwolennicy etyki liberalnej, która dominuje w dyskursie publicznym i na uniwersytetach świata zachodniego. Praktyczne credo takiego podejścia zawrzeć można w kilku istotnych przekonaniach: (1) Wszyscy ludzie są moralnie równi. (2) Każda osoba jest autonomiczna i autonomię tę powinno się szanować. (3) Działanie, które nie krzywdzi innych,

¹ Chciałbym wyrazić wdzięczność moim koleżankom i kolegom z Zakładu Etyki Instytutu Filozofii US za wnikliwą lekturę wcześniejszych wersji tekstu. Za sprawą krytycznych komentarzy, zwłaszcza M. Rutkowskiego, a także W. Janikowskiego oraz U. Zarosy, tekst ten mogłem znacznie ulepszyć. Dziękuję również wszystkim komentatorom Bloga Naukowego Etyki Praktycznej, zwłaszcza K. Pogodzie, K. Hubaczkowi oraz W. Pietrzakowi, za celne uwagi do moich wpisów na blogu, które stały się podstawą tej publikacji. Dziękuję również mojej żonie J. Krzemkowskiej-Saja oraz dwóm anonimowym recenzentom Czasopisma *Diametros*, którzy przyczynili się do dalszego podniesienia poziomu artykułu.

jest moralnie neutralne. (4) Wszelkie zakazy prawne powinny być uzasadnione w oparciu o maksymalnie uniwersalne racje, tzn. racje nieoparte na partykularnych wierzeniach religijnych, światopoglądzie, przekonaniach czy preferencjach poszczególnych jednostek lub grup. Zbiór powyższych tez ma wiele praktycznych implikacji. Na przykład etycy liberalni uznają, że negatywna ocena aktu homoseksualnego, wyrażana niejednokrotnie przez przedstawicieli wielu religii, nie może być podstawą ani bezpośredniego, ani pośredniego zakazu formalizacji związków jedнопłciowych².

Nie sądzę jednak, że etyczny liberalizm z konieczności prowadzi do zgody na formalizację związków jedнопłciowych. W niniejszym artykule przedstawię powody, dla których również liberał nie powinien uznać tezy, iż polskie prawo rodzinne dyskryminuje pary jedнопłciowe. Ponieważ przyjmuję tu perspektywę etycznego liberalizmu, nie będę rozważał argumentów osób, które stwierdziłyby, że np. nie powinniśmy godzić się na związki jedнопłciowe gdyż homoseksualizm jest moralnie naganny, sprzeczny z prawem naturalnym lub bezpośrednio z wolą Bożą. Nie podejmę również sporu o naturę małżeństwa i dyskusji, czy ze swej istoty jest to związek dwupłciowy. Nie jest dla mnie także ważne, jaki rodzaj par nazwać można małżeństwem, lecz jedynie kto powinien mieć małżeńskie uprawnienia. Choć w artykule skupię się na małżeństwie, pojęcie to stosować będę w sposób pozytywno-prawny: przez małżeństwo rozumieć będę instytucję, o której istocie stanowi zbiór obowiązków i uprawnień zapisanych w stosownych przepisach prawa RP³. Podejmę również kwestię formalizacji pozamałżeńskich związków jedнопłciowych, które miałyby posiadać analogiczne uprawnienia do obecnych małżeństw w Polsce. Będę bronił tezy, że brak uprawnień małżeńskich w prawie polskim dla par jedнопłciowych nie dyskryminuje ich względem par dwupłciowych, uzasadniając to istotnymi różnicami, które występują między nimi.

Czym jest dyskryminowanie?

Pojęcie dyskryminacji historycznie związane jest z XIX-wieczną walką o równouprawnienie czarnoskórych mieszkańców Ameryki. Obecnie dyskryminacja zakazana jest przez wiele kluczowych międzynarodowych dokumentów opisujących i definiujących prawa człowieka. W legislacjach krajowych za dyskryminowanie przewidziane są sankcje. Jednak pomimo dużej wagi tego pojęcia,

² Primoratz [2012] s. 169-180.

³ Sejm [1964a], [1964b], [2006].

nie istnieje powszechnie uznana jego definicja. Zazwyczaj wymienia się jedynie listę cech, ze względu na które nie należy różnicować ludzi⁴.

Niestety nie istnieje żadna konkretna własność naturalna, ze względu na którą *nigdy* nie należy odmiennie traktować osób. Choć ktoś mógłby pomyśleć, że takimi cechami są kolor skóry, płeć czy przekonania religijne, niemądrze byłoby sądzić, że np. lekarz przepisujący jakiś lek jedynie osobom białoskórym, gdyż z powodów fizjologicznych skutecznie działa on jedynie na nie, dyskryminuje w tej kwestii osoby czarnoskóre. Nie uznamy też za dyskryminowanych mężczyzn, którzy zostają wyproszeni z damskiej toalety czy muzułmanów, którym w prawie kanonicznym odmówi się godności katolickiego biskupa. Niekiedy nierówne traktowanie ze względu na kolor skóry, płeć czy wyznanie religijne, wydaje się uzasadnione. Ponieważ trudno jest znaleźć własność naturalną, która mogłaby być zawsze racją za dyskryminującym charakterem danej nierówności⁵, pojęcie dyskryminacji najlepiej jest traktować, jako nieredukcyjnie normatywne. Oznacza to między innymi, że szukanie szczegółowej, nienormatywnej, naturalistycznej definicji wydaje się skazane na niepowodzenie⁶. Z tego względu orzekanie dyskryminującego charakteru niektórych praktyk czy praw niejednokrotnie jest zadaniem trudnym. Główny problem polega na tym, że nie każde nierówne traktowanie pewnych osób czy ich grup jest moralnie niesprawiedliwe. Uznajemy za słuszne, aby policjanci mieli inne uprawnienia niż politycy, sędziowie niż skazani więźniowie, dzieci niż dorośli.

Można jednak wskazać na kilka istotnych cech, które związane są z omawianym pojęciem. Po pierwsze, dyskryminujące mogą być postawy, zachowania, obyczaje, jak również prawo czy sposób wcielania go w życie. Po drugie, pojęcie dyskryminacji używane jest w celu napiętnowania gorszego traktowania bądź przyczyniania się do gorszego położenia pewnych osób lub grup. Dyskryminacja w ocennym sensie jest zawsze moralnie niesprawiedliwa. Po trzecie, niesprawiedliwość dyskryminacji ma charakter porównawczy. Dyskryminacja to nie tyle obiektywnie niesprawiedliwe traktowanie, lecz etycznie nieusprawiedliwione, gorsze traktowanie pewnych osób. Dyskryminowane mogą być np. kobiety względem mężczyzn, osoby czarnoskóre względem białoskórych, homoseksualiści względem heteroseksualistów. Po czwarte, zakłada się zazwyczaj, że niespra-

⁴ Altman [2011].

⁵ Złożoność czynników oraz problematyczność wielu z nich w orzekaniu dyskryminacji czytelnik znaleźć może w Hellman [2008].

⁶ Zapewne z twierdzeniem tym nie zgodziliby się etyczni naturaliści. Zob. Janikowski [2008]. Bez względu jednak na ostateczny wynik metaetycznej debaty dotyczącej naturalizacji etyki, dziś nie wydaje mi się możliwe zrezygnowanie z normatywnej definicji dyskryminacji.

wiedliwość dyskryminacji motywowana jest panującymi stereotypami, przyzwyczajeniami lub przesądami na temat danej grupy – przekonaniem nie opartym rzetelną wiedzą. Po piąte, choć dyskryminowane mogą być pojedyncze osoby, dzieje się tak zazwyczaj ze względu na ich przynależność do pewnych grup społecznych.

Biorąc pod uwagę powyższe cechy, na potrzeby naszych rozważań pojęcie dyskryminacji ujmę w następującej, wstępnej definicji:

Dyskryminacja jest to gorsze traktowanie lub przyczynianie się do gorszego położenia pewnych osób lub grup względem innych, faworyzowanych osób lub grup, które jest niesprawiedliwe i zazwyczaj motywowane uprzedzeniami, stereotypami bądź niewiedzą.

Niesprawiedliwość nierównego traktowania zależy może od kontekstu rozważanego problemu oraz od przyjmowanej koncepcji sprawiedliwości. Nie istnieje powszechnie uznana i dobrze uzasadniona teoria sprawiedliwości, która mogłaby stanowić autorytatywną podstawę oceny nierównego traktowania. W kwestii tej co innego głoszą zwolennicy utilitaryzmu, liberalizmu, libertarianizmu, personalizmu, marksizmu, feminizmu, kandyzmu czy komunitaryzmu. Jest to główny problem wpływający na trudność ze zdefiniowaniem interesującego nas pojęcia. Zło lub niesprawiedliwość dyskryminacji uzasadnia się zazwyczaj nierównym traktowaniem osób ze względu na nieprawdziwe lub moralnie degradujące stereotypy⁷, arbitralne lub nieracjonalne decyzje⁸, niebranie pod uwagę zasług lub win⁹, ignorowanie równej wolności każdego człowieka¹⁰, co umniejsza i moralnie degraduje osoby dyskryminowane, traktowanie ich tak, jak gdyby miały niższy status moralny¹¹.

