

Małgorzata
Łączkowska-Porawska

HETEROSEKSUALNOŚĆ
I MONOGAMICZNOŚĆ
MAŁŻEŃSTWA
JAKO
STOSUNKU PRAWNEGO



INP
PAN

HETEROSEKSUALNOŚĆ
I MONOGAMICZNOŚĆ
MAŁŻEŃSTWA
JAKO
STOSUNKU PRAWNEGO

Małgorzata
Łączkowska-Porawska

HETEROSEKSUALNOŚĆ
I MONOGAMICZNOŚĆ
MAŁŻEŃSTWA
JAKO
STOSUNKU PRAWNEGO



**INP
PAN**

dr Małgorzata Łączkowska-Porawska
Instytut Nauk Prawnych PAN
ORCID: 0000-0002-0875-3598

Książka sfinansowana z środków Instytutu Nauk Prawnych PAN.

Stan prawny: grudzień 2018

Recenzenci

dr. hab. Janusz Gajda, prof. UJK
dr hab. Marek Andrzejewski, prof. US, prof. INP PAN

Redakcja i Korekta:

Wydawnictwo

Skład i łamanie

Beata Stełęgowska

Projekt okładki i stron tytułowych

Anna Gogolewska

Druk i oprawa

na zlecenie Wydawnictwa INP PAN: Drukarnia Sowa Sp. z o.o.

Nakład: 100 egz.

Publikacja z serii:

„Rozprawy Prawnicze. Seria monograficzna Instytutu Nauk Prawnych PAN”

© Copyright INP PAN

Rada Naukowa Wydawnictwa INP PAN

dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN
prof. dr hab. Władysław Czapliński
prof. dr hab. Irena Rzeplińska
dr hab. Anna Młynarska-Sobaczewska, prof. INP PAN
dr Mateusz Błachucki
dr Wojciech Drobny

ISBN (druk) 978-83-950165-9-2
DOI: 10.5281/zenodo.2590495

ISBN(ebook) 978-83-66300-00-2

Wydawnictwo INP PAN

ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
e-mail: wydawnictwo@inp.pan.pl; tel.: (22) 65-72-738

Wydanie I, Warszawa 2019

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów i skrótowców	9
WPROWADZENIE	11
ROZDZIAŁ I.	
KONTROWERSJE WOKÓŁ INSTYTUCJI MAŁŻEŃSTWA	19
§ 1. Uwagi ogólne	19
§ 2. „Tradycyjny” model małżeństwa	20
§ 3. Wpływ przemian społecznych przełomu XX i XXI w. na wizję małżeństwa ..	31
§ 4. Próby legalnej redefinicji małżeństwa	41
§ 5. Charakter prawny małżeństwa – umowa / kontrakt czy szczególna instytucja prawa rodzinnego?	49
1. Małżeństwo jako szczególnego rodzaju instytucja prawna	49
2. Małżeństwo jako kontrakt	51
§ 6. Przyszłość małżeństwa	53
1. Modernizacja małżeństwa	53
2. Likwidacja małżeństwa	57
3. Konserwacja małżeństwa	61
§ 7. Definicja małżeństwa w polskim prawie	62
§ 8. Podsumowanie	67
ROZDZIAŁ II.	
PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY	73
§ 1. Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w aktach międzyna- rodowych praw człowieka	73
1. Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w wiążących doku- mentach Organizacji Narodów Zjednoczonych i Rady Europy	73
2. Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny w Karcie praw podstawowych	80
3. Zasady wykładni postanowień konwencji międzynarodowych	88
4. Dopuszczalne ograniczenia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w świetle regulacji międzynarodowych	92
§ 2. Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim	96
§ 3. Podsumowanie	104

ROZDZIAŁ III.

HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA 106

§ 1. Heteroseksualność jako cecha charakterystyczna związku małżeńskiego . . . 106

§ 2. Heteroseksualność małżeństwa w świetle międzynarodowych praw człowieka oraz w regulacjach wybranych państw europejskich 109

§ 3. „Małżeństwo” między osobami tej samej płci w świetle orzecznictwa ETPCz oraz TSUE 114

§ 4. Heteroseksualność małżeństwa a zagadnienie tzw. zmiany płci 124

1. Uwagi ogólne 124

2. Zawarcie małżeństwa przez osobę po tzw. zmianie płci w świetle orzecznictwa ETPCz i TSUE 132

3. Tzw. zmiana płci w czasie trwania małżeństwa w świetle orzecznictwa ETPCz 136

§ 5. Heteroseksualny charakter małżeństwa w świetle prawa polskiego 139

1. Artykuł 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej 139

2. Heteroseksualność małżeństwa w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym . . 153

3. „Małżeństwa” homoseksualne zawarte i zawierane za granicą w świetle zasady heteroseksualności małżeństwa 157

3.1. Rejestracja „małżeństwa” homoseksualnego zawartego za granicą w polskim rejestrze stanu cywilnego 158

3.2. Transkrypcja zagranicznego aktu „małżeństwa” homoseksualnego . . 158

3.3. Zaświadczenie o możliwości zawarcia związku małżeńskiego za granicą 159

3.4. Zaświadczenie o stanie cywilnym 161

4. Heteroseksualność małżeństwa a tzw. zmiana płci w świetle prawa polskiego 163

4.1. Stanowisko polskiej judykatury w odniesieniu do tzw. zmiany płci . . 164

4.2. Stanowisko polskiej doktryny w odniesieniu do możliwości dokonania tzw. zmiany płci 171

4.3. Możliwość zawarcia małżeństwa po tzw. zmianie płci 181

4.4. Tzw. zmiana płci w czasie trwania małżeństwa 187

4.5. Procedura uzgodnienia płci w poselskim projekcie ustawy z 2013 r. 192

§ 6. Podsumowanie 194

ROZDZIAŁ IV.

MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA 198

§ 1. Monogamiczność jako cecha charakterystyczna związku małżeńskiego 198

§ 2. Monogamiczność małżeństwa w świetle standardów międzynarodowych . . 204

§ 3. Monogamiczność małżeństwa w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 208

§ 4. Monogamiczność w regulacjach krajowych państw europejskich 210

§ 5. Wpływ ponowoczesnych zjawisk społecznych na zasadę monogamiczności małżeństwa	213
1. Poliamoria – ponowoczesna alternatywa dla monogamii	213
2. Sologamia – sposób na samorealizację w indywidualistycznym świecie	218
§ 6. Zasada monogamiczności małżeństwa w prawie polskim	219
1. Podstawy prawne zasady monogamiczności małżeństwa	219
2. Monogamiczność małżeństwa jako przesłanka jego powstania	222
3. Pozostawanie w związku małżeńskim jako okoliczność uniemożliwiająca zawarcie małżeństwa	222
3.1. Uwagi ogólne	222
3.2. Przeszkoda pozostawania w związku małżeńskim w przypadku małżeństwa zawieranego przed duchownym	224
4. Ochrona prawna drugiego małżeństwa (bigamicznego)	236
4.1. Konwalidacja małżeństwa bigamicznego	236
4.2. Zawarcie nowego małżeństwa w przypadku uznania poprzedniego małżonka za zmarłego	237
4.3. Środki procesowe chroniące kolejne małżeństwo	239
5. Monogamiczność małżeństwa w świetle prawa karnego	242
6. Monogamiczność małżeństwa a czynnik międzynarodowy w procedurze zawierania małżeństwa	246
6.1. Monogamiczność małżeństwa a małżeństwo zawierane w Polsce przez cudzoziemca	246
6.2. Związek zawarty za granicą	248
6.3. Uznawalność obcych wyroków mających wpływ na istnienie małżeństwa	253
7. Przykłady naruszenia zasady monogamiczności małżeństwa występujące w praktyce	255
8. Monogamia faktyczna – obowiązek wierności	256
8.1. Uwagi ogólne	256
8.2. Pojęcie wierności	258
8.3. Charakter prawny obowiązku wierności	261
8.3.1. Wierność bezwzględnie obowiązująca	261
8.3.2. Względny charakter uprawnienia wynikającego z obowiązku wierności	265
8.3.3. Brak ekwiwalentności	268
8.3.4. Brak sankcji i nieegzekwowalność obowiązku wierności	270
8.4. Obowiązek wierności po orzeczeniu separacji	274
§ 7. Podsumowanie	276
ZAKOŃCZENIE	278
BIBLIOGRAFIA	284

WYKAZ SKRÓTÓW I SKRÓTOWCÓW

- AZ INP PAN – Archiwum Zakładowe Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
- Dz. U. – Dziennik Ustaw
- Dz. Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
- EKPCz – Europejska konwencja praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2
- ETPCZ – Europejski Trybunał Praw Człowieka
- k.c. – Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny
- k.k. – Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny
- k.k.w. – Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy
- KoPD – Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r.
- konst. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r.
- k.p.c. – Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego
- k.p.k. – Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego
- KPP – Karta praw podstawowych Unii Europejskiej
- k.r.o. – Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy
- p.p.m. – Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe
- pr.a.s.c. – Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego
- MPPiO – Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r.
- MPPGSiK – Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r.
- NSA – Naczelny Sąd Administracyjny
- PDPCz – Powszechna Deklaracja Praw Człowieka
- SN – Sąd Najwyższy
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
- TK – Trybunał Konstytucyjny
- TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- WSA – Wojewódzki Sąd Administracyjny

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 wiążą 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 Politica 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? Przemysł 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 znacznie tego stosunku prawnego, zwiększając liczbę par małżeńskich⁷. Powyższy argument budzi jednak poważne wątpliwości, po pierwsze ze względu na występującą równoległe 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 jednopłciowych⁸. 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 ponowoczesności¹¹. 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. Smyczyński, *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 którejs 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.

Podjęwając 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 pożądane, 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 pożądaných?

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.

ROZDZIAŁ I

KONTROWERSJE WOKÓŁ INSTYTUCJI MAŁŻEŃSTWA

§ 1. UWAGI OGÓLNE

Przełom XX i XXI wieku to okres istotnych przemian społecznych, które wywarły poważny wpływ na funkcjonujący przez wieki porządek powodując, że konieczne staje się definiowanie podstawowych pojęć, wcześniej powszechnie uznawanych za oczywiste¹. Pojęciem takim jest między innymi małżeństwo. Pierwotnie przyjmowano, że celem tej instytucji jest założenie przez mężczyznę i kobietę rodziny, realizacja jej dobra poprzez zapewnienie wzajemnego wsparcia, zaspokajanie potrzeb jej członków, zrodzenie i wychowanie dzieci, opiekę nad osobami niesamodzielnymi oraz dziedziczenie majątku przez kolejne pokolenie. Wynikające z tej relacji obowiązki wyprzedzają w takim kontekście potrzeby indywidualne każdego z małżonków, jak i pozostałych członków rodziny oraz wymagają trwałości łączących ich więzi.

Podkreślając znaczenie małżeństwa, wskazuje się najczęściej szczególne funkcje, których realizacji ma służyć ta instytucja. Wielu współczesnych badaczy uważa jednak, że takie podejście dotyczy wyłącznie małżeństwa w jego tzw. tradycyjnym ujęciu, ponieważ w ponowoczesnym świecie tak rozumiana instytucja przeżywa poważny kryzys, jeśli nie schyłek². Nie wszyscy jednak godzą się na taki punkt widzenia podkreślając raczej, że związek małżeński znajduje się w okresie

¹ P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego” obowiązku instytucjonalizacji życia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny*, [w:] *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewski (red.), Toruń 2013, s. 215. Autor wskazuje, że zmiany dotyczące małżeństwa są *przelamaniem rozwiązań prawnych istniejących i niekwestionowanych w prawie prywatnym od tysiącleci (właściwie odkąd znane są przekazy dotyczące prawnej regulacji małżeństwa)*.

² Świadczą o tym już same tytuły licznych publikacji: *Marriage at the crossroads, A world without marriage, Why marriage, Ending marriage as we know it, Agonia del matrymonio legal*.

transformacji, a nawet ewolucji, nie pierwszej zresztą w swojej historii³. Jeszcze inni wskazują, że obecnie uwypukla się przemiany zachowań społecznych, nie zauważając współwystępującej w praktyce stabilności dotychczasowej wizji małżeństwa⁴. Niezależnie od tego, która z opinii jest najtrafniejsza, bez wątpienia wokół instytucji małżeństwa toczy się obecnie poważna dyskusja o globalnym charakterze.

§ 2. „TRADYCYJNY” MODEL MAŁŻEŃSTWA

Do niedawna w opracowaniach socjologicznych i prawniczych dotyczących małżeństwa w zasadzie jednogłośnie zwracano uwagę na ponadczasowość i międzykulturowość takich aspektów małżeństwa jak heteroseksualność związku łączącego jedną kobietę i jednego mężczyznę oraz powiązane z tym społeczne uznanie seksualnego i prokreacyjnego wymiaru tego związku. W tym kontekście relacja ta z założenia powinna mieć trwały charakter. Większe znaczenie przypisano interesowi publicznemu niż prywatnemu, co znalazło wyraz w dużym stopniu zinstytucjonalizowania stosunków łączących małżonków, które obejmują określone wzajemne prawa i obowiązki⁵. Związek małżeński w takim ujęciu stanowi instytucję, *za pomocą której społeczeństwa zapewniają sobie zrodzenie i wychowanie następnych pokoleń oraz przekazanie im dziedzictwa materialnego i kulturowego*⁶.

³ Zob. T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 395–396; S.B. Goldberg, *Why Marriage?*, [w:] *Marriage at the Crossroads. Law, Policy and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*, M. Garrison, E.S. Scott (red.), Cambridge 2012, s. 233 i n.; A. Cherlin, *The Deinstitutionalization of American Marriage*, „Journal of Marriage and Family” 2004, t. 66, nr 4, s. 848–861; I. Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce*, „Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne” 2012, t. 22, s. 13 i n.

⁴ R. Probert, *Marriage at the Crossroads in England and Wales*, [w:] *Marriage at the Crossroads...*, s. 74–75. Autorka wskazuje na przykład, że w opracowaniach dotyczących małżeństwa przedstawianych studentom, zwraca się uwagę na różnorodność życia rodzinnego oraz na fakt, że rzadko kto żyje w rodzinie składającej się z rodziców i dzieci, co nie do końca jest zgodne z prawdą i doświadczeniem tychże studentów.

⁵ J.R. Eshleman, *The Family. An Introduction*, Boston 1985, s. 78. Cyt. za: A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne” 1998, t. 10, s. 52.

⁶ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 14; Tenże, *Utopijne teorie a wymogi natury*, wystąpienie na *Symposium wobec zagrożeń – znaczenie więzi w rodzinie*, Warszawa 22–23.10.2011, <http://www.stowarzyszeniefidesratio.pl/symposium2011a.html> [dostęp: 4.10.2018]. Taki sposób widzenia małżeństwa ma swoje korzenie już w prawie rzymskim, w którym wyraźnie podkreślano prokreacyjny wymiar tego związku. Więcej na ten temat zob. M. Kuryłowicz, *Wokół istoty*

Małżeństwo to trwały i dobrowolny związek mężczyzny i kobiety integrujący obie płcie, w którym się one uzupełniają⁷. Każdy z małżonków ma zatem do odegrania istotną rolę, poprzez którą realizuje obowiązek działania dla dobra rodziny. Założona przez nich wspólnota ma swoje szczególne cele i przynosi wymierne korzyści. Należą do nich: bezpieczna relacja seksualna, odpowiedzialna prokreacja, optymalne środowisko dla wychowania dzieci, prawidłowy rozwój relacji międzyludzkich oraz ochrona osób odpowiedzialnych za wypełnianie funkcji rodziny, z których korzysta całe społeczeństwo⁸. Podkreśla się, że tak rozumiane małżeństwo chroni także budżet państwa przed koniecznością udzielania ekonomicznego wsparcia szczególnie matkom i dzieciom⁹.

Małżeństwo jest zatem legalnym, trwałym związkiem kobiety i mężczyzny powołanym w celu wspólnego pożycia, współpracy dla dobra rodziny obejmującej wychowanie dzieci oraz wzajemną pomoc. Z założenia związek ten ma zatem spełniać w społeczeństwie określone funkcje. Wśród nich wymienić można między innymi: funkcję seksualną, prokreacyjną, socjalizacyjną – wychowawczą, opiekuńczą i ekonomiczną¹⁰. Wspomniane funkcje nazywane są instytucjonalnymi, gdyż dotyczą małżeństwa i rodziny rozpatrywanych jako instytucje społeczne¹¹. Związek pomiędzy małżeństwem a rodziną jest tak silny, że uzasadnia

małżeństwa rzymskiego, [w:] *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, t. 2, J. Wroceński, J. Krajczyński (red.), Warszawa 2009, s. 1149–1153; Tenże, *Prawo rzymskie a nowe tendencje we współczesnym prawie rodzinnym (małżeństwo – partnerstwo – adopcja)*, [w:] *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim*, B. Sitek, C.L. Guillamón, K. Naumowicz, K. Zaworska (red.), Olsztyn 2012, s. 203–206.

⁷ L.D. Wardle, *The Boundaries of Belonging: Allegiance, Purpose and the Definition of Marriage*, „Brigham Young Journal of Public Law” 2011, t. 25, nr 2, s. 291.

⁸ Tamże, s. 299. Tenże, *The Attack on Marriage...*, s. 1369–1372 i przywołana tam literatura. Znaczenie rodziny jako czynnika wpływającego na porządkowanie relacji seksualnych podkreśla także K. Slany podkreślając, że *uznanie realizacji seksualnych pragnień poza rodziną doprowadzi do poważnych zakłóceń społecznych. Regulowanie popędu seksualnego przez rodzinę i w jej ramach [...] pozwalało na normalizację świata*, K. Slany, *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002, s. 103.

⁹ Zob. S. Baskerville, *Conservative Misconceptions About Marriage – and Why it Matters*, referat wygłoszony na międzynarodowej konferencji *Tożsamość małżeństwa i jej jurydyczna ekspresja*, Warszawa 29–30.09.2016 r.

¹⁰ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 36; Z. Tyszcza, *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979, s. 61 i n.; Tenże, *Podstawowe pojęcia i zagadnienia socjologii rodziny*, Poznań 1997, s. 46–57; T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11: *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2014, s. 4–5; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 4; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 34.

¹¹ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 36 i n.

zainteresowanie państwa wyrażające się regulacją prawną tej relacji między kobietą i mężczyzną¹². Realizacja funkcji przypisywanych małżeństwu i rodzinie ma natomiast na tyle istotne znaczenie społeczne, że państwo bierze ten związek pod ochronę¹³.

Związek małżeński definiować można jednak także poprzez wskazanie jego cech takich jak monogamiczność, heteroseksualność, trwałość, sformalizowanie czy dobrowolność. Wydaje się, że pełen obraz małżeństwa daje ujęcie tej relacji w obu kontekstach łącznie, gdyż jej cechy charakterystyczne służą realizacji wspomnianych funkcji, a nadzieje społeczne pokładane przez ustawodawcę w tej instytucji determinują jej cechy¹⁴.

Socjologowie często definiują małżeństwo poprzez jego funkcje przejawiające się zadaniami małżonków wobec siebie nawzajem, jak i wobec społeczeństwa, tym samym wskazują na instytucjonalny charakter tego związku¹⁵. Podkreślają, że instytucja ta obejmuje zarówno zespół zadań nałożonych przez społeczeństwo, jak i powiązania oraz zobowiązania ludzi realizujących te zadania¹⁶. Sposób zawarcia związku małżeńskiego, a także konsekwencje prawne tej czynności, przejawiające się w określonych prawach i obowiązkach, podlegają regulacji prawnej a nie swobodnej woli zainteresowanych podmiotów.

Wśród funkcji społecznych przypisywanych rodzinie, a zatem także małżeństwu, warto zwrócić uwagę na funkcję seksualną, prokreacyjną, socjalizacyjno-wychowawczą, opiekuńczą i ekonomiczną oraz emocjonalno-ekspresyjną¹⁷.

¹² J. Winiarz, *Ochrona praw matki, ojca i rodziny*, Warszawa 1965, s. 5–6. Autor podkreśla, że *gdyby małżeństwo nie tkwiło u genezy rodziny i nie było jej podstawą, to mogłoby – podobnie jak przyjaźń – nie stanowić przedmiotu zainteresowania ustawodawcy*.

¹³ A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, Wrocław 1982, s. 119.

¹⁴ Na związek pomiędzy cechami a funkcjami małżeństwa zwraca także uwagę A. Mączyński: *słowa „związek kobiety i mężczyzny” można traktować jako wskazanie konstytutywnej cechy małżeństwa, ale można w nim widzieć także wyjaśnienie motywu objęcia małżeństwa ochroną i opieką państwa*. A. Mączyński, *Małżeństwo jako instytucja prawa konstytucyjnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, W. Robaczyński (red.), Łódź 2017, s. 467.

¹⁵ A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako...*, s. 58. I. Przybył zauważa, że we wszystkich czterech wyróżnianych sposobach podejścia do małżeństwa i rodziny (strukturalnego, funkcjonalnego, inkluzywnego i uniwersalnego) podkreśla się *aspekt instytucjonalny: tworzenie akceptowanego społecznie związku oraz wypełnianie przez małżonków normatywnie zdefiniowanych zadań i funkcji, zwłaszcza prokreacyjnych i socjalizacyjnych*. I. Przybył, *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji...*, s. 10.

¹⁶ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 14 i wskazana tam literatura.

¹⁷ M. Ziemska, *Wpływ przemian funkcji rodziny na socjalizację dzieci*, [w:] *Rodzina i dziecko*, M. Ziemska (red.), Warszawa 1979, s. 227–253; F. Adamski, *Rodzina...*, s. 36; Z. Tyszka, *Podstawowe pojęcia...*, s. 46–57; T. Smyczyński, *Zagadnienia wprowadzające ...*, s. 4–5.

Przyglądając się dwóm pierwszym z wymienionych funkcji należy podkreślić, że małżeństwo od samego początku i we wszystkich kulturach miało wymiar prokreacyjny¹⁸. Wskazując na społeczne znaczenie tego aspektu, podkreśla się, że rodzina to taka grupa społeczna, która przysparza społeczeństwu nowych członków, zapewniając jego ciągłość biologiczną¹⁹. Co więcej, przez wieki związek małżeński był jedynym społecznie akceptowanym miejscem zaspokajania potrzeb seksualnych. Wiąż intymna między małżonkami jest jedną z najistotniejszych cech charakteryzujących małżeństwo i podlega regulacji prawnej wyrażającej się w tym, że małżonkowie mają zarówno prawo, jak i obowiązek budowania wspólnego pożycia i to na zasadzie wyłączności. Wiąże się to z biologicznym faktem, że to właśnie seksualny związek kobiety i mężczyzny niesie ze sobą potencjał do powoływania nowego życia. Z tego względu, niezależnie od sposobu regulacji powstawania tego związku, czy też określania jego skutków, małżeństwo od początku było relacją między osobami odmiennej płci²⁰. Istotne znaczenie odgrywa tu sam potencjał prokreacyjny a nie rzeczywista możliwość czy nawet chęć posiadania dzieci. Fakt, że w praktyce rośnie zarówno liczba małżeństw bezdzietnych, jak i dzieci urodzonych poza małżeństwem, nie umniejsza znaczenia prawnej ochrony małżeństwa i rodziny²¹.

W kontekście prokreacyjnego aspektu małżeństwa warto zwrócić uwagę, że związek ten służy w sposób szczególny relacji pomiędzy dzieckiem i jego ojcem²². Gdy dziecko rodzi się w trakcie trwania małżeństwa, automatycznie jego ojcem zostaje bowiem mąż matki. Przyjęcie takiego rozwiązania wynika bezpośrednio z nałożonego na małżonków obowiązku wierności. W przeciwieństwie do matki, dla której rodzicielstwa wystarczy samo zdarzenie faktyczne, jakim jest urodze-

¹⁸ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 13; F. Znaniński, *Relacje społeczne i role społeczne. Niedokończona socjologia systematyczna*, Warszawa 2011, s. 205.

¹⁹ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 36; T. Smyczyński, *Zagadnienia wprowadzające...*, s. 2.

²⁰ Tenże, *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, [w:] *Związki partnerskie. Debaty...*, s. 71.

²¹ W ten sposób Federalny Trybunał Konstytucyjny w 1993 r. odniósł się do skargi złożonej przez parę jednopłciową, której odmówiono możliwości zawarcia małżeństwa. Na potencjalne rodzicielstwo wynikające z małżeństwa zwróciła uwagę także sędzia E. Haas w zdaniu odrębnym do wyroku z 2002 r. w sprawie zgodności wprowadzenia rejestrowanego związku partnerskiego z niemiecką konstytucją. Na ten temat zob. B. Banaszkiewicz, *The New Wave of Interest in Marriage in Constitutional Law. Reflections on Central European Experience*, Warszawa 2016, s. 18, 21.

²² X. Lacroix, *Le mariage, une affaire privée?*, „Études” 2007, t. 406, s. 621; S. Baskerville, *Conservative misconceptions...*; J.F. de Montgolfier, *Du PACS au mariage et retour*, „Commentaire” 2008, nr 123, s. 779.

nie dziecka, ojcostwo wymaga odpowiedniego statusu prawnego – pozostawania w związku małżeńskim z matką dziecka albo przeprowadzenia odpowiedniej procedury (uznania, sądowego ustalenia ojcostwa).

Stosunek prawny małżeństwa pozwala zatem na uporządkowanie życia seksualnego osób pozostających w tym związku oraz ustalenie i budowanie relacji rodzinnych między rodzicami a dziećmi. Realizacji seksualnej i prokreacyjnej funkcji małżeństwa służy przede wszystkim jego heteroseksualny, a w dalszej kolejności monogamiczny charakter.

Funkcja socjalizacyjna polega na wychowaniu kolejnego pokolenia i przygotowaniu go do dorosłego życia. Państwo i społeczeństwo mają interes w tym, aby jednostki były przygotowane do odpowiedzialnego życia zaangażowanego także w sprawy społeczne. W literaturze zwraca się uwagę, że wychowanie i socjalizacja są funkcją rodziny a nie samego małżeństwa²³. Realizowanie tego zadania jest jednak obowiązkiem rodziców, a instytucja małżeństwa ma pomóc im się z niego wywiązać²⁴. Państwo szanuje autonomiczność rodziców żyjących w związku małżeńskim, nie ingerując bez uzasadnionego powodu w sprawowaną przez nich władzę rodzicielską. Sytuacja wygląda natomiast inaczej w przypadku rodziców żyjących w rozłączeniu (niebędących małżeństwem lub byłych małżonków po rozwodzie). W takich okolicznościach sąd określa sposób realizowania wzajemnych praw i obowiązków między rodzicami i dziećmi (sprawowanie władzy rodzicielskiej, kontakty, alimentacja).

Dobru oraz prawidłowemu rozwojowi dziecka służy stabilna sytuacja rodzinna gwarantująca mu wychowanie zarówno przez matkę, jak i ojca²⁵. W tym zadaniu wspomagają rodziców różnego rodzaju instytucje (np. przedszkola i szkoły). Podkreślić jednak należy pierwszeństwo prawa rodziców do wychowania własnego dziecka (art. 5 KoPD²⁶, art. 48 konst.²⁷).

Okres rozwoju i dorastania jest w przypadku człowieka z natury dosyć długi, trwa bowiem kilkanaście lat. Realizacji funkcji socjalizacyjno-wychowawczej

²³ Np. F. Adamski, *Rodzina...*, s. 36.

²⁴ Jak wynika z przeprowadzonych badań, pary bezdzietne częściej pozostają w konkubinacie, podczas gdy pary posiadające dzieci zawierają małżeństwa. S. Callan, *Marriage in 21 Century Britain and Europe*, [w:] *The Family in the New Millennium. World Voices Supporting the Natural Clan*, t. 2: *Marriage and human dignity*, A. Scott Loveless, T.B. Holman (red.), Westport 2007, s. 69.

²⁵ Na korzyści, jakie czerpie dziecko z małżeństwa swoich rodziców, zwraca uwagę np. C.S. Williams, *Theory, Tradition and Contemporary Marriage*, [w:] Tamże, s. 154.

²⁶ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r., Dz. U. 1991 Nr 120, poz. 526.

²⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483.

służy trwałość związku małżeńskiego, w którym małżonkowie współdziałają w realizacji dobra założonej przez nich rodziny i wspólnie ponoszą odpowiedzialność za dziecko. Biorąc pod uwagę znaczenie, jakie dla prawidłowego rozwoju dziecka ma kontakt zarówno z ojcem, jak i z matką, za istotną należy uznać także heteroseksualność małżeństwa.

Blisko związane z funkcją socjalizacyjno-wychowawczą pozostają funkcje opiekuńcza i ekonomiczna. Z faktu zawarcia związku małżeńskiego wynika ciężący na małżonkach obowiązek zaspokajania potrzeb każdego z nich oraz założonej przez nich rodziny. Warto podkreślić, że obowiązuje w tej kwestii zasada równej stopy życiowej tak, by rozdział posiadanych środków pomiędzy poszczególnych członków rodziny odpowiadał zasadom sprawiedliwości i słuszności²⁸. Realizacja obowiązku zaspokajania potrzeb rodziny następuje najczęściej poprzez uzyskiwanie dochodów z pracy lub innej działalności zarobkowej oraz przez osobiste zaangażowanie w prowadzenie gospodarstwa domowego. Zwrócić należy uwagę, że dostarczanie środków utrzymania współmałżonkowi oraz dzieciom w czasie trwania związku małżeńskiego jest na tyle oczywiste, że alimenty kojarzone są powszechnie dopiero z rozwodem.

Funkcja ekonomiczna rodziny wyraża się w tym, że co do zasady ta podstawowa grupa społeczna powinna być samowystarczalna w zakresie utrzymania i zaspokajania potrzeb swoich członków. W wielu państwach europejskich istnieje jednak mniej lub bardziej rozbudowany system materialnego wsparcia udzielanego rodzinom. Państwo podejmując decyzje w tym zakresie, powinno jednak zachować roztropność, aby nie zastępować rodziny ani nie doprowadzać do jej osłabienia np. przez nadmierne uprzywilejowanie samotnego rodzicielstwa²⁹. Nadzieje pokładane przez państwo i społeczeństwo w kontekście analizowanej funkcji wyrażają się w tym, że małżeństwo i rodzina powinny być *zgranymi zespołami dającymi sobie radę w życiu, nie zaś przestrzenią służącą* (wyłącznie – M.Ł.-P.) *indywidualnej przyjemności*³⁰. Zaspokajanie potrzeb rodziny jest zadaniem rozciągniętym

²⁸ A. Szlęzak, *Zasada równej stopy życiowej w prawie rodzinnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, nr 47, nr 1, s. 37–50.

²⁹ Zagadnienie poruszone w: M. Łączkowska, *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24, s. 64; S. Baskerville, *Conservative misconceptions...* Prelegent zwrócił uwagę, że nadmierna ingerencja państwa opiekuńczego w ekonomiczną samowystarczalność rodziny w gruncie rzeczy osłabia więzi między jej członkami. Szerzej o zasadzie pomocniczości i jej znaczeniu zob. M. Andrzejewski, *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003, s. 76 i n.

³⁰ T. Szlendak wskazuje, że taka koncepcja rodziny przeważała do okresu przemian społecznych lat 60. T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 348.

w czasie, przyjmującym różne formy i zakres. Współcześnie świadczenie środków utrzymania na rzecz dzieci ulega wydłużeniu w związku z powszechnością dostępu do edukacji oraz związanym z tym opóźnieniem decyzji o usamodzielnieniu się potomstwa. Wsparcie materialne współmałżonka z kolei ma często charakter dozgonny, niekiedy nawet po ustaniu małżeństwa przez rozwód.

Funkcja wychowawcza i ekonomiczna łączy się ściśle z funkcją opiekuńczą, gdyż wszystkie trzy wykonywane są równocześnie w odniesieniu do małoletniego dziecka. Prawo do opieki i otrzymywania środków utrzymania obejmuje jednak także innych niesamodzielných członków rodziny: osoby starsze, chore czy dotknięte niepełnosprawnością. Także w tym przypadku obowiązek rodziny wyprzedza ewentualną pomoc ze strony państwa.

Analizując instytucję małżeństwa, nie można pominąć także funkcji emocjonalno–ekspresyjnej polegającej na możliwości budowania i ochrony stabilnych więzi emocjonalnych istotnych w życiu każdego człowieka, obejmującej także możliwość wyrażania swoich uczuć. Warto jednak podkreślić, że sfera ta znajduje się w zasadzie poza wpływem prawa, które nie może nikomu nakazać albo zabronić kochać³¹. Prawnicy mogą jedynie dążyć do ustalenia pewnych faktów, wyciągając wnioski z ludzkich zachowań będących przejawami uczuć³², ewentualnie z deklaracji składanych przez zaangażowane osoby. Zainteresowanie sferą emocjonalną ma jednak ograniczony zakres. Badaniu nie podlegają bowiem motywacje osób zamierzających zawrzeć małżeństwo. Takie same skutki prawne wywoła małżeństwo zawarte z miłości, z rozsądku czy też ze względu na poczęte dziecko, a nawet małżeństwo zawarte dla pozorów. Wydaje się jednak, że to właśnie dążenie do zaspokojenia wzajemnych potrzeb emocjonalnych stanowi najczęstszy powód zawierania małżeństwa i zakładania rodziny. Wskazanie stron stosunków rodzinnych, czyli kto jest małżonkiem, rodzicem, dzieckiem, nie służy jednak, z punktu widzenia prawa uzyskaniu informacji z kim dana osoba czuje się szczęśliwa, lecz pozwala ustalić, kto jest adresatem określonych praw i obowiązków. Nie stwierdza się także ustania małżeństwa z mocy prawa z chwilą wygaśnięcia uczuć między małżonkami, chociaż brak więzi emocjonalnej podlega ocenie przy ustalaniu rozkładu pożycia w postępowaniu rozwodowym. Nawet mimo jej braku nie orzeka się jeszcze końca małżeństwa w sytuacjach, w których państwo oczekuje od małżonka wywiązania się z obowiązków, jakie przyjął wobec współmałżonka

³¹ Na temat braku zainteresowania prawa sferą ludzkich emocji M. Łączkowska, *Związki osób tej samej płci w świetle polskiego prawa*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik (red.), Poznań 2006, s. 361.

³² Na ten temat zob. także T. Sokołowski, *Rozkład pożycia a rozpad rodziny*, [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, T. Smyczyński (red.), Poznań 1990, s. 85–86.

i dzieci z chwilą zawarcia małżeństwa. Regulacja prawna traktowana jest zatem jako gwarancja trwałości i stabilności relacji między kobietą i mężczyzną oraz ich dziećmi – *gdy wygasa miłość w grę wchodzi prawo*³³. Od momentu zawarcia małżeństwa prawo wymaga także opanowania emocji i uczuć w stosunku do innych osób, nakładając na małżonków obowiązek lojalności, wierności i wzajemnego wsparcia. W pewnym zakresie osoba zawierająca związek małżeński dobrowolnie rezygnuje z możliwości swobodnego podążania za własnymi emocjami i podejmowania wyłącznie w oparciu o nie dalszych decyzji życiowych³⁴. W zamian za to małżonkowie *uzyskują stabilną i klarowną sytuację prawną w sferze stosunków osobistych i majątkowych*³⁵. Małżeństwo bowiem to nie tylko wzajemne uczucia³⁶.

Jak już wspomniano, dziedzina ludzkich uczuć i emocji znajduje się w zasadzie poza zainteresowaniem prawa jako sfera chronionej przed ingerencją państwa prywatności. Małżeństwo i rodzina składają się bowiem z dwojakiemu rodzaju elementów: prywatnego, który nie bardzo nadaje się do prawnego uregulowania oraz publicznego stanowiącego przedmiot *zainteresowania społeczeństwa i państwa, a w konsekwencji – ustawodawcy*³⁷. Specyfika małżeństwa polega jednak na tym, że w praktyce zawarcie tego związku niekoniecznie wywołuje natychmiastowe skutki dla relacji między małżonkami, mogą oni bowiem prowadzić wspólne życie bez świadomości obowiązujących przepisów. Ustawowy model małżeństwa znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy panujące między małżonkami stosunki wymagają ingerencji państwa zainicjowanej przez jednego z małżonków³⁸. Nie oznacza to jednak, że stosunek prawny małżeństwa jest regulacją jedynie na wypadek ustania tego związku. Prawa rodzinnego nie można co prawda wyegzekwować w charakterystyczny dla innych dziedzin prawa sposób, ponieważ reguluje ono delikatną sferę relacji międzyludzkich. Rolą regulacji rodzinnoprawnych jest jednak wpływanie na ludzkie zachowania poprzez wskazanie pożądanego modelu życia rodzinnego³⁹.

³³ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 14.

³⁴ Na ten temat także zob. T. Sokołowski, *Rozkład pożycia...*, s. 85.

³⁵ J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 70.

³⁶ X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 617, 622.

³⁷ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 66; M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 34; M. Łączkowska, *Charakter prawny rejestrowanego związku partnerskiego w świetle polskich projektów regulacji*, [w:] *Związki partnerskie. Debata...*, s. 203–204.

³⁸ I.M. Ellman, S.L. Braver, *Should Marriage Matter?*, [w:] *Marriage at the Crossroads...*, s. 171. Autorzy uważają nawet, że co do zasady prawo nie reguluje małżeństwa w czasie jego trwania.

³⁹ A. Bainham, *Changing Families and Changing Concepts – Reforming the Language of Family Law*, „Child and Family Law Quarterly” 1998, nr 1, s. 2.

Analizując funkcje małżeństwa, należy mieć na uwadze, że chodzi nie tyle o weryfikowaną faktami ich realizację przez każde zawarte małżeństwo, co o pewien potencjał stanowiący uzasadnienie dla prawnego wyróżnienia tej relacji międzyludzkiej. Wskazane cele nie są bowiem elementem konstytutywnym, warunkującym istnienie związku małżeńskiego. Istotne znaczenie dla tak rozumianego małżeństwa mają natomiast usankcjonowane przez prawo cechy tego stosunku, które mają służyć realizacji przypisanych mu zadań.

Łatwo zauważyć, że małżeństwo rozumiane we wskazany powyżej sposób pozostaje w ścisłym związku z pojęciem rodziny, *ustawodawca poprzez regulację prawa małżeńskiego ma możliwość determinowania stosunków rodzinnych, a więc ma wpływ na całą strukturę społeczną*⁴⁰. Społeczeństwo bowiem to w gruncie rzeczy suma rodzin⁴¹, a kondycja rodziny wpływa na kondycję społeczeństwa⁴², ponieważ zarówno małżeństwo, jak i rodzina stanowią *element ładu społecznego i porządku prawnego w państwie*⁴³. W związku z tym racjonalny ustawodawca dąży do tego, aby rozwiązania przyjęte w prawie rodzinnym kształtujące normatywny model małżeństwa jak najlepiej służyły prawidłowej realizacji zadań rodziny⁴⁴. Gdyby małżeństwo nie miało istotnego wymiaru społecznego i konkretnej roli do wypełnienia, nie musiałoby być wyróżnione jako instytucja prawna, a ochrona prawa do pozostawania w bliskiej relacji z innymi wynikałaby wyłącznie z prawa do ochrony prywatności. W rzeczywistości istnieją przecież różne rodzaje relacji międzyludzkich, jednak to właśnie małżeństwo przynosi członkom rodziny i społeczeństwu szczególne korzyści⁴⁵.

Ze względu na skoncentrowanie na funkcjach małżeństwa analizowane podejście do tej instytucji nazwane zostało interpretacją funkcjonalistyczną. W jej świetle, w wyniku przemian społecznych, współczesne małżeństwo i rodzina znajdują się w poważnym kryzysie, a nawet schyłku⁴⁶. Podkreśla się, że przyczyną tego

⁴⁰ M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 37.

⁴¹ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 6. Prezydent T. Roosevelt uznał, że państwo *nie jest niczym innym niż zebrany w całość, wewnątrz jego granic, ogółem rodzin*. T. Roosevelt, *Presidential Addresses and State Papers of Theodore Roosevelt. Part Two*, Nowy Jork 1904, s. 493. Cyt. za: A.C. Carlson, P.T. Mero, *O naturalny charakter rodziny*, „Międzynarodowy Przegląd Polityczny” 2006, nr 2, s. 105.

⁴² J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 34.

⁴³ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 6.

⁴⁴ Z. Gawrońska-Wasilkowska, *Małżeństwo. Istota – Trwałość – Rozwód*, Warszawa 1966, s.13; M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 37.

⁴⁵ L.D. Wardle, *The Boundaries of Belonging...*, s. 290.

⁴⁶ Głównym przedstawicielem tego poglądu jest D. Popenoe. Na ten temat zob. T. Szlendak, *Sociologia rodziny...*, s. 377 i n.

jest panujący indywidualizm, ekonomiczne uniezależnienie członków rodziny oraz zastąpienie rodziny w zakresie działań wychowawczo–opiekuńczych przez różnego rodzaju instytucje. Do podobnych wniosków dochodzą także konserwatyści, którzy jedyną nadzieję upatrują w powrocie do wartości rodzinnych i odbudowie starych jej form⁴⁷. Należy również zgodzić się z tezą, że im mniej tradycyjne są systemy rodzinne, tym bardziej wskazują na schyłek tej instytucji⁴⁸. Z perspektywy prawnej prowadzi to do jednej konkluzji – tworzenie tzw. alternatywnych form rodzinnych doprowadzi w gruncie rzeczy do jej likwidacji, ponieważ: *jeżeli każdy jest rodziną, to nikt nie jest rodziną*⁴⁹. Ustawodawcę, który podejmuje działania legislacyjne w sprawach istotnych dla społeczeństwa i państwa, powinno charakteryzować podejście funkcjonalistyczne. Tworząc prawo, powinien on czynić to w taki sposób, aby zachęcić lub zniechęcić do określonych zachowań.

W różnych współczesnych opracowaniach dotyczących małżeństwa autorzy coraz częściej posługują się pojęciem tzw. małżeństwa tradycyjnego dla określenia formalnej relacji między kobietą a mężczyzną, charakteryzującej się wskazanymi powyżej cechami i funkcjami⁵⁰. Określenie „tradycyjne” bywa jednak rozumiane na dwa sposoby. Po pierwsze, w jurydycznym wymiarze jako małżeństwo heteroseksualne, mające do spełnienia pewne określone funkcje społeczne, nazywane też małżeństwem klasycznym⁵¹. Po drugie, w kontekście socjologicznym jako małżeństwo, w którym występuje tradycyjny podział ról pomiędzy mężem i żoną⁵². Faktem jest jednak, że obie te kwestie są ze sobą mocno połączone.

⁴⁷ Na ten temat zob. T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 383 i przywołana tam J. Giele, *Decline of the Family. Conservative, Liberal and Feminist View*, [w:] *Family in Transition*, S. Skolnick, J.H. Skolnick (red.), Boston 2007.

⁴⁸ Stanowisko D. Poponeo analizowane przez: A. Kwak, *Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja*, Warszawa 2005, s. 38.

⁴⁹ B. Obama, *Dreams from my Father*, Nowy Jork 2004, s. 181.

⁵⁰ Zob. J. Jones, E. Merino-Blanco, *The influence of constitutional law on family forms in Germany and Spain*, „Child and Family Law Quarterly” 2008, nr 23, s. 24; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 319. Pojęcie „małżeństwo tradycyjne” odrzuca T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 29.

⁵¹ B. Banaszkiwicz podkreśla, że pojęcie „małżeństwo tradycyjne” ma konotacje socjologiczne i dotyczy raczej pozaprawnego uregulowania relacji małżeńskiej polegającej na podziale określonych ról pomiędzy męża i żonę. Na określenie monogamicznego, heteroseksualnego i trwałego małżeństwa proponuje używać terminu „klasyczne małżeństwo”. B. Banaszkiwicz, *The New Wave of Interest in Marriage...*, s. 14.

⁵² W ten sposób małżeństwo tradycyjne przedstawia L.J. Weitzman, *The Marriage Contract*, Nowy Jork 1981. Za: M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract. An Essay on Weitzman's The Marriage Contract*, „University of Pennsylvania Law Review” 1983, nr 1039, s. 1043. Autorka wskazuje, że w tradycyjnym małżeństwie mąż jest głową rodziny i na nim spoczywa

Osoby, które krytykują małżeństwo klasyczne zarzucają, że promuje ono jego tradycyjną koncepcję. Zwraca się uwagę na to, że wizja małżeństwa oparta na dychotomicznym podziale zadań między małżonkami obowiązywała od XVII w. do lat 70. XX w.⁵³. W związku z przemianami społecznymi, które nastąpiły od tamtego czasu, słowo „tradycyjne” nabiera pejoratywnego znaczenia jako przeciwieństwo postępowego i nowoczesnego⁵⁴. Rezygnacja z ról społecznych przypisywanych płci doprowadziła do tego, że współcześnie obok tzw. tradycyjnego pojawiają się nowe modele związków. Biorąc pod uwagę prawny, a nie socjologiczny kontekst⁵⁵, wskazać należy małżeństwa osób tej samej płci oraz związku partnerskie połączone więzią analogiczną do tzw. małżeństw tradycyjnych. Akceptując prawne uznanie alternatywnych form „małżeńskich”, poddaje się w wątpliwość zasadność odwoływania się do społecznych funkcji rodziny jako czynnika uzasadniającego status prawny nadany małżeństwu heteroseksualnemu. Wskazuje się bowiem, że w praktyce funkcjonują małżeństwa nierealizujące przypisywanych im zadań. Podkreśla się także, że wiele z tych zadań zostało przejęte przez świat zewnętrzny, zwłaszcza wyspecjalizowane instytucje⁵⁶. Współcześnie w dobie dominującego indywidualizmu tzw. tradycyjna wizja małżeństwa jawi się jako ograniczająca i opresyjna, niepasująca do pełnej różnorodności ponowoczesnej wizji świata⁵⁷.

Należy jednak mieć na uwadze, że zapewnienie dobrobytu i szczęścia swoim najbliższym było i nadal pozostaje dla wielu osób celem podejmowanych przez nich działań, będących źródłem satysfakcji i dającym poczucie samorealizacji w roli męża/zony, matki/ojca⁵⁸. Tradycyjna wizja małżeństwa zderzyła się jednak

obowiązek jej utrzymania. Żona natomiast jest odpowiedzialna za prowadzenie gospodarstwa domowego i opiekę nad dziećmi. Podobnie T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 113.

⁵³ M. Yuval, *Equality for Same-sex Couples. The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago-Londyn 2002, s. 29.

⁵⁴ M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: a Historical Perspective*, [w:] *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, M. Antokolskaia (red.), Antwerpia-Oxford 2007, s. 14.

⁵⁵ W kontekście socjologicznym także funkcjonują różne modele związków: o tradycyjnym podziale ról, partnerskie nazywane też egalitarnymi, indywidualistyczne.

⁵⁶ T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 117–118.

⁵⁷ L.J. Weitzman, *The marriage...*, *passim*. Cyt. za: M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract...*, s. 1042. A. Giddens uważa, że małżeństwo w sensie tradycyjnym zanika: A. Giddens, *Przemiany intymności. Seksualność, miłość, erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006, s. 163.

⁵⁸ Badania wykazują, że ludzie cały czas uznają małżeństwo za wartość: *dobrze małżeństwo jest elementem dobrego życia*. Za: M. Garrison, *Reviving Marriage. Could We? Should We?*,

z dwiema zasadami mocno eksponowanymi i w szczególności sposobie interpretowanymi w ponowoczesnym świecie. Po pierwsze, z nową koncepcją prawa do zawarcia związku małżeńskiego, po drugie, z postmodernistycznym pojmowaniem zakazu dyskryminacji⁵⁹. Tymczasem warto pamiętać, że wszędzie tam, gdzie występuje instytucja prawna, mamy do czynienia z różnicowaniem sytuacji prawnej⁶⁰.

Małżeństwo w tzw. tradycyjnym, a w rzeczywistości jedynym właściwym, rozumieniu podlega regulacji prawnej ze względu na interes społeczny, gdyż instytucja ta ma do odegrania ważną rolę. W małżeństwie nie chodzi bowiem o to, że małżonkowie mogą manifestować swoje przywiązanie a państwo uznaje ich „prawo do szczęścia”, ponieważ stosunki prawne nie są konstruowane wyłącznie ze względu na potrzeby jednostki, lecz mają przede wszystkim pewien określony wymiar społeczny. Poszerzanie małżeństwa na inne relacje międzyludzkie i pozbawianie go jego istotnych funkcji powodują, że traci ono uzasadnienie dla szczególnego traktowania, co prędzej czy później doprowadzi do jego likwidacji.

§ 3. WPŁYW PRZEMIAN SPOŁECZNYCH PRZEŁOMU XX I XXI W. NA WIZJĘ MAŁŻEŃSTWA

Małżeństwo od samego początku było związkiem kobiety i mężczyzny, a jego głównym celem było trwałe, wspólne pożycie nastawione na posiadanie i wychowanie potomstwa. Z tego względu funkcjonująca w społeczeństwie instytucja została inkorporowana do systemu prawnego i uregulowana przez ustawodawcę. Z czasem rozpoczął się jednak proces tzw. prywatyzacji małżeństwa, poprzez koncentrację na rzeczywistej relacji między małżonkami oraz przyznanie priorytetowego znaczenia autonomii woli stron a wycofaniu państwa⁶¹.

Wiek XX i XXI to czas poważnych przemian społecznych, których skutki dotknęły także tę podstawową i naturalną relację międzyludzką. Szczególne znaczenie w tym procesie odegrały ruchy społeczne lat 60. i 70. XX w. Był to okres negacji małżeństwa, które zaczęło być postrzegane jako instytucja patriarchalna,

„Journal of Law & Family Studies” 2008, nr 10, s. 287 i przywołana tam literatura; R. Probert, *Marriage at the Crossroads in England and Wales...*, s. 74–75; podobne wyniki przedstawia Centrum Badania Opinii Społecznej w komunikacie z badań: *Nie ma jak rodzina. Komunikat z badań*, 2008 r. BS 40/2008, Warszawa 2008, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2008/K_040_08_08.PDF [dostęp: 13.02.2019].

⁵⁹ A.E. Morris, S.M. Nott, *Marriage Rites and Wrongs. Challenges to Orthodoxy*, „Journal of Social Welfare and Family Law” 2005, nr 1, s. 44.

⁶⁰ X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 618.

⁶¹ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 369.

naruszająca równość pomiędzy kobietami a mężczyznami, a zarazem opresyjna dla jednostki także w kontekście ideologii „wolnej miłości”⁶². Zapoczątkowane wówczas procesy przemian społecznych dotyczące zachowań w zakresie budowania relacji międzyludzkich wywołały wiele poważnych konsekwencji. W opracowaniach poświęconych małżeństwu powszechnie zwraca się uwagę na zjawiska mające wpływ zarówno na funkcjonowanie rodziny w praktyce, jak i na dokonywane zmiany regulacji prawnych. Do takich zjawisk należy między innymi wzrost liczby rozwodów i powiązana z tym rosnąca liczba dzieci dorastających w rodzinach rekonstruowanych albo wychowywanych przez samotnych rodziców. Powszechnie zauważalny w Europie jest także późniejszy wiek zawierania związków małżeńskich i związana z tym duża grupa małżeństw bezdzietnych albo korzystających z medycznie wspomaganego prokreacji. Zmniejsza się również liczba zawieranych małżeństw przy równoczesnym wzroście liczby konkubinatów, a co się z tym wiąże – większym odsetkiem dzieci pozamałżeńskich. Ostatnim z wymienianych zjawisk mających wpływ na wizję małżeństwa jest zwiększająca się akceptacja dla związków homoseksualnych traktowanych jako jedna z form życia rodzinnego⁶³.

Podkreśla się, że istotne znaczenie dla zmieniającej się koncepcji małżeństwa ma niezależność ekonomiczna członków rodziny, szczególnie kobiet, rozbudowany system pomocy państwa (instytucje gwarantujące opiekę i wychowanie) zastępujący małżonków w realizowaniu dotychczasowych funkcji małżeństwa, a także oderwanie życia seksualnego i prokreacji od relacji małżeńskiej⁶⁴. Rozwój przemysłowy i gospodarczy, uniezależnienie ekonomiczne kobiet oraz większa pomoc materialna państwa spowodowały, że szczególne znaczenie straciła jedna z dotychczasowych funkcji rodziny polegająca na zabezpieczeniu ekonomicznym swoich członków⁶⁵. Zwraca się także uwagę, że ponowoczesna wizja małżeństwa gwarantująca szczególnie kobietom równość w tej relacji i uwalniająca je z „opre-

⁶² Na ten temat zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 81. F. Adamski wskazuje jednak, że pierwszymi, którzy zanegowali obowiązujący ład życia rodzinnego byli XIX-wieczni anarchiści, domagający się *wyzwolenia miłości i rodziny spod presji państwa i Kościoła, jako konsekwencji ogólnego wyzwolenia człowieka spod wszelkich form przymusu, który winna zastąpić „spontaniczność społeczna”*. F. Adamski, *Utopijne teorie...*

⁶³ R. Probert, A. Barlow, *Displacing marriage...*, s. 153; I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 1; M. Garrison, *Reviving Marriage...*, s. 283–284 i przywołana tam literatura; P. Festy, *Le mariage et la famille en...*; T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 393; K. Slany, *Alternatywne formy...*, s. 69; M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 370–371.

⁶⁴ T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 114, 117; K. Slany, *Alternatywne formy...*, s. 15.

⁶⁵ M. Yuval, *Equality...*, s. 48. Autor jako przykład wskazuje państwa skandynawskie. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 37; T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 117.

syjnych” obowiązków wymaga wręcz rezygnacji z opiekuńczej funkcji rodziny i przeniesienia obowiązków w tym zakresie na społeczeństwo i państwo⁶⁶.

Współcześnie kluczowy wpływ na dotychczasową wizję małżeństwa mają przemiany zachowań społecznych wynikające z rozpowszechniającego się indywidualizmu⁶⁷ przyznającego priorytetowe znaczenie samorealizacji, samopoczuciu oraz „prawie do osobistego szczęścia”. Bliskie relacje z innymi, zgodnie z nową ideą, w pierwszym rzędzie mają zaspokajać potrzebę odczuwania przyjemności i zadowolenia oraz maksymalizować psychologiczny rozwój jednostki⁶⁸. W związku z tym pojawiła się wizja „małżeństw indywidualistycznych”⁶⁹ nazywanych też „czystymi związkami”⁷⁰, których celem jest samorozwój i poczucie spełnienia jednostki. Niezbędnym dla istnienia takiego związku jest uczucie miłości oraz doświadczanie spełnienia indywidualnych potrzeb obojga małżonków⁷¹. W kontekście obowiązków wynikających z relacji małżonkowie związani są tylko tymi, które sami uznali⁷².

⁶⁶ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 494.

⁶⁷ Zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 21 i n. Zwraca ona uwagę, że w wyniku indywidualizacji wzrosła liczba dopuszczalnych moralnie i praktycznie wyborów, gdy chodzi o formę życia. Zob. F. Schmidt, *Para, mieszkanie, małżeństwo. Dynamika związków intymnych na tle przemian historycznych i współczesnych dyskusji o procesach indywidualizacji*, Warszawa–Toruń 2015, s. 514; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 68.

⁶⁸ P.R. Amato, *Institutional, Companionate and Individualistic Marriages. Change over Time and Implications for Marital Quality*, [w:] *Marriage at the crossroads...*, s. 109; K. Slany, *Alternatywne formy...*, s. 14; J. Jones, E. Merino-Blanco, *The influence of constitutional law...*, s. 42.

⁶⁹ P.R. Amato, *Institutional, Companionate...*, s. 107–125; M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 369.

⁷⁰ T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 407; Pojęciem „czystej relacji” posługuje się A. Giddens, który w *Słowniku podstawowych pojęć* zdefiniował ją jako relację społeczną, która jest samowystarczalna, to znaczy zasadniczo oparta na satysfakcji i gratyfikacji, których sama dostarcza, A. Giddens, *Nowoczesność a tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2001, s. 314, więcej na temat czystej relacji na s. 122 i n.; Tenże, *Przemiany intymności...*, s. 81.

⁷¹ „Czysta relacja” jest budowana na tzw. miłości współbieżnej, warunkowej, której nie można pogodzić z trwałością związku. Jeżeli przynajmniej jedna osoba postrzega ową wymianę jako niekorzystną dla siebie, nic nie powstrzymuje jej przed zerwaniem relacji. D. Majka-Rostek, *Związki jednopłciowe jako „czysta relacja”*, [w:] *Kalejdoskop genderowy. W drodze do poznania płci społeczno-kulturowej w Polsce*, K. Slany, B. Kowalska, M. Ślusarczyk (red.), Kraków 2011, s. 507.

⁷² J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 68.

Posiadanie dzieci nie jest istotnym celem osób pozostających w małżeństwie indywidualistycznym. Z tego względu relacje te są co do zasady niestałe, a rozwód traktowany jest jako sposób na uwolnienie się od sytuacji, która przestała satysfakcjonować jednego lub oboje małżonków⁷³. W świetle badań, małżeństwa indywidualistyczne, widziane jako ponowoczesna forma tego związku, przynoszą jednak małżonkom w praktyce mniej poczucia szczęścia niż małżeństwa instytucjonalne czy partnerskie. Ponadto związki te częściej rozważają możliwość rozwodu i realizują ją⁷⁴.

W odniesieniu do relacji międzyludzkich można zauważyć występowanie dwóch rodzajów postaw: „wspólnotowej” i „relacji wymiany”. W pierwszym przypadku osoba nie oczekuje „odpłaty” za swoje zaangażowanie i poświęcenie na rzecz związku. W drugim relacja budowana jest na zasadzie wymaganego rewanżu z drugiej strony. Badania wykazują, że osoba gotowa do bezinteresownych poświęceń czerpie więcej radości z relacji, a sama relacja budowana przez takie osoby charakteryzuje się większą stabilnością⁷⁵. Tymczasem koncepcja skrajnego indywidualizmu przewiduje, że każdy w rodzinie powinien ponosić odpowiedzialność za drugiego tylko w kwestiach wynikających z łączącego ich stosunku np. w sytuacji, gdy jeden z małżonków pracuje a drugi zajmuje się dziećmi, ale już nie w kwestiach wynikających z czynników zewnętrznych, takich jak utrata pracy czy stan zdrowia. W tych sprawach każdy odpowiedzialny jest za siebie i ponosi konsekwencje sytuacji, w której się znalazł (dotyczy to także relacji między rodzicami i dorosłymi dziećmi oraz dziadkami i wnukami)⁷⁶. Jak zatem zagwarantować sobie szczęśliwy związek, skoro promowana jest postawa, która nie przynosi satysfakcji⁷⁷?

⁷³ A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 37. Autorka zwraca uwagę na kruchość związków opartych na więziach emocjonalnych.

⁷⁴ P.R. Amato, *Institutional, Companionate...*, s. 118–119. Autor przedstawia porównanie wyników badań przeprowadzonych w 1980 i 2000 r.

⁷⁵ Koncepcja przytaczana Tamże..., s. 121 i wskazana tam literatura. W podobnym duchu M. Domański przywołuje stanowisko D. van de Kaa, że słowami, które najlepiej obrazują przemiany społeczne to zmiana postawy z „altruistycznej” na „indywidualistyczną”. Cyt. za: M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 369. Z tego względu wskazuje się rodzinę jako środowisko kształtujące postawę gotową do poświęceń, zapobiegające egoizmowi A.C. Carlson, P.T. Mero, *O naturalny charakter...*, s. 105.

⁷⁶ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 5.

⁷⁷ M. Andrzejewski podkreśla, że *w sporze o wizję małżeństwa opowiedzieć się należy przeciwko fetyszowi indywidualizmu, a za uwzględnieniem paradygmatu zawierającego przychylność dla elementów komunitaryzmu*. M. Andrzejewski, *O potrzebie zmian w polskim prawie rodzinnym*, „Studia Prawnicze” 2016, nr 3, s. 106 i przywołani tam: T. Terlikowski, *Przyszłość mał-*

Niektórzy autorzy sugerują, że przemiany społeczne powodują, iż małżeństwo przestaje być postrzegane jako instytucja nastawiona na dobro współmałżonka i potrzeby wspólnego dziecka obojga małżonków, w której każdy z nich ma do odegrania swoją szczególną rolę⁷⁸. Rozumiane jest ono natomiast coraz częściej jako relacja realizująca potrzeby seksualne i emocjonalne dorosłych⁷⁹. Za główny cel tak rozumianego związku przyjmuje się osobiste dobro każdego z małżonków, przejawiające się w poczuciu szczęścia z wzajemnej miłości, osiągnięcia pełnego samorozwoju oraz realizacji indywidualnych potrzeb. Równocześnie zwraca się uwagę na oddzielanie małżeństwa zarówno od rodzicielstwa, jak i od utrzymywania stosunków seksualnych, gdyż potrzeby w tym zakresie mogą być zaspokajane poza tą relacją⁸⁰. W tak rozumianym związku „dzieci nie powinny przychodzić na świat wbrew woli i bez świadomej woli rodziców”, ich narodziny powinny być bowiem uzależnione od tego, czy są „chciane i oczekiwane”⁸¹. Prokreacja zatem nie jest uznawana za istotny cel małżeństwa. Podkreśla się, że prawo nie zakazuje małżeństw między osobami starszymi, bezpłodnymi ani tymi, które w ogóle nie zamierzają mieć dzieci⁸². Ponadto w praktyce wiele dzieci rodzi się w związkach pozamałżeńskich a także niezależnie od relacji konkretnego mężczyzny i konkretnej kobiety w efekcie zastosowania metod medycznie wspomaganego rozrodu⁸³. Małżeństwo

żeństwa. *W poszukiwaniu paradygmatu bardziej komunitarnego*, „Więź” 2006, nr 9, s. 11–22; M. Rymsza, *Małżeństwo nie jest sprawą prywatną*; „Więź” 2009, nr 11–12, s. 57–69.

⁷⁸ C. Wilcox, C.A. Rimmerman, *The Politics of Same-sex Marriage*, Chicago 2007, s. 6 i n. Odejście od prokreacyjnego wymiaru małżeństwa oraz podziału ról małżeńskich między kobietą a mężczyzną stanowi, zdaniem Autorów, uzasadnienie dla objęcia instytucją małżeństwa także związków homoseksualnych.

⁷⁹ A.E. Morris, S.M. Nott, *Marriage Rites and Wrongs...*, s. 44. Autorzy zwracają uwagę, że kierunek zmian prowadzi od związku służącego heteroseksualnej prokreacji w kierunku więzi emocjonalnej między osobami. Zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 94–95; M. Yuval, *Equality...*, s. 29.

⁸⁰ A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 94–95.

⁸¹ F. Adamski, *Rodzina...*, s. 132; A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 30. Autorka pokazuje, że dziecko z jednej strony jest *przeszkodą w procesie indywidualizacji*, z drugiej *ostatnim środkiem przeciwko samotności*.

⁸² M. Yuval, *Equality...*, s. 28–29. Autor podkreśla, że dostęp do antykoncepcji i aborcji pozwala na oddzielenie przyjemności seksualnej od prokreacji i powoduje, że małżeństwo może stać się związkiem opartym na bliskiej relacji i przyjemności seksualnej doświadczanej przez parę. Zob. M. Huyette, *Petite synthèse finale à propos du mariage pour tous*, „Journal du Droit des Jeunes” 2013, nr 325, s. 26.

⁸³ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 1; M.Y.K. Lee, *Equality, dignity...*, s. 220. Autorka zauważa, że przemiany społeczne dotyczące rodziny i rozwój w zakresie wspomaganego prokreacji prowadzą do zerwania zależności pomiędzy małżeństwem a prokreacją.

traktuje się więc jako umowę, porozumienie zawierane dla dzielenia wspólnego życia służącego zaspokajaniu osobistych potrzeb emocjonalnych i seksualnych małżonków⁸⁴.

Odchodzi się zatem od wizji małżeństwa jako instytucji mającej szczególną funkcję społeczną, na rzecz małżeństwa rozumianego jako indywidualny wybór sposobu realizacji własnych planów życiowych. Wskazywanym źródłem tak rozumianego prawa do samodecydowania o swoim życiu, podobnie jak prawa do ochrony prywatności, jest godność ludzka. Za istotniejsze uznaje się znaczenie jakie małżeństwo odgrywa w życiu jednostki niż rolę małżeństwa w strukturach społecznych⁸⁵, dlatego społeczeństwo ma moralny obowiązek uznać prawo każdej kochającej się pary do zawarcia związku małżeńskiego⁸⁶. Wolność do wyrażania miłości i przywiązania wskazywana jest jako przekonujący argument, który przemawia za poszerzeniem koncepcji małżeństwa⁸⁷. Małżeństwo bowiem w takim ujęciu to po prostu wyraz zaangażowania dwóch kochających się osób⁸⁸. Podkreśla się ponadto, że związek małżeński współcześnie koegzystuje z innymi akceptowanymi społecznie relacjami międzyludzkimi, takimi jak konkubiny czy związki homoseksualne. Stało się zatem jedną z wielu dostępnych form budowania związku⁸⁹. W dyskusji dotyczącej małżeństwa znaleźć można także wypowiedzi osób będących przeciwko małżeństwu, a opowiadających się właśnie za różnymi rozwiązaniami alternatywnymi⁹⁰.

Indywidualizm, prowadzący do skupienia na swoich potrzebach, na samorozwoju i samorealizacji, ma istotny wpływ na wizję oraz funkcjonowanie małżeństwa i rodziny. Przystają one bowiem stanowić wspólnotę, lecz są połączeniem autonomicznych jednostek, które chcą w ramach tych relacji osiągać oczekiwane korzyści szczególnie w sferze emocjonalnej⁹¹. Podkreśla się nawet, że związki

⁸⁴ M. Yuval, *Equality...*, s. 29. Autor definiuje małżeństwo jako trwałą umowę, której celem jest zaspokajanie potrzeb seksualnych stron tej umowy.

⁸⁵ M. Saez, *Introduction* [w:] *Same Sex Couples – Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, M. Saez (red.), Dordrecht 2015, s. 7–8.

⁸⁶ M.Y.K. Lee, *Equality, dignity...*, s. 220.

⁸⁷ J.A. Porter, *L'amour for four: polygyny, polyamory, and the state's compelling economic interest in normative monogamy*, „Emory Law Journal” 2015, t. 64, s. 2130.

⁸⁸ M.Y.K. Lee, *Equality, dignity...*, s. 54, przypis 204.

⁸⁹ A.E. Morris, S.M. Nott, *Marriage Rites and Wrongs...*, s. 43; M. Yuval, *Equality...*, s. 29; R. Auchmuty: *What's so special about marriage...*, s. 486.

⁹⁰ Tamże, s. 490; D. Majka-Rostek, *Związki homoseksualne. Studium socjologiczne*, Warszawa 2008, s. 66–68.

⁹¹ J. Mizielińska, J. Struzik, A. Król, *Różnym głosem. Rodziny z wyboru w Polsce*, Warszawa 2017, s. 15 i przywołana tam literatura. Autorki zwracają uwagę na nowe sposoby definiowania rodziny *kładące nacisk na [jej] funkcję emocjonalną, ponieważ to miłość czyni rodzinę*.

rodzinne potrzebne są jako antidotum na strach przed samotnością, który stanowi współcześnie *najbardziej stabilny fundament związku*⁹². Skoro zatem głównym celem jest zabezpieczenie się przed życiem samotnym, zaspokojenia szukać można w różnych typach związków⁹³. Pojawia się zatem pytanie o możliwość stworzenia „rodziny negocjowanej”, w której ustalenie wzajemnych stosunków służyć miałyby indywidualnym potrzebom jej członków⁹⁴. Prawo jednak nie jest odpowiednim narzędziem w tej kwestii. Obawa jednostki przed samotnością nie jest bowiem wystarczającym powodem dla konstruowania instytucji prawnej. Zaspokojenie tej potrzeby nie może być także rozpatrywane w kategoriach obowiązków innych podmiotów.

Zwraca się również uwagę, że współczesna wizja liberalnego małżeństwa i liberalnej rodziny, w których utrzymanie więzi zależy od indywidualnej decyzji jednostki, zagraża dobru słabszych, niesamodzielnych, których sytuacja znajdowała się dotąd pod ochroną właśnie poprzez prawną regulację modelowych praw i obowiązków rodzinnych i założenie trwałości stosunków rodzinnoprawnych⁹⁵.

Część naukowców traktuje rodzinę jako rzeczywistość bardzo elastyczną, adaptującą się do zmiennych warunków społecznych. Za kluczowe w tym kontekście uznawane jest pytanie o to, *czego, tak naprawdę, oczekuje się od rodziny – czy ma ona być instytucją zmuszającą swoich członków do bycia razem za wszelką cenę, czy ma być związkiem dającym zadowolenie, respektującym prawa swoich członków, rozwijającym, zapewniającym poczucie bezpieczeństwa, oparcia i wymiany uczuć*⁹⁶. Poszukując odpowiedzi podkreśla się, że *tak długo, jak ludzie są nastawieni na długoterminowe i bliskie relacje z innymi, będą szukać przywiązania i wzajemnej wymiany w tych relacjach, zawsze będziemy mieć do czynienia z rodziną*⁹⁷. Wprowadza się także pojęcie „rodzin z wyboru”, w których *prymat więzów krwi jest zastępowany więziami opartymi na faktycznej praktyce społecznej – to nie biologiczne powiązania będą definiować granice tego, co jest rozumiane pod pojęciem rodziny, ale właśnie codzienne tworzenie rodziny*

⁹² U. Beck, *Spółczesność ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, Warszawa 2004, s. 176.

