Biuletyn Stowarzyszenia Kanonistów Polskich XXX (2020), nr 33, s. 221-243
https://doi.org/10.32077/skp.2020.33.1-14

Lucjan Świto

MAŁŻEŃSTWO I RODZINA WOBEC ZAGROŻEŃ SPOŁECZNO-CYWILIZACYJNYCH. KONTEKST PRAWNY

Ochrona małżeństwa i rodziny jest zagadnieniem wielowymiarowym, a cele z nią związane realizowane mogą być na wielu płaszczyznach. Jedną z podstawowych płaszczyzn, która w sposób zasadniczy rzutuje na ocenę poziomu ochrony rodziny, jest płaszczyzna normatywna. Nie ulega wątpliwości, że to, czy rodzina i jej interesy są chronione, w zasadniczy sposób zależy od rozwiązań przyjętych w obowiązującym prawie.

Zgodnie z art. 18 Konstytucji RP[1] małżeństwo, rozumiane jako związek mężczyzny i kobiety, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo, podlegają ochronie i opiece Rzeczypospolitej Polskiej. Zapis ten, jak i szereg innych regulacji zawartych w ustawach i aktach niższego rzędu, nakłada na władze publiczne określone obowiązki związane z realizacją wskazanych przez ustrojodawcę celów działalności tych władz, przy czym obowiązki te sprowadzają się nie tylko do odpierania zagrożeń zewnętrznych wobec rodziny, ale obejmują również podejmowanie wielorakich działań mających na celu wspieranie funkcjonowania małżeństwa i rodziny oraz umacnianie więzi łączących małżonków i rodzinę. Państwo, w myśl wyrażonej w Preambule Konstytucji RP zasadzie pomocniczości, nie powinno nadmiernie ingerować w autonomię rodziny i odbierać jej możliwości decydowania o jej własnych sprawach, ale winno wspierać rodzinę wszędzie tam, gdzie ona sama sobie nie radzi.

Ta szlachetnie wyrażona zasada pomocniczości państwa wobec rodziny w dobie przeobrażeń społeczno-cywilizacyjnych, których jesteśmy świadkami, rodzi jednak zasadnicze pytanie o to, czy współczesne prawo polskie za-

Ks. dr hab. LUCJAN ŚWITO, kierownik Katedry Filozofii i Prawa Kanonicznego, Wydział Teologii, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie; ul. Hozjusza 15, 10-006 Olsztyn, Polska; e-mail: lucjan.swito@uwm.edu.pl; https://orcid.org/0000-0002-6392-4599

[1] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 2009 r., Nr 114, poz. 946 [dalej cyt.: Konstytucja RP].

wiera – oprócz deklaracji – faktyczne mechanizmy chroniące małżeństwo i rodzinę? Czy kształt obowiązującego prawa w Polsce rzeczywiście chroni rodzinę w ujęciu całościowym, czy też może – paradoksalnie – stanowi dla niej zagrożenie?

Próbując zmierzyć się z tak postawionym pytaniem ogólnym, w artykule zostaną wskazane przykładowe problemy, które dotyczą trzech fundamentalnych aspektów funkcjonowania rodziny: wychowania, pożycia intymnego i charakteru więzi rodzinnych. Mając zaś na uwadze wspomniany wyżej kontekst prawny, przeprowadzona analiza będzie koncentrowała się wokół trzech pytań szczegółowych: 1) Czy w rodzinach zastępczych w Polsce zachowywanie *szariatu* może być obowiązkiem? 2) Czy grozi nam legalizacja kazirodztwa, czyli czy polskie prawo karne w swym aktualnym kształcie rzeczywiście nie zezwala na żadne (poza małżeńskimi czy *quasi* małżeńskimi) zachowania seksualne w obrębie rodziny? 3) Czy pod względem prawnym matka dziecka może być w późniejszym czasie jego ojcem?

1. *Kafala*, czyli problem ochrony tożsamości religijnej dziecka

Pierwsze pytanie związane jest z napływem do Europy (a w nieuchronnej perspektywie zapewne również i do Polski) imigrantów z krajów muzułmańskich i w związku z tym możliwości ingerencji w jedno z najbardziej fundamentalnych praw rodzicielskich, które wyraża się wychowaniem dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami[2]. Zjawisko migracji wyznawców islamu rodzi wprawdzie szereg różnych problemów społecznych, tu uwaga zostanie skoncentrowana jedynie na zagadnieniu opieki nad dziećmi muzułmańskimi pozbawionymi opieki rodzicielskiej, wobec których – co naturalne – opiekę roztoczyć należy.

[2] Konstytucja RP, art. 48: „1. Rodzice mają prawo do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Wychowanie to powinno uwzględniać stopień dojrzałości dziecka, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania. 2. Ograniczenie lub pozbawienie praw rodzicielskich może nastąpić tylko w przypadkach określonych w ustawie i tylko na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu". Wychowanie oznacza zaszczepianie i umacnianie w dzieciach określonego światopoglądu, przekonań, systemu wartości, zasad obyczajowych, moralnych i etycznych poprzez świadome działania rodziców. Rodzice mają tu swobodę postępowania i wolność od wszelkich postronnych ingerencji. Dopiero gdyby przekazywanie pewnych treści należało zakwalifikować jako demoralizację, mogą wkroczyć organy państwa celem ochrony dziecka.

1.1. Prawo do opieki zastępczej

Zgodnie z przyjętymi przez Polskę przepisami prawa międzynarodowego, dziecko pozbawione czasowo lub na stałe swego środowiska rodzinnego, ma prawo do specjalnej ochrony i pomocy ze strony państwa[3]. Opieka ta wyraża się między innymi obowiązkiem zapewnienia mu opieki zastępczej[4].

1.2. Opieka zastępcza w prawie polskim

W polskim prawie rodzinnym występuje cały szereg rozwiązań, które regulują kwestię związaną z zapewnieniem dziecku – pozbawionemu środowiska rodzinnego – szeroko pojmowanej opieki zastępczej. Sygnalizacyjnie jedynie nadmienić należy, iż będzie to przysposobienie, czyli adopcja, która może być pełna rozwiązywalna[5], pełna nierozwiązywalna, czyli całkowita (art. 125^1 § 1 k.r.o.)[6] oraz niepełna [Smyczyński 2005, 247], a także ustano-

[3] Zob. *Konwencja o Prawach Dziecka* przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526, art. 20 ust. 1.

[4] Tamże, art. 20 ust. 2.

[5] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Dz. U. z 2019 r., poz. 2086 [dalej cyt.: k.r.o.], art. 121-123: „Zasadniczym skutkiem przysposobienia jest powstanie stosunku pokrewieństwa sztucznego między przysposabiającym i przysposobionym. W związku z tym wszelkie prawne skutki wiążące się normalnie z pokrewieństwem będą istniały również między przysposabiającym i przysposobionym. Ten zasadniczy skutek przysposobienia nie może być zmieniony wolą stron. W związku z tym ani wzajemne stosunki między przysposabiającymi, ani porozumienie się przysposabiających małżonków co do zwolnienia jednego z nich od obowiązków wynikających ze wspólnego przysposobienia nie mają wpływu na ustawowy zakres praw i obowiązków wypływających z przysposobienia zarówno dla przysposobionego, jak i dla każdego z przysposabiających". Zob. również: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 1968 r., sygn. akt II CR 375/68, OSNCP 1969, nr 10, poz. 174. Cechą charakterystyczną przysposobienia pełnego jest to, że rozciąga się ono nie tylko na samego przysposabiającego i przysposobionego, lecz na całą rodzinę przysposabiającego, tak jak gdyby przysposobiony urodził się jako dziecko naturalne przysposabiającego. W wyniku przysposobienia pełnego ustają prawa i obowiązki przysposobionego wynikające z pokrewieństwa względem jego krewnych, jak również prawa i obowiązki tych krewnych względem niego. Skutki przysposobienia rozciągają się na zstępnych przysposobionego (art. 121 § 3 k.r.o.).

