

БРАКЪТ В СЪВРЕМЕННИТЕ ПРАВНИ СИСТЕМИ: ПРАВНИ КОНЦЕПЦИИ И ПРАВА, СВЪРЗАНИ С БРАКА, СЕМЕЙСТВОТО И СЕКСУАЛНАТА ОРИЕНТАЦИЯ

Д-р Ива Пушкарлова, ФРП

Бракът е културен феномен, натоварван с големи положителни очаквания, за създаването и поддържането на които обществото полага целенасочени усилия от ранната възраст на децата си, за да го направи желан за тях, когато съзреят. Всички големи религии и идеологии отчитат неговото значение не само на събитие в общността, но и на един от „най-значимите в живота актове на самоопределение“¹ на човека. Тясната връзка на брачния статус, брачното общуване и решенията, свързани с брака, с идентичността на личността, неизбежно обуславя зависимост между правно и социално валидната форма на брака от една страна и съдържанието, което му придава човекът, от друга.

I. Концепции за брака и социални нагласи

1.1 Класическа концепция (традиционен брак)

Класическият брак е формулиран като доброволна моногамна връзка между лица от различен пол, достигнали правнопризната възраст на полова зрялост². Според тази концепция бракът е основно правно средство за създаване и укрепване на семейството. Последното се разбира като исторически утвърден консервативен социалнозначим институт, представляващ основен елемент от обществената структура, предназначен да осигури както биологичното възпроизвеждане на общността, така и съхраняването на общностната идентичност. Семейството създава задължителната микросреда, в която не само се раждат, но се и отглеждат и възпитават новите членове на общността, поради което неговата стабилност е правнозначима ценност, относима към груповата културна идентичност. Във всички общества и всички епохи съществува по-силен или по-слаб натиск върху членовете на общността да сключват брак, понякога достигащ до задължение

¹ Върховен съд на Масачузетс, дело *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003), с. 955. Прецедентът разпростира последиците на брака върху еднополовите съжителства и така Масачузетс става единственият щат, който допуска еднополов брак.

² Някои общоприети дефиниции „Бракът е културно обусловено отношение между един мъж и една жена (моногамия), или между един мъж и повече от една жена (полигамия) или между една жена и повече от един мъж (полиандрия), в рамките на което се осъществява половото общуване между партньорите от различен пол с очакването от него да се родят деца. Съгласно традиционното определение за брак най-значимия резултат на брачното общуване е създаването на деца и на семейни връзки между съпрузите“ (Цит. по Ills, D., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 10); „Бракът е институционализирано партньорство, поддържано от социално-културни сили, което е създадено на основата на сексуална връзка между лица от различен пол с цел взаимност и отговорност при отглеждане на деца, обикновено родени в брака“ (Цит. по *Surech, D.K., Marriage As A Concept and Its Purpose*, 2008); „Доброволен съюз между мъж и жена, учреден въз основа на закона и насочен към създаване на семейство“ (Цит. по *Lam., A., The Concept of Marriage*, 2010, <http://EzineArticles.com/5243762>); „Доброволен съюз за цял живот между един мъж и една жена, който изключва трети лица“ (Прецедентно решение *Hyde v. Hyde and Woodmansee* (1866) LR 1 P&D 130 на ВС на Австралия, чието определение е възпроизведено в Закона за семейството на Австралия през 2004 г. Цит. по *Nicholson, A., The Legal Regulation of Marriage, A paper delivered to the Law Students Society, Faculty of Law, University of Melbourne*, 16 September 2004); В делото *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 [1971]), Върховният съд на Минесота потвърждава отказа на длъжностното лице по гражданското състояние да бракосъчетае еднополова двойка; върховните съдебни инстанции в щатите Вашингтон и Ню Йорк по делата съответно *Andersen v. King County* и *Hernandez v. Robles* отхвърлят тезата, че ограничаването на брачния институт само до съюзи между мъж и жена нарушава Конституцията.

и правни тежести при несклучване, и брачният режим е съобразен с преобладаващото обществено разбиране за същността на семейството.

Бракът институционализира семейството по начин, който възпроизвежда в него основни парадигми и реалности на социалната структура, нрави и практика. Правоотношенията между съпрузите и родителите и децата отразяват основните роли на половете и поколенията, тяхната относителна социална значимост и социалната признатост на отношенията между тях, учредява връзка между семействата, към които съпрузите принадлежат, променя отношения на собственост, предварително предпоставя наследствени отношения и т.н. От тази гледна точка бракът е социален институт, учреден в публичен интерес, който исторически е потвърдил значението си на **гаранция за сплотеността на общността**.

