
WPROWADZENIE

Małżeństwo to instytucja uniwersalna występująca w zasadzie we wszystkich systemach prawnych i kulturach¹. Pozostaje ona w silnym związku z życiem społecznym, religijnym, a także z lokalnymi obyczajami, co wywołuje różnice w przyjętych rozwiązaniach, szczególnie w zakresie ceremonii zawarcia, sposobu doboru małżonków czy skutków omawianej relacji. W każdym przypadku jednak związek ten służyć ma prokreacji oraz wychowaniu potomstwa, a także przekazaniu dorobku materialnego i kulturowego następnemu pokoleniu. Pełni on także funkcję porządkującą relacje rodzinne, na których opiera się wzajemna odpowiedzialność członków rodziny (pomoc i dostarczanie środków utrzymania) i z którymi wiąże się określone skutki (np. w zakresie dziedziczenia majątku).

Małżeństwo nie jest jedynie zjawiskiem społecznym, lecz także stosunkiem prawnym podlegającym regulacji prawnej. Jednostki decydując się na związek małżeński, godzą się na to, że ich relacja spowoduje powstanie wzajemnych praw i obowiązków, a także wywoła konsekwencje w stosunkach z osobami trzecimi. W ręce organów państwowych małżonkowie oddają także możliwość rozwiązania łączącej ich więzi, akceptując tym samym jej trwałość.

We współczesnym świecie wskazuje się różne zjawiska społeczne i prawne oddziałujące na małżeństwo, mające istotny wpływ na rozumienie tego stosunku prawnego, prowadzące często do podejmowania prób jego redefinicji. Warto zaznaczyć, że z najbardziej rewolucyjnymi przemianami w tym zakresie mamy do czynienia w wysoko rozwiniętych krajach cywilizacji zachodniej. Zwraca się uwagę na poważny kryzys małżeństwa, przejawiający się mniejszą liczbą zawieranych związków oraz wzrostem liczby rozwodów². W efekcie rozpadu małżeństw

¹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 180.

² Na ten temat zob. opracowanie przygotowane przez Instituto de Política Familiar: *Evolución de la Familia en EUROPA 2014*, <https://pl.scribd.com/document/271738784/INFORME-EVOLUCION-FAMILIA-EUROPA-2014-IPFE-pdf> [dostęp: 12.03.2019] oraz raport Fundacji Mamy i Taty: *Rozwód? Przemyśl to. Rozwody w Polsce i na świecie* – raport Fundacji Mamy i Taty, <http://www.rozwodprzemyslto.pl/wp-content/uploads/2011/12/>

powiększa się także grupa rodziców samotnie wychowujących dzieci oraz dzieci żyjących w rodzinach rekonstruowanych, w tym tzw. rodzinach patchworkowych³. Zwiększa się także liczba par żyjących w związkach niesformalizowanych, w których na świat przychodzą dzieci. Sytuacja prawna takich dzieci w relacji z rodzicami jest w praktyce identyczna jak dzieci urodzonych w małżeństwie, różnice dotyczą jedynie sposobu ustalenia ich stanu cywilnego. Podkreśla się również, że rodzicielstwo nie jest już immanentnie powiązane z instytucją małżeństwa, a nawet z faktycznym związkiem pomiędzy kobietą i mężczyzną. Rozwój medycyny w zakresie wspomaganej prokreacji w praktyce pozwala bowiem każdemu na „posiadanie” dziecka⁴.

Ponadto małżeństwo nie stanowi obecnie instytucji zabezpieczającej sytuację materialną kobiety, gdyż w dobie równouprawnienia status majątkowy kobiet i mężczyzn co do zasady pozostaje na podobnym poziomie⁵.

Te spostrzeżenia dotyczące zjawisk faktycznych mogą w gruncie rzeczy zachęcać do postulowania likwidacji małżeństwa jako instytucji przestarzałej i nieodpowiadającej potrzebom współczesnego świata, a w sposób nieuzasadniony szczególnie uprzywilejowanej⁶. Tymczasem zgłaszane i realizowane są postulaty dotyczące objęcia instytucją małżeństwa związków osób tej samej płci przy równoczesnej rezygnacji z biologicznych kryteriów różnicowania płci. Podkreśla się nawet, że otwarcie małżeństwa dla związków homoseksualnych utrzyma znaczenie tego stosunku prawnego, zwiększając liczbę par małżeńskich⁷. Powyższy argument budzi jednak poważne wątpliwości, po pierwsze ze względu na występującą równolegle liberalizację przepisów regulujących rozwiązanie małżeństwa w kierunku rozwodu „na życzenie” obojga, a nawet tylko jednego z małżonków, po drugie dlatego, że nie w samej liczbie małżeństw wyraża się wartość tej instytucji.