Pełne i wyczerpujące opisanie problemu dyskryminacji ufundowane powinno być na krytycznej analizie różnych pojęć sprawiedliwości. Chciałbym jednak podjąć postawiony problem bez wchodzenia w tę skomplikowaną i wielowątkową dyskusję¹². Zamiast opisać, czym jest sprawiedliwość i z jakich powodów dyskryminacja jest moralnie naganna, będę korzystał z logicznie bardziej pierwotnego pojęcia, jakim jest pojęcie „dobrych racji”. Uzasadnienie niesprawiedliwego charakteru jakiejś nierówności ujmę w ogólnym sądzie o nieistnieniu

⁷ Ely [1980] s. 153–159; Dworkin [1985] s. 66.

⁸ Cotter [2006] s. 10; Kakes [1995] s. 200; Flew [1990] s. 63–64.

⁹ Hook [1995] s. 146; Goldman [1979] s. 34.

¹⁰ Moreau [2010] s. 147.

¹¹ Hellman [2008] s. 172; Shin [2009] s. 169–170.

¹² Bardzo dobry wstęp do zagadnienia dyskryminacji znaleźć można w Altman [2011].

etycznie dobrych powodów gorszego traktowania lub faworyzowania pewnej grupy osób. Zakładam bowiem normatywną tezę, że jeśli nie istnieją etycznie dobre racje różnicowania dwóch grup osób, różnicowanie takie jest niesprawiedliwe i może być dla jednej z tych grup dyskryminujące.

Należy zwrócić uwagę, że w zastosowanej analizie nie chodzi o jakiegokolwiek racje, które jedynie wydają się komuś dobre. Jeśli na przykład właściciel baru nie obsługiwałby Romów, licząc na większą popularność swojego lokalu wśród rdzennych mieszkańców swojego miasteczka, nie powinniśmy uznać tego za dobrą rację wykluczania romskiej mniejszości etnicznej. Nie chodzi więc o jakiegokolwiek subiektywne powody, lecz o „obiektywnie dobre racje”, które istotne są z perspektywy etyki¹³.

Zdaję sobie sprawę, że treść obiektywnych racji zależy może od przyjmowanej teorii etycznej i budzić może kontrowersje. Zakładam jednak, że istnieje minimalny wymóg, który musi zostać spełniony przez każdy dobry powód odmiennego traktowania ludzi. Koniecznym warunkiem uzasadnionego różnicowania pewnych grup jest to, że grupy te są *istotnie* różne. Dobre racje różnicowania dwóch grup osób z konieczności zależne są między innymi od tego, czy grupy te są pod istotnym względem podobne do siebie czy też w istotny sposób odmiennie. Przyjmuję, że istnienie *ważnych* różnic stanowić może dobry powód odmiennego traktowania osób lub grup.

Rozwinięta definicja pojęcia dyskryminacji, której użyję w dalszej części artykułu, przedstawia się w następujący sposób:

Dyskryminacja jest to gorsze traktowanie lub przyczynianie się do gorszego położenia pewnych osób lub grup względem innych, faworyzowanych osób lub grup, choć nie istnieją między nimi istotne różnice, które stanowiłyby dobre racje dla takich nierówności. Dyskryminacja zazwyczaj motywowana jest uprzedzeniami, stereotypami bądź niewiedzą.

Przedstawiona definicja ma charakter normatywny – jej zastosowanie wymaga dokonania stosownych ocen. Nie pretenduje ona również do zupełności, gdyż zawarte w niej warunki mogą nie być wystarczające. Zakładam jednak, że są one konieczne. Oznacza to, że zarzut dyskryminowania jakiejś grupy względem innej może być uzasadniony jedynie wtedy, gdy będzie ona gorzej traktowana, choć nie istnieją moralnie dobre powody dla takiego postępowania (np. grupy te nie różnią się od siebie niczym istotnym; żadna nie zasługuje bardziej na pewne

¹³ O takich obiektywnych racjach pisze w swojej książce, np. Parfit [2011].

uprawnienia; zrównanie praw nie rodziłoby istotnych konsekwencji negatywnych, itd.).

Stwierdzenie dyskryminacji pewnej grupy oprę na następującym ciągu myślowym:

1. Uprawnienie A przysługuje grupie osób P1.
2. Uprawnienie A nie przysługuje grupie osób P2.
3. Grupa osób P2 nie różni się niczym istotnym od grupy osób P1. Osoby z grupy P1 nie mają żadnej cechy dodatkowej x, której nie posiadają osoby z grupy P2, a która stanowiłaby dobre racje za uprawnieniem A dla P1 lub przeciw A dla P2.
4. Zatem: Osoby z grupy P2 są dyskryminowane, bowiem przyznanie uprawnień A grupie P1 i nieprzyznanie ich grupie P2 jest niesprawiedliwe.

Dyskryminacja osób a dyskryminacja par

Jednym z częściej wysuwanych argumentów zwolenników formalizowania związków jedнопłciowych jest przekonanie, że zakaz zawierania małżeństw jedнопłciowych dyskryminuje *osoby* homoseksualne¹⁴. Jednak nie bez powodu, zastanawiając się nad warunkami dyskryminacji, skupiłem się na dyskryminacji *grup* a nie poszczególnych osób. Jak będę dowodził poniżej, podstawowy problem prawnej dyskryminacji par jedнопłciowych nie dotyczy osób homoseksualnych, lecz ewentualnie pewnego rodzaju grup, tzn. *par* jedнопłciowych.

Przepisy polskiego prawa rodzinnego, które wyznaczają instytucję małżeństwa, nie dyskryminują bezpośrednio osób homoseksualnych. Nie istnieje w polskim prawie rodzinnym żaden przepis, który *explicite* dzieli osoby ze względu na orientację seksualną i ze względu na nią przypisuje jakieś uprawnienia. Każda osoba, bez względu na orientację seksualną, jeśli tylko spełni odpowiednie warunki, może zawrzeć związek małżeński. W tym sensie polskie prawo małżeńskie jest „ślepe na orientację seksualną”. Jeśli gej chciałby poślubić kobietę, nie usłyszy, że nie może tego zrobić ze względu na orientację seksualną jego czy jego partnerki. Nie znam przypadków bezpośredniej dyskryminacji *osób* homoseksualnych ze względu na prawo do małżeństwa.

Osoby homoseksualne nie są również dyskryminowane w podobny sposób jak osoby niepełnosprawne w miejscach użyteczności publicznej. Choć niepełnosprawni nie są dyskryminowani w prawie bezpośrednio, niejednokrotnie państwo dyskryminuje ich w praktyce, uniemożliwiając lub utrudniając dostęp do wielu miejsc publicznych. Często traktowani są niesprawiedliwie dlatego, że choć przy-

¹⁴ Primoratz [2012] s. 182.

znano im pewne prawa i obowiązki (np. czynne i bierne prawo wyborcze, możliwość korzystania z publicznej edukacji czy służby zdrowia), nie mogą ich wyegzekwować z powodu wielu barier i utrudnień (np. architektonicznych), za które odpowiadają osoby w pełni sprawne. Homoseksualiści nie są jednak pokrzywdzeni dlatego, że nie mogą korzystać z przyznanych im praw. Jeśli spotkalibyśmy się z takimi przypadkami, należałoby je potępić.

Jeśli zgodzimy się z powyższymi konkluzjami, wciąż pozostanie otwarte pytanie, czy nasz system prawny nie dyskryminuje *par* jedнопłciowych. Przepisy, które *explicite* nie wyłączają osób homoseksualnych z możliwości zawierania małżeństw, nie gwarantują, że takie „nieczułe na różnice prawo” nie jest dyskryminujące lub że nie wspiera dyskryminujących praktyk. W prawie zapisać można takie kryteria uzyskiwania pewnych uprawnień (np. policjanta, strażaka, żołnierza, małżonka, itd.), które choć *bezpośrednio* nie wykluczają żadnych grup, w *praktyce i pośrednio* powodują, że pewne grupy (np. kobiety lub homoseksualiści) nie są w stanie im sprostać. Na przykład, można podać taki minimalny wzrost i wagę kandydata na policjanta, który spowoduje, że większość kobiet nie będzie w stanie ubiegać się o to stanowisko, można tak „wyśrubować” kryteria sprawnościowe dla żołnierzy zawodowych, że większość kobiet nie będzie im w stanie sprostać. Można również podać taki „ślepy na orientację seksualną” wymóg, który w *praktyce* nie zostanie spełniony przez większość homoseksualistów. Wymogiem takim jest możliwość sformalizowania związku jedynie przez pary dwupłciowe¹⁵. Jeśli okazałoby się, że brak możliwości zawarcia małżeństwa przez pary jedнопłciowe jest dyskryminujący, osoby homoseksualne, które chciałyby stanowić takie pary, byłyby dyskryminowane *pośrednio*. W takiej sytuacji prawo stawiałoby niesprawiedliwe wymogi, które spełnić mogą zazwyczaj wyłącznie osoby heteroseksualne. Główne pytanie, które domaga się zatem odpowiedzi, brzmi: Czy prawo, zakazując małżeństw *parom* jedнопłciowym, nie traktuje ich niesprawiedliwie względem *par* dwupłciowych? Od odpowiedzi na to pytanie zależy, czy osoby homoseksualne są dyskryminowane *pośrednio*.