⁹³ Szerzej na temat wpływu indywidualizmu na współczesne rodziny zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 21–32.

⁹⁴ Tamże, s. 32 i przywołana tam literatura. W opracowaniach znaleźć można także określenie „rodzina z wyboru”, odnoszące się do różnych relacji wspierających jednostkę (przyjaźni, pokrewieństwa, ale także więzi z ekspertem). Zob. D. Majka-Rostek, *Związki jednopłciowe...*, s. 508.

⁹⁵ P. Malaurie, [w:] P. Malaurie, L. Aynes, *Droit de la famille*, Cujas 1989. Cyt. za: X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 619.

⁹⁶ A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 46.

⁹⁷ Tamże.

(ang. *doing family*), które nie jest dane raz na zawsze, lecz negocjowane i dostosowywane do potrzeb członków i członkiń rodzin z wyboru⁹⁸.

Zapomina się jednak, że w pojęcie zarówno małżeństwa, jak i rodziny wpisany jest ich niezwykle istotny formalny charakter. Do zawarcia małżeństwa dochodzi poprzez zrealizowanie przewidzianej prawem procedury, przy zachowaniu wymaganych przesłanek i braku przeszkód. Rodzicielstwo natomiast opiera się na niezależnych od uczuć: zdarzeniu faktycznym (urodzeniu dziecka), motywowanej faktami czynności formalnej (uznanie ojcostwa) albo orzeczeniu sądu ustalającym pochodzenie dziecka. Relacje rodzinne podlegają ponadto rejestracji i łączą się z nimi konkretne prawa i obowiązki (np. alimentacja, dziedziczenie).

Kluczową wydaje się konieczność wyraźnego odróżnienia sfery życia osobistego, prywatnego od sfery życia rodzinnego⁹⁹. Ta pierwsza znajduje się w zasadzie poza zainteresowaniem państwa, co więcej właśnie brak zainteresowania jest realizacją przewidzianego w regulacjach międzynarodowych prawa do ochrony prywatności przewidującego zakaz ingerencji państwa w ten obszar życia ludzkiego. Zauważyć można jednak nowy sposób rozumienia prywatności, której ochrona w świetle moralnego liberalizmu oznacza, że społeczeństwo ma nie tylko zakaz ingerowania w tę sferę życia jednostki, ale powinno tworzyć społeczne warunki ułatwiające jednostce jej samorealizację¹⁰⁰. Wyprowadza się z tego pozytywne obowiązki państwa w zakresie podejmowania odpowiedniej działalności legislacyjnej. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że w wielu sytuacjach prowadzi to w gruncie rzeczy do upubliczniania prywatności.

Życie rodzinne charakteryzuje się natomiast tym, że poza obszarem prywatnym ma w sobie także element upubliczniony, podlegający regulacji prawnej. Warto też podkreślić, że powstanie i trwanie relacji rodzinnych w ograniczonym zakresie zależy od swobodnego wyboru i zamiaru stron. Możliwe jest oczywiście podjęcie decyzji o nieposiadaniu potomstwa, jeżeli jednak dziecko się pojawi, powstająca więź pokrewieństwa nie zależy w żaden sposób od woli zainteresowanych osób. Co więcej, pochodzenie dziecka może zostać ustalone nawet wbrew tej woli. Także decyzja rodziców o oddaniu dziecka do przysposobienia nie niweczy istniejącego między nimi a dzieckiem pokrewieństwa, lecz jedynie wyłącza jego skutki prawne. Żadnego wpływu jednostka nie ma również na powstanie relacji rodzinnych między nią a jej rodzeństwem, dziadkami czy wnukami.

⁹⁸ J. Mizieleńska, J. Struzik, A. Król, *Różnym głosem...*, s. 17.

⁹⁹ Na ten temat zob. M. Łączkowska, *Charakter prawny...*, s. 203–204.

¹⁰⁰ C.A. Ball, *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, New York 2003. Cyt. za: M.Y.K.Lee, *Equality, dignity...*, s. 59.

Więzi rodzinne są zatem niezależne od woli osób w nich pozostających. Zastanawia w związku z tym, dlaczego współcześnie próbuje się ustalać skład rodziny wyłącznie na podstawie pozytywnych emocji odczuwanych wobec siebie nawzajem przez jej członków. Przywiązanie uczuciowe w rodzinie wynika z łączących jednostki relacji rodzinnych, a nie odwrotnie. Jedynym dobrowolnym związkiem o charakterze rodzinnym jest małżeństwo i tylko w odniesieniu do niego istnieje rzeczywista zależność między wyborem jednostek a powstaniem między nimi stosunku prawnego budowanego najczęściej na wcześniejszym uczuciu. Nawet jednak i małżeństwo nie ogranicza się wyłącznie do sfery emocjonalnej i dobrego samopoczucia gwarantowanego towarzystwem małżonka, lecz poprzez formalizację związku prowadzi do przyjęcia przez małżonków wzajemnej odpowiedzialności i powinności niezależnych od stanu emocjonalnego. Co więcej, sama więź uczuciowa łącząca małżonków podlega swoistemu procesowi i nie pozostaje na tym samym poziomie przez cały czas trwania ich związku, a kryterium oceny tej więzi okazuje się wspólne życie małżonków oceniane z perspektywy czasu. Współcześnie jednak bardzo często myli się miłość z pożądaniem seksualnym¹⁰¹ i tak rozumianą miłość uznaje się za jedyny racjonalny cel małżeństwa¹⁰². Z drugiej strony zwraca się uwagę, że obecnie istotne znaczenie dla podjęcia decyzji o zawarciu związku małżeńskiego mają nie emocje, lecz argumenty o charakterze majątkowym (np. podatki, dziedziczenie)¹⁰³.

Prawna koncepcja małżeństwa nie neguje istnienia miłości między małżonkami, nie ma jednak wpływu na tę sferę, gdyż nie jest to materia nadająca się do regulacji. Wszelkie próby ingerowania ustawodawcy w ten zakres ludzkiego życia należałoby uznać za naruszające prawo do ochrony prywatności, a zatem sprzeczne z godnością ludzką. Istnienie uczucia nie jest zatem warunkiem powstania małżeństwa, a jego brak przyczyną ustania. Z istniejącym lub nie uczuciem łączą się natomiast zachowania ludzkie, które mogą mieć wpływ na powstanie, trwanie lub ustanie stosunku prawnego. Jednak nie każda relacja rodzinnoprawna może ulec rozwiązaniu, gdy wygaśnięcie uczuć spowoduje brak zainteresowania jej kontynuowaniem. Przykładem trwałego stosunku prawnego jest pokrewieństwo istniejące niezależnie od poczucia samorealizacji czy wzajemnej sympatii albo ich braku po stronie połączonych nim osób. Relacja prawna trwa wywołując określone konsekwencje np. w zakresie dziedziczenia czy alimentacji.

¹⁰¹ M. Yuval, *Equality...*, s. 6–60. Autor dokonuje analizy związku pomiędzy miłością rozumianą jako pożądanie, czerpanie przyjemności seksualnej i odczuwanie afektu a małżeństwem. W historii jego zdaniem różnie z tym bywało.

¹⁰² Tamże, s. 28.

¹⁰³ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 486.

W kontekście znaczenia więzi emocjonalnych łączących człowieka z innymi warto zwrócić uwagę, że pierwszą relacją międzyludzką powstającą z wyboru jest przyjaźń. Rodzice i krewni to osoby, z którymi związki powstają w efekcie konkretnego zdarzenia, jakim jest urodzenie dziecka, niezależnie zatem od jego woli. Przyjaciel natomiast to ten, kogo dziecko wybiera samo, choć rodzice w ramach wykonywanej władzy rodzicielskiej mogą decydować o tym, z kim ich dziecko się spotyka. Nie mają jednak wpływu na to, w jaką relację dziecko zaangażuje się emocjonalnie. Przyjaźń to więc niezbędna dla prawidłowego rozwoju psychoemocjonalnego człowieka, która wpływa także na inne stosunki społeczne, w których dany człowiek pozostaje. Co więcej, nie dotyczy ona jedynie dzieciństwa czy okresu dorastania, gdyż nawiązanie takiej relacji możliwe jest w każdym wieku i zawsze jest ona niezwykle ważna dla samopoczucia jednostki. Mimo istotnego znaczenia, nie zgłasza się jednak propozycji stworzenia stosunku prawnego przyjaźni, gdyż ta sfera stanowi element życia prywatnego wolnego od ingerencji państwa. Nie ma natomiast przeszkody, żeby przyjaciele korzystali z ogólnodostępnych rozwiązań prawnych, takich jak testament czy pełnomocnictwo.

Odwołując się do znaczenia różnych relacji międzyludzkich, należy zatem podkreślić, że gdyby małżeństwo nie miało do odegrania szczególnej roli – nie było początkiem powstania rodziny, czyli podstawowej grupy społecznej – związek ten, podobnie jak przyjaźń czy narzeczeństwo, byłby zwykłym stosunkiem społecznym znajdującym się poza zainteresowaniem prawa¹⁰⁴, należącym do chronionej prawem prywatności.

Istotnym celem małżonków jest budowanie ich wspólnego pożycia obejmującego więc emocjonalną, fizyczną i gospodarczą. W dzisiejszych czasach jednak wspólne pożycie bardzo często wyprzedza zawarcie związku małżeńskiego, które jawi się jedynie jako prawne uznanie istniejącej już relacji faktycznej¹⁰⁵. W takich sytuacjach ceremonia ślubna traci niekiedy charakter społecznej akceptacji nowego małżeństwa, gdyż otoczenie najczęściej wcześniej przyjęło już fakt pozostawania przez parę w związku nieformalnym. Pojawia się zatem pytanie: po co małżeństwo? Celem zawarcia małżeństwa w takich przypadkach bywa chęć osiągnięcia szczególnego statusu prawnego i korzyści z tego wypływających¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Zob. J. Winiarz, *Rodzina i dziecko w prawie polskim*, [w:] *Rodzina i dziecko...*, s. 439; Tenże, *Ochrona praw matki...*, s. 5–6; M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 19.

¹⁰⁵ Z wypowiedzi par badanych przez I. Przybył wynika, że *decyzja o sformalizowaniu związku, który funkcjonuje jak małżeństwo, nie ma w ich odczuciu charakteru przełomowego ani dla nich samych, ani dla członków ich najbliższej rodziny czy przyjaciół*. I. Przybył, *Od panieństwa do małżeństwa. Zmiana statusu a transformacja tożsamości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 4, s. 238.

¹⁰⁶ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 486.

Małżeństwo przestaje być traktowane jako stosunek prawny regulujący relacje między kobietą i mężczyzną, którzy chcą razem przejść przez życie, wspierając się wzajemnie i wychowując wspólne dzieci, a staje się statusem uprawniającym do pewnych przywilejów oraz sposobem zabezpieczenia się na wypadek rozpadu związku. Zawarcie małżeństwa to nie rozpoczęcie wspólnego życia, lecz zarejestrowanie umowy/porozumienia między osobami żyjącymi już w intymnej relacji¹⁰⁷. Jako argumenty przemawiające za zawieraniem związków małżeńskich wskazuje się współcześnie przede wszystkim różnego rodzaju profity gwarantowane małżonkom ze strony państwa, szczególnie te o charakterze majątkowym¹⁰⁸. Przywileje wynikające ze statusu małżeńskiego traktowane są w takim przypadku jako „nagroda” za utrzymywanie intymnych kontaktów¹⁰⁹. Ponadto zawarcie małżeństwa zapewnia nadanie statusu prawnego związkowi co ma szczególne znaczenie dla par homoseksualnych. Uznanie relacji przez państwo ma bowiem wpłynąć na społeczną aprobatę ich związków¹¹⁰.

Akceptacja różnych form „życia rodzinnego” oraz podkreślanie znaczenia samopoczucia jednostki i odczuwanej przez nią satysfakcji dla zainicjowania i pozostawania przez nią w relacji, wpływa na pojęcie małżeństwa. Wątpliwości w związku z tym budzi kwestia określenia przymiotów, którymi musi charakteryzować się relacja międzyludzka, by nabyć status małżeństwa¹¹¹. Stąd istotne wydaje się podjęcie próby wskazania cech wyróżniających małżeństwo spośród innych związków. Do takich cech, do niedawna niepoddawanych wątpliwości i kształtujących europejską wizję małżeństwa, zaliczyć należy: sformalizowany charakter, monogamiczność, heteroseksualność i trwałość związku.

§ 4. PRÓBY LEGALNEJ REDEFINICJI MAŁŻEŃSTWA

Wskazane powyżej przemiany społeczne wpływające na sposób postrzegania małżeństwa, wywołują także konsekwencje na gruncie prawnym. Pojawia się zatem

¹⁰⁷ E.S. Scott, *A World Without Marriage*, „Family Law Quarterly” 2007, t. 41, nr 3, s. 537–566, https://www.jstor.org/stable/25740626?seq=1#page_scan_tab_contents [dostęp: 20.01.2019].

¹⁰⁸ Osłabienie ekonomiczne rodziny i wzrost pomocy ze strony państwa są wskazywane jako jeden z powodów zainteresowania małżeństwem przez środowisko LGBTI. S. Baskerville, *Conservative misconceptions...*, *passim*.

¹⁰⁹ A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] *Związki partnerskie. Debata...*, s. 91.

¹¹⁰ S.B. Goldberg, *Why Marriage...*, s. 225.

¹¹¹ J. Mair, *A Modern Marriage?*, „Edinburgh Law Review” 2006, t. 10, nr 3, s. 345 i n.

pytanie, czy prawo może nadal regulować przede wszystkim sytuację prawną całej rodziny nuklearnej powstającej w oparciu o związek małżeński łączący kobietę i mężczyznę, czy też stoi przed wyzwaniem dotyczącym szerszego uregulowania sytuacji prawnej rodzin rekonstruowanych, rodziców korzystających ze wspomaganie medycznie prokreacji, konkubinatów czy związków homoseksualnych¹¹². Zwraca się nawet uwagę, że współczesne prawo zajmuje się bardziej sytuacją niezależnych, indywidualnych jednostek żyjących w stosunkach rodzinnych, niż rodziny jako pewnej szczególnej wspólnoty¹¹³.

Małżeństwo, jako zjawisko społeczne oraz instytucja prawna, przez wieki rozumiane było jednolicie we wszystkich europejskich systemach prawnych jako monogamiczny, trwały związek kobiety i mężczyzny mający do wypełnienia określone funkcje. Jednak od pewnego czasu stworzenie spójnej europejskiej wizji małżeństwa, uwzględniającej wszystkie regulacje prawne a zarazem dającej się zastosować w odniesieniu do konkretnego rozwiązania, stało się niemożliwe, a przynajmniej wysoce utrudnione. Próba uogólnienia nie prowadzi do zadowalających rezultatów. Małżeństwo bowiem w takim kontekście to zalegalizowany związek dwóch osób, którego celem jest wspólne życie, nazwany małżeństwem przez przepisy prawa¹¹⁴.

Trudności ze stworzeniem wspólnej definicji wiążą się po pierwsze, z faktem współistnienia w wielu systemach prawnych zbliżonej lub wręcz identycznej z małżeństwem instytucji związku partnerskiego czy konkubinatu. Jak zatem odróżnić dwa pojęcia o tej samej treści? Po drugie, rozbieżności w regulacji małżeństwa dotyczące fundamentalnych kwestii, związanych z funkcjami i celem tego stosunku prawnego powodują, że definicja pasująca w jednym przypadku staje się nieadekwatna w drugim.

Podjęmuje się w związku z tym próby stworzenia nowego sposobu rozumienia podstawowych pojęć wskazując, że małżeństwo to *trwały węzeł prawny łączący dwie osoby, zapewniający przewidywalność wzajemnych stosunków*, a istota tego związku sprowadza się do *przyjęcia przez strony odpowiedzialności za siebie*

¹¹² I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 1.

¹¹³ M. Yuval, *Equality...*, s. 32.

¹¹⁴ K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 364. Autor twierdzi, że małżeństwo jest instytucją sztucznie stworzoną przez prawo, a zatem to właśnie przepisy prawa decydują czym jest małżeństwo. Państwa mają zatem nieograniczoną swobodę w wyborze relacji międzyludzkich, które należy objąć pojęciem małżeństwa. Ustawodawca ma prawo podejmować decyzję o tym, jak definiować małżeństwo i komu przyznać prawo do korzystania z tego stosunku prawnego.

w świetle prawa¹¹⁵. Małżonków zatem, podobnie jak partnerów, łączy swobodnie zawarty, monogamiczny i egalitarny związek formalny¹¹⁶. Celem regulacji prawnej takiej relacji jest zorganizowanie wspólnego życia i zagwarantowanie realizacji przyjętych na siebie obowiązków¹¹⁷. W oparciu o analizę rozwiązań przyjętych w innych systemach prawnych podkreśla się, że *współczesna regulacja małżeństwa, jako związku łączącego dwa równouprawnione podmioty, które nie mają prawem przypisanych ról społecznych, pozwala objąć adekwatną ochroną także stale i zaangażowane związki osób tej samej płci*¹¹⁸. W kontekście podobieństwa pomiędzy związkiem osób tej samej płci a małżeństwem można jednak wskazać wiele innych przykładów, w których jeden podmiot bierze odpowiedzialność za drugi, a ustawodawca nie przewiduje pełnego zrównywania uprawnień (np. w przypadku rodziny zastępczej czy opiekuna prawnego), nie ma także szczególnej regulacji prawnej, gdy taka odpowiedzialność przyjmuje tylko faktyczną postać (np. opiekujące się sobą rodzeństwo czy przyjaciele).

Współczesne ujęcia małżeństwa oscylują zatem pomiędzy afirmacją emocjonalnej więzi miłości łączącej małżonków a przyznawaniem kluczowej roli istniejącej między nimi relacji intymnej. Jedni wskazują zatem, że małżeństwo to *społeczne uznanie miłości albo uświęcenie wspólnego pragnienia dwóch jednostek*¹¹⁹. Inni natomiast podkreślają, że małżeństwo to wspólnota osób pozostających w bliskiej znajomości przynoszącej także satysfakcję seksualną. Jest to zatem trwały kontrakt o charakterze seksualnym przynoszący zaspokojenie indywidualnych potrzeb obu jego stron¹²⁰. Nowy model małżeństwa, na miarę XXI w., to dostępna dla wszystkich, na równych zasadach, dwustronna umowa o świeckim charakterze zawierana, realizowana i rozwiązywana zgodnie z wolą małżonków¹²¹.

Zwraca się uwagę, że ponowoczesne prawo rodzinne powinno rządzić się szczególnymi zasadami odpowiadającymi nowej rzeczywistości. Pierwszą z nich jest zminimalizowanie ingerencji państwa w prywatne życie jednostek tak długo, jak są one w stanie współpracować ze sobą i kształtować istniejącą między nimi relację, pod warunkiem, że nie zagraża to dobru małoletniego dziecka. Podkreśla się bowiem, że zadaniem państwa nie jest dyktowanie jednostkom, jak mają żyć – w małżeństwie czy w relacji pozamałżeńskiej, hetero- czy homoseksualnej.

¹¹⁵ Z. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 360.

¹¹⁶ Tamże, s. 316–317.

¹¹⁷ Tamże, s. 323.

¹¹⁸ Tamże, s. 327 i przywołana tam literatura.

¹¹⁹ Definicje przywoływane przez X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 615.

¹²⁰ M. Yuval, *Equality...*, s. 28–29; A. Giddens, *Socjologia*, Warszawa 2012, s. 333.

¹²¹ M. Yuval, *Equality...*, s. 33.

Wynika to z podstawowej zasady prawa prywatnego jaką jest swoboda kontraktowania i związana z nią autonomia jednostki¹²².

Druga zasada przewiduje konieczność prawnego zagwarantowania ponoszenia odpowiedzialności wynikającej nie z więzi o charakterze formalnym, ale z faktycznie przyjętego sposobu życia. Istotniejsza bowiem powinna być sama relacja łącząca osoby a nie jej forma¹²³. W świetle tej zasady małżeństwo nie może być dłużej jedynym źródłem takiej wzajemnej odpowiedzialności, skoro liczna grupa ludzi nie korzysta z tej instytucji. Stąd wiele państw uregulowało skutki relacji pozamałżeńskich dotyczące stosunków majątkowych i finansowych konsekwencji takich związków, w szczególności na wypadek ich ustania¹²⁴.

W kontekście małżeństwa, w odniesieniu do obu wspomnianych zasad, zgłosić można jednak wątpliwości. Po pierwsze, skoro państwo nie ma ingerować w istniejącą relację międzyludzką, to dlaczego wprowadzać regulację prawną konkubinatu i związków partnerskich uznawanych dotąd za związki nieformalne. Przy takim założeniu należałoby raczej postulować likwidację małżeństwa jako instytucji wkraczającej w życie prywatne jednostek. Po drugie, związek małżeński nie jest klasyczną umową cywilną, do której zastosowanie miałyby zasada swobody umów. Znaczenie małżeństwa znajduje swój wyraz zarówno w szczególnym, precyzyjnym sposobie uregulowania wzajemnych praw i obowiązków obojga małżonków, a także w regulacjach międzynarodowych oraz zasadach konstytucyjnych. Osoby zamierzające zawrzeć związek małżeński czynią to dobrowolnie, mają także możliwość wyboru małżonka. W istotnym zakresie jednak relacje między małżonkami podlegają przepisom prawa o charakterze bezwzględnie obowiązującym¹²⁵. Swoboda kontraktowania dotyczy natomiast osób żyjących w relacjach niesformalizowanych, które w sposób umowny mogą określić funkcjonowanie ich związków stosownie do swoich potrzeb. Granicą dla tak

¹²² I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 3–4; J. Mazurkiewicz, „Rozwodzić” jest przeciwieństwem „zwozić”, czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, J. Pisuliński, P. Tereszkiwicz, F. Zoll (red.), Warszawa 2012, s. 468.

¹²³ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 4; J. Mair, *A Modern...*, s. 334. J. Mair zwraca uwagę, że ważne jest nie to, jak małżeństwo powstało, tylko jak żyje, istotne jest zatem wspólne „życie jak małżeństwo” a nie formalizacja związku.

¹²⁴ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 8.

¹²⁵ J.F. de Montgolfier, *Du PACS...*, s. 780. Autor wskazuje, że bezwzględnie obowiązujące normy regulujące małżeństwo pozostają poza wpływem indywidualnej wolności nowoczesnego człowieka.

przyjętych rozwiązań będzie w takim wypadku sprzeczność umowy z prawem lub zasadami słuszności.

W odniesieniu do drugiej zasady, zgodnie z którą konsekwencje prawne miałyby wynikać nie ze statusu prawnego, lecz z faktycznej relacji, pojawia się pytanie o kryteria i sposób ustalenia jej istnienia. Od jakiego bowiem momentu związek międzyludzki powinien wywoływać skutki w sferze wzajemnej odpowiedzialności osób w nim pozostających, a do kiedy pozostaje poza zainteresowaniem prawa. Problem ten dotyczy koncepcji wywodzenia statusu małżeńskiego z relacji osób „żyjących jak małżeństwo”. Trudno jednak ustalić, co oznacza „żyć jak małżeństwo”, skoro równocześnie odrzuca się jakiekolwiek charakterystyczne dla małżeństwa cechy i zachowania, pozostawiając tę sferę kształtowania związku autonomicznej woli małżonków¹²⁶.

Nie sposób także nie zauważyć niekonsekwencji proponowanej koncepcji. Z jednej strony przewiduje ona, że prawo nie ma ingerować w sferę relacji międzyludzkich, z drugiej ma jednak gwarantować odpowiedzialność partnerów z nich wynikającą.

Wskazując wpływ przemian społecznych na instytucję małżeństwa, należy zwrócić uwagę na dwie tendencje występujące w ramach przyjmowanych w państwach europejskich nowelizacji prawa rodzinnego. Pierwsza z nich to postępująca liberalizacja prawa rozwodowego, druga – otwarcie małżeństwa dla par homoseksualnych. Upowszechnienie rozwodu na żądanie oraz małżeństw jednopłciowych traktowane jest jako kolejny, po wprowadzeniu równouprawnienia małżonków oraz równego statusu dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich, etap modernizacji europejskiego prawa rodzinnego¹²⁷. Uzasadniając te zmiany wskazuje się, że małżeństwo także w przeszłości przechodziło proces ewolucji¹²⁸. Godząc się z tym stwierdzeniem, należy jednak podkreślić, że do tej pory regulacje prawne podlegały przemianom w zakresie zdolności zawarcia związku małżeńskiego czy też określenia jego skutków, nigdy jednak nie dotyczyły istoty i elementów konstytutywnych tej instytucji. Tymczasem oba wymienione zjawiska (liberalizacja procedury rozwodowej oraz regulacja małżeństw homoseksualnych) mają wpływ na

¹²⁶ Na ten temat zob. J. Mair, *A Modern...*, s. 345–346. Pojawia się w tym kontekście także problem, jak odróżnić czystą postać konkubinatu od związku nieformalnego żyjącego jak mąż z żoną.

¹²⁷ M. Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law...*, s. 22. J. Mazurkiewicz podkreśla, że dopuszczalność rozwodów w urzędzie stanu cywilnego nie jest skompromitowanym rozwiązaniem z byłego ZSSR, lecz funkcjonuje w systemach prawnych państw należących do Unii Europejskiej. J. Mazurkiewicz, *„Rozwodzić” jest przeciwieństwem...*, s. 461.

¹²⁸ S.B. Goldberg, *Why Marriage...*, s. 233 i n.

kształt i charakter instytucji małżeństwa, ponieważ dotyczą jego istotnych cech: trwałości i heteroseksualności. Także indywidualistyczna wizja małżeństwa jako związku, który ma sens tak długo, jak długo zaspokaja emocjonalne i seksualne potrzeby osób w nim pozostających, prowadzi do odrzucenia zasady trwałości. Ludzkie uczucia i pragnienia są bowiem z natury zmienne, a kierowanie się wyłącznie nimi przy dokonywaniu życiowych wyborów będzie prowadziło do braku stabilizacji relacji międzyludzkich.

Otwarcie małżeństwa dla związków osób tej samej płci ma niezwykle istotny wpływ na redefinicję tej instytucji stanowiącej filar społeczeństwa, nie dając równocześnie ani tym związkom, ani społeczeństwu żadnej wymiernej korzyści, której nie można by osiągnąć poprzez zastosowanie innych rozwiązań prawnych¹²⁹. Zwraca się uwagę, że nawet wprowadzenie zarejestrowanych związków partnerskich ma wpływ na regulacje dotyczące związku małżeńskiego i jego dotychczasowe funkcje. Zmiany w tym kontekście idą w kierunku minimalizacji roli państwa i polegają na „prywatyzacji” związków osobistych i prawa rodzinnego¹³⁰. Wprowadzenie rejestrowanego związku partnerskiego jako odrębnej instytucji dostępnej dla osób tej samej płci jest tylko iluzoryczne, gdyż faktycznie związki te zrównywane są stopniowo z małżeństwami w imię zakazu dyskryminacji i nierównego traktowania. Ostatecznie więc, co do skutków prawnych obu związków, mamy do czynienia z tożsamymi instytucjami o różnych nazwach¹³¹. Związki partnerskie w zakresie konsekwencji prawnych różnią się bowiem od małżeństwa jedynie nazwą¹³² i ta różnica nadal uważana jest za dyskryminację, gdyż daje jedynie formalną, ale nie rzeczywistą równość¹³³.

Prawna regulacja związków homoseksualnych wywiera wpływ na instytucję małżeństwa także w kontekście monogamiczności i związanej z nią wierności w związku¹³⁴, gdyż związki osób tej samej płci są częściej otwarte na relacje sek-

¹²⁹ L.D. Wardle, *The institution of marriage and other domestic relations*, „Amsterdam Law Forum” 2011, t. 3, nr 2, s. 161.

¹³⁰ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 369.

¹³¹ Przykład tego zjawiska w Republice Federalnej Niemiec analizuje B. Banaszekiewicz, *The New Wave of Interest in Marriage...*, s. 17–37.

¹³² R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 476; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 291.

¹³³ H. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011, s. 14; S. B. Goldberg, *Why Marriage...*, s. 231; R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 483.

¹³⁴ Tamże, s. 480. W sprawie *Wilkinson przeciwko Kitzinger* dwie lesbijki, które chciały uznania przez prawo brytyjskie ich małżeństwa zawartego w Kanadzie, podkreślały, że mimo

sualne z innymi osobami¹³⁵. To może prowadzić do zmiany idącej w kierunku ewentualnych wiążących porozumień dotyczących wierności czy trwałości zawieranych między małżonkami. Zwolennicy poszerzenia instytucji małżeństwa zwracają uwagę, że w przypadku związku partnerskiego w ogóle odstąpiono od ingerencji prawa w aktywność seksualną partnerów. Podkreślają oni, że przyjęcie takiego samego rozwiązania w odniesieniu do małżeństwa wprowadziłoby nowoczesną definicję tego związku¹³⁶. Podobny problem, jak w przypadku monogamiczności i wierności, dotyczy także kwestii trwałości związków. Cecha ta nie jest bowiem uznawana za charakteryzującą związki partnerskie wzorowane w tym zakresie raczej na konkubinatach niż małżeństwach.

Zdaniem niektórych konsekwencją wprowadzenia związków partnerskich i ich stopniowej asymilacji ze związkiem małżeńskim jest zamiana tzw. tradycyjnego małżeństwa *de facto* w związek partnerski przy zachowaniu jedynie dotychczasowej nazwy „małżeństwo”¹³⁷. Inni autorzy zwracają natomiast uwagę, że to właśnie małżeństwo jest związkiem modelowym, na którym wzorują się inne formy relacji intymnych¹³⁸. Model ten jest jednak współcześnie trudny do zdefiniowania, skoro zainteresowanie państwa ma ograniczać się jedynie do uregulowania sposobu zawarcia i rozwiązania związku, pozostawiając jego ukształtowanie swobodnej woli małżonków. Biorąc pod uwagę tendencję do ograniczania obowiązków i wpływu prawa na relację między małżonkami, trudno oprzeć się wrażeniu, iż w praktyce

formalnego zrównania małżeństwa i związku partnerskiego w zakresie praw i obowiązków, brak możliwości używania nazwy „małżeństwo” różnicuje ich status prawny.

¹³⁵ L.D. Wardle, *The boundaries of belonging...*, s. 309; Tenże, *The attack on marriage...*, s. 1375–1376. Potwierdzają to np. wypowiedzi mężczyzn żyjących w związkach homoseksualnych udzielone w ramach badań przeprowadzonych przez D. Majkę-Rostek. Zob. D. Majka-Rostek, *Związki jednopłciowe...*, s. 509–510.

¹³⁶ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 496.

¹³⁷ Tamże, s. 485. Z kolei J. Pawliczak zauważa, że regulując instytucję związku partnerskiego wprowadza się niekiedy rozwiązania postulowane w odniesieniu do małżeństwa, takie jak większa swoboda w kształtowaniu wzajemnych praw i obowiązków, łatwiejszy sposób rozstania czy zniesienie obowiązku wierności. J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 319.

¹³⁸ J. Mair, *A Modern...*, s. 350. Autorka na podstawie prawa szkockiego wskazuje, że zarejestrowany związek partnerski różni się od małżeństwa tylko nazwą, natomiast prawne konsekwencje konkubinatu wynikają z wykazania, że para żyła razem jak mąż z żoną. Zob. także K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 367. Autor zwraca uwagę, że objęcie par homoseksualnych instytucją małżeństwa oznacza zastosowanie wobec nich modelu i zasad dotyczących relacji heteroseksualnej (np. w kontekście wierności czy przeszkód małżeńskich). Uznaje to za zabieg nieodpowiedni, gdyż nieuwzględniający różnic i potrzeb związków jednopłciowych.

chodzi jedynie o tzw. „uznanie” związku przez państwo oraz przyznanie mu szczególnego statusu, z którego wynikają określone przywileje¹³⁹.

Małżeństwo traktowane bywa także jako umowa zabezpieczająca przede wszystkim sytuację majątkową małżonków na wypadek ustania relacji¹⁴⁰. Zwraca się w związku z tym uwagę na to, że państwo przestaje chronić samą więź małżeńską, lecz staje się gwarantem sprawiedliwego rozstania¹⁴¹. Nowoczesne prawo rodzinne, jak podkreśla się w literaturze, powinno bowiem skupiać się jedynie na regulacji procedury zawarcia małżeństwa oraz skutków jego ustania poprzez rozwód lub na skutek śmierci jednego z małżonków. Sposób funkcjonowania samej relacji między małżonkami powinien być natomiast efektem ich wzajemnych negocjacji¹⁴². W związku z tym sądom orzekającym w sprawach małżeńskich powinna przysługiwać bardzo ograniczona możliwość kontroli i charakteryzowania natury i istoty związku małżeńskiego¹⁴³. Przyjęcie takiego rozwiązania, w którym system prawny określa jedynie ogólne ramy instytucji, możliwe jest jednak wówczas, gdy instytucja ta jest w miarę jednolicie ukształtowana jako stosunek społeczny, tak to było zresztą do niedawna właśnie ze związkiem małżeńskim. Prawny model tej relacji znajdował i znajduje zastosowanie dopiero wówczas, gdy wypracowany przez małżonków sposób funkcjonowania przestaje odpowiadać potrzebom jednego z nich. Pojawia się wtedy pytanie o skuteczność wcześniej „wynegocjowanych” warunków wspólnego życia. Należy uznać, że w tradycyjnej koncepcji małżeństwa ustalenia dotyczące kluczowych cech małżeństwa, takich jak trwałość, monogamiczność faktyczna (czyli wierność w związku) czy zasada równouprawnienia małżonków, traktowane będą za niewiążące, jeżeli odbiegają od prawnego wzorca. Wydaje się jednak, że zwolennicy ponowoczesnej wizji związku małżeńskiego opowiadają się za całkowitą swobodą kształtowania relacji małżeńskiej w czasie jej trwania z pełną skutecznością takich porozumień. Małżonków obowiązywałaby zatem wynegocjowana przez nich wersja stosunku prawnego. W tym kontekście pojawia się wątpliwość dotycząca charakteru prawnego małżeństwa: czy jest to bardziej ukształtowana przez prawo instytucja regulowana przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym, czy raczej umowa kształtowana swobodnie przez zainteresowane strony.

¹³⁹ Zob. J. Mair, *A Modern...*, s. 334.

¹⁴⁰ E.S. Scott, *A World Without...*, *passim*.

¹⁴¹ X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 621.

¹⁴² J. Mair, *A Modern...*, s. 333.

¹⁴³ Tamże, s. 334.

§ 5. CHARAKTER PRAWNY MAŁŻEŃSTWA – UMOWA / KONTRAKT CZY SZCZEGÓLNA INSTYTUCJA PRAWA RODZINNEGO?

Niezwykle istotnym zagadnieniem jest odpowiedź na pytanie, czy z prawnego punktu widzenia małżeństwo to umowa pomiędzy zainteresowanymi osobami, czy szczególnego rodzaju stosunek cywilnoprawny regulujący relację między nimi, z której na zasadzie dobrowolności mogą oni skorzystać. Cechą charakterystyczną małżeństwa jako kontraktu byłby dopuszczalny wpływ samych małżonków na treść łączącej ich więzi. Tymczasem małżonkowie najczęściej przystępują do stosunku prawnego, którego prawa i obowiązki określił ustawodawca, biorąc pod uwagę cele i funkcje tego związku. W rzeczywistości europejskiej nie ma państwa, które nie regulowałoby stosunku prawnego małżeństwa, w różny sposób pojmując się jednak tę instytucję.

1. MAŁŻEŃSTWO JAKO SZCZEGÓLNEGO RODZAJU INSTYTUCJA PRAWNA

Uznać należy, że małżeństwo jako stosunek prawny od samego początku swego istnienia traktowane było jak szczególna instytucja prawna. Państwo uznało za wartościowe występujące w praktyce łączenie się ludzi w trwałe pary mieszane i objęło to zjawisko statusem prawnym. Wiele kwestii dotyczących sposobu uregulowania małżeństwa, takich jak heteroseksualność, monogamiczność czy trwałość tego związku, przejętych zostało z obowiązujących wcześniej zasad znajdujących swoje źródło poza systemem prawa stanowionego¹⁴⁴. Sposób funkcjonowania małżeństwa nie jest zatem pomysłem ustawodawcy, nie jest także wynikiem indywidualnie konstruowanych umów między małżonkami. Niezależnie od uwarunkowań kulturowych z małżeństwem łączy się wspólne zamieszkanie i prowadzenie gospodarstwa domowego, podjęcie współżycia seksualnego i wspólne wychowywanie potomstwa, a także wzajemna troska współmałżonków. Kwestie te nie były i nie są poddawane negocjacjom między mężczyzną a kobietą, lecz stanowią konsekwencję podjętej przez nich decyzji o małżeństwie. Porozumienie między małżonkami dotyczące sposobu realizowania praw i obowiązków wynikających z instytucji małżeństwa, powinno być osiąganym w atmosferze wzajemnego szacunku z uwzględnieniem sytuacji życiowej konkretnej pary.

¹⁴⁴ L.D. Wardle, *The attack on marriage...*, s. 1371; Tenże, *The institution of marriage...*, s. 162.

Występujące w przeszłości, a w niektórych kulturach występujące do dzisiaj, kontrakty małżeńskie nie dotyczyły i nie dotyczą relacji między małżonkami, lecz ewentualnych przesłanek (posiadanie posagu, czy „kupno” żony) lub konsekwencji majątkowych zawarcia związku małżeńskiego. Małżeństwo w takim ujęciu nie jest zatem umową kształtowaną w dowolny sposób przez osoby w nim pozostające, lecz instytucją, z której małżonkowie dobrowolnie korzystają.

Za instytucjonalnym a nie kontraktowym charakterem związku małżeńskiego przemawiają następujące argumenty. Pierwszym z nich jest sformalizowany sposób zawarcia małżeństwa poprzez spełnienie określonych w ustawie przesłanek warunkujących powstanie tego związku. Dodatkowo ustawodawca wskazuje okoliczności wykluczające możliwość skorzystania z tej instytucji, jeżeli wystąpią one po jednej ze stron (brak odpowiedniego wieku, choroba psychiczna) lub po obu stronach (pokrewieństwo, przysposobienie). Po drugie, system prawny określa skutki zawarcia małżeństwa zarówno w sferze osobistej, jak i majątkowej małżonków: wspólne pożycie, wierność, wsparcie i wzajemną pomoc, wychowanie dzieci¹⁴⁵. Po trzecie, związek małżeński jako szczególna instytucja prawna wykracza poza sferę prywatną połączonych nim podmiotów. Ma bowiem także swój istotny wymiar publiczny, z którym łączą się określone funkcje społeczne¹⁴⁶ i związane z nimi przyznane przez państwo przywileje¹⁴⁷. Podzielić należy pogląd, że *małżeństwo nigdy nie było i nie jest sprawą prywatną dwojga ludzi*¹⁴⁸.

O szczególnym a nie kontraktowym charakterze małżeństwa przesądza także prawne uregulowanie procedury ustania tego związku, wymagające udziału czynnika oficjalnego i spełnienia wskazanych przez prawo przesłanek¹⁴⁹. Ostatnia ze wskazanych cech ulega jednak współcześnie poważnemu osłabieniu. Rozwód z procedury, w której decydujące znaczenie miało ustalenie przez sąd dopuszczalności rozwiązania małżeństwa, w wielu systemach prawnych staje się jedynie

¹⁴⁵ Na ten temat także zob. X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 624.

¹⁴⁶ A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako...*, s. 60.

¹⁴⁷ L.D. Wardle, *The attack on marriage...*, s. 1369. Autor podkreśla, że małżeństwo nie jest wyłącznie prywatną sprawą, ponieważ łączą się z nim istotne publiczne i społeczne konsekwencje: *Małżeństwo to publiczna instytucja, publiczny status i publiczne przywileje*.

¹⁴⁸ I. Przybył, *Wokół (de)instytucjonalizacji...*, s. 11.

¹⁴⁹ Podzielić należy pogląd P. Kasprzyka, że *pojmowanie małżeństwa jako instytucji prawnej, a nie jako umowy cywilnej, służy zachowaniu w większym stopniu trwałości związku małżeńskiego poprzez różne regulacje prawne. Rozumienie małżeństwa tylko pod kątem kontraktu uzależnia jego funkcjonowanie jedynie od woli małżonków*. P. Kasprzyk, *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003, s. 29.

sposobem zatwierdzenia rozstania małżonków na podstawie złożonych przez nich oświadczeń¹⁵⁰.

2. MAŁŻEŃSTWO JAKO KONTRAKT

We współczesnej Europie zauważyć można kierunek przemiany w sposobie ujmowania stosunku prawnego małżeństwa od szczególnej instytucji rodzinno-prawnej, z którą wiąże się nadany przez państwo status, do umowy swobodnie kształtowanej przez małżonków¹⁵¹. Znajduje to swój wyraz w nadawaniu pierwszeństwa prywatnemu, autonomicznemu uregulowaniu małżeńskiej sfery życia oraz odwoływaniu się w sytuacji konfliktowej nie do statusu prawnego, lecz do istniejącej relacji¹⁵². Zwraca się uwagę, że w ostatnich dziesięcioleciach następuje stopniowa deinstytucjonalizacja małżeństwa¹⁵³ polegająca na przejściu od wizji małżeństwa jako instytucji służącej rodzinie i społeczeństwu do wizji małżeństwa jako związku opartego przede wszystkim na uczuciu i partnerstwie pomiędzy osobami decydującymi się na jego zawarcie. Przemiany społeczne we współczesnym świecie prowadzą do przekształcenia małżeństwa i rodziny w kierunku od szczególnego rodzaju instytucji, z której wynika określony status prawny, do umowy cywilnoprawnej i wywołującej skutki prawne rzeczywistej relacji między małżonkami¹⁵⁴. Odinstytucjonalizowanie małżeństwa polega również na tym, że zawieranie, kontynuowanie i rozwiązywanie związku małżeńskiego zależne ma być wyłącznie od woli zainteresowanych osób¹⁵⁵. Małżeństwo przestaje zatem stanowić pewnego rodzaju zobowiązanie społeczne, lecz staje się wyłącznie prywatną sprawą jednostek. Następuje zatem transformacja małżeństwa z „patriar-

¹⁵⁰ Prawo rozwodowe w Estonii, Finlandii, Szwecji czy Hiszpanii nie wymaga żadnych szczególnych powodów dla ustania małżeństwa, a czynnikiem inicjującym postępowanie rozwodowe jest porozumienie między małżonkami albo żądanie obojga lub jednego z nich. Na podstawie informacji dostępnych na stronie Europejskiej Sieci Sądowniczej w sprawach cywilnych i handlowych, https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-pl [dostęp: 26.10.2015].

¹⁵¹ Zwraca na to uwagę między innymi X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 618.

¹⁵² I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 1–2.

¹⁵³ Na ten temat zob. P.R. Amato, *Institutional, Companionate...*, s. 108 i n. O deinstytucjonalizacji małżeństwa wspomina także: M. Andrzejewski, *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)*, [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, W. Góralski (red.), Płock 2016, s. 48; Tenże, *O potrzebie...*, s. 104. Autor dystansuje się jednak od akcentowania deinstytucjonalizacji małżeństwa w Polsce, zwłaszcza w artykule: *O potrzebie zmian...*, *passim*.

¹⁵⁴ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 2; A. Kotlarska-Michalska, *Małżeństwo jako...*, s. 61.

¹⁵⁵ T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 374.

chalnej” instytucji o celach prokreacyjno–wychowawczych w instytucję, która jest sposobem uregulowania związku między dwiema kochającymi się na równych zasadach osobami¹⁵⁶.

Zwolennicy umownego charakteru małżeństwa podkreślają, że takie rozwiązanie umożliwi małżonkom uregulowanie osobistych relacji w sposób najbardziej odpowiadający ich indywidualnym potrzebom i wyznawanym wartościom. Będzie to ponadto służyło nie tylko interesowi państwa poprzez zagwarantowanie większej stabilności rodziny, ale także poczuciu bezpieczeństwa i szczęścia stron umowy małżeństwa. Wskazuje się także, że w pluralistycznym społeczeństwie nie jest możliwe stworzenie jednego, odpowiedniego dla wszystkich wzorca. Ustawodawca konstruując kształt związku małżeńskiego nie uwzględnia bowiem wszystkich potrzeb i oczekiwań swoich obywateli¹⁵⁷.

Przedmiotem wynegocjowanej przez małżonków umowy miałyby być ustalenie indywidualnych i osobistych, także intymnych, aspektów relacji. Wykraczałaby ona zatem poza funkcjonujące od dawna w systemach prawnych umowy o ściśle majątkowym charakterze. Regulacja prawa stanowionego straciłaby w takim przypadku na znaczeniu, ponieważ zarówno zawarcie małżeństwa, jak i jego rozwiązanie rozpatrywane byłoby w świetle prawa zobowiązań. Sądy orzekające w sprawach rodzinnych byłyby bowiem związane treścią zawartej między małżonkami umowy a nie prawną wizją małżeństwa¹⁵⁸. Zgodzić należy się jednak ze stanowiskiem, że swobodnie skonstruowany przez małżonków kontrakt dotyczący ich intymnego pożycia byłby trudnym wyzwaniem interpretacyjnym. Ponadto ustalenie w postępowaniu sądowym zarówno treści, jak i stopnia realizacji umownych postanowień prowadziłyby do poważnej ingerencji w życie prywatne małżonków¹⁵⁹. Tymczasem prawna regulacja małżeństwa obejmuje przede wszystkim te aspekty, które mają znaczenie publiczne a nie wyłącznie indywidualne¹⁶⁰. Z wyżej wskazanych przyczyn, jak niemożność prawnego uznania i sądowego egzekwowania umowy między małżonkami dotyczącej ich intymnego życia, małżeństwo kontraktowe

¹⁵⁶ M. Yuval, *Equality...*, s. 338.

¹⁵⁷ L.J. Weitzman, *The marriage...*, *passim*. Cyt. za: M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract...*, s. 1042–1044. O wpływie negocjowania umowy na większą stabilność relacji na s. 1051.

¹⁵⁸ Tamże, s. 1040–1041. Weitzman jest autorką koncepcji „intymnej umowy” i wyraźnie podkreśla, że ma ona dotyczyć szczegółowych aspektów codziennego życia pary, np. zobowiązania do: nieośmieszania ani niewprowadzania współmałżonka publicznie w zakłopotanie, niezdradzania prywatnych tajemnic, ale także do przerwania każdej ciąży do czasu, aż mąż ukończy studia (s. 1052).

¹⁵⁹ M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract...*, s. 1052–1054.

¹⁶⁰ Tamże, s. 1061–1062.

wydaje się nieprzydatne do praktycznego zastosowania. Proponuje się zatem, aby zainteresowanie państwa umową małżeńską ograniczyć do momentu ustania relacji. Kontrakt małżeński z prawnego punktu widzenia miałby być zatem nie tyle gwarantem trwałości i stabilności rodziny, co formą zapewnienia sobie uporządkowanego sposobu rozwiązywania związku¹⁶¹. W tym kontekście zwraca się uwagę, że następcą tzw. tradycyjnego małżeństwa nie będzie małżeństwo kontraktowe, lecz raczej brak regulacji relacji małżeńskiej¹⁶². Rola państwa miałaby się w takiej sytuacji ograniczać tylko do formalnego uznania związku z minimalnymi wymaganiami dotyczącymi możliwości jego zawarcia i rozwiązania na żądanie, bez regulowania wzajemnych obowiązków stron. Ze statusu małżeńskiego nie miałyby zatem wynikać żadne prawa, obowiązki ani domniemania¹⁶³.

§ 6. PRZYSZŁOŚĆ MAŁŻEŃSTWA

Bez wątplenia współcześnie potrzebna jest debata na temat istoty małżeństwa, stanowiącego do niedawna w państwach europejskich podstawową strukturę społeczną. Małżeństwo jest zbyt ważne, aby pozostawić je ideologom, a wprowadzenie ewentualnych zmian powinno być dokonywane niezwykle ostrożnie¹⁶⁴. Równocześnie warto zauważyć, że instytucja ta jest szczególnie podatna właśnie na wpływy ideologiczne, ponieważ stanowi istotny sposób oddziaływania na społeczeństwo¹⁶⁵.

W literaturze znaleźć można różne propozycje dotyczące przyszłości związku małżeńskiego, rozpoczynając od całkowitej likwidacji tej instytucji, poprzez jej modernizację w kierunku bardziej ponowoczesnym, do zachowania jej w dotychczasowym kształcie¹⁶⁶.

1. MODERNIZACJA MAŁŻEŃSTWA

Jednym ze zjawisk powszechnie występujących w europejskich systemach prawa rodzinnego jest podejmowanie prób modernizacji małżeństwa. Jak już wspo-

¹⁶¹ Tamże, s. 1059–1061.

¹⁶² Na zgłaszane propozycje likwidacji regulacji małżeństwa zwróciła uwagę M. Garrison. Tamże, s. 1049 i wskazana tam literatura.

¹⁶³ M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract...*, s. 1049 i wskazana tam literatura; S. Baskerville, *Conservative misconceptions...*, *passim*.

¹⁶⁴ M. Garrison, *Reviving Marriage...*, s. 282.

¹⁶⁵ L.D. Wardle, *The institution of marriage...*, s. 166.

¹⁶⁶ Na ten temat zob. E.S. Scott, *A World Without...*, *passim*.

mniano, obszar zmian dotyczy w pierwszej kolejności uproszczenia procedur związanych z ustaniem związku małżeńskiego. Drugim etapem przemian jest „otwarcie” małżeństwa dla związków homoseksualnych¹⁶⁷. W konsekwencji porzucenia dotychczasowych funkcji małżeństwa i jego roli społecznej dochodzi się powoli do kontraktowej wizji tego stosunku prawnego, którego skutki mają podlegać swobodnym negocjacjom między małżonkami. Dodatkowo w sferze jurydycznej pojawiły się nowego rodzaju, alternatywne dla małżeństwa, propozycje pozwalające na uregulowanie prawne istniejącej intymnej relacji międzyludzkiej. W tym kontekście pojawia się pytanie, jaka jest ponowoczesna wizja związku małżeńskiego jako stosunku prawnego i jakie rozwiązania prawne uznaje się za najbardziej odpowiednie.

Pierwszą kwestię, na którą zwraca się uwagę, stanowi utrata ekskluzywnego charakteru małżeństwa, które stało się jedną z wielu opcji uregulowania osobisto-majątkowych konsekwencji relacji międzyludzkich.

Po drugie, z instytucji o określonych funkcjach społecznych związek małżeński przekształcany zostaje w instytucję gwarantującą określone profity szczególnie ze strony państwa, które w kontekście zasady równości i zakazu dyskryminacji nie są uzależnione od szczególnej konfiguracji osób w małżeństwie.

Po trzecie, małżeństwo traktowane jest jako umowa gwarantująca ponoszenie odpowiedzialności przez jednostkę za podjęte przez nią decyzje w sferze życia osobistego¹⁶⁸.

W związku z taką zmianą koncepcji małżeństwa, jako jedno z możliwych rozwiązań dla ponowoczesnego prawa rodzinnego, proponuje się zastąpienie małżeństwa szerzej rozumianym związkiem cywilnym. Podstawowym argumentem przemawiającym za przyjęciem wskazanego pomysłu jest to, że w przeciwieństwie do uwarunkowanego historycznie małżeństwa wywodzącego się z regulacji wyznaniowych, związek partnerski jest w pełni nowoczesną konstrukcją podlegającą jedynie prawu państwowemu. Zgodnie z powszechnie obowiązującą w Europie zasadą rozdzielenia kościoła i państwa byłby on „czysto” świecką instytucją. Zwolennicy takiego rozwiązania uważają ponadto, że pozwalałoby ono także na objęcie statusem prawnym związków homoseksualnych z wyłączeniem

¹⁶⁷ Przykładem takiego procesu są zmiany dokonane w 2005 r. w prawie hiszpańskim, w którym zlikwidowano przesłankę winy przy rozwodzie i zliberalizowano przepisy umożliwiające wszczęcie procedury rozwodowej oraz wprowadzono „małżeństwa” homoseksualne. Na ten temat zob. J. Jones, E. Merino-Blanco, *The influence of constitutional law...*, s. 34. Podobne zjawisko miało miejsce we Francji, gdzie od 2013 r. dopuszczalne są „małżeństwa” między osobami tej samej płci, a od stycznia 2017 r. rozwód może mieć miejsce u notariusza.

¹⁶⁸ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 2–3.

opponentom zarzutu zagrożenia dla „odwiecznej” instytucji małżeństwa. Związek partnerski gwarantowałby również uwolnienie relacji od historycznie uwarunkowanych ról przypisywanych małżonkom, dyskryminujących pozycję kobiet. Dostępność takiego związku dla par homoseksualnych miałaby dodatkowy wpływ na zapewnienie równości obu partnerów. W zakresie konsekwencji prawnych związek partnerski korzystałby natomiast ze wszystkich przywilejów przysługujących dotychczas małżeństwu. Zwraca się uwagę, że wprowadzenie nowej instytucji w miejsce małżeństwa nieodpowiadającego potrzebom współczesnego świata i niosącego ze sobą obciążenia sprzeczne z nowoczesnym systemem wartości stanowiłoby rozwiązanie na miarę XXI w.¹⁶⁹

Przyjęcie tego rozwiązania niesie jednak ze sobą niebezpieczeństwa polegające przede wszystkim na tym, że nie do końca można przewidzieć społeczne konsekwencje likwidacji małżeństwa i uregulowania w zamian związku partnerskiego. Po pierwsze, może to spowodować, że osoby uznające małżeństwo za wartość nie będą korzystały z nowej instytucji powołując się na swoje przekonania, co spowoduje wzrost związków nieformalnych. Ponadto nie ma pewności, czy związek partnerski będzie pełnił dotychczasowe istotne społecznie funkcje małżeństwa polegające na pewnej stabilności rodziny budowanej w oparciu o trwałą relację osób gotowych do współpracy dla jej dobra¹⁷⁰.

Ponieważ w praktyce dla wielu osób formalizacja ich relacji nadal ma znaczenie, w Modelowym Kodeksie Rodzinnym, opracowanym przez Komisję Europejskiego Prawa Rodzinnego (Commission on European Family Law – CEFL), zaproponowano, aby małżeństwa i związki pozamałżeńskie uregulować wspólnie pod nazwą „związek partnerski”¹⁷¹. Pod pojęciem tym miałyby się zatem kryć zarówno małżeństwo będące związkiem sformalizowanym, jak i związek o czysto faktycznym charakterze. Związkiem partnerskim byłaby zatem także relacja, w której osoby pozostawałyby przynajmniej 3 lata albo miałyby wspólne dziecko oraz relacja, w której jedna z osób dokonała pewnego nakładu w postaci pieniędzy, mieszkania, pomocy w prowadzeniu działalności lub utrzymaniu dzieci drugiego partnera. Wymienione kryteria, według analizowanej propozycji, należałoby brać pod uwagę rozłącznie¹⁷². Autorzy sami podkreślają trudności z udowodnieniem okoliczności faktycznych, z których miałyby wynikać status prawny, wskazując jednak równocześnie, w jaki sposób można by wykazać istnienie związku. Dowodami potwierdzającymi ten fakt miałyby być: czas trwania związku, rodzaj

¹⁶⁹ Na ten temat także zob. E. S. Scott, *A World Without...*, *passim*.

¹⁷⁰ Tamże.

¹⁷¹ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 7.

¹⁷² Tamże, s. 8.

i intensywność wspólnego zamieszkiwania, łącząca partnerów relacja seksualna, istniejąca zależność finansowa, nabywanie i korzystanie ze wspólnego majątku, obustronne zaangażowanie we wspólne życie, wykonywanie obowiązków domowych, zauważalne zewnętrznie aspekty związku. Równocześnie zaznacza się jednak, że żadna ze wskazanych okoliczności ani nawet ich kombinacja nie mogą mieć decydującego znaczenia¹⁷³. Pojawia się jednak pytanie, jakie miałyby być czytelne kryterium odróżniające związek partnerski wywołujący skutki prawne od innych faktycznych relacji międzyludzkich¹⁷⁴.

W tym kontekście małżeństwo miałyby być jedną z form związku partnerskiego między dwiema osobami tej samej lub odmiennej płci, zawierany przed kompetentnym urzędnikiem zgodnie z odpowiednią procedurą. Dopuszczalna byłaby tylko forma cywilna zawarcia małżeństwa, zachowanie innej formy powodowałoby natomiast nieważność małżeństwa, rozumianą jako jego nieistnienie¹⁷⁵. Należy jednak zwrócić uwagę, że w takiej sytuacji małżeństwo zawarte wyłącznie w formie wyznaniowej i tak wywoływałoby skutki prawne jako związek faktyczny, o którym mowa w projekcie.

Do zawarcia małżeństwa niezbędne byłoby wyrażenie zgody obu zainteresowanych osób, z której autorzy Modelowego Kodeksu Rodzinnego wyprowadzają kontraktowy charakter tego związku, podkreślając, że w ten sposób małżeństwo postrzega większość obowiązujących regulacji prawnych. Do wyrażenia zgody wymagana byłaby nadal zdolność do czynności prawnych oraz możliwość zrozumienia znaczenia zawarcia związku małżeńskiego¹⁷⁶. Małżeństwo różniłoby się zatem od innych rodzajów związku partnerskiego sformalizowanym sposobem rozpoczęcia, obejmującym także ustalenie braku określonych przeszkód (ograniczonych do wieku, pozostawania w związku małżeńskim i pokrewieństwa) oraz procedurą rozwodową¹⁷⁷. Kwestie te nie dotyczyłyby natomiast, zgodnie z zaproponowanymi rozwiązaniami prawnymi, związków faktycznych. Oznaczałoby to, że partnerzy spokrewnieni lub nie mający ukończonych 18 lat, a także żyjący równocześnie w kilku związkach i tak mogliby korzystać z przewidzianych skutków prawnych na równych zasadach jak małżonkowie. Konsekwencje zarówno małżeństwa, jak i związków niesformalizowanych miałyby być bowiem identyczne. Trudno oprzeć

¹⁷³ Tamże, s. 8–9.

¹⁷⁴ Trudności definicyjne wskazywane są jako powód odrzucenia w 1994 r. propozycji zmiany art. 6 niemieckiej konstytucji, aby ochroną prawną objąć nie tylko małżeństwo, ale także konkubinaty. J. Jones, E. Merino-Blanco, *The influence of constitutional law...*, s. 26.

¹⁷⁵ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 12.

¹⁷⁶ Tamże, s. 13.

¹⁷⁷ Tamże, s. 16–19, 22–32.

się wrażeniu, że wprowadzenie zaproponowanych w Modelowym Kodeksie Rodzinnym rozwiązań doprowadziłoby prędzej czy później do zaniku małżeństwa. Odpowiada to reprezentowanej przez niektórych autorów wizji modernizacji prowadzącej do ostatecznej likwidacji związku małżeńskiego¹⁷⁸.

2. LIKWIDACJA MAŁŻEŃSTWA

Najdalej idącą propozycją dotyczącą przyszłości stosunku prawnego małżeństwa jest jego likwidacja. W literaturze poddaje się niekiedy w wątpliwość potrzebę regulacji prawnej tej intymnej relacji międzyludzkiej¹⁷⁹. Nie jest to nowy pomysł, gdyż pojawił się w drugiej połowie XX w. wraz z rewolucją seksualną i ideologią tzw. „wolnej miłości”, z którymi w sprzeczności pozostawał sformalizowany, monogamiczny i trwały związek między kobietą i mężczyzną. Współcześnie zmieniły się jedynie nieco argumenty uzasadniające to rozwiązanie, gdyż podkreślają one przede wszystkim dyskryminujący charakter związku małżeńskiego.

W tym nurcie uznaje się małżeństwo za instytucję skompromitowaną ze względu na nierówną pozycję kobiety w relacji małżeńskiej oraz przypisywane jednostkom konkretne role męża i żony zależne od płci¹⁸⁰. Nakładanie jakichkolwiek obowiązków i funkcji zdeterminowanych jako męskie i żeńskie pozostaje

¹⁷⁸ M. Antokolskaia, *Harmonisation of family law...*, s. 23. Autorka sceptycznie odnosi się do możliwości określenia granic modernizacji związku małżeńskiego. Rozważa natomiast likwidację procedury zawarcia małżeństwa i rozwodu jako instytucji prawnych a wprowadzenie ochrony prawnej związków faktycznych. R. Auchmuty, przywołując sprawę *Wilkinson v. Kitzinger*, podkreśla, że poszerzenie dostępności małżeństwa dla innych związków międzyludzkich doprowadzi ostatecznie do dekonstrukcji tej instytucji. R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 491.

¹⁷⁹ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 5.

¹⁸⁰ J. Stacey, *Good Riddance to „The Family”*. A Response to David Popenoe, „Journal of Marriage and Family” 1993, nr 3, s. 545–547; R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 497; M.A. Fineman, *The neutered mother other, the sexual family, and other twentieth century tragedies*, Nowy Jork 1995. Cyt. za: K.A. Bamberger, *The neutered mother, the sexual family and other twentieth century tragedies (Book Review) (Undetermined)*, *Harvard Women's Law Journal* 1996, vol. 19, s. 321, <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1947> [dostęp: 12.07.2017]. Autorka twierdzi, że jedynym sposobem na porzucenie głęboko zakorzenionego społecznie podziału ról ze względu na płeć, jest zniesienie instytucji małżeństwa jako kategorii prawnej. Relacje między dorosłymi nie powinny podlegać prawu ani być szczególnie uprzywilejowywane przez państwo. Jedynie diada pomiędzy matką a dzieckiem powinna znajdować się pod jego szczególną ochroną. Potwierdza to tezę X. Lacroix, że żyjemy obecnie w czasach promocji rodziny zbudowanej w oparciu o „matkocentryzm” a nawet matriarchat X. Lacroix: *Le mariage...*, s. 621.

bowiem w sprzeczności z ponowoczesną wizją człowieka tworzoną przez tzw. „gender studies” czy też „ideologię gender”. Niektórzy autorzy wskazują jednak, że przypisywane małżonkom zadania „partnera karmiciela” i „partnera prowadzącego dom” niekoniecznie muszą wiązać się z płcią, lecz mogą dotyczyć każdej żyjącej w „małżeństwie” pary, ponieważ podejmowane przez małżonków funkcje wynikają z istoty tego związku. Przyczynę takiej sytuacji upatruje się w przyjęciu koncepcji niezależności ekonomicznej rodziny i ograniczenia wsparcia finansowego państwa¹⁸¹. Źródłem tego podziału ról pozostaje zatem nadal instytucja małżeństwa.

Podkreśla się ponadto, że deregulacja małżeństwa uzasadniona jest spadkiem znaczenia tego stosunku prawnego jako gwaranta bezpieczeństwa ekonomicznego rodziny w ponowoczesnym społeczeństwie¹⁸².

Kolejnym argumentem przywoływanym za likwidacją małżeństwa jest zarzut dyskryminacji osób żyjących w związkach pozamałżeńskich, osób samotnych, rozwiedzionych, a nawet rodzeństwa już poprzez sam fakt istnienia tej instytucji¹⁸³. Osoby te bowiem, mimo że pozostają w bliskich relacjach emocjonalnych, a zatem, w świetle analizowanej koncepcji, znajdują się w podobnej sytuacji, nie korzystają z przywilejów wynikających ze statusu małżeńskiego, przez co są nierówno traktowane. Szczególne znaczenie przyznawane jest w tym przypadku dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Zgodzić należy się z tezą, że przy takim rozumieniu zasady równego traktowania, dopiero usunięcie regulacji prawnej dotyczącej małżeństwa gwarantowałoby osiągnięcie rzeczywistej równości¹⁸⁴.

Jeszcze inne uzasadnienie przemawiające za wyeliminowaniem małżeństwa z systemu prawnego, opiera się na twierdzeniu, że religijne korzenie małżeństwa nadal wpływają na jego cywilny kształt i naruszają zasadę świeckości prawa państwowego. W tym kontekście jako alternatywę dla małżeństwa wskazuje się

¹⁸¹ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 492.

¹⁸² M. Yuval, *Equality...*, s. 32.

¹⁸³ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 494. Autorka przywołuje zdanie M. Barretta i M. Mcintosh, zgodnie z którym *przywileje przyznane rodzinie wiążą się z cierpieniami tych, którzy są wykluczeni* (tłum. M.Ł.-P.). Zdecydowanie przeciwko utrzymaniu instytucji małżeństwa i otwieraniu jej na związki homoseksualne jest N. Polikoff, która uważa, że to rozwiązanie nadal będzie uprzywilejowywać niektórych kosztem pozostałych, prowadząc do dyskryminacji osób nieżyjących w małżeństwie. N. Polikoff, *Ending Marriage as We Know It*, „Hofstra Law Review” 2003, t. 32, nr 1, s. 203, <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol32/iss1/9> [dostęp: 22.09.2018].

¹⁸⁴ M.A. Fineman, cyt. za: K.A. Bamberger, *The neutered mother...*, s. 321, 326 oraz wskazana tam literatura.

niekiedy związek partnerski, ponieważ jest on wolny od konotacji religijnych, nie kojarzy się z obowiązkiem wierności, a nawet w ogóle z aktywnością seksualną, gwarantuje natomiast partnerską równość. Jest zatem atrakcyjniejszy zarówno dla par hetero- jak i homoseksualnych¹⁸⁵.

Przeciwko utrzymaniu prawnej regulacji małżeństwa przemawia także powszechnie zauważalny spadek społecznego zainteresowania tym stosunkiem prawnym i pojawienie się nowych form życia rodzinnego. Małżeństwo jawi się bowiem w wachlarzu innych możliwości jako propozycja staromodna lub co najwyżej obojętna, w związku z czym „skazana na wymarcie”¹⁸⁶. Rozważa się zatem rezygnację z przepisów dotyczących zawarcia małżeństwa i rozwodu na rzecz wprowadzenia ochrony prawnej związków faktycznych¹⁸⁷. Znajduje to swój wyraz w nadawaniu pierwszeństwa prywatnemu, autonomicznemu uregulowaniu sfery życia osobistego oraz założeniu, że gdy pojawia się sytuacja konfliktowa, należy brać pod uwagę nie status prawny, lecz istniejącą relację¹⁸⁸. Ingerencji prawnej wymagają zatem określone sytuacje faktyczne, z którymi powinny się wiązać ewentualne prawa i obowiązki, do takich przypadków należą narodziny dziecka, rozpad związku albo śmierć jednego z partnerów¹⁸⁹.

Likwidacja stosunku prawnego małżeństwa byłaby również uzasadniona ze względu na chęć uniknięcia poszerzania tej instytucji na inne relacje neodpowiadające jej istocie. Skoro małżeństwem miałyby być każda bliska więź międzyludzka, to zgodzić należy się z tezą, że *pomysł stworzenia jednej wspólnej struktury dla wszystkich relacji intymnych jest z natury swej przejawem despotyzmu*¹⁹⁰. Przyznać także trzeba, że prawo prędzej czy później okazałoby się niedoskonałym narzędziem w tej materii. W tym kontekście rezygnacja z prawnej regulacji małżeństwa wiązałaby się również z utratą interesu państwa w zajmowaniu się instytucją o wyłącznie prywatnym charakterze i indywidualnym znaczeniu, nieniosącej ze sobą żadnych potencjalnych korzyści społecznych¹⁹¹.

¹⁸⁵ Takie stanowisko przywołuje E.S. Scott, *A World Without...*, *passim*.

¹⁸⁶ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 497.

¹⁸⁷ M. Antokolskaia, *Harmonisation of family law...*, s. 23.

¹⁸⁸ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 2.

¹⁸⁹ R. Probert, A. Barlow, *Displacing marriage...*, s. 163; K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 368.

¹⁹⁰ L.J. Weitzman, *The marriage...*, *passim*. Cyt. za: M. Garrison, *Marriage. The Status of Contract...*, s. 1047.

¹⁹¹ Tamże, s. 1042. Autorka zwraca uwagę, że skoro państwo nie ma interesu w uwzględnieniu skuteczności swobodnie wynegocjowanych przez małżonków umów małżeńskich, nie

Wylimitowanie małżeństwa z systemu prawnego jawi się jako logiczna konsekwencja ponowoczesnej wizji intymnych relacji międzyludzkich budowanych na priorytecie samorealizacji oraz zaspokajaniu indywidualnych potrzeb emocjonalnych i seksualnych jednostki, odrzuceniu wszelkich ról społecznych, do których realizacji byłaby ona zobligowana, a także „prywatyzacji” małżeństwa polegającej na zanegowaniu jego społecznych funkcji. Związek małżeński w takiej sytuacji staje się elementem sfery życia osobistego lub religijnego, a łączenie z tym faktem szczególnych konsekwencji prawnych traci swoje uzasadnienie¹⁹².

Nie można jednak pominąć argumentów przeciwko likwidacji prawnie uregulowanego związku małżeńskiego. Po pierwsze, na takie rozwiązanie nie pozwalają standardy międzynarodowe przewidujące prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Instytucję tę powinno się wszakże rozpatrywać w świetle przyjętej tam wizji, która odpowiada tzw. tradycyjnemu czy klasycznemu modelowi małżeństwa. Jeżeli jednak zasada równego traktowania, rozumiana w sposób ponowoczesny, ma mieć charakter nadrzędny wobec przyznanych człowiekowi konkretnie określonych praw, jej realizacja może prowadzić do likwidacji regulacji prawnej uznanej za dyskryminującą.