[6] Jest to przysposobienie, na które rodzice wyrazili zgodę bez wskazania osoby przysposabiającego. Stanowi ono swoistą odmianę przysposobienia pełnego i charakteryzuje się przede wszystkim nierozwiązywalnością. W przysposobieniu całkowitym przysposabiający stają się w świetle prawa naturalnymi rodzicami dziecka, a faktu przysposobienia nie można udowodnić.

wienie opieki prawnej w formie rodzinnej lub instytucjonalnej pieczy zastępczej [tamże, 203-22].

Nie wchodząc w szczegóły dotyczące pieczy zastępczej i adopcji uregulowanej w prawie polskim należy zauważyć, iż prawo muzułmańskie – podobnie jak polskie – również daje dzieciom pozbawionym opieki rodzicielskiej możliwość wzrastania w rodzinie[7]. W świecie muzułmańskim opieka zastępcza rozumiana jest jednakże w sposób znacząco odmienny niż w tradycji prawa europejskiego.

Przede wszystkim islam nie zezwala na adopcję. Wprawdzie sam termin „adopcja" występuje w języku arabskim (*tabannin*), jednakże *Koran* zakazuje adopcji, która miałaby polegać na nawiązaniu stosunku prawnorodzinnego identycznego z tym, jaki istnieje pomiędzy biologicznymi rodzicami i dzieckiem[8]. Opieka zastępcza nad dzieckiem możliwa jest wyłącznie w formie tzw. *kafala*. Można ją porównać do umowy między biologicznymi rodzicami dziecka a jego przyszłymi opiekunami [Świto 2016, 221-34; Tomkiewicz 2017, 149-64].

Przyjęcie dziecka do rodziny w tej formule nie oznacza więc ustania więzi prawnej pomiędzy nim a jego biologicznymi rodzicami. Między dzieckiem a przyjmującymi je na wychowanie rodzicami nie powstaje stosunek pokrewieństwa. Dziecko zachowuje nazwisko biologicznego ojca i nie dziedziczy po przybranych „rodzicach"[9]. Na mocy *kafala* opiekun zajmuje się wychowankiem i ma obowiązek zaspokajać jego potrzeby, dbać o jego utrzymanie, a także – co trzeba mocno podkreślić – ma obowiązek wychowywać je w duchu islamu.

[7] W islamie dzieci uważane są za sieroty (*jatim*), jeżeli nie mają ojca, bez względu na to, czy żyje ich matka. Po śmierci ojca, nawet jeśli matka żyje, obowiązek zapewnienia utrzymania dziecku spoczywa na najbliższym męskim krewnym. Zob. Piwko 2010, 157-73.

[8] Zakaz ten wywodzi się z koranicznej przypowieści o związku małżeńskim proroka Mahometa z byłą żoną jego adoptowanego syna Zaida. Uznanie, iż przyjęcie dziecka na wychowanie nie powoduje powstania więzi rodzinnej umożliwiało Mahometowi zawarcie wspomnianego małżeństwa, które w ten sposób nie było już związkiem nieczystym.

[9] Choć ci mogą mu darować lub zapisać w testamencie 1/3 swego majątku.

1.3. *Kafala* w porządku prawa polskiego

Z pozoru wydawać by się mogło, że skoro *kafala* jest instytucją prawa islamskiego, a *Koran* nie przynależy do źródeł prawa polskiego[10], nie ma podstaw prawnych, by rozwiązania przyjęte w *szariacie* respektować w prawie polskim. Wniosek powyższy nie jest pozbawiony racji, jednakże – jak wydaje się – nie oznacza, iż tezę o istnieniu odniesień pomiędzy wspomnianą instytucją a prawem polskim należałoby całkowicie wykluczyć. Rzecz bowiem w tym, że instytucję *kafala* „rozpoznają" przepisy aktów prawa międzynarodowego, których Polska jest stroną, przy czym instytucji tej nie wyklucza również „Prawo prywatne międzynarodowe"[11].

1.4. Prawo międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę

Kafala wymienia tzw. Konwencja haska z 19 października 1996 r., czyli „Konwencja o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci"[12]. Przepis art. 3 pkt e tej konwencji stanowi, iż środki zmierzające do ochrony osoby lub majątku dziecka (art. 1) mogą w szczególności odnosić się do „umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej albo opieki nad nim przez *kafala* lub podobną instytucję".

Kafala wymienia też *expressis verbis* „Konwencja o Prawach Dziecka"[13]. Przepis art. 20 tej konwencji wprost stanowi, że dziecku pozbawionemu czasowo lub stale środowiska rodzinnego Państwa-Strony mają zapewnić – zgodnie ze swym prawem wewnętrznym – opiekę zastępczą, która powinna uwzględniać ciągłość wychowania dziecka oraz jego tożsamość etniczną, religijną, kulturową i językową. Dlatego państwa mogą to uczynić na kilka sposób: poprzez umieszczenie w rodzinie zastępczej, poprzez adopcję, poprzez umieszczenie w instytucji powołanej do opieki nad dziećmi, a także poprzez *kafala* w prawie islamskim.

Obie umowy międzynarodowe – bez wniesienia zastrzeżeń czy deklaracji wobec omawianych przepisów – zostały przez Polskę ratyfikowane, co

[10] Określonych w art. 87 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

[11] Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. *Prawo prywatne międzynarodowe*, Dz. U. z 2015, poz. 1792.

[12] Ratyfikowana dnia 8 czerwca 2010 r., Dz. U. Nr 172, poz. 1158.

[13] Ratyfikowana dnia 7 czerwca 1991 r., Dz. U. Nr 120, poz. 526.

w świetle art. 91 Konstytucji RP oznacza, że stanowią część krajowego porządku prawnego i powinny być bezpośrednio stosowane[14].

1.5. „Prawo prywatne międzynarodowe"

Obowiązek uwzględnienia *kafali* przy podejmowaniu decyzji w sprawie pieczy nad małoletnim muzułmaninem można również wyprowadzić z „Prawa prywatnego międzynarodowego"[15].

Przepis art. 56 oraz 59 tej ustawy stanowi bowiem, iż prawo właściwe dla spraw z zakresu władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem oraz opieki i kurateli określa wspomniana wyżej Konwencja haska z 1996 r. W świetle zaś art. 16 tej Konwencji, odpowiedzialność rodzicielska istniejąca według prawa państwa zwykłego pobytu dziecka, trwa także po zmianie zwykłego pobytu dziecka na inne państwo[16]. Z powyższego wynika zatem, że jeżeli na terytorium Polski będą przebywały dzieci, które w miejscu swojego zwykłego pobytu zostały poddane opiece w formie *kafala*, to fakt ten winno respektować prawo polskie[17].

1.6. Granice respektowania *kafala*

Uznając więc, że prawo polskie nie wyklucza możliwości respektowania *kafala* w rozwiązaniach opiekuńczych, nie sposób nie zadać pytania, jak dalece respektowanie owej instytucji winno sięgać i czy obowiązek uwzględnienia specyfiki *kafala* da się pogodzić z zasadą wolności religijnej w Polsce?