Класическият брак изисква устойчивост на решението на съпрузите да създадат семейство заедно, тъй като правните последици на това решение действат не само между страните, но се отразяват и върху трети лица. Бракът никога не е само личен междусъпружески въпрос. Формалността на развода и относително сложният характер на бракоразводната процедура в повечето християнски държави например все още отразява приоритета на публичния интерес бракът да бъде запазен пред личните преживявания. Това го прави неудобна правна форма за краткотрайни или повърхностни отношения, които не могат да изпълнят социалната функция на семейството.

1.2. „Модерна” концепция (бракът като емоционална връзка)

През втората половина на XIX век започват постепенно да се развиват нови нагласи към интимността и основни елементи на сексуалните нрави, които към края на XX век мотивират отделни претенции за изменение на позитивната уредба на брака. В основата им стои преориентиране на **сексуалната етика от приоритетите на био-социалното възпроизвеждане към тези на удоволствието**, което налага и нов вид нормиране на интимността³. През XIX век сексуалността се разделя на „нормална”, разбрана тогава като годна да създаде поколение, и „неморална” („перверзна”), т.е. „невъзпроизводителна”. В началото това деление не е свързано с половата принадлежност и сексуалната ориентация на лицата, а с характера на половото поведение⁴. Впоследствие хомосексуалността е отделена (и криминализирана) не толкова поради психологически или емоционално-нравствени съображения, а тъй като възниква извън контекста на родителстването и свързаната с него стабилност на брака⁵.

Едва през 90-те години на XX век, в резултат и на сексуалната революция, възхода на феминизма, трудовата еманципация на жените, развитието на контрола върху раждаемостта, експанзията на антидискриминационното законодателство и други съществени социални промени, започва да се променя и класическата **правна концепция** за брака като институционализирано хетеросексуално отношение, при това само в някои индустриални западни общества. Промяната е свързана с отделяне на очакванията и нагласите към брака от въпросите на раждаемостта и родителстването и насочването им

³ Изследователите наблягат на появата на концепция за „сексуалност”. Katz, J.N., *The Invention of Heterosexuality* (New York: Penguin, 1993), p.172. Според автора сексуалността е „изключително модерно явление и идея, създадена от исторически специфична институционализирана практика и идеология”.

⁴ Crawford, D., *Liberal Androgyny: 'Gay Marriage' and the Meaning of Sexuality in Our Time* – In: *Communio: International Catholic Review*, 2006, p.27.

⁵ Crawford, D., *Liberal Androgyny*. Ibid, p.27.

към съдържанието на междусъпружеските отношения⁶. Бракът се индивидуализира. Неговата зависимост от социално установени стандарти за лична биография отслабва за сметка на увеличаващо се значение на личния избор като основна ценност в новоизграждащата се модерна етика на самоопределящия развитието и идентичността си човек. В брака той започва да търси не толкова и не само деца или икономически статус, колкото любов, разбирателство, партньорство, финансова стабилност, професионално сътрудничество. Правното понятие за брак започва да се влияе от емоционалния компонент на съпружеската връзка, отново за да осигури нейната дълготрайност.

Развитието на модерната концепция за брака може да бъде разглеждано като процес на приспособяване на класическата концепция към променящи се социални нагласи и практики. Основната проява на този процес е деформализация на брачния институт (облекчаване на процедурите по неговото сключване и разтрогване), като едва в края на XX век започва да се оспорва определението за брак като моногамна връзка между мъж и жена. Взаимодействието между двете концепции е свързано с търсене на нов обществен консенсус за баланса между двете основни цели на брачната процедура, и двете насочени към създаване на трайно семейство: 1. бракът да бъде разграничен от фактическото съжителство с яснота за момента, в който възникват брачните правни последици; и 2. бракът да удовлетвори нравствените изисквания на съпрузите, като съобрази и нагласите на обществото, за да осигури на семейството социална подкрепа и признатост.

Концепциите за традиционния брак и бракът като емоционална връзка никъде в съвременния свят не се намират в чист вид, като доминацията на първата концепция в световен план е безспорна. В повечето европейски държави обаче се оформят комбинации, които в определени сфери на семейното право отдават приоритет на едната или другата концепция. Навсякъде този процес се развива отскоро (по-малко от две десетилетия) и е твърде динамичен, за да обуслови еднозначни отговори. Държавите, клонящи към класическата концепция, все още са Германия, Финландия, Дания и Норвегия, а държавите, клонящи към втората – Нидерландия, Исландия, Швеция и Великобритания.

2. Алтернативи на класическия брак

Социални експерименти и практики в отклонение от класическата концепция за брака не са ново явление. Исторически са известни полигамни⁷ и групови бракове⁸; договорни бракове, сключвани с обикновен облигационен договор за съжителство⁹;

⁶ Crawford, D., Liberal Androgyny. Ibid, p. 257-258; Webner, C., P. Abrahamson, Individualization of Family Life and Family Discourses, Ibid, p. 17-19.