Przeciwko rezygnacji z instytucji małżeństwa podaje się także inne argumenty. W świetle przeprowadzonych badań okazuje się, że związki zalegalizowane są trwalsze, oferują członkom swoich rodzin, szczególnie tym niesamodzielnym (dzieciom, osobom starszym czy z niepełnosprawnością), większą pomoc niż związki niesformalizowane. Tak funkcjonująca rodzina odsuwa na dalszy plan obowiązki państwa w tym zakresie¹⁹³. Pojawia się jednak pytanie, czy przywołane wnioski dotyczą badań wyłącznie nad małżeństwami heteroseksualnymi, czy obejmowały także te między osobami tej samej płci. Należałoby zatem ustalić, czy szczególna funkcja opiekuńcza wynika z samego faktu legalizacji relacji, czy raczej z charakteru związku pomiędzy kobietą i mężczyzną, którzy w zasadzie od zawsze w społeczności, do której należeli, mieli za zadanie zapewnienie ciągłości rodziny oraz okazywanie troski o jej członków.

będzie skore do wprowadzania takiego sposobu regulacji relacji intymnych. Powołuje się zatem na interes państwa w utrzymaniu takiej a nie innej wizji małżeństwa.

¹⁹² R. Probert, A. Barlow, *Displacing marriage...*, s. 163 i przywołana tam literatura.

¹⁹³ E.S. Scott, *A World Without...*, *passim*.

3. KONSERWACJA¹⁹⁴ MAŁŻEŃSTWA

Trzecia wizja dotycząca przyszłości małżeństwa to utrzymanie dotychczasowego prawnego kształtu tej relacji międzyludzkiej wynikającego z posiadanych przez nią, przedstawionych powyżej, cech służących realizacji oczekiwanych funkcji społecznych.

Broniąc tzw. tradycyjnego czy klasycznego modelu małżeństwa jako instytucji zastanej, a przy tym spójnej, mającej określone cele społeczne, podejmuje się działania służące jego ochronie i promocji. W tym kontekście należy zwrócić szczególną uwagę na głosy w debacie dotyczącej przede wszystkim heteroseksualności i trwałości małżeństwa. Podkreślenia wymaga fakt, że dyskusja na ten temat wykracza poza ramy uniwersyteckich badań naukowych czy podejmowanych działań legislacyjnych, angażując w istotnym zakresie znaczną część społeczeństwa¹⁹⁵.

W odniesieniu do propozycji utrzymania instytucji małżeństwa w jej dotychczasowym, wynikającym z natury tego związku kształcie, warto przywołać niezwykle istotną zasadę, że to zmiana obowiązującego prawa wymaga uzasadnienia, a nie odwrotnie¹⁹⁶. Przedstawiane argumenty za rewolucyjną przemianą fundamentalnego dla społeczeństwa stosunku prawnego wydają się nieprzekonujące, a stawiane przez reformatorów cele możliwe do osiągnięcia poprzez wykorzystanie dostępnych instrumentów prawnych. Trudne do przewidzenia konsekwencje nie do końca przemyślanych doświadczeń z zakresu inżynierii społecznej¹⁹⁷ powinny stanowić czerwone światło dla podejmowania zabiegów legislacyjnych w tym zakresie.

¹⁹⁴ Słowo *konserwacja* oznacza *zabiegi mające na celu utrzymanie czegoś w dobrym stanie*, *Konserwacja*, [w:] *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/konserwacja.html>, [dostęp: 20.01.2019]; także: *zespół czynności zabezpieczających coś [...] przed zniszczeniem, psuciem się, utratą wartości*. *Konserwacja*, [w:] *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pl/konserwacja> [dostęp: 20.01.2019].

¹⁹⁵ W tym kontekście warto zwrócić uwagę na zaangażowanie społeczne, takie jak np. *La manife pour tous* we Francji, *Family Day* we Włoszech, Inicjatywa Obywatelska na rzecz Rodziny i Praw Dziecka w Słowenii, czy na terenie Polski działalność Fundacji Mama i Tata.

¹⁹⁶ P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego”...*, s. 238. W innym artykule autor podkreśla, że zmiana prawa wymaga znalezienia przekonującej odpowiedzi na pytanie „dlaczego tak?”. Tenże, *O postulatach zaświadczenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego o możliwości zawarcia za granicą małżeństwa bez względu na płeć nupturienta*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego...*, s. 471.

¹⁹⁷ T. Sokołowski, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, s. 24. O atrakcyjności małżeństwa jako przedmiotu inżynierii społecznej podatnego na wpływy ideologiczne pisze także L.D. Wardle, *The institution of marriage...*, s. 167–168.

§ 7. DEFINICJA MAŁŻEŃSTWA W POLSKIM PRAWIE

Polskie prawo nie przewiduje kompleksowej legalnej definicji małżeństwa, cechy charakteryzujące ten stosunek prawny można natomiast wyinterpretować z obowiązujących przepisów¹⁹⁸. Zachęca to przede wszystkim przedstawiciele doktryny do podejmowania prób zdefiniowania pojęcia „małżeństwo”.

Rozpoczynając od wizji małżeństwa w kontekście konstytucyjnym, należy zwrócić uwagę, że większość autorów wskazuje, że art. 18 ustawy zasadniczej zawiera definicję małżeństwa będącego związkiem kobiety i mężczyzny¹⁹⁹. Z przepisu tego wynika zatem, że cechami charakteryzującymi małżeństwo jest jego heteroseksualność i monogamiczność²⁰⁰. Podkreśla się także, że w konstytucji przyjęto tzw. tradycyjne rozumienie małżeństwa i rodziny²⁰¹, ponieważ to właśnie połączenie małżeństwa z jego konkretnymi funkcjami społecznymi stanowi podstawę wyróżnienia tej relacji międzyludzkiej szczególnym statusem praw-

¹⁹⁸ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 180; T. Smyczyński, *Ochrona rodziny w Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2, s. 7. Autor podkreśla, że ustawodawca, mimo iż nie definiuje małżeństwa, *kształtuje prawny model małżeństwa obowiązujący w danym państwie*.

¹⁹⁹ W ten sposób zob. P. Winczorek, *Komentarz...*, s. 31; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012, s. 770–772; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. 1, L. Garlicki, M. Zubik, i in. (red.), Warszawa 2016, s. 491–492; W. Borysiak, [w:] *Artykuł 18, Konstytucja RP*, t. 1, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 477; T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 239. Inaczej: J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa w prawie polskim. Uwagi na tle art. 18 Konstytucji RP*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Zollowi*, Z. Cwiakalski, J. Posłuszny (red.), Przemysł–Rzeszów 2012, s. 86; E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 339.

²⁰⁰ Obie cechy wynikają z art. 18 konst. – zwracają na to uwagę: B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7, s. 358; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 147. Zaskakuje natomiast interpretacja art. 18 konst. wskazująca wyłącznie heteroseksualność małżeństwa: A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 772, przypis 53; G. Kowalski, *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie przemian*, P. Kasprzyk, P. Wiśniewski (red.), Lublin 2009, s. 51; S. Kalus, *Konstytucyjne źródła zasad polskiego prawa rodzinnego*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Prof. Józefa Nowackiego*, I. Bogucka, Z. Tobor (red.), Kraków 2003, s. 102; J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 86; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 492–493.

²⁰¹ B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe...*, s. 353; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 147.

nym²⁰². W art. 18 konst. wskazano na ścisły związek pomiędzy małżeństwem, rodzicielstwem i rodziną uznając je za *instytucje kluczowe dla naszej cywilizacji*²⁰³. Nałożony na państwo obowiązek szczególnej opieki i ochrony oznacza, że przyjęte regulacje prawne powinny służyć umacnianiu więzi pomiędzy małżonkami oraz rodzicami i dziećmi, a także wspierać realizację wzajemnych praw i obowiązków wynikających z istoty małżeństwa i rodzicielstwa²⁰⁴. Ustawodawca *musi więc uwzględnić przyjętą w Konstytucji RP wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo*²⁰⁵. Należy także wyraźnie zaznaczyć, że małżeństwo w tzw. tradycyjnym ujęciu jest „pojęciem zastanym”²⁰⁶ występującym od wieków, przejętym jedynie do systemu prawnego.

Konstytucja określa ogólne ramy instytucji małżeństwa, pełniejszy obraz małżeństwa można natomiast ustalić na podstawie analizy przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁰⁷. Wśród występujących w doktrynie ujęć wyróżnić można takie, które skupiają się bardziej na relacji łączącej małżonków. Do tej kategorii należy np. określenie, że małżeństwo to *powstały z woli małżonków, ale w sposób sformalizowany, trwały związek kobiety i mężczyzny, będący także stosunkiem prawnym o charakterze wzajemnym; związek ten polega na maksymalnym zespoleniu małżonków w sferze ich stosunków osobistych oraz poważnym*

²⁰² A. Mączyński, *Konstytucyjne...*, s. 771; B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe...*, s. 358. Ostatni autorzy podkreślają, że *państwo od wieków wspierając małżeństwo dostrzegало korzyści dla społeczeństwa z istnienia sformalizowanego związku kobiety i mężczyzny, związku trwałego i stabilnego, w którym małżonkowie wspierają się wzajemnie, dzieląc obowiązkami i zarządzając wspólnym majątkiem, opiekują się dziećmi, jeżeli takie pojawią się w ich związku.*

²⁰³ Tamże, s. 353; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 466; M. Zubik, *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2, s. 41.

²⁰⁴ Wyrok TK z 25.07.2013 r. P 56/11, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2013, nr 6, poz. 85.

²⁰⁵ Wyrok TK z 12.04.2011 r. SK 62/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2011, nr 3, poz. 22.

²⁰⁶ W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 478; B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe...*, s. 352; S. Hypś, *Małżeństwo monogamiczne jako dobro chronione w polskim prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Alicji Grzeszkowiak*, A. Dębiński, M. Gałązka, R. G. Hałas, K. Wiak (red.), Lublin 2006, s. 213 i przywołany tam F. D’Agostino, *Una filozofia della familia*, Milano 2003, s. 47 i n. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na trafną konstatację P. Kasprzyka, który stwierdził, że *trudno by było doszukać się początków małżeństwa*. P. Kasprzyk, *Separacja prawna...*, s. 19.

²⁰⁷ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst ujedn. Dz. U. 2017 poz. 682.

powiązaniu w sferze stosunków majątkowych; obydwa partnerzy tego związku mają przy tym równorzędną pozycję²⁰⁸. Na więź łączącą małżonków zwrócono uwagę także w innej wypowiedzi, zgodnie z którą małżeństwem jest uznany i regulowany przez przepisy prawa związek kobiety i mężczyzny, sankcjonujący ich wzajemne, niepodzielne i trwałe współżycie²⁰⁹.

Druga kategoria wypowiedzi odwołuje się natomiast dodatkowo do funkcji społecznych małżeństwa. Jako przykład wskazać można pogląd, którego autor uznaje związek małżeński za *trwały stosunek prawny łączący zwykle dożywotnio mężczyznę i kobietę, którzy z zachowaniem konstytutywnych przesłanek przewidzianych w przepisach k.r.o. dokonali czynności prawnej zawarcia małżeństwa i w następstwie jej dokonania stali się równouprawnionymi podmiotami kompleksu praw i obowiązków małżeńskich dla optymalnej realizacji funkcji społecznych założonej przez ich związek rodziny*²¹⁰. W podobny sposób przedstawiono małżeństwo jako *trwały, ale nie nierozzerwalny, legalny związek mężczyzny i kobiety, powstały z ich woli, jako równoprawnych stron, w celu wspólnego pożycia, realizacji dobra małżonków, dobra założonej rodziny i jej celów społecznych*²¹¹.

Analizując występujące w doktrynie opisy małżeństwa warto zwrócić uwagę, że w rzeczywistości wszystkie one odwołują się do istotnych właściwości tej instytucji, które pozwalają na odróżnienie jej od innych relacji międzyludzkich. Należą do nich dobrowolny, ale sformalizowany charakter zawarcia tego związku, jego monogamiczność, heteroseksualność, trwałość i świeckość. Autorzy odwołują się także do skutków zawarcia związku małżeńskiego polegających na powstaniu praw i obowiązków o charakterze osobistym i majątkowym, które przysługują i obciążają małżonków zgodnie z zasadą równouprawnienia²¹².

W polskiej doktrynie prawniczej panuje także zgodność w kwestii odwoływania się do funkcji społecznych²¹³ małżeństwa jako związku inicjującego powstanie

²⁰⁸ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 180.

²⁰⁹ B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego*, Warszawa 1971, s. 23.

²¹⁰ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego*, J.S. Piątkowski (red.), Wrocław 1985, s. 38–39; zob. Tenże, [w:] J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 37; Autor podkreśla, że *model rodziny stanowi [...] kategorię sprzężoną z jej funkcjami: służąc prawidłowemu spełnieniu przez rodzinę przypadających jej w udziale [...]*. Tenże, *Rodzina i dziecko...*, s. 438.

²¹¹ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2011, s. 38.

²¹² J. Gajda, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 72; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014..., s. 19. Autor podkreśla, że *właściwsze jest nie tyle definiowanie pojęcia małżeństwa, ile wskazanie na jego cechy, wyróżniające tę instytucję wśród innych*.

²¹³ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 34; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne...*, s. 28–29; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 4–5; Tenże, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza...*, s. 38;

rodziny²¹⁴. Podkreśla się również znaczenie małżeństwa jako czynnika stabilizującego stosunki społeczne²¹⁵.

Jeżeli chodzi o charakter prawny małżeństwa opisywany w literaturze, bywa on ujmowany na kilka sposobów. Po pierwsze, małżeństwo traktuje się jako umowę cywilnoprawną o szczególnym charakterze, która z tego względu powinna być uregulowana w nieco odmienny sposób niż pozostałe umowy²¹⁶.

Po drugie, małżeństwo uznaje się za osobną instytucję prawną, która nie ma charakteru kontraktowego, a której powstanie, ustanie i skutki regulowane są przez bezwzględnie obowiązujące przepisy szczególne²¹⁷. W tym ujęciu „swoboda” małżonków ogranicza się do decyzji o wyborze współmałżonka i zawarciu związku, a w kontekście skutków prawnych małżeństwa obejmuje wybór nazwiska oraz ustroju majątkowego.

Koncepcja pośrednia zakłada, że małżeństwo ma dwojaki charakter. W zakresie regulacji dotyczącej zawarcia jest to umowa cywilnoprawna, natomiast w zakresie praw i obowiązków – innego rodzaju instytucja precyzyjnie uregulowana przez prawo²¹⁸.

Należy opowiedzieć się po stronie drugiej ze wskazanych koncepcji. Małżeństwo jest zatem szczególną instytucją uregulowaną bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa rodzinnego, która wywołuje konsekwencje prawne skuteczne nie tylko między samymi małżonkami, ale *erga omnes*. Małżonkowie nie mają możliwości swobodnego ukształtowania łączącej ich relacji, nie przysługuje im także prawo do przymusowego wyegzekwowania obowiązków ciążących na współmałżonku, a łączące ich wzajemne prawa i obowiązki nie mają charakteru

J. Gajda, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 70; Tenże, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 84. Wśród tych funkcji wymienia się najczęściej: prokreacyjną, wychowawczo-opiekuńczą i ekonomiczną. W ten sposób także zob. *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich” oraz „przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich”* z 10.05.2012 r., BSA I-021-123-124/12, Druk Sejmu VII kadencji, nr 552, s. 5. Zwrócono w niej uwagę, że *małżeństwo w sytuacjach typowych, oczekiwanych przez ustawodawcę ma realizować funkcję prokreacyjną i opiekuńczo-socjalizacyjną. Służyć powinno rodzinie powstałej w skutek jego zawarcia, co potwierdza między innymi, brzmienie art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego [...]*.

²¹⁴ B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe...*, s. 356. Autorzy podkreślają, że *przyjmuje się, raczej bez wątpliwości, że w polskim systemie prawnym czynnością fundującą rodzinę jest zawarcie małżeństwa*.

²¹⁵ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 30; H. Domański, D. Przybysz, *Homogamia małżeństwa a hierarchie społeczne*, Warszawa 2007, s. 13.

²¹⁶ Na ten temat zob. A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 8.

²¹⁷ Tamże.

²¹⁸ Tamże.

ekwiwalentnego²¹⁹. Zawierając związek małżeński strony tego stosunku prawnego nie mogą również określić czasu trwania ich małżeństwa ani okoliczności uzasadniających rozstanie czy też procedury związanej z takim rozstaniem. Należy zgodzić się także ze stwierdzeniem, że zwykła, nienazwana umowa cywilnoprawna wykreowana przez strony zgodnie z zasadą swobody umów nie jest właściwym sposobem na zobowiązanie *do dożgonnego wspólnego życia, wzajemnej wierności i lojalności, zakazującej wstępowania w konkurencyjne związki formalne i relacje faktyczne*²²⁰. Ponadto z małżeństwa wynikają dla małżonków określone obowiązki nie tylko wobec siebie wzajemnie i stworzonej przez ich małżeństwo rodziny, ale także, w sposób pośredni, wobec społeczeństwa. Dlatego też *zawarcie małżeństwa nie może być traktowane jako umowa, której treść i ustanie zależy wyłącznie od woli stron*²²¹.

Trafnie zwrócono także uwagę, że *związek tak szeroko ograniczający wolność samych stron tego stosunku musi mieć swoją podstawę prawną w akcie wyższego rzędu – właśnie w Konstytucji RP*²²². Źródłem powstania stosunku prawnego małżeństwa i wynikających z niego określonych praw i obowiązków małżeńskich jest bowiem w świetle prawa nie umowa konstruująca stosunek zobowiązaniowy, lecz czynność prawna zawarcia małżeństwa dokonana w przewidziany przez prawo sposób²²³. Przepisy prawa określają także skutki prawne zawartego związku. Małżeństwo jest zatem stosunkiem prawnym sformalizowanym zarówno w odniesieniu do czynności inicjującej jego powstanie jak i jego konsekwencji prawnych.

Podsumowując, w polskiej doktrynie wyraźnie podkreśla się, że małżeństwo stanowi fundamentalną instytucję prawa rodzinnego pełniącą rolę czynnika porządkującego stan cywilny i stabilizującego ład prawny w społeczeństwie. Jest ponadto trwałym elementem struktury społecznej i jako stosunek prawny ma do spełnienia istotne funkcje nie tylko wobec małżonków oraz ich dzieci, ale także wobec społeczeństwa i państwa²²⁴.

²¹⁹ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 74.

²²⁰ B. Banaszek, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013 nr 3, s. 610.

²²¹ *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich”...*, s. 3–4. W ten sposób także B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2011, s. 375.

²²² W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 479.

²²³ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 74.

²²⁴ J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 84; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza...*, s. 38.

W kontekście toczącej się na arenie międzynarodowej debaty wokół instytucji małżeństwa pojawia się pytanie o możliwość dokonania oraz kierunek ewentualnej modernizacji polskiego prawa rodzinnego, biorąc pod uwagę, że polska wizja tego stosunku prawnego odpowiada krytykowanemu tzw. tradycyjnemu czy klasycznemu modelowi. Podkreślić należy, że granice wyznacza przede wszystkim ustawa zasadnicza, ukazująca małżeństwo jako monogamiczny związek kobiety i mężczyzny inicjujący powstanie rodziny. Nie można jednak pominąć pozostałych cech stanowiących elementy definiujące małżeństwo, takich jak formalizm zawarcia czy trwałość tego związku, mających głębokie zakorzenienie kulturowe.

Ustawodawca polski ma zatem szeroki zakres luzu decyzyjnego²²⁵, nie powinien jednak naruszać istotnych właściwości związku małżeńskiego. Warto podkreślić, że instytucja małżeństwa jest na tyle społecznie ugruntowana, że od daty uchwalenia kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nie przechodziła jakichś szczególnie rewolucyjnych zmian, które w znaczący sposób zmieniłyby koncepcję tego stosunku prawnego. Po przemianach ustrojowych z 1989 r. dopiero w 1998 r. wprowadzono nową formę zawarcia małżeństwa przed duchownym oraz instytucję separacji, a także uregulowano skutki wad oświadczenia woli zawarcia małżeństwa. W 2004 r. dokonano natomiast istotnej zmiany regulacji stosunków majątkowych małżeńskich, dostosowując je do potrzeb nowej rzeczywistości gospodarczej.

Odnosząc się do zgłaszanych w literaturze obcej propozycji likwidacji instytucji małżeństwa wskazać należy, że w świetle zasady konstytucyjnej wynikającej z art. 18 ustawy zasadniczej raczej nie jest to na gruncie polskiego prawa możliwe. Przepis ten konstruuje bowiem *prawny obowiązek państwa ustanowienia odpowiednich instytucji prawnych zapewniających trwale miejsce małżeństwu, rodzinie, macierzyństwu i rodzicielstwu w polskim systemie prawnym*²²⁶.

§ 8. PODSUMOWANIE

Jak już wspomiano, małżeństwo jako zjawisko społeczne stanowi przedmiot zainteresowania wielu dziedzin nauki, takich jak socjologia, psychologia czy medycyna. Przedstawiciele każdej z tych dyscyplin dochodzą do pewnych wniosków lub konstruują określone tezy. Z jednej strony ważne jest, aby ustawodawca

²²⁵ Z. Radwański, *Konstytucyjna ochrona małżeństwa, macierzyństwa i rodziny*, [w:] *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej profesora Jana J. Wiñiarza*, S. Wójcik (red.), Warszawa 1990, s. 234; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 479.

²²⁶ Tamże, s. 466.

nie pomijał efektów takich badań i analiz, reagował na uzasadnione propozycje i uwzględniał potrzeby społeczne. Musi jednak równocześnie stać na straży ustalonego porządku i ostrożnie badać ewentualne skutki radykalnych zmian sugerowanych przez inne dziedziny nauki. Reakcja prawa na przemiany i trendy społeczne powinna być zatem szczególnie ostrożna. Tytułem przykładu wskazać można, że w latach 60. i 70. XX w. wraz z rewolucją seksualną i promocją tzw. „wolnej miłości” zanegowano potrzebę istnienia małżeństwa jako instytucji zniewalającej i opresyjnej²²⁷. Podważano w ogóle sensowność i konieczność jej utrzymywania w nowoczesnym świecie²²⁸.

Obecnie, w dobie tzw. ponowoczesności, zwraca się natomiast uwagę na konieczność poszerzenia tej niezwykle istotnej instytucji społecznej na inne relacje międzyludzkie w ramach realizacji zasad równego traktowania²²⁹. Wskazuje się na występujące w praktyce alternatywne rodzaje „małżeństw” i życia „rodzinnego”²³⁰. Brak uregulowania prawnego w tym zakresie traktuje się jako przejaw dyskryminacji i pokrzywdzenia osób żyjących w tego typu związkach faktycznych. Podkreśla się także, że *system prawny demokratycznego państwa powinien zapewniać obywatelom możliwość ochrony i realizacji ich interesów oraz potrzeb w maksymalnym stopniu, o ile nie godzi to w inne konkurujące z tym interesy lub dobra*²³¹. Nastroje społeczne i pewne trendy mają jednak to do siebie, że ulegają łatwo zmianom (od negacji małżeństwa do wyniesienia go do rangi instytucji gwarantującej jednostce poczucie samorealizacji i dobrostanu), prawo natomiast jest czynnikiem porządkującym i stabilizującym stosunki społeczne, a jego niezmienność i stabilność jest cechą, dzięki której zasługuje ono na miano dobrego²³². Warto też podkreślić, że zależności między prawem a przemianami

²²⁷ Na ten temat zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 81, 83. Autorka cytuje wypowiedzi naukowców publikowane na początku lat 70. w „The Family Coordination”: *rodzina powinna zostać przynajmniej zmodyfikowana, gdyż w swojej obecnej formie strukturalnej jest deprymująca, nudna i nie pozwala swoim członkom na realizację siebie*.

²²⁸ Całkiem niedawno negowano i kontestowano instytucję małżeństwa, teraz zwraca się uwagę, że *w wyniku zmian społecznych i prawnych, prawo do zawarcia małżeństwa zyskało jeszcze wyższą rangę*. J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 368.

²²⁹ Zmianę podejścia do instytucji małżeństwa od negacji do afirmacji zauważa także S. Jardine, *Marriage ringard*, „Commentaire” 2004, nr 106, s. 512.

²³⁰ Szerzej na ten temat zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*; K. Slany, *Alternatywne formy...*, *passim*.

²³¹ M. Wyrzykowski, *Opinia Komitetu Nauk Prawnych PAN do projektu ustawy o związkach partnerskich z 2012 r.*, Druk Sejmowy VII kadencji nr 554.

²³² S. Wronkowska, *O prawie w ogólności*, [w:] *Kompendium wiedzy o społeczeństwie i prawie*, M. Kordela (red.), Warszawa 2011, s. 107–108. Autorka podkreśla, że dostosowanie prawa do przekształcającego się życia społecznego powinno być rozważne, a nie pochopne.

społecznymi wzbudzają wiele pytań i wątpliwości, szczególnie w kwestii ustaleń, które ze zjawisk ma większy wpływ na to drugie²³³.

Jak dotąd globalne próby rewolucyjnych przemian dotyczących natury i struktury instytucji małżeństwa nie powiodły się, nie sposób jednak nie zauważyć szkód, jakie przyniosły, przede wszystkim w zakresie rozumienia małżeństwa. Problemem nie jest fakt występowania we współczesnej rzeczywistości różnych form życia intymnego traktowanych jak „małżeństwo” przez konkretne pary, grupy społeczne, religie czy subkultury. Problemem jest wpływ tych zjawisk na pojmowanie małżeństwa jako instytucji prawnej²³⁴. Niebezpieczne nie są same zjawiska społeczne, które pojawiają się i znikają, niepokój wzbudza inkorporowanie tych zjawisk jako „małżeństw” do systemu prawnego, gdyż działanie takie wywołuje poważniejsze i dłużej trwające skutki społeczne²³⁵.

Przyglądając się różnym zjawiskom i ideologiom wpływającym na treść prawa należy mieć świadomość, że pewne pojęcia zastane nie podlegają ostatecznej deformacji mimo czasowych ingerencji w ich istotę. Jako przykład wskazać można okres, w którym negowano wartość własności, szczególnie zaś własności prywatnej. Będąc jednym z praw człowieka wynikającym z jego godności przynależnej każdej istocie ludzkiej, prawem oczywistym i niezaprzeczalnym, własność przetrwała jednak te zawirowania ideologiczne. Nie bez strat, gdyż negowanie własności prywatnej odbiło się na przyjmowanych także obecnie postawach społecznych. Należy jednak ufać, że także małżeństwo powróci do swych korzeni i pierwotnego sensu. Niepokoić mogą jedynie nieprzewidywalne konsekwencje współczesnych trendów dla najbliższych pokoleń oraz przyjmowanych przez nich postaw społecznych²³⁶.

Rozważając dopuszczalność radykalnej zmiany istniejących konstrukcji prawnych, należy pamiętać, że prawo jest zbiorem norm postępowania nie tylko ustanowionych, ale niekiedy jedynie uznanych przez kompetentny organ państwowy²³⁷. Warto zatem podkreślić, że nie wszystkie instytucje zostały

²³³ A. Bainham, *Changing families...*, s. 2.

²³⁴ L.D. Wardle, *The boundaries of belonging...*, s. 310–312.

²³⁵ Na temat różnych konsekwencji prawnego uznania związków jedнопłciowych wypowieda się: Tenże, *The attack on marriage...*, s. 1365–1391. Po pierwsze, autor zwraca uwagę na wpływ pewnych cech relacji homoseksualnych dotyczących wierności i trwałości tej relacji na konstrukcję instytucji małżeństwa w przyszłości. Po drugie wskazuje, że otwarcie małżeństwa na związki jedнопłciowe wywoła konsekwencje w takich sferach jak edukacja i ochrona zdrowia, a także wolność religijna i wolność słowa.

²³⁶ Na tę kwestię zwraca także uwagę T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 740.

²³⁷ Prawo definiuje się jako zbiór norm postępowania ustanowionych lub uznanych przez upoważniony organ państwa. *Uznanie nie jest czynnością kształtującą treść [...] normy, a jedynie*

wykreowane przepisami prawa, niektóre przejęto z otaczającej rzeczywistości, nadając im szczególne znaczenie²³⁸. Zwolennicy modernizacji małżeństwa opierają swoje poglądy na przekonaniu o pozytywistycznej koncepcji małżeństwa jako pewnej stworzonej konstrukcji społecznej²³⁹, zapominając, że intymna relacja między kobietą a mężczyzną i ewentualne konsekwencje z niej wynikające mają uwarunkowania naturalne. Niektórzy nie negują co prawda naturalnych korzeni instytucji małżeństwa, wskazują jednak na ich historyczne znaczenie. Ich zdaniem w wyniku procesu przemian współczesne małżeństwo stało się wyłącznie instytucją prawa stanowionego²⁴⁰. Podkreślić jednak należy, że małżeństwo było małżeństwem, zanim ustawodawca państwowy postanowił, że uzyska ono także rangę stosunku prawnego²⁴¹. Dlatego bardzo ostrożnie należy podchodzić do

potwierdzającą rozpowszechnione i utrwalone przekonanie, że norma zwyczajowo ukształtowana powinna być realizowana tak jak normy prawne. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawnoznawstwa*, Poznań 2005, s. 18, 22.

²³⁸ L.D. Wardle, *The institution of marriage...*, s. 162. Autor zauważa, że prawo jedynie uznało istniejącą wcześniej instytucję społeczną i uregulowało ją w taki sposób, aby zachować ją i chronić, ponieważ służy ona interesowi publicznemu. Tenże, *The attack on marriage...*, s. 1371. W tej drugiej publikacji podkreśla, że małżeństwo to podstawowa relacja międzyludzka głęboko osadzona i co do swej istoty zdefiniowana przez naturę i historię. W Polsce, w ramach prac nad konstytucją, podnoszono, że umieszczenie w art. 18 konst. definicji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny jest zbędne ze względu na brak wątpliwości co do znaczenia pojęcia małżeństwo, należącego do kategorii tzw. pojęć zastanych. Na ten temat B. Banaszkiewicz, „*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny*”..., s. 597, 603; T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinaty...*, s. 72.

²³⁹ E.R. Cole, L.R. Avery, C. Dodson, K.D. Goodman, *Against Nature. How Arguments about the Naturalness of Marriage Privilege Heterosexuality*, „*Journal of Social Issues*” 2012, t. 68, nr 1, s. 47; K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 364.

²⁴⁰ Kwestię tę porusza także C.J. Reid Jr., *Marriage in the Western Legal Tradition. A Product of Natural Law or a Creature of the State*, [w:] *The Family in the New Millennium. World Voices Supporting the Natural Clan*, t. 1: *Marriage and Human Dignity*, A.S. Loveless, T.B. Holman, Westport-Connecticut-London 2007, s. 3–5, 15.

²⁴¹ Na fakt uznania, a nie ustanowienia małżeństwa uwagę zwraca, jak się wydaje, także B. Walaszek, podkreślając, że uznanie przez państwo i regulacja tej relacji są elementem kształtującym małżeństwo. B. Walaszek, *Zarys prawa...*, s. 23; wypowiedź P. Winczorka z 4.04.1995 r., „*Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*” 1995, nr 17, s. 31. Na temat pierwotnego charakteru małżeństwa i tego, że jako zjawisko społeczne wyprzedza ono zarówno istnienie państwa, jak i prawa pisze L.D. Wardle, *The attack on marriage...*, s. 1370 oraz przywołana w przypisie 23 literatura; Tenże, *The institution of marriage...*, s. 162 i n. Autor podkreśla, że próba poszerzenia małżeństwa na związki osób tej samej płci jest przejawem pozytywizmu prawnego uważającego prawo za czynnik sprawczy i kreujący rzeczywistość. B. Banaszkiewicz natomiast wskazuje, że użyty w tekście ustawy zasadniczej zwrot „*jako związek kobiety i mężczy-*

prób jego redefinicji. Istnieje bowiem istotna różnica pomiędzy ustanowieniem, czyli stworzeniem od podstaw nowego pojęcia prawnego (np. osoby prawnej czy spółki handlowej), a uznaniem funkcjonującego już zjawiska (np. małżeństwa i rodzicielstwa). Wydaje się, iż to rozróżnienie ma wpływ na kompetencje ustawodawcy do przemiany istoty i celu danej instytucji. Gdy to on jest twórcą, uprawnienie do modyfikacji uznać należy za bardziej uzasadnione, gdyż rzeczywistość weryfikuje zaproponowane rozwiązanie i sugeruje, w którą stronę powinny iść ewentualne zmiany. Nawet wtedy należy jednak unikać przemian rewolucyjnych dotyczących istoty instytucji, cechą dobrego prawa jest bowiem jego stabilność²⁴². W sytuacji, gdy ustawodawca przyjmuje jako stosunek prawny istniejący dużo wcześniej, ukształtowany już stosunek społeczny, kompetencje do wprowadzania zmian powinny być ograniczone do maksymalizowania możliwości realizacji celu i funkcji, ze względu na które dane zjawisko zostało wyróżnione najpierw na gruncie społecznym, a później prawnym. Ustawodawca nie powinien mieć zatem kompetencji do takiej zmiany prawnej uznanej przez niego normy społecznej, która naruszałaby istotę i uzasadnienie owego wyróżnienia, ponieważ nie on jest jej „autorem”²⁴³. Mogą oczywiście wystąpić nowe zjawiska społeczne, które ustawodawca uzna za pożądane i podniesie do rangi stosunków prawnych. Należy im wówczas nadać taką nazwę, jaka funkcjonuje w odniesieniu do nich w rzeczywistości. Trzeba się jednak zastanowić nad tym, co takiego musi być w stosunku społecznym, żeby uzasadnione było stworzenie odpowiedniej

znych” cechy tej nie konstytuuje, lecz jedynie ją potwierdza. B. Banaszkiwicz, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”*..., s. 603. Szerzej na ten temat także Ch.J. Reid, Jr., *Marriage in the Western...*, s. 12. Autor zwraca uwagę, że *małżeństwo istniało przed państwem, a państwo w mniejszym lub większym stopniu zależało od małżeństwa* (tłum. M.Ł.-P.); w ten sposób także zob. X. Lacroix, *Le mariage...*, s. 623. Podobnie także T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 727. Ten autor podkreśla z kolei, że *prawna wizja małżeństwa dopełnia [...] tylko i nadaje ramy prawne obiektywnemu i istniejącemu już przedtem niezależnemu od prawa zjawisku społecznemu, którego immanentną cechą jest trwale (i co do zasady dozwolone, a wyjątkowo rozwiązywalne) współzycie płciowe dwojga ludzi*. W innej publikacji zaznacza, że *prawo pozostaje w stosunku podrzędności wobec takich faktów społecznych lub biologicznych, ponieważ norma prawna opisuje w hipotezie fakt społeczny, ale go nie stwarza*. Tenże, *Prawo do zawarcia...*, s. 39.

²⁴² Niestabilność prawa wskazywana jest jako jedno z niepokojących zjawisk we współczesnym świecie. S. Wronkowska, *Tworzenie prawa*, [w:] Taż, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 122–123; Taż, *O prawie w ogólności...*, s. 108.

²⁴³ Podobnie Ch.J. Reid Jr., przywołujący stanowisko, zgodnie z którym *do państwa należy uregulowanie instytucji małżeństwa, ale nie zdominowanie jej*. Autor przytacza także tezę J. Stora, który podkreślał, że *małżeństwo jest rodzicem a nie dzieckiem społeczeństwa obywatelskiego* (tłum. M.Ł.-P.). Ch.J. Reid Jr., *Marriage in the Western...*, s. 12–13.

regulacji prawnej. W tym kontekście mówi się najczęściej o interesie społecznym i społecznych funkcjach danej instytucji.

Stworzenie spójnej i powszechnie akceptowanej europejskiej definicji małżeństwa jako stosunku prawnego staje się obecnie niemożliwe²⁴⁴. Pojawia się jednak pytanie, czy wolno i jaki jest sens zaburzania już wypracowanych, jednolicie rozumianych instytucji. Wątpliwości budzi bowiem fakt, że w dobie dążenia do harmonizacji rozwiązań prawnych wprowadza się chaos w pojęciach o fundamentalnym znaczeniu. W pewnym zakresie kwestie związane z prawną regulacją więzi rodzinnych zawsze różniły się pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi, gdyż pozostają one w istotnym związku z obowiązującymi w danej społeczności zapatrywaniami moralnymi i religijnymi, a także pod silnym wpływem różnych tradycji²⁴⁵. Poszanowaniu tej różnorodności dają wyraz standardy międzynarodowe szanujące kompetencję ustawodawcy krajowego do prawnego uregulowania tej materii.

²⁴⁴ J. Gajda, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 72; por. M. Yuval, *Equality...*, s. 7. Autor uważa, że w większości państw zachodnich małżeństwo rozumiane jest jako uregulowana przez prawo i uznana przez państwo świecka instytucja tworząca trwałą wspólnotę pomiędzy dwoma kochającymi się osobami, dostępna dla wszystkich ludzi na równych zasadach. O możliwości stworzenia ogólnej definicji małżeństwa w kontekście norm prawa kolizyjnego wspomina także W. Popiołek, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C: *Prawo prywatne międzynarodowe*, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015, s. 40.

²⁴⁵ A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe...*, s. 98.

ROZDZIAŁ II

PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY

§ 1. PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY W AKTACH MIĘDZYNARODOWYCH PRAW CZŁOWIEKA

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zostało uznane za jedno z podstawowych praw człowieka, którego proklamacji dokonano w dokumentach międzynarodowych takich jak: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka (art. 16 ust. 1 i 2)¹, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 23 ust. 2 i 3), Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 12) oraz Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (art. 9)².

1. PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY W WIAŻĄCYCH DOKUMENTACH ORGANIZACJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH I RADY EUROPY

W dokumentach Organizacji Narodów Zjednoczonych we wskazanych przepisach zwraca się uwagę łącznie na prawo do wstąpienia w związek małżeński oraz ciążyący na państwie obowiązek szczególnej ochrony tej instytucji, będącej źródłem innego dobra chronionego prawem, jakim jest rodzina.

W konwencji Rady Europy przewidziano z kolei osobne regulacje dotyczące: momentu inicjującego powstanie rodziny poprzez zawarcie małżeństwa (art. 12 EKPCz), modelu relacji małżeńskiej opartego na równości praw i obowiązków (art. 5 Protokołu dodatkowego Nr 7) oraz ochrony istniejącego małżeństwa, stanowiącego element życia rodzinnego i prywatnego (art. 8 EKPCz).

¹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html>

² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2012 C 326.

Z wymienionych regulacji wynika, że prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny jest jednym z podstawowych praw (wolności) przysługujących człowiekowi (EKPCz), posiada ponadto także swój wymiar obywatelski i polityczny (MPPOiP)³. Warto jednak podkreślić, że nie ma ono charakteru indywidualnego, gdyż nie przysługuje jednostce, lecz parze⁴. Prawo do zawarcia małżeństwa ma zatem swoją specyfikę, gdyż w gruncie rzeczy chroni nie tyle interes jednostki, ile pewną sytuację łączącą określone osoby, jest zatem prawem do stworzenia relacji uregulowanej przepisami prawa. W doktrynie wskazuje się, że prawo do zawarcia małżeństwa składa się z prawa do zawarcia związku małżeńskiego w ogólności, prawa do wstąpienia w związek małżeński z konkretną osobą oraz równouprawnienia nupturientów⁵.

Oprócz praw i szczególnej ochrony dokumenty międzynarodowe podkreślają też naturalne funkcje oraz obowiązki małżeństwa i rodziny, takie jak: opieka, wychowanie i utrzymanie dzieci. Na tę kwestię zwrócono uwagę w art. 10 MPPGSiK⁶ z którego wynika obowiązek udzielenia jak najszerzej ochrony i pomocy rodzinie jako naturalnej i podstawowej komórce społeczeństwa, w szczególności przy jej zakładaniu i w okresie trwania odpowiedzialności rodziny za opiekę i wychowanie dzieci pozostających na jej utrzymaniu. Europejski Trybunał Praw Człowieka w jednym ze swoich orzeczeń podkreślił, że wskazane w art. 12 EKPCz prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny obejmuje także prawo do mieszkania i życia razem⁷.

Uznać należy, że właśnie to silne powiązanie małżeństwa i rodziny uzasadnia obywatelski, polityczny oraz społeczny charakter prawa do zawarcia akurat tego związku. Ani małżeństwo, ani rodzina nie pozostają zatem wyłącznie w sferze prywatności osób pozostających w tych szczególnych relacjach, stąd wyrażone w dokumentach rozróżnienie na podlegające ochronie życie rodzinne oraz życie prywatne (art. 8 EKPCz, art. 7 KPP)⁸. *Małżonkowie przyjmują zobowiązania wo-*

³ T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 425.

⁴ W ten sposób także zob. G. Puppincq, C. de La Hougue, A. Popescu, *Written observation submitted to the European Court of Human Rights Fourth section on the application No 35810/09 of Joanne Cassar vs. Malta*, 2012, <http://media.acjl.org/eclj/echr-cassar-v-malta-eclj-observations-en.pdf> [dostęp: 18.03.2019].

⁵ A. Zielonacki, *Prawo do zawarcia małżeństwa*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, R. Wieruszewski (red.), Wrocław 1991, s. 297.

⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r., Dz. U. 1977 Nr 38, poz. 169.

⁷ Wyrok ETPCz z 28.05.1985 r. w sprawie *Abdulaziz, Cabales i Balkanali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 9214/80; 9473/81; 9474/81.

⁸ Próba rozróżnienia tych dwóch sfer w: M. Łączkowska, *Charakter prawny...*, s. 204.

*bec siebie i wobec społeczeństwa, które w zamian udziela im ochrony ze względu na korzyści wynikające z założenia rodziny powstałej w wyniku zawarcia przez nich związku małżeńskiego. Prawo do zawarcia związku małżeńskiego angażuje zatem trzech graczy: mężczyznę, kobietę i społeczeństwo mających wspólny interes – rodzinę*⁹. Prokreacyjna i socjalizacyjna funkcja rodziny traktowane są jako kluczowe z punktu widzenia ustawodawcy, dlatego instytucje prawa rodzinnego zostały stworzone z założeniem umożliwienia rodzinie optymalnej realizacji tych podstawowych dla społeczeństwa zadań¹⁰.

Wyróżnienie w aktach międzynarodowych akurat tej relacji międzyludzkiej, jaką jest małżeństwo, bez wątpienia wiąże się z prokreacyjnym charakterem najbardziej intymnego związku kobiety i mężczyzny. Tę ostatnią cechę podkreślono wyraźnie poprzez uwzględnienie w jednym prawie zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny (art. 23 ust. 2 MPPOiP¹¹, art. 12 EKPCz, art. 16 PDPCz). W doktrynie zwraca się uwagę, że są to dwa elementy jednego i tego samego prawa¹². Takie łączne rozpatrywanie zawarcia małżeństwa i założenia rodziny odpowiada założeniom twórców regulacji międzynarodowych i wynika z interpretacji literalnej, gdyż w przywołanych przepisach użyto określenia prawo w liczbie pojedynczej¹³.

Wyrażono także opinię, że powoływanie się na możliwość założenia rodziny wskazaną w art. 12 EKPCz dotyczy jedynie par małżeńskich¹⁴. Tezę tę potwierdza także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wykluczające stosowanie wspomnianego przepisu do sytuacji o charakterze rodzinnym, takich jak możliwość adopcji czy prokreacji w odniesieniu do osób samotnych¹⁵ lub pozostających w innych niż małżeństwo związkach¹⁶. Podkreśla się, że w takich przypadkach można domagać się ochrony swoich praw na podstawie art. 8

⁹ G. Puppinc, C. de La Hougue, A. Popescu, *Written observation...* (tłum. M. Ł.-P.).

¹⁰ M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 35.

¹¹ General Comment No. 19: *Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses* (Art. 23), 27/07/90. CCPR General Comment (2010) No. 19. (General Comments), pkt 5.

¹² T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, s. 433.

¹³ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do art. 1-18*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010, s. 715.

¹⁴ Tamże, s. 722.

¹⁵ Wyrok ETPCz z 13.06.1979 r. w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, skarga nr 6833/74, § 67.

¹⁶ Wyrok ETPCz z 13.12.2007 r. w sprawie *Emonet i inni przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 39051/03, § 65–66; Wyrok ETPCz z 29.04.2008 r. w sprawie *Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13378/05.

EKPCz¹⁷. Zwraca się także uwagę, że właśnie art. 8 EKPCz jest zdecydowanie częściej niż art. 12 EKPCz powoływany w skargach do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jako regulacja o szerszym zakresie¹⁸. Propozycja, że art. 8 EKPCz stanowi podstawę dla praw prokreacyjnych czy dostępu do adopcji dla osób samotnych lub żyjących w związkach innych niż małżeństwo, budzi jednak pewne wątpliwości ze względu na konstrukcję tego przepisu, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, iż chodzi w nim o ochronę czegoś, co już człowiekowi przysługuje, a nie realizację prawa przez dążenie do osiągnięcia danego dobra¹⁹. Na podstawie tego przepisu są jednak zgłaszane i rozpatrywane skargi dotyczące prawa do zawarcia związku jednopłciowego (małżeńskiego lub partnerskiego) lub realizacji tzw. „prawa do posiadania dziecka” poprzez adopcję albo zastosowanie medycznie wspomaganą prokreacji²⁰. Nikt jednak do tej pory nie wyprowadził z art. 8 EKPCz analogicznej możliwości dochodzenia prawa do posiadania mieszkania, także wymienionego wśród dóbr znajdujących się pod ochroną prawa²¹. Warto zwrócić także uwagę na stosowany niekiedy w literaturze nieprecyzyjny skrót: „prawo do życia rodzinnego i prywatnego”²² zamiast „prawo do poszanowania/ochrony życia rodzinnego i prywatnego”. Ma to istotny wpływ na zmianę zna-

¹⁷ L. Garlicki, [w:] *Konwencja ...*, s. 722.

¹⁸ Tamże, s. 715.

¹⁹ W ten sposób także zob. I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, A. Wróbel (red.), 2013, s. 316. Autor podkreśla, że art. 8 znajduje zastosowanie do już istniejącego życia rodzinnego. Podobnie zob. L. Garlicki, [w:] *Konwencja ...*, s. 519, który wskazuje, że art. 8 – gwarantując „poszanowanie” życia rodzinnego – odnosi się do sytuacji, gdy życie to już istnieje w sensie faktycznym. Natomiast, art. 8 nie gwarantuje prawa do zbudowania życia rodzinnego, w szczególności – do założenia rodziny.

²⁰ M.A. Nowicki podkreśla, że z art. 12 wynika prawo do samego aktu zawarcia małżeństwa oraz do „posiadania lub adoptowania dzieci”. Wniosek taki należy jednak uznać za zbyt daleko idący. M.A. Nowicki, *Wokół konwencji europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013, s. 856.

²¹ Zob. L. Garlicki, [w:] *Konwencja* s. 539. *Żaden przepis Konwencji nie formułuje prawa (roszczenia) do uzyskania domu czy mieszkania, nie istnieje więc po stronie władz publicznych obowiązek ich zapewnienia każdemu potrzebującemu (zob. też wyr. ETPCz z dnia 18.01.2001 r. w sprawie Chapman p. Zjednoczonemu Królestwu, par. 99; w kontekście praw właściciela wobec najemcy wyr. ETPCz z dnia 21.11.1995 r. w sprawie Velosa Barreto p. Portugalii, § 24). Artykuł 8 obejmuje ochroną wyłącznie „dom” już realnie istniejący.*

²² W ten sposób zob. I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, s. 306, 315. Autor podkreśla jednak, że art. 8 znajduje zastosowanie do już istniejącego życia rodzinnego. Tamże, s. 316.

czenia, a w konsekwencji błędną interpretację prawa proklamowanego w dokumentach międzynarodowych. Odpowiednikiem art. 8 EKPCz jest art. 17 MPPPiO, który precyzyjniej określa cel regulacji, jakim jest ochrona istniejącego życia prywatnego i rodzinnego. Zgodnie z przywołanym przepisem nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. Na tej podstawie każdemu przysługuje prawo do ochrony przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami.

Stanowisko w kwestii odwołania się do art. 8 EKPCz w kontekście niemożności zawarcia małżeństwa wyraził Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie, w której skarżący podnosił, że w czasie toczącego się postępowania rozwodowego nie może stworzyć nowej rodziny²³. Trybunał zaznaczył wówczas, że gwarantując prawo do poszanowania życia rodzinnego art. 8 EKPCz zakłada istnienie tej rodziny. Uznać należy, że ta interpretacja powinna obowiązywać także w odniesieniu do składanych na podstawie art. 8 EKPCz skarg na brak możliwości stworzenia rodziny ze względu na fakt, iż prawo krajowe nie przewiduje dostępu do małżeństwa dla par jednopłciowych ani nie reguluje ich sytuacji prawnej w inny sposób.

Wskazany w przywołanych dokumentach prokreacyjny cel małżeństwa nie oznacza, że brak potomstwa czy niemożność jego posiadania, wpływają *ex lege* na ważność lub dalsze istnienie tego związku²⁴. Standardy prawa międzynarodowego ani systemy prawne poszczególnych państw europejskich nie uzależniają zawarcia małżeństwa od rzeczywistej możliwości poczęcia dziecka. Nie wskazują maksymalnej granicy wieku nupturientów ani też nie wymagają przedmażeńskich badań dotyczących płodności. Nie wyprowadzają także z samego faktu zawarcia związku małżeńskiego prawnego obowiązku posiadania dzieci. Decyzja w zakresie prokreacji leży w wyłącznej gestii małżonków²⁵, jest to bowiem materia na styku życia rodzinnego znajdującego się pod wpływem prawa a chronioną przez to samo prawo prywatnością. Ustawodawca nie może zatem zmusić,

²³ Wyrok ETPCz z 19.10.2007 r. w sprawie *Aresti Charalambous przeciwko Cyprowi*, skarga nr 43151/04.

²⁴ ETPCz stwierdził, że brak możliwości poczęcia dziecka nie stanowi sam w sobie podstawy do uznania, iż w takiej sytuacji nie przysługuje prawo do zawarcia związku małżeńskiego (Wyrok z 11.06.2002 r. w sprawie *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94; Wyrok z 11.06.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95; Wyrok z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04).

²⁵ W wyroku z 10.04.2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6339/05, ETPCz podkreślił, że ochronie prawnej podlega zarówno decyzja o zostaniu rodzicem, jak i decyzja przeciwna.

choć pewnymi rozwiązaniami prawnymi może zachęcać, do posiadania dziecka, gdyż leży to w interesie państwa i społeczeństwa. Należy także podkreślić, że kiedy już dziecko się pojawi, rodzice podlegają stosownemu reżimowi prawnemu regulującemu ich prawa i obowiązki. Powinny być one konstruowane w taki sposób, aby zagwarantować odpowiednią ochronę dobra dziecka (art. 3 KoPD) oraz pierwszeństwo i prawo rodziców do wychowywania dziecka zgodnie z ich przekonaniem (art. 5 i 18 KoPD oraz art. 2 Protokołu nr 1 do EKPCz).

W kontekście założenia rodziny prawo krajowe nie może także zakazywać prokreacji, wprowadzając w tym celu takie środki jak przymusowa sterylizacja, antykoncepcja czy aborcja. Zastosowanie takich rozwiązań, poza sprzecznością z art. 12 EKPCz, naruszałoby także art. 3 EKPCz zakazujący niehumanitarnego i poniżającego traktowania²⁶.

Warto zwrócić jednak uwagę, że prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny wyrażone w art. 12 EKPCz czy prawo do ochrony życia rodzinnego uregulowane w art. 8 EKPCz nie gwarantują sukcesu w zakresie realizowania funkcji rodzicielskich, gdyż podobnie jak nie ma egzekwowalnego obowiązku, nie istnieje także „prawo do posiadania dziecka”²⁷. Tak jak w przypadku zawarcia małżeństwa państwo nie ma obowiązków pozytywnych w odniesieniu do każdego zaintereso-

²⁶ Wyrok ETPCz z 08.02.2012 r. w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, skarga nr 18968/07 oraz wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *I.G., M.K. and R.H. przeciwko Słowacji*, skarga nr 15966/04, w których uznano dokonaną przy porodzie sterylizację młodych Romek za naruszenie art. 3 i 8 EKPCz. Warto zwrócić uwagę, że uznając naruszenie art. 8 EKPCz Trybunał stwierdził, że nie ma potrzeby rozpatrywania naruszenia art. 12 EKPCz. Jak zauważa A. Grześkowiak, wprowadzanie ograniczeń wolności małżonków w podejmowaniu decyzji co do potomstwa stanowi obrazę godności ludzkiej oraz obniża rangę macierzyństwa. A. Grześkowiak, *W trosce o rodzinę*, Częstochowa 1996, s. 21–22.

²⁷ Taką konstrukcję można niekiedy spotkać w wypowiedziach osób opowiadających się za dopuszczalnością zabiegów wspomaganie medycznie prokreacji oraz ich refundacją z budżetu państwa. Pojawia się ona także w kontekście prawa do adopcji dzieci przez pary jedнопłciowe. O prawie do adoptowania dziecka jako realizacji prawa do założenia rodziny: M.A. Nowicki, *Wokół konwencji europejskiej...*, s. 856; P. Domagała, *Granice interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk i Kopf przeciwko Austrii (wyrok ETPCz z 24.06.2010 r.)*, [w:] *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), Toruń 2011, s. 160. ETPCz w sprawach *van Oosterwijck przeciwko Belgii*, skarga 7654/76 oraz *Fretté przeciwko Francji*, skarga 36515/97, wyraźnie zanegował jednak istnienie takiego prawa. Szerzej na temat krytycznej oceny koncepcji „prawo do posiadania dziecka”: M. Łączkowska, *Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?*, [w:] *Prawne, medyczne i aksjologiczne aspekty wspomaganie prokreacji*, J. Haberko, M. Łączkowska (red.), Poznań 2005, s. 70.

wanego, polegających na znalezieniu kandydata na małżonka²⁸, nie ma też takich obowiązków w zakresie powoływania do życia dzieci czy oddawania do adopcji tych już żyjących dorosłym, którzy pragną zostać rodzicami²⁹. W literaturze stawia się jednak pytanie, jak daleko państwo może ograniczać dostęp do przysposobienia czy wspomaganą medycznie prokreacji. Wskazywanym uzasadnieniem dla stawiania granic jest ochrona innych praw wskazanych w dokumentach międzynarodowych³⁰. W przypadku dzieci podkreślić należy zatem ich szczególny status wyrażony w standardach międzynarodowych. Wynika z nich priorytet dobra dziecka we wszystkich sprawach go dotyczących (art. 3 ust. 1 KoPD, art. 24 ust. 2), prawo do poznania swojego pochodzenia i pozostawania pod opieką rodziców (art. 7 KoPD, art. 24 ust. 3), a także – w kontekście adopcji – prawo dziecka do rodziny (art. 20 KoPD) a nie rodziny do dziecka. Szczególna ochrona sytuacji dziecka wyraża się także w sposobie uregulowania relacji pomiędzy nim a jego rodzicami. Podkreślić należy, że ten stosunek prawny podlega precyzyjnej regulacji prawnej, włącznie z możliwością ingerencji państwa z urzędu. Prawo przewiduje w tej kwestii co do zasady identyczne rozwiązania niezależnie od tego, czy dzieci pochodzą z małżeństwa, czy też nie³¹. Bardzo wyraźnie równouprawnienie dzieci zostało wyrażone w Europejskiej konwencji o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego³². Warto jednak zaznaczyć, że przyjęte rozwiązania wynikają z ochrony prawnej dziecka, a nie z uznania podobieństwa faktycznej relacji istniejącej między jego rodzicami do małżeństwa. Ma to istotne znaczenie, ponieważ często zwraca się uwagę, że za wprowadzeniem regulacji prawnej heteroseksualnego związku faktycznego (konkubinatu, związku partnerskiego) przemawiają statystyki wskazujące na wzrost liczby związków niesformalizowanych, a co za

²⁸ Jak dotąd nie pojawiła się propozycja stworzenia państwowych biur matrymonialnych, których działanie byłoby refundowane przez państwo, działających w celu realizacji jednego z podstawowych praw człowieka. Zob. także: P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 159.

²⁹ Więcej na ten temat zob. M. Łączkowska, *Dziecko na zamówienie, czyli wspomaganą prokreacja i prenatalne ingerencje genetyczne*, „Prawo i medycyna.pl” 2008, nr 3. W literaturze zwraca się uwagę, że *władze publiczne nie mają też pozytywnego obowiązku promowania czy ułatwiania prokreacji, np. przez finansowanie odpowiednich zabiegów medycznych*. L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 503.

³⁰ K. Sękowska-Kozłowska, [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, R. Wieruszewski (red.), Warszawa 2012, s. 587.

³¹ Można jednak zauważyć, że sytuacja prawna dziecka jest lepiej zabezpieczona wówczas, gdy jego rodzice żyją w małżeństwie.

³² Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu 15.10.1975 r., Dz. U. 1999 Nr 79, poz. 888.

tym idzie wzrost liczby dzieci wychowujących się w takich związkach³³. Dla niektórych systemów prawnych argument ten stał się bodźcem do wprowadzenia alternatywy dla małżeństwa w postaci rejestrowanego związku partnerskiego także o charakterze heteroseksualnym (np. Francja – związek partnerski może być zarówno homoseksualny, jak i heteroseksualny, Grecja – związek partnerski wyłącznie heteroseksualny).

Podsumowując, należy podkreślić, że regulacja prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny przewidziana w aktach międzynarodowych praw człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz Rady Europy opiera się na tzw. tradycyjnej wizji małżeństwa³⁴.

2. PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I PRAWO DO ZAŁOŻENIA RODZINY W KARCIE PRAW PODSTAWOWYCH

Swoistego wyłomu w przedstawionej powyżej, a przyjętej w aktach międzynarodowych, koncepcji zakładającej związek pomiędzy heteroseksualnym charakterem i prokreacyjną funkcją małżeństwa³⁵, dokonuje najmłodsza z regulacji, czyli Karta praw podstawowych Unii Europejskiej. Dokument ten w art. 9 wyraźnie wyróżnia dwa odrębne prawa: do zawarcia małżeństwa oraz do założenia rodziny³⁶. Także Europejski Trybunał Praw Człowieka zaczął traktować art. 12 EKPCz jako źródło dwóch niezależnych od siebie praw, podkreślając, że niemożność poczęcia i urodzenia dziecka nie eliminuje prawa danej pary do zawarcia związku małżeńskiego³⁷. Pojawia się jednak pytanie, jak należy rozumieć drugie z wymienionych w art. 9 KPP praw w oderwaniu od pierwszego. Zawarcie związku małżeńskiego dające w ujęciu pozostałych regulacji początek rodzinie, jest czynnością sformalizowaną wyznaczającą moment jej powstania. Na czym z prawnego punktu widzenia ma natomiast polegać realizacja prawa do założenia rodziny w inny sposób? W wyjaśnieniach do Karty praw

³³ Zob. I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 1; Uzasadnienie do projektu ustawy o umowie związku partnerskiego, Druk Sejmowy nr 4418 (VI Kadencja).

³⁴ B. Banaszak, M. Zieliński, *Konstytucyjne i ustawowe...*, s. 352.

³⁵ Koncepcja ta określana jest mianem „tradycyjnej”, co nabiera niekiedy pejoratywnego, bo niepostępowego znaczenia.

³⁶ W opracowaniach dotyczących Karty praw podstawowych Unii Europejskiej nadal można spotkać łączne rozpatrywanie prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. W ten sposób R. Wieruszewski, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008, s. 120–121. Także w odniesieniu do art. 12 EKPCz sformułowano tezę o dwóch niezależnych prawach I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw...*, s. 301.

³⁷ Wyrok ETPCz z 11.07.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga 28957/95 § 98.

podstawowych Unii Europejskiej podkreślono, że art. 9 KPP daje podstawę do uregulowania prawnego innych sposobów tworzenia rodziny, wskazując na kompetencje legislacyjne państw członkowskich w tym zakresie³⁸. Zwrócić należy uwagę, że przepisy prawa rodzinnego przewidują co prawda powstanie więzi rodzinnych także w wyniku zdarzeń faktycznych, takich jak urodzenie dziecka, nie oznacza to jednak, że przyznają prawo do zaistnienia tych faktów, lecz wyciągają z nich konsekwencje prawne. I tak na przykład samotna kobieta nie może domagać się od państwa możliwości poczęcia i urodzenia dziecka powołując się na przysługujące jej prawo do założenia rodziny. Jeśli jednak urodzi dziecko, z mocy prawa powstaje między nią a dzieckiem więź o charakterze rodzinnym.

Oderwanie prawa do założenia rodziny od zawarcia związku małżeńskiego pozwala systemom prawnym państw członkowskich Unii Europejskiej na objęcie pojęciem „rodzina” szerokiego spektrum sytuacji i relacji międzyludzkich w zależności od swobodnych zapatrywań ustawodawcy. Dla zapewnienia stabilizacji stosunków rodzinnoprawnych, powinny one jednak mieć ustawowe zakorzenie³⁹. Trzeba przy tym pamiętać, że stosunki *de facto*, nieuregulowane prawem, także podlegają ochronie w świetle regulacji międzynarodowych jako elementy życia prywatnego. Nie powinny być jednak mylone ze stosunkami rodzinnymi⁴⁰. Przyjęcie przeciwnego stanowiska szeroko traktującego życie rodzinne, zajmowanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wydawanych przez niego orzeczeniach⁴¹, prowadzi do chaosu w ustaleniu charakteru prawnego relacji międzyludzkich. Więzy rodzinne mają szczególne znaczenie, wywołują określone

³⁸ Wyjaśnienie odnoszące się do art. 9 Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny. Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r.

³⁹ W doktrynie znaleźć można stanowisko, że „życie rodzinne” odnosi się do zespołu relacji międzyludzkich, wynikających z trwałej więzi krwi lub prawa. L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 518. Należy jednak podkreślić, że systemy prawne poszczególnych państw zazwyczaj regulują sposób ustalania więzi rodzinnych nie opierając się jedynie na fakcie biologicznym, lecz go potwierdzając.

⁴⁰ Na temat rozróżnienia życie rodzinne – życie prywatne: M. Łączkowska, *Charakter prawny...*, s. 203–204.

⁴¹ Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H. M. Schalk i J. F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, § 94; Wyrok ETPCz z 16.07.2014 r. w sprawie *H. przeciwko Finlandii*, skarga nr 37359/09, § 85; Wyrok ETPCz z 21.07.2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11, § 143; Wyrok ETPCz z 14.12.2016 r. w sprawie *Orlandi i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 26431/12; 26742/12; 44057/12 i 60088/12, § 143. Trybunał zwrócił także uwagę, że *istnienie lub brak życia rodzinnego jest przede wszystkim kwestią faktów, zależną od praktycznego istnienia ścisłych więzów międzyludzkich*, Wyrok ETPCz z 12.06.2001 r. w sprawie *K. and T. przeciwko Finlandii*, skarga 25702/94, § 150.

skutki prawne, także w zakresie odpowiedzialności, dlatego ich ustawowe określenie jest niezwykle istotne. Uzależnienie określenia przynależności rodzinnej wyłącznie od decyzji osób pozostających w relacji faktycznej nie gwarantuje natomiast w żaden sposób stabilizacji sytuacji prawnej.

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej zdecydowanie odbiega zatem w swej regulacji od wskazanych w innych dokumentach standardów, gdyż art. 9 został tak skonstruowany, aby *objąć przypadki, w których ustawodawstwo krajowe uznaje inne możliwości utworzenia rodziny niż zawarcie małżeństwa*⁴². Sami twórcy dokumentu podkreślili jednak, że art. 9 KPP nie stanowi obowiązku nadania statusu małżeńskiego związkom osób tej samej płci przez ustawodawstwo krajowe ani też tego nie zakazuje. Ewentualne poszerzenie zakresu pojęcia „małżeństwo” czy „rodzina” zależy od ustawodawstwa krajowego⁴³. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej zakłada zatem, że *krajowy ustawodawca może dopuścić w swoim prawie inne niż tradycyjne formy małżeństwa, a jego wybór określi zakres korzystania z prawa, do którego odnosi się art. 9 KPP*⁴⁴. W doktrynie zwraca się w związku z tym uwagę, że analizowany przepis to *gwarancja kompetencji państwa w dziedzinie określania, kto może zawrzeć małżeństwo, a dla UE obowiązek respektowania wyborów dokonanych przez państwa członkowskie*⁴⁵.

Zaskakuje zatem nadawanie art. 9 KPP statusu definicji małżeństwa⁴⁶ czy też zasady interpretacyjnej prowadzącej do redefinicji tego pojęcia przez orzekające sądy⁴⁷. Zdarzają się także daleko idące przypadki wykładni art. 9 KPP, wedle których przepis ten *można uznać za próbę liberalizacji podejścia do możliwości zawarcia małżeństw przez transseksualistów po operacji i [...] stanowi swego rodzaju kierunek realizacji tego prawa w ustawodawstwach krajowych*⁴⁸. Trudno

⁴² Wyjaśnienie odnoszące się do artykułu 9.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 301–302.

⁴⁵ A. Wyrozumka, *Karta Praw Podstawowych polskie obiekcje*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 4, s. 86. Z. Strus trafnie zwraca uwagę, że *mimo globalizacji podstawowym obszarem (polem) „przebudowy stosunków społecznych» jest zawsze oznaczony kraj – państwo ze swoją ludnością i kulturą*. Z. Strus, *Znaczenie art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra” 2014, nr 9, s. 237.

⁴⁶ N. Bamforth, *Families but not (yet) marriages? Same-sex partners and the developing European Convention “margin of appreciation”*, „Child and Family Law Quarterly” 2011, t. 23, nr 1, s. 142.

⁴⁷ M.Y.K. Lee, *Equality...*, s. 49.

⁴⁸ A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez osobę transseksualną*, [w:] *Zawieranie małżeństwa w różnych systemach prawnych i kulturach*, R. Szychmiller (red.), Olsztyn 2009, s. 64.

jednak znaleźć jakiś wskazany kierunek w regulacji, która wprost odsyła do prawa krajowego.

Niektórzy uważają, że przy interpretacji art. 9 KPP należy brać pod uwagę art. 21 KPP wprowadzający zakaz dyskryminacji także ze względu na orientację seksualną. Wykluczenie prawa do zawarcia małżeństwa wobec par jedнопłciowych może, ich zdaniem, stanowić przykład takiej dyskryminacji⁴⁹. Podzielić należy jednak pogląd, że korzystanie przez państwo z przysługujących wyłącznie jemu kompetencji, polegające na utrzymaniu klasycznego modelu małżeństwa nie może stanowić naruszenia zakazu dyskryminacji⁵⁰.

Uwzględniając treść art. 9 KPP oraz brzmienie uzasadnienia, należy zgodzić się z twierdzeniem, że przepis ten nie narzuca – w kontekście prawa do zawarcia małżeństwa – żadnej konkretnej koncepcji tego stosunku prawnego. Przepis ten zezwala natomiast na różnorodność rozwiązań, pozostawiając kwestię stworzenia odpowiedniej regulacji prawnej ustawodawcy krajowemu⁵¹. Karta praw podstawowych nie stanowi zatem źródła nowych praw i wolności ani nie jest podstawą do ich redefiniowania⁵². Zaskakuje zatem stanowisko, że skoro art. 9 KPP dotyczy innych niż zawarcie małżeństwa sposobów tworzenia rodziny, to także art. 12 EKPCz powinien obejmować np. zawarcie związku partnerskiego, jeżeli związek taki dopuszcza prawo krajowe. Podkreśla się, że w przeciwnym razie zakresy ochrony z art. 12 EKPCz i art. 9 KPP będą się różniły i szersza będzie ochrona wynikająca z Karty praw podstawowych⁵³. Dokument ten jednak nie tworzy nowego prawa, odsyła jedynie do prawa wewnętrznego, tymczasem art. 12

⁴⁹ M. Erikson, [w:] *Commentary of the Charter of Fundamental Rights*, [b.m.] 2006, s. 102, <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf> [dostęp: 19.03.2019].

⁵⁰ A. Mączyński, *Małżeństwo jako instytucja...*, s. 473.

⁵¹ R. Wieruszewski, [w:] *Ochrona praw podstawowych...*, s. 121; Tenże, *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2, s. 58. W ostatniej z przywołanych publikacji autor podkreśla, że: *Zakaz dyskryminacji m.in. ze względu na orientację seksualną (art. 21 Karty) nie ma żadnego zastosowania w przypadku regulacji prawa małżeńskiego, które (tak jak całe prawo rodzinne) pozostaje poza regulacjami prawa unijnego. Potwierdza to w sposób jednoznaczny art. 9 Karty, [...]. Wynika z tego oczywisty wniosek, że zakres ochrony przyznany w Karcie nie jest szerszy niż standard obecnie już w Polsce obowiązujący.*

⁵² R. Kownacki, *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanzja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandy straszak czy realna perspektywa?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009, s. 386.

⁵³ I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 305.

EKPCz nie może dotyczyć związków partnerskich, ponieważ mowa w nim o jedynym prawie – do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny.