---

[14] Chyba, że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy (ust. 1); umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową (ust. 2).

[15] Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. *Prawo prywatne międzynarodowe*.

[16] Przy czym – zgodnie z art. 1 ust. 2 tej Konwencji – pojęcie „odpowiedzialność rodzicielska" oznacza zarówno władzę rodzicielską, jak i wszelki inny stosunek władzy, który określa prawa, uprawnienia i obowiązki rodziców, opiekunów, lub innych przedstawicieli ustawowych w stosunku do osoby lub majątku dziecka.

[17] Oznacza to więc na przykład, że w przypadku śmierci osoby, która sprawowała opiekę nad małoletnim w formie *kafala*, będzie zachodzić konieczność podjęcia stosownych działań opiekuńczych w odniesieniu do tego dziecka nawet, jeśli w Polsce przebywałaby biologiczna matka dziecka.

1.7. Zasada wolności religijnej

Odnosząc się do tego aspektu przede wszystkim przypomnieć należy, iż system opieki *kafala*, mimo, iż w poszczególnych krajach może różnić się w szczegółach, co do zasady nakłada na opiekunów kafalicznych obowiązek wychowania dziecka w duchu islamu, zaś islam możliwość zmiany religii wyklucza.

Europejski model praw człowieka, w tym prawo do wolności religijnej, nie jest praktykowany w islamie. W doktrynie islamu prawa jednostki pochodzą od Boga i jego objawienia – *Koranu* – i nie są przyrodzone ludziom prawem natury. Osoba ludzka jest traktowana nie jako podmiot praw, ale jako jednostka zobowiązana do odpowiednich zachowań, postaw i czynów wobec swojej gminy, a przede wszystkim wobec Boga [Baecker 2005, 89]. Dlatego – zgodnie z tą doktryną – społeczeństwo muzułmańskie powinno się rządzić zgodnie z prawem Bożym w postaci, w jakiej określa je *Koran* oraz *szariat*[18]. W stosowaniu prawa religijnego kraje muzułmańskie różnią się między sobą, jednakże w zakresie dotyczącym religii, w promulgowanych wspólne deklaracjach praw człowieka jednoznacznie odwołują się do *szariatu* jako swojej podstawy [Armour 2004, 95-100].

Nie wchodząc w całą głębię problematyki dotyczącej koncepcji praw człowieka w islamie[19] dla przykładu jedynie wskazać należy, iż państwa islamskie nie tylko nie przyjęły „Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka" z 1948 r., ale dnia 5 sierpnia 1990 r. opracowały tzw. „Kairską Deklarację Praw Człowieka w Islamie"[20], z której wynika, iż cała ludzkość z natury swej jest muzułmańska, w związku z czym wolność religii nie może być akceptowana[21].

---

[18] System prawa muzułmańskiego wypracowany przez muzułmanów na przestrzeni wieków, zob. Armour 2004, 35-36.

[19] Szerzej zob. Bisztyga 2013, 77-92; Mrozek-Dumanowska 1999; Jabłoński 2005.

[20] Deklarację tę podpisało 45 ministrów spraw zagranicznych z Organizacji Konferencji Islamskiej.

[21] Już w preambule Kairska Deklaracja stwierdza, że islam jest ponad innymi religiami: „Potwierdzając cywilizacyjną i historyczną funkcję społeczności muzułmańskiej, która jest najlepszą wspólnotą, jaką Bóg kiedykolwiek stworzył, która łącząc życie doczesne i życie wieczne oraz wiedzę i wiarę, dała ludzkości cywilizację uniwersalną i harmonijną; potwierdzając pożądaną rolę tej społeczności w dzisiejszych czasach, jako przewodnika dla ludzkości pogrążonej w chaosie z powodu różnych i sprzecznych wierzeń i ideologii, po-

W świetle powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że *kafala* w aspekcie, w jakim obliguje do wychowania dziecka w duchu islamu, z obowiązującą w porządku prawa polskiego zasadą wolności religijnej w żadnym stopniu pogodzić się nie da.

1.8. Rozwiązania praktyczne

Co to oznacza w praktyce? Zasygnalizowany problem pieczy zastępczej w odniesieniu do małoletnich muzułmanów i wynikający z tego obowiązek opieki w formie *kafala*, stwarza realne zagrożenie dla tych rodzin podejmujących się pieczy zastępczej, które reprezentują inny system światopoglądowy niż islam. Może się więc zdarzyć, że rodzice – np. chrześcijanie – przyjmując pod opiekę dzieci pochodzenia muzułmańskiego, będą zobowiązani do wychowania ich według wskazań *szariatu,* a nie Ewangelii.

Mając na względzie treść wskazanego ust. 2 art. 20 „Konwencji o Prawach Dziecka" stwierdzić można, że skoro przepis ten nakazuje Państwom-Stronom zapewnić dziecku pozbawionemu środowiska rodzinnego opiekę zastępczą zgodnie ze swym prawem wewnętrznym, a przepisy obowiązujące w Polsce *kafala* nie przewidują, to nie ulega wątpliwości, iż sądy w Polsce orzekając w przedmiocie pieczy zastępczej wobec małoletniego wyznawcy islamu, nie orzekną jej w formie systemu *kafala*. Czy jednakże z faktu tego można wyprowadzić wniosek, że *kafala* jest środkiem całkowicie irrelewantnym w polskim porządku prawnym i sądy w żadnej mierze nie są zobli-

nieważ zdolna jest zaoferować rozwiązanie przewlekłych problemów trapiących tę materialistyczną cywilizację". W tej samej preambule podkreśla się również zakaz sprzeciwu wobec tego, co jest wymagane przez prawo *szariatu*: „W przekonaniu, że prawa podstawowe i wolności uniwersalne w islamie są częścią religii islamskiej, nikt nie ma prawa im się sprzeciwiać". Artykuł 10 Kairskiej Deklaracji stanowi z kolei, że: „Islam jest religią naturalną człowieka. Jest niezgodne z prawem, aby wywierać jakąkolwiek formę nacisku na człowieka lub wykorzystywać jego ignorancję czy ubóstwo w celu nawrócenia go na inną religię lub na ateizm", przy czym, w myśl art. 19 Deklaracji, „Nie zadaje się żadnej kary, jak tylko zgodnie z prawem islamskim". Oznacza to, że należy zaakceptować kary cielesne zgodnie z prawem *szariatu*, w tym karę śmierci za apostazję. Koran nie zawiera jednoznacznego zapisu nakazującego karę śmierci dla apostatów. Karę śmierci dla odstępców zaleca jednakże wiele hadisów, w tym kilka uznawanych przez wszystkie szkoły islamu. Odstępca powinien być ukarany śmiercią zgodnie z nauką trzech szkół sunnickich (hanbalickiej, malikickiej i szafi'ickiej), natomiast sunnicka szkoła hanaficka oraz szyicka szkoła dżafarycka nakazują uwięzienie aż do „powrotu na łono islamu", choć i w tym przypadku kara śmierci nie jest wykluczona.

gowane do jego uwzględniania w swoich decyzjach? Z przepisów wskazanych takiego wniosku wywieść nie można. Prawo polskie nie wyklucza możliwości respektowania *kafala* w rozwiązaniach opiekuńczych, a to oznacza, że w przypadku konieczności zapewnienia pieczy zastępczej dziecku, wobec którego stosowano opiekę w formie *kafala*, wyznawcy islamu mogą domagać się, aby piecza ta była kontynuowana z uwzględnieniem specyfiki *kafala*. Taki kierunek interpretacyjny, nakazujący respektowanie systemu *kafala* w porządku prawa wewnętrznego, wynika również z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