⁷ През 1967 г. с решение по делото *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 87 S. Ct. 1817, 18 L. Ed. 2d 1010 Върховният съд на САЩ обявява забраната за сключване на брак между лица от различна раса за противоконституционна, тъй като нарушава законите за равенството. През 1878 г. Върховният съд обявява за противоконституционни полигамните бракове. В делото *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 25 L. Ed. 244 Съдът се произнася, че религиозните убеждения не могат да свалят забраната срещу полигамията.

⁸ Колонията Онейда, учредена през 1948 г. от Джон Нойес в Ню Йорк, практикува отворен полигамен брак, в който теоретично всяка жена е в брак с всеки мъж. Мормонската секта също практикува полигамен брак. Някои вариации могат да бъдат открити в примитивните общества. Този вид „брак“ никога не е бил значима социална практика в историята на човечеството в никое общество.

⁹ В мюсюлманското, китайското, японското, еврейското право и правото на мнозинството африкански държави брачният съюз се разглежда като „договор за съвместен полов живот и създаване на деца“. Такъв е „бракът по общото право“, допустим все още в някои американски щати. Той се определя като „договор между мъж и жена, с който те се съгласяват да бъдат в брак“, без да се провежда бракосъчетание и да се издава акт за брак. Това съжителство, което има всички съдържателни характеристики на брака, създава семейство и поради това към него се прилагат правните последици на брака. Повечето щати изрично

отворени бракове, в които съпружеските интимни отношения не са изключително моногамни¹⁰; „четворни“ бракове между две брачни двойки; временни бракове, договорени със срок¹¹; бракове с изпитателен срок¹².

Сред най-радикалните отклонения от класическия брак е отказът от изискването за **различия в пола** на партньорите. Това изискване исторически е толкова несъмнена парадигма, че правните системи изобщо не я обсъждат до началото на 90-те години на XX век. Тогава тези от тях, които традиционно предоставят на съдебната практика, а не на писаното си законодателство да дефинира брака, започват да въвеждат формални законови определения, като ги свързват с осъзната политика на държавата в подкрепа на традиционното семейство¹³. Всичките определят брака като доброволен съюз между мъж и жена.

Междувременно се поставят два самостоятелни въпроса – този за сключване на брак с транссексуален партньор, свързан с правното понятие за пол, и за сключване на брак с лице от същия пол, свързан с правния статут на видовете сексуалност.

2.1. Брак с транссексуален партньор

Традиционният брак не настоява възпроизводителната функция на семейството да се свежда само до биологичната възможност съпрузите да имат свои деца, а по-скоро до възможността детето да бъде отгледано в семейна среда, която предлага майчина и бащина фигура. Класическото определение за брака е

Предмет на спора в австралийския прецедент *Gen.Att v. Kevin and Jennifer* [2003] е валидността на брак, сключен между жена и транссексуален мъж, роден като жена. Седем месеца след сключването му през август 1999 г. страните подават иск за установяване на действителността му по Закона за семейството. Главният прокурор обжалва пред въззивния съд първоинстанционното решение, с което искът е уважен. Той се позовава на английски прецедент от 1971 г. (делото *Corbett v Corbett (Ashley)*), според който полът е неизменен и се определя към раждането на основата на хромозомите, гонадите и половите органи. Този прецедент обсъжда „решаващата роля на жената в брака“, изразяваща се в подкрепа и взаимност спрямо съпруга и не непременно свързана с раждане на деца.

Самото австралийско дело не се спира на въпроса за същността на брака. След смяната на пола, с която анатомията на ищеца е приведена в съответствие с неговото лично преживяване за собствената му полова принадлежност, федералното и щатското законодателство на Австралия го признава за мъж във всички сфери, включително социално-осигурителната, но не и в брачната. В акта му за раждане и документите за самоличност е отразен новият пол, двойката е одобрена от програмата за асистирана репродукция и има две деца. Австралийският прецедент свързва понятието за брак с близостта и взаимността между съпрузите, а не с половото общуване и раждането на деца.

Източник: *Nicholson, A., The Legal Regulation of Marriage, Ibid.*

обявяват този брак за нищожен поради усложненията в режима на съпружеската собственост и наследствените отношения. Разгърнатата дефиниция на този институт гласи: „правното положение, състояние или отношение, което възниква в резултат на договор между мъж и жена, които имат право да го сключат, с което те разменят обещание да живеят заедно като съпрузи до края на живота си или до прекратяване на брака на друго основание“ (*Surech, D.K., Marriage As A Concept and Its Purpose*, 2008).