W debacie publicznej niejednokrotnie usłyszeć można, że prawo do małżeństwa jest podstawowym prawem człowieka. Niektóre osoby w celu wykazania dyskryminacji *par* jedнопłciowych powołują się na art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁶:

¹⁵ Sejm [1964a] art. 1.

¹⁶ ONZ [2008]

Art.16. (1) Mężczyźni i kobiety, bez względu na jakiegokolwiek różnice rasy, narodowości lub religii, mają prawo po osiągnięciu pełnoletności do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny.

Uprawnienia moralne, w tym prawa człowieka, dotyczą jednak osób, a nie grup. Powyższy artykuł nie stwierdza, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje konkretnym *parom*, lecz wszystkim dorosłym *osobom*. Nie głosi on więc, że każda *para osób*, bez względu na to, jakie osoby wchodzi w jej skład, ma prawo do zawarcia małżeństwa. Nie jest mi znane prawo do małżeństwa, które przysługiwałoby wszystkim *parom* lub grupom osób bez względu na posiadane przez nie cechy. Nie jest automatycznie dyskryminujące to, że niektórzy ludzie nie mogą posiadać uprawnień małżeńskich. Nie uznamy za niesprawiedliwą dyskryminację braku prawnej możliwości poślubienia własnej córki, siostry, mamy lub babci w celu stworzenia wspólnego gospodarstwa domowego i korzystania z ulg finansowych. Nie uznamy też za dyskryminację zakazu poślubienia innej osoby bez jej zgody, osoby małoletniej, dwóch kobiet na raz lub swojej ulubionej drużyny piłkarskiej. Jeśli chcemy wykazać, że pary jedнопłciowe powinny móc zawierać związki małżeńskie, nie wystarczy stwierdzić, że prawo do małżeństwa jest podstawowym prawem człowieka, a więc każda osoba powinna móc zawrzeć związek małżeński z kim i kiedy chce. Literalnie rzecz biorąc, tak nie jest. Z pewnością nie w tym sensie, że każdy obywatel ma prawo żądać zawarcia państwowego ślubu z dowolnie wybranymi przez siebie osobami, lub jeśli jest kawalerem lub panną, żądać dla siebie tych samych uprawnień, które posiadają małżonkowie. Niejednokrotnie uznamy, że państwo ograniczając zakres dopuszczalnych par małżeńskich oraz ograniczając dostęp do małżeńskich uprawnień, postępuje słusznie.

Przekonanie o dyskryminacji par jedнопłciowych nie może być dowiedzione w oparciu o rozumowanie, które dotyczy *osób*. Aby dowieść, że pary jedнопłciowe powinny mieć te same uprawnienia do zawarcia małżeństwa co pary dwupłciowe, należałoby wykazać, że pary dwupłciowe nie mają żadnej cechy dodatkowej, której nie posiadają pary jedнопłciowe, a która stanowiłaby uzasadnienie dla formalizacji związku w postaci małżeństwa. Poprawny argument stwierdzający dyskryminację par jedнопłciowych względem par dwupłciowych zrekonstruować należałoby następująco:

1. W danym systemie prawnym małżeństwo przysługuje *parom* dwupłciowym.
2. W danym systemie prawnym małżeństwo nie przysługuje *parom* jedнопłciowym.

3. Pary dwupłciowe nie różnią się niczym istotnym od par jedнопłciowych. Znaczy to, że pary dwupłciowe nie mają żadnej cechy dodatkowej x , której nie posiadają pary jedнопłciowe, a która stanowiłaby dobre racje dla uprawnień A.
4. Zatem: Pary jedнопłciowe w danym systemie prawnym są dyskryminowane, bowiem przyznanie uprawnień małżeńskich parom dwupłciowym i nieprzyznanie ich parom jedнопłciowym jest niesprawiedliwe.

Czy argumentacja powyższa jest poprawna i może być wykorzystana w celu przyznania uprawnień małżeńskich parom jedнопłciowym? Nie sądzę, gdyż fałszywa wydaje się przesłanka trzecia.

Czym różni się związek jedнопłciowy od dwupłciowego?

Jeśli wszelka poprawna argumentacja dotycząca sfery publicznej powinna być neutralna względem jednostkowych, stronniczych, nieintersubiektywnych żądań i światopoglądów, prawne odmówienie możliwości zawierania małżeństw jedнопłciowych powinno opierać się na faktach, a nie na przekonaniach metafizycznych, religijnych czy ideologicznych. Przyjrzyjmy się więc kilku faktom dotyczącym związków jedno i dwupłciowych.

Według Rocznika Demograficznego z 2010 roku¹⁷ ludność polska żyjąca w rodzinach wynosi 34 mln osób¹⁸, przy czym dzieci urodzone w trakcie trwania małżeństwa stanowią 80% wszystkich urodzonych w 2009 roku. Trzeba jednak uwzględnić, że spora część rodziców bierze ślub po uzyskaniu świadectwa urodzenia swego dziecka, w statystykach ich dzieci widnieją więc jako pozamałżeńskie. Jeśli połowa par, które urodziły dzieci pozamałżeńskie zawiera związek małżeński w późniejszym okresie, około 90% dzieci w Polsce żyło lub żyje w rodzinach, w których rodzice są małżonkami. W związku z tym przytłaczająca większość małżeństw ponosi duże koszty związane z wychowaniem. Jak szacują analitycy Centrum im. Adama Smitha, minimalny koszt wychowania jednego dziecka w Polsce (do osiągnięcia dwudziestego roku życia) wynosi 160 tys. zł, dwójki zaś 280 tys. zł. Do tego należy dodać poświęcony czas, który mógłby zostać spożytkowany na osiąganie sukcesów zawodowych. Poza tym wychowanie nie kończy się zazwyczaj w wieku lat dwudziestu. Po jakimś czasie małżonkom „rodzą się” wnuki.

Obraz polskiego małżeństwa nie byłby kompletny bez danych dotyczących rozwodów. Ponieważ separacje stanowią znikomy odsetek i raczej mają charakter

¹⁷ Dmochowska [2010].

¹⁸ Ibidem, s. 165.

przejściowy, nie będę ich brał pod uwagę. Na 250 tysięcy¹⁹ zawartych małżeństw w 2009 roku przypało 65 tysięcy rozwodów²⁰. Prawdopodobieństwo rozwodu nie jest jednak równo rozłożone. Jest ono wysoko skorelowane z liczbą posiadanych dzieci. Około 50% rozwodów dotyka małżeństw bez dzieci, 38% rozwodów dotyczy małżeństw z jednym dzieckiem. Jeśli małżeństwo ma troje lub więcej dzieci, odsetek rozwodów stanowi jedynie 4%²¹. Trwałość związku między dwojgiem ludzi jest wysoko skorelowana z liczbą potomstwa.

Ponieważ w naszej kulturze zachodzą poważne zmiany, należy podejrzewać, że coraz większa liczba dzieci rodzić się będzie w związkach pozamałżeńskich. Tendencję taką obserwuje się w Polsce od kilku lat, w Europie zachodniej jest ona znacznie głębsza i trwa dłużej. Zjawisko to, choć rodzi ważne pytania, nie dotyczy jednak bezpośrednio poruszanego tematu. Związki konkubenckie, coraz częściej spełniające funkcje rodzicielskie, tak jak tradycyjne związki małżeńskie są związkami par dwupłciowych i zazwyczaj mogą sformalizować swój status.