1.9. Kazus Hiszpanii i wnioski

Dla zobrazowania wagi problemu można posłużyć się przykładem Hiszpanii. Kraj ten, z powodu bliskości geograficznej z Marokiem, jest głównym miejscem adopcji dzieci marokańskich (w Maroku wiele dzieci jest porzucanych, ponieważ art. 490 kodeksu karnego przewiduje karę roku więzienia za pozamałżeńskie stosunki seksualne). W dniu 19 września 2012 r. marokański minister sprawiedliwości wystosował okólnik zakazujący przekazywania dzieci marokańskich rodzinom spoza Maroka, gdyż – jak stwierdził – gdy dzieci opuszczają kraj, nie jest możliwe monitorowanie, czy prawo *kafala* jest respektowane, a dzieci są wychowywane jako muzułmanie. W odpowiedzi na ten okólnik hiszpański minister ogłosił, że podda się żądaniom marokańskim i zmieni prawo hiszpańskie dotyczące adopcji międzynarodowej, podporządkowując je prawu *kafala*. W ślad za tymi zapowiedziami, w 2012 r. doszło do zawarcia porozumienia pomiędzy rządem hiszpańskim a władzami Maroka, na mocy którego rząd hiszpański zobowiązał się do stworzenia „mechanizmów kontroli", które umożliwią marokańskim władzom duchownym monitorowanie dzieci do czasu osiągnięcia przez nie pełnoletniości i sprawdzanie, czy nie przeszły na chrześcijaństwo. Bez komentarza należy zostawić to, że opisana sytuacja ma miejsce w sercu Europy, w kraju o głębokiej tradycji chrześcijańskiej.

2. Kazirodztwo a prawnokarna ochrona rodziny w Polsce

Inny problem, na który należy zwrócić uwagę, a który dotyka zjawisk społeczno-cywilizacyjnych stanowiących zagrożenie dla małżeństwa i rodziny, jest niebezpieczeństwo legalizacji kazirodztwa oraz problem granic kazi-

rodztwa w polskim prawie karnym. Temat ten, jak się okazuje, wcale nie wydaje się czysto abstrakcyjny. Sprzyja mu obserwowany w ostatnim czasie bardzo żywy dyskurs publiczny zmierzający do zniesienia penalizacji zakazu kontaktów seksualnych wobec osób spokrewnionych, który jest pokłosiem lansowanych tzw. „nowych praw człowieka", a także brak spójnej i klarownej wizji tego przestępstwa w prawie polskim.

2.1. Nowe prawa człowieka

O tym, co to są prawa człowieka, komu przynależą, co wyrażają – tego rozwijać nie trzeba. Opierając się na ponadideologicznym konsensusie oraz podstawowych i wspólnych wartościach należących do powszechnego dorobku ludzkości, stwierdzić jedynie należy, iż są one niezbywalne, nienaruszalne oraz niezależne od jakiejkolwiek władzy ustawodawczej, gdyż są wobec niej uprzednie i nadrzędne, a bezpośrednim źródłem tych praw jest godność osoby ludzkiej.

Ta klasyczna koncepcja praw człowieka wyrażona w podpisanej 10 grudnia 1948 r. w Paryżu „Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka"[22], w ciągu ostatnich pięćdziesięciu lat poddawana jest jednak próbom reinterpretacji, których znamiennym dowodem jest pojawienie się w przestrzeni publicznej pojęcia tzw. „nowych praw" człowieka [Świto 2019, 117-32]. Termin ten wywodzi się z pojęcia „praw reprodukcyjnych i seksualnych", które pojawiły się z końcem lat 60-tych ubiegłego wieku na fali ruchu wyzwolenia kobiet oraz rewolucji seksualnej, podczas tzw. Proklamacji teherańskiej z 1968 r. Wprawdzie sam termin oficjalnie został wprowadzony do międzynarodowego dyskursu dopiero w 1994 r. na Międzynarodowej Konferencji Dotyczącej Ludności i Rozwoju w Kairze[23], jednak koncepcja praw reprodukcyjnych i seksualnych pojawiła się po raz pierwszy już w 1968 r. w Pro-

[22] Wśród powszechnych praw człowieka Deklaracja wymienia między innymi prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swej osoby, prawo do posiadania własności, prawo do wolności myśli, sumienia i religii. Deklaracja tych praw nie nadaje, ale uznaje ich istnienie, jako wpisanych w istotę ludzkiej osoby. Zob. Gremiuk 2010, 16-17.

[23] International Conference on Population and Development Programme of Action adopted at the International Conference on Population and Development Cairo, 5-13 September 1994 – 20th Anniversary Edition, http://www.unfpa.org/publications/international-conference-population-and-development-programme-action#sthash.DrDJT1pf.dpuf, 58-74 [dostęp: 25.06.2019].

klamacji teherańskiej[24]. Obecnie termin ten został implementowany do języka, którym posługują się międzynarodowe organizacje, jak np. Unia Europejska.

Jaki jest zakres znaczeniowy pojęcia „nowe prawa" i co konkretnie oznaczają „prawa reprodukcyjne i seksualne", tego do końca nie wiadomo[25]. Niedookreśloność tego terminu nie jest jednak przypadkowa. Prawa te podlegają bowiem stałym zmianom, w zależności od pojawiających się możliwości związanych chociażby z rozwojem tzw. wspomaganego rozrodu czy sztuczną prokreacją. Powszechnie przyjmuje się, że prawa reprodukcyjne i seksualne oznaczają między innymi prawo „par i jednostek"[26] do decydowania o posiadaniu potomstwa i ich ilości, prawo wyboru orientacji seksualnej i partnerów seksualnych, prawo do antykoncepcji, sterylizacji a przede wszystkim prawo do wolności wyboru zachowań seksualnych, czyli prawo do korzystania ze swej seksualności w sposób dowolny.

Zmiana w postrzeganiu ludzkiej seksualności, afirmacja wyzwolenia seksualnego i zgoda na przełamywanie społecznego tabu w imię „nowych praw" człowieka, niewątpliwe uderza w tradycyjny model rodziny oparty na chrześcijańskich wartościach, a w konkrecie skłania do refleksji, jak pojmowanie praw seksualnych ma się do zakazu kontaktów seksualnych pomiędzy osobami spokrewnionymi, który to zakaz jeszcze do niedawna był wyraźnie i dość powszechnie ugruntowany w świadomości społecznej, nie tylko chrześcijańskiej. Czy zakaz kazirodztwa w realiach współczesnych nie traci już swej racji bytu a jego penalizacja nie staje się jedynie przejawem opresyjnego anachronizmu? Czy obecnie obowiązujące rozwiązania normatywne są w tej materii jasne i wolne od pytań i kontrowersji? Nie sposób wreszcie nie zapytać i o to, czy kontakty seksualne pomiędzy osobami spokrewnionymi nie należą już do „nowych praw" człowieka?

---

[24] Punkt 16 Deklaracji Teherańskiej, dokument przyjęty dnia 2 kwietnia 1968 r. podczas Światowej Konferencji Praw Człowieka ONZ w Teheranie, sygn. U.N. Doc. A/CONF. 32/41 at 3, https://www1.umn.edu/humanrts/instree/l2ptichr.htm [dostęp: 25.06.2019].

[25] Szerzej zob. m.in. Dobrowolska 2016, 163-81.