¹⁰ Корените са в индиански, ексимоски и полинезийски практики.

¹¹ Типични са за ислямското право и древното японско обичайно право. С облекчаването на развода повечето съвременни бракове всъщност са срочни.

¹² В оновата им стоят годежни и подобни на годежа обичаи, свързани с позволена предбрачна интимност между лица, които семействата на мъжа и жената считат за подходящи (Англия, Норвегия, Холандия, Германия, Австрия), с цел да се укрепи бъдещия брак между тях. Съвременните версии, проявени във фактически предбрачни съжителства, имат същата цел.

¹³ Закон за семейството на Австралия след 2004 г., щатски и федерални семейни закони в САЩ от 90-те години.

приспособимо към хипотези на смяна на пола у единия съпруг, стига новият пол да е различен от пола на другия съпруг. Смяната на пола не създава сериозни правни усложнения в брачната сфера, ако е извършена преди сключването на брака или след разтрогването му, както и ако всеки от съпрузите смени пола си, запазвайки изискването за полово различие.

Ако обаче смяната на пола доведе до еднополов характер на партньорството, възможността между партньорите да бъде сключен или запазен брак зависи от принципната допустимост на еднополов брак в съответната правна система.

2.2. Брак с лице от същия пол

2.2.1. Възникване

Еднополовите партньорства съществуват фактически в различни епохи и общества, но исторически не са пораждали брачни или бракоподобни правни последици, като не са се отразявали на обществената натиск всяко от лицата да встъпва в брак, в който да може да стане родител¹⁴. Извънбрачният статус на еднополовата връзка исторически се дължи на приоритета на възпроизводителната функция в разбирането за брак и семейство, както и на пренебрежимо малкия дял такива връзки в общата съвкупност от интимни съжителства дори днес¹⁵. Юридическото преосмисляне на извънбрачния характер на хомосексуалността е напълно ново явление за западната цивилизация¹⁶.

То започва с институционализиране на бракоподобни (квазибрачни) институти, с които чрез различни законодателни и съдебни актове правни последици, типични за класическия брак, се разпростират в различна степен към съжителства между еднополови двойки. Т.нар. **вписани (регистрирани) съжителства**, които са неутрални към пола на партньорите или изрично предназначени за еднополови партньори, пораждат много ограничени брачни последици (Дания, 1989 г., Норвегия, 1993 г., Швеция, 1994 г., Исландия, 1996 г., Германия и Финландия, 2001 г., Белгия и Великобритания, 2004 г.)¹⁷. Те се сключват и разтрогват по формален път, аналогичен в основните си положения на предвидения за сключване и разтрогване на брак. Съжителстващите трябва да отговарят на условията за встъпване в брак с изключение на изискването за различие в пола. Сключването на съжителството задължава всички трети лица и държавата да третират партньорите като съпрузи. Разликите с традиционния брак зависят от степента, в която съответната държава го охранява в класическия му вид. В държавите, които държат на стабилността на традиционния брак, различията са повече и по-сериозни (*Швейцария*) и се изразяват в:

¹⁴ В Спарта и по-късно в Рим например, въпреки толерантността и дори насърчаването на хомосексуалните връзки между мъже, на ергените и мъжете без деца се гледа с обществено презрение, а хомосексуалните отношения са по определение извънбрачни. По същото време в Атина бракът е задължителен съгласно законите на Солон, а неженените мъже нямат достъп до определени публични постове.

¹⁵ В Нидерландия хомосексуалните съжителства формират 1.5 % от всички брачни и бракоподобни съжителства, а в Дания са под 0.24 %. Поради благосклонното отношение на обществото към хомосексуалността, тези държави водят надеждна статистика за структурата на съжителствата. Цит. по Webner, C., P. Abrahamson, Individualization of Family Life and Family Discourses, University of Copenhagen, ESPANet Conference, Oxford, Sept. 9-11, 2004, p. 14.

¹⁶ Отделни примери са известни в някои индиански и северноафрикански племена.

¹⁷ Вписаните съжителства се основават на обикновените неформални съжителства, които възникват на свободен принцип между лица от общо домакинство и не е задължително да включват полово общуване. В някои страни е тези отношенията са уредени формално чрез вписване или с договор за съжителство (Франция след 1999 г. и страните от нейния кръг).