Warto zwrócić także uwagę na art. 52 KPP, który przewiduje, że w zakresie, w jakim Karta praw podstawowych zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw ustanowionych przez tę konwencję. Nie stanowi to jednak przeszkody dla przyznania szerszej ochrony przez prawo unijne. W wyjaśnieniach do wspomnianego artykułu wśród przepisów, których zarówno znaczenie, jak i zakres pokrywają się z odpowiednimi artykułami Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nie wskazano art. 9 KPP⁵⁴. Treść tej regulacji zatem nie tyle odwzorowuje art. 12 EKPCz, co realizuje drugi ze wskazanych w art. 52 KPP aspektów – możliwość przyznania szerszej ochrony, jednak nie przez samą Unię Europejską, lecz przez państwa członkowskie w ramach ich kompetencji ustawodawczych. Pojawia się jednak pytanie, czy powinno mieć to wpływ na sposób interpretacji postanowień konwencji Rady Europy, na które, wydaje się, należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Przyznana przez Unię Europejską szersza ochrona nie może naruszać istoty prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny z art. 12 EKPCz, w szczególności nie można wyprowadzić z niej obowiązku regulacji małżeństw jednopłciowych⁵⁵.

Analizując treść Karty praw podstawowych w kontekście prawa do zawarcia związku małżeńskiego warto podkreślić, że Unia Europejska nie ma uprawnień w zakresie stanowienia prawa materialnego rodzinnego i osobowego. Wynika to z art. 4 ust. 1 i 5 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej⁵⁶ konstruujących tzw. zasadę kompetencji przyznanych, która została podkreślona także w deklaracji dotyczącej rozgraniczenia kompetencji (oznaczonej nr 18). W deklaracji tej wyraźnie wskazano, że zgodnie z systemem podziału kompetencji pomiędzy Unię a państwa członkowskie, w myśl postanowień Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii

⁵⁴ Wyjaśnienie odnoszące się do artykułu 52 – Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r. Por. T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polskie Roczniki Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2013, nr 4, s. 39. Autor uważa, że *formuła art. 9 Karty daleko odbiega od formuły art. 12 Konwencji, ale musi być interpretowana i stosowana tak, by jej „znaczenie i zakres” były zgodne ze znaczeniem i zakresem nadawanym formule art. 12 Konwencji – m.in. i zwłaszcza – przez orzecznictwo strasburskie.*

⁵⁵ Tamże, s. 39.

⁵⁶ Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r., s. 43 i n.

w traktatach należą do państw członkowskich. W związku z brakiem wyraźnego umocowania uprawnień legislacyjnych w zakresie prawa rodzinnego znajdują się zatem w wyłącznej gestii państw należących do Unii Europejskiej⁵⁷. Istotne znaczenie w tej kwestii odgrywają także art. 51 i 52 KPP oraz treść Deklaracji w sprawie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (oznaczonej nr 1), w których podkreślono, że Karta nie rozszerza zakresu stosowania prawa Unii na dziedziny leżące poza kompetencjami Unii, nie ustanawia nowych uprawnień ani zadań Unii, ani też nie zmienia uprawnień i zadań określonych w Traktatach. Można zatem postawić pytanie, dlaczego w ramach regulacji traktatowych w art. 7 i art. 9 KPP umieszczono przepisy dotyczące sfery znajdującej się poza kompetencjami Unii. Rozpatrując ten problem szerzej, należałoby rozważyć, czy w ogóle Karta praw podstawowych nie dotyka materii, która znajduje się poza obszarem integracji państw europejskich w ramach organizacji, jaką jest Unia Europejska⁵⁸. Ochroną praw człowieka i podstawowych wolności zajmuje się bowiem Rada Europy, której członkami są także państwa zrzeszone w Unii.

Interpretacja art. 9 KPP w kontekście zasady kompetencji przyznanych może prowadzić do wniosku, iż po raz kolejny, tym razem w sposób bardzo wyraźny, zwrócono uwagę na wyłączność prawa krajowego w odniesieniu do regulacji możliwości zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Przepis ten jednoznacznie wskazuje, że prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw.

Mimo, wydawałoby się, tak oczywistego uregulowania podziału kompetencji między Unią a państwami członkowskimi, niektóre państwa zapewniły sobie jeszcze szczególne gwarancje w protokołach dodatkowych i deklaracjach. Takie zabezpieczenie stanowi na przykład protokół nr 30 do Traktatu o Unii Europejskiej⁵⁹, zgodnie z którym Zjednoczone Królestwo wraz z Rzeczpospolitą Polską zastrzegło dwie kwestie. Po pierwsze, Karta nie rozszerza kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani żadnego sądu lub trybunału Polski lub Zjednoczonego Królestwa do uznania, że przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne, praktyki lub działania administracyjne Polski i Zjednoczonego Królestwa są niezgodne z podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami,

⁵⁷ Kwestię tę podkreśla także P. Mostowik, *O postulatach zaświadczenia...*, s. 474.

⁵⁸ Na ten temat zob. także: B. Banaszak, *Zalety i wady Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2, s. 20–21 oraz cytowany tam G. Hogan, *Der Einfluss der Europäischen Grundrechte-Charta auf die irische Verfassung*, [w:] *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, P.J. Tettinger, K. Stern (red.), München 2006, s. 67–68.

⁵⁹ Protokół nr 30 do Traktatu o Unii Europejskiej PL C 83/314, Dz. Urz. UE z 30.03.2010 r.

które są w niej potwierdzone (art. 1). Po drugie, nic, co zawarte jest w tytule IV Karty nie tworzy praw, które mogą być dochodzone na drodze sądowej, mających zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa, z wyjątkiem przypadków, gdy Polska lub Zjednoczone Królestwo przewidziały takie prawa w swoim prawie krajowym (art. 2).

Warto zwrócić także uwagę na Deklarację Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (oznaczoną nr 61), w której podkreślono, że Karta w żaden sposób nie narusza prawa Państw Członkowskich do stanowienia prawa w zakresie moralności publicznej, prawa rodzinnego, a także ochrony godności ludzkiej oraz poszanowania fizycznej i moralnej integralności człowieka⁶⁰.

Deklarację w sprawie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (oznaczoną nr 53) złożyła także Republika Czeska. Państwo to przypomina w niej między innymi, że postanowienia Karty praw podstawowych Unii Europejskiej mają zastosowanie do instytucji i organów Unii Europejskiej przy poszanowaniu zasady pomocniczości i podziału kompetencji. Ponadto zwraca uwagę, że postanowienia Karty mają zastosowanie do państw członkowskich wyłącznie wtedy, gdy stosują one prawo unijne, nie zaś gdy przyjmują i stosują prawo krajowe niezależne od unijnego. Kładzie również nacisk na fakt, że Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa unijnego ani nie ustanawia nowych kompetencji Unii. Nie zawęży ona także zakresu zastosowania prawa krajowego ani nie ogranicza istniejących uprawnień organów krajowych w tej dziedzinie.

Z art. 9 KPP wynika zatem, że realizacja wyrażonej w nim wolności gwarantowana jest przez wewnętrzne prawo państw będących członkami Unii Europejskiej, a zatem regulacja korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny znajduje się w zakresie wyłącznych kompetencji państw członkowskich.

Należy jednak podkreślić, że powyższe uwagi dotyczą braku kompetencji legislacyjnych Unii Europejskiej w zakresie materialnego prawa rodzinnego. Czym innym jest natomiast współpraca sądowa w zakresie spraw cywilnych, dotycząca kwestii proceduralnych oraz norm kolizyjnych, obejmujących także

⁶⁰ Warto jednak zwrócić uwagę, że w świetle prawa międzynarodowego, a w szczególności Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., której Polska jest stroną, deklaracja może mieć, co najwyżej, wpływ na sposób interpretacji zobowiązań Polski. Nie zwalnia ona jednak Polski z realizacji zobowiązań międzynarodowych. W literaturze przedmiotu podkreśla się słusznie, że dokument ten ma charakter polityczny. Wskazuje on na skalę wartości, jaką dane społeczeństwo przyjmuje. Zarazem jednak nie wyłącza oddziaływania Karty na prawo krajowe, również w kwestiach dotyczących moralności. R. Wieruszewski, *Rola i znaczenie...*, s. 57–58.

prawo rodzinne⁶¹. Unia Europejska może bowiem także *przyjmując akty w innych dziedzinach [...] regulować konsekwencje małżeństwa, np. prawo pobytu małżonka na terytorium państwa członkowskiego, w którym przebywa drugi z małżonków, korzystający ze swobodnego przepływu pracowników. Nie jest to zatem kwestia zupełnie obojętna dla prawa Unii*⁶². Mimo przyznanej państwom członkowskim Unii Europejskiej autonomii w zakresie regulacji prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny (w art. 9 KPP), decyzja ustawodawcy krajowego może okazać się nie do końca wiążąca. Kluczowe znaczenie odgrywać bowiem będzie interpretacja regulacji wewnętrznych przez orzekający w potencjalnej sprawie Trybunał⁶³.

Warto także zauważyć, że prawo unijne nie pozostaje bez wpływu na wykładnię Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, czemu w sposób wyraźny dał wyraz Europejski Trybunał Praw Człowieka interpretując

⁶¹ Na przykład: rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, Dz. Urz. L 338 z 23.12.2003 r.; rozporządzenie Rady (UE) z 20.12.2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej, Dz. Urz. UE L 343 z 29.12.2010 r.

⁶² A. Wyrozumska, *Karta Praw...*, s. 86; Na tę kwestię zwraca także uwagę K. Kańska, *Karta Praw Podstawowych a przestrzeganie praw człowieka przez instytucje Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 29–32. Autorka stwierdza, że: *Co prawda art. 9 Karty zastrzega, iż prawo to przysługuje na zasadach zawartych w ustawach krajowych, ale równocześnie Karta w art. 21 zawiera prawo do niedyskryminacji również ze względu na orientację seksualną. Obecnie sytuacja przedstawia się więc następująco: o ile na razie dozwolone jest utrzymywanie w mocy dyskryminujących przepisów należących do dziedziny prawa rodzinnego (np. dotyczących instytucji małżeństwa czy adopcji), bowiem wykraczają one poza zakres kompetencji Wspólnoty, o tyle dyskryminacja ze względu na orientację seksualną poza domeną prawa rodzinnego może być już objęta kompetencją wspólnotową [...]. Chodzi przede wszystkim o kwestię wzajemnego uznawania małżeństw lub pozamałżeńskich związków osób tej samej płci dla potrzeb przepływu pracowników i ich „rodzin” na terenie Wspólnoty.*

⁶³ Więcej na ten temat, a także o problemie dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zakresie prawa do zawarcia małżeństwa: M. Łączkowska, *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Frederic Hay przeciwko Credit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sevres*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 4, s. 48–54. Na przekroczenie kompetencji ETS w sprawie *K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01 uwagę zwrócił K. Osajda wskazując, że Trybunał stwierdził niezgodność z prawem wspólnotowym regulacji prawa krajowego dotyczącej możliwości zawarcia małżeństwa, która zgodnie z ustaleniami traktatowymi pozostaje w domenie państw członkowskich. K. Osajda, *Orzecznictwo ETS dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 39–40.

art. 12 EKPCz w porównaniu z art. 9 KPP, uznając niejako ten ostatni za pożądaną ewolucję regulacji praw człowieka⁶⁴.

Za interesującą uznać należy także interpretację art. 12 EKPCz umieszczoną na stronie Rady Europy, mimo że ma ona znaczenie jedynie informacyjno-edukacyjne. Umieszczona została w dwóch nieco odmiennie brzmiących wersjach językowych. Zgodnie z wersją francuską *każda osoba ma prawo do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny. Korzystanie z tego prawa jest blisko związane z poszanowaniem życia prywatnego i rodzinnego gwarantowanym w art. 8. Prawo to jest chronione przez ustawodawstwa krajowe, które są bardzo różnorodne i mogą wykroczyć poza tradycyjną koncepcję małżeństwa, pozwalając na małżeństwa między osobami tej samej płci czy adopcję przez pary homoseksualne*⁶⁵. W wersji angielskiej brzmi to podobnie, choć z pewną istotną różnicą⁶⁶. Autorzy definicji posługują się bowiem pojęciem prawa do zawarcia związku małżeńskiego i posiadania, a nie założenia rodziny⁶⁷. Zauważyć zatem można rozszerzającą interpretację art. 12 EKPCz.

3. ZASADY WYKŁADNI POSTANOWIEŃ KONWENCJI MIĘDZYNARODOWYCH

Kluczowe znaczenie dla wiążącej wykładni postanowień wielostronnych umów międzynarodowych odgrywają wytyczne zawarte w Konwencji Wiedeńskiej o prawie traktatów⁶⁸. Zgodnie z art. 31–33 wskazanej konwencji interpretacji traktatu należy dokonywać w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie przypisuje się użytym w nim wyrazom, z uwzględnieniem ich kontekstu oraz przedmiotu i celu interpretowanego dokumentu.

W literaturze zwraca się jednak uwagę na bardziej dynamiczny sposób dokonywania wykładni Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności w praktyce orzeczniczej Trybunału Praw Człowieka. Temu celowi służyć mają: doktryna „żywego/żyjącego⁶⁹ instrumentu”, doktryna „praw skutecznych i efektywnych”

⁶⁴ W wyroku w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04 ETPCz dokonał interpretacji art. 12 EKPCz odwołując się do art. 9 KPP.

⁶⁵ <https://www.coe.int/fr/web/human-rights-convention/marriage> [dostęp: 25.01.2019]

⁶⁶ <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/marriage> [dostęp: 25.01.2019].

⁶⁷ W anglojęzycznej wersji Konwencji użyto czasownika „fond”, we wskazanej interpretacji „have”.

⁶⁸ Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu 23.05.1969 r., Dz. U. 1990 Nr 74, poz. 439.

⁶⁹ Określeniem „żyjący” posługuje się L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 9 oraz A. Paprocka, *Budowanie tożsamości europejskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 12, s. 24.

oraz doktryna „istoty prawa”⁷⁰. Nie można jednak pominąć także niezwykle istotnej zasady subsydiarności oraz doktryny „marginesu oceny”.

Pierwsza z wymienionych doktryn wskazuje, że ewolucja życia społecznego powoduje zmienność treści praw podstawowych chronionych konwencją. Istotne znaczenie odgrywa zatem praktyka państw członkowskich, a także organizacji i organów międzynarodowych. *Jeśli w danej kwestii wyłania się wewnętrzny i międzynarodowy konsensus, Trybunał może uznać go za część minimalnego standardu ochronnego gwarantowanego Konwencją i „narzucić” go ostatnim z państw Rady Europy, które go nie przestrzegają. Z drugiej jednak strony jeśli takiego konsensusu nie ma, Trybunał nie jest skłonny zastępować państwa w podejmowaniu – zwłaszcza kontrowersyjnych decyzji*⁷¹. Doktryna ta *ma na celu ujednoczenie standardu ochrony, nawet jeśli jest to sprzeczne z lokalnymi tradycjami i przekonaniami co do prawidłowego sposobu stosowania Konwencji*⁷². Trzeba przyznać, że wyposażenie Trybunału w takie kompetencje jest nieco niepokojące w kontekście zagwarantowania autonomii państw członkowskich Rady Europy. Konieczność dokonywania wykładni postanowień konwencji z uwzględnieniem przemian społecznych, które nastąpiły po powstaniu regulacji, nie przyznaje Trybunałowi kompetencji do tworzenia praw niewymienionych w konwencji, niezależnie od tego, czy pożądane i uzasadnione byłoby ich wprowadzenie⁷³. Zrozumiały jest natomiast nowy sposób interpretowania postanowień Konwencji wynikający z woli państw–stron wyrażonej w zmianie jej treści lub w drodze protokołu dodatkowego. Na konieczność osiągnięcia porozumienia między stronami traktatu zwrócono uwagę w art. 31 ust. 2 i 3 Konwencji o prawie traktatów.

Druga ze wskazanych doktryn wpływających na wykładnię postanowień konwencyjnych to doktryna „praw skutecznych i efektywnych”. W tym wypadku chodzi o to, że państwo ma obowiązek nie tylko przyjąć regulację, która teoretycznie przyznaje konkretne prawo, ale także zapewnić możliwość jego rzeczywistej realizacji⁷⁴. Oznacza to, że standardy międzynarodowe nie tyle zakazują państwu ingerencji w prawa jednostki, co nakładają na państwo obowiązki o charakterze pozytywnym.

⁷⁰ P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 147.

⁷¹ Tamże, s. 148.

⁷² A. Paprocka, *Budowanie tożsamości...*, s. 24. W ten sposób ETPCz w wyroku z 25.04.1978 r., w sprawie *Tyler przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5856/72, § 38.

⁷³ Zdanie odrębne sędziego E. Myjera do wyroku ETPCz z 8.12.2009 r. w sprawie *Muñoz Díaz przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 49151/07.

⁷⁴ P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 150.

Trzecią przywoływaną w literaturze jest doktryna „istoty prawa”, zgodnie z którą sposoby określania przez państwo możliwości korzystania z wynikającego z Konwencji prawa nie mogą naruszać istoty tego prawa⁷⁵. Na tę kwestię zwracał także uwagę Trybunał Praw Człowieka w swoich orzeczeniach⁷⁶. W związku z tym wskazuje się, że przyjęcie w przyszłości powszechnego przekonania, że małżeństwo to związek dwóch osób niezależnie od płci, będzie mogło prowadzić do uznania, że system prawny nieprzewidujący dostępu do instytucji małżeństwa dla osób tej samej płci narusza „istotę” prawa do zawarcia małżeństwa⁷⁷. Wydaje się jednak, że w świetle przywołanych powyżej standardów międzynarodowych pozostanie przez prawo krajowe przy koncepcji małżeństwa jako związku pomiędzy kobietą i mężczyzną nie mogłoby zostać uznane za naruszające „istotę prawa”. Oznaczałoby to bowiem, że większy wpływ na prawo wewnętrzne mają regulacje przyjęte w innych państwach, niż rozwiązania wypracowane na forum międzynarodowym. Zmiana „istoty prawa” wydaje się zatem możliwa, co nie znaczy uzasadniona, wyłącznie w przypadku redefinicji na poziomie międzynarodowym poprzez wspólne wypracowanie nowego stanowiska.

Wszystkie trzy wskazane doktryny przyznają Trybunałowi Praw Człowieka szerokie kompetencje do wpływania swoim orzecznictwem na systemy krajowe. Zauważyć zatem można rozbieżności pomiędzy koncepcją przyjętą w regulacji prawnej a sposobem jej interpretacji i stosowania. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej pozostawia kwestię uregulowania związku małżeńskiego ustawodawcy krajowemu, wprost podkreślając, że prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw. Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nieco łagodniej wskazuje, że ustawy krajowe nie tyle gwarantują, co regulują korzystanie z tego prawa. W obu mamy jednak jednoznaczne odesłanie do prawa wewnętrznego.

Istotne znaczenie odgrywa w tym kontekście doktryna „marginesu oceny”, która *opiera się na założeniu, że choć Konwencja przyjmuje uniwersalne stan-*

⁷⁵ Tamże, s. 150–151.

⁷⁶ Wyrok ETPCz z 27.09.1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 10843/84; Wyrok ETPCz z 30.06.1998 r., w sprawie *Sheffield and Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 31–32/1997/815–816/1018–1019; Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95; Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94; Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04.

⁷⁷ I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 305.

dardy ochrony gwarantowanych w niej wolności i praw, to pozostawia państwowi pewną swobodę co do sposobu, w jaki standardy te są implementowane w określonym kontekście społecznym, kulturalnym i prawnym⁷⁸. Państwo dysponuje szerszym marginesem swobody oceny, gdy chodzi o realizację prawa, co do którego występują istotne rozbieżności w poszczególnych społeczeństwach. Uzasadnieniem dla tej doktryny jest zatem brak wspólnego stanowiska w państwach członkowskich Rady Europy. Margines oceny ulega natomiast zawężeniu, gdy dochodzi do wypracowania konsensusu w kwestii danego prawa, wówczas państwa członkowskie powinny mieścić się w jego zakresie⁷⁹. Europejski Trybunał Praw Człowieka poprzez doktrynę „żywego instrumentu” przyjmuje bowiem, że występowanie danego rozwiązania w przeważającej większości państw oznacza wytworzenie się nowego standardu, który powinien obowiązywać we wszystkich⁸⁰. Uznać jednak należy, że odwołanie się w przypadku prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny do ustawodawstw krajowych (art. 12 EKPCz oraz art. 9 KPP) w zasadzie wyklucza możliwość zastosowania doktryny „żywego instrumentu”, gdyż w aktach międzynarodowych wyraźnie przyznano państwowi kompetencje do różnorodnego uregulowania tej kwestii. Znaczenie odesłania do prawa wewnętrznego podkreśla fakt, że nie przewidziano go w odniesieniu do innych praw gwarantowanych w prawie międzynarodowym. Dlatego należy podkreślić, że w odniesieniu do prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny kluczowe znaczenie powinna odgrywać doktryna „marginesu oceny”. Wspomniana doktryna wraz z zasadą subsydiarności, uznane już w praktyce, zostaną wyrażone w preambule do Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności na mocy Protokołu 15⁸¹. W postanowieniu tym podkreślono, że w związku z zasadą subsydiarności, to na państwach członkowskich w pierwszej kolejności spoczywa odpowiedzialność za ochronę praw i wolności wskazanych w Konwencji i Protokołach dodatkowych⁸². W tej działalności państwu przy-

⁷⁸ A. Paprocka, *Budowanie tożsamości...*, s. 21; w ten sposób zob. także: Wyrok ETPCz z 25.04.1978 r. w sprawie *Tyler przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5856/72, § 38.

⁷⁹ A. Paprocka, *Budowanie tożsamości...*, s. 21–23.

⁸⁰ Na problem ten zwrócił także uwagę I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, s. 304.

⁸¹ Komitet Ministrów Rady Europy przyjął Protokół nr 15 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności 16.05.2013 r. Wejdzie on w życie po podpisaniu i zatwierdzeniu, bądź ratyfikowaniu go przez wszystkie strony Konwencji.

⁸² Pozostawienie ustawodawcy krajowemu marginesu oceny ze względu na przekonanie o jego lepszej znajomości sytuacji społecznej i rzeczywistych potrzeb spotyka się jednak z krytyką, gdy sprawa różnego traktowania dotyczy praw mniejszości. Podaje się także w tym kontekście w wątpliwość zarzut, że poprzez wykonywanie ścisłej kontroli sądowej Trybunał ingeruje

sługuje margines oceny podlegający jednak nadzorczej jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Rozwiązanie takie wyrażone zostało wielokrotnie w orzecznictwie Trybunału, z którego wynika, że *co do zasady, to państwa są lepiej predestynowane do zapewnienia poszanowania praw człowieka na poziomie krajowym i określenia sposobu zadośćuczynienia ewentualnym naruszeniom*⁸³. Ich działanie, po pierwsze, musi realizować postanowienia Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, po drugie, podlega nadzorowi Trybunału, który bada, czy *decyzje podjęte przez władze krajowe są zgodne z Konwencją*⁸⁴.

Międzynarodowe akty regulujące problematykę praw człowieka pozostawiają państwom swobodę sposobu uregulowania możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Granicą tej swobody jest jednak próba całkowitego uniemożliwienia realizacji uprawnienia, o którym mowa.

4. DOPUSZCZALNE OGRANICZENIA PRAWA DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY W ŚWIETLE REGULACJI MIĘDZYNARODOWYCH

Analiza wskazanych wyżej regulacji międzynarodowych o charakterze ogólnym prowadzi do wniosku, że prawo do zawarcia małżeństwa nie ma charakteru absolutnego. W literaturze wyrażono nawet pogląd, że dzieje się tak mimo braku wyraźnych restrykcji w korzystaniu z tego prawa wynikających z aktów je proklamujących⁸⁵. Ponadto odesłanie do prawa krajowego w kwestii regulacji korzystania z tego prawa świadczy o dopuszczalności pewnych ograniczeń w możliwości jego realizowania⁸⁶.

w demokratyczne funkcjonowanie państwa. Zwraca się bowiem uwagę, że mniejszości zazwyczaj nie są w sposób wystarczający reprezentowane w parlamentach krajowych. Ponadto debata na temat orientacji seksualnej odbywająca się w ciałach ustawodawczych charakteryzuje się stereotypowym podejściem. Z tego względu uznaje się, że prawa mniejszości, a w tym prawa osób LGBT, nie powinny być pozostawiane w rękach ustawodawcy krajowego. E. Bribosia, I. Rorive, L. Van den Eynde, *Same-sex marriage – building an argument before the European Court of Human Rights in light of the US experience*, „Berkeley Journal of International Law” 2014, t. 32, z. 1, s. 20.

⁸³ Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Protokołu nr 15 zmieniającego Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzoną w Rzymie 4.11.1950 r.

⁸⁴ Tamże.

⁸⁵ T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, (2010), s. 426–427. W dalszej części tekstu autor omawia jednak ograniczenia prawa do zawarcia związku małżeńskiego wynikające z prawa międzynarodowego, np. wiek (Tamże, s. 427) czy płeć (Tamże, s. 429).

⁸⁶ P. van Dijk, *The Right to Marry and to Found a Family (Article 12)*, [w:] *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak

Z tezą o niewystępowaniu międzynarodowych granic swobody realizacji omawianego prawa można by jednak dyskutować. Jedynie w Karcie praw podstawowych nie wymieniono żadnych ogólnych wskazówek dotyczących płci czy wieku, pozostawiając te kwestie regulacjom wewnętrznym państw członkowskich Unii Europejskiej. Pozostałe dokumenty prawa międzynarodowego w bardzo lakoniczny sposób, ale jednak określają minimalne ograniczenia dotyczące możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa, także odsyłając do ustaw krajowych.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 16 zawiera zakaz dyskryminacji w odniesieniu do prawa do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny, przyznając to prawo mężczyznom i kobietom bez względu na jakiegokolwiek różnice rasy, narodowości lub wyznania. Zakaz o podobnym charakterze konstruuje także art. 14 EKPCz w stosunku do wszystkich praw wskazanych w tym dokumencie, a zatem także w odniesieniu do prawa do zawarcia małżeństwa. Pewne granice dla ustawowych ograniczeń korzystania z omawianego prawa wyznacza także orzecznictwo międzynarodowe podkreślając, że środki regulujące tę kwestię nie mogą uderzać w substancję przysługującego prawa⁸⁷.

Dokumenty prawa międzynarodowego określają jednak konkretne standardy dotyczące zawarcia małżeństwa, które państwa powinny realizować w swoich rozwiązaniach prawnych. Co do zasady przewidują one heteroseksualność i monogamiczność małżeństwa, którego celem jest założenie rodziny. Wymagają także od państw regulacji najniższego wieku uprawniającego do zawarcia tego związku oraz konieczność zapewnienia, aby małżeństwo zawierane było za obopólną, swobodną i pełną zgodą obojga małżonków. Zawarcie małżeństwa jako akt sformalizowany musi mieć także publiczny charakter i powinno zostać zarejestrowane. Szczególne znaczenie odgrywa w tych kwestiach Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw⁸⁸.

Z przywołanych regulacji międzynarodowych praw człowieka wynika zatem ogólne, a nawet abstrakcyjne prawo do zawarcia małżeństwa. Możliwość realizacji tego prawa następuje natomiast zgodnie z modelem małżeństwa przewi-

(red.), Antwerpia–Oxford 2006, s. 842. Cyt. za: T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji...*, (2013), s. 21.

⁸⁷ Wyrok ETPCz z 21.02.1975 r. w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70, § 38.

⁸⁸ Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw, otwarta do podpisu w Nowym Jorku 10.12.1962 r., Dz. U. 1965 Nr 9, poz. 53.

dzianym w konkretnym porządku prawnym⁸⁹. Ważne jest jednak to, że w świetle standardów międzynarodowych *państwo nie może rozstrzygać o „istnieniu” lub nie instytucji małżeństwa, a jedynie regulować dostęp do małżeństwa, czyli pewne aspekty związane z jego zawarciem, takie jak przesłanki rozstrzygające o zdolności zawarcia małżeństwa, kwestie proceduralne czy sposób wyrażenia zgody*⁹⁰. Uznać należy, iż pozostawienie regulacji tych zagadnień prawu krajowemu było zabiegiem celowym twórców aktów międzynarodowych szanujących różnorodność obyczajów i rozwiązań przyjętych w poszczególnych państwach⁹¹. Jeżeli małżeństwo jest instytucją prawną, a jego zawarcie ma charakter aktu urzędowego, to właśnie wewnętrzny system prawny danego państwa jest właściwszym sposobem uregulowania dopuszczalności i sposobu tworzenia tego stosunku prawnego⁹². Z tego względu zrezygnowano z poszukiwania „zbyt daleko idących standardów uniwersalnych”, a nawet – w przypadku Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności – przyjęto skromniejszy niż pierwotnie zamierzony sposób uregulowania prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny⁹³. Z kolei w Karcie praw podstawowych w ogóle ograniczono się do stwierdzenia istnienia prawa do zawarcia małżeństwa i prawa do założenia rodziny podkreślając, że ich realizacja gwarantowana jest przez prawo wewnętrzne państw członkowskich Unii Europejskiej.

Radykalna zmiana koncepcji małżeństwa na poziomie międzynarodowej ochrony praw człowieka wymagałaby wyraźnego działania prawotwórczego. Skoro, jak już wspomniano, zasada równouprawnienia małżonków znalazła wyraz w protokole dodatkowym do Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności, tym bardziej redefinicja małżeństwa wymagałaby tego typu ingerencji⁹⁴. Nie można bowiem wyprowadzać np. powszechnego obowiązku uregulowania „małżeństw” osób tej samej płci z obecnie obowiązujących standardów międzynarodowych.

Logiczną konsekwencją współczesnej absolutyzacji zakazu dyskryminacji powinna być likwidacja instytucji małżeństwa, co pozwoliłoby osiągnąć pełne równouprawnienie. Otwarcie tej instytucji dla osób pozostających w monoga-

⁸⁹ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 25.

⁹⁰ I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 305.

⁹¹ I.C. Kamiński zwraca uwagę, że *dostrzegając zróżnicowanie krajowych uregulowań prawnych, stanowiące następstwo tradycji i kultury poszczególnych krajów, twórcy KPP i EKPCz nie dążyli do zbudowania jednolitego standardu*. Tamże, s. 301.

⁹² T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, (2010), s. 426.

⁹³ L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 712.

⁹⁴ Zob. L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne*, [w:] *Orientacja seksualna...*, s. 158.

micznych związkach jednopłciowych prowadzi bowiem do dyskryminacji biseksualistów, poligamistów, poliamorystów oraz innych ujawniających się orientacji np. „orientacji bezrelacyjnej”⁹⁵. Objęcie mianem małżeństwa wszystkich możliwych konfiguracji doprowadziłoby z kolei z jednej strony do społecznego chaosu, z drugiej do pozbawienia tej instytucji jakiegokolwiek sensu, skoro każdy mógłby być w małżeństwie. Podkreślić jednak należy, że także wyeliminowanie małżeństwa z systemu prawnego wymagałoby zmiany w regulacjach międzynarodowych praw człowieka, gdyż obowiązujące przepisy nakładają na państwo obowiązek uregulowania i objęcia ochroną tego stosunku prawnego między kobietą i mężczyzną. Pozostawienie prawu krajowemu regulacji możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa nie daje bowiem państwu kompetencji do zupełnego pozbawiania tego prawa⁹⁶.

Na gruncie obecnie obowiązujących standardów międzynarodowej ochrony praw człowieka państwa członkowskie mają zatem zarówno obowiązek wyboru sposobu uregulowania dostępu do małżeństwa, jak i wyłączne do tego kompetencje.

W tym kontekście pojawia się zatem pytanie, jakie ogólne informacje o instytucji małżeństwa można wyinterpretować z przepisów prawa międzynarodowego i czy prawo międzynarodowe pozostawia państwu zupełną swobodę w sposobie ich uregulowania? Na pewnym poziomie ogólności wyróżnić można standardy dotyczące cech charakteryzujących małżeństwo, czyli oficjalny charakter zawarcia i wymóg zarejestrowania, heteroseksualność, monogamię, trwałość oraz równouprawnienie małżonków. W kwestii kompetencji ustawodawczych państwa w zakresie zagwarantowania możliwości realizacji prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny obowiązuje jedna podstawowa zasada. Ograniczenia i wymagania dotyczące możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny nie mogą być tak skonstruowane, aby naruszały jego istotę⁹⁷.

⁹⁵ Zob. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 731–732. Autor podkreśla, że już sama instytucjonalna ochrona związków homoseksualnych z wyłączeniem innych kategorii relacji międzyludzkich stanowiłaby przejaw dyskryminacji. Jego zdaniem, które należy podzielić, *utrzymanie obecnego, wyłącznego zakresu regulacji instytucji małżeństwa zapobiega właśnie takiej dyskryminacji*.

⁹⁶ T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji...*, (2013), s. 21–22 i przywołana tam literatura. Autorzy zwracają uwagę na to, że żadna osoba ani kategoria osób nie może być pozbawiona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Przyjąć należy, że tym bardziej nie jest możliwe zlikwidowanie tej instytucji.

⁹⁷ ETPCz podkreślał tę kwestię kilkakrotnie, między innymi w wyroku z 17.10 1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9532/8, § 50 oraz w wyroku z 18.12.1987 r. w sprawie *F. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11329/85, § 32.

§ 2. PRAWO DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA I ZAŁOŻENIA RODZINY W PRAWIE POLSKIM

Pojęcie prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny jest obecne w polskim systemie prawnym poprzez obowiązujące normy międzynarodowych praw człowieka. Nie funkcjonuje ono natomiast w regulacjach prawnych ustanowionych przez polskiego ustawodawcę, nawet tych o randze konstytucyjnej⁹⁸, ani w opracowaniach dotyczących krajowego prawa rodzinnego⁹⁹. W doktrynie wskazuje się jednak, że możliwość zawarcia związku małżeńskiego wynika z prawa do ochrony i opieki roztaczanych przez państwo nad tą instytucją przewidzianego w art. 18 konst.¹⁰⁰ Źródła prawa do zawarcia małżeństwa upatruje się także w przysługującej człowiekowi wolności chronionej prawem (art. 31 konst.), w prawie do ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz w prawie do decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 konst.)¹⁰¹. Ustawodawca jednak nigdzie nie posługuje się pojęciem prawa do zawarcia związku małżeńskiego, trzeba je zatem analizować umieszczając w odpowiednim kontekście. Jako prawo człowieka znajduje ono swoje umocowanie poza prawem stanowionym, bo w godności istoty ludzkiej. Normy prawne muszą natomiast umożliwić realizację tego prawa uwzględniając jego charakter, źródło i cel. Przedmiotem niniejszego opracowania nie jest jednak analiza terminologiczna pojęcia prawa do zawarcia małżeństwa, lecz określenie standardów międzynarodowych dotyczących sposobu jego realizacji oraz ocena

⁹⁸ Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15, Dz. U. 2016, poz. 2203; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 773; Tenże, *Małżeństwo jako instytucja...*, s. 474; Tenże, *Prawo do zawarcia małżeństwa w świetle Konstytucji*, [w:] *Prawo do małżeństwa na progu XXI wieku*, K. Motyka (red.), Lublin 2016, s. 13. Inaczej, por. K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 1, Tenże (red.), Warszawa 2015, s. 82; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 492.

⁹⁹ Prawo do zawarcia małżeństwa analizuje jednak T. Sokołowski, *Prawo do zawarcia...*, s. 23–43.

¹⁰⁰ A. Mączyński, *Małżeństwo jako instytucja...*, s. 474; Tenże, *Prawo do zawarcia...*, s. 19. Autor uważa, że art. 18 konst. przewiduje konstytucyjne prawo podmiotowe przysługujące kobiecie do zawarcia związku małżeńskiego z mężczyzną i odwrotnie.

¹⁰¹ P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 251; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 476; A. Mączyński, *Prawo do zawarcia...*, s. 19. Także TK uznał, że na gruncie art. 47 Konstytucji nie można zatem mówić o konstytucyjnym prawie podmiotowym do zawarcia małżeństwa, ale o prawie do decydowania o swoim życiu osobistym, które zawiera w sobie element decyzji co do zawarcia związku małżeńskiego, o którym mowa w art. 18 Konstytucji. Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15, Dz. U. 2016, poz. 2203.

adekwatności rozwiązań prawnych przyjętych w tym zakresie przez polskiego ustawodawcę.

W polskim prawie instytucja małżeństwa zajmuje szczególne miejsce, co znajduje wyraz w art. 18 konst. W przepisie tym z jednej strony zawarto definicję¹⁰² małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, z drugiej przyznano małżeństwu, obok rodziny i rodzicielstwa, szczególną ochronę i opiekę prawną. Warto podkreślić, że regulacja ta należy do zasad ustrojowych polskiego systemu prawnego, ma zatem wpływ zarówno na tworzenie nowych rozwiązań, jak i interpretację już obowiązujących¹⁰³. W doktrynie podkreśla się, że takie umiejscowienie znajduje swoje uzasadnienie także w proklamowanej w konstytucji zasadzie pomocniczości *umacniającej uprawnienia wspólnot obywateli, a więc wyznaczającej rolę rodziny w społeczeństwie*¹⁰⁴. Rodzina co do zasady ma być zatem autonomiczna oraz samowystarczalna i temu celowi służyć powinny odpowiednie regulacje prawne. Państwo ma interes w tym, aby małżeństwo i rodzina spełniały swoje role, gdyż *to od kondycji rodziny zależy zakres zadań i problemów stojących przed organami państwa*¹⁰⁵. Im silniejsza i zaradniejsza jest rodzina, tym mniejsze obciążenie dla państwa szczególnie w zakresie realizacji funkcji opiekuńczo-wychowawczych.

¹⁰² Za charakterem definicji opowiadają się P. Winczorek, *Komentarz...*, s. 54; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 147; A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe...*, s. 94; Tenże, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 770; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 479. Inaczej por. J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 86; E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 23; A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji związku osób tej samej płci w świetle art. 18 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2015, nr 4, s. 70. Sensowność definiowania małżeństwa w ustawie zasadniczej poddaje w wątpliwość J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 293.

¹⁰³ TK w wyroku z 8.05.2001 r., P 15/00, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001, nr 4, poz. 83, podkreślił znaczenie norm konstytucyjnych dotyczących małżeństwa i rodziny w procesie tworzenia, interpretacji i stosowania polskiego prawa. *Postanowienia konstytucji w tym zakresie stanowią wyraźne wskazanie zarówno dla ustawodawcy zwykłego jak i dla organów stosujących prawo. Z całą pewnością racjonalny ustawodawca konstytucyjny, stanowiąc powołane wyżej normy kierował się świadomością wartości rodziny w życiu społecznym i znaczenia tej podstawowej komórki dla istnienia i funkcjonowania narodu.* Na miejsce regulacji dotyczącej małżeństwa i rodziny zwraca między innymi uwagę A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 756 oraz M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4, s. 26.

¹⁰⁴ L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 490.

¹⁰⁵ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny...*, s. 26; Wyrok TK z 8.04.2001 r., P 15/00, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001 r., nr 4, poz. 83, s. 22.

W konstytucjach innych państw problematyka dotycząca małżeństwa i rodziny poruszana jest najczęściej w kontekście praw i wolności jednostki¹⁰⁶. W polskiej ustawie zasadniczej dyrektywa dotycząca ochrony małżeństwa i rodziny należy do tzw. norm programowych wyznaczających główne kierunki polityki państwa¹⁰⁷, co oznacza nałożenie określonych obowiązków na państwo, w tym przede wszystkim na ustawodawcę¹⁰⁸. Artykuł 18 konst. nie stanowi zatem źródła dla indywidualnego dochodzenia roszczeń¹⁰⁹ ani dla wniesienia skargi konsty-

¹⁰⁶ Np. art. 6 konstytucji Niemiec, art. 32 konstytucji Hiszpanii, art. 41 konstytucji Słowacji, art. 51 konstytucji Ukrainy, art. 53 konstytucji Słowenii, art. 48 konstytucji Rumunii, art. 36 konstytucji Portugalii, art. 110 konstytucji Łotwy, art. 21 konstytucji Grecji, § 27 konstytucji Estonii, art. 46 konstytucji Bułgarii, art. 62 konstytucji Chorwacji, art. 22 konstytucji Cypru. Informacje na podstawie materiałów dostępnych na http://biblioteka.sejm.gov.pl/konstytucje_swiate/ [dostęp: 7.07.2016]. Na ten temat zob. także: D. Dudek, *Prawo do zawarcia małżeństwa w wybranych konstytucjach państw Unii Europejskiej*, [w:] *Ius connubii...*, s. 21–45; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 489. Autor podkreśla, że także w konstytucji z 1952 r. zasada ochrony rodziny uregulowana została wśród praw i wolności jednostki.

¹⁰⁷ P. Winczorek, *Małżeństwo poza sporem*, Rzeczpospolita 17.07.2011 <https://www.archiwum.rp.pl/artukul/1064522-Malzenstwo-pozza-sporam.html> [dostęp 7.07.2016]; Wyrok TK z 27.01.1999 r., K 1/98, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 1999, nr 1, poz. 3, s. 46; Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2000, nr 5, poz. 144, s. 834. Podobnie art. L konstytucji Węgier z 2011 r., art. 38 konstytucji Litwy, art. 14 konstytucji Bułgarii z 1991 r., art. 7 ust. 2 konstytucji Rosji z 1993 r. Informacje na podstawie materiałów dostępnych na http://biblioteka.sejm.gov.pl/konstytucje_swiate/ [dostęp: 7.07.2016].

¹⁰⁸ Wyrok TK z 18.05.2005 r., K 16/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5, poz. 51. B. Banaszekiewicz zwraca uwagę, że art. 18 konst. stanowi zarazem dla ustawodawcy upoważnienie dla szczególnego uregulowania więzi małżeńskiej. B. Banaszekiewicz, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”...*, s. 611.

¹⁰⁹ Art. 18 konst. nie stanowi podstawy dla jakichkolwiek praw podmiotowych. Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2000, nr 5, poz. 144; Wyrok TK z 22.07.2008 r., K 24/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2008, nr 6A, poz. 110; Wyrok TK z 11.05.2011 r., SK 11/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 4, poz. 32. Odmiennie wyrok TK z 29.04.2003 r., SK 24/02, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2003, nr 4, poz. 33, w którym uznano, że przywołany przepis jest zarówno zasadą ustrojową jak i źródłem określonych praw podmiotowych. Trybunał zauważa jednak, że konkretyzacja tych praw następuje w dalszych przepisach konstytucji i tak w odniesieniu do art. 18 są to art. 47 i 48. Jednak w innym orzeczeniu Trybunał podkreślił, że także art. 47 konst. nie stanowi źródła dla prawa podmiotowego do zawarcia małżeństwa (Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15, Dz. U. poz. 2203).

tucyjnej¹¹⁰, lecz jest podstawą do dokonywania oceny konstytucyjności przepisów prawa¹¹¹. Z przepisu tego nie wynika zatem żadne przysługujące jednostce podmiotowe prawo do zawarcia małżeństwa¹¹², lecz ogólna zasada i cel polityki państwa. W doktrynie zwrócono jednak uwagę, że taka interpretacja wyklucza zrekonstruowanie z art. 18 konst. podstawowego prawa jednostki do zawarcia małżeństwa, które jest gwarantowane w aktach prawa międzynarodowego ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską¹¹³. Pojawia się w związku z tym pytanie dotyczące konieczności wprowadzania odrębnej regulacji prawa do zawarcia małżeństwa w ustawie zasadniczej, skoro wynika ono z obowiązujących norm międzynarodowych dotyczących praw człowieka stanowiących integralny element polskiego systemu prawnego. Podkreślić w tym miejscu należy, że niektóre konstytucje państw europejskich w ogóle nie poruszają kwestii dotyczących małżeństwa¹¹⁴, co nie oznacza przecież, że nie chronią jednego z praw podstawowych przysługujących człowiekowi.

Przeciwko koncepcji prawa do zawarcia małżeństwa wynikającego z art. 18 konst. przemawia jego treść oraz umiejscowienie wśród zasad ustrojowych a nie wśród praw i wolności człowieka i obywatela. Konstytucja realizuje natomiast standard międzynarodowy polegający na obowiązku otoczenia małżeństwa i rodziny szczególną ochroną, nie przyznaje jednak podmiotowego prawa do zawarcia małżeństwa jako takiego. Prawo to, wynikając z regulacji międzynarodowych¹¹⁵, realizowane jest w drodze ustawodawstwa zwykłego poprzez odpowiednie

¹¹⁰ Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2000, nr 5, poz. 144; Wyrok TK z 4.05.2004 r., K 8/03, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2004, nr 5, poz. 37; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 491.

¹¹¹ K. Kubuj, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), Warszawa 2009, s. 285; TK w wyroku z 12.04.2011 r. SK 62/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 3, poz. 22.

¹¹² L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 491.

¹¹³ M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne w wykładni Konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, [w:] *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, T. Giaro (red.), Warszawa 2012, s. 230.

¹¹⁴ Zob. konstytucje Austrii, Belgii, Czech, Szwecji, Szwajcarii, Norwegii, Holandii, Finlandii, Danii. Informacje na podstawie materiałów dostępnych na http://biblioteka.sejm.gov.pl/konstytucje_swiate/ [dostęp: 7.07.2016].

¹¹⁵ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 773. Autor zauważa, że w konstytucji *nie ma przepisu, w którym byłaby mowa o prawie do zawarcia małżeństwa. To oczywiście nie pozbawia znaczenia wiążących Polskę aktów międzynarodowych, przewidujących unormowania dotyczące tych zagadnień.*

przepisy prawa rodzinnego dotyczące możliwości zawarcia związku małżeńskiego. Warto jednak zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy prawami człowieka nazywanymi też prawami podstawowymi a prawem podmiotowym, które jest pojęciem należącym do sfery prawa cywilnego¹¹⁶.

Analizując instytucję małżeństwa w kontekście regulacji konstytucyjnych, skupić należy się przede wszystkim na uzasadnieniu wyróżnienia przez ustawodawcę akurat tej relacji międzyludzkiej. Przyjrzeć trzeba się zatem celowi tej instytucji, ponieważ, jak każdy stosunek prawny, któremu ustawodawca poświęca swoją uwagę, małżeństwo odgrywa istotną rolę społeczną¹¹⁷. Nie tworzy się bowiem regulacji prawnej w odniesieniu do zjawisk, w tym stosunków społecznych, w których ingerencja prawna nie jest wystarczająco uzasadniona. Instytucję prawną można zatem scharakteryzować poprzez interes społeczny, któremu służy. Uzasadnieniem dla szczególnej regulacji prawnej małżeństwa są jego funkcje społeczne¹¹⁸. Małżeństwo nie jest jedynie sprawą dwóch dorosłych osób fizycznych, które chcą pozostawać we wspólnym pożyciu, wywołuje ono bowiem skutki o szerszym zakresie zarówno prawnym, jak i społecznym. Dzieje się tak dlatego, że zawarcie związku małżeńskiego stanowi fundament rodziny. Ustawodawca wyróżnia małżeństwo z tego powodu, że jest to w pełni uporządkowany i od samego początku poddany regulacji prawnej sposób utworzenia rodziny z przyjęciem na siebie pełnej odpowiedzialności za jej funkcjonowanie oraz zaspokajanie potrzeb każdego z jej członków.

Przyznawana przez konstytucję szczególna pomoc i ochrona udzielana małżeństwu i rodzinie generuje pewne koszty. Znajdują one jednak uzasadnienie

¹¹⁶ K. Pietrzykowski podkreśla, że prawo do zawarcia małżeństwa wynikające z art. 12 EKPCz nie jest prawem podmiotowym, lecz należy do praw i wolności, a więc stanowi prawo o charakterze publicznym. K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 83.

¹¹⁷ Podobnie B. Banaszekiewicz, „*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny*”..., s. 620. Autor wskazuje: *Instytucjonalizacja zakłada zaś uznanie społecznego pożytku z istnienia określonych stosunków jako takich*.

¹¹⁸ Z. Ziemiński zauważa związek pomiędzy sposobem uregulowania instytucji małżeństwa a jego funkcjami. Z. Ziemiński, *Unormowania prawne a unormowania moralne w sferze prawa rodzinnego PRL*, „*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*” 1977, z. 2, s. 32. Na temat funkcji małżeństwa i jego znaczenia dla społeczeństwa i państwa oraz o funkcjach rodziny pisze: T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 4–5; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 30. Znaczenie funkcji małżeństwa z punktu widzenia ustawodawcy podkreśla także M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 18–19, 35.

w szczególnych funkcjach powierzonych przez państwo tym instytucjom: prokreacyjnej, socjalizacyjnej i opiekuńczej¹¹⁹.

Małżonkowie nie tylko korzystają z profitów przewidzianych przez prawo, przyjmują na siebie także konkretne obowiązki, których realizacja ma służyć dobru rodziny. Można wśród nich wymienić: obowiązek wierności i wzajemnej pomocy, obowiązek zaspokajania potrzeb rodziny, obowiązek wspólnego pożycia oraz oddanie możliwości rozwiązania małżeństwa sądowi pod warunkiem zaistnienia bądź niezastnienia przesłanek określonych przez prawo. Prorodzinne rozwiązania prawne mają zatem zachęcać do zawierania małżeństw i stanowić pewnego rodzaju gratyfikację za podejmowane ciężary¹²⁰ oraz pomagać w realizowaniu nałożonych obowiązków¹²¹. W doktrynie trafnie zwrócono uwagę, że zwolennicy przyznania przywilejów małżeńskim relacjom o innym charakterze i celu *zdają się nie dostrzegać tej okoliczności i traktować wspomniane uprawnienia jako „nagrodę” za utrzymywanie intymnych kontaktów*¹²². Podzielić należy także pogląd, że pozbawienie małżeństwa jego podstawowych funkcji musiałoby prowadzić do rezygnacji z prawnego uregulowania tej instytucji, gdyż *interwencja państwa stałaby się zbyt duża i niecelowa*¹²³.

Niezależnie od tego, czy taka koncepcja małżeństwa odpowiada ponowoczesnym teoriom, państwo jest zainteresowane tą instytucją właśnie ze względu na jej funkcję prokreacyjną i socjalizacyjno–opiekuńczą. Dlatego malejąca liczba zawieranych małżeństw niepokoi w kontekście kryzysu demograficznego, jaki dotyka Europę, w tym także Polskę. Z tego powodu jednym z priorytetowych celów polityki ludnościowej Polski jest *tworzenie warunków sprzyjających*

¹¹⁹ A. Mączyński stwierdza, że: *objęcie stosunków rodzinnych regulacją prawną jest uzasadnione znaczeniem spełnianych przez rodzinę funkcji. Pierwszoplanowe znaczenie ma wśród nich funkcja prokreacyjna. Jej znaczenie jest uzasadnione tym, że w jej wykonywaniu rodzina jest niezastąpiona. Pozostałe funkcje rodziny (takie jak np. wychowawczo – socjalizacyjna i opiekuńcza) są podporządkowane tej zasadniczej funkcji.* A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 768.

¹²⁰ Poseł Teresa Wargocka, w ramach dyskusji nad jednym z projektów instytucjonalizacji związku partnerskiego na posiedzeniu Komisji Polityki Społecznej i Rodziny oraz Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka 27.07.2011 r., trafnie zwróciła uwagę, że *rodzina pracuje na rzecz społeczeństwa, a społeczeństwo pomaga rodzinie.* „Biuletyn Kancelarii Sejmu” nr 5404/VI kad. 27.07.2011 r., s. 6.

¹²¹ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 771.

¹²² Tenże, *Konstytucyjne i międzynarodowe...*, s. 91.

¹²³ S. Kaleta, *Prawo rodzinne w systemie prawa polskiego*, „Studia Cywilistyczne” 1961, t. 1, s. 82.

powstawaniu rodzin, przede wszystkim poprzez zawieranie małżeństw i realizację planów prokreacyjnych¹²⁴.

Konstytucja przewiduje, że szczególną opieką otoczone powinny zostać także rodzicielstwo, które w praktyce niekoniecznie jest realizowane w małżeństwie. Wymienione w art. 18 konst. zjawiska (małżeństwo, rodzina, rodzicielstwo) mogą bowiem funkcjonować – i w praktyce nierzadko funkcjonują – niezależnie: małżeństwo bezdzielne to związek, w którym kobieta i mężczyzna, z różnych względów, nie realizują swojego rodzicielstwa; konkubinaty wychowujący dzieci – to rodzina, w której nie istnieją więzi prawne pomiędzy rodzicami dzieci, ochronie prawnej podlega natomiast samo rodzicielstwo. Wszystkie te sytuacje podlegają szczególnej ochronie i opiece, bo państwo ma wynikający z konstytucji obowiązek podejmowania działań umacniających *więzi między osobami tworzącymi rodzinę, a zwłaszcza więzi istniejące między rodzicami i dziećmi oraz między małżonkami*¹²⁵. Wsparcie udzielane samotnym rodzicom albo rodzicom nieżyjącym w związku małżeńskim nie może jednak *prowadzić, choćby nawet pośrednio, do osłabiania trwałości więzów rodzinnych przez takie rozwiązania, które preferowałyby wychowywanie dzieci tylko przez jednego z rodziców albo nawet przez oboje z nich, ale bez zawierania związku małżeńskiego*¹²⁶.

W analizowanym art. 18 ustawy zasadniczej ustawodawca wymienił małżeństwo obok rodziny i rodzicielstwa wskazując na cel małżeństwa, jakim jest stworzenie podstawowej grupy społecznej, której członkowie biorą za siebie wzajemnie odpowiedzialność i której celem jest powołanie na świat i wychowanie dzieci. Zwrócić należy uwagę, że regulacje prawne najczęściej ujmują łącznie małżeństwo, rodzinę i rodzicielstwo. W większości regulacji międzynarodowych mowa o jednym prawie do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny (art. 23 MPPPiO, art. 12 EKPCz), a nawet w Karcie praw podstawowych, mimo wyodrębnienia dwóch praw, problematyka małżeństwa i rodziny została potraktowana razem w jednym przepisie (art. 9 KPP)¹²⁷.

Podobnie jak w aktach międzynarodowych, także w polskiej konstytucji stwierdzono, że pod szczególną ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej znaj-

¹²⁴ Założenia polityki ludnościowej Polski 2013..., *passim*.

¹²⁵ Wyrok TK z 18.05.2005 r., K 16/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5, poz. 51.

¹²⁶ Orzeczenie TK z 12.04.2011 r., SK 62/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 3, poz. 22. Na ten temat także zob. także: T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 286; M. Łączkowska, *Zasada trwałości małżeństwa...*, s. 64.

¹²⁷ Na łączenie instytucji małżeństwa i rodziny zwracają uwagę także: B. Banaszek, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”...*, s. 612; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 466.

duje się małżeństwo, rodzina i rodzicielstwo¹²⁸. Takie ujęcie problemu stanowi zatem realizację standardu międzynarodowego regulującego prawa człowieka. Ustrojodawca poddał szczególnej ochronie nie tylko samą relację dwóch osób płci odmiennej, ale także rodzinę i rodzicielstwo, ponieważ wszystkie trzy są ze sobą integralnie powiązane, a kolejność wskazana w omawianym przepisie nie jest przypadkowa¹²⁹. Małżeństwo jest bowiem sformalizowanym związkiem inicjującym powstanie rodziny, a przez to *elementem stabilizującym ład prawny w społeczeństwie*¹³⁰.

Z art. 18 konst. wynika zatem obowiązek uregulowania instytucji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny znajdującego się pod szczególną ochroną i opieką państwa. Ustawa zasadnicza przyznaje ustawodawcy zwykłemu spory margines swobody co do przyjmowanych rozwiązań, muszą się one jednak mieścić w zakresie konstytucyjnej koncepcji małżeństwa¹³¹.

Analizując pojęcie prawa do zawarcia małżeństwa na gruncie polskiej regulacji, warto zauważyć, że kodeks rodzinny i opiekuńczy także nie posługuje się tym pojęciem przechodząc od samego początku (od art. 1) do procedury zawarcia małżeństwa. W doktrynie uznano nawet, że pojęcie prawa do zawarcia małżeństwa jest *najbardziej abstrakcyjną kategorią wykraczającą poza sferę normatywną kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*¹³².

Prawo do zawarcia małżeństwa nie funkcjonuje zatem jako pojęcie uregulowane wprost przez polskiego ustawodawcę, zostało natomiast inkorporowane do systemu prawnego poprzez ratyfikację regulacji o randze międzynarodowej.

¹²⁸ Tamże, s. 487. Związek pomiędzy małżeństwem a rodzicielstwem wskazuje także TK w wyroku z 4.05.2004 r., K 8/03, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2004, nr 5, poz. 37.

¹²⁹ B. Banaszekiewicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2, s. 382; *Opinia o poselskim projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego z 4.08.2011 r.*, BSA I-021-135/11, załącznik do Druku Sejmowego VI kadencji nr 4418, s. 7; *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich...*

¹³⁰ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny...*, s. 26; Wyrok TK z 8.04.2001 r., P 15/00, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001, nr 4, poz. 83, s. 22.

¹³¹ W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 478. Autor podkreśla, że *warunkiem jednak ochrony i opieki państwa względem związku między określonymi osobami musi być to, że jest on objęty definicją małżeństwa w świetle art. 18. Nie będą więc podlegać na tle tego artykułu w ustawodawstwie zurykłym ochronie i opiece związki poligamiczne lub związki między osobami tej samej płci, choćby miały one status małżeństwa w innych państwach.*

¹³² K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Tenże (red.)...*, s. 16.

§ 3. PODSUMOWANIE

Standardy międzynarodowe wśród praw przysługujących człowiekowi wymieniają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Powiązanie małżeństwa z rodzicielstwem, a zatem z funkcją prokreacyjną i opiekuńczo-wychowawczą związku pomiędzy kobietą i mężczyzną, które uzasadniają wyróżnienie właśnie tej instytucji, wskazuje, że społeczność międzynarodowa, tworząc stosowne dokumenty, uznała za naturalną i wynikającą z godności ludzkiej wizję małżeństwa i rodziny określaną wspólnie przez niektórych mianem „tradycyjnej” lub „klasycznej”.

Biorąc pod uwagę występującą w Europie różnorodność kulturową, obyczajową i religijną twórcy dokumentów ograniczyli się w zasadzie do ogólnego stwierdzenia, że prawo do zawarcia małżeństwa mają kobiety i mężczyźni po osiągnięciu odpowiedniego wieku¹³³. W pozostałym zakresie, w kwestiach dotyczących realizacji przysługującego prawa, zastosowano odesłanie do prawa państw członkowskich, uznając ustawodawcę krajowego za podmiot właściwy do podejmowania decyzji odpowiadających potrzebom społecznym. Rozwiązanie to przyjęto także w Karcie praw podstawowych, co uznać należy za podkreślenie obowiązującej w prawie Unii Europejskiej zasady kompetencji przyznanych.

Obecnie niektóre państwa korzystają ze swoich uprawnień poprzez podejmowanie prób nowej interpretacji takich pojęć jak „małżeństwo” czy „rodzina”, obejmując nimi innego rodzaju relacje międzyludzkie. Działania te polegają przede wszystkim na wprowadzaniu nowych rozwiązań prawnych redefiniujących istniejące instytucje prawne, czego przykładem jest przede wszystkim tzw. „otwarcie” małżeństwa dla par osób tej samej płci. Z tego faktu, stosując doktrynę „żywego instrumentu”, próbuje się wyprowadzić nowy standard międzynarodowy, który na podstawie obowiązujących dokumentów powinien obowiązywać we wszystkich państwach, które je podpisały. W dotychczasowym orzecznictwie Europejski Trybunał Praw Człowieka, zwracając uwagę na zmiany dokonywane w ustawodawstwach krajowych, nie uznał jednak istnienia wskazanego standardu, pozostawiając, zgodnie z obowiązującymi postanowieniami konwencyjnymi, realizację prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny systemom prawnym państw członkowskich. Zdaniem Trybunału rozszerzenie instytucji małżeństwa na związki jednopłciowe stanowi wyraz wizji tego związku w społeczeństwie

¹³³ Wyjątek stanowi art. 9 KPP, który, w odróżnieniu od pozostałych regulacji międzynarodowych, nie wskazuje konieczności osiągnięcia przez nupturientów określonego wieku. Wszelkie kwestie związane z realizacją prawa do zawarcia małżeństwa przepis ten pozostawia prawu krajowemu.

danego państwa, nie wypływa jednak z interpretacji praw fundamentalnych ustanowionych w Europejskiej konwencji praw człowieka w 1950 r.¹³⁴. W polskim systemie prawnym prawo do zawarcia małżeństwa funkcjonuje jako pojęcie wynikające z wiążących Rzeczpospolitą Polską zobowiązań międzynarodowych, ponieważ ustawodawca krajowy nie posługuje się nim w ustanawianych przez siebie regulacjach. Realizuje natomiast standardy dotyczące praw człowieka przede wszystkim poprzez przepisy dotyczące procedury zawarcia małżeństwa oraz gwarantujące równouprawnienie małżonków w zakresie przysługujących im praw i obowiązków. Szczególne znaczenie małżeństwa podkreślono także w ustawie zasadniczej wskazując wśród zasad ustrojowych obowiązek otoczenia małżeństwa i rodziny opieką i ochroną. Taki sposób regulacji dotyczącej instytucji małżeństwa należy uznać za odpowiadający obowiązującym standardom międzynarodowym.

¹³⁴ Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, § 53.

ROZDZIAŁ III

HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA

§ 1. HETEROSEKSUALNOŚĆ JAKO CECHA CHARAKTERYSTYCZNA ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO

Heteroseksualność to cecha małżeństwa¹ polegająca na tym, że ustawodawca nadał szczególne znaczenie intymnej relacji pary osób płci odmiennej, uznając ją za jeden z istotnych elementów ich wspólnego pożycia. Małżeństwo nie jest zatem jedynie umową regulującą prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego przez dwie osoby płci odmiennej i gwarantującą określone w prawie przywileje, lecz związkiem, w którym więź o wymiarze seksualnym ma bardzo istotne znaczenie². Zawarcie związku małżeńskiego umożliwia realizację potrzeb seksualnych i prokreacyjnych w sposób szczególny, usankcjonowany prawem, które nakłada w tej dziedzinie obowiązki (np. wierność) oraz przyznaje uprawnienia. Potrzeba uregulowania relacji pomiędzy kobietą i mężczyzną wynika w dużej mierze z faktu, że ich współżycie seksualne zawiera w sobie potencjał prokreacyjny.

Podkreślić należy, że przepisy odnoszące się do małżeństwa nie dotyczą orientacji seksualnej osób zamierzających zawrzeć ten związek³, choć w praktyce ma

¹ Na heteroseksualny charakter małżeństwa w prawie niemieckim zwracają uwagę J. Jones, E. Merino-Blanco, *The influence of constitutional law...*, s. 41. Heteroseksualność jako istotną cechę pozwalającą odróżnić małżeństwo od innych stosunków prawnych wskazuje także K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1985, s. 11.

² G. Therborn stwierdził nawet, że *jeśli nie ma relacji seksualnych, nie ma rodziny*. G. Therborn, *Between Sex and Power. Family in the World 1900-2000*, Londyn–Nowy York 2004. Cyt. za: T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 136. T. Sokołowski podkreśla, że *dla definicji małżeństwa najważniejsze jest pojęcie płci oraz współżycia płciowego, wyznaczającego jego funkcję prokreacyjną*. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 727.

³ Zob. G. Puppinc, C. de La Houge, A. Popescu, *Third party observations submitted to the European Court of Human Rights in the case of Orlandi & others v. Italy and Oliari & A. v. Italy and Falicetti & others v. Italy*, Strasbourg 2014, <http://media.aclj.org/eclj/Oliari->

ona z pewnością kluczowe znaczenie przy podejmowaniu przez zainteresowanych decyzji w tej kwestii. Gdyby jednak homoseksualista zawarł małżeństwo z osobą płci przeciwnej, związek ten byłby związkiem heteroseksualnym ze względu na istniejącą między małżonkami różnicę płci oraz domniemany seksualny wymiar tej relacji międzyludzkiej. Z odmową możliwości zawarcia małżeństwa spotkałyby się także osoby tej samej płci o heteroseksualnej orientacji seksualnej, które chciałyby skorzystać z instytucji małżeństwa w celu prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego lub możliwości wspólnego rozliczania podatków. Małżeństwo nie jest bowiem instytucjonalizacją orientacji seksualnej, lecz wyróżnia relację międzyludzką, która może spełniać określone funkcje społeczne. Heteroseksualność jest zatem atrybutem stosunku prawnego obejmującego swoją treścią seksualne współżycie kobiety i mężczyzny, rządzące się określonymi zasadami takimi jak wierność czy wzajemny szacunek oraz wywołujące konsekwencję prokreacyjnego elementu tej sfery życia, jaką jest domniemanie pochodzenia dziecka od męża matki. Szczegółne znaczenie seksualnego wymiaru małżeństwa znajduje także swój wyraz w tym, że naruszenie obowiązku wierności, ale także nieuzasadnione uchylanie się od podejmowania stosunków intymnych przez małżonków brane są pod uwagę w ramach ustalania winy w rozkładzie pożycia małżeńskiego w toku postępowania rozwodowego⁴.

Nie można do końca zaakceptować koncepcji, zgodnie z którą w związku małżeńskim chodzi jedynie o występującą między małżonkami różnicę płci. Jej zwolennicy posługują się pojęciem małżeństwa pomiędzy osobami odmiennej bądź tej samej płci. Powoduje to jednak sprowadzenie małżeństwa do związku podmiotów o określonych cechach, tymczasem obejmuje ono również ludzką

Orlandi-v-Italy-ECHR-ECLJ-WO-English.pdf [dostęp: 19.03.2019]. Autorzy zaznaczają, że w kontekście rodziny i zagadnień filiacyjnych, istotne znaczenie ma tożsamość płciowa a nie orientacja seksualna. Można by jednak zgłosić w tej kwestii pewne wątpliwości. Wydaje się, iż kluczowe znaczenie ma jednak płeć biologiczna, gdyż to dzięki niej, a w mniejszym stopniu dzięki tożsamości płciowej, możliwa jest prokreacja. Podobnie J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 294. Autor podkreśla, że *żadna z omówionych regulacji nie przewiduje, żeby przesłanką małżeństwa lub zarejestrowanego związku partnerskiego była określona orientacja seksualna partnerów*. Podobnie M. Łączkowska, *Glosa do wyroku Trybunału...*, s. 52. Różnicę płci, a nie orientację seksualną osób zamierzających zawrzeć związek małżeński, wskazuje, choć krytycznie, także: R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 196–197.

⁴ J. Mair, *A Modern...*, s. 346. Autorka wydaje się jednak traktować to rozwiązanie jako jakąś pozostałość z przeszłości, nieuzasadnioną żadnym konkretnym obowiązkiem prawnym nałożonym na małżonków.

seksualność dotyczącą zaspokajania popędu płciowego⁵, które należy do praw i obowiązków małżeńskich. Warto także zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy aktem płciowym będącym stosunkiem seksualnym między osobami płci przeciwnej⁶ a innymi czynnościami seksualnymi będącymi jedynym sposobem realizowania potrzeb w zakresie życia intymnego osób o orientacji homoseksualnej⁷. Akty płciowe między kobietą i mężczyzną, mające potencjał prokreacyjny, realizowane w sformalizowanym, trwałym związku, na zasadzie wyłączności, uznane zostały przez społeczeństwo i państwo za uzasadniające nadanie szczególnego statusu prawnego małżeństwu⁸. Heteroseksualność jest zatem *uniwersalnym historycznym elementem małżeństwa*⁹.

Współcześnie pojawiają się jednak propozycje rezygnacji z prawnego zainteresowania seksualnym wymiarem małżeństwa, których autorzy zarzucają anachroniczność regulacji stosowanych w tym zakresie dotyczących takich zagadnień jak „cudzołóstwo” czy „impotencja”. Sugeruje się także, że ponowoczesne małżeństwo powinno wzorować się w tej kwestii na partnerstwie cywilnym¹⁰. Próbuje

⁵ *Seksualny*, [w:] *Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/seksualny;2575109.html>. [dostęp: 23.01.2019].

⁶ *Akt płciowy*, [w:] *Słownik Języka Polskiego PWN* <http://sjp.pwn.pl/sjp/akt-plciowy;2501268.html> [dostęp: 10.04.2017].

⁷ T. Sokołowski odróżnia współżycie płciowe, którego cechą jest odmienność płci osób zaangażowanych oraz interakcje seksualne, które nie muszą mieć płciowego charakteru. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 728. Można także odwołać się w tym miejscu do pojęć: „obcowanie płciowe” oraz „inne czynności seksualne”, którymi posługuje się prawo karne (np. art. 197 k.k.). Doktryna i judykatura obejmuje jednak pojęciem obcowania płciowego także homoseksualne relacje intymne. W ten sposób: J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Warszawa 2017, s. 1239; M. Bielski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2017, s. 673–674; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2017, s. 1011; Uchwała SN z 19.05.1999 r. I KZP 17/99, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa” 1999, nr 7–8, poz. 37.

⁸ Zob. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 272, który powołując się na: Z. Kroplewski, *Tożsamość człowieka a związki partnerskie. Aspekt filozoficzno-psychologiczny*, [w:] *Związki partnerskie. Debata...*, s. 33, podkreśla, że *istotą płci jest empirycznie weryfikowalne, biologiczne zróżnicowanie cielesne i wzajemne płciowe dopełnianie się dwojga ludzi. Związek tych zróżnicowanych biologicznie osób stanowi dopiero biologiczną całość, dla której w przestrzeni społecznej nie ma innego alternatywnego i zarazem pełnego związku*.

⁹ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 28.