[26] World Population Plan of Action, August 1976, Adopted by the World Population Conference Bucharest, 1974, Agency for International Development Washington, D.C. 20523, http://www.population-security.org/27-APP1.html#C.1.f, pkt. B(f) [dostęp: 25.06.2019].

2.2. Zakaz kazirodztwa[27] w dyskursie publicznym

Zniesienie penalizacji kazirodztwa nie jest tematem czysto abstrakcyjnym lecz zagadnieniem, które w ostatnim czasie żywo dyskutowane jest w przestrzeni publicznej, a nawet bywa tematem głośno reklamowanych filmów[28]. Chwytliwe tytuły publikacji pojawiających się w prasie czy Internecie nieomal biją po oczach: „Kazirodztwo – co w tym złego?"[29], „Z siostrą to nie grzech"[30], „Karać czy nie karać za kazirodztwo w XXI wieku?"[31], „W Niemczech chcą zalegalizować kazirodztwo"[32].

Zatrzymując się na tym ostatnim tytule odnotować warto, iż pod koniec września 2016 r. Niemiecka Rada Etyki działająca przy Bundestagu wyraziła pogląd, że „przepisy prawa karnego nie są właściwym środkiem do ugruntowywania społecznego tabu". Dlatego w obszernym raporcie na temat kazirodztwa zaleciła częściową zmianę przepisu 173 kodeksu karnego, (istniejącego w prawie niemieckim od 1871 r., to jest od początków epoki Bismarcka), zgodnie z którym w Niemczech za stosunek seksualny z członkiem rodziny groziły 3 lata więzienia, nawet jeżeli doszło do niego za obopólną zgodą.

Asumptu do tych zmian oraz fali dyskusji, jaka przetoczyła się przez Niemcy, dostarczył konkretny kazus rodzeństwa Patricka Stübinga i jego siostry Susan Karolewski, które rozdzielone w dzieciństwie odnalazło się po latach i nawiązało ze sobą romans, z którego zrodziło się czworo dzieci. „Paragraf 173 jest sprzeczny z duchem XXI wieku. Nie można określać moralności

[27] Odnotować należy, iż termin „kazirodztwo" występuje w języku potocznym nawet prawniczym, jednak nie jest częścią języka prawnego. Ma rodowód staropolski, a synonimem tego słowa pozostaje *incest*, słowo pochodzące z języka łacińskiego, nawiązujące do określenia *incestum* oznaczającego „nieczystość", „sprośność", „skazę", stosowanego zresztą nie tylko na określenie spółkowania krewnych.

[28] W Polsce filmem o tej tematyce był m.in. „Bez wstydu" z 2012 r., w reżyserii Filipa Marczewskiego.

[29] https://www.wiatrak.nl/57127/kazirodztwo-co-w-tym-zlego [dostęp: 25.09.2018].

[30] https://www.wprost.pl/tylko-u-nas/334836/Z-siostra-to-nie-grzech.html [dostęp: 25.09.2018].

[31] http://wyborcza.pl/1,76842,12858518,Karac_czy_nie_karac_za_kazirodztwo_w_XXI_wiekuW.html [dostęp: 25.09.2018].

[32] https://wiadomosci.wp.pl/w-niemczech-chca-zalegalizowac-kazirodztwo-6027652193174145a [dostęp: 25.09.2018].

obyczajowej za pomocą kodeksu karnego”[33] – głosił w obronie rodzeństwa Jerzy Montag, ekspert prawny parlamentarnej frakcji Partia Zielonych.

Niemiecka historia nie jest jednak wyjątkiem. W 2012 r. podobną dyskusję, tyle że w Danii, wywołało rodzeństwo Niklas i Sofie z Aarhus, któremu urodziła się córka. Także wtedy poddano w wątpliwość zasadność karania za stosunki seksualne dwojga dorosłych osób w pełni świadomie decydujących się na taki związek. „Rząd nie powinien pilnować tego, kto ma dzieci i z kim” – mówiła dziennikowi „Politiken” posłanka Pernille Skipper. Karanie za związki seksualne między krewnymi nazwała „staroświeckim i groteskowym podejściem do spraw seksu i rodziny”[34].

Analogiczne argumenty padły również w debacie, która miała miejsce w Szwajcarii. W 2010 r. Simonetta Sommarugi, minister sprawiedliwości z Partii Socjaldemokratycznej stwierdziła, że zakaz kazirodztwa „odbiera ludziom autonomię” i wystąpiła z projektem zmiany przepisów.

Dyskusja w podobnym, „europejskim” duchu odbyła się również w Polsce. W 2014 r. na blogu „Polityki” prof. Jan Hartman – jeszcze wówczas członek Komisji Etyki działającej przy Ministerstwie Zdrowia (!) – pisał: „Jeśli udaje się powiązać harmonijnie miłość macierzyńską albo braterskosiostrzaną z miłością erotyczną, to osiąga się nową, wyższą jakość miłości i związku”. I pytał: „W dobie skutecznej antykoncepcji czas postawić sobie pytanie: co właściwie może dziś służyć za usprawiedliwienie zakazu kazirodztwa?”[35].

2.3. Zakaz kazirodztwa w doktrynie karnistycznej

Zatrzymując się na dyskursie polskim odnotować warto, iż toczy się on nie tylko na poziomie medialnym, ale również i w doktrynie karnistycznej. Wynika to z faktu, iż *ratio legis* zakazu kazirodztwa nie jest określone jasno i od lat bywa pojmowane rozmaicie. O ile bowiem do drugiej połowy XX w. podstawową argumentacją uzasadniającą penalizację kazirodztwa stanowiły

[33] https://www.newsweek.pl/swiat/kazirodztwo-czy-kazirodztwo-jest-scigane-wypowiedz-hartmana-newsweek/78vxvrb [dostęp: 25.09.2018].

[34] http://wyborcza.pl/1,76842,12858518,Karac_czy_nie_karac_za_kazirodztwo_w_XXI_wiekuW.html [dostęp: 25.09.2018].

[35] https://wyborcza.pl/1,75398,16721990,Prof__Hartman_chce_dyskusji_o_zwiazkach_kazirodczych_.html [dostęp: 25.09.2018].

względy eugeniczne i obyczajność w zakresie stosunków seksualnych, tak obecnie racje te straciły na znaczeniu schodząc na dalszy plan[36].

W doktrynie można spotkać się na przykład dziś z poglądami, iż „obawa o zdrowie moralne i fizyczne społeczeństwa popiera wyłącznie ustawodawczy paternalizm i nie służy członkom społeczeństwa, którzy najczęściej wiedzą sami, jak o siebie zadbać. [...] Za utrzymaniem zakazu kazirodztwa – głoszą zwolennicy tego poglądu – nie przemawia także konieczność ochrony rodziny, gdyż dysfunkcja rodziny prawie nigdy nie jest wynikiem związków kazirodczych, które pojawiają się dopiero jako konsekwencja innych czynników patologizujących. [...] Zakaz kazirodztwa należy więc uznać za całkowicie zbędną karnoprawną regulację konsensualnych stosunków seksualnych między dorosłymi członkami rodziny" [Warylewski 2001, 66-97], gdyż „powody karalności kazirodztwa mają charakter emocjonalny, przy czym powód tej emocji nie jest dotąd do końca jasny" [Gardocki 1998, 243].

Niektórzy wręcz twierdzą, iż „zakaz kazirodztwa jest naruszeniem wolności seksualnej" lub „naruszeniem prawa do prywatności" (określonego w art. 8 „Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka"), a „kryminalizacja konsensualnych stosunków kazirodczych jest przykładem wkraczania przez prawo karne w sferę prywatności oraz dawanie prymatu zjawisku paternalizmu ustawowego"[37].