Jak natomiast wyglądają dane dotyczące dzietności par homoseksualnych, które zechciałyby zawrzeć związek małżeński? Jak wyglądają ich realne możliwości rozrodczo-wychowawcze, tzn. jakie jest prawdopodobieństwo ponoszenia przez nie ciężarów rodzicielskich? Nie istnieją dane statystyczne dotyczące rodziców homoseksualnych w Polsce. Nie ma takich danych również w rocznikach statystycznych Dani czy Holandii (są to kraje, w których istnieje możliwość zawarcia małżeństwa między osobami tej samej płci). W statystykach tych krajów nie wyróżnia się małżeństw ze względu na orientację seksualną. Prawdopodobnie uznaje się to za dyskryminujące. Wystarczy tu jednak dedukcja. Biologia jest nieubłagana: mężczyźni nie mogą zająć w ciążę wcale, kobiety natomiast jedynie przy udziale mężczyzn. 100% par jedнопłciowych, które chciałyby wstąpić w związek małżeński, nie może spłodzić wspólnych dzieci. Jeśli mają potomstwo, jednym z biologicznych rodziców nie będzie partner w związku. Rodzi to zazwyczaj problemy prawne i wychowawcze. Podobne dysproporcje dotyczą wychowywania. Ponieważ bez udziału osób przeciwnej płci pary jedнопłciowe nie mogą począć dzieci, zazwyczaj nie mają również kogo wychowywać. Istnieją jednak pewne wyjątki.

Zasadniczo wśród par jedнопłciowych wyróżnić można trzy kategorie: pary wychowujące biologiczne dzieci jednego z partnerów, urodzone w poprzednim, heteroseksualnym związku; pary lesbijek wychowujące dzieci poczęte metodą *in vitro* lub w drodze sztucznej inseminacji; pary adoptujące dzieci niespo-

¹⁹ *Ibidem*, s. 179.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*, s. 245.

krewnione z partnerami lub sprawujące opiekę zastępczą nad takimi dziećmi. Część par jedнопłciowych teoretycznie mogłaby stać się rodzicami, jeśli posiadałaby prawo do zapłodnienia *in vitro*, adopcji lub przejęcia praw rodzicielskich. Aby podnieść współczynnik dzietności par jedнопłciowych, co mogłoby stanowić sposób zrównania ich w tym względzie z parami heteroseksualnymi, *najpierw* należałoby jednak podjąć dyskusję dotyczącą praw rodzicielskich dla homoseksualistów.

Co więcej, nawet jeśli prawo przyznawałoby parom jedнопłciowym możliwość zapłodnienia *in vitro* czy sztucznej inseminacji, zauważyć trzeba, że dotyczyłoby ono jedynie około połowy wszystkich par jedнопłciowych (lesbijek). Nie można spodziewać się również ponadprzeciętnej ilości adopcji dzieci przez pary homoseksualne. Adopcja obcego dziecka, nad czym można ubolewać, dla większości rodzin jest ostateczną „decyzją prokreacyjną”. Istnieje wiele powszechnych emocji oraz racji, które hamują pary heteroseksualne przed podjęciem decyzji o adopcji. Większość par, które mają problem z poczęciem, najpierw stara się wyleczyć bezpłodność. Decyzja o adopcji jest zazwyczaj o wiele rzadsza, bardziej świadoma i „dramatyczna”, niż poczęcie i urodzenie dziecka. Ogromna większość ludzi uznaje, że wolałaby powołać do życia własne dziecko, niż adoptować cudze. Poza tym przyznanie prawa do adopcji konkretnej parze wymaga spełnienia wielu rygorystycznych kryteriów, które obecnie trudno jest spełnić również parom heteroseksualnym. Podobne trudności hamować będą przed adopcją dzieci pary jedнопłciowe. Widać to na przykładzie Norwegii, w której jedynie niewielka ilość par jedнопłciowych wychowuje dzieci. Jak można wyczytać w broszurze wydawanej przez Kampanię na Rzecz Homofobii, „w szeroko zakrojonym badaniu norweskim (2983 gejów i lesbijek) 10 procent respondentów odpowiedziało, że ma dzieci, a 5 procent przyznało, że ich dzieci przebywają z nimi we wspólnym gospodarstwie domowym”²². W kraju, w którym zliberalizowana jest adopcja oraz dostęp do zapłodnienia *in vitro*, jedynie 10% par jedнопłciowych posiada potomstwo, przy czym połowa rodziców nie żyje ze swoimi dziećmi.

Biorąc pod uwagę powyższe przewidywania oraz dane, podejrzewać można, że odsetek sformalizowanych par jedнопłciowych wychowujących dzieci wahałaby się między 5 a 10%. Co więcej, odsetek ten mógłby stać się faktem pod warunkiem, że *najpierw* uznalibyśmy, że pary jedнопłciowe mogą mieć prawo do zapłodnienia *in vitro* lub adopcji dzieci. To natomiast również budzi pewne kontrowersje i wymaga osobnego namysłu.

²² Anon [2008].

Statystyczne dysproporcje między małżeństwami heteroseksualnymi a związkami jedнопłciowymi pod względem powoływania do życia i wychowywania dzieci są olbrzymie. Związki par dwupłciowych, a zwłaszcza małżeństwa, ciągle pozostają stabilną instytucją wspierającą wychowywanie i edukację. Małżeństwa są podstawową komórką rodzinną - środowiskiem, w którym przychodzi na świat większość Polaków, którzy następnie są utrzymywani, wychowani oraz edukowani przez rodziców. Natomiast osoby, które weszłyby w homoseksualne związki sformalizowane z bardzo małym prawdopodobieństwem przyczyniłyby się do poczęcia a następnie wychowania nowych obywateli. Jest to poważna różnica między małżeństwami heteroseksualnymi a ewentualnymi małżeństwami jedнопłciowymi: statystycznie małżeństwa homoseksualne nie są instytucją mogącą w istotny sposób wspierać dzietność oraz ponosić ciężary wychowawcze. Zazwyczaj mogą mieć one jedynie charakter kontraktów zawartych w interesie zainteresowanych stron. Dotyczy to motywacji oraz prawie zawsze skutków zawartych związków.

Dlaczego dzietność jest ważna?

Jednak nie każda różnica między grupami osób jest moralnie i prawnie istotna. Dlaczego więc odsetek małżeńskich narodzin dzieci miałby być ważną cechą różnicującą pary jedнопłciowe od dwupłciowych? Dlaczego nie powinniśmy tych faktów zignorować tak, jak ignorujemy kolor skóry, wyznanie, status materialny, pochodzenie społeczne, wiek, rodzaj wykonywanej pracy czy orientację seksualną, gdy przyznajemy prawa obywatelskie?

Posiadanie konkretnego koloru skóry, płci czy skłonności seksualnych nie wpływa ze swej natury na możliwość oraz jakość uczestnictwa w sferze publicznej. Osoby o różnym kolorze skóry, kobiety czy homoseksualiści równie dobrze mogą pełnić ważne funkcje publiczne lub dokonywać politycznych wyborów. Cechy te z *natury rzeczy* nie wpływają na kompetencje polityczne. Z tego względu nie są one ważne do dysponowania pełnią praw obywatelskich. Dziewiętnastowieczna argumentacja, jakoby czarnoskórzy i kobiety, podobnie jak dzieci, nie byli wystarczająco wykształceni do dokonywania politycznych wyborów, była nieuczciwa. Powszechny w tamtym czasie analfabetyzm wynikał jedynie z faktu wielowiekowej dyskryminacji, a zwalczenie dyskryminacji zniósło braki w kompetencjach.

Powyższy sposób rozumowania nie dotyczy jednak uprawnień małżeńskich i sytuacji par jedнопłciowych. Wskazana wyżej statystyczna różnica między parami jedno a dwupłciowymi ma charakter naturalny i niemożliwy do usunięcia. Nie wynika ona z dyskryminacji, lecz z biologicznych ograniczeń par jedнопłcio-

wych, skutkujących z *natury rzeczy* daleko mniejszą dietnością czy prawdopodobieństwem pełnienia funkcji rodzicielskich. Nie dość że skutki te są nieusuwalne, stanowią dobry powód, aby nie przyznawać parom jedнопłciowym tych samych uprawnień co parom dwupłciowym. Jak będę bowiem argumentował, powoływanie do życia oraz wychowywanie nowych obywateli stanowić może wystarczająco dobre uzasadnienie dla wielu obowiązujących obecnie w Polsce przywilejów małżeńskich. Z tego względu, jeśli zgodzilibyśmy się na możliwość zawierania małżeństw jedнопłciowych na podobnych warunkach jakie obecnie obowiązują małżeństwa dwupłciowe, postąpilibyśmy niesprawiedliwie wobec par dwupłciowych oraz osób samotnych.

Institucja małżeństwa pociąga za sobą ważne obowiązki. Wśród nich jest wyrażony w art. 23 *Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* obowiązek udzielania sobie wzajemnej pomocy czy przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27). Doświadczają go zwłaszcza osoby rozwiedzione, które tracąc w wyniku rozwodu korzystne uprawnienia, wciąż obciążone są wieloma konsekwencjami prawnymi. Rozwód wymaga orzeczenia sądu, związany jest z podziałem majątku, obciążeniami alimentacyjnymi na dzieci oraz współmałżonka. Ów ciężar wzrasta zazwyczaj wraz z liczbą potomstwa, wobec którego mamy obowiązek alimentacyjny. Małżeństwo dwupłciowe związane jest z olbrzymim, dziewięćdziesięcioprocentowym „ryzykiem” posiadania dzieci, które pociąga obowiązek troski o rodzinę.