Raport.pdf [dostęp: 6.03.2018].; M. Mazuy, M. Barbieri, H. d'Albis, *Recent Demographic Trends in France: The Number of Marriages Continues to Decrease*, „Population” 2014, t. 69, nr 3; G.C. Blangiardo, S. Rimoldi, *Portraits of the Italian Family: Past, Present and Future*, „Journal of Comparative Family Studies” 2014, t. 45, nr 2, s. 201–219.

³ Rodzina, w której skład wchodzi mąż, żona oraz dzieci „moje, twoje i nasze”.

⁴ M.Y.K. Lee, *Equality, Dignity and Same-Sex Marriage. A Rights Disagreement in Democratic Societies*, Leiden–Boston, Boston 2010, s. 57 i przywołana tam literatura.

⁵ Wskazuje się nawet, że czynniki ekonomiczne związane z większą niezależnością kobiet mają wpływ na trwałość małżeństwa. Zob. *Założenia polityki ludnościowej Polski 2013. Projekt*, Warszawa 2013, www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/POZ_zalozenia_polityki_ludnosciowej_Polski_2013_projekt_luty_2013.pdf [dostęp: 2.11.2016].

⁶ Na ten temat zob. M. Garrison, *The changing face of marriage*, [w:] *Routledge Handbook of family law and policy*, J. Eekelaar, R. George (red.), Abingdon–Oxon–New York 2014, przypisy 18, 19, 20.

⁷ M.Y.K. Lee, *Equality, Dignity...*, s. 220.

W życiu społecznym można zatem zauważyć dwa trendy: mniejsze zainteresowanie małżeństwem wśród par heteroseksualnych przy równoczesnym podkreślaniu jego wartości i szczególnego znaczenia dla jednostki i jej samorealizacji w kontekście par jedнопłciowych⁸. Warto jednak zaznaczyć, że część środowiska gejowskiego neguje instytucję małżeństwa jako patriarchalną i kojarzącą się z życiem religijnym. Przedstawiciele tej grupy opowiadają się za partnerstwem o „czysto” cywilnym charakterze⁹.

Z postawionej diagnozy, zgodnie z którą instytucja małżeństwa znajduje się w poważnym kryzysie, wyciągane są w tym samym czasie nieco sprzeczne wnioski. Z jednej strony podkreśla się konieczność wzmocnienia ochrony rodziny, w tym także małżeństwa i przywrócenia znaczenia tych instytucji dla jednostek i społeczeństwa¹⁰. Z drugiej strony występujące zjawiska społeczne traktowane są jako bodźce do redefinicji i przetworzenia małżeństwa i rodziny w duchu nowoczesności¹¹. Wsparcia dla tych działań poszukuje się w prawach człowieka, powołując się na ich uniwersalne znaczenie. W tym kontekście konieczne wydaje się jednak ustalenie, jakie wzorce wskazują regulacje międzynarodowe w odniesieniu do instytucji małżeństwa.

Część niniejszego opracowania poświęcona jest analizie przywoływanego w dokumentach międzynarodowych prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz próbie ustalenia, jakie konsekwencje wynikają z tej regulacji dla prawa krajowego oraz praw jednostki, choć można postawić pytanie, jakiemu celowi ma służyć analiza małżeństwa w świetle regulacji katalogujących prawa

⁸ P. Festy, *Le mariage et la famille en mouvement*, „Commentaire” 2013, nr 142, s. 291. W ten sposób swoje żądanie uznania przez prawo brytyjskie małżeństwa zawartego w Kanadzie argumentowały panie Wilkinson i Kitzinger (sprawa miała miejsce w czasie, gdy prawo brytyjskie nie przewidywało małżeństw homoseksualnych i uznawało małżeństwa zawarte za granicą za związki partnerskie). Uważały one, że przyznanie im statusu związku partnerskiego w kontekście społecznego znaczenia małżeństwa prowadzi do dewaluacji ich związku. Zob. R. Auchmuty, *What's so special about marriage? The impact of Wilkinson v Kitzinger*, „Child and Family Law Quarterly” 2008, t. 20, nr 4, s. 483.