2.4. Zakaz kazirodztwa w prawie kanonicznym i polskim

Jaki jest stan prawny zakazu kazirodztwa? Jeśli chodzi o prawo kanoniczne, to związki pomiędzy osobami bliskimi od wieków były przedmiotem uwagi prawodawcy kościelnego, a dbałość o czystość relacji rodzinnych i pożycia seksualnego zajmowało i zajmuje nadal niemało miejsca w nauczaniu ojców Kościoła [Archibald 2001, 20]. Troska ta znajdowała swój wyraz przede wszystkim w określaniu stopnia pokrewieństwa jako bezwzględnej przeszkody małżeńskiej, która nie przewiduje możliwości konwalidacji.

[36] Szerzej zob. Tomkiewicz 2013, 25-44.

[37] Zob. Banasik 2012, 37-46; Taż 2011, 65-72.

Zakaz kazirodztwa ma długą tradycję również w prawie polskim. Zarówno kodeks karny z 1932 r.[38], z 1969 r.[39], jak i z 1997 r.[40] zakaz ten obejmował. W obowiązującym polskim prawie karnym zakaz kazirodztwa określa art. 201 k.k. Przepis ten stanowi: „Kto dopuszcza się obcowania płciowego w stosunku do wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5" i – jak z pozoru wydawać by się mogło – jest jasny i zrozumiały. Problem jednak w tym – na co słusznie zwraca uwagę Małgorzata Tomkiewicz – iż penalizacja kazirodztwa w kształcie tak ujętym ma wyraźne ograniczenia o charakterze zarówno przedmiotowym, jak i podmiotowym [Tomkiewicz 2013, 27].

Nie rozwijając tego tematu podkreślić jedynie należy, iż zakaz wynikający z przytoczonej normy art. 201 k.k. dotyczy wyłącznie „obcowania płciowego". Poza zakresem kryminalizacji tego przepisu pozostaje natomiast podejmowanie „innych czynności seksualnych". Oznacza to, że pobudzanie i zaspokajanie popędu płciowego pomiędzy najbliższymi członkami rodziny – o ile nie przekracza ono granicy obcowania płciowego – jest prawnie irrelewantne. Takie więc zachowania seksualne, jak np. dokonywanie za obopólną zgodą aktów wzajemnej masturbacji pomiędzy rodzicami a dorosłymi dziećmi, czy też pomiędzy rodzeństwem, są w prawie polskim dopuszczalne i nie podlegają żadnej, prawnokarnej reakcji.

Odnosząc się z kolei do granic podmiotowych analizowanego zakazu zauważyć trzeba, iż przestępstwo kazirodztwa zostało zredukowane przez ustawodawcę do bardzo wąskiego grona członków rodziny, przy czym klucz owej redukcji nie jest do końca zrozumiały. W świetle obowiązujących przepisów, karalnym kazirodztwem nie jest więc obcowanie płciowe, np. teścia z synową czy teściowej z zięciem, jak również nie jest nim obcowanie płcio-

[38] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. *Kodeks karny*, Dz. U. Nr 60, poz. 571, art. 206: „Kto spółkuje z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą, podlega karze więzienia do lat 5".

[39] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. *Kodeks karny*, Dz. U. Nr 13, poz. 94, art. 175: „Kto dopuszcza się obcowania płciowego z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą albo z osobą pozostającą w stosunku przysposobienia, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5".

[40] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. *Kodeks karny*, Dz. U. z 2020 r., poz. 568 z późn. zm. [dalej cyt.: k.k.].

we dorosłego pasierba z macochą bądź ojczymem, czy też obcowanie płciowe małżonka z osobą przysposobioną przez współmałżonka. Analizowany zakaz kazirodztwa nie dotyczy także obcowania płciowego pomiędzy niespokrewnionymi ze sobą osobami przysposobionymi przez tę samą osobę, czy też pomiędzy naturalnym dzieckiem przysposabiającego a osobą przysposobioną.

2.5. Wnioski

Rozpoczęta ponad pięćdziesiąt lat temu na Konferencji ONZ w Teheranie debata o zagrożeniach wynikających z przeludnienia świata i konieczności kontroli przyrostu urodzeń, przyczyniła się – jak pokazały to lata następne – do ugruntowania zmian antropologicznych, doprowadzając do ukształtowania się nowego modelu kulturowego człowieka. Człowieka, którego cechuje radykalny indywidualizm i subiektywizm, dla którego wartością staje się tylko to, co przynosi mu korzyść lub przyjemność, i który za swoje podstawowe prawo uznaje prawo do zaspokojenia indywidualnych pragnień, domagając się, by zostały one zatwierdzone przez prawo pozytywne [Schooyans 2002, 53-54]. Ich wyrazem są wspomniane tu „nowe prawa" człowieka, które uderzają w tradycyjny model małżeństwa i rodziny.

„Nowe prawa" tworzy się bez odniesienia do norm obiektywnych, jedynie w oparciu o subiektywne przekonania kreujących je osób. Te indywidualne wybory stają się punktem odniesienia dla „nowego" systemu prawnego. Postmodernistyczna zasada wolności wyboru prowadzi do stworzenia klimatu, w którym wolno myśleć, mówić i działać poza ramami logiczności, moralności i tradycji. Człowiek, aby mógł korzystać z tego prawa wyboru, musi wyzwolić się od wszelkich ograniczeń normatywnych, ontologicznych, etycznych, kulturowych, religijnych. W tym „wyzwoleniu" wypowiada się jego wolność. Może wybrać nawet orientację seksualną i formę rodziny. Może także zmieniać ich kształt w zależności od swoich aktualnych potrzeb [Bassa 2012, 363-77].

Nie sposób więc nie zauważyć, iż tak rozumiane „nowe prawa" człowieka uderzają w tradycyjny model małżeństwa i rodziny, „rozmiękczając" zarówno doktrynę, jak i prawo, wyrażające się już nie tylko w tolerancji, ale wręcz w coraz większej aprobacie dla zachowań kazirodczych. W związku z tym społeczne tabu związane z kazirodztwem coraz śmielej staje się tematem de-

bat publicznych, a celowość utrzymywania jego zakazu jest coraz wyraźniej i kategorycznie kwestionowane, przy czym wszystko to odbywa się pod hasłami dotyczącymi autonomii i wolności człowieka.

W kontekście uwag powyższych nie sposób zatem nie dostrzec, że „nowe prawa" stanowią wypaczoną formę praw człowieka [Schooyans 2002, 49], pozostają w sprzeczności z prawem naturalnym i w gruncie rzeczy stanowią wyraz jedynie hedonizmu. Tym, co winno napawać szczególnym niepokojem jest fakt, iż prawa reprodukcyjne i seksualne coraz bardziej przenikają w strukturę społeczeństw i prowadzą do zmian zachowań, wyznaczają nowe priorytety, prowadzą do reformy programów szkolnych, polityki rządów i różnego rodzaju organizacji oraz obowiązującego prawa. Wydaje się – i to należy wyrazić jasno – iż wskazane wyżej „rozmiękczenie" zarówno doktryny, jak i prawa, wyrażające się już nie tylko w tolerancji ale wręcz w coraz większej aprobacie dla zachowań kazirodczych, jest działaniem, które właśnie obliczone jest na osłabianie rodziny.