1. *церемонията по вписване на съжителството е само гражданска, но не и църковна.* Клетвите, които си разменят встъпващите в брак, не подлежат на изменение, докато встъпващите във вписано съжителство могат сами да ги съчинят. Бракът може да бъде благословен от Църквата след бракосъчетание по граждански ред, което не е възможно при встъпване в съжителство;

2. *съжителстващите нямат правата за отглеждане на деца на родителски принцип, права за родителстване чрез изкуствено оплождане, попечителство, настойничество, осиновяване и пр.*

3. *преживе съжителството може да се прекрати и от страните,* докато бракът може да се разтрогне само от съд. Уредбата за законно разделяне на съпрузите в държавите, чиито правни системи познават този институт, се прилага само към брачни партньори¹⁸;

4. *децата, родени или отглеждани в семейство на съжителстващи лица от един пол, нямат за свои родители тези партньори.* Обратно, децата, родени от брак между лица от различен пол, имат за свои родители съпрузите.

На основата на скандинавския опит британският демограф Катлийн Кайернан обяснява развитието на световната тенденция към изместване на традиционния брак от фактическите съжителства чрез четиристепенен модел, описващ еволюцията във възгледите за съжителствата:

1) форма на предбрачен живот, през която не се създават деца (*Италия*);

2) форма на предбрачен живот, през която партньорите изследват възможността да живеят заедно с оглед бъдещо сключване на брак;

3) обществено все по-приемлива форма на извънбрачен живот, през която е допустимо да се създават деца и да не последва брак, като понятието за брак вече не е задължително обвързано с майчинство и бащинство (*Норвегия* в средата на 90-те години);

4) фактическото и брачното съжителство са взаимнозаменяеми и неразграничими по обществено значение, като повечето деца са извънбрачни (*Швеция, Исландия и Нидерландия*).

Продължителността на всяка фаза за различните държави е различна, но веднъж достигната, връщането на по-ранна фаза е твърде невероятно събитие, като достигането на определена фаза се обективира с промени в законодателството. В същото време възгледите за фактическото съжителство и брака през предходната фаза и създадените от тях форми на съжителство не се заличават, а продължават да съществуват в обществото и да се споделят в различна степен от различни обществени групи.

Източник: Kiernan, K., Redrawing the Boundaries of Marriage? – In: *Journal of Marriage and the Family*, 66/2004, 980-987.

Възможно е да се предвидят и други ограничения, като например непораждане на брачни последици в сферата на данъчното облагане, социалното подпомагане, наследственото право и пр.

Следващият етап от процеса е възникването на института на „**хомосексуалния брак**“ през 2001 г. в Нидерландия и навлизането му след 2005 г. в Испания. Той се различава от традиционния само по пола на съпрузите и поражда всички правни последици на брака, включително правото да се отглеждат деца на родителски принцип, изкуствено оплождане, осиновяване и пр.

Социологически анализи показват, че развитието на вписаните съжителства очертава тенденция постепенно да изместват традиционния брак. Тя е най-слаба в Португалия, Гърция и Италия, относително напредваща във Великобритания, Испания и Канада, напреднала в Германия, Белгия и Франция и най-развита в

¹⁸ Раздялата е състояние на брачните отношения, при което лицата са в брак, но не изпълняват брачните си задължения (да живеят заедно, да си дават вяност и взаимност и пр.) и евентуално действащият между тях режим на имуществена общност се прекратява за имуществата, придобити след разделянето.

скандинавските държави и Нидерландия, където още от началото на века бракът се счита за неактуална форма на семейно съжителство, а бракосъчетанията и разводите са загубили дори статистическото си значение. Счита се, че хомосексуалният брак е фактор за западане на традиционното семейство, тъй като стимулира отделянето на понятията за майчинство и бащинство от понятията за брак и семейство и носи посланието, че традиционният брак е отживелица¹⁹.

2.2.2. Същност на брака с лице от същия пол – парадоксите на правния либерализъм

Претенцията за разпростиране на последиците на класическия брак към хомосексуални съжителства израства от тезите и вярванията на либералното течение в правото и социалните науки, в тясна връзка с което се намира и теорията за правата на човека. Според либерализма призивът на правата е да защитават свободата на личността, част от която е свободата на самоопределение и на интимност.

Въпреки че не е единна концепция, либерализмът изхожда от основната теза, че въпросите на нравствеността, интимността и идентичността нямат публично валиден, а още по-малко нормативен отговор²⁰. По-крайните му версии, поддържани от ляво-ориентирани политико-правни идеологии, абсолютизират неприкосновеността на порива към неограничена свобода. Те я отстояват независимо дали нейните проявления благоприятстват или не развитието на личността и обществото и забраняват на държавата да я ограничава чрез ценностно обосновано регулиране. Умереният либерализъм също е правно неутрален пред решения и прояви на човека, с които той упражнява свободата си да създава своята идентичност.