⁹ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014, s. 291 i przywołana tam literatura; R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 489 i wskazana tam literatura; K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals – may the rest of us be saved from it*, „Child and Family Law Quarterly” 2000, nr 12, s. 368.

¹⁰ Na przykład Europejska Inicjatywa Obywatelska w obronie Małżeństwa i Rodziny, która przygotowała Projekt Rozporządzenia Rady w sprawie ochrony małżeństwa i rodziny zawierający propozycję wprowadzenia do prawa unijnego definicji małżeństwa i rodziny.

¹¹ Ta idea przyświeca m.in. I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code from a global perspective*, Antwerpia–Oxford 2006, s. 1.

człowieka, które same w sobie są dosyć lakoniczne. Uzasadnieniem może być globalizacja oraz większa mobilność jednostek, z którą łączą się problemy rodzinne o charakterze transgranicznym¹². Wiąże się z tym większe doświadczenie w zakresie zastosowania obcych regulacji oraz możliwość porównania rozwiązań obowiązujących w różnych państwach. Stanowi to niekiedy podstawę do formułowania oczekiwań, aby wprowadzać „cudze” przepisy do rodzimego porządku prawnego, gdyż to właśnie one w pełni realizują określone prawa człowieka. Z takich zabiegów prawnoporównawczych od jakiegoś czasu korzysta także Europejski Trybunał Praw Człowieka zaznaczając, że jest skłonny uznać za standard rozwiązanie występujące w większości europejskich systemów prawnych¹³. Warto jednak w pierwszej kolejności sięgnąć nie tyle do przepisów obowiązujących poza granicami, lecz do wypracowanych przez społeczność międzynarodową przepisów stanowiących element porządku krajowego i ustalić, co rzeczywiście wynika z nich w odniesieniu do obowiązków ustawodawczych państwa.

Na potrzeby niniejszego opracowania za punkt odniesienia przyjmuje się przede wszystkim to, co zostało wypracowane jako prawo wiążące przez społeczność międzynarodową w ramach organizacji międzynarodowych, takich jak Organizacja Narodów Zjednoczonych czy Rada Europy. Przywołane zostaną jednak także sugestie wynikające z dokumentów mających charakter tzw. prawa miękkiego, nienakładających na państwa żadnych obowiązków, zawierających jednak często nowy sposób interpretowania praw człowieka oraz wskazujących kierunek pożądanych przez autorów zmian. Trzecim punktem odniesienia są regulacje krajowe innych państw europejskich. Na kanwie tych rozwiązań analizie poddano przepisy polskiego prawa rodzinnego kształtujące stosunek prawny małżeństwa.

Standardy wynikające z międzynarodowych praw człowieka mają znaczenie dla regulacji wewnętrznych prawa rodzinnego poszczególnych państw członkowskich przede wszystkim wówczas, gdy mają moc obowiązującego prawa¹⁴. Trzeba jednak przypomnieć, że w zakresie tej szczególnej dziedziny organizacje mię-

¹² B. Stark, *International Family Law. An Introduction*, Burlington 2005, s. 1; R. Probert, A. Barlow, *Displacing marriage – diversification and harmonisation within Europe*, „Child and Family Law Quarterly” 2000, nr 12, s. 154–155.

¹³ Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04.

¹⁴ Pojęciem standardów międzynarodowych obejmuje się łącznie zarówno postanowienia wynikające z wiążących konwencji, jak i tzw. prawo miękkie w postaci rezolucji czy zaleceń. Na ten temat szerzej. Zob. A.N. Schulz, *Realizacja standardów międzynarodowych w zakresie osobowych stosunków pomiędzy rodzicami a dzieckiem w polskim prawie rodzinnym*, niepubl. rozprawa doktorska. AZ INP PAN, sygn. 183/133.

dzynarodowe uznają różnorodność rozwiązań występujących w poszczególnych systemach prawnych, wynikającą z różnic kulturowych, obyczajowych i światopoglądowych. Państwa mają zatem spory margines samodecydowania w tych kwestiach, co stanowi równocześnie gwarancję ochrony wolności sumienia i wyznania jednostek (art. 9 EKPCz¹⁵, art. 18 MPPPiO¹⁶).