3. Rodzicielstwo osób po tzw. zmianie płci

Pozostając niejako w klimacie tzw. „nowych praw" człowieka, ostatnia uwaga dotyczy zagrożeń wobec małżeństwa i rodziny, do czego przyczynia kształt ustawodawstwa polskiego umożliwiający formalną zmianę oznaczenia płci metrykalnej[41].

3.1. Procedura

Nie wchodząc w całą złożoność dramatu osób przeżywających problem identyfikacji płciowej należy zaznaczyć, iż w polskim porządku prawnym nie ma przepisów, które by w sposób kompleksowy regulowały procedurę tzw. zmiany płci. Obowiązujące rozwiązania normatywne dopuszczają jedynie możliwość zmiany oznaczania płci prawnej, to jest płci wpisanej w akcie urodzenia.

Polega to na tym, iż powód najpierw – na podstawie art. 189 *Kodeksu postępowania cywilnego*[42] – żąda przed sądem ustalenia płci. Jeśli powództwo

[41] Zob. Tomkiewicz 2016, 235-52.

[42] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego*, Dz. U. z 2020 r., poz. 288 z późn. zm.

zostanie pozytywnie rozpatrzone, wyrok sądu wywołuje skutek *ex nunc*, co oznacza, iż transseksualista przynależy do płci ustalonej wyrokiem od dnia jego uprawomocnienia się. Następnie powód składa wniosek do kierownika urzędu stanu cywilnego o wpisanie do aktu urodzenia tzw. wzmianki dodatkowej.

Formalna zmiana oznaczenia płci stanowi punkt wyjścia dla medycznych zabiegów dostosowujących, jednakże wcale nie musi z takimi zabiegami iść w parze. Dokonanie takiej zmiany nie wymaga, aby osoba, której zmiana ta dotyczy, była uprzednio lub następczo poddana jakiejkolwiek interwencji medycznej (np. terapii hormonalnej), czy zabiegom chirurgicznym.

W praktyce więc osoba uznana w świetle prawa za przynależącą już do innej płci, np. męskiej, może mieć jeszcze zachowane wszystkie cechy płciowe kobiece, a co za tym idzie, może być zdolna do prokreacji w swej płci „dotychczasowej". Podobnie mężczyzna, uznany już formalnie za kobietę, może – wykorzystując zachowane jeszcze męskie narządy płciowe – spłodzić dziecko.

Taki stan, a także brak zakazu zmiany płci osobom, które potomstwo już mają, rodzi szereg wątpliwości i pytań, między innymi o to, jak kształtują się stosunki pomiędzy rodzicami a dziećmi w sytuacji zmiany płci prawnej przez rodzica? Zmiana płci powoduje bowiem z reguły zmianę nie tylko w życiu osobistym osoby transseksualnej, ale również w życiu osób jej najbliższych.

3.2. Kazusy

Dla przykładu, jeśli kobieta, która po uznaniu sądownym za mężczyznę, ale jeszcze przed chirurgiczna modyfikacją narządów płciowych, urodzi dziecko – to kim będzie dla urodzonego dziecka: ojcem (bo takie oznaczenie w chwili porodu będzie posiadał jej wpis metrykalny), czy matką (ponieważ to fakt urodzenia dziecka jest jedyną, konieczną i wystarczającą przesłanką macierzyństwa)?

Albo jeśli mężczyzna, który po uznaniu sądowym za kobietę, ale jeszcze przed modyfikacją narządów płciowych, spłodzi dziecko i zostanie wpisany do aktu urodzenia dziecka jako jego ojciec, czy będzie mógł wnieść o zaprzeczenie ojcostwa będąc już metrykalnie kobietą?

Można sobie również wyobrazić sytuację, że ta sama osoba w małżeństwie dla jednego dziecka będzie matką, a dla drugiego ojcem. Tak będzie, jeśli kobieta uznana sądownie za mężczyznę, ale jeszcze przed modyfikacją narządów płciowych, pocznie dziecko, a następnie ożeni się z kobietą, która również urodzi dziecko (np. w wyniku poddania się zabiegowi *in vitro*). W odniesieniu więc do zrodzonego przez siebie dziecka powinna być uznana za matkę (pomimo, że poród dokonał się już po sądowej zmianie płci), natomiast wobec dziecka ze wspólnego małżeństwa będzie uchodziła za ojca.

3.3. Wnioski

Taki stan faktyczno-prawny kreuje wiele sytuacji, które powodują destabilizację relacji wewnątrzrodzinnych, prowadzi do dekonstrukcji pojęcia macierzyństwa, zwłaszcza, jeśli dziecko urodziło się przed zmianą płci rodzica. Jeśli bowiem przez jakiś okres matką dla dziecka była kobieta, to uznawanie w późniejszym okresie za matkę osoby, która w międzyczasie stała się formalnym mężczyzną i wygląda jak mężczyzna, może nie być dla dziecka naturalne i łatwe. Podobnie jak i niełatwa może być sytuacja, w której każde z rodzeństwa – w zależności od tego, czy urodziło się przed czy po zmianie – w tym samym rodzicu mieć będzie bądź to ojca bądź matkę.

Brak zakazu ustalania płci osób mających potomstwo oraz dopuszczalność zmiany oznaczenia płci przy zachowaniu możliwości reprodukcyjnych w płci „dotychczasowej", oznacza wprowadzenie „podzielności" roli rodzicielskiej. To, że jedna i ta sama osoba może realizować rolę ojca i matki, trudno uznać za zjawisko społecznie pożądane.

Zakończenie

Podsumowując uwagi powyższe i wracając do pytania zasadniczego postawionego na wstępie, przede wszystkim stwierdzić należy, iż prawo obowiązujące w Polsce niewątpliwie zawiera szereg rozwiązań trafnych i potrzebnych, które ochronie rodziny służą.

Rzecz jednak w tym, że w systemie prawa polskiego obowiązują rozwiązania, które dokonują „rozmycia" tradycyjnej, uwarunkowanej kulturowo i historycznie koncepcji rodziny, wprowadzając w sposób dorozumiany jej „mentalną" redefinicję. Pod szyldem „prawa do prywatności" i „prawa do

wolności ekspresji seksualnej" chroni się już nie tylko wielorakie formy wspólnej koegzystencji, w tym także – zgodnie z genderową optyką LGBT – związki jednopłciowe, ale przede wszystkim dokonuje się deprecjonowania więzów pokrewieństwa rodziny naturalnej. Traktowanie w kategoriach występku jedynie obcowania płciowego legitymizuje wszelkie inne formy seksualnego zaangażowania pomiędzy członkami rodziny, co trudno pogodzić zarówno z aksjologią funkcjonowania rodziny, jak i z obyczajnością. Jeśli obyczajność rozumieć jako podstawowe zasady moralne w zakresie przeżyć i kontaktów seksualnych[43], głęboko zakorzenione w świadomości społecznej [Piórkowska-Flieger 2008, 388], to nie sposób przyjąć, aby praktykowanie pomiędzy członkami rodziny innych czynności seksualnych (np. wzajemnej masturbacji), należało do zachowań akceptowanych społecznie i mieściło się granicach norm kulturowo utrwalonych. O tym aspekcie warto pamiętać zwłaszcza w dyskursie dotyczącym problemu pedofilii.

Nie sposób nie odnotować także i tego, że rozwiązania normatywne obecnie obowiązujące wyraźnie prowadzą do dekonstrukcji pojęcia macierzyństwa i ojcostwa, zakłócając prawo dziecka do ustalenia pochodzenia od określonych rodziców. Rozwiązania te podważają nawet takie prawdy jak ta, że człowiek pochodzi od kobiety i mężczyzny.