В контекста на регулативното отклонение от класическия брак тези постулати водят до редица правно-логически усложнения:

А. Ако интимността не се поддава на правно регулиране, бракът, който институционализира елементи от нея, има ли социална функция? Либерализмът яростно отстоява социалния смисъл на брака и отхвърля идеята за оттегляне на държавата от правната му регулация. Това го изправя пред проблема как да придаде правна форма на един социален институт, като избегне както произнасяне относно неговото съдържание, така и приватизирането му, разбирано като девалвация на социалната му значимост в полза на свръхдефинираност от субективни фактори²¹.

¹⁹ Около 60 % от първородните деца в Скандинавските държави се раждат от небрачни съжителства. Прекратена е тенденцията небрачните двойки да сключват брак след раждането на второто дете. В началото на 90-те 60 % от фактическите съжителстващите двойки имат само едно дете, докато към 2001 г. 56 % имат две и повече деца. През периода 1990-2000 г. фактическите съжителства, от които се раждат деца, в *Дания* са нараснали с 25 %, извънбрачната раждаемост в *Норвегия* скача от 39 на 50 %, а в *Швеция* – от 47 на 55 %. През 1997 г. в *Норвегия* е регистриран най-ниският процент сключени бракове в историята на статистиката. Норвегия е традиционно по-консервативна от останалите скандинавски държави и в нея хомосексуалното съжителство е наложено по политическата воля на елита и против общественото мнение. Дебатът по този въпрос се развива най-интензивно в периода 1991-1993 г. и води до културни промени в обществото в посока либерализация на нравите, ръст на извънбрачните съжителства и криза в официалната Лутеранска църква, която преди това се радва на единство и голямо обществено уважение. За повече информация вж. Eurostat's Marriage Rates Reports (1990-2011); Kurtz, S., The End of Marriage in Scandinavia.— In: *Weekly Standard*, Vol. 9, Issue 20 (February 2, 2004); Webner, C., P. Abrahamson, Individualization of Family Life and Family Discourses, University of Copenhagen, ESPANet Conference, Oxford, Sept. 9-11, 2004.

²⁰ Crawford, D., Liberal Androgyny: 'Gay Marriage' and the Meaning of Sexuality in Our Time – In: *Communio: International Catholic Review*, 2006, p.27.

²¹ Crawford, D., Liberal Androgyny. Ibid.

Б. Ако хомосексуалните хора са „сексуално малцинство”, малцинствената идентичност не трябва да бъде застрашавана при разпространето върху малцинството на правни режими, действащи за мнозинството. Това е основен принцип на цялото антидискриминационно право. Експанзията на хетеросексуалния брак върху еднополовите съжителства обаче не съдържа признание и зачитане на различия, а само обещание за формално изравняване въпреки тях. Редица критици на либерализма посочват, че основаването на т.нар. „гей-права” върху концепциите на вече съществуващи права, каквито са правата на брак и осиновяване, неизбежно въвлича нормативните и социалните парадигми на хетеросексуалността. Такъв проблем не възниква при сравняване на класическия брак с модерните хетеросексуални вписани съжителства, тъй като не се намесват малцинствени права и идентичности. При пренос на хетеросексуалния брак върху еднополовите връзки обаче не се избира между класическа и модерна концепция за брака, а между брак и нещо, което би било брак само при извод, че всички видове сексуалност са равноценни алтернативи, т.е. при ефективен отказ сексуалната идентичност да бъде отстоявана като правна ценност. Именно такъв отказ е в пряко противоречие с основните тези и на либерализма, и на правото на равенство²².

През 1993 г. Върховният съд на Хавай в решението си по делото *Baehr v. Lewin*, [1996] постановява, че забраната за хомосексуален брак учредява категория, основана на признака „пол”, поради което подлежи на много стриктен контрол за конституционност с оглед законодателството за равенството. Въпреки че съдът не признава право на включване на брак с лице от същия пол, съдът прехвърля върху държавата тежестта да доказва, че не е нарушила правото за равно третиране в случаи на искове за дискриминация в материята. При последвалото гледане на делото в Окръжния съд, съдът постановява, че забраната за сключване на хомосексуален брак на единственото основание еднаквост на пола на съпрузите нарушава правото им на равно третиране. Като последица от това дело множество щати изрично забраняват сключването на хомосексуални бракове, а през 1996 г. Конгресът гласува федерален Закон за защита на брака, който определя брака като законен съюз между един мъж и една жена и разрешава на щатите да не признават еднополови бракове, сключени в други държави.