Oprócz istotnych obowiązków zapisanych w prawie rodzinnym, małżonkowie posiadają także wiele korzystnych, faworyzujących ich uprawnień. Takie korzystne przepisy nazwać można przywilejami. Jednym z nich jest między innymi instytucja ustawowej wspólności majątkowej²³. Dzięki niej małżonkowie mogą być opodatkowani łącznie, co w niektórych przypadkach może powodować duże oszczędności, zwłaszcza gdy: dochody małżonków różnią się na tyle, że osiagają oni różne progi podatkowe; jeden małżonek osiąga dochody niższe niż kwota wolna od podatku; lub jeden małżonek jest osobą niepracującą. Maksymalna korzyść podatkowa z tego tytułu może osiągnąć nawet ponad 12 tysięcy złotych rocznie²⁴. Kolejny małżeński przywilej podatkowy związany jest z przepisami o dziedziczeniu ustawowym²⁵. Ze względu na wspólność majątkową, po śmierci jednego z małżonków dziedziczeniu podlega zazwyczaj jedynie połowa majątku wspólnego, ponieważ reszta jest własnością żyjącego małżonka. Z tego

²³ Sejm [1964a] art. 31-54.

²⁴ Szulczewski [2012].

²⁵ Sejm [1964b] art. 931-933.

względu ewentualny podatek spadkowy liczony jest jedynie od połowy wspólnego majątku. Nabycie w formie spadku po małżonku co do zasady podlega najniższemu opodatkowaniu (I grupa podatkowa²⁶). Od 2007 roku obowiązuje także możliwość zwolnienia od podatku spadkowego przez małżonka i zstępnych, więc osoba, która dziedziczy po swoim małżonku, może nie płacić podatku wcale. Z drugiej strony, jeśli kawaler Krzysztof chciałby przekazać swój majątek niespokrewnionemu z nim Markowi, spisując testament, Marek będzie musiał zapłacić podatek w wysokości 12–20% wartości całego spadku (III grupa podatkowa)²⁷. Poza tym dziedziczenie testamentowe nie daje gwarancji Markowi, że otrzyma całość majątku zapisanego w testamencie. W określonych sytuacjach, gdy zmarły pozostawia między innymi małżonka, który byłby powołany do spadku na mocy ustawy, małżonek ten może dochodzić tzw. zachowku²⁸. Inną ważną finansową korzyścią płynącą z małżeństwa jest możliwość otrzymania renty rodzinnej po śmierci małżonka²⁹. Jeśli żyjący małżonek spełni pewne warunki, między innymi minimum 50 lat życia, w przypadku śmierci współmałżonka może ubiegać się o pomoc finansową państwa. Gdy natomiast zmarły mąż miał ustalone prawo do emerytury lub renty, wdowa może pobierać rentę w wysokości 85% świadczenia emerytalnego męża³⁰.

Do finansowych przywilejów małżeńskich doliczyć można także różne formy wsparcia kierowane do rodzin np. pomoc państwa w spłacie kredytu mieszkaniowego (rządowy program *Rodzina na swoim*³¹). Pamiętać również należy, że fakt zawarcia małżeństwa umożliwia wzajemną reprezentację małżonków w różnych instytucjach takich jak urzędy, sądy, szpitale bez dodatkowych kosztów w postaci konieczności notarialnego ustanowienia pełnomocnictwa³². Przywilejem symbolicznym, lecz niepozostającym bez znaczenia, jest również oficjalne, uroczyste, podniosłe „podpisanie się” państwa pod prywatną relacją dwojga ludzi w Urzędzie Stanu Cywilnego³³. Wszystkie te korzyści przypisane są małżonkom i nie mogą ubiegać się o nie np. konkubenci, osoby samotne, grupy piłkarskie czy osoby zatrudnione w jednej firmie.

²⁶ Sejm [2009]; Ministerstwo Finansów RP [2012].

²⁷ Sejm [2009]; Ministerstwo Finansów RP [2012].

²⁸ Sejm [1964b] art. 991.

²⁹ Sejm [2004] art. 67.

³⁰ Zakład Ubezpieczeń Społecznych [2011].

³¹ Sejm [2006].

³² Sejm [1964a] art. 29.

³³ Sejm [1986] art. 58.

Łożenie przez wszystkich obywateli na korzystne uprawnienia jednej z grup powinno mieć swoje dobre uzasadnienie, na przykład utylitarne. Posłowie mają immunitet, gdyż to gwarantuje wyższe bezpieczeństwo demokracji, osoby pracujące w zawodach wymagających młodzieńczej sprawności lub siły mogą przechodzić na wcześniejszą emeryturę, aby odmładzać kadry przy równoczesnym zabezpieczeniu starszych pracowników. Dlaczego jednak małżonkowie mają mieć różnego rodzaju ulgi podatkowe i darmowe ułatwienia prawne? Dlaczego podnosić prestiż związków małżeńskich odpowiednią ceremonią, podniosłą atmosferą, gestami urzędników i uznaniem rodziny i świadków? Jaki jest powód, aby małżonków wspierać takimi przywilejami?

Często słyszy się, że wystarczającym powodem jest miłość lub chęć wspólnego spędzenia ze sobą życia. Jednak odczuwanie miłości i pragnienie wspólnego życia nie wydają się wystarczającą racją, aby w związek między dwojgiem ludzi państwo miało inwestować swój autorytet, prestiż oraz środki finansowe. Istnieje bardzo wiele nieformalnych relacji o charakterze romantycznym, seksualnym, przyjacielskim czy gospodarczym, których państwo nie wyróżnia korzystnymi normami prawnymi.

Podstawowym, bardzo dobrym uzasadnieniem małżeńskich i rodzinnych przywilejów są dzieci. W sytuacji mniej lub bardziej stabilnych relacji międzynarodowych, dzieci to przyszli obrońcy kraju, osoby dbające o interes wspólnoty. Przyczyniają się do stabilności demograficznej państwa. To dzieci, przez większość swojego życia płacąc podatki, zasilać będą wspólną służbę zdrowia, policję, administrację czy system emerytalny, z których korzystać będziemy na starość. To one będą konsumentami i odbiorcami dóbr, które sprzedawać będą ich rodzice. To one wynajdą technologie czy lekarstwa, które ułatwią nam życie w podeszłym wieku. To jedynie dzieci mogą być gwarantem kultury, języka i dziedzictwa narodowego, do ochrony których między innymi zobowiązuje się państwo. W Europie coraz śmieiej promuje się politykę pronatalistyczną. Jedną z bardziej rozsądnych jej form jest natomiast polityka promażeńska. Małżeństwa dwupłciowe są instytucją prognozującą najbardziej stabilne środowisko do rozwoju i wychowania dzieci. Wspieranie ich przez państwo wydaje się sensowną inwestycją w stabilny jego rozwój w długiej perspektywie. Nie dotyczy to jednak par jedнопłciowych.

Bardzo ważne znaczenie ma również fakt, że korzyści prawne i ekonomiczne płynące z małżeństwa par dwupłciowych zrównoważone są obowiązkami, które na nich spoczywają. Obowiązki te, jak przedstawiłem powyżej, w dużej mierze związane są z posiadaniem dzieci. Pary, które pretendowałyby do obecnych uprawnień małżeńskich, powinny brać na siebie także podobne zobowiązania. Przyznanie parom jedнопłciowym korzystnych uprawnień małżeńskich przy da-

leko niższym prawdopodobieństwie ponoszenia przez nie porównywalnych obciążeń i obowiązków, byłoby niesprawiedliwe względem par dwupłciowych oraz osób samotnych, które nie posiadając dodatkowych małżeńskich obowiązków, również nie mają widoku na małżeńskie przywileje.

Kolejnym rozsądnym uzasadnieniem wspierania przez państwo małżeństw jest chronienie trwałości monogamicznych związków, co minimalizuje konflikty i podziały między ludźmi. Również ten powód nadawania uprawnień małżeńskich nie sprzyja formalizacji małżeństw jedнопłciowych. Trwałość związków jest wysoko skorelowana z liczbą potomstwa. Najczęściej rozpadają się małżeństwa osób, które nie mają lub mają jedynie jedno dziecko, najbardziej stabilne są natomiast małżeństwa wielodzietne. Prawdopodobieństwo trwałego posiadania uprawnień małżeńskich wzrasta wraz z liczbą posiadanych dzieci. Jedynie na tej podstawie można przewidywać, że związki jedнопłciowe nie będą tak stabilne jak małżeństwa tradycyjne.