Celem niniejszego opracowania jest analiza dwóch cech charakterystycznych związku małżeńskiego: heteroseksualności i monogamiczności¹⁷ przyjmowanych do niedawna powszechnie za oczywiste i bezdyskusyjne, podobnie jak sformalizowany charakter, świeckość i trwałość¹⁸. Wskazane dwa przymioty zostały wybrane celowo, ponieważ często zwraca się uwagę, że rezygnacja z małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny może w niedalekiej przyszłości doprowadzić do podważenia drugiej istotnej cechy poprzez dopuszczenie małżeństw grupowych jako nowoczesnej formy poligamii¹⁹.

¹⁵ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2., Dz. U. 1993 Nr 61 poz. 284.

¹⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r., Dz. U. 1977 Nr 38 poz. 167.

¹⁷ Cechy te traktowano jako charakteryzujące małżeństwo już w prawie rzymskim, Rzymianie wywodzili je bowiem z prawa naturalnego. W. Rozwadowski, *Istota małżeństwa rzymskiego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. 14, s. 779–780. Warto przytoczyć w tym miejscu także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie – III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 13 czerwca 2014 r. III AUa 1237/13, w którym zwrócił on uwagę, że *ustawodawca nie definiując małżeństwa kształtuje jego prawny model przez określenie cech małżeństwa* [podkreś. M.Ł.-P.] *jako związku monogamicznego czy też związku mężczyzny i kobiety – art. 1 KRO*, <http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl> [dostęp: 1.08.2018].

¹⁸ Autorzy najczęściej nie odwołują się do pojęcia cechy czy właściwości małżeństwa, lecz wskazują zasady dotyczące tej instytucji takie jak zasada monogamiczności, trwałości, świeckości i równouprawnienia małżonków, pomijając zasadę heteroseksualności małżeństwa. Kwestia ta traktowana jest raczej jako element definicji małżeństwa będącego związkiem kobiety i mężczyzny. W ten sposób T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018, s. 31. Autor uważa heteroseksualność za oczywistą. Podobnie: M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014, s. 26 oraz szerzej na s. 38–40 wskazuje zasadę monogamii, trwałości i świeckości małżeństwa. T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2013, s. 30–31. Zasadę odmienności płci wymieniono w: J. Ignatowicz i M. Nazar, *Prawo...*, s. 180–181. Natomiast zasadę heteroseksualności wskazuje M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 19.

¹⁹ L.D. Wardle, *The attack on marriage as the union of a man and a woman*, „North Dakota Law Review”, t. 83, s. 1371; T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia o stanie cywilnym a natura małżeństwa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, z. 4, s. 744 i przywołani tam: S. Girgs, R.T. Anderson, R.P. George, *What is Marriage. Man and Woman. A Defense*, Nowy Jork–Londyn 2012, s. 68.

Wśród cech odpowiadających laickiej wizji małżeństwa wymienić można: heteroseksualność, monogamiczność, dobrowolność, sformalizowanie, świeckość i trwałość²⁰. Należy jednak zwrócić uwagę, że cechy te mają różne znaczenie. Część ze wskazanych okoliczności warunkuje istnienie małżeństwa (np. sformalizowane zawarcie), naruszenie innych stanowi natomiast podstawę ewentualnego unieważnienia zawartego związku (np. dobrowolność zawarcia).

W polskim prawie kluczową rolę odgrywa heteroseksualność małżeństwa oraz jego sformalizowany charakter, brak którejś z tych cech powoduje bowiem nieistnienie małżeństwa. Tymczasem, jak się wydaje, na gruncie prawnoporównawczym w europejskim kręgu kulturowym jedyną wspólną cechą charakteryzującą małżeństwo i warunkującą jego istnienie jest współcześnie sformalizowany sposób zawarcia tego związku.