Източник: *Nicholson, A., The Legal Regulation of Marriage, A paper delivered to the Law Students Society, Faculty of Law, University of Melbourne, 16 September 2004.*

В. Ако интимността е освободена от всякаква нормативност поради личния си характер, то разпространето на права върху хомосексуалната общност има голямо значение за личността и почти никакво значение за обществото. Според правната социология обаче това твърдение на либерализма е подвеждащо. Интимността, дори в тесния смисъл на сексуалност, и концепциите за нея са фундаментален елемент от обществената структура. Сексуалността е неразривно свързана с половете различия, които дефинират основни аспекти от човешката индивидуална и груповата идентичност и функциониране. Тенденцията на „хомогенизация на хетеросексуалността и хомосексуалността” води до упадък и обезличаване на самата сексуалност, а оттам и до обезсмисляне на пола, който бива сведен до външно обстоятелство в полов акт²³. Женствеността и мъжествеността губят значение, тъй като сексуалността вече не се

²² *Katz, J.N., The Invention of Heterosexuality (New York: Penguin, 1993), p. 172.* Изхождайки от социалния характер на понятието за сексуалност, авторът твърди, че е безсмислено да се търсят емпирични доказателства за неизменният или генетичен характер на хомосексуалността. Според него цялата либерална концепция за сексуалността е крайно зависима от определени социални и исторически обусловени конструкции.

²³ *Katz, J.N., Invention of Heterosexuality, 186–187, цит. по Crawford, D., Liberal Androgyny. Ibid, p. 254.*

съобразява с тях, а с влечения със случен (изцяло субективен) характер, които подменят интимното привличане и желание с импулси, откъснати от половата идентичност. Обезличаването на пола от своя страна девалвира сексуалната ориентация като признак на различие.

Това е процес на **инфлация на правни ценности**, изградени за защита на свободата на човека да създава идентичността си. Именно настойчивият призив полът и сексуалността да не бъдат поставяни под регулативни ограничения води до изпразването им от правен, социален и човешки смисъл, т.е. до ефекта на отричането им. Както изграждането, така и защитата на права, основани на пола и сексуалността, при това положение става невъзможно.

Парадоксът на либералните аргументи в полза на нехетеросексуалните бракове се изразява в непоследователността между призива за **институционализиране на отношения**, които в същото време се отстояват като **освободени от всякаква – правна или нравствена – нормативна регулация**, докато се настоява към тези отношения да се прилага **само една от възможните теории за брака** (тази за приоритет на междусъпругеските отношения²⁴), за да бъде обоснована приложимостта на последиците му. Опитът хомосексуалността да бъде приравнена на хетеросексуалността е удивителен предвид едновременната настойчива претенция за значимост на различното.

Тази претенция би следвало да се изразява в социално искане за подходящо, съответно на това различие третиране, което да гарантира същите нива на социална удовлетвореност и реализация, с каквато се твърди, че разполагат хетеросексуалните членове на обществото. Необходимо е именно правно признание на свободата на идентичността, което непременно означава юридически гаранции за запазване на различието, тъй като в еднаквото няма идентичност. Ако искането на правните последици на хетеросексуалния брак прикрива бягство от нежелана хомосексуална идентичност или опит за скриване на липса на идентичност, такова искане не е правно легитимно, тъй като чрез него не се упражнява свобода. Права, осигуряващи такива искания, не са хуманни, тъй като подкрепят неавтентично съществуване на личността в състояние без идентичност.

В заключение, всички „съвременни“ форми на бракоподобно съжителство са исторически известни, **но не са били никога преобладаващи**. Поради това не са били никога или правно признавани, или правно изравнявани с брака. Това дава основание да се твърди, че класическият брак е не просто традионен, а обусловен от дълбоката същност на човешката природа.

Привлекателността на брака в съвременната епоха изглежда съмнителна. Социалният натиск за сключването му отслабва, а изравняването на статуса на брачните и извънбрачните деца, улесняването на развода, еманципацията на жените и развитието на

²⁴ „След като несъмнено е вярно, че много, може би повечето, брачни двойки имат собствени деца (асистирани или не), задължително условие на гражданския брак е изключителната и постоянна отдаденост на съпрузите един на друг, а не родителстването”, Върховен съд на щата Масачузетс, дело *Goodridge*, с. 961; „В съвременния Запад бракът се е превърнал в средство, с което държавата признава емоционалната посветеност на двама души един на друг в продължение на целия им живот”, Sullivan, A., *Virtually Normal*, 179–180.

антидискриминационното законодателство водят до намаляване на значението му на средство за постигане на социални придобивки и социално значим статус. Съвременните поколения отлагат сключването му за по-зряла възраст, т.е. за периода след, а не в рамките на своята лична, професионална и социална реализация, което води до отслабване и на значението на волята на семействата на съпрузите.

Съвременният брак още носи елементи на ригидност, рестриктивност и непрактичност, които понякога отблъскват съвременния динамичен и освободен човек. Това поставя института преди изпитанието на поредната трансформация, която той периодично претърпява в историята в процеса на приспособяването си към потребностите на личността и обществото.

Много е рано да бъде приеман за отживелица.