Podsumowując, małżeństwo od wieków było wspieranym przez państwo sposobem na rodzenie, wychowywanie, przekazywanie sukcesji, wzmacnianie stabilności struktury społecznej oraz chronienie najsłabszych członków rodziny jakimi są dzieci. Również w polskim prawie małżeństwo stanowi centralną instytucję rodziny a rodzina oparta na małżeństwie jest preferowana przez polskiego ustawodawcę³⁴. Te „rodzinne” funkcje małżeństwa oraz nałożone na małżonków obowiązki wydają się wystarczającym, i chyba jedynym, uzasadnieniem dla przywilejów, które posiadają małżeństwa dwupłciowe.

Odpowiedzi na ewentualne zarzuty

Przedstawiona powyżej argumentacja opiera się na utylitarnym uzasadnieniu przywilejów małżeńskich, odwołując się przede wszystkim do takich prospołecznych skutków instytucji małżeństwa jak płodzenie i wychowywanie dzieci oraz stabilizacja struktury społecznej. Nadawanie korzystnych uprawnień pewnym grupom osób powinno bazować na dobrych racjach. Czytelnik postawić może jednak zarzut, że uzasadnienie uprawnień małżeńskich nie musi opierać się na utylitarnych, prorodzinnych funkcjach małżeństwa. Małżeństwo i rodzinę można uznać za wartość podlegającą ochronie z innych niż społeczna użyteczność względów. Wartość małżeństwa będzie mieć odmienne uzasadnienie w tradycji arystotelesowskiej czy chrześcijańskiej. Niektóre osoby sądzą, że małżeństwo powinno mieć specjalny status prawny, gdyż jest wartością samoistną. Również polski ustawodawca, zapisując w konstytucji z 1997 roku, iż „małżeństwo jako zwią-

³⁴ Smyczyński [2009] s. 2, 68.

zek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej³⁵, nie musiał mieć intencji utylitar-nych.

Z perspektywy etyki istotne pytanie nie brzmi jednak „Jakie intencje miał ustawodawca?” lub „Jak uzasadniał on uprawnienia małżeńskie i rodzinne?”, lecz „Czy uprawnienia takie są sprawiedliwe lub kiedy mogłyby być za takie uznane?”. Stwierdzenie „samoistności wartości małżeństwa i rodziny” samo przez się nie uzasadni sprawiedliwości przywilejów małżeńskich zawartych w polskim prawie. Podobną „wartość samoistną” ma np. przyjaźń, nie twierdzimy jednak, że przyjaciele powinni móc nabywać uprzywilejowujące ich uprawnienia oraz państwowe certyfikaty w „Urzędzie Stanu Przyjaźni”. Analogicznie ma się sprawa z takimi wartościami jak miłość, rozwijanie własnych zainteresowań czy uprawianie sportów. Jest bardzo wiele cennych czynności, postaw lub międzyludzkich relacji, które nie są i nie powinny być prawnie uprzywilejowane. Dlaczego etyczny liberał i demokratą miałby uznać sprawiedliwość specjalnego traktowania i prawnego wspierania małżeńskich par dwupłciowych? Jednym z przekonujących powodów może być to, że wspieranie małżeństw dwupłciowych, podobnie jak państwa, policji, wojska i minimalnej administracji, w dłuższej perspektywie jest korzystne dla nas wszystkich.

Powyższe tezy wzbudzić mogą jednak kolejną wątpliwość. W jaki sposób uprawnienia małżeńskie mogą być ugruntowane na dietności, skoro nie wszystkie małżeństwa posiadają dzieci? Jeśli powyższe dane statystyczne wskazują, że nie każde małżeństwo ma potomstwo, dlaczego w ogóle powinniśmy brać pod uwagę ową statystykę? Czy osoby bezpłodne lub kobiety po menopauzie nie powinny mieć prawa do małżeństwa? Czy nie jest niesprawiedliwe to, że pary jedнопłciowe łożą na przywileje niektórych małżeństw, które z powodu swego podeszłego wieku nie będą miały dzieci? Jak uzasadnić te dysproporcje między bezpłodnymi parami heteroseksualnymi a parami jedнопłciowymi³⁶?

Bezpłodne pary dwupłciowe stanowią odstępstwo od reguły, i biorąc pod uwagę naturę prawa, fakt ten można zignorować. Ponieważ przepisy prawa powinny być skuteczne, nie mogą być nadmiernie skomplikowane. Ich treść musi brać pod uwagę dane statystyczne o obywatelach. Konkretnie uprawnienie powinno być skorelowane z takimi grupami osób, które najprawdopodobniej posiadać będą własności uzasadniające to uprawnienie. Nie przyznajemy praw wyborczych siedemnastolatkom, gdyż wychodzimy z założenia, że ich kompetencje do

³⁵ Sejm [1997] art. 18.

³⁶ Zob. Klinowski [2005] s. 47; Primoratz [2012] s. 184–185.

podejmowania decyzji politycznych nie są wystarczające. Uzasadnienie takie nie dotyczy jednak wszystkich siedemnastolatków. Wielu z nich posiada większe kompetencje obywatelskie niż niejeden siedemdziesięciolatek. Nie uznamy jednak za dyskryminację sytuacji, w której siedemnastoletni laureat olimpiady z wiedzy o społeczeństwie nie posiada pełni praw obywatelskich, a przysługują one osobie, która ma demencję starczą. Niestety prawo niekiedy jest ślepe na istotne różnice między jednostkami. Nie jest możliwe ustanowienie prawa, które precyzyjnie nadawałoby uprawnienia zawsze i tylko tym osobom, wobec których byłoby to w pełni uzasadnione. Jeśli nie jest możliwe zrealizowanie takiego wymogu, uprawnienia powinny przysługiwać grupom ze względu na ich typowe cechy i prawdopodobieństwo ich wystąpienia.

Nie możemy mówić o dyskryminacji, jeśli w praktyce trudno jest przewidzieć, które osoby stanowiły będą mniejszość, a ponadto, nie są one pokrzywdzone. Sytuacja taka dotyczy dwupłciowych par bezdzietnych. Odsetek małżeństw, które nie mają dzieci, stanowi około 10%. Choć niekiedy jedno z małżonków ma problem z płodnością, o znacznej większości par heteroseksualnych domniemywać można, że będą miały potomstwo. Przed zawarciem małżeństwa bardzo trudno jest jednoznacznie stwierdzić, których par problem ten będzie dotyczył. O swojej chorobie dowiadują się po kilku latach bezskutecznych prób zajścia w ciążę i bardzo często podejmują próby leczenia. Przed formalizacją związku nie jest rozsądnie wymagać przedstawiania zaświadczeń o płodności, ponieważ bardzo często nie można o niej orzec jednoznacznie bez długiego okresu bezskutecznego starania się o dziecko oraz podejmowanych prób leczenia. Ponieważ bezpłodność par dwupłciowych jest formą choroby lub kalectwa, również po zawarciu małżeństwa w obliczu przeżywanego dramatu bezpłodności byłoby szkodliwe w imię „sprawiedliwości” pary te pozbawić pełni małżeńskich praw. Lepiej jest wspierać leczenie niepłodności lub pomagać w adopcji dzieci.

Jak ocenić jednak zawarcie małżeństwa przez osoby, o których możemy być pewni, że są bezpłodne? Takimi osobami są kobiety po menopauzie. Niegdyś prawo nie musiało różnicować małżonków ze względu na wiek, jednak dzisiaj, wraz z podniesieniem się średniej długości życia, zawieranie małżeństw przez starsze kobiety ma miejsce częściej. Zgodnie z danymi demograficznymi za 2009 rok odsetek kobiet, wychodzących za mąż w wieku starszym niż 45 lat wynosił 4%³⁷. Należy jednak założyć, że spora część z tych par to małżeństwa powtórne, w których już są dzieci, inne dotyczą formalizacji związków, w których dzieci były urodzone wcześniej. Podejrzewać można, że wśród wszystkich małżeństw

³⁷ Dmochowska [2010] s. 184.

znajduje się około 1%, które zawarte są przez osoby bezdzietne oraz niezdolne do spłodzenia potomstwa z racji wieku. Czy 1% osób w grupie, które niesprawiedliwie nabywają uprawnienia jej członków, powinno być argumentem za tym, aby zmieniać wielowiekowe prawne status quo, ryzykując, że wzbudzi to duże poczucie krzywdy oraz przeszkodzi realizacji pobocznych celów małżeństwa jakim jest popieranie trwałej monogamii, miłości czy wzajemnej opieki na starość? Zapewne wiele kobiet, które wyszły za mąż w wieku dojrzałym, pragnęło założyć rodzinę już wcześniej. Czy fakt, że poznały partnera trochę za późno, byłby rozsądnym uzasadnieniem, aby odmówić im małżeństwa, jeśli znalazły go o rok później, niż przewidywałyby ewentualne prawo?