¹⁰ Na ten temat zob. J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 220 i przywołana tam literatura; F. Hartwich, *Związki partnerskie...*, s. 77. Autor zwraca uwagę, że od małżonków *n a d a l* [podkr. – M.Ł.-P.] *wymaga się utrzymywania stosunków płciowych*.

się także stworzyć pojęcie małżeństwa w czystej postaci, oderwanego od płci osób zamierzających skorzystać z tej instytucji, a także od seksualnego wymiaru tej instytucji. Jako przykład posłużyć może stwierdzenie, że mylącem jest używanie określenia małżeństwo „homoseksualne” czy „heteroseksualne”, ponieważ chodzi po prostu o małżeństwo niczym nieróżniące się w skutkach ze względu na osoby je zawierające¹¹.

W kontekście pojęcia seksualnego małżonków jako elementu charakteryzującego ten stosunek prawny, warto jednak zwrócić uwagę na orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Jaremwicz przeciwko Polsce* z 5 stycznia 2010 r. Sprawa dotyczyła odmowy wyrażenia zgody na zawarcie małżeństwa przez osobę odbywającą karę pozbawienia wolności. W wyroku Trybunał podkreślił, że *istotą prawa do zawarcia małżeństwa jest ustanowienie prawnego związku mężczyzny i kobiety. To oni decydują o tym, czy pragną wejść w taki związek w okolicznościach, w których istnieją obiektywne przeszkody dla ich życia razem*¹². Z samej definicji małżeństwo jest zatem związkiem, którego istotnym elementem jest seksualne współżycie małżonków, konkretne sytuacje faktyczne mogą natomiast mieć wpływ na możliwość realizowania wzajemnych praw i obowiązków w tym zakresie.

§ 2. HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWYCH PRAW CZŁOWIEKA ORAZ W REGULACJACH WYBRANYCH PAŃSTW EUROPEJSKICH

Poza najmłodszą regulacją, jaką jest Karta Praw Podstawowych, pozostałe dokumenty regulujące problematykę praw człowieka wskazują, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje mężczyźnie i kobiecie¹³. Warto podkreślić, że jest to

¹¹ Zob. S.B. Goldberg, *Why Marriage...*, s. 225.

¹² Wyrok ETPCz z 5.01.2009 r. w sprawach *Jaremwicz przeciwko Polsce* oraz *Frasiek przeciwko Polsce*, skargi 24023/03, 22933/0.

¹³ Użycie określeń „kobieta” i „mężczyzna” zauważa także A. Mączyński podkreślając, że nie można tego rozumieć inaczej niż *ukierunkowanie unormowanego tym postanowieniem prawa podmiotowego na osobę odmienną płci*. A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe...*, s. 100; Tenże, *Zawarcie małżeństwa w prawie międzynarodowym*, [w:] *Ius connubii...*, s. 14; podobnie L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 712; Tenże, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1..., s. 493. Autor uważa, że przywołane standardy międzynarodowe wskazują na heteroseksualny charakter związku małżeńskiego.

jedyne prawo, które zostało skonstruowane z wyraźnym odniesieniem do płci uprawnionych podmiotów¹⁴. W pozostałych przypadkach autorzy tekstów posłużyli się sformułowaniami „każdy” lub „nikt”¹⁵. Zwolennicy poszerzenia małżeństwa na inne relacje międzyludzkie stoją jednak na stanowisku, że ze sformułowania: „mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa” wynika tylko tyle, że prawo to przysługuje zarówno mężczyźnie, jak i kobiecie na zasadach równouprawnienia płci¹⁶. Nie oznacza to, ich zdaniem, przyjęcia w standardach międzynarodowych zasady heteroseksualności małżeństwa. Interpretacja językowa nie daje bowiem wystarczających argumentów uniemożliwiających zastosowania doktryny „żywego instrumentu” uznającej wpływ przemian społecznych i przyznania prawa do zawierania małżeństw jednopłciowych¹⁷.

Za bezsporny trzeba jednak przyjąć fakt, że możliwość stworzenia związku między kobietą i mężczyzną wywołującego skutki prawne i społeczne została uznana przez społeczność międzynarodową za przysługującą człowiekowi z natury i powiązaną z godnością istoty ludzkiej. Małżeństwo w świetle standardów międzynarodowych należy ponadto traktować jako stosunek prawny ściśle powiązany z rodzicielstwem, służący celom prokreacyjnym i opiekuńczo-wychowawczym, chociaż w praktyce z różnych przyczyn nie zawsze są one realizowane. Nie umniejsza to rangi tej instytucji i nie uzasadnia jej poszerzenia na związki międzyludzkie ze swej natury nienastawione na powoływanie nowego

¹⁴ Akty międzynarodowe posługują się określeniem płci w odniesieniu do zakazu dyskryminacji wynikającego z zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn, zob. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18.12.1979 r., Dz. U. 1982, Nr 10, poz. 71. Temat odwołania do płci uprawnionych porusza także R. Bousta, *Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels*, „Revue française de droit constitutionnel” 2008, nr 73, s. 201.

¹⁵ T. Jasudowicz, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, (2010), s. 429; A. Mączyński, *Zawarcie małżeństwa w prawie międzynarodowym...*, s. 14. Decyzja Komitetu Praw Człowieka z 17.07.2002 r. w sprawie 902/1999 *Joslin przeciwko Nowej Zelandii*, w której Komitet wyraźnie zaznaczył, że z art. 23 ust. 2 MPPOiP wynika dla państwa obowiązek uznania za małżeństwo wyłącznie związku kobiety i mężczyzny. Potwierdził to także ETPCz w wyroku z 24.06.2010 r., w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04, choć równocześnie zaznaczył, że obecnie nałożenie na państwa obowiązku przyznania prawa do zawierania małżeństwa osobom tej samej płci byłoby zbyt daleko idącą ingerencją w prawo wewnętrzne.

¹⁶ Zob. skarga *J. Joslin przeciwko Nowej Zelandii* wniesiona do Komitetu Praw Człowieka, rozpatrzona negatywnie 17.07.2002 r. oraz stanowisko skarżących w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*.

¹⁷ P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 157.

życia¹⁸. Oderwanie prawa do zawarcia małżeństwa od założenia rodziny uderza w samą istotę tej instytucji, pozbawiając ją celu, jakiemu powinna służyć¹⁹. W tym kontekście należy także przypomnieć, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje parze ludzkiej a nie jednostce.

Państwo i społeczeństwo, biorąc pod uwagę funkcje małżeństwa i rodziny, mają interes w tym, aby osoby wstępujące w związek małżeński były otwarte na rodzicielstwo. Dlatego rodzina jako naturalna i podstawowa grupa społeczna podlega ochronie prawnej szczególnie w okresie, gdy troszczy się o niesamodzielne dzieci (art. 23 ust 1 MPPOiP, art. 10 MPPG SiK). Potrzeba prorodzinnej polityki państwa zauważalna jest szczególnie w dzisiejszych czasach dotkniętych kryzysem demograficznym. Dlatego wiele państw europejskich poszukuje sposobów na to, aby zachęcić małżonków do posiadania dzieci.

Warto zaznaczyć, że w okresie powstawania analizowanych dokumentów międzynarodowych praw człowieka odmiennosc płci małżonków nie wywoływała żadnych wątpliwości i była powszechnie akceptowaną oczywistością²⁰. Sytuacja uległa zmianie na przełomie XX i XXI w., gdy zaczęto stawiać pytania, czy związkowi osób tej samej płci przysługuje prawo do zawarcia małżeństwa. W efekcie stopniowo w kilkunastu państwach europejskich dopuszczono możliwość wstąpienia w związek małżeński przez osoby tej samej płci²¹. Regulacje te pozostają jednak nadal w mniejszości i zmieniają, jednolitą w tym kontekście przez wieki,

¹⁸ ETPCz w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* stwierdził, że brak możliwości poczęcia dziecka przez osoby zamierzające zawrzeć małżeństwo nie ma znaczenia dla przysługującego prawa do zawarcia małżeństwa, nie ma to jednak wpływu na jakiegokolwiek wnioski w kwestii małżeństw homoseksualnych.

¹⁹ G. Puppincq, C. de La Hougue, A. Popescu, *Written observation...* Autorzy porównują oddzielenie prawa do zawarcia małżeństwa od prawa do założenia rodziny z ograniczeniem prawa do stowarzyszania się z art. 11 EKPCz jedynie do możliwości formalnego powołania stowarzyszenia lub związku zawodowego jednak bez prawa do podejmowania jakichkolwiek działań. Tak skonstruowane prawo ma ich zdaniem iluzoryczny charakter.

²⁰ ETPCz w wyroku *Schalk i Kopf przeciwko Austrii* podkreślił, że *należy mieć na względzie historyczny kontekst, w jakim Konwencja została przyjęta. W latach 50. małżeństwo wyraźnie było postrzegane w tradycyjnym rozumieniu związku pomiędzy partnerami o różnej płci* (tłum. M.Ł.-P.). Warto też zwrócić uwagę, że taka interpretacja przepisów prawa międzynarodowego nie wywoływała wątpliwości, np. M. Freeman, *Prawa człowieka*, Warszawa 2007, s. 48–49; L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 712. Krytycznie w odniesieniu do tego argumentu odniósł się P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 157.

²¹ Holandia (od 2000 r.), Belgia (od 2004 r.), Hiszpania (od 2005 r.), Norwegia (od 2009 r.), Szwecja (od 2009 r.), Islandia (od 2010 r.), Portugalia (od 2010 r.), Dania (od 2012 r.), Francja (od 2013 r.), Wielka Brytania bez Irlandii Północnej (od 2014 r.), Luksemburg (od 2015 r.), Irlandia (od 2015 r.), Estonia (od 2016 r.), Finlandia (od 2017 r.), Niemcy (od 2017 r.).

wizję podstawowej instytucji prawa rodzinnego. Warto podkreślić, że różnica płci między małżonkami jest dominującą cechą małżeństwa występującą we wszystkich europejskich systemach prawnych regulujących ten stosunek prawny. Niektóre z nich gwarantują heteroseksualność związku małżeńskiego w samej konstytucji²². Niekiedy sama konstytucja nie porusza problematyki dotyczącej małżeństwa²³ albo przyznaje jedynie ogólne prawo do małżeństwa i rodziny²⁴.

Zdarza się jednak, że niezależnie od treści ustawy zasadniczej, ustawodawcy poszczególnych państw samodzielnie regulują kwestię „otwarcia” małżeństwa na związki osób tej samej płci. Tytułem przykładu konstytucja hiszpańska w art. 32 ust 1 przewiduje, że *mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia związku małżeńskiego przy poszanowaniu pełnej równości praw*. Mimo to hiszpański Trybunał Konstytucyjny uznał, że umożliwienie zawierania małżeństw parom jedнопłciowych nie narusza konstytucji. Powołując się na konieczność dokonywania interpretacji ustawy zasadniczej z uwzględnieniem przemian społecznych, zastosował doktrynę „żywego instrumentu”. Zdaniem Trybunału analizowany przepis można traktować jako źródło prawa do zawarcia małżeństwa przyznanego zarówno kobiecie jak i mężczyźnie²⁵.

²² Art. 46 konstytucji Bułgarii, art. 38 konstytucji Litwy, art. 48 pkt 2 konstytucji Mołdawii, art. 62 konstytucji Serbii, art. 51 konstytucji Ukrainy, art. L konstytucji Węgier. Stosunkowo niedawno, bo w wyniku referendum z 2013 r., społeczeństwo chorwackie opowiedziało się za wprowadzeniem do konstytucji Chorwacji definicji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny (art. 62 zd. 2 konstytucji Republiki Chorwacji). Podobnie w 2014 r. uchwalono taką zmianę w konstytucji Słowacji (art. 41 ust. 1 konstytucji Republiki Słowackiej). Co ciekawsze, ustawę tę uchwaliła słowacka partia Smer-Socjaldemokracja (Smer-SD) premiera Roberta Ficy, za opowiedziało się 102 posłów, 18 przeciw. http://wyborcza.pl/1,75477,17372254,Na_Slowacji_odbywa_sie_referendum_przeciwko_malzenstwom.html#ixzz3vonICywz; <http://wpolityce.pl/swiat/199207-konstytucja-slowacji-malzenstwo-zwiazkiem-mezczyzny-i-kobiety>. [dostęp: 23.05.2018]. Należy także odnotować, że w wyniku referendum z 2015 r. zmieniono art. 41 § 3 konstytucji Irlandii, zgodnie z którym małżeństwo może zostać zawarte zgodnie z prawem przez dwie osoby bez względu na ich płeć. Natomiast Słowenia w referendum z 20.12.2015 r. odrzuciła nowelizację słoweńskiego prawa rodzinnego wprowadzającą „małżeństwa” jedнопłciowe. Podobne referendum odbyło się w Słowenii w 2012 r., wówczas także odrzucono ustawę o rodzinie, która miała zwiększyć prawa osób homoseksualnych. Warto podkreślić, że wzrosła liczba przeciwników liberalizacji prawa rodzinnego - w 2012 r. większość wynosiła 55%, w 2015 r. 63% głosujących. <http://www.rp.pl/Społeczenstwo/151229943-Słowency-nie-chca-malzenstw-homoseksualnych.html> [dostęp: 23.05.2018].

²³ Zob. konstytucje Francji, Danii, Republiki Finlandii, prawo konstytucyjne Szwecji.

²⁴ Zob. art. 14 konstytucji Szwajcarii, art. 29 konstytucji Włoch, art. 21 konstytucji Grecji, art. 6 ust. 1 konstytucji Republiki Federalnej Niemiec.

²⁵ Wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego z 6.11.2012 r. w sprawie zgodności z konstytucją małżeństw osób tej samej płci, STC 198/2012.

Heteroseksualny charakter małżeństwa wyrażony w konstytucji najczęściej znajduje jednak swoje potwierdzenie w regulacji dotyczącej zawarcia małżeństwa. Ciekawym przykładem jest litewski kodeks cywilny, który w art. 3.7 wskazuje, że małżeństwo to dobrowolne porozumienie między mężczyzną a kobietą, ponadto w art. 3.12 podkreśla, że związek ten może być zawarty wyłącznie między osobami płci odmiennej.

W niektórych systemach prawnych odmiennosc płci małżonków wynika wyłącznie z przepisów regulujących zawarcie związku małżeńskiego. Nawet zatem w przypadkach, gdy heteroseksualność nie została wskazana w ustawie zasadniczej, jest to cecha charakterystyczna dla związku małżeńskiego (prawo greckie i włoskie). Warto zwrócić w tym kontekście uwagę na regulację rumuńską, która przewiduje, że małżeństwo jest swobodnie zawartym związkiem mężczyzny i kobiety. Podkreśla także, że mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa w celu założenia rodziny (art. 259 ust. 1 i 2 rumuńskiego kodeksu cywilnego), nawiązując tym samym do relacji pomiędzy heteroseksualnością małżeństwa a funkcjami rodziny. Heteroseksualność małżeństwa znajduje ponadto wzmocnienie w wyraźnym zakazie zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci oraz zasadzie nieuznawania takich małżeństw zawartych za granicą zarówno przez obywateli rumuńskich, jak i przez obywateli innych państw (art. 277 ust. 1, 2 rumuńskiego kodeksu cywilnego).

Nie ma w Europie prawa krajowego, które nie przewidywałoby małżeństwa między osobami odmiennej płci. W niektórych systemach prawnych rozszerzono natomiast tę instytucję dodatkowo na związki homoseksualne. Także większość państw na świecie reguluje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, nie przewidując instytucjonalizacji pożycia innych związków międzyludzkich, mimo obowiązującego w tych systemach prawnych zakazu dyskryminacji. Rozwiązanie takie uznać należy zatem za uniwersalne²⁶. W doktrynie podkreśla się jednak, że *w ujęciu prawnoporównawczym nie można już ograniczać znaczenia nazwy „małżeństwo” do związku formalnego, który charakteryzuje „czynnik różnicy płci”*²⁷. Nie istnieje jednak żaden standard, który wymagałby od wszystkich państw ujednolicenia regulacji poprzez uwzględnienie także „małżeństw” jednopłciowych.

²⁶ P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego”...*, s. 220.

²⁷ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 290.

§ 3. „MAŁŻEŃSTWO” MIĘDZY OSOBAMI TEJ SAMEJ PŁCI W ŚWIETLE ORZECZNICTWA ETPCZ ORAZ TSUE

W 2004 r. do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka trafiła skarga złożona przez *H.M. Schalka i J.F. Kopfa przeciwko Austrii*²⁸, która zdaniem skarżących dopuściła się naruszenia art. 8 i 12 EKPCz, odmawiając im możliwości zawarcia związku małżeńskiego²⁹. Podstawą prawną takiego rozstrzygnięcia był art. 44 austriackiego kodeksu cywilnego, który przewiduje, że małżeństwo zawrzeć mogą wyłącznie osoby odmiennej płci. Uzasadniając słuszność odmowy, austriacki Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że ani zasada równości wynikająca z konstytucji austriackiej, ani art. 12 EKPCz nie przewidują, aby koncepcję małżeństwa, stanowiącego podstawę ewentualnego rodzicielstwa, należało poszerzyć na relacje międzyludzkie o innym charakterze. Także ochrona życia prywatnego przewidziana w art. 8 EKPCz, obejmująca związek osób tej samej płci, nie uzasadnia zmiany prawa dotyczącego małżeństwa. Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim wyroku w tej sprawie wskazał, że art. 12 EKPCz chroni tradycyjną wizję małżeństwa jako związku między osobami płci przeciwnej, na co wskazuje użycie słów „kobieta” i „mężczyzna”. Zarówno Trybunał, jak i jeden z sędziów w swoim zdaniu odrębnym³⁰ podkreślili, że art. 12 jako jedyny konstruuje prawo, wskazując płeć osób uprawnionych. Pozostałe prawa, zgodnie z brzmieniem Konwencji, przysługują „każdemu” (*everyone, toute personne*) albo też „nikt” nie może być ich pozbawiony. Trybunał zaznaczył, że uznanie, iż niemożność poczęcia lub wychowania dziecka nie wpływa na utratę prawa do zawarcia małżeństwa, nie wywołuje żadnych konsekwencji w kontekście możliwości zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. Zwrócił co prawda uwagę, że niektóre państwa wprowadziły możliwość zawierania „małżeństw” jedнопłciowych, dając w ten sposób wyraz własnej wizji tego stosunku prawnego, nie ma to jednak wpływu na prawo do samodecydowania w tej kwestii przez pozostałe państwa członkowskie. Trudno

²⁸ Wyrok ETPCz w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii* z 24.06.2010 r., skarga nr 30141/04.

²⁹ W dacie orzekania prawo w Austrii nie przewidywało żadnej regulacji dla par jedнопłciowych. Od 2010 r. obowiązuje ustawa o rejestrowanym partnerstwie.

³⁰ Sędziowie G. Malinverni i A. Kovler w swojej opinii do wyroku ETPCz w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii* podkreślili, że wykładnia art. 12 EKPCz zgodna z Konwencją Wiedeńską o prawie traktatów, prowadzi do wniosku, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje wyłącznie osobom odmiennej płci. Zwrócili także uwagę na różnicę w brzmieniu art. 12 i art. 9 KPP. Ten ostatni konstruuje prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny, nie wskazując podmiotów uprawnionych, a regulację tej kwestii pozostawia prawu wewnętrznemu państw członkowskich.

zatem mówić o powszechnym konsensusie co do dopuszczalności homoseksualnych związków małżeńskich. Trybunał wyraźnie podkreślił, że zarówno art. 12 EKPCz, jak i art. 9 KPP odsyłają w zakresie zawarcia związku małżeńskiego do regulacji wewnętrznych państw członkowskich. Szanując różnicę w podejściu do instytucji małżeństwa wynikającą z uwarunkowań społecznych i kulturowych, oba dokumenty pozostawiają państwom swobodę decyzji w tej materii. Trybunał stwierdził ponadto, że w świetle obu regulacji nie można skonstruować ani obowiązku, ani zakazu prawnego uregulowania małżeństw homoseksualnych. W opinii Trybunału także art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz, będący przepisem o bardziej ogólnym celu i zakresie stosowania, nie może być interpretowany jako artykuł nakładający taki obowiązek. W literaturze znaleźć można jednak postulaty, aby Trybunał porzucił decydującą rolę konsensusu europejskiego i uznał prawo do zawarcia związku małżeńskiego za neutralne płciowo z tego względu, że odmienne traktowanie par heteroseksualnych i homoseksualnych nie znajduje dostatecznie mocnego usprawiedliwienia³¹.

W sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii* Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł jednogłośnie, że brak dostępu do małżeństwa dla związków osób tej samej płci ani brak szczególnej regulacji tego typu związków w prawie krajowym nie stanowi naruszenia art. 12 EKPCz³². W doktrynie trafnie zwrócono

³¹ E. Bribosia, I. Rorive, L. Van den Eynde, *Same-sex marriage...*, s. 9; R. Wintemute, Application No. 40183/07, *Chapin and Charpentier v. France European Court of Human Rights, Fifth Section, Written comments of FIDH, ICJ, AIRE CENTRE & ILGA-Europe*, z 27.10.2009 r., https://fidh.org/IMG/pdf/chaplin_charpentier_v_france_fidh_writtencomments_oct2009.pdf [dostęp: 18.05.2018].

³² Trybunał nie stwierdził istnienia obowiązku dopuszczalności małżeństw jednopłciowych, zmienił jednak w omawianej sprawie podejście do związków osób tej samej płci. Pierwotnie, we wcześniej rozpatrywanych sprawach, uznał, że *emocjonalny i płciowy związek osób tej samej płci stanowi „życie osobiste”*, lecz nie potraktował takiego związku za element życia rodzinnego, nawet w odniesieniu do długotrwałego związku partnerów prowadzących wspólne gospodarstwo domowe. Zwracając jednak uwagę na coraz powszechniej występującą instytucjonalizację związków partnerskich oraz na uznawanie rodzinnego charakteru związków jednopłciowych w ramach prawa UE, w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, zmienił stanowisko uznając, że *wobec tej ewolucji należy uznać, iż sztucznym jest podtrzymywanie poglądu, że w przeciwieństwie do pary różnopłciowej para jednopłciowa nie może powoływać się na „życie rodzinne” dla celów art. 8*. Trudno zgodzić się z tą tezą, gdyż wprowadza ona poważny zamęt w rozgraniczaniu życia rodzinnego i prywatnego. Trybunał wyszedł jednak z założenia, iż *pary jednopłciowe mogą tak samo jak pary różnopłciowe wchodzić w stałe i wierne związki. W konsekwencji związki osób tej samej płci znajdują się w istotnie podobnym położeniu co pary różnopłciowe, jeśli chodzi o potrzebę prawnego uznania i ochrony prawnej takiego związku*. Trybunał zauważył także, że w kontekście rejestrowanych związków partnerskich wylania się konsensus europejski.

uwagę, że Trybunał ma dwie drogi w kwestii przyszłych orzeczeń w podobnych sprawach albo coraz szersze uznawanie praw związków homoseksualnych, albo ustalenie granicy wpływu na prawo wewnętrzne państw członkowskich poprzez pozostawienie ustawodawcy krajowemu decyzji w tym zakresie³³.

W omawianym orzeczeniu zwrócono jednak uwagę, że w świetle art. 9 KPP art. 12 EKPCz nie może być już dłużej traktowany jako ograniczony do związków osób płci przeciwnej, nie można zatem wykluczyć możliwości zastosowania tego przepisu do par jedнопłciowych. Regulacja prawa do zawarcia małżeństwa należy jednak do ustawodawcy krajowego. Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonał już zatem pewnych rewolucyjnych interpretacji postanowień Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności dotyczących małżeństwa i rodziny, które są traktowane jako kroki ku przyznaniu prawa do zawarcia małżeństwa osobom tej samej płci³⁴. Po pierwsze, oddzielił małżeństwo od jego wymiaru prokreacyjnego³⁵. Po drugie, uznał związki między osobami tej samej płci za element życia rodzinnego oraz stwierdził, że z art. 12 EKPCz nie wynika ograniczenie małżeństwa jedynie do relacji między osobami płci przeciwnej³⁶.

Zwolennicy „małżeństw” jedнопłciowych pokładają nadzieję w skargach dotyczących tej materii złożonych, a jeszcze nierozpatrzonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Przywołują oni jako przykład postępowej zmiany stanowiska Trybunału orzecznictwo w sprawach dotyczących praw osób transseksualnych. Ustalenie istnienia obowiązku uregulowania małżeństw homoseksualnych przez prawo krajowe powinno ich zdaniem wynikać z zastosowania doktryny „żywego instrumentu” oraz zasady dynamicznej i ewolucyjnej interpretacji³⁷. Dla uzasadnienia swojej tezy wskazują, że uznanie, iż w wyniku przemian społecznych we współczesnym świecie występuje wiele modeli rodziny, niekoniecznie zbudowanej na relacji pomiędzy kobietą i mężczyzną, prowadzi do przekonania o podobieństwie pomiędzy pożyciem par hetero- i homoseksualnych. A skoro tak, istnieje obowiązek uznania prawnego tych innych modeli rodziny³⁸. W prze-

³³ J. Czepek, *Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenia w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, [w:] *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), Toruń 2011, s. 143.

³⁴ E. Bribosia, I. Rorive, L. Van den Eynde, *Same-sex marriage...*, s. 3–4.

³⁵ Wyrok z 11.06.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95.

³⁶ Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04.

³⁷ E. Bribosia, I. Rorive, L. Van den Eynde: *Same-sex marriage...*, s. 6.

³⁸ Tamże, s. 12 i przywołana tam literatura.

ciwnym razie niemożność zawarcia małżeństwa przez pary jednopłciowe będzie stanowiła niczym nieuzasadnioną dyskryminację ze względu na orientację seksualną³⁹. Dlatego też sugeruje się, że kwestia prawa do zawarcia małżeństwa przez pary homoseksualne powinna być rozpatrywana na podstawie art. 14 EKPCz⁴⁰.

Jak dotąd jednak, w wyroku z 15 czerwca 2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*⁴¹, w wyroku z 16 lipca 2014 r. w sprawie *H. przeciwko Finlandii*⁴² oraz w wyroku z 21 lipca 2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*⁴³ i w wyroku z 14 grudnia 2017 r. *Orlandi i inni przeciwko Włochom*⁴⁴ Trybunał potwierdził dotychczasową linię orzecznictwa, zgodnie z którą ani art. 12, ani art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz nie nakładają na państwo obowiązku zagwarantowania dostępu do małżeństwa osobom tej samej płci. W literaturze pojawiły się jednak wypowiedzi znajdujące uzasadnienie dla zmiany stanowiska Trybunału w kwestii małżeństw jednopłciowych w omówionym już orzeczeniu *Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*. Podkreśla się w nich, że w przywołanym wyroku dopuszczono prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby będące *de facto* tej samej płci biologicznej⁴⁵.

W kwestii istnienia prawa do zawarcia związku małżeńskiego przez pary homoseksualne wypowiedział się także Komitet Praw Człowieka w sprawie *Joslin przeciwko Nowej Zelandii* podkreślając, że *art. 23 ust. 2 Paktu jest jedynym materialnym przepisem Paktu, który definiuje prawo używając terminu „mężczyźni i kobiety” zamiast „każda istota ludzka”, „każdy” czy „każda osoba”. Użycie terminu „mężczyźni i kobiety” zamiast ogólnych pojęć używanych gdziekolwiek indziej w III części Paktu jest konsekwentnie i powszechnie rozumiane jako wskazanie, że obowiązkiem Państwa–strony wynikającym z art. 23 ust. 2 Paktu jest uznanie za małżeństwo wyłącznie związku mężczyzny i kobiety pragnących się poślubić*⁴⁶. Także w doktrynie uznano, iż w świetle art. 23 MPPPiO nałożenie

³⁹ Tamże, s. 15.

⁴⁰ Tamże, s. 18.

⁴¹ Wyrok ETPCz z 15.06.2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*, skarga nr 25951/07.

⁴² Wyrok ETPCz z 16.07.2014 r. w sprawie *H. przeciwko Finlandii*, skarga nr 37359/09.

⁴³ Wyrok ETPCz z 21.07.2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11.

⁴⁴ Wyrok ETPCz z 14.12.2016 r. *Orlandi i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 26431/12, 26742/12, 44057/12 i 60088/12.

⁴⁵ M.Y.K. Lee, *Equality, dignity...*, s. 50.

⁴⁶ Decyzja Komitetu Praw Człowieka z 17.07.2002 r. w sprawie 902/1999 *Joslin przeciwko Nowej Zelandii*.

obowiązku dopuszczalności „małżeństw” homoseksualnych stanowiłoby zbyt daleko idącą ingerencję w prawo wewnętrzne⁴⁷.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w związku z omówionym już wyłączeniem materialnego prawa rodzinnego z unijnych kompetencji, nie zabierał jak dotąd bezpośrednio głosu w sprawie obowiązków państwa dotyczących sposobu uregulowania instytucji małżeństwa. Wypowiadał się natomiast w kwestiach związanych ze stosowaniem uprawnień małżonków wobec osób pozostających w rejestrowanych jedнопłciowych związkach partnerskich. W 1998 r., orzekając w kwestii przyznania przywilejów socjalnych partnerce tej samej płci, podkreślił, odnosząc się także do orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka, że *w obecnym stanie prawa wspólnotowego stałe relacje między osobami tej samej płci nie są uważane za równorzędne z małżeństwem lub stałą relacją pozamałżeńską między osobami różnej płci*⁴⁸.

W 2001 roku, w sprawie *D. i Królestwo Szwecji przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że przewidziane w niektórych systemach prawnych rejestrowane partnerstwo stanowi instytucję odrębną od małżeństwa, w związku z czym *sądy Wspólnoty nie mogą interpretować regulaminu pracowniczego tak, by sytuacje prawne odmienne od małżeństwa były traktowane w taki sam sposób*⁴⁹. Argumentem uzasadniającym takie rozstrzygnięcie był brak kompetencji harmonizacyjnych oraz zasada poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich⁵⁰.

Kilka lat później jednak w 2008 r.⁵¹ a także w 2011 r.⁵² i 2013 r.⁵³ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał nieprzyznanie rejestrowanym partnerom homoseksualnym praw przysługujących małżonkom za przejaw dyskrymi-

⁴⁷ K. Sękowska-Kozłowska, [w:] *Międzynarodowy Pakt...*, s. 584.

⁴⁸ Sprawa C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, „European Court Reports” 1998, s. I-0621, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0249> [dostęp: 19.03.2019].

⁴⁹ Wyrok TSUE z 31.05.2001 r. w sprawie *D. i Szwecja przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, C-122/99P, C-125/99, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 27.11.2014].

⁵⁰ M. Ziółkowski, *Problem wspólnotowego zakazu dyskryminacji homoseksualnych partnerów w rejestrowanych związkach partnerskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 36.

⁵¹ Wyrok TSUE (wielka izba) z 1.04.2008 r. w sprawie *Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

⁵² Wyrok TSUE (wielka izba) z 10.05.2011 r. w sprawie *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

⁵³ Wyrok TSUE (piąta izba) z 12.12.2013 r. w sprawie *Frédéric Hay przeciwko Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

nacji. Wszystkie trzy sprawy dotyczyły wykładni dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy⁵⁴ oraz ogólnych zasad prawa Unii i art. 141 WE (któremu odpowiada obecnie art. 157 TFUE) w odniesieniu do dyskryminacji ze względu na orientację seksualną w zakresie zatrudnienia i pracy. We wszystkich uznano za dyskryminujące ze względu na orientację seksualną nieprzyznanie partnerom żyjącym w jednopłciowych rejestrowanych związkach partnerskich uprawnień przewidzianych prawem dla małżonków w zakresie: renty wdowiej, uzupełniającego świadczenia emerytalnego oraz urlopu okolicznościowego. Trybunał podkreślił podobieństwo pomiędzy małżeństwem i związkiem partnerskim w zakresie wzajemnych praw i obowiązków osób pozostających w tych stosunkach prawnych. Podstawową różnicą między tymi dwiema instytucjami jest, zdaniem orzekających, odmienność płci w przypadku małżonków i identyczność płci w przypadku partnerów. Zrównywanie skutków małżeństwa i związku partnerskiego ze względu na ich podobieństwo jest w przekonaniu Trybunału możliwe nawet wówczas, gdy *na obecnym etapie rozwoju prawa Unii ustawodawstwo dotyczące stanu cywilnego mieści się w kompetencjach państw członkowskich*⁵⁵. Uzasadnieniem dla takich decyzji jest bowiem walka z dyskryminacją ze względu na orientację seksualną i zapewnianie realizacji zasady równego traktowania. W związku z tym za trafne należy uznać spostrzeżenie, że *wzrost znaczenia praw podstawowych, powiązanie zakazu dyskryminacji z instytucją obywatelstwa oraz swobodą przepływu obywateli UE, mogą uzasadniać uprawnienie organów Unii do podejmowania działań w sferze statusu cywilnego obywateli UE – dotychczas zastrzeżonej dla państw członkowskich*⁵⁶.

Analizując przywołane wyżej orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, trudno oprzeć się wrażeniu, że zawarcie małżeństwa traktowane jest wyłącznie jako przesłanka do uzyskania innych korzyści (urlopu, renty wdowiej,

⁵⁴ Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r.

⁵⁵ Wyrok TSUE (wielka izba) z 10.05.2011 r. w sprawie *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

⁵⁶ M. Ziółkowski, *Problem wspólnotowego...*, s. 39. Ten sam autor podkreśla, że *wraz z wejściem Traktatu z Lizbony UE zyska (we wskazanych wyżej granicach) legitymację do przeciwdziałania istotnym dla realizacji swobodnego przepływu osób, dyskryminacyjnym skutkom różnorodnej regulacji statusu cywilnego partnerów rejestrowanych. Jej efektywność mogą zapewnić kompetencje Rady w zakresie: 1) zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich w zakresie wzajemnego uznawania orzeczeń sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych, które dotyczą statusu migrujących rejestrowanych partnerów (zob. art. 81 ust. 1 oraz ust. 3 TFUE) oraz 2) podejmowanie środków antydyskryminacyjnych na podstawie art. 19 TFUE oraz zasady poszanowania praw podstawowych.*

świadczenia emerytalnego) a nie jako cel sam w sobie polegający na stworzeniu związku, dla którego systemy prawne przewidują różne, zmienne zresztą, pozytywne konsekwencje⁵⁷.

Niepokoiki także propozycja wprowadzenia małżeństw osób tej samej płci do wszystkich państw Unii Europejskiej poprzez zastosowanie instrumentów dotyczących wspólnego rynku i swobody przepływu osób, polegające na wymuszeniu na wszystkich państwach członkowskich uznawalności faktu zawarcia oraz skutków małżeństw, także związków homoseksualnych, zawartych w innych państwach członkowskich⁵⁸. Od momentu, gdy pierwsze państwa europejskie uregulowały związki partnerskie i „małżeństwa” osób tej samej płci, pojawił się problem uznawalności tych związków w pozostałych państwach członkowskich w związku z realizacją podstawowej swobody przemieszczania się przyznanej obywatelom Unii Europejskiej i ich rodzinom⁵⁹. W art. 2 ust. 2 pkt a dyrektywy 2004/38/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich wskazuje, że *członkiem rodziny jest partner, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski, na podstawie ustawodawstwa danego państwa członkowskiego, jeżeli ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego uznaje równoważność między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem, oraz zgodnie z warunkami ustanowionymi w odpowiednim ustawodawstwie przyjmującego państwa członkowskiego*⁶⁰. Z treści tego przepisu nie

⁵⁷ M. Łączkowska, *Glosa do wyroku Trybunału...*, s. 51.

⁵⁸ Wypowiedź Wiceprzewodniczącego Komisji Europejskiej Fransa Timmermansa z lipca 2015 r., <http://www.ordoiuris.pl/wiceprzewodniczacy-komisji-europejskiej-chce--zebywszystkie-panstwa-czlonkowskie-wprowadzily-malzenstwa-jednoplciowe,3637,i.html> [dostęp: 30.07.2015].

⁵⁹ Problemowi temu poświęcone zostały wówczas dwa dokumenty będące efektem pracy ekspertów z różnych państw członkowskich Unii Europejskiej: *Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres*, z 10.04.2003 r., <http://eucatcons.uab.cat/images/experts/COUPLES%20NON%20MARIÉS%20ET%20MARIAGE%20HOMOSEXUEL%20%282%29.pdf> [dostęp: 22.10.2018 r.] oraz *Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat member du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le rôle de l'exception d'ordre public international du droit international privé de chaque Etat member*, z 30.06.2003 r., http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-k/gdj/03/cfr_cdf_avis2_2003_fr.pdf [dostęp: 22.10.2018 r.].

⁶⁰ Dyrektywa 2004/38/WE z 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, Dz. Urz. UE L 158, 30.04.2004 P. 0077–0123.

wynika jednak obowiązek gwarantowania skuteczności instytucji funkcjonującej w innym państwie na własnym terenie, lecz jej uznawalność w sytuacji, gdy w danym państwie funkcjonuje podobne rozwiązanie.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 5 czerwca 2018 r. podkreślił jednak, że użyte w art. 2 pkt 2 lit. a wspomnianej dyrektywy 2004/38 określenie „współmałżonek” *jest neutralne pod względem płci i może obejmować małżonka danego obywatela Unii posiadającego tę samą płć*⁶¹. Między innymi to założenie doprowadziło Trybunał do wniosku, że *państwo członkowskie nie może powoływać się na swoje prawo krajowe, by sprzeciwić się uznaniu na swoim terytorium – wyłącznie do celów przyznania pochodnego prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego – małżeństwa zawartego przez niego z obywatelem Unii tej samej płci w innym państwie członkowskim zgodnie z prawem tego ostatniego państwa*. Rozwiązania tego nie sposób zaakceptować. Oznaczałoby to bowiem, że regulacja obcego państwa ma wpływ na interpretowanie pojęcia obowiązującego w innym państwie i to w sposób sprzeczny z wewnętrznym porządkiem prawnym tego ostatniego. O ewentualnej neutralności płciowej pojęcia małżeństwo⁶² na gruncie analizowanej dyrektywy można by mówić wyłącznie z perspektywy ustawodawcy unijnego, który szanuje rozwiązania przyjęte w różnych państwach członkowskich. Nie można natomiast zaakceptować obowiązku dokonywania interpretacji sprzecznej z wewnętrznym porządkiem prawnym przez organy państw członkowskich, które posiadają wyłączną kompetencję ustawodawczą w zakresie regulacji dotyczących prawa rodzinnego. Prawo europejskie staje się elementem porządku prawnego państw członkowskich, a zatem jego interpretacja musi następować w kontekście całego obowiązującego systemu krajowego, szczególnie w sytuacji, gdy rozwiązania unijne dotyczą materii wyraźnie wyłączonych dla ustawodawcy unijnego. Nałożenie na państwo obowiązku uznania za małżeństwo związku sprzecznego z wewnętrznym porządkiem prawnym, nawet jeżeli dotyczy to wąskiego zakresu zastosowania regulacji dotyczącej prawa pobytu, stanowi naruszenie zasady kompetencji przyznanych Unii Europejskiej.

W kontekście problematyki regulacji tzw. małżeństw homoseksualnych nie sposób pominąć działalności Parlamentu Europejskiego. Wśród postulatów zawartych w opracowywanych rezolucjach powtarza on zachętę, aby instytucje Unii Europejskiej i państwa członkowskie *w dalszym ciągu przyczyniały się do*

⁶¹ Wyrok TSUE (wielka izba) z 5.06.2018 r. w sprawie *Coman i inni przeciwko Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

⁶² Koncepcja neutralności płciowej małżeństwa jest sprzeczna z samą istotą tego stosunku prawnego, który z definicji jest związkiem kobiety i mężczyzny.

*podejmowania refleksji na temat uznawania małżeństw lub związków cywilnych osób tej samej płci za kwestię praw politycznych, społecznych i ludzkich oraz obywatelskich*⁶³. Zdaniem Parlamentu Europejskiego *podstawowe prawa osób LGBT będą prawdopodobnie lepiej chronione, jeżeli umożliwi im się dostęp do legalnych instytucji, takich jak konkubinaty, zarejestrowany związek partnerski lub małżeństwo*⁶⁴. Dlatego też Parlament wyraża zadowolenie, że *coraz więcej państw członkowskich wprowadza i/lub przyjmuje własne akty prawne dotyczące konkubinatu, związków partnerskich i małżeństw w celu zlikwidowania dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, z którą spotykają się pary osób o tej samej płci i ich dzieci, równocześnie wzywa pozostałe państwa członkowskie do wprowadzenia podobnych aktów prawnych*⁶⁵. Parlament podkreśla, że państwa, które przyjęły wyżej wskazane rozwiązania dotyczące sytuacji prawnej związków jednopłciowych, powinny uznawać skutki analogicznych regulacji w innych państwach⁶⁶. Kładzie również nacisk na obowiązek implementacji dyrektywy Rady 2003/86/WE w sprawie prawa do łączenia rodzin, bez jakiegokolwiek dyskryminowania ze względu na płeć czy orientację seksualną⁶⁷. Jego realizacja powinna

⁶³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.03.2015 r. w sprawie rocznego sprawozdania dotyczącego praw człowieka i demokracji na świecie za rok 2013 oraz polityki Unii Europejskiej w tym zakresie (2014/2216(INI)), pkt 162.

⁶⁴ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 24.05.2012 r. w sprawie zwalczania homofobii w Europie (2012/2657(RSP)), pkt 9; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.03.2015 r. w sprawie rocznego sprawozdania dotyczącego praw człowieka i demokracji na świecie za rok 2013 oraz polityki Unii Europejskiej w tym zakresie (2014/2216(INI)), pkt 165.

⁶⁵ Zalecenie CM/Rec(2010)5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, pkt 25; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.12.2012 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej (2010–2011) (2011/2069(INI)), pkt 94; podobnie Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 27.01.2014 r. w sprawie sytuacji praw podstawowych w Unii Europejskiej (2012) (2013/2078(INI)), pkt 31. W drugim dokumencie regulacja prawna dotyczy jednak nie tylko gejów i lesbijek, ale także biseksualistów i transseksualistów, gdyż w dokumencie mowa o prawach osób LGBT.

⁶⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.12.2012 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej (2010–2011) (2011/2069(INI)), pkt 94; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4.02.2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową (2013/2183 (INI)) pkt H (iv).

⁶⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.12.2012 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej (2010–2011) (2011/2069(INI)), pkt 102; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 24.05.2012 r. w sprawie zwalczania homofobii w Europie (2012/2657(RSP)), pkt 4.

prowadzić to tego, *by wszystkie formy życia rodzinnego zostały prawnie uznane w krajowych przepisach państw członkowskich*⁶⁸.

Na stanowisko Parlamentu Europejskiego powołuje się także Rada Europy wskazując, że jeżeli prawo krajowe nie przewiduje regulacji związków osób tej samej płci ani konkubinatów, państwo członkowskie powinno przynajmniej rozważyć wprowadzenie dla par homoseksualnych odpowiednich środków prawnych dla rozwiązania problemów, z którymi się one spotykają ze względu na brak prawnego uznania ich związków⁶⁹. Podkreśla się ponadto, że mimo tego, iż kwestia regulacji „małżeństw” osób tej samej płci czy związków partnerskich leży w gestii ustawodawcy krajowego, to państwa należące do Unii Europejskiej, które regulują sytuację par homoseksualnych w sposób podobny do małżeństwa mają obowiązek przeciwdziałać dyskryminacji, zapewniając tym parom takie same prawa jak małżeństwom⁷⁰. Wydaje się, iż w gruncie rzeczy stanowi to prostą drogę do regulacji „małżeństw” jedнопłciowych. Jak do tej pory, nie wyprowadzono jednak z wiążących standardów międzynarodowych praw człowieka obowiązku otwarcia instytucji małżeństwa dla par osób tej samej płci. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można jednak zauważyć pewną niepokojącą tendencję będącą efektem stosowania doktryny ewolucyjnej dynamiki interpretacyjnej uwzględniającej zmiany w regulacjach krajowych państw członkowskich. Rozwiązanie przyjęte przez większość Trybunał skłonny byłby uznać za wiążące dla wszystkich⁷¹. Skoro jednak zasada równouprawnienia małżonków znalazła swój wyraz w protokole dodatkowym do Europejskiej konwencji praw człowieka, to wydaje się, że tym bardziej ewentualna zmiana definicji małżeństwa, uderzająca w samą istotę tej instytucji, wymagałaby takiej formy⁷². Przemawiają za tym także zasady interpretacyjne uregulowane w Konwencji o prawie

⁶⁸ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4.02.2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową (2013/2183 (INI)) pkt H (iv).

⁶⁹ *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity. Council of Europe standards*, 2011, s. 35, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_EN.pdf [dostęp: 4.11.2014].

⁷⁰ Tamże, s. 78.

⁷¹ Trybunał zwrócił na to uwagę w sprawie *Schalk i Kopff przeciwko Austrii*.

⁷² Podobny argument podający jako przykład uregulowanie zakazu kary śmierci w protokole dodatkowym wyrażono w stanowisku European Centre for Law and Justice (ECLJ) do sprawy *Oliari i inni przeciwko Włochom*. G. Puppinc, C. de La Hougue, A. Popescu, *Third party observations...*, *passim*.

traktatów⁷³. Podkreślić ponadto należy, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie ma mocy zmiany prawa obowiązującego w państwach członkowskich. Państwa dostosowują jednak swoje prawo do wytycznych zawartych w jego wyrokach w obawie przed skargami zgłaszanymi przez swoich obywateli. Zgodnie jednak z wyraźnym postanowieniem zawartym w art. 12 EKPCz oraz art. 9 KPP uregulowanie zasad korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny należy do państw członkowskich.

W tym miejscu warto także przywołać dokumenty dotyczące rodziny wydane przez Organizację Narodów Zjednoczonych. W rezolucji ONZ z 25 września 2015 r. *Transforming our World. The 2030 agenda for sustainable development*, nie uwzględniono, mimo postulatu Stanów Zjednoczonych i Unii Europejskiej, wśród zadań na najbliższą przyszłość propozycji ujęcia problemów środowiska LGBT oraz osób interseksualnych w taki sposób, aby w tekście dokumentu zwrócić uwagę na istnienie „różnych form rodziny”⁷⁴. Przyjęty tekst jest kontynuacją stanowiska wyrażonego w Rezolucji Rady Praw Człowieka ONZ z 3 lipca 2014 r. o ochronie rodziny, w której ta naturalna i podstawowa komórka społeczeństwa traktowana jest w sposób odpowiadający celowi tej instytucji, nazywany przez niektórych „tradycyjnym”. Podkreślono tam bowiem powiązanie rodziny z prokreacją i wychowaniem dzieci oraz opieką nad osobami niesamodzielnymi. Na pierwszy plan wysunięto zatem tym samym społeczne, a nie wyłącznie indywidualne znaczenie rodziny.

§ 4. HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA A ZAGADNIENIE TZW. ZMIANY PŁCI

1. UWAGI OGÓLNE

Ustawodawcy, wskazując, iż małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny, odwołują się przede wszystkim do biologicznego faktu różnicy płci pomiędzy nupturientami, znajdującego potwierdzenie w aktach stanu cywilnego, w których wpisano określoną płeć na podstawie dokumentu medycznego wydanego po urodzeniu danej osoby. W tym kontekście pojawiają się jednak we współczesnym świecie

⁷³ Na możliwość przyjęcia takiego stanowiska zwraca uwagę I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw...*, s. 304.

⁷⁴ *Resolution UN Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development* <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld> [dostęp:30.10.2015].

problemy dotyczące osób interseksualnych, transseksualnych (transpłciowych)⁷⁵ czy osób nieidentyfikujących się z żadną płcią. Problematyka płci bywa bowiem współcześnie rozpatrywana w kilku aspektach.

Po pierwsze, istotne znaczenie ma płeć biologiczna znajdująca odzwierciedlenie w DNA, a zatem w każdej komórce ludzkiego ciała. Płeć biologiczna jest konsekwencją połączenia komórek rozrodczych żeńskiej X z męską X albo Y i jest determinowana w chwili zapłodnienia. Efektem płci chromosomalnej jest występowanie innych cech charakterystycznych określanых mianem płci gonadalnej (występowanie określonych gruczołów – jąder lub jajników), hormonalnej (występowanie określonych poziomów hormonów – androgenów i estrogenów), płci zewnętrznych i wewnętrznych narządów płciowych i płci fenotypowej (wygląd zewnętrzny dorosłego człowieka)⁷⁶. Uznać należy, że wszystkie te cechy łącznie składają się na płeć biologiczną ustalaną po urodzeniu na podstawie oceny wyglądu fizycznego organów płciowych noworodka.

W ujęciu prawnym pojawia się pojęcie płci metrykalnej, czyli tej, która jest wpisana w akcie urodzenia i innych dokumentach, a ustalana jest w dniu urodzenia na podstawie fizycznych cech organizmu będących konsekwencją płci biologicznej. Płeć metrykalna ma kluczowe znaczenie dla wszystkich skutków, jakie prawo łączy z określoną płcią.

Po trzecie, w kontekście ludzkiej płciowości pojawiło się także pojęcie tożsamości płciowej rozumianej jako *głęboko odczuwane wewnętrzne i indywidualne doświadczenie płci społecznej, która może lub nie odpowiadać płci określonej przy urodzeniu, włączając w to osobiste odczucie własnej cielesności (które może prowadzić do modyfikacji wyglądu zewnętrznego lub biologicznych funkcji metodami medycznymi, chirurgicznymi lub innymi) i inne formy wyrażania własnej płciowości przez ubiór, mowę czy maniery*⁷⁷. Inaczej mówiąc, jest

⁷⁵ Transseksualizm nazywany bywa niekiedy transpłciowością, aby uniknąć niejasności związanych ze znaczeniem słowa *seks* w języku polskim. K. Osajda, *Orzecznictwo ETPCz...*, s. 35. O innym znaczeniu tych dwóch terminów J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, Warszawa 2014, s. 26, <https://depotuw.ceon.pl> [dostęp: 27.04.2017]. Autorka wykazuje, że pojęcie transpłciowości ma szerszy zakres niż transseksualizm.

⁷⁶ P. Daniluk, *Legalność zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów z perspektywy polskiego prawa karnego*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009, s. 167–168.

⁷⁷ Definicja wypracowana przez ekspertów w *Zasadach Yogyakarty* dotyczących stosowania międzynarodowych praw człowieka w odniesieniu do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej, stworzonych w 2006 r., stanowiących *doktrynalną wykładnię stosownych przepisów międzynarodowego prawa praw człowieka*. R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna...*, s. 11; *Zasady Yogyakarty*, [w:] *Tamże*, s. 16–46.

to odczuwana przez daną osobę przynależność do określonej płci, nie zawsze idąca w parze z wyglądem. Za inne określenie tego samego pojęcia uznać można tzw. płęć psychiczną. W związku z odczuwaną przez jednostkę tożsamością płciową pozostaje pojęcie transseksualizmu czy transpłciowości. Obejmuje ono *wszystkie nazwane i nienazwane tożsamości, w których nie ma społecznie oczekiwanej zgodności pomiędzy płcią biologiczną, przypisaną jej płcią metrykalną, tożsamością płciową oraz pełnioną w społeczeństwie rolę płciową, gender*⁷⁸. Podkreśla się także, że określenie transseksualista używane jest najczęściej wobec osób, które przeszły albo mają zamiar dokonać zmiany płci⁷⁹. Osoba, która mimo odczuwanej rozbieżności pomiędzy płcią odczuwaną a płcią biologiczną z różnych względów nie przeprowadza zabiegu chirurgicznego, nazywana jest natomiast transgenderową⁸⁰.

Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób przygotowana przez Światową Organizację Zdrowia zalicza transseksualizm do kategorii zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania (ICD-10: F.00-F.99) a dokładniej do subkategorii zaburzeń osobowości i zachowania u osób dorosłych (ICD-10: F.64-F.69) polegających na zaburzeniu identyfikacji płciowej (ICD-10: F.64). Zgodnie ze wskazanym tam opisem pacjent transseksualny *pragnie żyć i być akceptowanym jako przedstawiciel płci przeciwnej, czemu towarzyszy zazwyczaj uczucie niezadowolenia z powodu niewłaściwości własnych anatomicznych cech płciowych oraz chęć poddania się leczeniu hormonalnemu czy operacyjnemu, by własne ciało uczynić możliwie najbardziej podobnym do ciała płci preferowanej*⁸¹.

Z przedstawionym powyżej zaburzeniem identyfikacji płciowej łączy się problematyka dopuszczalności i ewentualnego sposobu uregulowania procedury tzw. zmiany płci. W tym kontekście zgodzić należy się z tezą, że zmiana płci w przypadku osoby transseksualnej, polegająca na terapii hormonalnej i przeprowadzeniu operacji plastycznych, dotyczy jedynie odczuwanej przez tę osobę tożsamości płciowej poprzez dostosowanie wyglądu do płci odczuwalnej⁸². Skutkiem jest

⁷⁸ K. Dułak, *Binarność płci w edukacji antydyskryminacyjnej*, s. 8, <http://docplayer.pl/3396239-Binarnosc-plci-w-edukacji-antydyskryminacyjnej.html> [dostęp: 7.05.2017].

⁷⁹ Analiza Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej: *Homophobia, Transphobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Comparative Legal Analysis*, 2010, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/homophobia-transphobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender> [dostęp: 10.05.2017].

⁸⁰ J. Ostojńska, *Sądowa zmiana...*, s. 26.

⁸¹ <http://icd10.pl/> [dostęp 13.02.2018].

⁸² G. Puppinc, C. de La Hougue, A. Popescu, *Written observation...* W ten sposób problem został ujęty także przez K. Dułak, *Binarność płci...*, przypis 7, s. 8.

zatem raczej zmiana uzewnętrznionego wyglądu płciowego niż samej płci jako rzeczywistości biologicznej, gdyż osoby po chirurgicznym zabiegu zmiany płci nadal w DNA noszą informację o płci, z jaką się urodziły. Organizm takich osób nie funkcjonuje także w pełni samodzielnie w nowej rzeczywistości. Ze względu na usunięcie charakterystycznych dla płci gruczołów, z którymi dana osoba się urodziła i naturalny brak gruczołów płci przeciwnej, konieczna jest terapia hormonalna. Pełna operacyjna zmiana wyglądu (tzw. SRS – *sex reassignment surgery*) ma także wpływ na życie seksualne i uniemożliwia naturalną prokreację osobom, które się na nią zdecydowały. Ze wskazanych względów, dotyczących zarówno sfery seksualnej jak i możliwości rozrodczych, nierzadko rezygnuje się z chirurgicznej zmiany narządów płciowych, ograniczając się jedynie do ingerencji hormonalnej i operacji plastycznych ogólnego zewnętrznego wyglądu (np. mastektomia, feminizacja twarzy FFS – *facial feminization surgery*). Istotną kwestią jest wywołanie skutków takiej procedury na gruncie prawa, stąd postępowanie to nazywane jest niekiedy uznaniem płci albo uznaniem zmiany wyglądu płci. Ten drugi termin wydaje się bardziej odpowiadać rzeczywistości.

Od transseksualizmu, który ma podłoże natury psychicznej, odróżnić należy interseksualizm⁸³ (hermafrodytyzm, obojnactwo, dwupłciowość), który stanowi wrodzone zaburzenie różnicowania narządów płciowych⁸⁴, ma zatem wymiar biologiczny/medyczny. Hermafrodytyzm prawdziwy polega na występowaniu w organizmie ludzkim zarówno jądra, jak i jajnika lub gonady obupłciowej (*ovotestis*). Pseudohermafrodytyzem (hermafrodytyzmem rzekomym) nazywana jest natomiast sytuacja, w której osoba o określonym męskim lub żeńskim genotypie i odpowiadających temu genotypowi gonadach charakteryzuje się równocześnie sprzeczną z tymi cechami feminizacją lub maskulinizacją ciała (występowaniem zewnętrznych narządów płciowych sprzecznych z wewnętrznymi)⁸⁵.

Należy zwrócić uwagę, że coraz głośniej mówi się obecnie o potrzebie ochrony praw osób interseksualnych⁸⁶. Problem polega jednak na tym, że zjawisko to

⁸³ Zjawisko to nazywane bywa także interseksualnością lub po prostu *intersex*.

⁸⁴ Aktywiści środowisk LGBTIQ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex and Questioning/Queer) odrzucają taką koncepcję uznając ją za stygmatyzującą. W specjalistycznych opracowaniach medycznych interseksualność nazywana jest jednak zaburzeniem.

⁸⁵ R.P. Piprek, *Genetyczne podłoże zaburzeń determinacji płci i rozwoju gonad*, „Endokrynologia Polska” 2008, t. 59, nr 6, s. 503.

⁸⁶ Znany skrót LGBT odnoszący się do środowiska lesbijek, gejów i transseksualistów walczących o swoje prawa, poszerza się o „I” oznaczające interseksualistów – co daje razem LGBTI. W kwietniu 2015 r. pod auspicjami Rady Europy wydano publikację: *Human rights and intersex people*. Na wstępie zaznaczono jednak, że przedstawione tam opinie i poglądy nie są oficjalnym stanowiskiem Rady Europy, lecz opiniami i poglądami autorów.

bywa różnie rozumiane, co ma także wpływ na ocenę częstotliwości jego występowania⁸⁷. W dokumencie Rady Unii Europejskiej poświęconym temu zagadnieniu znaleźć można nieco inną niż zacytowana wyżej medyczna, definicję interseksualizmu traktowanego jako różnorodność budowy ciała w kontekście kulturowo ustalonych standardów męskości i kobiecości obejmującą różnice w budowie chromosomów, gonad i genitaliów⁸⁸. Prowadzi to do uznania za transseksualne np. osób z zespołem Turnera (wrodzoną genetyczną chorobą występującą tylko u kobiet) lub z zespołem Klinefeltera (wrodzoną genetyczną chorobą występującą u mężczyzn). Z medycznego punktu widzenia osoby te mają jednak określoną płęć, co więcej właśnie z nią łączy się choroba, na którą cierpią.

Jedną z organizacji zajmujących się sytuacją osób interseksualnych zwróciła uwagę, że w praktyce różne osoby różnie definiują interseksualizm, co nie powinno być zaskakujące, ponieważ nie jest to kategoria naturalna, lecz konstrukcja społeczna odzwierciedlająca różnorodność płciową⁸⁹. W kontekście częstotliwi-

⁸⁷ Na stronie Intersex Society of North America znaleźć można informację, że eksperci medyczni wskazują, że interseksualność występuje 1 na 1500 lub 2000 urodzeń. Następnie przywołane zostały badania, z których wynika, że interseksualność występuje 1 na 100 urodzeń: <http://www.isna.org/faq/frequency> [dostęp: 25.07.2015]. W innej publikacji przywołuje się natomiast 1,7%. M. Blacless, A. Charuvastra, A. Derryck, A. Fausto-Sterling, K. Lauzanne, E. Lee, *How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis*, „American Journal of Human Biology” 2000, vol. 12, nr 2, s. 161, [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1520-6300\(200003/04\)12:2<151::AID-AJHB1>3.0.CO;2-F](https://doi.org/10.1002/(SICI)1520-6300(200003/04)12:2<151::AID-AJHB1>3.0.CO;2-F) [dostęp: 25.07.2015]. Okazuje się jednak, że w badaniach dających taki wynik uwzględniono także innego rodzaju zaburzenia, takie jak zespół Turnera (wrodzoną chorobę genetyczną występującą tylko u kobiet), zespół Klinefeltera (wrodzoną chorobę genetyczną występującą u mężczyzn), których specjaliści nie zaliczają do interseksualizmu uznawanego za rozbieżność pomiędzy płcią chromosomalną a fenotypową oraz sytuację, w której płci nie można jednoznacznie określić. Zwrócono na to uwagę w publikacji: L. Sax, *How common is intersex? a response to Anne Fausto-Sterling*, „The Journal of Research” 2002, vol. 39, nr 3, s. 174–178, w której wskazano, że występowanie interseksualizmu wynosi 0,018 % urodzeń. W polskiej literaturze tematu znaleźć można informację, że w latach 2000–2002 interseksualizm (zarówno prawdziwy, jak i rzekomy) występował w krajach europejskich z częstością 0,58/10 000 żywo urodzonych noworodków, w Polsce 0,64/10 000. Za: K. Kula, J. Słowikowska-Hilczler, *Zaburzenia determinacji i różnicowania płci*, [w:] *Interna Szczeklika. Podręcznik chorób wewnętrznych 2013*, P. Gajewski (red.), Kraków, 2013, s. 1312–1317, <http://www.andrologia-eaa.umed.lodz.pl/dokumenty/Szczeklika%20IV.H.pdf> [dostęp: 27.03.2019].

⁸⁸ *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons. Foreign affairs Council meeting*, Luksemburg 24.06.2013 r. <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/137584.pdf>, [dostęp: 11.10.2018].

⁸⁹ http://www.isna.org/faq/what_is_intersex [dostęp: 10.08.2015]. Podobnie w opracowaniu Agencji Praw Podstawowych: *The fundamental rights situation of intersexpeople*, s. 2, <http://>

ści występowania tego zjawiska stawiane jest z kolei pytanie, czy liczby powinny mieć wpływ na prawa przysługujące jednostce⁹⁰. Należy jednak uznać, że zarówno precyzyjna definicja zjawiska, jak i jego skala mają istotne znaczenie dla postulatów zmiany przepisów prawa idących w rewolucyjnym kierunku wpływającym na ustabilizowaną sytuację społeczną.

Głównym zarzutem stawianym przez środowisko LGBTI w kontekście praw osób interseksualnych jest nieuwzględnianie w życiu społecznym „różnorodności” poprzez utrzymywanie stereotypowej wizji świata składającego się tylko z dwóch płci – męskiej i żeńskiej⁹¹. Podstawowymi zgłaszanymi postulatami zmian obowiązujących przepisów są: wprowadzenie specjalnych urzędowych oznaczeń płci w akcie urodzenia i innych dokumentach uwzględniających ochronę praw osób interseksualnych oraz unikanie medycznego dostosowywania płci bez zgody osoby, której procedura ta ma dotyczyć, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji małoletnich dzieci.

Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej zwraca uwagę, że stosowane w wielu państwach praktyki mają wpływ na możliwość korzystania z praw podstawowych przez osoby interseksualne. Wśród naruszanych standardów wskazuje się: poszanowanie ludzkiej godności (art. 1 KPP), prawo integralności osobistej (art. 3 KPP), ochronę życia prywatnego i rodzinnego (art. 7 KPP) czy prawo do założenia rodziny (art. 9 KPP). Przywołuje się także obowiązek ochrony praw dzieci, szczególnie prawa dziecka do wyrażania własnych poglądów, które powinny być brane pod uwagę w sprawach, które ich dotyczą, stosownie do ich wieku i stopnia dojrzałości (art. 24 KPP). Podkreśla się także, że osobom interseksualnym przysługuje ochrona przed dyskryminacją (art. 21 KPP). W przypadku

fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people [dostęp: 7.08.2015], w którym zwrócono uwagę, że *interseksualność to zbiorowe określenie dla wielu naturalnie występujących i różnorodnych charakterystycznych cech płciowych. Nie jest to natomiast stan medyczny* (tłum. M. Ł.-P.).

⁹⁰ <http://www.isna.org/node/972> [dostęp: 10.08.2015].

⁹¹ Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej w raporcie: *The fundamental rights situation of intersex people*, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> [dostęp: 7.08.2015]; Komentarz Komisarzy Praw Człowieka Rady Europy, Nilsa Muiżnieksa: *A boy or a girl or a person – intersex people lack recognition in Europe*, <http://www.coe.int/hu/web/commissioner/-/a-boy-or-a-girl-or-a-person-intersex-people-lack-recognition-in-euro-1> [dostęp: 10.08.2015]. Komisarz zwraca tam uwagę, że: *Związane z narodzinami dziecka społeczne oczekiwanie na chłopca albo dziewczynkę oraz podział w społeczeństwie na kobiety i mężczyzn stanowią źródło poważnych problemów, na które napotykają osoby interseksualne. Społeczeństwo zazwyczaj nie dostrzega osoby bez odniesienia do jej płci* (tłum. M. Ł.-P.).

interseksualizmu doświadczane nierówne traktowanie kwalifikowane jest jako dyskryminacja ze względu na płeć⁹².

Przywoływanym w wielu opracowaniach źródłem dyskryminacji osób interseksualnych jest zasada binarności płciowej zakładająca dychotomiczny podział ludzi na kobiety i mężczyzn. Trzeba jednak podkreślić, że obowiązuje ona w całym świecie fauny i flory, z uwzględnieniem istnienia gatunków, które z natury swej są np. obojnacze. Nie sposób w związku z tym zgodzić się, że podział ten jest uwarunkowany jedynie kulturowo⁹³. Ponadto generalizowanie i przyjmowanie założeń natury ogólnej na podstawie zjawisk powszechnie występujących pozwala na systematyzację i uporządkowanie rzeczywistości. Istotne jest także dostrzeganie sytuacji wyjątkowych wymagających szczególnego podejścia, nie może to jednak prowadzić do podważania i dekonstrukcji ustalonych, bo występujących najczęściej, prawidłowości. Dzięki wyważeniu tych dwóch sposobów patrzenia możliwe jest stworzenie przez człowieka systemów takich jak systemy społeczne, prawne czy polityczne, a także rozwój różnych dziedzin nauki np. medycyny czy biologii. Nie byłoby to możliwe bez ustalenia, co jest zjawiskiem występującym statystycznie najczęściej, a co stanowi przypadek wyjątkowy.

Ewentualna regulacja prawna sytuacji osób interseksualnych wymaga precyzyjnego zdiagnozowania problemu, ustalenia rzeczywistej częstotliwości jego występowania oraz potrzeb tych osób. Należy jednak zauważyć, że rozpoczęła się już kampania środowisk LGBTI w sprawie zapewnienia ochrony praw osób interseksualnych, a swoje zainteresowanie tym tematem wyraziły także organizacje europejskie takie jak Rada Europy czy Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej. W przywoływanym już dokumencie Agencja Praw Podstawowych zasugerowała wprowadzenie do rejestrów urodzeń płci neutralnej dla osób, których płeć nie jest oczywista. Ponadto podkreśliła, że państwa członkowskie powinny unikać medycznych zabiegów normalizujących płeć bez w pełni swobodnej i poinformowanej zgody osoby, której miałyby one dotyczyć⁹⁴.

Pojawiły się już także pierwsze w Europie rozwiązania prawne w tej materii. W 2013 r. Niemcy⁹⁵ wprowadziły możliwość niewpisywania do rejestru urodzeń

⁹² Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej w raporcie: *The fundamental rights situation...*, *passim*.

⁹³ Na uwarunkowania społeczne i kulturowe różnicowania płci zwraca uwagę Rada Unii Europejskiej w: *Guidelines to promote and protect...*, s. 4.

⁹⁴ Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej w raporcie: *The fundamental rights situation...*, *passim*.

⁹⁵ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz-PStRÄndG) vom 7.05.2013, BGBl. I S. 1122 nowelizująca § 22 ust. 3 Das Personen-

płci dziecka urodzonego zarówno z cechami męskimi, jak i żeńskimi⁹⁶. Wydaje się jednak, że decyzja o niedokonywaniu wpisu płci w akcie urodzenia i innych dokumentach powinna być uzasadniona stanowiskiem lekarza stwierdzającego wystąpienie hermafrodytyzmu, a nie jedynie wnioskiem rodziców. Chodzi bowiem o uniknięcie sytuacji, w której rodzice będą pozostawiali swoje dziecko bez identyfikacji płciowej ze względów ideologicznych, mimo braku jakichkolwiek przesłanek medycznych. W 2017 r. Trybunał Konstytucyjny Niemiec zobowiązał parlament niemiecki do wprowadzenia w przepisach dotyczących rejestracji urodzeń dwupłciowości jako jednej z trzech możliwych opcji, uznając, że dotychczasowe rozwiązanie przewidujące tylko płć męską i żeńską dyskryminuje osoby interseksualne⁹⁷.

Jeżeli chodzi o prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, to niezależnie od tego, czy będziemy je interpretować zgodnie z pierwotnymi założeniami, że małżeństwo jest związkiem heteroseksualnym, czy też biorąc pod uwagę trendy ponowoczesne, uznamy, że w przepisach tych stwierdzono jedynie, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje zarówno kobietom jak i mężczyznom w jakiegokolwiek konfiguracji homo– czy heteroseksualnej, uznać należy, że poza Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej, inne dokumenty wykluczają z grona uprawnionych osoby o płci nieustalonej/nieokreślonej. Ten ostatni dokument bowiem w ogóle nie określa cech podmiotu uprawnionego, lecz podkreśla fakt istnienia prawa do zawarcia małżeństwa, którego realizacja w pełni zależy od decyzji ustawodawcy krajowego.

Trzecim aspektem związanym z ludzką płciowością jest orientacja seksualna, czyli *zdolność każdej osoby do rozwinięcia głębokiego uczuciowego, emocjonalnego i seksualnego pociągu oraz intymnych i seksualnych związków z osobami innej płci lub tej samej płci lub różnych płci*⁹⁸.

standsgesetz vom 19.02.2007, BGBl. I S. 122, który obecnie stanowi, że jeżeli jednoznaczne ustalenie płci dziecka nie jest w danym momencie możliwe, to nie wpisuje się oznaczenia płci w jego akcie urodzenia.

⁹⁶ Sytuację tę należy odróżnić od istniejącej w kilku krajach na świecie (Tajlandia, Australia, Nepal, Indie) tzw. trzeciej płci. Przypadki te bowiem obejmują także transseksualistów, queer, czy questionong (te dwa ostatnie określenia dotyczą osób niezdecydowanych ani w kontekście swojej płci, ani orientacji seksualnej).

⁹⁷ Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16 http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/10/rs20171010_1bvr201916.html;jsessionid=A10E5F3F222C02B70ACC871812BE1FE6.2_cid370, [dostęp: 8.11.2017].