БИБЛИОГРАФИЯ:

1. Bailey-Harris, R., *Dividing the Assets on Family Breakdown*, Bristol, 1998
2. Brown, Ayers, Tess, and Paul, *The Essential Guide to Gay and Lesbian Weddings*, (San Francisco: Harper San Francisco, 1994);
3. Burnham, W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 2nd ed., Minnesota, 1999;
4. Butler, B. ed., *Ceremonies of the Heart : Celebrating Lesbian Unions*, (:Publishers Group West/Seal Press/Feminist Press, 1990);
5. Callahan, S., Why I Changed My Mind: Thinking About Gay Marriage, *Commonweal* Apr 22, 1994; 121:8 p. 6-8;
6. Coleman, G. D., S.S., Living Together Not Equal To Marriage, *Church* 6:45-46 Summer 1990;
7. Cotter, Jim, *Exploring Lifestyles: An Introduction to the Service of Blessing for Gay Couples*, (London: Lesbian and Gay Christian Movement, 1980);
8. Crawford, D., Liberal Androgyny: 'Gay Marriage' and the Meaning of Sexuality in Our Time – In: *Communio: International Catholic Review*, 2006, p.27.
9. Delestraint, P. D., *Contrat de mariage et regimes matrimoniaux, successions, liberalites*, Paris, 1988;
10. Digitale, R., San Francisco Set to Define 'Family', *Christianity Today* Oct 20, 1989; 33:15 p. 44-46;
11. Elshtain, J. B., Against gay marriage--II, *Commonweal*, 118:20, (Nov 22 1991), 685;
12. *Family Law*, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1995;
13. Hartinger, B., A case for gay marriage, *Commonweal*, 118:20, (Nov 22 1991);
14. Hasty, R. S., A program of pre-covenantal counseling for gay men, *Andover Newton Theological School* 1988;
15. Katz, J.N., *The Invention of Heterosexuality* (New York: Penguin, 1993)
16. Krause, H. D., *Family Law in a Nutshell*, 2nd ed., St. Paul, Minnesota, 1990;
17. Kurtz, S., *Beyond Gay Marriage*, Hoover Institution, August 4, 2003;
18. Kurtz, S., The End of Marriage in Scandinavia.— In: *Weekly Standard*, Vol. 9, Issue 20 (February 2, 2004);
19. McGuire, D., The Morality of Homosexual Marriage" in Robert Nugent, ed., *A Challenge to Love: Gay and Lesbian Catholics in the Church*, (New York: Crossroad, 1987);
20. Nicholson, A., The Legal Regulation of Marriage, A paper delivered to the Law Students Society, Faculty of Law, University of Melbourne, 16 September 2004.
21. O'Donovan, O., Transsexualism and Christian Marriage. *Journal of Religious Ethics* 11, 1. 1983. Pp. 135-162;

22. Ottosen, M. H. (2001) 'Legal and Social Ties Between Children and Cohabiting Fathers' *Childhood* 8(1): 75-94.
23. Ottosen, M. H. (2006) 'In the Name of The Father, The Child and The Holy Genes: Constructions of 'The Child's Best Interest' in Legal Disputes Over Contact' *Acta Sociologica* 49(1): 29-46
24. Pierce, S. E., Same-sex marriage is nothing new, *The Witness* 71 p20-21 October 1988;
25. Shannon-Thornbery, M., ed., *The Alternative Celebrations Catalogue* (New York: Pilgrim Press, 1982);
26. Sherman, S., *Lesbian and Gay Marriage: Private Commitments, Public Ceremonies*, (Philadelphia: Temple Univ Press, 1992);
27. Stott, J. R. W., "Homosexual marriage: why same sex partnerships are not an option" *Christianity Today* 29 No 17 p21-28 November 22 1985;
28. Sweden [Family laws] *New Swedish family legislation: the Marriage Code: the Cohabitees (Joint Homes) Act: the Homosexual Cohabitees Act: the Inheritance Code, chapters 1-3 and 7*, (Stockholm : Ministry of Justice, 1988);
29. Uhrig, L. J., *The two of us : affirming, celebrating, and symbolizing gay and lesbian relationships*, (Boston : Alyson Publications, 1984);
30. Uhrig, L. J., *Sex positive : a gay contribution to sexual and spiritual union*, (Boston : Alyson Publications, 1986). New edition due 1994;
31. Unitarian Universalist Association, *Same-Gender Services of Union*, (Boston: n.d.);
32. Webner, C., P. Abrahamson, Individualization of Family Life and Family Discourses, University of Copenhagen, ESPANet Conference, Oxford, Sept. 9-11, 2004.
33. Williams, J. R., Towards a theology for lesbian and gay marriage, *Anglican Theological Review* 72, p.134-157, Spring 1990.