Bezpłodne pary dwupłciowe z natury rzeczy stanowią statystycznie nieistotną anomalię, którą prowadząc namysł nad prawem, rozsądnie jest zignorować. Tym bardziej, że nie są one pokrzywdzone, lecz niesprawiedliwie uprzywilejowane. Niekiedy nawet sprawiedliwe prawo może bezpodstawnie faworyzować pewne jednostki. Wynika to z jego natury - prawo musi być ogólne. Wiele niekompetentnych osób, których świadomość polityczna i obywatelska nie różni się zasadniczo od świadomości i kompetencji piętnastolatków, posiada prawa wyborcze. Nie jest to jednak powodem, dla którego powinniśmy przyznać wszystkim dzieciom prawa polityczne. Analogicznie, fakt niesprawiedliwego posiadania przywilejów małżeńskich przez nieliczne bezdzietne pary dwupłciowe nie jest powodem, aby przyznać te prawa wszystkim parom jedнопłciowym. Olbrzymia większość par dwupłciowych jest płodna i posiada potomstwo, natomiast większość bezdzietnych par heteroseksualnych dotknęła choroba niepłodności, która wymaga wsparcia i leczenia. Sytuacja par jedнопłciowych jest natomiast inna. To, że nie mają one dzieci nie jest anomalią czy wynikiem późno rozpoznanej choroby, ale ich typową, naturalną cechą. Wśród par jedнопłciowych anomalią jest posiadanie dzieci. Istnieje bardzo małe prawdopodobieństwo, że pary te zostaną rodzicami.

Jednak zwolennik tezy o dyskryminacji par jedнопłciowych mógłby stwierdzić, że należy zmienić tę staroświecką koncepcję łączącą małżeństwo z wychowywaniem dzieci i rodziną. Może nie jest to już przekonująca struktura aksjologiczno-prawna? Może status małżonków powinniśmy nadawać każdemu, kto deklaruje wzajemną miłość, chęć spędzenia ze sobą życia, budowę wspólnego gospodarstwa domowego, a cech takich jak prawdopodobieństwo stania się rodzicem czy trwałość związku nie powinno się brać wcale pod uwagę? Przecież funkcją małżeństwa nie jest jedynie prokreacja i wychowanie, ale również zaspokajanie potrzeb emocjonalnych, seksualnych i bytowych. Nawet jeśli uznamy, że ważnym celem państwa powinna być ochrona i promocja dzietności i odpowiedzialności za

potomstwo, można zadać pytanie, czy prawne środki użyte, aby zrealizować ten cel, polegające na zakazie zawierania małżeństw parom jedнопłciowym, są właściwe i konieczne. Czy rodzina, dietność, funkcje wychowawcze, odpowiedzialność za drugiego człowieka nie mogłyby być zalecane w modelu prawnym, który zezwala na zawieranie małżeństw jedнопłciowych? Może podstawą i uzasadnieniem faworyzujących uprawnień nie powinna być statystyczna dietność, lecz fakt bycia rodzicem?

Nie jest trudno wyobrazić sobie prawo, które rozdziela instytucję małżeństwa od uprawnień rodzicielskich. Taki rozdział uprawnień zakładałby, że z jednej strony państwo wspierałoby rodziców, bez względu na ich stan matrymonialny oraz orientację seksualną, z drugiej strony gwarantowało minimalne uprawnienia związane z faktem zawarcia legalnego związku bez względu na to, czy dotyczyłyby one par jedno czy dwupłciowych (nazwijmy je małżeństwami minimalnymi). Uprawnienia minimalnych małżeństw nie mogłyby czerpać swych treści czy uzasadnienia z funkcji rodzicielskich, lecz jedynie z funkcji gospodarczo-emocjonalno-seksualnej. Tacy małżonkowie mogliby np. reprezentować się nawzajem w różnych sytuacjach, mieć uprawnienia do dziedziczenia ustawowego, uzyskiwać informację o współmałżonku. Minimalne małżeństwa nie powinny mieć jednak przywilejów takich, jak ulgi i korzyści finansowe, aby nie dyskryminować osób niepozostających w związkach małżeńskich. Jeśli można byłoby precyzyjnie rozdzielić instytucję małżeństwa od rodzicielstwa, czy obecne wykluczanie par jedнопłciowych z możliwości zawierania małżeństw nie jest dyskryminujące? Rozumowanie, prowadzące do takiego wniosku, przedstawić można jako ciąg następujących przekonań:

1. Państwo, dbając o osiągnięcie celów prokreacyjno-wychowawczych, nadaje uprawnienia do zawierania małżeństw parom dwupłciowym.
2. Uprawnienia małżeńskie nie przysługują parom jedнопłciowym, gdyż grupa ta nie jest w stanie realizować celów prokreacyjno-wychowawczych.
3. Osiągnięcie powyższych celów mogłoby być zagwarantowane przez inne, równie dobre rozwiązanie prawne, które nie sprzyjałoby ani parom jedno ani dwupłciowym, lecz innej grupie osób, tzn. wszystkim rodzicom bez względu na typ związku.
4. Zatem: Przyznanie uprawnień małżeńskich parom dwupłciowym oraz nieprzyznanie ich parom jedнопłciowym dyskryminuje rodziców będących w parach jedнопłciowych oraz pary jedнопłciowe względem bezdietnych par dwupłciowych.

Struktura powyższego argumentu może być dość pouczająca. Zwolennicy formalizacji związków jedнопłciowych powinni zauważyć, że orzeczenie dys-

kryminacji jest *wynikiem* namysłu nad wartością alternatywnej filozofii małżeństwa. Dopiero przeprowadzenie takiej dyskusji może stać się ewentualną podstawą do wyciągania wniosku o dyskryminacji. Ciężar dowodu w tej kwestii leży po stronie zwolenników zmiany tradycyjnego prawa rodzinnego. Nie jest więc tak, że powinniśmy podjąć namysł nad nową filozofią małżeństwa, gdyż pary jedнопłciowe są dyskryminowane. Jest raczej tak, że jeśli uda się sformułować lepsze prawo rodzinne, istnieją przesłanki do tego, aby uznać, że prawo obecne jest dyskryminujące. Zatem to, czy pary jedнопłciowe są dyskryminowane, zależy może między innymi od wyniku debaty nad wartością nowej filozofii małżeństwa i rodziny.

Przesłanka trzecia powyższego rozumowania zakłada, że równie dobrą alternatywą wobec obowiązującego w Polsce prawa rodzinnego mogłoby być pełne rozdzielenie uprawnień rodziców od uprawnień osób w sformalizowanych związkach. Czy przebudowa prawa rodzinnego tak, aby rozdzielić uprawnienia małżeńskie od rodzicielskich, byłaby użyteczna i sprawiedliwa? Czy owo alternatywne rozwiązanie byłoby równie dobre jak obecne prawo rodzinne w popularyzowaniu istotnych społecznie wartości? Trudno powiedzieć. Romantyczna i gospodarcza wizja związku, niezakładająca funkcji rodzicielskiej, jest bardzo młoda. Związana jest z przemianami obyczajowymi lat sześćdziesiątych i jako społeczny eksperyment niesie również szkodliwe skutki. Poważny namysł nad tą propozycją powinien bazować między innymi na bilansie społecznych zysków i strat związanych z jej wprowadzeniem oraz ich sprawiedliwością. Wymagałoby to zaprezentowania całkowicie przebudowanego systemu prawa rodzinnego i wykazania, że jest ono sprawiedliwe, nie niesie ze sobą istotnych zagrożeń (np. dla dzieci) oraz stoją za nią silne racje uzasadniające zmianę wielowiekowego status quo. W tym celu należałoby zebrać wiele istotnych danych empirycznych oraz podjąć poważną dyskusję nad filozofią rodziny i małżeństwa, która mogłaby być podstawą ewentualnej gruntownej zmiany obecnego prawa rodzinnego.