⁹⁸ *Wprowadzenie do Zasad Yogyakarty*, [w:] *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej*, K. Remin (red.), Warszawa 2009, przypis 1, s. 23.

W kontekście heteroseksualności małżeństwa oraz prokreacyjno–opiekunczego charakteru tej instytucji warto przyrzeć się orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczącemu dwóch kategorii zagadnień związanych z różnicą płci między małżonkami. Pierwszą z nich stanowi kwestia możliwości zawarcia małżeństwa przez transseksualistę po dokonanej tzw. zmianie wyglądu płci. Druga wiąże się z zagadnieniem zmiany płci przez osobę pozostającą w związku małżeńskim.

2. ZAWARCIE MAŁŻEŃSTWA PRZEZ OSOBĘ PO TZW. ZMIANIE PŁCI W ŚWIETLE ORZECZNICTWA ETPCZ I TSUE

Sprawy dotyczące możliwości zawarcia małżeństwa przez transseksualistę po tzw. zmianie płci rozpatrywane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka dotyczyły przede wszystkim regulacji brytyjskiej sprzed roku 2005 r.⁹⁹, zgodnie z którą po dokonaniu operacji chirurgicznej możliwa była zmiana imienia, uzyskanie paszportu i prawa jazdy z nowymi danymi. Prawo Zjednoczonego Królestwa nie pozwalało jednak na dokonanie odpowiedniej zmiany płci wpisanej w akcie urodzenia. Ustawodawca wychodził bowiem z założenia, że dokument ten powinien zawierać informacje z chwili urodzenia. To wywoływało konkretne konsekwencje prawne¹⁰⁰ takie jak niemożność zawarcia małżeństwa z osobą płci przeciwnej w stosunku do płci osoby po operacji. Początkowo Trybunał uznawał, że przyjęte przez prawo brytyjskie rozwiązanie uniemożliwiające zmianę płci metrykalnej, a zatem automatycznie zamykające drogę do zawarcia związku małżeńskiego z osobą płci odmiennej niż płeć transseksualisty po zmianie, nie narusza art. 12 EKPCz.

W sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 17 października 1986 r.¹⁰¹ Trybunał zwrócił uwagę, że prawo do zawarcia małżeństwa uregulowane w przywołanym przepisie dotyczy małżeństwa w tradycyjnym rozumieniu jako związku osób odmiennej płci. Swoje stanowisko uzasadniał brzmieniem analizowanego przepisu, który wprost traktuje małżeństwo jako fundament rodziny. Ponadto podkreślił, że konwencja przyznaje państwom kompetencje do

⁹⁹ W 2005 roku w Wielkiej Brytanii wprowadzono nowe przepisy regulujące sytuację osób dokonujących zmiany płci.

¹⁰⁰ Zwracano także uwagę na inny wiek emerytalny dla kobiet i mężczyzn, inne ubezpieczenia, inne regulacje dotyczące niektórych przestępstw czy molestowania w pracy oraz niemożność utrzymania zmiany płci w tajemnicy.

¹⁰¹ Wyrok ETPCz z 17.10.1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9532/8.

uregulowania możliwości korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa w swoim prawodawstwie wewnętrznym.

W sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* 27.09.1990 r.¹⁰² Trybunał nawiązał do orzeczenia *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* i utrzymał swoje stanowisko. Zwrócił jednak uwagę, że w niektórych państwach będących stroną konwencji małżeństwo osoby po operacyjnej zmianie wyglądu płci jest uznawane za ważne. Fakt ten nie mógł jednak, zdaniem Trybunału, stanowić dowodu na porzucenie tradycyjnej wizji małżeństwa, w związku z czym należało uznać, że przywiązanie do małżeństwa jako relacji kobiety i mężczyzny uzasadnia w sposób wystarczający kontynuację stosowania biologicznego kryterium oceniania płci osób zamierzających zawrzeć związek małżeński. Trybunał podkreślił ponownie, że kwestia korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa jest pozostawiona do regulacji wewnętrznej państwom stronom.

W sprawie *B. przeciwko Francji* z 25 marca 1992 r.¹⁰³ mężczyzna po operacji zmiany wyglądu płci na żeńską chciał zawrzeć małżeństwo z mężczyzną, co okazało się niemożliwe ze względu na odmowę dokonania zmiany wpisu w aktach stanu cywilnego. Trybunał uznał w tej sprawie, że Francja naruszyła art. 8 EKPCz, ponieważ w podobnych przypadkach sądy francuskie akceptowały zmianę wpisu, a w sytuacji B. doszło do nieuzasadnionej odmowy. Prawo francuskie tym różniło się bowiem od brytyjskiego, że w przypadku tego pierwszego w aktach stanu cywilnego odzwierciedlenie miał znajdować aktualny stan, w przypadku drugiego wpis odpowiadać miał rzeczywistości z chwili urodzenia. Sędziowie w zdaniach odrębnych do tego wyroku uznali, że Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie zapewnia prawa do zmiany płci ani nie przewiduje obowiązku wprowadzenia regulacji statusu prawnego transseksualistów. Ich zdaniem kwestia ta powinna pozostać w gestii państw członkowskich. Zwrócono też uwagę na komplikacje wynikające z dopuszczalności zmiany płci, szczególnie na gruncie prawa rodzinnego, dotyczące kwestii możliwości zawarcia małżeństwa oraz adopcji.

Sprawa *Sheffield i Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z 30 czerwca 1998 r.¹⁰⁴ dotyczyła sytuacji, gdy osoba transseksualna po zmianie wyglądu płci, jako kobieta chciała zawrzeć związek małżeński ze swoim partnerem w Irlandii, gdzie takie małżeństwo byłoby ważne, obawiała się jednak, że nie zostanie

¹⁰² Wyrok ETPCz z 27.09.1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 10843/84.

¹⁰³ Wyrok ETPCz z 25.03.1992 r. w sprawie *B. przeciwko Francji*, skarga nr 13343/87.

¹⁰⁴ Wyrok ETPCz z 30.06.1998 r. w sprawie *Sheffield i Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 31–32/1997/815–816/1018–1019.

ono uznane w Wielkiej Brytanii. Trybunał odwołał się do dwóch wcześniejszych spraw, przywołując zawartą w nich argumentację uzasadniającą przyjętą linię orzecniczą. Podkreślił także wyraźnie, że art. 12 EKPCz dotyczy małżeństwa rozumianego w sposób tradycyjny jako związek dwóch osób o przeciwnej płci biologicznej. Wspomniany przepis chroni bowiem małżeństwo jako podstawę rodziny.

Do zmiany stanowiska Europejskiego Trybunału Praw Człowieka doszło w 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*¹⁰⁵, gdy analogiczna do wcześniejszych sytuacja została, w wyniku zastosowania doktryny „żywego instrumentu”, jednomyślnie uznana za naruszającą art. 12 EKPCz. W uzasadnieniu do wyroku Trybunał podkreślił, że powołany przepis konwencji konstruuje fundamentalne prawo kobiety i mężczyzny do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Zwrócił jednak uwagę, że ten drugi aspekt, a mianowicie możliwość poczęcia dziecka i rodzicielstwo, nie stanowi warunku zawarcia małżeństwa. Trybunał nie był także przekonany, czy w dacie orzekania, czyli w 2002 r., należało brać pod uwagę jedynie kryteria biologiczne, oceniając płeć osób zamierzających zawrzeć związek małżeński. Wskazał na poważne przemiany społeczne dotyczące instytucji małżeństwa, które miały miejsce od czasu przyjęcia Konwencji. W tym czasie nastąpił bowiem rozwój medycyny i innych nauk w zakresie problematyki transseksualizmu. W związku z tym stwierdził, że konieczne jest uwzględnienie innych czynników takich, jak uznanie przez medycynę zjawiska dysharmonii między płcią biologiczną a odczuwalną oraz możliwość chirurgicznego dostosowania wyglądu do potrzeb emocjonalnych. Ponadto odwołał się także do art. 9 KPP, który uznając prawo do zawarcia małżeństwa zrezygnował z określenia „kobieta” i „mężczyzna”. Trybunał uznał też za sztuczne utrzymywanie rozwiązania, które pozwala osobie po chirurgicznym dostosowaniu wyglądu na małżeństwo z osobą płci przeciwnej wobec tej, z którą się urodziła, a uniemożliwia zawarcie małżeństwa z osobą płci przeciwnej po dokonanej zmianie. Ponadto podkreślono, że nie wystarczy sama dopuszczalność zmiany płci w prawie krajowym, konieczne jest także uregulowanie jej konsekwencji prawnych.

Głos w debacie nad regulacją prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby po zabiegu zmiany wyglądu płci zabrał także Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie z 2003 r. *K.B. przeciwko National Health Service Pensions*

¹⁰⁵ Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95, identyczny w treści wyrok zapadł w sprawie *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94.

*Agency, Secretary of State for Health*¹⁰⁶. Uznał wówczas za niezgodne z art. 141 WE (któremu odpowiada obecnie art. 157 TFUE) przepisy, które, naruszając Europejską konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, uniemożliwiają osobie po dokonanej operacji zmiany wyglądu płci (przez niemożność dokonania uznania zmiany płci w akcie urodzenia), spełnienie wymogu zawarcia małżeństwa, koniecznego, aby jeden z małżonków mógł otrzymywać część wynagrodzenia drugiej osoby.

Swoje zainteresowanie sytuacją prawną osób transseksualnych wyraża także Parlament Europejski, zgłaszając do Światowej Organizacji Zdrowia potrzebę współpracy na rzecz *usunięcia zaburzeń tożsamości płciowej z listy zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz do zapewnienia stworzenia nowej klasyfikacji wolnej od ich patologizowania*¹⁰⁷. W tym kontekście zachęca także państwa *do zapewnienia szybkich, dostępnych i przejrzystych procedur uznawania płci, respektujących prawo każdej osoby do samookreślenia się*¹⁰⁸.

Należy także przywołać treść Zalecenia CM/Rec (2010) 5 Komitetu Ministrów, zgodnie z którym osoba po zmianie płci i jej prawnym uznaniu powinna mieć zagwarantowane prawo do zawarcia małżeństwa z osobą płci przeciwnej¹⁰⁹.

Warto przyjrzeć się, jak wygląda kwestia uregulowania sytuacji osób transseksualnych w wybranych europejskich systemach prawnych¹¹⁰, pamiętając zarazem, że ta sfera prawa zmienia się współcześnie w niezwykle dynamiczny sposób¹¹¹. Jako przykład wskazać można regulacje: duńską, irlandzką, norweską i maltańską, które zrezygnowały z jakiegokolwiek udziału lekarzy w procesie zmiany płci, a za wystarczającą i wiążącą prawnie uznają jedynie deklarację osoby zainteresowanej,

¹⁰⁶ Wyrok TSUE z 10.06.2003 r. *K. B. przeciwko National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 8.11.2017].

¹⁰⁷ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 27.01.2014 r. w sprawie sytuacji praw podstawowych w Unii Europejskiej (2012) (2013/2078(INI)), pkt 33; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.03.2015 r. w sprawie rocznego sprawozdania dotyczącego praw człowieka i demokracji na świecie za rok 2013 oraz polityki Unii Europejskiej w tym zakresie (2014/2216(INI)), pkt 163.

¹⁰⁸ Tamże.

¹⁰⁹ Zalecenie CM/Rec (2010) 5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, pkt 22.

¹¹⁰ Na podstawie opracowania dla Parlamentu Europejskiego: C. Castagnoli, *Transgender persons' rights in the EU member states*, Bruksela 2010, [http://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL-LIBE_NT\(2010\)425621](http://www.europarl.europa.eu/think-tank/en/document.html?reference=IPOL-LIBE_NT(2010)425621) [dostęp: 11.10.2018].

¹¹¹ Jako przykład wskazać można polską ustawę o uzgodnieniu płci, która została przegłosowana w Sejmie w 2015 r., nie podpisał jej jednak prezydent.

która ukończyła 18 lat¹¹². Podkreślić należy, że rozwiązanie to zastąpiło przepisy, zgodnie z którymi zmiana płci poprzedzona musiała być zabiegiem chirurgicznym i sterylizacją¹¹³.

Jeżeli chodzi o możliwość zmiany płci wywołującej skutki prawne, to wyróżnić można trzy modele przyjmowane przez państwa europejskie. Pierwszy nie przewiduje konieczności przeprowadzania terapii hormonalnej ani zabiegów chirurgicznych, wystarczy przedstawić dowód na występowanie dysforii płciowej¹¹⁴. W drugim przypadku, oprócz stałego i nieodwracalnego przekonania o przynależności do płci odmiennej, koniecznymi warunkami do dokonania zmiany płci merykalnej są terapia hormonalna i zabieg chirurgiczny. Z tą procedurą łączy się także sterylizacja osoby poddającej się zmianie wyglądu płci. Spełnienie wskazanych przesłanek musi zostać potwierdzone przez lekarzy: psychiatrę oraz chirurga¹¹⁵. W trzeciej kategorii znajdują się państwa, które w ogóle nie regulują tej kwestii¹¹⁶.

W kontekście możliwości zawarcia związku małżeńskiego po prawnym uznaniu zmiany wyglądu płci, wiele państw europejskich zezwala na takie małżeństwa¹¹⁷. Rozwiązania takie są zgodne z przywołanym orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

3. TZW. ZMIANA PŁCI W CZASIE TRWANIA MAŁŻEŃSTWA W ŚWIETLE ORZECZNICTWA ETPCZ

W związku z istniejącą w praktyce możliwością operacyjnej zmiany wyglądu płci transseksualisty, do Trybunału Praw Człowieka trafiły także skargi dotyczące osób, które dokonały zabiegu medycznego w czasie trwania małżeństwa, nie chciały jednak rozwiązać tego związku. Wewnętrzna regulacja prawna w przed-

¹¹² Raport Komisji Europejskiej z 27.10.2016 r. *Legislation and policies on gender identity and sex characteristics*, http://www.ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43059 [dostęp: 23.05.2018].

¹¹³ Opracowania dla Parlamentu Europejskiego: C. Castagnoli, *Transgender persons' rights...*, *passim*.

¹¹⁴ Takie rozwiązanie obowiązuje np. w Zjednoczonym Królestwie, Hiszpanii, Finlandii i na Węgrzech.

¹¹⁵ W ten sposób kwestie te reguluje np. Belgia, Francja, Bułgaria, Niemcy, Włochy, Portugalia, Czechy.

¹¹⁶ Np.: Słowenia, Rosja, Cypr, Grecja.

¹¹⁷ Np. Holandia, Estonia, Luksemburg, Łotwa, Finlandia, Belgia, Dania, Niemcy, Hiszpania, Francja, Włochy, Zjednoczone Królestwo. W 2005 r. w Wielkiej Brytanii weszła w życie nowa regulacja *The Gender Recognition Act* z 2004 r. umożliwiająca odnotowanie zmiany płci w akcie urodzenia. Odzwierciedlenie tego faktu w akcie urodzenia zostało jednak obwarowane pewnymi warunkami i jest możliwe tylko w odniesieniu do osób niepozostających w związku małżeńskim (także rozwiedzionych).

miotowych sprawach uzależniała natomiast uznanie zmiany płci na gruncie prawa od tego, czy osoba poddana zabiegowi była stanu wolnego (panna/kawaler lub po rozwodzie). Jeśli do zmiany doszło w czasie trwania małżeństwa, do uznania zmiany płci konieczne było rozwiązanie tego związku przez rozwód lub przekształcenie w związek partnerski.

28 października 2006 r. zapadły decyzje w dwóch sprawach tego typu przeciwko Zjednoczonemu Królestwu: *Wena i Anita Parry*¹¹⁸ oraz w sprawie *R. i F.*¹¹⁹. W obu przypadkach ze skargą wystąpiły osoby, które dokonały zmiany wyglądu płci, ale chciały pozostać w dotychczasowym związku małżeńskim, a równocześnie dokonać zmiany płci metrykalnej. Regulacja prawna wymagała jednak w takim przypadku wcześniejszego ustania małżeństwa.

W obu decyzjach Trybunał wskazał, że art. 12 EKPCz uznaje tradycyjną koncepcję małżeństwa jako związku między osobami płci przeciwnej. W kwestii realizacji prawa do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny konwencja odsyła do regulacji krajowych jako bardziej odpowiadających potrzebom społeczeństwa. Oznacza to także, że uregulowanie skutków zmiany wyglądu płci dla istniejącego małżeństwa również leży w gestii państw członkowskich. Trybunał uznał, że możliwość uregulowania wzajemnej relacji pomiędzy byłymi małżonkami poprzez zawarcie dopuszczalnego w prawie brytyjskim związku partnerskiego wywołującego wiele podobnych do małżeństwa skutków jest dla osób po zmianie wyglądu płci, które chcą pozostać w relacji z dotychczasowym małżonkiem, rozwiązaniem odpowiednim. Trybunał w obu przypadkach uznał skargi za niedopuszczalne.

Sprawa *H. przeciwko Finlandii*, o podobnym stanie faktycznym, została rozpatrzona przez Wielką Izbę Trybunału Praw Człowieka 16 lipca 2014 r. Fińskie prawo uzależnia zmianę w dokumentach numeru wskazującego pierwotną płeć osoby po zmianie wyglądu płci od przekształcenia jej małżeństwa, za zgodą współmałżonka, w związek partnerski albo od rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Osoba skarżąca podkreślała, że rozwód jest sprzeczny z przekonaniem religijnym obojga małżonków, a związek partnerski nie daje takiej samej ochrony jak małżeństwo. Ponadto zwróciła uwagę, że przekształcenie małżeństwa w związek partnerski oznaczałoby, że dotychczasowa żona stałaby się lesbijką, tymczasem pozostawała ona osobą heteroseksualną. Zdaniem skarżącej w sprawie chodziło nie o dostęp do małżeństwa dla osób tej samej płci, co o utrzymanie istniejącego

¹¹⁸ Decyzja z 28.10.2006 r. w sprawie *Wena i Anita Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 42971/05.

¹¹⁹ Decyzja z 28.10.2006 r. w sprawie *R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 35748/05.

małżeństwa po dokonaniu zmiany płci metrykalnej osoby transseksualnej po zmianie wyglądu płci. Trybunał stwierdził jednak, że w praktyce doprowadziłyby to do sytuacji, w której dwie osoby tej samej płci są małżeństwem, co na gruncie prawa fińskiego było niedopuszczalne. Tymczasem, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału, kwestia dostępu małżeństwa dla związku osób tej samej płci należy do kompetencji ustawodawczych państw członkowskich i ani art. 8, ani art. 12 EKPCz nie nakładają obowiązku wprowadzenia takiej regulacji. Jeśli chodzi o przyjęte przez krajowe systemy prawne rozwiązania w tej kwestii, to w dacie orzekania 10 państw należących do Rady Europy otworzyło instytucję małżeństwa dla osób tej samej płci¹²⁰. W większości państw małżeństwo nadal pozostaje związkiem o wyłącznie heteroseksualnym charakterze. Warto także zwrócić uwagę, że w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *H. przeciwko Finlandii* z 2014 r. kolejny raz podkreślono, że art. 12 EKPCz wskazuje tradycyjną wizję małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Z tego względu ustawodawcy poszczególnych państw w różny sposób regulują kwestie związane z procedurą i konsekwencjami dokonanej zmiany wyglądu płci. Najczęściej spotykany model przewiduje, że zmiana płci jest dostępna wyłącznie dla osób niepozostających w związku małżeńskim (stanu wolnego lub po rozwodzie)¹²¹. Inne rozwiązania prawne przewidują: automatyczną zmianę istniejącego związku małżeńskiego w rejestrowany związek partnerski¹²², możliwość unieważnienia małżeństwa¹²³ albo przeprowadzenia rozwodu¹²⁴ z powodu zmiany płci dokonanej w czasie trwania małżeństwa oraz ustanie małżeństwa z mocy samego prawa¹²⁵.

W odniesieniu do wskazanych regulacji eksperci praw człowieka zajmują bardzo jednoznaczne stanowisko uważając, że *żaden ze statusów takich jak małżeństwo czy rodzicielstwo, nie może być wykorzystany do uniemożliwienia uznania przez prawo tożsamości płciowej danej osoby*¹²⁶. Sugeruje się w związku z tym, że państwa powinny zlikwidować uzależnienie zmiany płci od faktu niepozostawania w związku małżeńskim¹²⁷. Stanowisko takie uznać jednak należy za nieodpowia-

¹²⁰ Belgia, Dania, Francja, Islandia, Norwegia, Portugalia, Hiszpania, Szwecja, Holandia i Zjednoczone Królestwo (Anglia i Walia).

¹²¹ Zob. C. Castagnoli, *Transgender persons' rights...*, *passim*.

¹²² Finlandia.

¹²³ Estonia, https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ee-pl.do?member=1#toc_8, [dostęp: 25.05.2018].

¹²⁴ Włochy.

¹²⁵ Czechy.

¹²⁶ Zasada 3 Zasad Yogyakarty. *Zasady Yogyakarty*, [w:] *Zasady stosowania...*, s. 29.

¹²⁷ Analiza Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej: *Homophobia, Transphobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Comparative Legal*

dające celom prawa, które jest zespołem norm regulujących stosunki społeczne z uwzględnieniem interesu wszystkich zaangażowanych podmiotów, w tym przede wszystkim małżonka i dzieci osoby dokonującej zmiany wygładu płci.

§ 4. HETEROSEKSUALNY CHARAKTER MAŁŻEŃSTWA W ŚWIETLE PRAWA POLSKIEGO

1. ARTYKUŁ 18 KONSTYTUCJI RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny (art. 18)¹²⁸. Przepis ten wyraźnie wskazuje zatem na heteroseksualny charakter związku małżeńskiego¹²⁹. Cennym źródłem informacji na temat

Analysis, 2010, s. 19, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/homophobia-transphobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender>, [dostęp: 23.05.2018]; Stanowisko Komisarza Praw Człowieka Rady Europy: *Human Rights and Gender Identity* z 29.07.2009 r. CommDH/IssuePaper (2009) 2, w którym Komisarz rekomenduje państwom-stronom usunięcie wszelkich ograniczeń uniemożliwiających osobom transseksualnym, które dokonały zmiany płci metrykalnej, pozostawanie w uprzednio zawartym związku małżeńskim. https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679#P277_71330 [dostęp: 28.08.2012].

¹²⁸ W ten sposób zob. P. Winczorek, *Komentarz...*, s. 31; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 770–772; L. Garlicki, [w:] *Konstytucja...*, s. 491–492; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 477; T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 239. Inaczej: J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 86; E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 22; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 339.

¹²⁹ L. Garlicki podkreśla, że *najistotniejszym elementem normatywnym art. 18 jest określenie heteroseksualnego charakteru małżeństwa*. L. Garlicki, [w:] *Konstytucja...*, s. 493. Natomiast TK uznał, że *jedyny element normatywny, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie zasady heteroseksualności małżeństwa*. Wyrok TK z 9.11.2010 r., SK 10/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2010, nr 9. M. Dobrowolski z kolei zwraca uwagę, że heteroseksualność małżeństwa ma rangę zasady konstytucyjnej. M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny...*, s. 26, por. także: Wyrok TK z 8.04.2001 r., P 15/00, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001, nr 4 poz. 83, s. 23. Warto zauważyć, że zasadę heteroseksualności małżeństwa wyprowadzają z art. 18 konst. także autorzy projektu ustawy o uzgodnieniu płci wskazując, że *zgodnie z normami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18) małżeństwo to związek osób przeciwnej płci nie tylko w trakcie jego zawarcia, ale także w czasie jego trwania*. Za: <http://sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [dostęp: 1.06.2017]. O tym, że art. 18 konst. jednoznacznie uznaje za małżeństwo wyłącznie związek heteroseksualny, wspomina także D. Dudek, *Prawo do zawarcia małżeństwa...*, s. 41–42. A. Czajkowska wskazuje, że różnica płci nupturientów jest podstawową, konstytucyjną przesłanką zawarcia małżeństwa i instytucjonalnym elementem zarówno zawarcia małżeństwa, jak

wizji małżeństwa prezentowanej w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej są opinie Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego do projektów dotyczących rejestrowanych związków partnerskich¹³⁰. We wszystkich opiniach powołano się na to, że wskazany w konstytucji związek pomiędzy małżeństwem i rodziną stanowi uzasadnienie dla ochrony i promocji tych instytucji¹³¹. Znamiennym jest jednak, że dyskusja nad istotą małżeństwa i jego charakterem prawnym staje się szczególnie żywa w kontekście propozycji instytucjonalizacji innych rodzajów stosunków międzyludzkich. Przez wieki bowiem kwestia odmienności płci małżonków była oczywista, a określenie podmiotów uprawnionych do skorzystania z możliwości zawarcia związku małżeńskiego nie budziło niczyich wątpliwości¹³².

Wyraźnie promowanym i oczekiwanym przez państwo modelem życia rodzinnego jest zatem małżeństwo, poprzez które kobieta i mężczyzna tworzą nową rodzinę powołując do życia kolejne pokolenie, a poprzez swój związek dając nadzieję na większą stabilizację relacji rodzinnych¹³³. Można nazywać takie podejście do małżeństwa „tradycyjnym¹³⁴” lub „paternalistycznym¹³⁵”, uzasadnia ono jednak wyróżnienie małżeństwa jako stosunku prawnego spośród innych relacji międzyludzkich¹³⁶. W doktrynie zwraca się uwagę, że dokonany przez polskiego

i stosunku prawnego małżeństwa. A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, A. Czajkowska, E. Pachniewska (red.), Warszawa 2011, s. 228.

¹³⁰ Opinia o poselskim projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego”...; *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich...; Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich oraz przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich” (wersja projektów z 22.05.2012 r.) z 5.07.2012 r.*, BSA I-021-227-228/12, załącznik do Druku Sejmowego VII kadencji nr 554; *Opinia o projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego”, przedstawionym przez klub parlamentarny „Platforma Obywatelska” z 17.10.2012 r.*, BSA-021-345/12, załącznik do Druku Sejmowego VII kadencji nr 825.

¹³¹ B. Banaszekiewicz, *Problemy konstytucyjnej oceny...*, s. 380.

¹³² Zob. także: B. Banaszekiewicz, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”...*, s. 597. Autor zauważa, że *jak często bywa, wartości uważane do pewnego czasu za oczywiste, niepodważalne i wspólne wszystkim liczącym się odłamom społeczeństwa stają się przedmiotem szczególnej refleksji, gdy są negowane lub relatywizowane.*

¹³³ Tamże, s. 613; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 772.

¹³⁴ Pojęcie to pojawia się w licznych publikacjach, np. M. Wyrzykowski, *Opinia Komitetu...*, J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 75–78. O tradycyjnym ujęciu wspomina także J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 73; E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 24.

¹³⁵ K. Complak, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczekowska (red.), Warszawa 2014, s. 32.

¹³⁶ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 771.

ustawodawcę wybór tzw. tradycyjnego modelu małżeństwa był świadomy i miał uzasadnienie aksjologiczne¹³⁷. Podkreślić jednak należy, że nie tyle był to wybór, co stwierdzenie do niedawna powszechnie oczywistych cech charakterystycznych i celu instytucji małżeństwa. Ustawodawca nie wybrał małżeństwa z wachlarza równorzędnych relacji, wyróżniało się ono bowiem swoją funkcją także wówczas, gdy stanowiło jedynie stosunek społeczny, a jeszcze nie prawny. Biorąc pod uwagę aspekt historyczny i atmosferę wokół prac nad art. 18 konst. należy przychylić się do zdania, że ustawa zasadnicza *jednoznacznie rozstrzyga tę kwestię, stanowiąc, iż tylko związek kobiety i mężczyzny jest prawnie uznawany przez państwo i tylko taki związek korzysta z ochrony i opieki Rzeczypospolitej*¹³⁸. Potwierdzeniem tezy, że art. 18 konst. jest proklamacją modelu małżeństwa nazywanego obecnie przez niektórych tradycyjnym, znaleźć można także w dokumentach rejestrujących przebieg procesu legislacyjnego konstytucji z 1997 r.¹³⁹

Przeciwnicy uwzględniania historycznego kontekstu powstawania art. 18 konst. zwracają jednak uwagę, że w dacie uchwalania konstytucji środowisko LGBT nie miało swoich przedstawicieli w parlamencie. Przeciwno znaczeniu wykładni historycznej podnosi się ponadto argument, że konstytucja musi być tak skonstruowana, aby możliwa była jej interpretacja uwzględniająca przemiany społeczne, w tym także zmianę podejścia społeczeństwa do konkretnego zjawiska¹⁴⁰. Warto jednak zwrócić uwagę, że badania opinii społecznej wykazują dość tradycyjną wizję oraz sposób realizacji własnego życia rodzinnego Polaków¹⁴¹. *Ponad połowa ankietowanych (55%) za najodpowiedniejszy dla siebie model rodziny uznaje małżeństwo z dziećmi, a więcej niż jedna czwarta (29%) chciałaby żyć w dużej rodzinie wielopokoleniowej. Zdecydowanie mniej chętnie Polacy opowiadają się za życiem w pojedynkę (4%), w małżeństwie bez dzieci (4%) lub w stałym związku partnerskim z osobą odmienną płci (4%). Tylko nieliczni widzieliby siebie w roli rodzica samotnie wychowującego dziecko (1%), w tymczasowym związku partnerskim z osobą odmienną płci (1%) lub w innych formach związku,*

¹³⁷ M. Pilich, *Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2, s. 86; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 772.

¹³⁸ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 32.

¹³⁹ „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” nr 1437; B. Banaszkiwicz, *Problemy konstytucyjnej...*, s. 383 i przywołana tam literatura.

¹⁴⁰ A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji związku...*, s. 86–87.

¹⁴¹ Na takie wnioski pozwalają między innymi badania z serii Polski Pomiar Postaw i Wartości przeprowadzone w 2009 r. przywołane przez I. Przybył, *Wokół (de)instytucjonalizacji...*, s. 11–12.

w tym homoseksualnych (1%)¹⁴². Istotne znaczenie dla analizy przeprowadzonych ankiet ma rozróżnienie pomiędzy podejściem społecznym do zjawiska traktowanego raczej hipotetycznie a zgłaszaniem zapotrzebowania na faktyczne zmiany. Rzeczywiście badania wykazują, że między 2008 a 2013 r. wzrosła akceptacja społeczna dla objęcia pojęciem rodziny związków osób tej samej płci (gejów lub lesbijek) wychowujących wspólnie dziecko (dzieci) jednej z nich (z 9% na 23%), a nawet nieformalnych związków osób tej samej płci niewychowujących dzieci (z 6% do 14%). Z badań wynika jednak równocześnie, że w innych formach związków, w tym homoseksualnych chciałoby żyć 1% badanych, a w rzeczywistości żyje 2%¹⁴³. W świetle innych badań przeprowadzonych na początku marca 2013 r. przez TNS Polska ponad 50% badanych Polaków opowiedziało się przeciwko wprowadzeniu instytucji związków partnerskich dla osób o homoseksualnej orientacji płciowej¹⁴⁴. Pojawia się zatem pytanie o faktyczną konieczność dostosowywania norm prawnych do tzw. oczekiwań społecznych.

Rozważając możliwość wprowadzenia prawnej regulacji innych niż małżeństwo związków międzyludzkich, za przemawiającą przeciwko racjonalności ustawodawcy uznać należy propozycję wprowadzenia do systemu prawnego instytucji zrównującej w zakresie praw i obowiązków nowy stosunek społeczny z istniejącym stosunkiem prawnym, gdy nie pełnią one tych samych funkcji. Przeciwno takiemu rozwiązaniu postawić można dwa zarzuty.

Po pierwsze, jaki jest sens tworzenia regulacji różniących się jedynie nazwą, a identycznych co do wywoływanych konsekwencji¹⁴⁵. Ponadto należy zgodzić się z tezą, że *poddanie związków homoseksualnych normom niepostępującym się nazwą „małżeństwo”, ale mającym treść odpowiadającą treści norm dotyczących małżeństwa* stanowiłoby naruszenie art. 18 konst.¹⁴⁶

¹⁴² Komunikat z badań Centrum Badania Opinii Społecznej z marca 2013 r. *Rodzina – jej współczesne znaczenie i rozumienie*, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_033_13.PDF [dostęp: 14.05.2015].

¹⁴³ Tamże.

¹⁴⁴ Związki partnerskie, marzec 2013 [Badanie TNS], http://www.tnsglobal.pl/wp-content/blogs.dir/9/files/2014/03/K.021_Zwiazki-partnerskie-PAP_O03a-13.pdf [dostęp: 27.03.2019].

¹⁴⁵ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 293 i przywołana tam literatura.

¹⁴⁶ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 775–776. P. Winczorek zwrócił uwagę, że *jeśli związek partnerski zostałby wyposażony w taki sam zestaw praw i obowiązków co małżeństwo, byłoby to od strony ustawowej, po prostu małżeństwem niezależnie od swej nazwy*. P. Winczorek, *Małżeństwo poza sporem...*

Po drugie, jakie jest uzasadnienie dla zrównywania praw i obowiązków w odniesieniu do stosunków społecznych różniących się zarówno co do istoty, jak i stawianych im celów.

Większość doktryny oraz przedstawiciele judykatury wyprowadzają z nałożonego na państwo w art. 18 konst. obowiązku ochrony małżeństwa i rodziny zakaz nadawania statusu małżeńskiego innym relacjom międzyludzkim niemieszczającym się w konstytucyjnej wizji obu tych instytucji¹⁴⁷. Ponowoczesne spojrzenie na małżeństwo prowadzi natomiast do podkreślania jego znaczenia dla jednostki, jej samopoczucia, samorealizacji, kładzie zatem nacisk na indywidualny wymiar małżeństwa dla osób pozostających w takim związku, odchodzi tym samym od społecznego znaczenia tej instytucji. Takie podejście powinno jednak budzić pewne wątpliwości w odniesieniu do obowiązku ochrony prywatności przed nadmierną ingerencją państwa. Jeżeli, jak chcą niektórzy, małżeństwo to intymny związek łączący ludzi stanowiący wyraz ich emocji oraz sposób realizacji własnych potrzeb¹⁴⁸, należałoby raczej postulować likwidację regulacji prawnej w imię poszanowania prywatności. Normy prawne nie są bowiem w tej kwestii właściwym instrumentem kształtującym relacje międzyludzkie w ich wymiarze emocjonalnym i osobistym. Tworząc modelowy związek małżeński ustawodawca oczekuje, że osoby korzystające z tej instytucji będą realizować funkcję prokreacyjną i opiekuńczo-socjalizacyjną¹⁴⁹. Konstytucja nie przyznaje ochrony i opieki jakiemuś dowolnemu związkowi międzyludzkiemu mającemu znaczenie dla potrzeb indywidualnych, lecz małżeństwu, rodzinie i rodzicielstwu¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 775–776; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 484–485. Inaczej por. R. Piotrowski, *Wykładnia Konstytucji a zagadnienie ustawowej regulacji związków partnerskich*, [w:] *Interes publiczny a interes prywatny...*, s. 246–247, 248; E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 22. Przywołani autorzy uważają, że art. 18 konst. nie stanowi podstawy dla zakazu regulacji innych związków międzyludzkich niż małżeństwo.

¹⁴⁸ Zob. np.: M. Wyrzykowski, *Opinia Komitetu...*

¹⁴⁹ *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich”...*, s. 5. Związek pomiędzy heteroseksualnością małżeństwa a jego funkcją prokreacyjną i wychowawczą podkreśla S. Kalus, *Konstytucyjne źródła...*, s. 106.

¹⁵⁰ A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 774. Autor podkreśla, że *w art. 18 chodzi w istocie o zapewnienie ochrony i opieki pewnym osobom, ale nie „jako takim”, ale jako występującym w określonych rolach społecznych – a więc jako rodzice i dziecko, jako członkowie tej samej rodziny lub jako małżonkowie*. P. Winczorek, *Komentarz...*, s. 54: *Nie jest więc małżeństwem i z ochrony i opieki służącej małżeństwu nie może korzystać związek dwóch lub więcej osób tej samej płci (związek homoseksualny)*.

Ustawa zasadnicza wskazuje zatem powód, ze względu na który wyróżnia związek między kobietą i mężczyzną. Dlatego ochrona instytucji małżeństwa przez państwo może polegać na utrzymaniu *status quo* i zachowaniu takiej wizji regulacji prawnej małżeństwa, która najbardziej odpowiada funkcjom tej instytucji, uzasadniającym jej wyjątkowe poraktowanie. Udzielenie analogicznej ochrony innym związkom (np. homoseksualnym związkom partnerskim) nie ma takiego uzasadnienia i stanowiłoby przejaw dyskryminacji innych relacji międzyludzkich (związków biseksualnych, poligamicznych, relacji przyjaźni, rodzeństwa)¹⁵¹. Ustrojodawca wskazał zatem, że wśród różnych istniejących w społeczeństwie stosunków międzyludzkich wyróżnia te konkretne, gdyż uważa, że odgrywają one znaczącą rolę. Brak takiego uzasadnienia w przypadku homoseksualnych związków partnerskich prowadziłby do ich bezpodstawnego uprzywilejowania szczególnym statusem małżeńskim.

W opracowaniach dotyczących możliwości „otwarcia” małżeństwa dla par jedнопłciowych podnosi się jednak argumenty przeciwko wizji małżeństwa jako związku mającego za główny cel prokreację i wychowanie potomstwa¹⁵². Zarzuca się, że *jeśli konstytucyjną istotą małżeństwa jest związek rozrodczy osobników, to jest ono nieprawidłowo zdefiniowane*¹⁵³, nie wskazując jednak, na czym polega ta nieprawidłowość ani nie proponując właściwego rozwiązania. Po drugie, zwraca się uwagę na dopuszczalność w świetle polskiego prawa zawarcia małżeństwa przez osoby, które nie mogą mieć dzieci (ze względu na stan zdrowia lub wiek). Podważa się tym samym znaczenie funkcji prokreacyjnej i socjalizacyjnej tego związku, wysuwając na pierwszy plan społeczne znaczenie więzi łączącej dwie osoby wynikającej z ich pożycia intymnego¹⁵⁴. Warto jednak podkreślić, że prawo nie zabrania zawarcia małżeństwa także przez osoby, które nie mogą albo nie planują podjąć współżycia seksualnego, mimo że takie wyłączenie istotnego elementu wspólnego pożycia uznać należy za naruszające ustawową wizję małżeństwa. Nie oznacza to jednak, że skoro w praktyce rezygnacja z relacji intymnych

¹⁵¹ W ten sposób zob. także: B. Banaszkiwicz „*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny*”..., s. 622; Tenże, *Problem konstytucyjnej...*, s. 384; M. Łączkowska, *Związki osób...*, s. 361–362; Taż, *Charakter prawny...*, s. 175.

¹⁵² Także autorzy jednoznacznie opowiadający się za odmiennością płci małżonków zwracają uwagę, że nie wynika ona jedynie z funkcji prokreacyjnej małżeństwa, gdyż prawo nie przewiduje obowiązku posiadania potomstwa. Różnicę płci uzasadniają oni innymi funkcjami rodziny oraz odwiecznymi prawami biologicznymi. W ten sposób zob. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 36; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 89.

¹⁵³ K. Complak, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczkowska (red.)..., s. 33.

¹⁵⁴ A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji...*, s. 84 i przypis 71.

między małżonkami jest możliwa, to związek ten powinien być dostępny dla związków kazirodczych¹⁵⁵. Prawo przyjmuje zatem pewną optymalną wizję małżeństwa, a odstępstwa występujące w praktyce nie mają szczególnego wpływu na treść obowiązujących przepisów. Dopuszczalność zawarcia małżeństwa, które w rzeczywistości nie zrealizuje swoich funkcji, nie oznacza rezygnacji z uzasadnienia dla wyróżnienia instytucji jako takiej¹⁵⁶. Ustawodawca nie jest bowiem w stanie, nie naruszając prawa do ochrony prywatności, weryfikować zamiarów małżonków co do posiadania czy nieposiadania dzieci¹⁵⁷. Ponadto szczególną opiekuńczo-wychowawczo-socjalizującą rolę małżeństwa uwzględnia się także w przepisach regulujących adopcję oraz rodzinne formy pieczy zastępczej, które przewidują, że małżonkowie jako jedyni mogą wspólnie przysposobić dziecko (art. 115 k.r.o.) czy też wspólnie pełnić funkcję rodziny zastępczej (art. 41 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej¹⁵⁸).

Przeciwnicy absolutyzowania prokreacyjnej i wychowawczej funkcji małżeństwa wskazują na inne istotne zadania wynikające z prawnej regulacji małżeństwa rozumianego przez nich jako intymna relacja łącząca dwoje ludzi. Do zadań tych należą: uporządkowanie seksualnej aktywności członków grupy społecznej (zaspokojenie potrzeb intymnych z równoczesnym ograniczeniem wynikającym z obowiązku wierności); zapewnienie „ogólnego dobrostanu psychicznego”, w tym zabezpieczenie przed samotnością; zagwarantowanie wzajemnej pomocy i wsparcia w potrzebie¹⁵⁹. Wskazując te funkcje instytucjonalizacji związków

¹⁵⁵ Na marginesie można jednak zauważyć, że w niektórych systemach prawnych odstępuje się od penalizacji dobrowolnych stosunków seksualnych między dorosłymi krewnymi, np. w Belgii, Holandii, Luksemburgu, Hiszpanii, Francji i Portugalii. Za depenalizacją kazirodztwa publicznie opowiedział się J. Hartman: http://wyborcza.pl/1,76842,16721990,Prof__Hartman_chce_dyskusji_o_zwiazkach_kazirodczych_.html [dostęp: 7.08.2016].

¹⁵⁶ Analogicznie można by odnieść przywołane argumenty np. do umowy spółki. Ustawa wskazuje, że jest ona zawierana dla osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Nie bada się jednak *a priori* rzeczywistych zdolności i potencjału osób zawierających tę umowę. Czy to, że nie każda spółka cywilna osiąga swój cel gospodarczy oznacza, że ustawodawca powinien zrezygnować z takiego sposobu jej uregulowania? Na kwestię braku wpływu sytuacji faktycznych na prawną wizję małżeństwa uwagę zwraca także B. Banaszekiewicz, „*Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny*”..., s. 617.

¹⁵⁷ Na ten temat zob także: Tamże, s. 617, przypis 72; M. Domański, *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 k.r.o.)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 4, s. 836–837.

¹⁵⁸ Ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Dz. U. 2011 Nr 149, poz. 887.

¹⁵⁹ N. Goodman, *Wstęp do socjologii*, Poznań 2001, s. 189. Cyt. za: A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji...*, s. 84.

międzyludzkich, nie zwracają jednak uwagi, że także w tym przypadku dochodzi do zawierania małżeństw, które nie spełniają pokładanych w nich oczekiwań społecznych i że ustawodawca, poza przypadkiem niedojrzałości związanej z wiekiem oraz chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym, nie zakazuje zawierania małżeństw osobom nierokującym prawidłowej ich realizacji (np. osobie chorej, która nie będzie w stanie zaspokoić potrzeb intymnych partnera ani udzielić mu faktycznego wsparcia). Za trudny do prawnego zweryfikowania skutek instytucjonalizacji relacji międzyludzkiej uznać natomiast należy zapewnienie „ogólnego dobrostanu” jednostki¹⁶⁰.

Nie można zanegować interesu społecznego i państwowego w szczególnej ochronie prokreacyjnego wymiaru małżeństwa, gdyż to właśnie ta funkcja ma wpływ na ciągłość zarówno społeczeństwa jak i państwa. Z punktu widzenia państwa, a co się z tym wiąże także prawa, trudno przyjąć koncepcję małżeństwa jako związku osób prowadzących wspólne życie, które chcą być ze sobą szczęśliwe.

Artykuł 18 konst. stanowi zatem źródło upoważnienia i zobowiązania państwa do prawnej regulacji małżeństwa, czyli formalnego związku pomiędzy kobietą i mężczyzną. Ustawodawca zwykły nie ma natomiast, w świetle tego przepisu, kompetencji ani do poszerzania instytucji małżeństwa na inne relacje międzyludzkie, ani do stosowania wobec nich rozwiązań prawnych przysługujących małżonkom, a realizujących zasadę szczególnej ochrony i pomocy udzielanej temu związkowi¹⁶¹. W kontekście redefinicji małżeństwa w niektórych europejskich systemach prawnych pojawiła się jednak także w polskiej literaturze bardziej rewolucyjna interpretacja. Jej autorzy wskazują, że *art. 18 Konstytucji określający explicite małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, nie wyklucza małżeństw o innej podmiotowej strukturze, innych modeli małżeństwa*¹⁶². Podkreślają oni

¹⁶⁰ W tym kontekście warto także przytoczyć postulat, że *Rzeczpospolita Polska, która jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli (art. 1 Konstytucji), nie powinna narzucać im drogi do „odnajdywania szczęścia”, natomiast powinna sprzyjać urzeczywistnianiu dokonanych wyborów*. M. Wyrzykowski, *Opinia Komitetu...*, *passim*.

¹⁶¹ W ten sposób zob. także: B. Banaszekiewicz, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”...*, s. 622. Inaczej, por. M. Wyrzykowski, *Opinia Komitetu...* Autor podkreśla, że Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ani nie nakazuje, ani nie zakazuje prawnej regulacji związków partnerskich.

¹⁶² E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 22–23. Wcześniej w dyskusji nad projektem konstytucji taki pogląd wyraził K. Działocha, który stwierdził, że *dogmatyczna wykładnia ust. 2 nie wyklucza innego małżeństwa. Jeżeli małżeństwo rozumieć przede wszystkim jako kontrakt cywilny między dwiema osobami – kobietą i mężczyzną, to jednak inne małżeństwo nie jest wykluczone* (wypowiedź K. Działochy z 4.04.1995 r., „Biuletyn. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego” 1995, nr 17, s. 34).

konstytucyjne uprzywilejowanie małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, uważają jednak, że przekonanie o wyczerpującym charakterze wskazanej w analizowanym przepisie definicji jest nieuzasadnione. Przyjmują tym samym istnienie szerszej kategorii „małżeństwa w ogólności” obejmującej związki o innej strukturze podmiotowej¹⁶³. Heteroseksualność małżeństwa traktowana jest w tym kontekście jako cecha dominująca, ale jedna z wielu charakteryzujących małżeństwo, a podlegających przemianom cywilizacyjnym¹⁶⁴. Autorzy wskazują, że kiedyś regulacje prawne zakazywały małżeństw między przedstawicielami różnych ras, stanów, religii, a ograniczenia te, w imię zasady równości, stopniowo likwidowano¹⁶⁵. Ponadto podkreślają, że obecnie powszechnie obowiązują przepisy uzależniające możliwość zawarcia małżeństwa od ukończenia odpowiedniego wieku oraz stanu poczytalności po stronie nupturientów. Wskazuje to ich zdaniem na historyczną ewolucję małżeństwa, szczególnie w odniesieniu do zdolności małżeńskiej. Z tego wyciągają wniosek, że *dopuszczenie małżeństw homoseksualnych można traktować jako kolejny krok tego procesu, zapewne bardziej radykalny niż poprzednie, ale niedający się apriorycznie wykluczyć*¹⁶⁶.

Nie można jednak zgodzić się z przedstawioną koncepcją. Zacząć należy od tego, że wiek, poczytalność, przynależność rasowa czy wyznaniowa dotyczą zdolności do zawarcia małżeństwa, a zatem regulacja ich dotycząca może podlegać zmianom. Heteroseksualność natomiast jest cechą definiującą małżeństwo związaną z celem, ze względu na który podlega ono regulacji prawnej¹⁶⁷. Znaczenie różnicy płci widoczne jest wyraźnie w sposobie uregulowania tej kwestii w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, który przewiduje, że jest ona przesłanką istnienia małżeństwa, a nie jedną z podstaw do jego unieważnienia.

Poszukując uzasadnienia dla uregulowania prawnego związku osób tej samej płci czy to poprzez dostęp do małżeństwa, czy też stworzenie osobnej instytucji związku partnerskiego, wskazuje się także gwarantowane konstytucyjnie prawo do ochrony życia prywatnego. Umocowaniem dla domagania się stosownej regulacji miałby być zarzut dyskryminacji polegający na pozbawieniu *homoseksualistów pewnych form wyboru co do decydowania o swoim życiu osobistym, który*

¹⁶³ E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 23. Autorzy tworzą konstrukcję „małżeństwa w ogólności”, którego struktura podmiotowa jest obojętna, a małżeństwo kobiety i mężczyzny stanowi jedynie podkategorię małżeństwa w ogólności (Tamże, s. 25).

¹⁶⁴ Tamże, s. 24.

¹⁶⁵ S.B. Goldberg, *Why Marriage...*, s. 233 i n.

¹⁶⁶ E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 25.

¹⁶⁷ Podobnie zob. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 729, gdzie różnice płci małżonków uważa się za esencjalną cechę małżeństwa.

to wybór istnieje w wypadku osób heteroseksualnych (wybór co do pozostawania w stanie wolnym czy w związku małżeńskim)¹⁶⁸. Podstawę prawną w tym wypadku miałby stanowić art. 47 wraz z art. 32 ust. 2 konst. W odpowiedzi na tę propozycję, zwraca się jednak uwagę, że protekcyjny i promocyjny sposób uregulowania instytucji małżeństwa wynika z jej szczególnego znaczenia, wyrażonego w ustawie zasadniczej, które nie może być „kwestionowane z powołaniem na inne normy konstytucji, w szczególności na art. 32 konst. (zasada równości, zakaz dyskryminacji)”¹⁶⁹.

Wskazywanie na prawo do ochrony prywatności oraz prawo decydowania o swoim życiu osobistym, jako źródło obowiązku podjęcia przez państwo odpowiednich kroków zrównujących małżeństwo i związek osób tej samej płci, wydaje się nieuzasadnione. Podzielić bowiem w tym kontekście należy stanowisko, że *jakos dziwnie jest pojmowana intymność sfery życia przez jej upublicznienie*¹⁷⁰. Zawarcie małżeństwa jest zgodą na przeniesienie istotnego fragmentu swojej relacji w przestrzeń publiczną, a zatem wyprowadzenie jej poza obszar życia prywatnego o wyłącznie osobistym charakterze, poprzez poddanie jej istotnych aspektów wyraźnej regulacji prawnej¹⁷¹. Małżonkowie zachowują zatem swoją chronioną prawnie prywatność jedynie w sferach niepodlegających reżimowi prawnemu¹⁷². Nie mogą oni „ukryć” faktu pozostawania w związku małżeńskim, który w wielu kwestiach wywołuje skutki *ex lege* i *erga omnes*. Ocena zgodności zachowania małżonków z ustawowym modelem małżeństwa nie jest co prawda dokonywana na bieżąco w czasie trwania ich związku, ma jednak doniosłe znaczenie w przypadku rozprawy rozwodowej i ustalania winy małżonków w doprowadzeniu do rozkładu wspólnego pożycia. Małżonkowie nie mogą w takim przypadku w toku

¹⁶⁸ E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 18; A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji...*, s. 79; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 360. M. Wyrzykowski z kolei wyprowadza obowiązek regulacji prawnej związków partnerskich z konstytucyjnych gwarancji ochrony godności człowieka, wolności, równości i prywatności, M. Wyrzykowski, *Publiczne a prywatne...*, s. 230.

¹⁶⁹ B. Banaszekiewicz, *Problemy konstytucyjnej...*, s. 380; J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 92.

¹⁷⁰ T. Smoczyński, *Małżeństwo – konkubinaty...*, s. 80.

¹⁷¹ F. Adamski podkreśla, że małżeństwo w każdej kulturze *wykraczało poza sferę spraw osobistych i prywatnych, zawsze miało charakter publiczny, podlegało prawom i zwyczajom wspólnoty*. F. Adamski, *Rodzina...*, s. 13.

¹⁷² Można nawet uznać, że małżonkowie nie tracą prawa do ochrony prywatności mimo zawarcia małżeństwa. A. Mączyński stwierdza, że także w odniesieniu do małżonków *regulacja prawna powinna być utrzymana w granicach uzasadnionych koniecznością*. A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 770.

postępowania bronić się przed zainteresowaniem sądu intymnymi aspektami ich wzajemnej relacji, powołując się na prawo do ochrony ich prywatności¹⁷³.

W porównaniu z małżeństwem, konkubinaty i związki homoseksualne ko-
rzystają w pełni z zakazu ingerencji prawa w sferę ich relacji, ponieważ państwo
nie interesuje się łączącą ich więzią, poza przypadkami zachowań sprzecznych
z prawem (przemoc czy gwałt), a i wówczas podejmuje działania zainicjowane
przez poszkodowanego.

Z art. 47 konst. wiąże się zatem postulat, by państwo z umiarem ingerowało
w sferę życia osobistego i prywatnego¹⁷⁴. Każdy ma prawo do ochrony życia pry-
watnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu
osobistym, małżeństwo i rodzina (a nie małżonkowie i członkowie rodziny jako
jednostki) mają natomiast prawo do ochrony i pomocy o charakterze szczegól-
nym. Podkreślić należy, że ochrona i pomoc wynikająca z art. 18 konst. nie doty-
czy jednostki, lecz jest przyznawana ze względu na stosunek prawny, w którym
ona pozostaje i służyć ma ochronie tego stosunku, a nie interesu i prawa samej
jednostki. Zainteresowanie prawa małżeństwem i rodziną wiąże się bowiem ze
znaczeniem i funkcją, jaką te instytucje mają do spełnienia w społeczeństwie¹⁷⁵.
Inne relacje międzyludzkie podlegają regulacji i ochronie zapewnionej ogólnie
dostępnymi rozwiązaniami prawnymi¹⁷⁶.

Wątpliwości budzi także powołanie się na zasadę równości i zakaz dyskry-
minacji wyrażone w art. 32 konst. jako podstawę obowiązku prawnej regulacji
związków homoseksualnych. Po pierwsze, należy podkreślić, że przepis ten prze-
widuje *zakaz nieuzasadnionego, różnego kształtowania sytuacji podobnych pod-
miotów prawa, w procesie stanowienia oraz stosowania prawa. Dyskryminacja
oznacza zatem nienadające się do zaakceptowania tworzenie różnych norm*

¹⁷³ B. Czech zwraca uwagę, że przesłanki rozwodu i separacji nie są *sprzeczne z prawem do
ochrony życia prywatnego i rodzinnego*, ograniczenia wolności nie stanowi zatem *ocena rozkładu
wspólnego pożycia ani ustalanie winy, jakiej dokonuje sąd*. B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny
i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 375.

¹⁷⁴ Należy podzielić opinię, że *ochrona małżeństwa [...] nie jest równoznaczna z zakazem
podejmowania pożycia „na wzór” małżeński, a tworzenie związków faktycznych należy do
sfery prywatności osób podejmujących wspólne pożycie*. *Opinia o poselskim projekcie ustawy
„o umowie związku partnerskiego”...*, s. 12; A. Mączński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 770.

¹⁷⁵ Tenże, *Konstytucyjne i międzynarodowe...*, s. 93.

¹⁷⁶ M. Nesterowicz, *Czy ustawa o związkach partnerskich jest potrzebna. Dziesięć mitów
prawnych gejów i lesbijek*, „Rzeczpospolita” 31.12.2004 r., s. C7; M. Łączkowska, *Związki
osób...*, s. 364–365; Taż, *Charakter prawny...*, s. 205; B. Banaszkiwicz, „*Małżeństwo jako
związek kobiety i mężczyzny*”..., s. 623; Tenże, *Problem konstytucyjnej...*, s. 386; A. Mączński,
Konstytucyjne podstawy..., s. 777–778.

prawnych dla podmiotów prawa, które powinny być zaliczone do tej samej klasy (kategorii), albo nierówne traktowanie podobnych podmiotów prawa w indywidualnych przypadkach, gdy zróżnicowanie nie znajduje podstaw w normach prawnych¹⁷⁷. Wyróżnienia związku kobiety i mężczyzny, którzy, przyjmując na siebie określone obowiązki, decydują się w świetle prawa zawrzeć trwały związek małżeński niosący w sobie potencjał prokreacyjny, a także związane z nim zadania opiekuńczo-wychowawcze oraz konkretne obciążenia majątkowe, nie można uznać za nieuzasadnione¹⁷⁸. Udzielana przez państwo pomoc i ochrona wynikają z konstytucyjnej wizji małżeństwa jako *trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo*¹⁷⁹. Związek ten nie jest ani w zakresie swoich funkcji, ani w świetle oczekiwań społeczeństwa i państwa, podobny do związku osób tej samej płci mającego istotne znaczenie jedynie dla osób w nim pozostających. Prawo nie interesuje się bowiem małżeństwem dlatego, że jest to ważny dla jednostki związek emocjonalny i intymny, pozo-

¹⁷⁷ Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2010, nr 6, poz. 60.

¹⁷⁸ Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko TK wyrażone w wyr. z 16.12.1997 r., K 8/97, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy”, 1997, nr 5–6, poz. 70, s. 553–554, że *zróżnicowanie sytuacji prawnej obywateli jest wtedy sprzeczne z konstytucją, jeżeli traktuje się w sposób różny podmioty lub sytuacje podobne, a takie różnice traktowania nie znajdują należytego uzasadnienia konstytucyjnego*. Trybunał przywołał także kryteria racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości dokonywania zróżnicowań, które muszą:

- mieć charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści, czyli wprowadzane zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony,

- mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych,

- pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych [...].

Podobne stanowisko zajął SN w wyroku z 5.05.2010 r., I PK 201/09, Legalis 287085, który stwierdził, że odmienne traktowanie nie zawsze stanowi o braku równości i jest przejawem dyskryminacji. Istotne znaczenie dla prawidłowej oceny sytuacji ma to, czy *zróżnicowaniu temu można przypisać uzasadniony charakter. Zróżnicowanie jest uzasadnione, jeśli pozostaje w związku bezpośrednim z celem przepisów, waga interesu, dla którego zróżnicowanie jest wprowadzone pozostaje w proporcji do interesów naruszanych, zróżnicowanie nie uwłacza w sposób zasadniczy innym wartościom*.

Uznać zatem należy, że prawne wyróżnienie związku małżeńskiego spośród innych relacji międzyludzkich spełnia wszystkie z wymienionych kryteriów.

¹⁷⁹ Wyrok TK z 12.04.2011 r., SK 62/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 3, poz. 22.

stawia tę kwestię w sferze chronionej prawem prywatności. Uznać więc trzeba, że małżeństwo i inne relacje międzyludzkie o zabarwieniu emocjonalnym nie stanowią sytuacji podobnych, a wyjątkowe potraktowanie związku małżeńskiego w porównaniu z innymi relacjami międzyludzkimi znajduje swoje uzasadnienie, nie stanowi zatem przejawu dyskryminacji.

Drugim argumentem przeciwko powoływaniu się na art. 32 ust. 2 konst. w celu uzasadnienia potrzeby regulacji małżeństw czy związków jednopłciowych jest to, że w przepisie tym wymieniono pewne obszary objęte zakazem dyskryminacji takie, jak życie polityczne, społeczne lub gospodarcze. Można z tego wyciągnąć wniosek, że chodzi *praktycznie o ogół aktywności człowieka nie objętych pojęciem życia rodzinnego i osobistego*¹⁸⁰. Część przedstawicieli doktryny twierdzi jednak, że życie rodzinne i osobiste mieści się w szerokim pojęciu życia społecznego, a wyliczenie z art. 32 ust. 2 konst. nie ma charakteru enumeratywnego¹⁸¹. Przeciwko takiemu stanowisku przemawia natomiast wyraźne powołanie życia rodzinnego w kolejnym przepisie regulującym zasadę równości pomiędzy kobietami i mężczyznami (art. 33 ust. 1 konst.).

W opracowaniach dotyczących konstytucyjnej definicji małżeństwa zwraca się uwagę, że heteroseksualność małżeństwa ma charakter bezwzględny, z czego wynika *niemożność pozakonstytucyjnej (nawet ustawowej) zmiany pojęcia małżeństwa [...]. Ustawodawca nie może zatem nadać charakteru małżeństwu związkowi faktycznym (konkubinatu) między kobietą i mężczyzną, jak też związkowi pomiędzy osobami tej samej płci*¹⁸². Niektórzy autorzy wyrażają jednak przekonanie, że zmiana polskiego prawa likwidująca zasadę odmienności płci małżonków to tylko kwestia czasu, gdyż Polska *nie zdoła się przeciwstawić postępującemu procesowi obejmowania pojęciem małżeństwa tzw. nowoczesnych związków*¹⁸³. Jest to dość często przywoływany argument o zacofaniu prawa wobec zjawisk społecznych oraz zdeterminowania prawa krajowego rozwiązaniami przyjętymi w innych państwach. Wątpliwości budzi jednak ranga tego argumentu przywoływanego jako uzasadnienie konieczności dokonania zmian w obowiązującej

¹⁸⁰ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 234.

¹⁸¹ L. Garlicki, M. Zubik, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, L. Garlicki, M. Zubik (red.), Warszawa, 2016, s. 125; W. Borysiak, L. Bosek, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 838. P. Winczorek zwraca uwagę na „ogromną pojemność” określenia „życie społeczne”. P. Winczorek, *Komentarz...*, s. 51.

¹⁸² K. Kubuj, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny...*, s. 228.

¹⁸³ K. Complak, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczkowska (red.)..., s. 32.

regulacji¹⁸⁴. Ewentualna nowelizacja przepisów dotyczących tej kwestii wymagałaby poważnej ingerencji ustawodawcy, ponieważ heteroseksualność małżeństwa wynika z regulacji o randze konstytucyjnej¹⁸⁵. Konieczne byłoby zatem zachowanie rygorów trybu zmiany konstytucji określonych w jej art. 235. Nie jest natomiast możliwe, aby jakiegokolwiek zmiany polskiego prawa w tym zakresie nastąpiły w formie ratyfikowanej umowy międzynarodowej¹⁸⁶.

W świetle obowiązujących przepisów i przedstawionych argumentów różnica płci małżonków stanowi fundamentalną zasadę polskiego porządku prawnego¹⁸⁷, a funkcjonalne podejście do instytucji małżeństwa determinuje konsekwencje strukturalne¹⁸⁸. Heteroseksualność małżeństwa jest zatem istotną cechą tego związku i jego kluczowym elementem konstrukcyjnym¹⁸⁹. Warto także zwrócić uwagę, że art. 18 konst., uwydatniający zasadę heteroseksualności małżeństwa, nie może zostać uznany za sprzeczny z art. 12 EKPCz, gdyż ten ostatni nie tylko sam wskazuje na tę cechę małżeństwa, ale ponadto zawiera wyraźne odwołanie do prawa krajowego w zakresie regulacji możliwości realizacji prawa do zawarcia tego związku¹⁹⁰.

¹⁸⁴ M. Łączkowska, *Związki osób...*, s. 259; Taż, *Charakter prawny...*, s. 172.

¹⁸⁵ Na ten temat zob. także: J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 73. Por.: E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków...*, s. 34. Autorzy uważają, że art. 18 wcale nie wyklucza porzucenia tej konwencji *de lege ferenda*, aczkolwiek wymagałoby to jego nie tyle zasadniczej zmiany, ile kosmetycznej korekty. A. Jezusek uważa nawet, że *rezultat wykładni logicznej, językowej, systemowej i funkcjonalnej nie wyklucza instytucjonalizacji związku osób tej samej płci, a nawet wprowadzenia do systemu prawa instytucji małżeństwa homoseksualnego*. A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji...*, s. 86.

¹⁸⁶ Z. Radwański, *Konstytucyjna ochrona małżeństwa...*, s. 235; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 342; Wyrok TK z 11.05.2005 r., K 18/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5, poz. 49.

¹⁸⁷ B. Banaszekiewicz, *Problemy konstytucyjnej...*, s. 359–372; G. Kowalski, *Założenia prawa rodzinnego...*, s. 51–66; K. Piasecki, *Prawo małżeńskie*, Warszawa 2011, s. 49–64; A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 228.

¹⁸⁸ Na temat funkcjonalnego i strukturalnego podejścia do małżeństwa i rodziny zob. K. Slany, *Alternatywne formy...*, s. 79. O teorii strukturalno-funkcjonalnej: T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 98 i n.

¹⁸⁹ W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 483. Na zasadę heteroseksualności małżeństwa zwrócił uwagę NSA w wyroku z 25.10.2016 r. II GSK 866/15, Legalis nr 1554169, podkreślając, że *jest wobec tego oczywiste, że małżeństwem w świetle Konstytucji i co za tym idzie – w świetle polskiego prawa, może być i jest wyłącznie związek heteroseksualny, a więc w związku małżeńskim małżonkami nie mogą być osoby tej samej płci*. Konstytucyjną zasadę wyłącznie heteroseksualnego charakteru małżeństwa przywołują także autorzy uzasadnienia do projektu ustawy o uzgodnieniu płci. Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci..., *passim*.

¹⁹⁰ J. Gajda, *Pojęcie małżeństwa...*, s. 87.

Ponadto trzeba także pamiętać, że zgodnie z przyjętą w polskim systemie prawnym hierarchią aktów prawnych to konstytucja jest prawem najwyższym, również w odniesieniu do wiążących Polskę regulacji międzynarodowych i to właśnie ustawie zasadniczej przysługuje pierwszeństwo obowiązywania i stosowania¹⁹¹. Podzielić zatem należy pogląd, że *pojęcie małżeństwa wyrażone w ustawie zasadniczej ma charakter autonomiczny i niezależny od innych aktów normatywnych zarówno krajowych, jak i międzynarodowych. W polskim porządku prawnym wymaganie różnopłciowości stanowi bez wątpienia przesłankę merytoryczną małżeństwa*¹⁹².

2. HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA W KODEKSIE RODZINNYM I OPIEKUŃCZYM

Zasada heteroseksualności¹⁹³ małżeństwa wyrażona w konstytucji znajduje swoją realizację w przepisach kodeksu rodzinnego i opiekuńczego regulujących procedurę zawarcia tego związku¹⁹⁴. Zgodnie z art. 1 analizowanej ustawy małżeństwo mogą zawrzeć ze sobą jedynie kobieta i mężczyzna. W świetle przytoczonej regulacji odmiennosc płci nupturientów jest przesłanką konieczną zawarcia małżeństwa, stanowi zatem konstytutywną cechę tego związku¹⁹⁵. Spełnienie wszelkich innych wymagań formalnych związanych z procedurą zawarcia małżeństwa przewidzianych przez ustawodawcę nie doprowadzi w świetle art. 1 i 2 k.r.o. do powstania tego związku, jeżeli osoby zamierzające skorzystać z tego stosunku prawnego będą tej samej płci. Brak odmiennosci płci nie należy zatem do przeszkód małżeńskich stanowiących podstawę do późniejszego unieważnienia małżeństwa, ponieważ różnica płci jest przesłanką warunkującą zaistnienie

¹⁹¹ Wyrok TK z 18.05.2005 r., K 16/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5 poz. 51.

¹⁹² Wyrok WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r. III SA/Gd 835/15 utrzymany w mocy przez NSA wyrokiem z 28.02.2018 r. II OSK 1112/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5C-99CAD466> [dostęp: 18.04.2018].

¹⁹³ Zasadę heteroseksualności małżeństwa obok zasady monogamiczności i świeckości trafnie wymienił M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 19; o zasadzie odmiennosci płci małżonków wspomina J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 180. Pozostali autorzy wskazują na odmiennosc płci małżonków definiując związek małżeński. W ten sposób: zob. T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 31; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne...*, s. 19, 37; T. Sokołowski, *Prawo rodzinne...*, s. 30.

¹⁹⁴ B. Wałaszek, *Zarys prawa...*, s. 23; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 478. Autor zauważa, że w świetle art. 18 Konstytucji RP w połączeniu z całością przepisów zawartych w KRO podkreślić można jedynie fakt, że jest to związek kobiety i mężczyzny.

¹⁹⁵ Z. Strus, *Znaczenie art. 18...*, s. 238.

tego związku. Podzielić należy pogląd, że tej samej płci nupturientów nie można traktować jako jednego z zakazów małżeńskich, ponieważ przyjęcie takiego założenia zaciera różnicę między przesłankami konstytucyjnymi zawarcia małżeństwa a przeszkodami małżeńskimi¹⁹⁶. W doktrynie zwrócono jednak także uwagę, że z punktu widzenia etapu poprzedzającego zawarcie małżeństwa nie ma różnicy pomiędzy sytuacją osób blisko spokrewnionych (art. 14 k.r.o.) i sytuacją osób tej samej płci (art. 1 k.r.o.). W obu przypadkach zawarcie małżeństwa nie będzie możliwe. Różnica ta pojawi się natomiast dopiero na etapie konsekwencji naruszenia każdego z wymienionych zakazów¹⁹⁷. Przedstawiona argumentacja nie jest jednak właściwa w kontekście wskazywania charakterystycznych cech małżeństwa jako stosunku prawnego. Inne skutki niedochowania ustawowo określonych okoliczności (odmienności płci i pokrewieństwa) mają bowiem niebagatelne znaczenie. Małżeństwo zawarte mimo zaistnienia przeszkód małżeńskich wywołuje konsekwencje prawne, choć może zostać unieważnione. Brak przesłanek wskazanych w art. 1 k.r.o., w tym brak odmienności płci nupturientów, powoduje, że do zawarcia małżeństwa w ogóle nie doszło i mimo sporządzonego aktu małżeństwa można żądać uznania go za nieistniejące (art. 2 k.r.o.). Istotna różnica dotyczy także przyjętego przez ustawodawcę założenia, że w przypadku unieważniania małżeństwa w zakresie stosunków między rodzicami a dziećmi oraz stosunków majątkowych między małżonkami stosuje się przepisy rozwodowe (art. 21 k.r.o.), a zatem należy przyjąć, że wadliwe małżeństwo wywołało jednak pewne skutki prawne. Ponadto ograniczony krąg osób uprawnionych do wystąpienia o unieważnienie małżeństwa¹⁹⁸ oraz wskazanie okoliczności prowadzących do konwalidacji małżeństwa zawartego wadliwie stanowią dowód na to, że przeszkody małżeńskie mają zupełnie inną rangę niż przesłanki jego zawarcia, do których należy odmienność płci nupturientów. Wskazane w kodeksie okoliczności wyłączające zawarcie małżeństwa uznać można zatem za przeszkadzające w stworzeniu małżeństwa lub utrudniające realizację jego funkcji. Tożsamość płci natomiast uniemożliwia w ogóle powstanie tego związku. Spełnienie przesłanek formalnych zawarcia związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci nie doprowadzi bowiem do powstania żadnych charakterystycznych dla małżeństwa konsekwencji, ponieważ związek małżeński z definicji jest heteroseksualny.