Podejmując próbę wskazania cech charakterystycznych związku małżeńskiego warto ustalić, w jakim kontekście będzie on rozpatrywany. Małżeństwo stanowi bowiem przedmiot zainteresowania wielu dziedzin nauki (socjologii, medycyny, psychologii, prawa, filozofii, teologii), na gruncie których punkt ciężkości umiejscowiony może być w różnych aspektach tej szczególnej relacji międzyludzkiej. Niniejsza analiza ma charakter jurydyczny, skupi się zatem na treści obowiązujących przepisów oraz na ustaleniu przyczyn, ze względu na które dany stosunek społeczny uzyskał status prawny. Pomocne w pewnym zakresie będą w tym przypadku także ustalenia dokonane na gruncie socjologii. Warto jednak zaznaczyć, że socjolog może zatrzymać się w prowadzonych badaniach na etapie ustalenia istnienia określonych zjawisk społecznych. Prawnik natomiast musi poszukiwać odpowiedzi na pytanie, jak wspierać zjawiska pożądate, eliminować niepożądane, a które z nich uznać można za neutralne w kontekście interesu państwa i społeczeństwa, a zatem znajdujące się poza zainteresowaniem ustawodawcy. Współcześnie zadanie to stanowi szczególne wyzwanie, gdyż prawo nie odzwierciedla zmian społecznych, które wpływają na sposób definiowania takich pojęć jak małżeństwo czy rodzina na gruncie pozaprawnym²¹. W tym kontekście warto postawić jednak pytanie o rolę prawa. Czy zadaniem ustawodawcy jest obowiązkowe uwzględnianie wszelkich przemian społecznych i dostosowywanie regulacji prawnej do występujących zjawisk faktycznych, czy też ma on wpływać na zachowania, strukturę i rzeczywistość społeczną²²? Czy prawo to instytucjo-

²⁰ F. Adamski, *Rodzina. Wymiar społeczno-kulturowy*, Kraków 2002, s. 131 i n.

²¹ T. Szlendak zwraca uwagę, że ustawodawstwo nie nadąża za zmianami społecznymi, które utrudniają przyjmowanie jednoznacznych definicji takich pojęć jak małżeństwo czy rodzina: T. Szlendak, *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*, Warszawa 2011, s. 397.

²² M. Domański stwierdza, że: *ustawodawca poprzez regulacje prawa małżeńskiego ma możliwość determinowania stosunków rodzinnych, a więc ma wpływ na całą strukturę społeczną*, M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 37.

nalna akceptacja ludzkich zachowań uwarunkowanych indywidualnymi potrzebami, czy też czynnik zachęcający, a niekiedy wręcz zmuszający do zachowań pożądanych?

Za przedmiot analizy wybrano zatem dwie z cech charakterystycznych małżeństwa – heteroseksualność i monogamiczność – pozwalających zdefiniować ten związek w sposób odpowiadający funkcjom, ze względu na które został on wyróżniony wśród stosunków społecznych nadanym mu szczególnym statusem prawnym. Sformalizowanie zawarcia małżeństwa, mimo że warunkuje istnienie tego związku, uznać należy za cechę wtórną wobec wyżej wymienionych, pozwalającą na ustalenie, kto pozostaje w takim związku, a nie uzasadniającą sens jego istnienia.

Celem pracy jest ukazanie ścisłego związku pomiędzy ukształtowaną przed wiekami, mającą swoje korzenie w rzeczywistości pozaprawnej, relacją społeczną pomiędzy kobietą i mężczyzną a zasadnością objęcia jej statusem prawnym. Służyć temu ma wskazanie spójnej koncepcji małżeństwa jako stosunku prawnego o określonych funkcjach, których realizacja odgrywa istotną rolę zarówno dla społeczeństwa, jak i państwa. W tym kontekście cechami charakterystycznymi związku małżeńskiego są właśnie heteroseksualność i monogamiczność. Rezygnacja z którejkolwiek z nich prowadzi do możliwości podważenia pozostałych cech charakteryzujących małżeństwo oraz do poważnej redefinicji tej zastanej instytucji społecznej. Skutkuje to koniecznością poszukiwania nowego uzasadnienia dla istnienia regulacji prawnej w tym zakresie. Punkt ciężkości w tych poszukiwaniach ulega bowiem istotnemu przesunięciu z poziomu społecznego na indywidualny, który do tej pory w ramach ochrony prywatności co do zasady znajdował się poza zainteresowaniem ustawodawcy.

Podstawę przeprowadzonych badań stanowią międzynarodowe regulacje praw człowieka, rozwiązania obowiązujące w różnych państwach europejskich oraz prawo polskie. W wielu miejscach przywołano także zjawiska społeczne występujące w praktyce, a mogące mieć w przyszłości wpływ na podejmowanie dalszych prób redefinicji małżeństwa.