Podczas dyskusji na temat alternatywnego prawa rodzinnego oraz problemu dyskryminacji mniejszości seksualnych należy pamiętać, że wybór między konkurencyjnymi wartościami wspieranymi przez państwo nie zawsze ma charakter etyczny. Choć dyskusja taka musi brać pod uwagę sprawiedliwość i krzywdę, gdyż rygory etyczne powinny być ważniejsze niż racje ekonomiczne, utilitarne czy polityczne, liberalny demokratą musi uznać, że w ustanawianiu prawa istotną rolę powinna pełnić wola większości obywateli. Jeśli demokratyczna większość osób chciałaby zaniechać wspierania małżeństw, wybierając postawę dyspozycyjności wobec pracodawców i niezależności od zobowiązań rodzinnych, małżonkowie nie powinni uważać, że są dyskryminowani. Jeśli również demokra-

tyczna większość obywateli pragnie popierać takie wartości jak rodzina, dzieciństwo, stabilność związków, odpowiedzialność za członków rodziny, powinna mieć do tego prawo. Etyczna kategoria dyskryminacji nie stosuje się do takich sytuacji, ponieważ żadna mniejszość nie ma prawa jako zasadnego roszczenia wbrew woli większości żądać korzystnych dla siebie uprawnień, bez uprzedniego wskazania, że żądania te wynikają z powodów etycznych. Jeśli cenimy demokrację, powinniśmy przyjąć, że większość ma prawo dążyć do celów, które uznaje za ważne, pod warunkiem że obiektywnie nie krzywdzą one innych. W przeciwnym wypadku doszlibyśmy do absurdów. Czy jeśli byłbym libertarianinem, który nie uznaje obowiązku pomocy potrzebującym, mógłbym głosić, że jestem dyskryminowany przez prawo fundujące zniżki na komunikację miejską uczniom, studentom, kombatanom i inwalidom, lub twierdzić, że przeznaczanie moich podatków dla bezrobotnych czy ludzi z obszarów biedy, dyskryminuje moje dzieci? Czy jeśli byłbym kawalerem, mógłbym twierdzić, że polityka prorodzinna, wspierająca wielodzietność, dyskryminuje osoby niebędące w związkach? Czy w naszym kraju dyskryminowane są osoby, które chciałyby mieć wiele żon? Stwierdzenia takie byłyby retorycznym nadużyciem. Dyskryminacja motywowana jest uprzedzeniami, stereotypami bądź niewiedzą. Jeśli większość obywateli chciałaby działać na rzecz pewnych wartości oraz nie istnieją istotne etyczne powody, aby tego nie czynić, gorsze położenie obywateli, którzy cenią inne wartości, nie jest dyskryminowaniem, lecz efektem demokracji. Jak wierzą etycy liberalni i demokraci, odżegnujący się od platońskiego paternalizmu „króla-filozofa”, oceny etyczne nie powinny rozciągać się na każdą dziedzinę życia, a etycy nie powinni mieć ambicji regulowania za sprawą swych rozumowań każdej demokratycznej decyzji. Normy etyczne powinny ograniczać środki i cele polityczne, nie mogą jednak stanowić źródła wszystkich rozstrzygnięć w państwie demokratycznym. Platońska ścieżka „króla-etyka” jest równie niebezpieczna jak nieograniczona przez etykę tyrania większości.

○○○

W artykule starałem się wykazać, że żaden z powyżej rozważanych argumentów prowadzących do wniosku o dyskryminacji homoseksualistów poprzez zakaz zawierania związków małżeńskich parom jedнопłciowym, nie jest konkluzywny. Jeśli tak się sprawy mają, trudno znaleźć dobre racje, aby przyjąć tezę o etycznej dyskryminacji par jedнопłciowych w polskim prawie. Odczuwanie miłości i pragnienie wspólnego życia nie wydają się wystarczającą racją, aby w związek między dwojgiem ludzi państwo miało inwestować swój autorytet, prestiż oraz środki finansowe. Istnieje bardzo wiele nieformalnych relacji o charakterze romantycznym, seksualnym, przyjacielskim czy gospodarczym, których państwo

nie wyróżnia korzystnymi normami prawnymi. Jedynym rozsądnym uzasadnieniem dla wielu obowiązujących obecnie w Polsce przywilejów małżeńskich jest istotna rola małżeństw dwupłciowych w powoływaniu do życia i wychowywaniu przyszłych obywateli, a także związane z tym obciążenia. Z tego względu, jeśli zgodzilibyśmy się na możliwość zawierania małżeństw jedнопłciowych na podobnych warunkach, jakie obecnie obowiązują małżeństwa dwupłciowe, postąpilibyśmy niesprawiedliwie wobec par dwupłciowych oraz osób samotnych. Nie należy bowiem mylić moralnej oceny relacji homoseksualnych, homofobii, braku tolerancji czy „ciasnej atmosfery zaścianka” z kwestią formalizacji par jedнопłciowych.

Bibliografia

- Altman [2011] – A. Altman, *Discrimination*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. Edward N. Zalta, Spring 2011, dostępne na: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/discrimination/>.
- Anon [2008] – Anon, *Ile kosztuje wychowanie dzieci w Polsce?*, „eGospodarka.pl – Finanse” 2008, dostępne na: <http://www.finance.egospodarka.pl/31376,Ile-kosztuje-wychowanie-dzieci-w-Polsce,1,48,1.html>.
- Cotter [2006] – A.-M.M. Cotter, *Race Matters: An International Legal Analysis of Race Discrimination*, Ashgate Pub Co, 2006.
- Dmochowska [2010] – Dmochowska (red.), *Rocznik demograficzny*, Główny Urząd Statystyczny, Warszawa 2010.
- Dworkin [1985] – R. Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1985.
- Ely [1980] – J.H. Ely, *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge 1980.
- Flew [1990] – A. Flew, *Three Concepts of Racism*, „Encounter” (75) 1990, s. 63–66.
- Goldman [1979] – A.H. Goldman, *Justice and reverse discrimination*, Princeton University Press, Princeton, N.J. 1979.
- Hellman [2008] – D. Hellman, *When Is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, 2008.
- Hook [1995] – S. Hook, *Reverse Discrimination*, [w:] *The affirmative action debate*, red. Steven M. Cahn, Routledge, New York 1995, s. 145–152.
- Janikowski [2008] – W. Janikowski, *Naturalizm etyczny we współczesnej filozofii analitycznej*, Wydawnictwo Naukowe Semper, Warszawa 2008.
- Kakes [1995] – J. Kakes, *The Injustice of Affirmative Action Involving Preferential Treatment*, [w:] *The affirmative action debate*, red. Steven M. Cahn, Routledge, New York 1995, s. 293–304.
- Klinowski [2005] – M. Klinowski, *Moralność, reprodukcja i homoseksualizm*, „Diametros” (5) 2005, s. 21–50.

- Ministerstwo Finansów RP [2012] – Ministerstwo Finansów RP, *Podatek od spadków i darowizn – Informator 2012*, dostępne na: <http://www.mf.gov.pl/dokument.php?const=3&dzial=138&id=19077>.
- Moreau [2010] – S. Moreau, *What Is Discrimination?*, „*Philosophy & Public Affairs*” 38 (2) 2010, s. 143–179.
- ONZ [2008] – ONZ, *Powszechna deklaracja praw człowieka z dnia 10 grudnia 1948 r.*, Nowy Jork, [w:] *Wybór dokumentów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka*, red. Marek Zubik, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2008, dostępne na: <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12108381350.pdf>.
- Parfit [2011] – D. Parfit, *On What Matters*, t. 1, Oxford University Press, 2011.
- Primoratz [2012] – I. Primoratz, *Filozofia seksu*, *Filozofia w praktyce*, PWN, Warszawa 2012.
- Sejm [1964a] – Sejm, *Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. - Kodeks rodzinny i opiekuńczy* (Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59), Warszawa 1964.
- Sejm [1964b] – Sejm, *Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny* (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93), Warszawa 1964.
- Sejm [1986] – Sejm, *Ustawa z dnia 29 września 1986 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jednolity* (Dz.U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264), Warszawa 1986, <http://dziennikustaw.gov.pl/du/2011/s/212/1264/D2011212126401.pdf>.
- Sejm [1997] – Sejm, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483) Warszawa 1997.
- Sejm [2004] – Sejm, *Ustawa z 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych* (Dz.U. z 2004 r. Nr 39, poz. 353 z późn. zm.), Warszawa 2004, dostępne na: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20040390353>.
- Sejm [2006] – Sejm, *Ustawa z dnia 8 września 2006 r. o finansowym wsparciu rodzin i innych osób w nabywaniu własnego mieszkania* (Dz.U. z dnia 11.10.2006 Nr 183, poz. 1354 z późn. zm. – tekst ujednolicony), Warszawa 2006, dostępne na: <http://dziennikustaw.gov.pl/du/2006/s/183/1354/D2006183135401.pdf>.
- Sejm [2009] – Sejm, *Ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn* (Dz.U. z 2009 r. Nr 93, poz. 768 ze zm.), Warszawa 2009, dostępne na: <http://dziennikustaw.gov.pl/du/2009/s/93/768/D2009093076801.pdf>.
- Shin [2009] – P.S. Shin, *The Substantive Principle of Equal Treatment*, „*Legal Theory*” 15 (02) 2009, s. 149–172.
- Smyczyński [2009] – Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12, *System prawa prywatnego*, C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2009.
- Szulczewski [2012] – P. Szulczewski, *Matłonkowie wspólnie – małżeństwo i dzieci*, 2012, dostępne na: <http://www.pit.pl/malzonkowie-razem/>.
- Zakład Ubezpieczeń Społecznych [2011] – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, *Renta rodzinna*, 2011, dostępne na: <http://zus.pl/default.asp?p=4&id=404>.