¹⁹⁶ A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, rec. A. Proksa, „Państwo i Prawo” 1983, nr 9, s. 114; M. Jadczyk-Żebrowska, *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017, s. 22.

¹⁹⁷ M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 48.

¹⁹⁸ Poza dwoma przypadkami (pozostawianiem już w związku małżeńskim oraz pokrewieństwem) ustawodawca przyznał legitymację tylko małżonkom oraz prokuratorowi.

Odmienność płci nupturientów ma zatem charakter przesłanki konstytutywnej i warunkuje istnienie małżeństwa.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na kwestie terminologiczne, w literaturze pojawiło się bowiem pojęcie „rozdzielności” płci¹⁹⁹. Trudno jednak zaakceptować taką propozycję. Rozdzielność oznacza bowiem efekt oddzielenia, rozdzielienia, podziału lub braku połączenia²⁰⁰. W regulacji dotyczącej możliwości zawarcia małżeństwa chodzi natomiast o różnicę płci, odmienność płciową pomiędzy nupturientami. Płcie nie są zatem rozdzielne, tylko różne, odmienne – męska i żeńska. W ten sposób przesłanka ta określana jest przez większość doktryny.

Heteroseksualny charakter relacji łączącej małżonków wiąże się ze szczególnymi funkcjami społecznymi tego związku, które znajdują swój wyraz w sposobie uregulowania małżeństwa jako stosunku prawnego²⁰¹. Z przepisów polskiego prawa rodzinnego wynikają określone konsekwencje dotyczące praw i obowiązków małżonków nie tylko wobec siebie nawzajem, ale także wobec założonej przez nich rodziny (art. 23 k.r.o.)²⁰². Stosunek prawny małżeństwa wywołuje także skutki w odniesieniu do sposobu ustalenia pochodzenia (art. 62 k.r.o.) oraz realizowania praw i obowiązków rodzicielskich (w tym zakresie zauważyć można większe zainteresowanie państwa sposobem sprawowania władzy rodzicielskiej przez rodziców żyjących w rozłączeniu art. 107 k.r.o.). Związki pomiędzy małżeństwem a jego funkcjami prokreacyjną i opiekuńczo-wychowawczą znajdują swój wyraz także w sposobie uregulowania procedury rozwodowej. Sąd orzekając o dopuszczalności rozwiązania małżeństwa musi wziąć pod uwagę, czy nie stoi temu na przeszkodzie dobro wspólnego małoletniego dziecka obojga małżonków

¹⁹⁹ M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 821 i n.; Tenże, *Względne zakazy...*, s. 19.

²⁰⁰ *Rozdzielność*, [w:] *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/rozdzielno-%C5%9B%C4%87.html> [dostęp:26.04.2017]. Słowo to używane jest zatem prawidłowo dla określenia ustroju rozdzielności majątkowej małżeńskiej, w której każdy z małżonków ma swój odrębny majątek.

²⁰¹ SN w wyroku z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, („Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19) podkreślił, że *skoro stan cywilny człowieka podlega szczegółowej publicznoprawnej rejestracji, z uwzględnieniem danych na temat jego płci, stwierdzanych w momencie wyrażenia przez niego woli zawarcia związku małżeńskiego według treści wpisu w rejestrze, to przypisana człowiekowi płeć nie jest obojętna także dla państwa, które w określony sposób postrzega rolę i zadania związków małżeńskich, jako związków osób różnej płci.*

²⁰² *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich”...*, s. 5. *Małżeństwo, w sytuacjach typowych, oczekiwanych przez ustawodawcę ma realizować funkcję prokreacyjną i opiekuńczo – socjalizacyjną. Służyć powinno rodzinie powstałej wskutek jego zawarcia, co potwierdza, między innymi brzmienie art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nakładającego na małżonków obowiązek współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli.*

(art. 56 § 2 k.r.o.). W sytuacji, gdy rozwód jest możliwy, decyduje on z urzędu o władzy rodzicielskiej i kontaktach z małoletnim dzieckiem (art. 58 k.r.o.). W efekcie, w świetle prawa rodzinnego, małżeństwo bezdzietne oraz małżeństwo, które wychowało już swoje dzieci (osiągnęły one pełnoletniość), jest słabiej chronione i łatwiej może zostać rozwiązane przez rozwód²⁰³. Nadal jednak decyzję w tej sprawie podejmuje sąd, który musi wziąć pod uwagę kwestię winy w rozkładzie pożycia oraz zasady współżycia społecznego. Świadczy to także o znaczeniu prawnym relacji między samymi małżonkami, zwłaszcza w zakresie udzielania sobie wzajemnej pomocy i wsparcia. Szczególnym sposobem podkreślenia rangi praw i obowiązków małżonków w tej sferze jest utrzymanie więzi alimentacyjnej między byłymi małżonkami (art. 60 k.r.o.)²⁰⁴.

Treść art. 18 konst. oraz art. 1 k.r.o. w sposób jednoznaczny przesądza zatem o tym, że małżeństwo to związek pomiędzy kobietą i mężczyzną²⁰⁵.

Różnica płci nupturientów weryfikowana jest przed zawarciem małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego na podstawie treści aktów urodzenia niezależnie od tego, czy małżeństwo ma zostać zawarte w urzędzie, czy przed duchownym. Płeć osoby fizycznej ustalana jest przez lekarza w chwili urodzenia na podstawie budowy anatomiczno-morfologicznej noworodka i wpisywana do karty urodzenia stanowiącej podstawę sporządzenia aktu urodzenia. W wyjątkowym przypadku wystąpienia interseksualizmu (hermafrodytyzmu, obojactwa) na treść wpisu w dokumentach wpływ mają przeważające cechy płciowe ustalone przez lekarza, który decyduje równocześnie o konieczności przeprowadzenia

²⁰³ M. Łączkowska, *Związki osób...*, s. 360; Taż, *Charakter prawny...*, s. 207–208.

²⁰⁴ Na kwestię tę zwrócił uwagę TK w wyroku z 11.04.2006 r. SK 57/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2006, nr 4, poz. 43. Podkreślił on wówczas, że *gdyby nie doszło do rozwodu, małżonkowie mieliby prawo oczekiwania od siebie nawzajem wsparcia, jak również pomocy materialnej w zaspokajaniu swoich uzasadnionych potrzeb. Regulacja prawna sytuacji rozwiedzionych małżonków winna to oczekiwanie chronić, bowiem jako prawo o charakterze majątkowym podlega ono również ochronie konstytucyjnej. Ustawodawca, wprowadzając instytucje rozwodu i separacji, winien uwzględnić potrzebę ochrony usprawiedliwionych potrzeb byłego małżonka. Orzeczenie rozwodu zasadniczo przekreśla istnienie więzi rodzinnej między małżonkami, ale nie unicestwia faktu, że małżonkowie w przeszłości tworzyli rodzinę. Jeśli atrybutem rodziny jest wspólne przyczynianie się do zaspokajania jej potrzeb, to z punktu widzenia rozwiedzionego małżonka roszczenie o dostarczenie środków utrzymania stanowi sui generis kontynuację ochrony jednego z istotnych elementów jego życia rodzinnego.*

²⁰⁵ W literaturze zwraca się jednak uwagę, że art. 1 k.r.o. nie tyle definiuje małżeństwo, co określa sposób jego zawarcia. Zob. A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 7; A. Olejniczak, *Materiałno-prawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980, s. 5.

w stosunku do dziecka odpowiednich zabiegów medycznych. Polskie prawo nie przewiduje możliwości pozostawienia nieokreślonej płci w akcie urodzenia²⁰⁶.

Warto podkreślić, że osoba, która na podstawie zastosowania obcej regulacji nie ma ustalonej płci, nie będzie mogła w świetle polskiego prawa zawrzeć związku małżeńskiego²⁰⁷.

Także brak różnicy płci nupturientów powoduje, że kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia przyjęcia oświadczeń woli zawarcia związku małżeńskiego w trybie art. 1 § 1 k.r.o. albo wydania zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa (art. 4¹ k.r.o.), jeżeli miałyby być ono zawarte przed duchownym. Gdyby jednak doszło do przeprowadzenia samej procedury zawierania małżeństwa przez osoby tej samej płci, to i tak nie zostałyby ono zawarte. W takim przypadku możliwe byłoby stwierdzenie jego nieistnienia na podstawie art. 2 k.r.o. W świetle art. 18 konst. zatem małżeństwo między osobami tej samej płci jest niedopuszczalne, w konsekwencji, zgodnie z art. 2 k.r.o., małżeństwo takie nie istnieje.

3. „MAŁŻEŃSTWA” HOMOSEKSUALNE ZAWARTE I ZAWIERANE ZA GRANICĄ W ŚWIELE ZASADY HETEROSEKSUALNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Istotnym zagadnieniem w kontekście heteroseksualności małżeństwa jest problematyka dotycząca związków o tej nazwie zawieranych za granicą przez osoby tej samej płci. Kwestię tę analizować można w odniesieniu do dwojakiego rodzaju sytuacji. Po pierwsze, do uznawalności na gruncie polskiego porządku prawnego małżeństwa zawartego zgodnie z obcą regulacją. Po drugie, w kontekście wydawania zaświadczeń o zdolności do zawarcia małżeństwa oraz zaświadczeń o stanie cywilnym obywatelom polskim zamierzającym zawrzeć taki związek za granicą.

²⁰⁶ M. Filar, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 10, s. 117. M. Domański uważa, że przy dychotomicznym podziale nie ma możliwości, by osoba nie miała ustalonej płci. M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 832.

²⁰⁷ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 141; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 90; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne...*, s. 43; S. Kalus, *Konstytucyjne źródła...*, s. 105; D. Walencik, *Odmiennosc płci jako przesłanka konieczna zawarcia małżeństwa w prawie polskim i prawie kanonicznym*, [w:] *Przesłanki konieczne zawarcia małżeństwa. Próba systematyzacji zagadnienia w aspekcie wymogów formy religijnej*, A. Tunia (red.), Lublin 2011, s. 47; J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 73.

3.1. REJESTRACJA „MAŁŻEŃSTWA” HOMOSEKSUALNEGO ZAWARTEGO ZA GRANICĄ W POLSKIM REJESTRZE STANU CYWILNEGO

Polski ustawodawca na podstawie art. 99 pr.a.s.c.²⁰⁸ dopuszcza możliwość rejestracji małżeństwa zawartego poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej w polskim rejestrze stanu cywilnego, jeżeli w państwie, w którym doszło do tego zdarzenia, rejestracja taka nie jest prowadzona (np. Norwegia, Szwecja). Kierownik urzędu stanu cywilnego odmówi jednak rejestracji zdarzenia, jeżeli okaże się ona sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku publicznego (art. 103 pr.a.s.c.). Przepis ten znajdzie zastosowanie w odniesieniu do wniosku o rejestrację „małżeństwa” homoseksualnego zawartego za granicą, gdyż naruszałoby to obowiązującą w Polsce zasadę heteroseksualności związku małżeńskiego.

3.2. TRANSKRYPCJA ZAGRANICZNEGO AKTU „MAŁŻEŃSTWA” HOMOSEKSUALNEGO

Małżeństwo zawarte i zarejestrowane za granicą może zostać zarejestrowane także w polskim urzędzie stanu cywilnego w drodze transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego (art. 104 i n. pr.a.s.c.). Transkrypcja taka jest obligatoryjna w odniesieniu do obywatela polskiego, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego stwierdzający zawarcie małżeństwa, jeżeli obywatel ten posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze sporządzony w Polsce i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego albo ubiega się o polski dokument tożsamości. Przyjęte rozwiązanie zapewnia ciągłość informacji o danej osobie w polskich rejestrach państwowych oraz zwalnia obywatela polskiego z obowiązku tłumaczenia i przedstawiania zagranicznych dokumentów w postępowaniach przed polskimi organami administracji publicznej²⁰⁹. Warto jednak podkreślić, że transkrybowany może być tylko akt stanu cywilnego, a nie jakikolwiek dokument wystawiony przez zagraniczny urząd.

Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego do polskiego rejestru jest czynnością materialno–techniczną i polega na przeniesieniu treści tego dokumentu do polskiego aktu stanu cywilnego, w którym dokonuje się adnotacji o transkrypcji. Co do zasady zatem, małżeństwa zawierane i rejestrowane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej podlegają transkrypcji do polskiego rejestru stanu cywilnego. Ustawodawca przewidział jednak okoliczności uzasadniające

²⁰⁸ Ustawa z 28.11.2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn. Dz. U. 2016 poz. 2064.

²⁰⁹ A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związane oraz wzory dokumentów*, A. Czajkowska (red.), Warszawa 2015, s. 232.

odmowę transkrypcji, wśród których istotne znaczenie odgrywa klauzula porządku publicznego (art. 107 pr.a.s.c.). Na jej podstawie niedopuszczalna jest transkrypcja do polskiego rejestru stanu cywilnego aktu „małżeństwa” homoseksualnego zawartego za granicą, gdyż naruszałoby to obowiązującą w polskim prawie zasadę heteroseksualności małżeństwa. Taką wykładnię przepisów trafnie zastosował Naczelny Sąd Administracyjny²¹⁰ oddalając skargę kasacyjną pary kobiet dotyczącą wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku²¹¹, w którym sąd ten uznał, że decyzja kierownika urzędu stanu cywilnego o odmowie transkrypcji aktu „małżeństwa” homoseksualnego zawartego za granicą, utrzymana w mocy przez wojewodę, była trafna. Wojewódzki Sąd Administracyjny przyjął, że *skoro w Polsce jedynie małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny może być zarejestrowany w formie aktu stanu cywilnego (art. 2 ust. 2 i 3 pr.a.s.c.), to również zagraniczny dokument stanu cywilnego potwierdzający fakt zawarcia małżeństwa może zostać przeniesiony do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji jedynie wówczas, gdy wskazuje jako małżonków mężczyznę i kobietę.*

3.3. ZAŚWIADCZENIE O MOŻNOŚCI ZAWARCIA ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO ZA GRANICĄ

W przypadku, gdy obywatel polski zamierza zawrzeć małżeństwo za granicą, państwo, na terenie którego ma dojść do tego zdarzenia, najczęściej będzie wymagało zaświadczenia o możliwości zawarcia związku małżeńskiego wydanego przez polskiego kierownika urzędu stanu cywilnego. Dokument ten pozwala na stwierdzenie, że zgodnie z polskim prawem nie ma przeszkód uniemożliwiających zawarcie planowanego małżeństwa. Zdolność do zawarcia małżeństwa podlega zatem ocenie w świetle przepisów polskiego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczących przede wszystkim przeszkód małżeńskich (art. 10–15 k.r.o.) oraz przesłanki heteroseksualności małżeństwa (art. 18 konst. i art. 1 k.r.o.)²¹². O możliwości zawarcia małżeństwa decydują w pierwszej kolejności okoliczności występujące wyłącznie po stronie osoby zainteresowanej uzyskaniem zaświadczenia, takie jak: odpowiedni wiek, brak ubezwłasnowolnienia, zdrowie psychiczne czy niepozostawanie w związku małżeńskim, warunkujące możliwość wstąpienia w jakikolwiek związek małżeński. Brak przeszkód o charakterze

²¹⁰ Wyrok NSA z 28.02.2018 r. II OSK 1112/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8AE25DE4B1> [dostęp: 13.09.2018].

²¹¹ Wyrok WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r. III SA/Gd 835/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5C99CAD466> [dostęp: 13.09.2018].

²¹² A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 228.

jednostronnym nie oznacza jednak, że dana osoba może zawrzeć małżeństwo. Nie można bowiem pominąć także tych okoliczności, które należy wziąć pod uwagę ze względu na małżeństwo planowane między konkretnymi osobami, takich jak pokrewieństwo, powinowactwo, przysposobienie oraz różnica płci²¹³. Z tego względu zaświadczenie o możliwości zawarcia małżeństwa wymaga wskazania osoby, z którą zamierza się zawrzeć małżeństwo²¹⁴. Jeżeli zatem osoba, z którą małżeństwo ma zostać zawarte za granicą, jest tej samej płci co osoba występująca o zaświadczenie, kierownik odmawia wydania zaświadczenia²¹⁵. W świetle polskiej regulacji obywatele Rzeczypospolitej Polskiej nie mają w takim przypadku możliwości zawarcia małżeństwa. W tym kontekście wątpliwości budzi orzeczenie Wojewódzkiego Sąd Administracyjny w Gdańsku z 6 sierpnia 2008 r.²¹⁶, w którym sąd ten stwierdza, że *w postępowaniu poprzedzającym wydanie zaświadczenia [...] nie podlega badaniu czy, z kim i gdzie wnioskodawca zamierza zawrzeć związek małżeński, ani jego rzeczywiste intencje, a jedynie to, czy spełnia on wymagane prawem polskim przesłanki niezbędne dla zawarcia związku małżeńskiego*. Trudno nie zauważyć braku konsekwencji przedstawionej tezy. Skoro kierownik urzędu stanu cywilnego wydający zaświadczenie o możliwości zawarcia małżeństwa ma obowiązek ustalić, czy spełnione są przewidziane przez prawo polskie niezbędne przesłanki zawarcia małżeństwa, a jedną z nich, wymienioną zarówno w konstytucji, jak i w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, jest odmienność płci nupturientów, konieczne jest stwierdzenie tego faktu. Zadania tego nie można jednak zrealizować bez odniesienia do konkretnej osoby, z którą małżeństwo ma być zawarte. Konieczność podania informacji o stanie cywilnym przyszłego małżonka wynika ponadto wyraźnie z przepisów prawa o aktach stanu cywilnego (art. 83 ust. 2 pkt 2 oraz ust. 5 pkt 2 pr.a.s.c.)²¹⁷.

²¹³ M. Pazdan wyróżnia jedno lub dwustronne przeszkody małżeńskie. M. Pazdan, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20 C..., s. 237–238. Podobnie A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 227–228. Na kwestię tę zwraca także uwagę P. Mostowik, *O postulatach zaświadczenia...*, s. 479.

²¹⁴ A. Czajkowska uważa, że wydanie zaświadczenia *bezwzględnie wymaga ustalenia z kim małżeństwo ma być zawarte*. A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 228; Taż, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem...*, s. 180; J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017, s. 309.

²¹⁵ A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem...*, s. 182.

²¹⁶ Wyrok WSA w Gdańsku z 6.08.2008 r., III SA/Gd 229/08, <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1B7D33D5BF> [dostęp: 11.10.2018].

²¹⁷ Na uszczegółowienie przepisów w tej kwestii w nowym prawie o aktach stanu cywilnego zwraca uwagę A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem...*, s. 182.

3.4. ZAŚWIADCZENIE O STANIE CYWILNYM

Prawo o aktach stanu cywilnego przewiduje także możliwość uzyskania przez obywatela polskiego zaświadczenia o stanie cywilnym. W założeniu autorów projektu ustawy dokument ten służyć miał wiarygodnemu poświadczaniu stanu cywilnego zdefiniowanego w art. 2 pr.a.s.c. we wszystkich sytuacjach (m.in. podatkowych, ubezpieczeniowych, socjalnych), gdy konieczne jest jego udokumentowanie, zarówno przed organami krajowymi, jak i zagranicznymi. Zaświadczenie o stanie cywilnym dzięki swojemu uniwersalnemu charakterowi zastąpić miało konieczność przedkładania wielu odpisów aktów stanu cywilnego dotyczących jednej osoby i uprościć postępowanie oraz zmniejszyć koszty po stronie obywatela²¹⁸. Cel ustawy byłby jednak osiągnięty, gdyby zaświadczenie zawierało nie tylko informację o pozostawaniu bądź nie w związku małżeńskim, ale także dane współmałżonka oraz informację o posiadanych dzieciach. Wówczas rzeczywiście osoby zainteresowane mogłyby wykazać się dokumentem potwierdzającym ich sytuację rodzinną. Wydaje się, że w obrocie prawnym bardziej przydatne byłoby zatem nie tyle zaświadczenie wskazujące cechy indywidualizujące osobę fizyczną, gdyż taką rolę spełnia dowód osobisty, lecz dokument pozwalający wykazać istniejące relacje rodzinne między poszczególnymi osobami. Obecnie trzeba w tym celu wystąpić osobno o skrócony odpis aktu małżeństwa oraz odpisy skrócone aktów urodzenia dzieci. Najczęściej udowodnienia wymaga bowiem nie sam fakt bycia małżonkiem czy rodzicem, ale relacja łącząca z konkretną osobą. Wykazanie takiej więzi pozwala na przykład na możliwość reprezentowania lub otrzymania informacji. Prawo nie przewiduje w zasadzie konsekwencji wynikających z samego statusu małżeńskiego wyłącznie dla danej osoby fizycznej, wyjątkiem jest zakaz zawierania małżeństwa przez osobę pozostającą już w takim związku. Tymczasem w treści zaświadczenia umieszcza się informacje o imieniu, nazwisku, dacie i miejscu urodzenia, płci oraz oznaczenie stanu cywilnego jako sytuacji w odniesieniu do małżeństwa osoby, której zaświadczenie dotyczy, wskazuje się także imiona i nazwiska jej rodziców. Ponieważ w treści zaświadczenia o stanie cywilnym brak jest informacji na temat danych małżonka, z którą dana osoba pozostaje w związku małżeńskim, a prawo w zasadzie nie przewiduje szczególnych skutków z samego faktu bycia małżonkiem, za trafne uznać należy przekonanie, że zaświadczenie o stanie cywilnym służy przede wszystkim osobom, które chcą udokumentować, że są stanu

²¹⁸ Uzasadnienie do ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, Druk Sejmowy 2620 VII kadencja, sejm.gov.pl [dostęp: 16.02.2018]. Warto zaznaczyć, że informacje takie umieszczano kiedyś w dowodzie osobistym, którym osoba fizyczna mogła posługiwać się w celu udowodnienia faktu pozostawania w związku małżeńskim z konkretną osobą oraz bycia rodzicem określonego dziecka.

wolnego²¹⁹. Także w tym przypadku pojawia się jednak pytanie, w jakich sytuacjach przepisy przewidują konsekwencje faktu niepozostawania w związku małżeńskim. Za uzasadnione można przyjąć posłużenie się tym dokumentem w procedurze zawierania małżeństwa, gdy na jego podstawie ustala się brak przeszkody pozostawania już w takim związku. Może ono także posłużyć przy dokonywaniu czynności prawnych, które w przypadku osób żyjących w małżeństwie wymagają zgody współmałżonka (zgoda na zaciągnięcie zobowiązania, zgoda na dokonanie czynności z art. 37 k.r.o., zgoda na przysposobienie).

Nie można natomiast zaaprobować poglądu, że zaświadczenie o stanie cywilnym może stanowić podstawę do ustalenia kwestii dyspozycyjności, mobilności i potrzeb materialnych potencjalnego czy aktualnego pracownika²²⁰. Mogłoby to bowiem prowadzić nie tyle do dobrowolnego wykazania przez potencjalnego pracownika pewnej gotowości, ale także do oczekiwania ze strony pracodawcy przedstawiania takich zaświadczeń, a co za tym idzie egzekwowania większej dyspozycyjności i mobilności, przy równoczesnych niższych zarobkach osób stanu wolnego. Skutkiem takich rozwiązań mogłaby być także dyskryminacja na rynku pracy osób pozostających w związkach małżeńskich ze względu na ich domniemane większe oczekiwania finansowe oraz mniejszą dyspozycyjność. Tymczasem niepozostawanie w związku małżeńskim nie oznacza jeszcze, że osoba rzeczywiście będzie bardziej dyspozycyjna czy mobilna, gdyż może ona być obciążona innymi obowiązkami rodzinnymi, takimi jak opieka nad starszymi rodzicami czy rodzeństwem dotkniętym niepełnosprawnością, może także być samotnym rodzicem. Informacje te nie wynikają jednak z zaświadczenia o stanie cywilnym. Na podstawie takiego zaświadczenia nie można także ocenić potrzeb materialnych osoby, której ono dotyczy, uwarunkowanych osobistymi oczekiwaniami, stanem zdrowia oraz sytuacją rodzinną, z którą mogą wiązać się obciążenie finansowe (obowiązek alimentacyjny wobec dzieci czy innych krewnych).

Uzyskanie zaświadczenia o stanie cywilnym nie wymaga uzasadnienia celu, ze względu na który osoba występuje do urzędu o jego wystawienie²²¹. Uznać zatem należy, iż może być ono użyte za granicą do zawarcia małżeństwa, jeżeli organ państwa obcego stwierdzi, że zawarte w tym zaświadczeniu informacje są dla jego systemu prawnego wystarczające. Treść takiego zaświadczenia w dużym stopniu udziela odpowiedzi na pytanie o zdolność danej osoby do zawarcia małżeństwa, gdyż pozwala na ustalenie wieku, płci, pochodzenia od konkretnych rodziców oraz informuje o pozostawaniu bądź nie w związku małżeńskim (art. 49

²¹⁹ M. Wojewoda, *Zaświadczenie o stanie cywilnym – nowa konstrukcja w prawie o aktach stanu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 1, s. 50.

²²⁰ T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 722.

²²¹ Tamże, s. 721.

ust. 2 pr.a.s.c.). Nie pozwala jednak ocenić, czy małżeństwo pomiędzy konkretnymi osobami jest w świetle polskiego prawa dopuszczalne.

Prawo o aktach stanu cywilnego przewiduje, że jeżeli małżeństwo ma być zawarte poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, to obywatel polski lub cudzoziemiec, którego możliwość zawarcia małżeństwa oceniana jest na podstawie prawa polskiego, może otrzymać pisemne zaświadczenie stwierdzające, że zgodnie z prawem polskim może zawrzeć małżeństwo (art. 83 ust. 1 pr.a.s.c.). Wymóg uzyskania takiego zaświadczenia będzie jednak zależał od regulacji prawnej państwa, w którym ma dojść do zawarcia związku. Jak się wydaje, może ona wymagać zaświadczenia o tym, że małżeństwo jest dopuszczalne zgodnie z polskim prawem, może jednak poprzestać na samym zaświadczeniu o stanie cywilnym. Ponieważ prawo polskie przewiduje zaświadczenie o możliwości zawarcia związku małżeńskiego za granicą, wydaje się, że właściwsze byłoby, aby obywatel zamierzający zawrzeć takie małżeństwo miał obowiązek ubiegać się właśnie o ten dokument. Tymczasem uznać należy, że w doktrynie trafnie zwraca się uwagę, że zaświadczenie o stanie cywilnym może służyć osobom zamierzającym zawrzeć za granicą związek nieznanym prawu polskiemu – „małżeństwo” homoseksualne albo związek partnerski²²². Polski ustawodawca nie może bowiem ingerować w to, w jaki sposób dojdzie do zawarcia małżeństwa na podstawie obcych przepisów. Wydanie przez kierownika urzędu stanu cywilnego w Polsce zaświadczenia o stanie cywilnym, którym posłużono się za granicą do zawarcia związku małżeńskiego, nie oznacza jednak, że polski urząd stwierdził zdolność do zawarcia małżeństwa danego obywatela, a co za tym idzie uznał dopuszczalność zawieranego przez niego „małżeństwa” homoseksualnego. Związek taki nie będzie także podlegał ani transkrypcji, ani uznaniu przez polskie prawo.

4. HETEROSEKSUALNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA A TZW. ZMIANA PŁCI W ŚWIETLE PRAWA POLSKIEGO

Poważnym wyzwaniem dla systemu prawnego w kontekście zasady heteroseksualności małżeństwa jest występujące stosunkowo rzadko²²³ zjawisko trans-

²²² M. Wojewoda, *Zaświadczenie o stanie cywilnym – nowa konstrukcja...*, s. 32; Tenże, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie zawierane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 3, s. 694.

²²³ Na temat częstotliwości występowania transseksualizmu: E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, „Studia i Analizy Sądu Najwyższego” 2010, t. 4, s. 17; A. Bodnar, *Wprowadzenie [w:] Prawa osób Transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simone (red.), Warszawa 2010, s. 13. Podkreśla się także brak statystyk dotyczących zjawiska transseksualizmu w Polsce. W badaniach przywo-

seksualizmu, czyli doświadczanej przez człowieka rozbieżności pomiędzy płcią biologiczną a odczuwaną przez niego przynależnością do płci przeciwnej. Pojawia się bowiem pytanie, czy w takiej sytuacji możliwe jest dostosowanie płci metrykalnej ujawnionej w akcie urodzenia w oparciu o kryteria biologiczne, do stanu świadomości i emocji danej osoby fizycznej. Wątpliwości budzi kwestia wskazania przesłanek koniecznych do ustalenia tzw. zmiany płci oraz tryb jej dokonania. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że polskie prawo nie przewiduje jakiegś szczególnej procedury w tej kwestii, choć od jakiegoś czasu zgłaszane są postulaty wprowadzenia stosownej regulacji²²⁴, a do parlamentu trafił nawet projekt ustawy przegłosowany przez obie izby, zawetowany natomiast przez prezydenta²²⁵. Samo pojęcie zmiany płci nie jest jednak obce polskiemu systemowi prawnemu, pojawia się bowiem w przepisach przewidujących konsekwencje przeprowadzonej procedury w zakresie ewidencji ludności²²⁶.

4.1. STANOWISKO POLSKIEJ JUDYKATURY W ODNIESIENIU DO TZW. ZMIANY PŁCI

W związku z brakiem regulacji prawnej dotyczącej procedury dokonywania sądowej zmiany płci warto przyjrzeć się, jak z występującymi w praktyce przypadkami radziła i radzi sobie polska judykatura. W 1978 r. Sąd Najwyższy po raz

łanych przez A. Wilk mowa o 700 osobach, które chciały zmienić płeć w przeciągu kilkunastu lat. A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 60. Autorka powołuje się na B. Jantz, *Kobieta czy mężczyzna*, „Gazeta Wyborcza” 1991, nr 135, s. 13.

²²⁴ P. Daniluk, *Legalność zabiegów...*, s. 175; Tenże, *Prawne aspekty chirurgicznej zmiany płci u transseksualistów (uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo”, 2007, nr 5, s. 72; W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne*, [w:] *Prawa osób Transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simone (red.), Warszawa 2010, s. 25–26; M. Filar, *Glosa...*, s. 118; Tenże, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987, s. 96; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 90; K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna...*, s. 198; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 219–220; W. Stojanowska, *Seksuologia a prawo rodzinne*, [w:] *Seksuologia. Aspekty prawne*, K. Imieliński (red.), Warszawa 1997, s. 143.

²²⁵ Ustawa została uchwalona 10.09.2015 r. Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci z 2013 r. Druk Sejmowy nr 1469 VII kadencja. Prezydent odmówił podpisu w październiku tego samego roku. Veto prezydenta do ustawy o uzgodnieniu płci wraz z uzasadnieniem z 2.10.2015 r., Druk Sejmowy nr 3978 VII Kadencja. Oba dokumenty dostępne na <http://sejm.gov.pl> [dostęp: 26.04.2017].

²²⁶ Art. 19 ust. 1 pkt 2 Ustawy z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności, tekst jedn. Dz. U. 2017 poz. 657 oraz § 3 pkt 3 Rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z 8.10.2010 r. w sprawie prowadzenia ewidencji wojskowej, Dz. U. 2010 Nr 199, poz. 1321 ze zm.

pierwszy zajął się problemem trudności określenia płci, podejmując uchwałę, w której stwierdził, że *w wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny*²²⁷. Sprawa dotyczyła co prawda sytuacji osoby interseksualnej, jednakże decyzja sądu wywołała konsekwencje także wobec problemu transseksualizmu²²⁸. Sąd Najwyższy przyjął wówczas za dopuszczalne zastosowanie *per analogiam* przepisów o sprostowaniu błędów w akcie stanu cywilnego. Uniezależnił także możliwość dokonania zmiany płci metrykalnej od konieczności uprzedniego dostosowania wyglądu.

Drugi raz Sąd Najwyższy zajął stanowisko w sprawie problemu tzw. zmiany płci w 1989 r., uchwalając zasadę prawną, zgodnie z którą *występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć*²²⁹. Procedura sprostowania służy bowiem wyeliminowaniu tego, co zostało błędnie zarejestrowane już na samym początku w dacie sporządzania aktu stanu cywilnego. Zmiany mające wpływ na ustalony stan cywilny występujące później podlegają natomiast ujawnieniu w formie wzmianek dodatkowych. W sytuacjach wyjątkowych przewidzianych w ustawie dopuszczalne jest także sporządzenie nowego aktu stanu cywilnego. W ten sposób Sąd Najwyższy trafnie zanegował praktykę sądów wynikającą z niewłaściwej interpretacji przepisów prawa o aktach stanu cywilnego w zakresie procedury sprostowania. W doktrynie zasugerowano nawet, że analizowana uchwała zdawała się w ogóle wykluczać możliwość sądowej zmiany płci na gruncie prawa polskiego²³⁰.

W kolejnym orzeczeniu Sąd Najwyższy przyjął, że *poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste (art. 23 KC) i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 KPC*²³¹. W tym przypadku skład orzekający potwierdził niedopuszczalność zmiany płci metrykalnej w drodze sprostowania aktu urodzenia. Zmiana taka może jednak, w ocenie sądu, zostać dokonana w formie wzmianki dodatkowej

²²⁷ Uchwała SN – Izba Cywilna z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217.

²²⁸ Zwrócił na to uwagę M. Sośniak w krytycznej glosie opublikowanej do uchwały SN – Izba Cywilna z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, zob. M. Sośniak, Głosa do uchwały SN z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217.

²²⁹ Uchwała SN (7) z 22.06.1989 r., III CZP 37/89, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1989, nr 12, poz. 188.

²³⁰ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 10, s. 68.

²³¹ Postanowienie SN – Izba Cywilna z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, Legalis nr 27282.

na podstawie orzeczenia sądu wydanego w postępowaniu wszczętym zgodnie z art. 189 k.p.c.²³² Transseksualista ma bowiem, zdaniem sądu, interes prawny *w uzyskaniu obiektywnej ochrony wobec niepewności stanu prawnego lub prawa. W razie zmiany płci jego interes prawny wyraża się zaś w sprzeczności między stanem rzeczywistym a stanem wynikającym z aktu urodzenia.* Sąd Najwyższy podkreślił, że na gruncie obowiązującego prawa jest to jedyny sposób na rozwiązanie problemu, z jakim borykają się osoby dotknięte zaburzeniami poczucia tożsamości płciowej. Za istotną kwestię uzasadniającą możliwość dokonania sądowej zmiany płci Sąd Najwyższy uznał trwałość poczucia przynależności transseksualisty do innej płci. Z tego względu taka procedura powinna być w zasadzie poprzedzona korekcyjnym zabiegiem operacyjnym²³³. W omawianym orzeczeniu poczuciu przynależności płciowej przyznano zatem status dobra osobistego (art. 23 k.c.²³⁴). Zwrócono jednak uwagę, że zmiana płci jest zdarzeniem wpływającym także na sytuację prawną i związane z tym dobra osobiste innych osób, co musi zostać uwzględnione w toku postępowania sądowego.

W uchwale z 1992 r.²³⁵ Sąd Najwyższy ponownie uznał za niedopuszczalne sprostowanie aktu urodzenia osoby, która dokonała zmiany płci, ponieważ zdarzenie to jest późniejszym w stosunku do stanu z chwili sporządzania aktu urodzenia. Sprostowanie aktu stanu cywilnego wywołuje natomiast skutki *ex tunc*. Za właściwy sposób odzwierciedlenia zmiany wyglądu płci ponownie wskazane zostało umieszczenie wzmianki dodatkowej, która służy zapewnieniu zgodności treści aktu ze stanem rzeczywistym powstałym na skutek zdarzeń, które miały miejsce po sporządzeniu aktu. Sąd stwierdził bowiem, że *takie okoliczności, jak ukształtowanie się na pewnym etapie życia niewłaściwego poczucia płci i identyfikacji psychoseksualnej i związana z tym kuracja hormonalna, jak i zabiegi korekcyjne zewnętrznych cech płciowych nie powodują, że zapis w akcie urodzenia był błędny w momencie jego sporządzenia, a zatem mogą dawać podstawę do zmodyfikowania wpisu ze skutkiem ex tunc, a więc nie w trybie sprostowania aktu stanu cywilnego.*

Dopuszczalność sądowej zmiany płci w drodze postępowania wszczętego na podstawie art. 189 k.p.c. Sąd Najwyższy potwierdził w kolejnym orzeczeniu z 1995 r.²³⁶, wskazując ponadto, że pozwanymi w sprawie powinni być rodzice transseksualisty.

²³² Ustawa z 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 1360.

²³³ Stanowisko SN dotyczące przeprowadzania operacyjnych zabiegów zmieniających wygląd zaaprobował M. Safjan, *Glosa do postanowienia z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 88.

²³⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 1025.

²³⁵ Uchwała SN z 8.05.1992 r., III CZP 40/92, Legalis nr 27685.

²³⁶ Uchwała SN Izba Cywilna z 22.09.1995 r., III CZP 118/95, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1996, nr 1, poz. 7.

Szczególne znaczenie dla tematu niniejszego opracowania ma wyrok Sądu Najwyższego z 2013 r.²³⁷, w którym stwierdzono, że płeć człowieka i jej ewentualna korekta nie są sprawą prywatną, a stosowana procedura musi uwzględniać interes małżonka oraz dzieci osoby dokonującej zmiany w tym zakresie. Z tego względu powinni oni brać udział w postępowaniu sądowym o ustalenie zmiany płci. Do istotnych wniosków doszły także składy orzekające w omawianej sprawie w kolejnych instancjach. Sąd Okręgowy podkreślił, że uwzględnienie żądania pozwu transseksualisty pozostającego w związku małżeńskim byłoby sprzeczne z art. 18 konst., gdyż przyzwoliłoby na legalne pozostawanie w związku małżeńskim osobom tej samej płci. Z tego względu powództwo o zmianę płci zostało oddalone. Sąd Apelacyjny, utrzymując w mocy wyrok pierwszej instancji, podkreślił ponadto, że w postępowaniu na podstawie art. 189 k.p.c. powoda obciąża obowiązek *wykazania faktów uzasadniających interes prawny w uzyskaniu konkretnego rozstrzygnięcia. Interes prawny musi być ponadto zgodny z prawem i zasadami współżycia społecznego oraz celami, którym służy art. 189 KPC.* Z tego względu sąd powinien odmówić udzielenia ochrony prawnej powodowi, *gdy w wyniku ustalenia miałyby dojść do ukształtowania stosunków prawnych w sposób sprzeczny z przepisem art. 18 konst. W świetle tego przepisu nie może istnieć związek małżeński między osobami tej samej płci, a dotyczy to nie tylko momentu zawarcia małżeństwa, ale całego okresu jego trwania.* Sąd przyjął zatem, że prawna zmiana płci powinna być uzależniona od wcześniejszego rozwiązania małżeństwa, w którym pozostawał transseksualista. Przywołując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zwrócił także uwagę, że taki wymóg nie został uznany za sprzeczny ani z art. 8, ani z art. 12 EKPCz, nie narusza zatem prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego czy prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny²³⁸. Z tych samych względów, w ocenie sądu, przyjęta wykładnia przepisów art. 189 k.p.c. i art. 18 konst., nie jest sprzeczna z art. 30 i 47 konst. dotyczącymi ochrony godności ludzkiej, życia rodzinnego i prywatnego oraz samodecydowania o swoim życiu osobistym. Sąd Apelacyjny uznał zatem, że osoba pozostająca w związku małżeńskim nie może żądać dokonania sądowej zmiany płci. Sąd Najwyższy w analizowanym wyroku wskazał, że *płeć determinuje te role społeczne, które człowiek może wykonać tylko jako osoba określonej płci. Dla prawa doniosłe są role męża albo żony, ojca albo matki.*

²³⁷ Wyrok SN Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

²³⁸ Decyzja ETPCz z 28.10.2006 r. w sprawie *Wena i Anita Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 42971/05 oraz decyzja ETPCz z 28.11.2006 r. w sprawie *R.F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 35748/05.

Prawidłowe ich wypełnienie ma znaczenie nie tylko dla wspólnoty rodzinnej, ale także państwowej. Z tego względu prawo określa, pomiędzy jakimi osobami może być zawarte małżeństwo (art. 1 § 1, art. 10, art. 11 § 1, art. 13 § 1, art. 14 § 1, art. 15 § 1 k.r.o.), ale też kreuje instytucje, które mają zagwarantować wypełnienie zadań, które wspólnota państwowa przypisuje więziom stworzonym przez złożenie oświadczenia woli o jego zawarciu. Dlatego tak ważne, z punktu widzenia interesów wspólnoty państwowej, jest ustalenie płci zgodnie ze stanem naturalnym. Ma to istotne znaczenie zarówno dla zdolności do zawarcia małżeństwa, jak i rodzicielstwa konkretnych osób. Sąd Najwyższy trafnie uznał, że transseksualizm jednego z małżonków nie może stanowić podstawy do unieważnienia małżeństwa, gdyż ustawodawca nie uwzględnił tego przypadku w zamkniętym katalogu przyczyn uzasadniających wszczęcie takiego postępowania (art. 17 k.r.o.). Nie można także skorzystać z procedury ustalenia nieistnienia małżeństwa na podstawie art. 2 k.r.o., ponieważ wyrok wydany na podstawie art. 189 k.p.c. wywołuje skutki na przyszłość. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na niezwykle istotną kwestię, że osoba transseksualna pozostając w związku małżeńskim, *realizowała się (niezależnie od towarzyszących jej uczuć) w tej roli społecznej, którą prawo przypisuje odrzucanej przez nią płci. W tej roli nie realizowała się przy tym sama, lecz z drugim człowiekiem, płci przeciwnej, a dla poczucia godności tego drugiego człowieka może nie być obojętne, czy tworzył związek z osobą tej samej, czy przeciwnej płci.* Podkreślił zatem nie tylko społeczny wymiar małżeństwa, ale także konieczność ochrony sytuacji prawnej drugiego małżonka. Sposobem sugerowanym przez sąd na rozwiązanie małżeństwa transseksualisty, w świetle obowiązujących przepisów, byłby rozwód, o ile zaistniałe okoliczności doprowadziły do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia. Pojawia się jednak pytanie, co w przypadku, gdy wspólne pożycie nie ustało.

W 2014 r. Sąd Najwyższy rozpatrywał kolejną sprawę dotyczącą zmiany płci ustalając, że dokonanie zabiegu medycznego nie uzasadnia sporządzenia nowego aktu urodzenia, podlega natomiast ujawnieniu we wzmiance dodatkowej²³⁹. Sąd podkreślił w tym wyroku, że płeć osoby fizycznej wpływa na zakres jej praw i obowiązków, nie jest zatem okolicznością prawnie obojętną i uzasadnia interes prawny osoby dążącej do ustalenia zmiany swojej płci.

Kontrowersyjny wyrok dotyczący problematyki zmiany płci zapadł w Sądzie Apelacyjnym w Białymstoku w 2015 r.²⁴⁰. Sprawa dotyczyła osoby, która po dokonanej wcześniej zmianie płci z męskiej na żeńską, obejmującej także

²³⁹ Postanowienie SN – Izba Cywilna z 28.05.2014 r. I CSK 394/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr 4, poz. 51.

²⁴⁰ Wyrok SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 4.11.2015 r. I ACa 574/15, <https://www.saos.org.pl/judgments/181433> [dostęp: 3.10.2018].

przeprowadzenie zabiegu chirurgicznego, postanowiła wystąpić o ponowne sprostowanie aktu urodzenia²⁴¹, chcąc *de facto* powrócić do swojej pierwotnej płci. Należy przypuszczać, że skoro w pierwszym postępowaniu sąd zaaprobował wniosek osoby zamierzającej dokonać zmiany płci, to z opinii biegłych w pierwszym postępowaniu musiało wynikać, że osoba ta miała zaburzenia tożsamości płciowej. Tymczasem w kolejnym postępowaniu biegli ustalili, że cierpi ona na innego rodzaju zaburzenia psychiczne²⁴², które nie mogą być podstawą do dokonania oczekiwanej przez powódkę zmiany. Na podstawie tych ustaleń sąd apelacyjny postanowił, że *prawo do ochrony przynależności do płci realizowane w drodze powództwa o ustalenie przysługuje osobom, których poczucie niezgodności między płcią metrykalną a odczuwaną nie wynika z procesów chorobowych lub zaburzeń osobowości, a ponadto cechuje się trwałością wzmocnioną działaniami zmierzającymi do skorygowania owej niezgodności nie tylko w wymiarze prawnym, ale również faktycznym (obyczajowym, anatomicznym, seksualnym, estetycznym lub społecznym)*. Treść tego orzeczenia wywołuje poważne wątpliwości dotyczące wiarygodności opinii biegłych wydanych w pierwszym postępowaniu, będących podstawą dokonania zmiany płci, którą sama osoba zainteresowana nazwała *nie do końca przemyślaną, wręcz głupią decyzją*, a biegła w drugim postępowaniu uznała za „niepowodzenie”. Można by nawet postawić pytanie, czy zaistniała sytuacja nie powinna prowadzić do wznowienia pierwszego postępowania, gdyby okazało się, że błędnie ustalono wówczas okoliczności faktyczne mające wpływ na treść orzeczenia, a polegające na źle postawionej diagnozie.

²⁴¹ Z treści wyroku wynika, że obie sprawy zostały przeprowadzone w formie sprostowania aktu urodzenia, co wydaje się nieco zaskakujące w kontekście wcześniejszych wskazówek Sądu Najwyższego dotyczących postępowania o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.

²⁴² Biegła stwierdziła u powódki *cechy osobowości nieprawidłowej, chwiejnej emocjonalnie typu borderline z cechami dyssocjalnymi*. Jej zdaniem *objawy występujące u opiniowanej nie spełniają kryteriów rozpoznania dla transseksualizmu typu K/M [...], mimo iż opiniowana [...] czuje się mężczyzną, chociaż ma kobiecą budowę ciała. Podłożem obecnego stanu rzeczy mogą być zaburzenia typu osobowości chwiejnej emocjonalnie lub (i) inne zaburzenia psychiczne, w których zachwianie identyfikacji z płcią może być jednym z objawów. W przypadku powódki można mówić o niepowodzeniu zmiany płci z męskiej na żeńską, czego dowodem jest sprostowanie jej aktu urodzenia w sprawie o sygn. akt: I Ns 349/02. Jednocześnie, według biegłej, istnieje wysokie prawdopodobieństwo niepowodzenia prób kolejnej korekty płci opiniowanej*. Biegła uznała także, że *z wysokim prawdopodobieństwem można u niej [powódki] rozpoznać biseksualną orientację płciową*. Nie udało się natomiast jednoznacznie ustalić występowania u powódki transseksualizmu o typie podwójnej roli (związanego z przebieraniem się w atrybuty płci przeciwnej w celu osiągnięcia podniecenia seksualnego). Nie wiadomo także, do jakich wniosków doprowadziła biegła cytowana w orzeczeniu wypowiedź powódki: *zmiana płci w moim przypadku była nie do końca przemyślaną, wręcz głupią decyzją, która bardzo utrudniła mi i nadal utrudnia życie*.

Istotne kwestie dotyczące postępowania przed sądem, którego przedmiotem jest dokonanie tzw. zmiany płci, poruszył Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 2016 r. Podkreślił on przede wszystkim, że ustalenia sądu w takiej sprawie nie mogą *opierać się wyłącznie na poczuciu danej osoby o przynależności do określonej płci. Poczucie to i jego znaczenie w systemie identyfikacji płci może być rozstrzygane na płaszczyźnie prawnej wyłącznie po dokonaniu rozważań na płaszczyźnie medycznej, w związku z czym splot szeregu czynników determinujących płeć człowieka wymaga wyjaśnienia w kontekście wiedzy lekarskiej. Ustalenie płci człowieka wymaga bowiem wiadomości specjalnych, a dowodu z opinii biegłych nie może zastąpić dowód z zeznań świadków*²⁴³. Kluczowe znaczenie w postępowaniu o dokonanie zmiany płci ma zatem dowód z opinii biegłego. Po stwierdzeniu zakłóceń pomiędzy płcią biologiczną a płcią psychiczną konieczne jest ustalenie ich trwałego i nieodwracalnego charakteru. W tym celu, zdaniem sądu, pomocny może okazać się tzw. test realnego życia polegający na tym, że dana osoba funkcjonuje w roli odczuwanej przez siebie płci psychicznej przez okres co najmniej dwóch lat.

Podsumowując dokonaną analizę orzecznictwa polskich sądów w zakresie spraw dotyczących zmiany płci, wskazać można następujące wnioski. Po pierwsze, przesłanką do dokonania zmiany płci są odczuwane przez osobę fizyczną zaburzenia dotyczące tożsamości płciowej polegające na rozbieżności pomiędzy płcią biologiczną, a odczuwaną płcią psychiczną. W doktrynie zwrócono uwagę, że chodzi o *rozbieżność pomiędzy płcią socjalną (prawną) ujawnioną w akcie urodzenia powoda a realizowaną przezeń funkcją społeczną wynikającą z płci psychicznej*²⁴⁴. Nie chodzi zatem jedynie o sferę emocjonalną zainteresowanej osoby, lecz o rzeczywiste, trwałe, nieodwracalne i uzewnętrznione realizowane przekonanie o przynależności do płci przeciwnej. Istotne znaczenie w tym kontekście odgrywa test realnego życia. Niedopuszczalne jest natomiast dokonanie zmiany płci na podstawie innych zaburzeń psychicznych. Kwestie te mają wpływ na przebieg postępowania dowodowego, gdyż ze względu na konieczność postanowienia diagnozy w oparciu o specjalistyczną wiedzę z zakresu psychologii, psychiatrii i seksuologii, niezbędnym środkiem dowodowym jest opinia biegłego.

Po drugie, ponieważ ludzka płeć ma znaczenie dla roli, jaką wypełnia osoba fizyczna w stosunkach prawnych, w których pozostaje, należy uwzględnić także interes innych osób takich jak małżonek czy dzieci transseksualisty. W tym kontekście szczególne znaczenie odgrywa fakt pozostawania w związku małżeńskim,

²⁴³ Wyrok SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 2.02.2016 r., I ACa 104/15, Legalis nr 1410190.

²⁴⁴ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 59.

który uniemożliwia dokonanie zmiany płci, gdyż doprowadziłoby to do sytuacji faktycznej sprzecznej z prawem – małżeństwa osób tej samej płci. Z badań aktowych spraw dotyczących tzw. zmiany płci wynika jednak, że sądy nie ustalają w postępowaniu faktu pozostawania w małżeństwie czy posiadania dzieci²⁴⁵. Z punktu widzenia konsekwencji prawnych dokonanej zmiany płci praktyka taka musi budzić zdecydowany sprzeciw. Mimo, że przesłanką wynikającą z art. 189 k.p.c. jest interes osoby, której dotyczy postępowanie ustalające jej płeć, a nie osób trzecich, wyrok sądu nie może wywoływać skutków sprzecznych z obowiązującymi normami prawnymi i to o randze konstytucyjnej. Sąd Najwyższy w swojej opinii do projektu ustawy o uzgodnieniu płci zwrócił ponadto uwagę, że sąd orzekający w sprawie tzw. zmiany płci *może ocenić czy osoba żądająca ustalenia, że jest odmiennej płci niż uwidoczniona w akcie urodzenia, nie nadużywa swego prawa do takiego ustalenia, w sytuacji gdy założyła rodzinę zgodnie ze swoją płcią biologiczną i ma dzieci, szczególnie małoletnie*²⁴⁶. Przedmiotem ustaleń sądu powinna być zatem sytuacja rodzinna wnioskodawcy.

W zakresie procedury, sądownictwo przyjmuje możliwość powołania się na art. 189 k.p.c. uznając, że osoba z zaburzeniami tożsamości płciowej ma interes prawny w tym, aby doprowadzić do zgodności pomiędzy płcią odczuwaną a płcią metrykalną. Za niedopuszczalne uznano natomiast korzystanie z możliwości sprostowania aktu urodzenia, podkreślając, iż postępowanie to dotyczy sytuacji, gdy rozbieżność rzeczywistości z treścią aktu miała miejsce już w chwili jego sporządzania (np. w przypadku błędnie ustalonej płci osoby interseksualnej/ obojnaczej). Tymczasem do zaburzeń tożsamości może dojść, jak wynika z opinii biegłych, w każdym momencie ludzkiego życia.

4.2. STANOWISKO POLSKIEJ DOKTRYNY W ODNIESIENIU DO MOŻLIWOŚCI DOKONANIA TZW. ZMIANY PŁCI

Większość przedstawicieli doktryny nadaje decydujące znaczenie przy określaniu płci człowieka cechom biologicznym²⁴⁷, w tym genetycznym²⁴⁸. W kwestii

²⁴⁵ Tamże, s. 32.

²⁴⁶ Veto prezydenta do ustawy o uzgodnieniu płci wraz z uzasadnieniem..., *passim*.

²⁴⁷ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 141; M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 97, 99; Tenże, *Transseksualizm jako problem prawny*, „Przegląd Sądowy” 1996, nr 1, s. 78; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 87; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 90; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 75; M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 827–829.

²⁴⁸ A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 63; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.), s. 30.

dopuszczalności dokonania zmiany płci stanowiska są podzielone od odrzucających taką możliwość po uzależniające tę kwestę jedynie od woli osób zainteresowanych. Przeciwnicy podkreślają, że w związku z przyjętym dychotomicznym podziałem społeczeństwa na kobiety i mężczyzn oraz determinującą rolą czynników biologicznych przy określaniu przynależności do jednej lub drugiej grupy, nie ma możliwości dokonania zmiany płci jedynie na podstawie odczuwanej przez jednostkę tożsamości płciowej²⁴⁹. Zwolennicy natomiast uważają, że dopuszczalność dokonania zmiany płci metrykalnej zgodnie z odczuwaną tożsamością płciową stanowi realizację ochrony praw człowieka osób transseksualnych i jest niezbędnym elementem demokratycznego porządku prawnego²⁵⁰.

Istotne znaczenie w kontekście dopuszczalności tzw. zmiany płci ma związek pomiędzy płcią metrykalną a wyglądem zewnętrznym osoby fizycznej. W doktrynie nie ma zgodności w kwestii uzależnienia dokonania zmiany płci w dokumentach od wcześniejszego chirurgicznego upodobnienia się do płci odczuwanej. W literaturze specjalistycznej dotyczącej transseksualizmu podkreśla się jednak, że dążenie do zmiany wyglądu zewnętrznego jest jednym z przejawów tego zaburzenia, gdyż osoba nim dotknięta odczuwa wstręt i odrazę do swojego ciała, czuje się w nim uwięziona²⁵¹. Wskazuje się w związku tym, że konieczne jest *maksymalne zbliżenie [...] pod względem fizycznym i prawnym, do pożądanej psychicznie płci*²⁵². Jako logiczne rozwiązanie nasuwa się zatem dokonanie dostosowania cech fizycznych, poprzez operacje chirurgiczne i terapię hormonalną, do płci odczuwanej, która ma stać się płcią metrykalną.

²⁴⁹ M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 841.

²⁵⁰ Argument ten powtarza się w rezolucjach i innych dokumentach przywołanych powyżej.

²⁵¹ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 84 i przywołana tam literatura; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 210. K. Imieliński i S. Dulko zwracają uwagę, że *transseksualności w sposób jednoznaczny i zdecydowany odrzucają każdą inną formę leczenia, poza operacyjną zmianą płci*. K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm. Mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 257.

²⁵² P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 73 i literatura wskazana tam w przypisie 14. Za koniecznością przeprowadzenia zabiegu opowiada się: Z. Radwański, *Glosa do uchwały do uchwały składu 7 sędziów z 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, nr 2, s. 65; S. Dulko, *Opinia seksuologiczna w sprawie projektu ustawy o uzgodnieniu płci*, Druk Sejmowy 1469 VII Kadencja, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1469> [dostęp: 9.10.2018]; Tenże, K. Imieliński, *Glosa do uchwały SN – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r.*, III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217, s. 517; P. Daniluk, *Legalność zabiegów...*, s. 109–110; A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 1988, nr 2, s. 49; M. Safjan, *Glosa...*, s. 88; K. Pietrzykowski, *Sądowa zmiana płci w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Studia Iuridica” 2012, t. 55, s. 131.

Inni autorzy zwracają natomiast uwagę, że operacje chirurgiczne są pewną ewentualnością, a nie koniecznością w procedurze tzw. zmiany płci²⁵³. Przeprowadzenie zabiegów medycznych nie ma w świetle tego poglądu znaczenia dla samej możliwości dokonania zmian statusu prawnego²⁵⁴.

Wątpliwości budzi stanowisko, zgodnie z którym kluczowe znaczenie dla możliwości dokonania zmiany płci ma psychiczne odczuwanie przynależności płciowej, które musi mieć charakter trwały, niezmienny i dotyczyć wszystkich sfer życia, jeżeli równocześnie wyklucza ono konieczność ingerencji w fizyczny wygląd człowieka²⁵⁵. W dwóch niezwykle istotnych sferach życia wynikających z ludzkiej płciowości, czyli w sferze seksualności i możliwości prokreacyjnych, osoba niedokonująca zmiany swojego wyglądu pozostaje przecież przedstawicielem płci przez siebie zanegowanej. Można w tym kontekście postawić pytanie, jakie kwestie obejmuje psychiczne odczucie przynależności płciowej osoby (tylko ubiór, imię, odpowiednią formę zaimkową), która po dokonaniu zmiany płci jedynie w dokumentach, jest aktywna seksualnie zgodnie z posiadanymi przez siebie narządami płciowymi²⁵⁶. Trudno zaakceptować także twierdzenie, że poprawę stanu psychicznego osoby transseksualnej może przynieść sama korekta płci metrykalnej (a dopiero później ewentualne zabiegi adaptacyjne)²⁵⁷, ponieważ sama zmiana wpisu w akcie urodzenia niewiele zmienia w sytuacji faktycznej wynikającej z posiadanej płci. Dokonywanie zmiany płci jedynie w dokumentach prowadzi w gruncie rzeczy do skomplikowanej sytuacji, w której ta sama osoba posiada cechy fizyczne jednej płci natomiast status prawny drugiej²⁵⁸. W doktrynie

²⁵³ W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 25.

²⁵⁴ K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 186; J. Leszczyński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, „Palestra” 1992, nr 3–4, s. 101–102.

²⁵⁵ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 189.

²⁵⁶ Przyjęcie takiego założenia prowadzi do sytuacji, w których osoba będąca metrykalnym mężczyzną odczuwa satysfakcję seksualną dzięki kobiecym narządom płciowym, może także zająć w ciąży i urodzić dziecko. Wydaje się to pozostawać w sprzeczności ze wskazywaną jako jeden z przejawów transseksualizmu niechęcią, a nawet wstrętem do posiadanej budowy ciała.

²⁵⁷ Taki argument w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Postępowania Cywilnego, ustawy – Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy, ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentyisty oraz niektórych innych ustaw z 2014 r. <http://www.legislacja.gov.pl/projekt/207482/katalog/207488#207488> [dostęp: 31.05.2017]. Zaproponowane rozwiązanie według samych autorów projektu *przenosi [...] nacisk na większe znaczenie czynników psychicznych niż biologicznych przy korekcie płci metrykalnej osób transseksualnych, ponieważ zgodnie z obecnym stanem wiedzy aspekt psychiczny ma przeważający charakter.*

²⁵⁸ P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78. Autor zwraca uwagę, że prowadzi to do powstania tzw. trzeciej płci. Takiej propozycji terminologicznej nie można obecnie zaakceptować, ponieważ

zwraca się w związku z tym uwagę na wątpliwości związane z przyznawaniem priorytetowego znaczenia psychicznemu poczuciu przynależności do danej płci niezależnie od wyglądu zewnętrznego. Pojawia się bowiem pytanie, czy czynnikiem decydującym nie powinien być jednak obiektywnie stwierdzony zespół cech biologicznych²⁵⁹. Podkreśla się także, że stan cywilny nie jest dobrem, którym osoba fizyczna może swobodnie dysponować, choć podlega on ochronie prawnej. Ustalany jest jednak na podstawie kryteriów obiektywnych²⁶⁰. Kontrowersje w tym kontekście wywołuje zarówno sama dopuszczalność tzw. zmiany płci, jak i ustalenie odpowiednich kryteriów i procedur²⁶¹.

Rozważając możliwość dokonywania tzw. zmiany płci, należy brać także pod uwagę spójność całego systemu prawnego, tymczasem wskazuje się, że ingerencja chirurgiczna dostosowująca wygląd do odczuwanej przez daną osobę płci emocjonalnej wyczerpuje znamiona przestępstwa wskazanego w art. 156 § 1 pkt 1 k.k.²⁶², a polegającego na trwałym pozbawieniu możliwości płodzenia²⁶³. Z tego względu niektórzy uważają, że dokonywanie operacji przed sprawą sądową o ustalenie zmiany płci w sądzie jest w świetle prawa karnego niedopuszczalne²⁶⁴. Zwrócono nawet uwagę, że zabieg medyczny wyczerpujący znamiona wskazanego przestępstwa jest w ogóle zabroniony, gdyż nawet uprzednie orzeczenie sądu cywilnego nie może mieć wpływu na karną klasyfikację czynu²⁶⁵. Inni autorzy uważają natomiast, że wcześniejsze ustalenie przez sąd cywilny zmiany płci otwiera drogę

określenie „trzecia płeć” jest obecnie stosowane wobec osób o płci nieustalonej, „neutralnej”, które nie czują się ani kobietami, ani mężczyznami.

²⁵⁹ Wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19. W uzasadnieniu do tego wyroku wskazano na wątpliwości czy o płci metrykalnej ma decydować w odniesieniu do wszystkich ludzi ten sam zespół cech biologicznych, stwierdzany zwykle natychmiast po urodzeniu, czy też psychiczne poczucie więzi z którąś z płci, odczuwane z różnym nasileniem w różnych okresach życia i w różny sposób manifestowane na zewnątrz, ale także pytaniem, czy w ogóle, a jeśli tak, to jakie zabiegi korekcyjne decydują o zmianie płci (czynią z kobiety mężczyznę i odwrotnie).

²⁶⁰ M. Safjan, *Glosa...*, s. 88; *Opinia Prokuratorii Generalnej SP z dnia 28 marca 2013 r. do projektu ustawy o uzgodnieniu płci*, <http://sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [dostęp: 1.06.2017].

²⁶¹ Wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

²⁶² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. 2016 poz. 1137 ze zm.

²⁶³ Na ten temat zob. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 95; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 82.

²⁶⁴ W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 28.

²⁶⁵ G. Rejman, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, nr 2, s. 66.

do zgodnego z prawem chirurgicznego dostosowania wyglądu zewnętrznego²⁶⁶. Niektórzy twierdzą, że bezprawność działania lekarzy zostaje wyłączona dzięki leczniczemu charakterowi wykonywanego zabiegu, którego celem jest przyniesienie *ulgi psychicznej oraz fizycznej osobie dotkniętej transseksualizmem*²⁶⁷. Są jednak i tacy, którzy negują terapeutyczny charakter operacyjnego dostosowania wyglądu płci²⁶⁸, a nawet podkreślają, że dokonana zmiana nie poprawia stanu zdrowia pacjenta²⁶⁹.

Wątpliwości, jakie w praktyce wywołuje zagadnienie zmiany płci, przemawiałyby za tym, aby, o ile w ogóle uznać ją za możliwą, dokonanie jej w dokumentach uzależnione było od przeprowadzenia odpowiedniego dostosowania cech zewnętrznych charakteryzujących daną płć²⁷⁰. Przeprowadzony zabieg chirurgiczny stanowiłby także dowód trwałości poczucia przynależności osoby do określonej płci²⁷¹. Z drugiej jednak strony rola sądu w takim przypadku sprowadzałaby się do czynności o czysto formalnym charakterze²⁷². Być może rozwiązaniem byłoby postępowanie dwuetapowe. Pierwsze dotyczyłoby wydania przez sąd zezwolenia na przeprowadzenie operacyjnej zmiany wyglądu płci, a jego przedmiotem byłoby wykazanie na podstawie opinii biegłych specjalistów występowania zaburzenia poczucia tożsamości płciowej. Celem drugiego byłoby ustalenie, że osoba dokonała zmiany wyglądu płci, co stanowiłoby podstawę

²⁶⁶ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 54.

²⁶⁷ J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 102. Na leczniczy charakter zabiegu zmiany wyglądu płci uwagę zwrócili uwagę K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne...*, s. 246; P. Daniluk, *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1, s. 100; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 278 i n.; M. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 743.

²⁶⁸ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 95; M. Świdowska, *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 335.

²⁶⁹ M. Filar, *Dwie płci w jednym ciele*, „Prawo i Życie” 1987, nr 29, s. 4; K. Rozental, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 10, s. 71; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 84–86; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 38; G. Rejman, *Glosa...*, s. 66.

²⁷⁰ A. Zielonacki, *Zasada prawdziwości wpisów do aktu stanu cywilnego*, [w:] *Rodzina w świetle prawa...*, s. 47–48.

²⁷¹ Postanowienie SN – Izba Cywilna z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, Legalis 27282.

²⁷² M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 99. Autor zwraca uwagę, że rola sądu nie może ograniczać się do prawnego sankcjonowania już dokonanych zmian. Postuluje on zatem, aby sądy orzekały zarówno w przedmiocie dopuszczalności dokonywania zabiegów adaptacyjnych, jak i w przedmiocie będącej ich konsekwencją „sądowej zmiany płci” oraz stosownych zmian nazwiska i imienia.

wydania orzeczenia pozwalającego na odpowiednie dostosowanie treści aktu urodzenia. Pytanie o kwestię bezprawności samej operacji w świetle art. 156 k.k. pozostawałoby jednak nadal otwarte.

Ze względu na społeczne znaczenie płci trudno zaakceptować propozycję ograniczenia się jedynie do tzw. prawnej zmiany płci wyłącznie na podstawie deklarowanego przez daną osobę poczucia przynależności. Nie można bowiem uznać za wystarczające ustalenia płci na podstawie wpisu w akcie urodzenia bez względu na wygląd fizyczny²⁷³. Warto w tym miejscu przypomnieć, że w nauce osoby ograniczające się jedynie do terapii hormonalnej, mastektomii, usunięcia zarostu, bez ingerencji dotyczącej wewnętrznych i zewnętrznych narządów płciowych, nazywane są transgenderowymi.

Jednym z proponowanych przez doktrynę rozwiązań prawnych pozwalających na dokonanie tzw. zmiany płci jest sprostowanie aktu urodzenia. Koncepcja ta oparta jest na założeniu, że transseksualizm to zaburzenie występujące u człowieka od samego początku już w momencie urodzenia, w związku z czym dopuszczalna powinna być możliwość sprostowania aktu urodzenia, gdyż ustalenie płci w chwili jego sporządzania dokonane zostało błędnie²⁷⁴. Wskazując płeć dziecka korzysta się bowiem ze *swoistego domniemania zgodności płci zewnętrznych narządów płciowych stwierdzonej przy urodzeniu z płcią psychiczną*²⁷⁵. Tymczasem w przypadku transseksualisty zastosowanie tego domniemania prowadzi na wstępie do niezgodnych z prawdą ustaleń, które powinny zostać sprostowane w akcie urodzenia w późniejszym terminie. Kluczowe znaczenie dla określenia płci metrykalnej osoby fizycznej przyznaje się w tym wypadku płci przez tę osobę odczuwanej w sposób trwały, zupełny i nieodwracalny. To stanowisko zakłada pierwotne występowanie psychicznego poczucia przynależności płciowej ujawnianego jednak w późniejszym okresie życia²⁷⁶. Założenie to jest jednak trudno weryfikowalne. Zwrócono bowiem uwagę, że stan wiedzy medycznej nie pozwala jednoznacznie

²⁷³ K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 186. Na stronach 194–195 autor wskazuje negatywne i trudne do rozwikłania konsekwencje związane z rodzicielstwem osób, które nie dokonały operacyjnej zmiany wyglądu płci.

²⁷⁴ J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.*, III CZP 118/95, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, nr 4, s. 192–194. Autor znajduje uzasadnienie dla tej koncepcji w założeniu, że płeć odczuwana przez osobę transseksualną *znajdowała od początku »zakotwiczenie« w organizmie.*

²⁷⁵ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 186.