Warto wreszcie mieć na uwadze także i to, że stan prawny obecnie obowiązujący w odniesieniu do pieczy zastępczej dotyczącej małoletnich muzułmanów, nie jest klarowny i może dawać asumpt do żądań, których zaspokojenie prowadziłoby do przyjęcia rozwiązań obcych polskiej tradycji prawnorodzinnej. W dobie wyraźnych przeobrażeń demograficznych, Polska winna jasno określić czy – a jeżeli tak, to w jakim zakresie – respektuje system opieki w formie *kafala*. O tym, że system opieki *kafala* może być narzędziem służącym islamizacji prawa w Europie nikogo zapewne przekonywać nie trzeba.

Reasumując, istniejący stan rzeczy wskazuje, że – w obszarach normatywnych przedstawionych powyżej – wynikający z art. 18 Konstytucji RP nakaz ochrony małżeństwa i rodziny nie jest normą konstytucyjną dostatecznie urzeczywistnioną w praktyce.

---

[43] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 1977 r., sygn. akt VIIKZP 30/76, OSKW 1977, Nr 6, poz. 58.

PIŚMIENNICTWO

Archibald, Elisabeth. 2001. *Incest and the Medieval Imagination*. Oxford: Oxford University Press.

Armour, Rollin. 2004. *Islam, chrześcijaństwo i zachód. Burzliwe dzieje wzajemnych relacji*. Kraków: Wydawnictwo WAM.

Baecker, Roman. 2005. „Islam: między fundamentalizmem a totalitaryzmem." W *Islam a świat*, red. Roman Baecker, i Shakira Kitaba, 83-98. Toruń: Firma Wydawniczo-Handlowa MADO.

Banasik, Katarzyna. 2011. „W kwestii penalizacji kazirodztwa." *Prokuratura i Prawo* 4:65-72.

Banasik, Katarzyna. 2012. „Karalność kazirodztwa jako naruszenie wolności seksualnej." W *Konteksty prawa i praw człowieka*, red. Zyta Dymińska, 37-46. Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.

Bassa, Bożena. 2012. „Prawa reprodukcyjne i seksualne jako «nowe prawa» człowieka." *Studia nad Rodziną* 16, nr 1-2:363-77.

Bisztyga, Andrzej. 2013. „Zachodnia a islamska koncepcja praw jednostki." *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 13, nr 1:77-92.

Dobrowolska, Karolina. 2016. „Prawa reprodukcyjne i seksualne w ONZ i ich doktrynalne uwarunkowania." *Zeszyty Prawnicze* 16, nr 2:163-81.

Gardocki, Lech. 1998. *Prawo karne*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Gremiuk, Franciszek. 2010. „Od Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka do Karty Praw Podstawowych." W *Prawa człowieka. Przesłanie moralne Kościoła*, red. Krzysztof Jeżyna, i Tadeusz Zadaykowicz, 15-25. Lublin: Wydawnictwo KUL.

Jabłoński, Mariusz. 2005. „Wolności i prawa jednostki w regionalnym systemie Ligi Państw Arabskich." W *System ochrony praw człowieka*, red. Krzysztof Wójtowicz, Andrzej Bisztyga, Bogusław Banaszak, i in., 263-89. Kraków: Wolters Kluwer Polska.

Mrozek-Dumanowska, Anna, red. 1999. *Islam a demokracja*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Askon.

Piórkowska-Flieger, Joanna. 2008. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności." W *Kodeks karny. Komentarz*, red. Tadeusz Bojarski, 388. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Piwko, Aldona. 2010. „Muzułmańscy rodzice." *Nurt SVD* 1:157-73.

Schooyans, Michel. 2002. *Ukryte oblicze ONZ*. Toruń: Wydawnictwo WSKSiM.

Smyczyński, Tadeusz. 2005. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Świto, Lucjan. 2016. "Responsible Parenthood in the Context of Contemporary Challenges." *Philosophy and Canon Law* 2:221-34.

Świto, Lucjan. 2019. "«New Human Rights» and the Ban on Sexual Intercourse between Relatives. Legal Contemplation." *Philosophy and Canon Law* 5:117-32.

Tomkiewicz, Małgorzata. 2013. „Kazirodztwo a prawnokarna ochrona rodziny w Polsce." *Profilaktyka społeczna i resocjalizacja* 21:25-44.

Tomkiewicz, Małgorzata. 2016. "Femininity and Masculinity as a Legal Issue." *Philosophy and Canon Law* 2:235-52.

Tomkiewicz, Małgorzata. 2017. „Islamska «kafala» a prawo polskie." W *Wolność sumienia i religii a bezpieczeństwo i porządek publiczny*, red. Jerzy Nikołajew, Paweł Sobczyk, i Konrad Walczuk, 149-64. Siedlce: Wydawnictwo Diecezji Siedleckiej UNITAS.

Warylewski, Jarosław. 2001. „Zakaz kazirodztwa w kodeksie karnym oraz w ujęciu porównawczym." *Przegląd Sądowy* 5:66-97.

Małżeństwo i rodzina wobec zagrożeń społeczno-cywilizacyjnych. Kontekst prawny

Streszczenie

Ustawodawstwo polskie zawiera szereg regulacji prawnych, które deklarują ochronę instytucji małżeństwa i rodziny. Wyraża to przede wszystkim norma art. 18 Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej. Ochrona ta – oparta na zasadzie pomocniczości państwa wobec rodziny – nakłada na władze publiczne obowiązki, które zobowiązują do odpierania zagrożeń zewnętrznych wobec rodziny, a także do podejmowania działań wspierających funkcjonowanie małżeństwa i rodziny oraz umacnianie więzi łączących małżonków i rodzinę. Rodzi się jednak pytanie, czy w dobie przeobrażeń społeczno-cywilizacyjnych współczesne prawo polskie – oprócz deklaracji – zawiera faktyczne mechanizmy chroniące małżeństwo i rodzinę, czy też może paradoksalnie stanowi dla niej zagrożenie? Artykuł poprzez analizę trzech aspektów funkcjonowania rodziny (wychowania, pożycia intymnego i charakteru więzi rodzinnych) próbuje odpowiedzieć na to pytanie.

Słowa kluczowe: rodzina, małżeństwo, prawa człowieka, *kafala, szariat,* kazirodztwo, transeksualizm, zmiana płci

Marriage and the Family in the Face of Socio-Civilization Threats. Legal Context

Summary

Polish legislation contains a number of legal regulations that declare the protection of marriage and the family. This is mainly expressed in the norm of art. 18 of the Constitution of the Republic of Poland. This protection – based on the principle of state subsidiarity towards the family – imposes obligations on public authorities that oblige to resist external threats to the family, as well as to undertake actions

supporting the functioning of marriage and the family and strengthening the bonds connecting the spouses and the family. However, the question arises whether in the era of socio-civilization transformations, modern Polish law – apart from declarations – contains actual mechanisms protecting marriage and the family, or maybe it paradoxically poses a threat to it? The article, by analyzing three aspects of family functioning (upbringing, intimate life and the nature of family ties), tries to answer this question.

Key words: family, marriage, human rights, *kafala*, *sharia*, incest, transsexualism, sex change

Information about Author: Rev. LUCJAN ŚWITO, Hab. J.C.D., Head of the Department of Philosophy and Canon Law, Faculty of Theology, the University of Warmia and Mazury in Olsztyn; ul. Hozjusza 15, 10-006 Olsztyn, Poland; e-mail: lucjan.swito@uwm.edu.pl; https://orcid.org/0000-0002-6392-4599