²⁷⁶ Tamże, s. 187. Autorka uważa, że *ze wszystkich determinant płciowych to właśnie poczucie przynależności do danej płci winno rozstrzygać o płci człowieka, gdyż jako raz ukształtowane w życiu płodowym zarodka nie ulega późniejszym zmianom, jest niezmiennie w czasie i nie zależy od uznania samego zainteresowanego.*

ustalić, czy symptomy transseksualizmu występują już w momencie urodzenia, czy też pojawiają się dopiero później. Dyskusyjne jest także uznanie, że poczucie przynależności do określonej płci powinno stanowić jedyną przesłankę jej rzeczywistego ustalenia²⁷⁷. Pewne wątpliwości dotyczące wyłącznie medycznych przyczyn występowania transseksualizmu wywołują badania statystyczne wskazujące, że proporcja typów występującego transseksualizmu K/M (kobieta czująca się mężczyzną) i M/K (mężczyzna czujący się kobietą) zależy od kraju²⁷⁸. Fakt ten bowiem może sugerować, że w pewnym zakresie zjawisko braku akceptacji własnej płci morfologicznej może mieć uwarunkowania społeczne i kulturowe.

Przeciwnicy absolutyzowania znaczenia emocjonalnego odczuwania przynależności płciowej dla konsekwencji prawnych podkreślają, że przyjęcie rozwiązania, zgodnie z którym płeć metrykalna zależałaby wyłącznie od płci odczuwalnej, naruszałoby podstawowe zasady porządku prawnego i zaburzało równowagę pomiędzy interesem publicznym a interesem jednostki²⁷⁹. Poszukując rozwiązania pośredniego, wskazuje się, że psychiczne odczuwanie przynależności płciowej może wywoływać skutki prawne tylko wtedy, gdy ma charakter trwały, zupełny i nieodwracalny, a zatem dotyczy wszystkich sfer życia transseksualisty²⁸⁰.

Zastosowanie sprostowania aktu urodzenia wobec osób dokonujących tzw. zmiany płci spotkało się z krytyką doktryny, podkreślono bowiem, że sprostować można tylko to, co zostało błędnie ustalone od samego początku²⁸¹. Procedura ta mogłaby natomiast dotyczyć sytuacji prawnej osób interseksualnych, ponieważ w odniesieniu do nich możliwe jest popełnienie błędu w prawidłowym ustaleniu płci zaraz po urodzeniu ze względu na posiadane przez nie zewnętrzne cechy charakterystyczne dla obu płci²⁸². Tymczasem w przypadku osoby transseksualnej płeć wpisana przez kierownika urzędu stanu cywilnego odpowiadała płci

²⁷⁷ Na ten temat zob. M. Safjan, *Glosa...*, s. 87–90.

²⁷⁸ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 17. Autorka przywołuje opracowanie M. Fajkowskiej-Stanik: *Transseksualizm i rodzina. Przekaz pokoleniowy wzorów relacyjnych w rodzinach transseksualnych kobiet*, Warszawa 2001. Co ciekawe w Polsce, w przeciwieństwie do krajów Europy zachodniej, jest więcej transseksualnych mężczyzn niż kobiet.

²⁷⁹ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 73 i n. Jako przykład autor wskazuje możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby o tej samej płci chromosomalnej, gonadalnej i genitalnej.

²⁸⁰ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 187.

²⁸¹ A. Zielonacki, *Zasada prawdziwości...*, s. 48. Przeciwnikami stosowania sprostowania aktu urodzenia są także: M. Filar, *Glosa...*, s. 116; Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65.

²⁸² M. Sośniak, *Glosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 1978 r.*, III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217, s. 515; M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 833–836; J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 121.

ustalonej przy urodzeniu dziecka na podstawie obiektywnych kryteriów biologicznych²⁸³.

Drugie stanowisko wyrażone w doktrynie podkreśla istnienie luki prawnej w odniesieniu do możliwości dokonania zmiany płci metrykalnej osoby transseksualnej. Jako antidotum na ten brak regulacji sugeruje się w nim zastosowanie *per analogiam* przepisów o sprostowaniu aktu stanu cywilnego²⁸⁴.

Kolejnym, najpowszechniej akceptowanym rozwiązaniem w odniesieniu do sytuacji prawnej osoby transseksualnej jest dopuszczalność postępowania sądowego ustalającego płeć na podstawie art. 189 k.p.c.²⁸⁵. Prawomocny wyrok sądu stanowi w takim przypadku podstawę do dokonania wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia (art. 24 ust.1 pkt 1 pr.a.s.c.). Propozycja ta znajduje uzasadnienie w art. 3 pr.a.s.c., zgodnie z którym akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Część doktryny opowiada się za tą koncepcją, uznając psychiczną przynależność płciową za kryterium równorzędne w stosunku do cech biologicznych przy ustalaniu płci osoby doświadczającej rozbieżności w tym zakresie. Nadaje ponadto odczuwanej przynależności charakter dobra osobistego, którego ochronie służy odpowiednie prawo podmiotowe²⁸⁶. Niektórzy autorzy podkreślają jednak wyraźnie, że samo poczucie przynależności nie może stanowić podstawy dokonania zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia, lecz musi być poprzedzone zabiegiem chirurgicznego dostosowania wyglądu²⁸⁷. Tymczasem w praktyce większość zabiegów chirurgicznych przeprowadzana jest dopiero po orzeczeniu sądu²⁸⁸.

Propozycja stosowania art. 189 k.p.c. w celu ustalenia płci osoby, u której stwierdzono transseksualizm, wywołała jednak także istotne wątpliwości²⁸⁹.

Po pierwsze, zwrócono uwagę, że płeć jest pewnym faktem biologicznym wynikającym z określonych czynników obiektywnych, podobnie jak wiek, a art.

²⁸³ A. Czajkowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 116.

²⁸⁴ J. Pisuliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z dnia 22 czerwca 1989*, III CZP 37/89, „Państwo i Prawo” 1991, nr 6, s. 113 i n. Za taką możliwością opowiada się także J. Ignatowicz, *Glosa...*, s. 194. K. Osajda również zauważa lukę w prawie, jest jednak przeciwny stosowaniu sprostowania aktu urodzenia. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, „Przeгляд Sądowy” 2004, nr 5, s. 159.

²⁸⁵ A. Zielonacki, *Zasada prawdziwości...*, s. 48; Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65; J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101; A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 63.

²⁸⁶ J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 114; Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65.

²⁸⁷ Tamże, s. 65.

²⁸⁸ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 23.

²⁸⁹ Krytykę tego rozwiązania przedstawiła m.in. J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 167–181.

189 k.p.c. nie stanowi podstawy dla ustalania faktów, lecz prawa lub stosunku prawnego²⁹⁰. W postępowaniu o ustalenie płci chodzi w rzeczywistości nie o stwierdzenie istnienia prawa lub stosunku prawnego, lecz ustalenie faktu, z którym przepisy prawa wiążą określone skutki²⁹¹.

Po drugie, pojawia się pytanie, czy na podstawie art. 189 k.p.c. może dojść do tzw. zmiany płci, skoro przepis ten pozwala tylko na dokonanie pewnego ustalenia. Na jego podstawie można zatem jedynie stwierdzić, że dana osoba od początku była określonej płci albo w pewnym momencie doszło u niej do zmiany płci. W tym drugim przypadku trudno jest jednak, poza sytuacją dokonania zmiany operacyjnej, wskazać konkretną chwilę czy okoliczność, która do tej zmiany doprowadziła. Ponadto sytuacja ta powoduje, że osoba transseksualna ma dwie płcie – pierwotną oraz zmienioną wyrokiem sądu²⁹². Przyjęcie natomiast pierwszego ze wskazanych rozwiązań przyznającego kluczowe znaczenie psychologicznemu wymiarowi płci, który ujawnia się dopiero z czasem, prowadziłyby do wniosku, że osoba od urodzenia była innej płci, niż wskazywał na to jej wygląd. Sugerowałoby to zatem skuteczność wsteczną orzeczenia sądu, a w efekcie dopuszczalność sprostowania aktu urodzenia²⁹³.

Poruszany problem pozostaje w ścisłym związku z kolejnym zagadnieniem, a mianowicie skutecznością wyroku zmieniającego płeć. Jeżeli w wyniku orzeczenia sądu ma dopiero dojść do zmiany płci, to powinno ono wywoływać skutki *ex nunc* z chwilą uprawomocnienia się. Nie można bowiem zgodzić się ze stanowiskiem, że to dokonanie wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia warunkuje skuteczność zmiany płci²⁹⁴. Akt stanu cywilnego jest dowodem zdarzeń w nim stwierdzonych, ale nie przesądza o skuteczności tych zdarzeń. A zatem do zmiany płci dochodzi z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia sądu w tej sprawie, podobnie jak np. w przypadku ustalenia ojcostwa. Skuteczność wzmianki dotyczyć

²⁹⁰ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 90; Tenże, *Sądowa zmiana płci...*, s. 133; A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska (red.), Warszawa 2017, s. 396. W innym miejscu, na stronie 398, autor opowiada się jednak za dopuszczalnością zastosowania art. 189 k.p.c. w celu ustalenia płci. Zob. także K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 201, przypis 84; M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 844–845. Ostatni autor wskazuje, że na tej samej zasadzie można by domagać się ustalenia wieku adekwatnie do poczucia konkretnej osoby, wbrew prawdzie obiektywnej.

²⁹¹ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 58–59.

²⁹² Koncepcję podziału płci transseksualisty w czasie krytykuje J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 169.

²⁹³ K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 187.

²⁹⁴ Tamże, s. 187

może tylko jej wpływu na treść aktu urodzenia, która ulegnie zmianie dopiero z chwilą dokonania odpowiedniego wpisu w akcie stanu cywilnego.

Uznanie, że wyrok zmieniający płeć wywołuje skutki na przyszłość, pozostaje w sprzeczności z deklaratoryjnym²⁹⁵ charakterem orzeczeń wydawanych na podstawie art. 189 k.p.c.²⁹⁶. Wsteczną skuteczność tego orzeczenia należy uznać za wątpliwą także ze względu na konsekwencje prawne pierwotnie stwierdzonej płci, szczególnie w odniesieniu do małżeństwa i rodzicielstwa.

W kontekście przywołanych powyżej wątpliwości warto zwrócić uwagę na kolejną propozycję związaną z umożliwieniem przeprowadzenia dostosowania płci prawnej do odczuwanej. Rozwiązanie to przewiduje dwie procedury zależne od okoliczności. Istotne znaczenie dla doboru odpowiedniego środka prawnego miałby fakt, czy osoba transseksualna do momentu wystąpienia o dokonanie zmiany prawnej realizowała się w roli zgodnej ze swoją płcią fizyczną, np. zawierając małżeństwo czy posiadając i wychowując własne dzieci. W takiej sytuacji dochodziłoby bowiem do rzeczywistej zmiany płci, której ustalenia można by się domagać na podstawie art. 189 k.p.c. W pozostałych przypadkach, gdy osoba transseksualna nie zawarła związku małżeńskiego ani nie posiada dzieci, można by uznać, że doszło do błędu w ustaleniu płci przy sporządzaniu aktu urodzenia i wystąpić o jego sprostowanie²⁹⁷. Koncepcja ta prowadzi jednak do różnego traktowania osób transseksualnych w zależności od ich stanu cywilnego i nie daje odpowiedzi na pytanie o jasne kryteria dotyczące ustalania płci osoby fizycznej. Raz bowiem transseksualizm traktowany byłby jako okoliczność występująca pierwotnie i wywołująca skutki od urodzenia, kiedy indziej jako okoliczność pojawiająca się później, stanowiłby podstawę do dokonania tzw. zmiany płci.

Przeanalizowane propozycje rozwiązań dotyczących sytuacji prawnej osób z zaburzeniami tożsamości płciowej nie są wolne od wad i wywołują poważne wątpliwości. Problem transseksualizmu stanowi zatem w praktyce poważne wyzwanie dla prawa i prawników²⁹⁸, mimo że nie jest zjawiskiem występującym zbyt często. Pojawiają się w związku z tym głosy za koniecznością prawnej regulacji

²⁹⁵ B. Czech, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), Warszawa 2016, s. 858.

²⁹⁶ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 178 i n.

²⁹⁷ Takie rozwiązanie proponuje K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 161. Na te dwie kategorie przypadków zwrócił także uwagę M. Safjan, *Glosa...*, s. 78–90.

²⁹⁸ Wieloaspektowe komplikacje prawne związane z dokonywaną zmianą płci przedstawia K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 182.

możliwości tzw. zmiany płci²⁹⁹, choć ich autorzy różnią się nieco w argumentach ją uzasadniających.

4.3. MOŻLIWOŚĆ ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA PO TZW. ZMIANIE PŁCI

W doktrynie przeważa stanowisko, zgodnie z którym transseksualista po dokonaniu tzw. sądowej zmiany płci może zawrzeć małżeństwo zgodnie z nową płcią ujawnioną w akcie urodzenia³⁰⁰. Zdaniem części autorów jest to możliwe nawet wówczas, gdy nie doszło do przeprowadzenia zabiegu medycznego dostosowania wyglądu płci. Oznacza to, że już sama zmiana płci metrykalnej otwiera drogę do zawarcia małżeństwa, gdyż przedstawione przez nupturientów dokumenty wykazywać będą istniejącą między nimi różnicę płci³⁰¹. Zgodnie z tym poglądem uzyskanie orzeczenia ustalającego płeć i dokonanie wpisu do aktu urodzenia rodzi skutki prawne związane ze zmianą płci. Pojawia się jednak wątpliwość dotycząca możliwości zawarcia małżeństwa, które zgodnie z prawem jest relacją o charakterze heteroseksualnym obejmującą pożycie seksualne kobiety i mężczyzny w znaczeniu biologicznym, przez osoby różniące się płcią jedynie na poziomie wpisów dokonanych w aktach urodzenia. Małżeństwo zawarte przez osobę, która zmieniła wyłącznie płeć metrykalną, zachowując cechy płciowe organizmu charakterystyczne dla zanegowanej przez nią płci biologicznej, będzie bowiem *de facto* w wymiarze seksualnym małżeństwem osób tej samej płci, co jest sprzeczne z polską konstytucją i może prowadzić do podejmowania prób obejścia prawa³⁰². W doktrynie zwrócono w związku z tym uwagę, że w przypadku dokonania zmiany płci znaczenie dla ustalenia różnicy płci nupturientów ma nie tylko płeć wskazana w akcie urodzenia, ale także stan faktyczny w chwili zawierania związku

²⁹⁹ M. Filar, *Glosa...*, s. 118; J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 112; J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101; M. Safjan, *Glosa...*, s. 90; W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 25–26; B. Czech, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), s. 896. Próba uchwalenia ustawy w tej kwestii w roku 2015 została zawetowana przez prezydenta.

³⁰⁰ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.), s. 33; K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 188 i n.; A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 59. W ostatniej z przywołanych pozycji autorka uznaje ten fakt za niebudzący wątpliwości.

³⁰¹ A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 64; J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 234; M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 850.

³⁰² Wątpliwości co do możliwości zmiany płci metrykalnej bez wymagania wcześniejszego zabiegu medycznego dostosowania wyglądu płci zgłoszono w *Opinii Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa z 28.03.2013 r. do poselskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci*, <http://sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [dostęp: 1.06.2017].

małżeńskiego³⁰³. Oznaczałoby to, że dla możliwości zawarcia małżeństwa istotne jest także dokonanie stosownej zmiany wyglądu³⁰⁴. Przeciwko tej koncepcji podnosi się jednak argument o wyłącznej mocy dowodowej aktów stanu cywilnego (art. 3 pr.a.s.c.)³⁰⁵. Podkreśla się także, że takie podejście oznaczałoby przyznanie osobie fizycznej podwójnej płci – metrykalnej i tej, która brana jest pod uwagę przy ocenie możliwości zawarcia małżeństwa³⁰⁶. Należy jednak zaznaczyć, że podobny problem występuje w odniesieniu do przeszkody małżeńskiej, jaką jest zbyt bliski stopień pokrewieństwa pomiędzy nupturientami. W doktrynie przyjmuje się bowiem, że już samo pokrewieństwo biologiczne, nawet nieustalone prawnie, uniemożliwia zawarcie związku małżeńskiego na podstawie art. 14 k.r.o.³⁰⁷ Także w tym wypadku pojawia się problem sprzeczności ustaleń dokonanych w świetle prawa, znajdujących odzwierciedlenie w akcie urodzenia z rzeczywistością biologiczną³⁰⁸.

Szczególny charakter sfery życia intymnego w małżeństwie oraz jego prokreacyjny wymiar przemawiają za tym, aby ostrożnie podchodzić do otwarcia małżeństwa dla osób, między którymi odmienność płci ma jedynie wymiar metrykalny. Podzielić bowiem należy pogląd, że polski ustawodawca uregulował instytucję małżeństwa w oparciu o model różnicy płci determinowanej biologicznie³⁰⁹.

W kontekście braku konieczności dokonywania zmian w wyglądzie osoby transseksualnej pojawia się także pytanie, jak powinien zachować się kierownik

³⁰³ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 36; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 90–91; D. Walencik, *Odmienność płci jako przestępstwo...*, s. 46.

³⁰⁴ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 212. Autor przyjmuje, że *transseksualista może zawrzeć małżeństwo, ale dopiero po chirurgicznej zmianie płci i posiadaniu aktu urodzenia odzwierciedlającego nową płeć, w tym zmianę imienia i nazwiska, a więc przy jednoczesnym spełnieniu obu warunków*.

³⁰⁵ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 74 przypis 41.

³⁰⁶ M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 849.

³⁰⁷ J. Górecki, *Unieważnienie małżeństwa*, Kraków 1958, s. 18; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Tenże (red.)...*, s. 120; J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 187; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 172–173. Inaczej K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, Tenże (red.)...*, s. 169.

³⁰⁸ Na temat konieczności uwzględniania pokrewieństwa biologicznego przy zawieraniu małżeństwa M. Łączkowska, *Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (red.), Toruń 2008, s. 315.

³⁰⁹ M. Domański, *Rozdzielność płci...*, s. 827–828. Za niedopuszczalnością zawierania małżeństwa przez transseksualistę przed dokonaniem operacji opowiada się R. Krajewski, *Małżeństwa transseksualistów (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Jurysta” 2009, nr 2, s. 29.

urzędu stanu cywilnego, gdy pojawią się przed nim dwie osoby wyglądające jak przedstawiciele tej samej płci, jednak z aktów urodzenia tych osób wynika wymagana przez prawo różnica. Kwestia dotyczy tych przypadków zmiany płci, gdy nie została dokonana transformacja medyczna (chirurgiczno-hormonalna). Kierownik urzędu stanu cywilnego stoi wówczas przed wyborem, czy uznać za kluczową płęć metrykalną i zezwolić na zawarcie małżeństwa, czy odmówić przyjęcia oświadczeń, czy też skierować sprawę do sądu w celu ustalenia dopuszczalności zawarcia konkretnego małżeństwa (art. 5 k.r.o.)³¹⁰. Udzielając odpowiedzi na to pytanie, rozpocząć należy od stwierdzenia, że kierownik urzędu stanu cywilnego nie jest wyposażony w kompetencje do samodzielnego ustalania faktycznej płci nupturientów, gdyż prawdziwość danych wskazanych w akcie stanu cywilnego może zostać zakwestionowana wyłącznie w drodze postępowania sądowego (art. 3 pr.a.s.c). Z tego względu w sytuacji, gdy małżeństwo zamierzają zawrzeć osoby o odmiennej płci metrykalnej lecz tożsamej płci biologicznej, urzędnik powinien skierować sprawę do sądu, który orzekal będzie o dopuszczalności planowanego małżeństwa.

Rozwiązanie polegające na zastosowaniu art. 5 k.r.o. spotkało się jednak z krytyką. Zwrócono bowiem uwagę, że także sąd orzekający o dopuszczalności zawarcia małżeństwa jest związany treścią aktu urodzenia, która może być podważona jedynie w odrębnym postępowaniu³¹¹. Istotniejsze znaczenie ma jednak kwestia związania zarówno kierownika urzędu stanu cywilnego, jak i sądu orzekającego o dopuszczalności zawarcia małżeństwa prawomocnym orzeczeniem sądu ustalającym płeć, na podstawie którego dokonano zmiany wpisu w akcie urodzenia (art. 365 k.p.c.)³¹². Co innego, gdyby wątpliwości dotyczące płci związane z wyglądem osoby zamierzającej zawrzeć małżeństwo nie łączyły się z postępowaniem o zmianie płci (ktoś dokonał zmiany wyglądu zewnętrznego, nie dążąc do zmiany płci stwierdzonej w akcie urodzenia). Wówczas postępowanie z art. 5 k.r.o. byłoby dopuszczalne, gdyż w świetle prawa osoba nadal byłaby tej samej płci co drugi z nupturientów. Po dokonanej tzw. zmianie płci wskazanej w akcie urodzenia kierownik jest natomiast związany treścią wyroku. Wie on ponadto o sądowej zmianie na podstawie wzmianki dodatkowej umieszczonej w akcie urodzenia, do

³¹⁰ Odmowę przyjęcia oświadczeń jako właściwe rozwiązanie wskazują, J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 91; A. Czajkowska, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz...*, s. 116; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 36; K. Piasecki uważa nawet nietrafnie, że art. 5 k.r.o. przewiduje *postępowanie sądowe mające na celu określenie płci*. K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 29 i 91.

³¹¹ M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 73.

³¹² Na tę kwestię zwraca także uwagę J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 200.

którego ma dostęp elektroniczny. Zgodnie z obowiązującym prawem kluczowe znaczenie dla ustalenia płci osoby fizycznej ma wpis w jej akcie urodzenia³¹³.

Wydaje się jednak, że stanowisko to jest zbyt formalistyczne. Podzielić należy pogląd, że *szczególna moc dowodowa aktów stanu cywilnego nie powinna w żadnym razie prowadzić do podważenia jednej z podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, jaką jest odmienność płci małżonków*³¹⁴.

Podobnie zatem jak kierownik urzędu stanu cywilnego, który dowiedział się o istnieniu pokrewieństwa biologicznego między nupturientami niestwierdzonego jednak w akcie urodzenia (np. ze względu na upływ czasu na wniesienie odpowiednich powództw filiacyjnych), powinien w celu wyjaśnienia sytuacji skierować sprawę do sądu, tak samo powinien postąpić kierownik, przed którym z intencją zawarcia małżeństwa stawili się nupturienti wyglądający jak przedstawiciele tej samej płci o odmiennej płci metrykalnej. Warto zaznaczyć, że zgodnie z art. 5 k.r.o. sąd nie podważa w takim przypadku treści aktu stanu cywilnego, lecz ustala dopuszczalność zawarcia konkretnego związku małżeńskiego, w tym przypadku bada czy między nupturientami zachodzi przesłanka różnicy płci. Ustalając, że po dokonaniu tzw. zmiany płci metrykalnej osoba nie dostosowała swojego wyglądu do płci stwierdzonej w dokumencie, sąd ma podstawy uznać, że małżeństwo takie nie może zostać zawarte ze względu na sprzeczność z art. 18 konst. W związku tym nie chodzi bowiem jedynie o formalną różnicę płci wynikającą z dokumentów, lecz o różnicę o charakterze biologicznym. W ten sam sposób powinien zostać potraktowany zamiar zawarcia związku małżeńskiego między mężczyzną i jego biologiczną córką albo między rodzeństwem mimo braku formalnego potwierdzenia łączącej ich więzi w akcie urodzenia. Sąd nie podważa stwierdzonych w akcie urodzenia zdarzeń, że dana kobieta pochodzi od innego mężczyzny ani tego, że dana osoba jest określonej płci. Uznaje natomiast, że w określonym stanie faktycznym dane małżeństwo byłoby sprzeczne z prawem. W odniesieniu do przesłanki różnicy płci podkreślić należy, że związek *de facto* homoseksualny naruszałby normę o randze konstytucyjnej.

W kontekście zagadnienia odmienności płci nupturientów w praktyce hipotetycznie możliwe są zatem następujące sytuacje:

- przed kierownikiem z zamiarem zawarcia małżeństwa stają osoby odmiennej płci metrykalnej zgodnej z ich wyglądem zewnętrznym – kierownik przyjmuje oświadczenia woli zawarcia związku małżeńskiego,

³¹³ Tamże, s. 202.

³¹⁴ J. Gajda, *Metrykalna zmiana płci a zawarcie i istnienie małżeństwa*, [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, E.W. Pływaczewski, J. Bryka (red.), Szczytno 2017, s. 164.

- przed kierownikiem z zamiarem zawarcia małżeństwa stają osoby tej samej płci metrykalnej odpowiadającej ich wyglądowi zewnętrznemu – w takim przypadku kierownik odmawia przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (art. 5 k.r.o.),
- przed kierownikiem z zamiarem zawarcia małżeństwa stają osoby o odmiennej płci metrykalnej, lecz wyglądzie sugerującym tę samą płć, w aktach urodzenia brakuje jednak wzmianki o tzw. sądowej zmianie płci – kierownik zwraca się do sądu o rozstrzygnięcie czy małżeństwo może być zawarte (art. 5 k.r.o.),
- przed kierownikiem z zamiarem zawarcia małżeństwa stają osoby odmiennej płci metrykalnej, lecz wyglądzie sugerującym tę samą płć, przy czym jedna z nich dokonała tzw. sądowej zmiany płci – kierownik zwraca się do sądu o rozstrzygnięcie czy małżeństwo może być zawarte (art. 5 k.r.o.),
- przed kierownikiem z zamiarem zawarcia małżeństwa stają osoby o tej samej płci metrykalnej lecz odmiennym wyglądzie, bo transseksualista nie dokonał żadnej zmiany urzędowej w tym zakresie – kierownik odmawia przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (art. 5 k.r.o.)³¹⁵.

Powyższe przykłady wskazują, do jak skomplikowanych sytuacji może dojść wówczas, gdy zmiana metrykalnej płci nie wiąże się z przeprowadzeniem zmiany wyglądu, gdy kluczowe znaczenie dla określenia płci człowieka przypisuje się wyłącznie odczuwanej przez niego tożsamości. W praktyce jednak osoby transseksualne najczęściej dokonują pewnych zewnętrznych zmian upodabniających je do przedstawicieli płci odczuwanej (np. ubiór, fryzura, usunięcie piersi czy zarostu). Zabiegi te nie zawsze łączą się jednak z przeprowadzeniem operacji narządów płciowych.

Ponieważ związek małżeński to szczególnego rodzaju stosunek prawny łączący kobietę i mężczyznę, obejmujący swoimi konsekwencjami sferę osobisto-majątkową obojga, należy rozważyć, czy na osobie transseksualnej nie powinien ciążyć obowiązek poinformowania drugiego nupturienta o tym fakcie. Jeśli doszło do zmiany operacyjnej narządów płciowych, ma to wpływ na możliwość posiadania potomstwa oraz realizowanie seksualnej funkcji małżeństwa. Jeżeli natomiast zabieg chirurgiczny nie został przeprowadzony, osoba ze zmienioną płcią metrykalną zachowała organy płciowe, z którymi się urodziła. Dla drugiego małżonka w takiej sytuacji seksualna relacja ze współmałżonkiem albo w ogóle nie będzie możliwa

³¹⁵ Podobnie zob. R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 212. Autor za niedopuszczalne uznaje złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński przez transseksualistę, który wprawdzie dokonał chirurgicznego zabiegu zmiany płci, ale fakt ten nie ma odzwierciedlenia w dokumentach, albo też zmieniony został akt urodzenia takiej osoby, a nie nastąpiło jeszcze operacyjne dostosowanie jej wyglądu do nowej płci.

(bo np. operacja nie przyniosła satysfakcjonujących rezultatów), albo z jego perspektywy będzie miała charakter homoseksualny³¹⁶. Posiadanie informacji na ten temat ma kluczowe znaczenie dla realizacji prawa do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny, gwarantuje także pełną świadomość przy składaniu oświadczenia o wstąpieniu w ten związek. Skoro zatem prawo dopuszcza zmianę płci metrykalnej osoby transseksualnej, powinno także zabezpieczyć sytuację prawną innych podmiotów, z którymi transseksualista wchodzi w stosunki prawne³¹⁷. Należy zatem uznać, że brak wiedzy na temat tzw. zmiany płci u współmałżonka, dokonanej przed zawarciem związku małżeńskiego powinien stanowić podstawę unieważnienia małżeństwa. Biorąc pod uwagę obowiązujący stan prawa należałoby zastosować szerszą interpretację błędu co do tożsamości drugiej strony obejmującą także jej istotne właściwości osobiste (art. 15¹ § 1 pkt 2 k.r.o.)³¹⁸. Rozwiązanie to spotkało się jednak z krytyką, której autorzy, powołując się także na znaczenie językowe, podkreślają, że pojęcie tożsamości użyte przez ustawodawcę obejmuje jedynie identyczność fizyczną³¹⁹. W związku ze wskazanymi wątpliwościami dotyczącymi możliwości posługiwania się konstrukcją błędu co do tożsamości, zgłoszono w doktrynie propozycję *de lege ferenda*, aby transseksualizm stanowił samodzielną przeszkodę małżeńską³²⁰. Zawarcie małżeństwa przez osobę, która dokonała tzw. zmiany płci, mogłoby być także uzależnione od zezwolenia sądu biorącego pod uwagę, czy druga osoba wie o tym fakcie oraz czy związek ten nie narusza konstytucyjnej zasady heteroseksualności małżeństwa. Podkreślić bowiem należy, że w wyróżnieniu małżeństwa jako instytucji prawnej

³¹⁶ Na te kwestie, choć w innym kontekście, zwracają uwagę także: M. Filar, *Glosa...*, s. 118; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 212.

³¹⁷ O potrzebie ochrony praw innych osób wspomina także K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa...*, s. 143.

³¹⁸ O wpływie szerzej rozumianych właściwości osobistych, takich jak transseksualizm, homoseksualizm czy obojnactwo na decyzję o zawarciu małżeństwa z określoną osobą wspomina T. Smyczyński. Autor zauważa jednak pewne trudności dowodowe z tym związane. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 65.

³¹⁹ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 181; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 187; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 125; A. Zielonacki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), Warszawa 2013, s. 74; J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 234; J. Strzebińczyk, *Zawarcie małżeństwa wyznaniowego podlegającego prawu polskiemu*, „Rejent” 1999, nr 4, s. 36.

³²⁰ W. Stojanowska, *Seksuologia...*, s. 144. Rozwiązanie to aprobuje J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 234.

chodzi nie tylko o formalną różnicę płci, lecz o nadanie szczególnego statusu relacji pomiędzy biologiczną kobietą i biologicznym mężczyzną.

W doktrynie wyrażono także bardziej radykalne stanowisko, zgodnie z którym osoby transseksualne nie powinny mieć możliwości zawarcia małżeństwa. Pogląd ten jest konsekwencją przyjętego założenia, że *de lege lata*, zmiana płci metrykalnej osoby fizycznej powinna zostać uznana za niedopuszczalną³²¹.

4.4. TZW. ZMIANA PŁCI W CZASIE TRWANIA MAŁŻEŃSTWA

Kolejny istotny problem prawny dotyczy sytuacji, gdy tzw. zmiany płci dokonuje osoba pozostająca w związku małżeńskim. Pojawia się bowiem wówczas pytanie, jaki wpływ ta okoliczność wywołuje na istniejący między małżonkami stosunek prawny. Zaaprobować w tej kwestii należy twierdzenie, że zasada heteroseksualności małżeństwa dotyczy nie tylko momentu jego zawarcia, ale także całego czasu trwania tego związku³²².

Jako pierwsze z proponowanych w doktrynie rozwiązań wskazuje się niedopuszczalność dokonywania zmiany płci w odniesieniu do osób pozostających w związkach małżeńskich³²³. Postępowanie ustalające płeć dotyczące osoby będącej małżonkiem powinno być zatem poprzedzone rozwodem³²⁴. Z badań akt sądowych spraw przeprowadzonych w polskich sądach wynika jednak, że stan cywilny osoby wnoszącej powództwo o dokonanie ustalenia płci w zasadzie

³²¹ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 87–88.

³²² Uzasadnienie do projektu ustawy o uzgodnieniu płci: *zgodnie z normami Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18) małżeństwo to związek osób przeciwnej płci nie tylko w trakcie jego zawarcia, ale także w czasie jego trwania*. Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci z 2013 r. ..., Druk Sejmowy nr 1469 VII Kadencja. W ten sposób także zob. SN w wyroku z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

³²³ Rozwiązanie takie zaproponowano w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci, wskazując w art. 5 ust. 1 pkt 3 wśród przesłanek zmiany płci niepozostawanie w związku małżeńskim. Zob. także Z. Radwański, *Glosa...*, s. 66; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 54; K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 193–194; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 90, 109; Wyrok SN z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19. K. Gromek uważa natomiast, że takie rozwiązanie stanowiłoby *naruszenie konstytucyjnego prawa jednostki do wolności, wyrażonego w art. 31 Konstytucji RP i do równości wobec prawa, wyrażonego w art. 32 Konstytucji RP*. K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2016, s. 33.

³²⁴ K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne...*, s. 243; A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 65.

nie był przedmiotem zainteresowania sądów orzekających³²⁵. Wskazując na brak regulacji prawnej sugeruje się nawet, że obecnie zmiana płci metrykalnej może dotyczyć zarówno osoby transseksualnej stanu wolnego, jak i będącej małżonkiem³²⁶. Odpowiedzi na te wątpliwości udzielił jednak Sąd Najwyższy wskazując, że dokonanie tzw. zmiany płci wobec osoby pozostającej w związku małżeńskim prowadziłoby do skutków prawnych sprzecznych z art. 18 konst.³²⁷

W doktrynie zwrócono jednak uwagę, że na gruncie obowiązujących przepisów ustanie małżeństwa z powodu tzw. zmiany płci nie jest dopuszczalne, zatem małżeństwo, które nie zostanie rozwiązane przez rozwód, będzie trwało³²⁸. Wydaje się, że z dużym prawdopodobieństwem można założyć, iż w większości przypadków transseksualizm jednego z małżonków doprowadzi do rozkładu pożycia małżeńskiego i w konsekwencji do rozwodu orzeczanego z inicjatywy małżonka, który nie będzie chciał pozostawać w związku małżeńskim z osobą tej samej płci co on. Powodem w sprawie rozwodowej może być zarówno transseksualista, jak i jego małżonek. Pamiętać jednak należy, że legitymację do wniesienia powództwa o rozwód mają wyłącznie małżonkowie. Pojawia się zatem pytanie, co w przypadku, gdy po dokonaniu zmiany płci, małżonkowie nadal pozostają w związku małżeńskim i nie zamierzają dążyć do jego rozwiązania. Rozwód jest przecież dopuszczalny jedynie na żądanie jednego lub obojga małżonków i wyłącznie w przypadku, gdy doszło do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia³²⁹. W doktrynie znaleźć można różne sugestie, jak rozwiązać przedstawioną sytuację, choć zwraca się także uwagę, że ma ona raczej teoretyczny charakter³³⁰.

Po pierwsze, proponuje się uważać takie małżeństwo za nieistniejące od początku na podstawie art. 2 k.r.o.³³¹ Przyjmując bowiem pierwotny charakter transseksualizmu oraz priorytetowe znaczenie poczucia przynależności płciowej uznaje się,

³²⁵ E. Holewińska-Łapińska, *Sądowa zmiana płci...*, s. 32.

³²⁶ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 204; K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 189.

³²⁷ Wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

³²⁸ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 216.

³²⁹ Wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19. Na tę kwestię zwraca uwagę także: J. Gajda, *Metrykalna zmiana płci...*, s. 167.

³³⁰ B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 356. Przeczą temu jednak zarówno przypadki orzeczeń zagranicznych, jak i przywołany już wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

³³¹ K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne...*, s. 244; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 23.

że w chwili zawierania małżeństwa nie została spełniona przesłanka odmienności płci. Oznacza to jednak, że taki związek małżeński nigdy nie istniał i nie wywołał żadnych skutków prawnych, ponieważ orzeczenie sądu ma moc wsteczną. Takie rozwiązanie byłoby logiczną konsekwencją przyjęcia, że sąd w postępowaniu nie zmienia płci, lecz ją ustala. Pogląd o uznaniu małżeństwa za nieistniejące od początku spotkał się jednak z krytyką, w której podnosi się, że nupturienicy w chwili zawierania związku małżeńskiego spełniali ustawowe przesłanki niezbędne do jego zawarcia³³². Przyjęcie, że tego małżeństwa nigdy nie było, mogłoby ponadto okazać się szczególnie krzywdzące dla małżonka osoby transseksualnej³³³.

W kontekście zastosowania w analizowanym przypadku art. 2 k.r.o. zaproponowano jego szczególną interpretację w świetle art. 18 konst., zgodnie z którą *jeśli w dowolnym czasie w trakcie trwania małżeństwa akt małżeństwa będzie dotyczył osób tej samej płci, to będzie to wystarczającą podstawą dla wytoczenia powództwa o stwierdzenie nieistnienia takiego małżeństwa*³³⁴. Stanowisko to spotkało się jednak z trafną krytyką, w której wykazano, że art. 2 k.r.o. to podstawa do dokonania oceny samego faktu zawarcia małżeństwa, a nie późniejszego ustalania wpływu zdarzeń zaistniałych w trakcie tego związku na jego dalsze istnienie³³⁵. W postępowaniu o stwierdzenie nieistnienia małżeństwa, o którym mowa w art. 2 k.r.o. bierze się zatem pod uwagę, czy przesłanki wskazane w art. 1 k.r.o. zostały spełnione w chwili zawierania tego związku, a nie to, czy uległy zmianie później. W przywołanym przepisie chodzi zatem wyłącznie o moment zawarcia małżeństwa. Późniejsza zmiana nie może w związku z tym stanowić podstawy do uznania małżeństwa za niezawarte, gdyż w dacie dokonywania czynności prawnej spełnione były wszystkie przesłanki wymagane przez prawo³³⁶.

Drugą zasługującą na uwagę propozycją w odniesieniu do sytuacji prawnej małżonków, z których jeden dokonał tzw. zmiany płci w czasie trwania ich związku, jest możliwość unieważnienia tego małżeństwa. Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewiduje jednak zamknięty katalog przyczyn uzasadniających wszczęcie takiego

³³² B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 356; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 90; T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza...*, s. 44.

³³³ A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 65.

³³⁴ K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 192–193.

³³⁵ J. Ostojńska, *Sądowa zmiana...*, s. 206. Autorka przywołuje także stanowisko J. Preussner-Zamorskiej, która odróżnia zawarcie małżeństwa jako zdarzenie prawne i małżeństwo jako stosunek prawny. J. Preussner-Zamorska, *Matrimonium non existens oraz podlegające unieważnieniu małżeństwo*, „*Studia Cywilistyczne*” 1981, t. 31, s. 32.

³³⁶ J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 90.

postępowania (art. 17 k.r.o.). Podjęcie próby unieważnienia małżeństwa w przypadku transseksualizmu jednego z małżonków wymagałoby zatem powołania się na jeden ze wskazanych przez ustawodawcę powodów. Warto także podkreślić, że przyczyny unieważnienia małżeństwa, podobnie jak przesłanki jego zawarcia, to okoliczności, które występują w momencie zawierania związku małżeńskiego, a nie później. Przyjmując założenie, że transseksualizm pojawia się w okresie prenatalnym i jest cechą wrodzoną można rozważyć możliwość powoływania się na chorobę psychiczną. Należy jednak zgodzić się z argumentem, że transseksualizmu nie można zaliczyć do tej kategorii zaburzeń psychicznych, które przepisy prawa określają mianem choroby psychicznej, a polski ustawodawca, określając przeszkodę małżeńską nie poszerzył jej zakresu o inne zaburzenia psychiczne, jak to zrobił w przypadku ubezwłasnowolnienia (art. 13 i 16 k.c.)³³⁷.

Można się także zastanowić nad dopuszczalnością powołania się przez małżonka na błąd co do tożsamości współmałżonka, który dokonał zmiany w trakcie trwania małżeństwa (art. 15¹ § 1 pkt 2 k.r.o.). Rozwiązanie to jednak także trzeba odrzucić i to z kilku powodów. Po pierwsze, ze względu na przeważający w doktrynie pogląd, że tożsamość, o której mowa w art. 15¹ § 1 pkt 2 k.r.o. oznacza jedynie identyczność fizyczną. Po drugie, ponieważ transseksualizm małżonka ujawnił się dopiero w trakcie trwania małżeństwa, mogą pojawić się trudności z udowodnieniem występowania tej okoliczności w dacie zawierania związku³³⁸. Po trzecie, na wadę oświadczenia woli może się powołać jedynie małżonek, który złożył wadliwe oświadczenie (dyskusyjna w tej sytuacji jest legitymacja prokuratora³³⁹), a w analizowanym przypadku małżonkowie chcą kontynuować swój związek. Ustawodawca przewidział ponadto terminy zawite dla możliwości powołania się na wadliwość oświadczenia woli, wykluczając ją ostatecznie po upływie trzech lat od zawarcia małżeństwa (art. 15¹ § 3 k.r.o.).

Obowiązujące prawo nie pozwala zatem na unieważnienie małżeństwa ze względu na tzw. zmianę płci dokonaną przez jednego z małżonków.

³³⁷ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 208 i n.

³³⁸ W ten sposób zob. także K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 191.

³³⁹ Większość doktryny opowiada się za przyznaniem prokuratorowi legitymacji do wytoczenia powództwa o unieważnienie małżeństwa w każdym wypadku, a zatem także na podstawie wad oświadczenia woli. Zob. J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 203; A. Zielonacki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 90; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 214. Por. K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 205; M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.), Warszawa 2017, s. 196.

W kontekście analizowanego problemu prawnego pojawiła się zasługująca na aprobatę propozycja *de lege ferenda*, aby wprowadzić przepis, że małżeństwo ustaje z mocy prawa z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia o zmianie płci jednego z małżonków³⁴⁰. Podniesiono jednak także argument przeciwko takiemu rozwiązaniu, podkreślając, że skoro małżeństwo zawierane jest na podstawie złożonych oświadczeń woli, również jego rozwiązanie powinno następować zgodnie z wolą przynajmniej jednego z małżonków³⁴¹. Zarzut ten można odeprzeć, wskazując, że postępowanie o ustalenie nieistnienia małżeństwa oraz unieważnienie małżeństwa (szczególnie w przypadku bigamii i zbyt bliskiego pokrewieństwa) także może mieć miejsce wbrew pragnieniu kontynuowania związku przez samych małżonków. Istotne znaczenie miałyby natomiast zabezpieczenie sytuacji prawnej byłego małżonka oraz dzieci transseksualisty³⁴².

Wprowadzenie do systemu prawnego regulacji w tej kwestii uznać należy za trafną propozycję, chociaż wydaje się, że zastosowanie zaproponowanego rozwiązania możliwe jest także na gruncie obowiązującego prawa³⁴³. Podstawę prawną w tym przypadku stanowić będzie art. 18 konst., który przewiduje, że odmienność płci między małżonkami musi występować nie tylko w momencie zawierania tego związku, ale także przez cały czas jego trwania³⁴⁴. Można zatem uznać, że małżeństwo przestaje istnieć z chwilą uprawomocnienia się wyroku orzekającego zmianę płci, ponieważ traci wówczas swoją konstytutywną cechę³⁴⁵. Otwiera się w związku z tym droga do ustalenia nieistnienia małżeństwa na podstawie 189 k.p.c.³⁴⁶ Wyrok w tej sprawie będzie miał charakter deklaratoryjny, pojawia się jednak pytanie o chwilę, od której będzie on wywoływał skutki prawne.

³⁴⁰ K. Rozental, *O zmianie płci...*, s. 70; M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 100.

³⁴¹ A. Wilk, *Zawarcie małżeństwa przez...*, s. 66.

³⁴² M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 100.

³⁴³ Zob. wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13.

³⁴⁴ Zwraca na to uwagę także K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 192–193; zob. Wyrok SN – Izba Cywilna z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

³⁴⁵ Za takim rozwiązaniem opowiada się także: R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 215 (choć autor uważa, że *de lege lata* małżeństwo transseksualisty może ustać tylko w drodze rozwodu, s. 216); K. Rozental, *O zmianie płci...*, s. 70; J. Ostojńska, *Sądowa zmiana...*, s. 220; A. Pyrzyńska, *Nieważność czynności prawnej – uwagi na tle art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 5, s. 72–73; K. Gromek, *Kodeks rodzinny...*, s. 33; J. Gajda, *Metrykalna zmiana płci...*, s. 17.

³⁴⁶ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 109. Jako jedno z możliwych rozwiązań wskazuje na to także: K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 192.

W doktrynie wskazano, że powinien on działać *ex tunc* od momentu zawarcia związku małżeńskiego³⁴⁷. Oznaczałoby to jednak, że w gruncie rzeczy nie została spełniona przesłanka odmienności płci z art. 1 k.r.o., a zatem właściwą podstawą prawną byłby art. 2 k.r.o. Wydaje się zatem, że wyrok taki powinien mieć moc wsteczną, ale od momentu dokonania przez jednego z małżonków tzw. zmiany płci, gdyż w tym momencie małżeństwo straciło istotną cechę odmienności płci małżonków.

Kluczowe znaczenie dla dalszych losów małżeństwa ma określenie charakteru prawnego orzeczenia stanowiącego podstawę do dokonania zmiany płci wpisanej w akcie urodzenia. Przyjęcie koncepcji o zmianie płci oznacza, że osoba do momentu uprawomocnienia się wyroku miała określoną płeć, którą konstytutywnym wyrokiem zmieniono. Oznaczałoby to, że w chwili zawierania małżeństwa istniała różnica płci między małżonkami, a zatem spełniona była jedna z przesłanek konstytutywnych. W takiej sytuacji należałoby stwierdzić, że małżeństwo przestaje istnieć z chwilą uprawomocnienia się wyroku o tzw. zmianie płci, gdyż powoduje on utratę cechy konstytutywnej definiującej instytucję małżeństwa.

Drugie rozwiązanie to przyjęcie deklaratywnego charakteru orzeczenia uznającego płeć, którą dana osoba miała od urodzenia. W takim przypadku małżeństwo nie istniałoby od samego początku, gdyż w chwili jego zawarcia nie została spełniona przesłanka odmienności płci.

W związku z brakiem jednoznacznego ustalenia przyczyn transseksualizmu oraz koniecznością ochrony praw drugiego małżonka oraz dzieci pochodzących z małżeństwa, należy uznać, że właściwsze jest przyjęcie, że do tzw. zmiany płci doszło w trakcie ważnie zawartego i istniejącego małżeństwa i dopiero z chwilą dokonania tej zmiany związek małżeński ustał. Do skutków ustania małżeństwa w tym wypadku powinno stosować się odpowiednio przepisy o rozwodzie, co wymagałoby jednak wprowadzenia wyraźnej podstawy prawnej.

4.5. PROCEDURA UZGODNIENIA PŁCI W POSELSKIM PROJEKCIE USTAWY Z 2013 R.

Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci, przedstawiony w sejmie w 2013 r., przyjęty przez parlament w 2015 r., ale zawetowany przez prezydenta, przewidywał procedurę przeznaczoną dla osób, których płeć metrykalna różni się od ich tożsamości płciowej.

³⁴⁷ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 109.

Osoby takie miały mieć możliwość złożenia do sądu wniosku o uzgodnienie płci, jeżeli posiadałyby obywatelstwo polskie i nie pozostawałyby w związku małżeńskim. Musiałyby mieć ponadto ukończone lat 18 albo, mając ukończone 16 lat, wyrażałyby jednoznaczną wolę uzgodnienia płci, posiadając ponadto zgodę przedstawicieli ustawowych, a w jej braku zezwolenie sądu.

Do uzgodnienia płci miało dochodzić na podstawie oświadczenia wnioskodawcy o tożsamości płciowej odmiennej od płci metrykalnej oraz dwóch orzeczeń wydanych przez lekarzy ze specjalizacją w zakresie psychiatrii lub w zakresie seksuologii albo orzeczenia wydanego przez jednego lekarza z taką specjalizacją i psychologa ze specjalizacją w zakresie seksuologii, stwierdzającego utrwalone występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci metrykalnej. Jeżeli przedstawione dokumenty nie wywoływałyby wątpliwości, sąd rozpoznający wniosek o uzgodnienie płci mógłby na nich poprzestać.

W projekcie zaznaczono, że dokonanie uzgodnienia płci nie miało wymagać żadnej uprzedniej interwencji medycznej, zwłaszcza terapii hormonalnej lub zabiegów chirurgicznych, zmierzających do korekty zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych, a także wprowadzenia zmian w budowie i funkcjach organizmu związanych z płcią. Zabiegi takie miały zależeć wyłącznie od woli zainteresowanego, nie warunkowałyby jednak możliwości uzgodnienia płci. W tym kontekście projekt przewidywał także regulację dotyczącą sytuacji osób interseksualnych, zgodnie z którą wobec tych osób zakazane miało być stosowanie jakichkolwiek nieodwracalnych interwencji medycznych mających na celu korektę zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych bez zgody tych osób, chyba że byłoby to bezwzględnie konieczne dla ratowania ich życia. Zgoda na taki zabieg mogłaby być wyrażona po ukończeniu 13 roku życia.

Żeby umożliwić przeprowadzanie operacji dostosowujących zaproponowano odpowiednią zmianę w kodeksie karnym, zgodnie z którą nie popełniałby przestępstwa określonego w art. 156 § 1, lekarz dokonujący nieodwracalnych interwencji medycznych mających na celu korektę zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych w stosunku do osoby, której płeć metrykalna różni się od jej tożsamości płciowej, jeżeli interwencja ta miałaby miejsce po ukończeniu przez osobę jej poddawaną 13 roku życia oraz odbywałaby się za jej zgodą.

Na podstawie prawomocnego postanowienia o uzgodnieniu płci sporządzany miał być nowy akt urodzenia z uwzględnieniem dokonanej w postępowaniu zmiany imienia i nazwiska. Dokonane uzgodnienie płci nie miało naruszać istniejących między wnioskodawcą a osobami trzecimi stosunków prawnych, takich jak relacja z rodzicami czy dziećmi urodzonymi przed uprawomocnieniem się postanowienia sądu o uzgodnieniu płci.

Z chwilą uprawomocnienia się postanowienia sądu o uzgodnieniu płci wszystkie prawa i obowiązki zależne od przynależności do danej płci co do zasady miały wynikać z płci określonej w tym postanowieniu.

Przeanalizowana propozycja regulacji procedury dostosowującej płeć metrykalną do odczuwanej przez osobę tożsamości płciowej spotkała się z trafną krytyką³⁴⁸. Ze względu na wiele wątpliwości jakie wywołały sugerowane rozwiązania prezydent odmówił podpisania ustawy. Zwrócił uwagę, że projekt umożliwił wielokrotną „zmianę” płci, nie wymagał bowiem wykazania trwałego charakteru odczuwanej tożsamości płciowej, ani dostosowania wyglądu do płci uzgodnionej w postępowaniu. Skrytykował także ograniczoną „notarialną rolę” sądu w procedurze uzgadniającej płeć. Zakwestionował także możliwość przeprowadzenia postępowania dowodowego wyłącznie na podstawie dokumentów przedstawianych przez wnioskodawcę, które będąc dokumentami prywatnymi nie gwarantują wiarygodności jaka towarzyszy opiniom biegłych sądowych. Poważne wątpliwości budziła również możliwość dokonania uzgodnienia płci przez osobę będącą rodzicem małoletnich dzieci. Prezydent podniósł także problem umożliwienia dokonania uzgodnienia płci w celu zawarcia małżeństwa o charakterze *de facto* homoseksualnym co prowadziłyby do skutków sprzecznych z konstytucją³⁴⁹.

Wszystkie krytyczne uwagi zgłoszone do ustawy o uzgodnieniu płci z 2015 r. uznać należy za uzasadnione.

§ 6. PODSUMOWANIE

Heteroseksualność jest cechą charakterystyczną małżeństwa, kwestii tej nie podważają ani międzynarodowe standardy praw człowieka, ani orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Pozostaje ona bowiem w ścisłym związku z celami i funkcjami rodziny, powszechnie uznawanej za szczególną wartość dla jednostki, społeczeństwa i państwa. Zjawisko stosowania instytucji małżeństwa także w odniesieniu do par homoseksualnych zostało jednak dostrzeżone zarówno w regulacjach międzynarodowych (art. 9 KPP), jak i w orzecznictwie strasburskim. Rozwiązania tego nie uznano jednak za standard wiążący, lecz zostawiono jego dopuszczalność decyzji poszczególnych państw. Polska regulacja

³⁴⁸ Negatywne opinie do projektu przedstawił SN, Prokurator Generalny, KRS. Druk Sejmowy 1469 VII kadencji.

³⁴⁹ Stanowisko prezydenta w uzasadnieniu do odmowy podpisania ustaw: Veto prezydenta do ustawy o uzgodnieniu płci wraz z uzasadnieniem..., *passim*.

przewidująca, że małżeństwo to związek kobiety i mężczyzny jest zatem realizacją kompetencji przysługujących państwom członkowskim.

Analizując heteroseksualność jako cechę charakterystyczną małżeństwa, należy zwrócić także uwagę na zjawisko transseksualizmu. Trzeba w tym kontekście podkreślić, że z prawnego punktu widzenia człowiek jest jednostką społeczną wchodzącą w różne relacje międzyludzkie regulowane odpowiednimi przepisami, uzależnione niekiedy od przynależności płciowej (małżeństwo, macierzyństwo, ojcostwo). Zachowanie przejrzystych zasad ustalających płeć ma zatem istotne znaczenie dla stabilności sytuacji prawnej. Decydująca dla określenia przynależności płciowej, szczególnie w zakresie prawa rodzinnego, powinna być zatem obiektywna prawda biologiczna – posiadanie określonych narządów rozrodczych wynikających z powstałego przy poczęciu chromosomu, które poprzez gospodarkę hormonalną mają wpływ na drugorzędne cechy płciowe, i z którymi łączą się możliwości prokreacyjne. Dlatego nieprzeprowadzenie lub przeprowadzenie jedynie częściowego dostosowania wyglądu do płci odczuwanej nie powinno stanowić podstaw do zmiany płci metrykalnej. Trudno zaakceptować częściową zmianę wyglądu płci pozostawiającą w sferze seksualnej i prokreacyjnej funkcje charakterystyczne dla płci, którą osoba zanegowała w kontekście odczuwanej przez siebie tożsamości płciowej. Zastanawia bowiem odrzucenie danej płci z równoczesną akceptacją dwóch kluczowych sfer z nią związanych – seksualnej i prokreacyjnej. Doprowadza to także do takich sytuacji jak urodzenie dziecka przez osobę traktowaną z punktu widzenia prawnego za mężczyznę³⁵⁰ oraz zawieranie małżeństw, których wspólne pożycie nie ma z natury heteroseksualnego charakteru. Warto podkreślić, że zmiana płci w trakcie trwania związku może prowadzić zarówno do powstania „faktycznie homoseksualnego” związku małżeńskiego lub „faktycznie heteroseksualnego” związku partnerskiego. W nieco szerszym ujęciu należy zatem zgodzić się z poglądem, że istota transseksualizmu pozostaje w sprzeczności ze wskazanymi seksualnymi i prokreacyjnymi dążeniami niektórych osób nim dotkniętych, co prowadzi do wniosku o konieczności przeprowadzania bardzo wnikliwej diagnozy tego zaburzenia³⁵¹.

³⁵⁰ Przykładem może być nagłośniona w mediach, a przywołana już, historia Thomasa Beatie, któremu jako transseksualiście bez pełnej chirurgicznej zmiany wyglądu płci zmieniono płeć metrykalną na podstawie mastektomii i terapii hormonalnej. Po zawarciu małżeństwa z kobietą, która nie mogła zajść w ciążę, trzykrotnie odstawił leki hormonalne, skorzystał z banku spermy i urodził troje dzieci pochodzących z zabiegu medycznie wspomaganą prokreacją.

³⁵¹ J. Ostojka, *Sądowa zmiana...*, s. 59. Autorka swoje wątpliwości ogranicza jedynie do prokreacyjnego wymiaru ludzkiej płciowości, pomijając aspekt seksualny.

Należy zwrócić uwagę, że do tej pory wiele systemów prawnych uzależniało i uzależnia skuteczną prawnie zmianę płci od przeprowadzenia stosownych zabiegów medycznych. W związku z tym pojawia się jednak pytanie o kolejność dokonywanych zmian wyglądu płciowego oraz płci metrykalnej. Zmiana płci w kontekście prawnym przed interwencją medyczną powoduje niejasności związane z istnieniem i egzekwowalnością obowiązku dostosowania swojego wyglądu do nowego stanu prawnego. Przeprowadzenie zabiegu przed procedurą prawną czyni natomiast z działania organu państwowego lub sądu zwykłą formalność potwierdzającą istniejącą już rzeczywistość. Należałoby zatem rozważyć dwuetapowość postępowania prowadzącego do tzw. zmiany płci – najpierw stwierdzenie występowania transseksualizmu dające podstawę do dokonania odpowiednich zabiegów medycznych, a po ich przeprowadzeniu dokonanie zmiany w dokumentach. W standardach wskazanych przez ekspertów podkreśla się jednak, że *nikt nie może być zmuszany do poddania się zabiegom medycznym, włączając w to chirurgiczną korektę płci, sterylizację czy terapię hormonalną, jako wymogowi uznania przez prawo ich tożsamości płciowej*³⁵². Pojawiają się także sugestie o konieczności weryfikacji przesłanek dokonania prawnego uznania płci, szczególnie dotyczących zmian fizycznych i usuwania tych, *które mają charakter nadmiernie dotkliwy*³⁵³.

Zauważyć można w związku z tym istotną liberalizację regulacji prawnych w tym zakresie. Rozwiązania takie budzą jednak wątpliwości w kontekście roli prawa, które szanując prawa jednostki, reguluje przede wszystkim stosunki

³⁵² *Zasady Yogyakarty*, [w:] *Zasady stosowania...*, s. 29.

³⁵³ Stanowisko Komisarza Praw Człowieka Rady Europy *Human Rights and Gender Identity* z 29.07.2009 r. nr CommDH/IssuePaper(2009)2 zawierające rekomendacje dla państw-stron co do prawnych regulacji dotyczących osób transseksualnych. Komisarz postuluje w nim zniesienie sterylizacji i innych rodzajów przymusowego leczenia jako warunku koniecznego do zmiany płci metrykalnej, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679#P277_71330 [dostęp: 28.08.2012]. Podobnie Zalecenie CM/Rec (2010) 5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, pkt 20. 26.06.2013 roku Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wydało rezolucję nr 1945 o położeniu kresu wymuszonej kastracji i sterylizacji, w której stwierdzono, że zabiegi te stanowią ciężkie naruszenie praw człowieka i godności ludzkiej. W związku z tym zalecono wszystkim państwom-stronom taką zmianę prawa, która w żadnej sytuacji nie będzie wymuszała poddania się zabiegowi sterylizacji lub kastracji, <http://assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=19984&lang=EN> [dostęp: 10.07.2013].

pomiędzy podmiotami³⁵⁴. Zmiana wyglądu płci bez zmiany płci stwierdzonej w dokumentach oraz brak zmiany wyglądu z równoczesną zmianą płci metrykalnej mają wpływ na relacje międzyludzkie i nie są dla nich obojętne. Dotyczy to przede wszystkim związku małżeńskiego oraz stosunku rodzice – dzieci. Pojawia się bowiem pytanie o możliwość kontynuowania istniejącego związku małżeńskiego po zmianie płci przez jednego z małżonków w trakcie jego trwania. Zmiana płci jednego z rodziców ma także wpływ na sytuację dziecka i jego relację z ojcem lub matką.

Ze względu na wpływ tzw. zmiany płci na życie seksualne i możliwości prokreacyjne należy także rozważyć, czy prawo nie powinno przewidywać obowiązku poinformowania o fakcie dokonania zmiany wyglądu płci osoby, z którą transseksualista zamierza zawrzeć ewentualny związek małżeński. Zmiana płci dokonana przed zawarciem małżeństwa, o której nie wiedział drugi z małżonków, powinna stanowić podstawę do unieważnienia tego związku.

Możliwość zawarcia małżeństwa przez osobę, która dokonała tzw. zmiany płci mogłaby zostać także uzależniona od konieczności uzyskania zezwolenia sądu, który musiałby ustalić, czy zawarcie tego związku nie pozostaje w sprzeczności z zasadą heteroseksualności małżeństwa.

Należałoby ponadto wprowadzić regulację, zgodnie z którą z chwilą dokonania tzw. zmiany płci dotychczasowe małżeństwo transseksualisty ustaje z mocy prawa.

³⁵⁴ Podobne wątpliwości zgłosił także P. Daniluk, *Zasada 3 Yogyakarta – dwie uwagi krytyczne (głos w dyskusji)*, [w:] *Orientacja seksualna...*, s. 215–216.

ROZDZIAŁ IV

MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA

§ 1. MONOGAMICZNOŚĆ JAKO CECHA CHARAKTERYSTYCZNA ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIEGO

Cechą charakterystyczną związku małżeńskiego powszechnie występującą w europejskich systemach prawnych jest jego monogamiczność. Oznacza to, że w świetle prawa małżeństwo zawrzeć może tylko para. Rozwiązanie to wskazywane jest jako korzystne zarówno dla mężczyzny, jak i kobiety. Mężczyzna uzyskuje w ten sposób pewność, że dzieci pochodzą od niego, kobieta natomiast gwarancję bezpieczeństwa i utrzymania dla swoich dzieci, obejmującą także ich prawo do dziedziczenia¹. Postawy mężczyzny i kobiety, niezbyt pochlebnie nazwane przejawem „genetycznego egoizmu”, słusznie uznawane są za towarzyszące ludzkości od zarania dziejów i mocno zakorzenione w ludzkiej naturze². Należy jednak zwrócić uwagę, że oczekiwane przez małżonków cele w praktyce osiągnięte zostaną tylko wówczas, gdy obowiązująca ich monogamia będzie miała nie tylko formalny, ale także faktyczny wymiar. Dlatego z zakazem zawierania kolejnego małżeństwa w czasie trwania dotychczasowego związku łączy się nałożony na małżonków obowiązek wierności, którego treść obejmuje powstrzymanie się od stosunków seksualnych z osobami trzecimi³. W małżeństwie nie chodzi zatem jedynie o niemożność równoczesnego pozostawania w kilku związkach formalnych, choć z punktu widzenia państwa monogamiczność małżeństwa służy także ograniczeniu kręgu osób, które mogą korzystać z profitów przewidzianych dla

¹ Monogamia została uznana za *win-win situation*, co oznacza, że obie strony stosunku małżeństwa odnoszą z niej korzyść, E. Callaway, *Monogamy and marriage may suit men after all*, „New Scientist” 2010, nr 205, s. 13, K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 366–367.

² J.N. Ferrer, *Beyond monogamy and polyamory: a new vision of intimate relationships for twenty-first century*, „ReVision” 2008, t. 30, nr 1/2, s. 54.

³ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 236.

małżonków. Istotne znaczenie ma rzeczywiste budowanie szczególnej intymnej relacji wyłącznie z jednym współmałżonkiem. Jako sprzeczne z taką wizją małżeństwa należy zatem uznać związki „otwarte”, czy „wahadłowe” („swingujące”)⁴ nawet wówczas, gdy ustalenia dotyczące braku obowiązku wierności wynikają z obopólnie akceptowanej umowy.

Małżeństwo nazywane „otwartym” to związek, w którym małżonkowie godzą się na indywidualne intymne relacje każdego z nich z partnerami z zewnątrz. Priorytetowe znaczenie dla obojga ma jednak łączący ich związek, a *seks pozamałżeński powinien być uważany za element podnoszący jakość relacji małżeńskich, a nie zagrażający tym relacjom*⁵.

Małżeństwo „wahadłowe” („swingujące”) z kolei to związek, w którym małżonkowie jako para umawiają się na seksualne przygody z osobami lub parami z zewnątrz. Jednak [...] *swinging, choć umożliwia seksualną niemonogamię, wymaga monogamii emocjonalnej; nie wolno się zakochać w innej osobie niż twój mąż lub twoja żona*⁶.

Z łatwością można dostrzec, że w obu sytuacjach chodzi o urozmaicenie życia seksualnego małżonków: każdego indywidualnie lub wspólnie. Takie rozwiązania są efektem rewolucji seksualnej, która doprowadziła do oddzielenia życia intymnego zarówno od statusu małżeńskiego, jak i wymiaru prokreacyjnego. Ponowoczesna wizja ludzkiej seksualności skupia się na maksymalizowaniu przyjemności i doznań oraz na zabawowym, rekreacyjnym podejściu do podejmowanych w tej sferze interakcji⁷. Zaznaczyć należy, że występowanie w praktyce wymienionych zjawisk znajduje się w sferze chronionej prywatności, a zatem poza możliwością prawnej ingerencji wbrew woli małżonków. Przepisy prawa znajdują zatem zastosowanie dopiero z inicjatywy jednego z nich. Uznanie jednak takich ustaleń między małżonkami za wiążące w świetle prawa prowadziłoby do sprzeczności z prawnym modelem małżeństwa, a w konsekwencji do zaakceptowania w niedalekiej przyszłości małżeństw grupowych, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części opracowania.

Warto zwrócić uwagę, że w niektórych systemach prawnych odchodzi się od wymogu wierności w odniesieniu do rejestrowanych związków partnerskich. Ma to niewątpliwy wpływ także na postrzeganie obowiązków małżeńskich,

⁴ Na ten temat zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 72; D. Anapol, *Poliamoria. Miłość i intymność z wieloma partnerami i partnerkami*, Warszawa 2013, s. 37–49.

⁵ A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 72.

⁶ D. Anapol, *Poliamoria...*, s. 40.

⁷ A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 98–103. Autorka zwraca uwagę, że *seksualność staje się własnością jednostki i jest elementem ponowoczesnej tożsamości człowieka*.

zwłaszcza w dobie kontraktualizacji tego stosunku prawnego, a także poszerzania małżeństwa na związki jedнопłciowe, które do tej pory rządziły się szczególnymi zasadami charakterystycznymi dla tych relacji, w których trwałość, monogamiczność czy wierność nie odgrywają tak istotnej roli⁸. Monogamiczność zaczyna być zatem postrzegana jako negocjowany element związku⁹. Rozwiązanie takie uzasadnia się *postępującą „prywatyzacją” związków formalnych, która zakłada, że to strony, a nie organy władzy publicznej, powinny każdorazowo określać wzajemne stosunki osobiste*¹⁰. W efekcie w wielu systemach prawnych rezygnuje się na przykład z orzekania o winie w postępowaniu rozwodowym. Poddaje się bowiem w wątpliwość utrzymywanie prawnego obowiązku wierności nałożonego na małżonków. Podważa się zgodność społecznego uzasadniania zasady monogamii wskazując, że negatywne konsekwencje zdrady przewidziane przez prawo ingerują w prywatną sferę ludzkiej seksualności¹¹. Podkreśla się także, że akceptacja swobody seksualnej osób stanu wolnego i jej obniżenie w odniesieniu do osób pozostających w związku małżeńskim może mieć wpływ na zawieranie małżeństw albo na opóźnianie decyzji w tej kwestii¹².

Nie można jednak pominąć koncepcji o pierwotnym i naturalnym źródle monogamii jako związku między jedną kobietą i jednym mężczyzną¹³. Jej zwolennicy trafnie zwracają uwagę, że to właśnie ta relacja w sposób naturalny może dać początek nowemu życiu. *Tylko między dwoma organizmami ludzkimi może zajść połączenie, dzieci są płodzone tylko przez dwoje rodziców różnej*

⁸ K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 366–367.

⁹ D. Majka-Rostek, *Związki jedнопłciowe jako...*, s. 506; E.F. Emens, *Monogamy's law: compulsory monogamy and polyamorous existence*, „New York University Review of Law & Social Change” 2004, nr 29, s. 285.

¹⁰ W. Rault, *Entre droit et symbole. Les usages sociaux du pacte civile de solidarite*, „Revue Francaise de Sociologie” 2007, nr 3(48), s. 562. Cyt. za: J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 303.

¹¹ T.L. Perry, *The „Essentials of Marriage”. Reconsidering the Duty of Support and Services*, „Yale Journal of Law & Feminism” 2003, vol. 15, s. 39.

¹² A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 44.

¹³ H. Fisher, *Anatomia miłości. Nowe spojrzenie. Opowieść o doborowaniu się w pary, małżeństwie i skokach w bok*, Poznań 2017, s. 69, 71–72. Autorka zwraca uwagę, że o poligimii *bardzo wiele się mówi, ale znacznie rzadziej się ją praktykuje* (z przywołanych badań wynika, że w społeczeństwach pozwalających na poligimie tylko 5–10% mężczyzn posiada kilka żon). Podkreśla także, że poliandria z kolei *jest rzadka nie tylko u ludzi, ale i u pozostałych stworzeń – z ważnego biologicznego powodu* – ciąża wymaga czasu, a samica potrzebuje odpoczynku pomiędzy kolejnymi porodami, poza tym samiec dołączający do haremu zmniejsza swoje szanse na posiadanie potomstwa.

płci¹⁴. Monogamiczność związku między kobietą i mężczyzną wiąże się także z faktem, że ludzkie potomstwo wymaga dłuższego okresu zaangażowania i troski rodziców, zanim osiągnie ono samodzielność¹⁵. Podkreśla się również, że tworzenie związku z tylko jednym partnerem ma źródło w uwarunkowaniach psychicznych istoty ludzkiej, w wyniku czego monogamia staje się naczelną regułą tworzenia relacji między kobietami i mężczyznami¹⁶.

W opracowaniach socjologicznych znaleźć można, poza już wskazanymi, różnego innego rodzaju uzasadnienia dla monogamiczności małżeństwa. Jedno z nich nazwano „teorią męskiego kompromisu”¹⁷, zgodnie z którą przyjmuje się, iż w społeczeństwie demokratycznym równość polityczna i społeczna między kobietami i mężczyznami obejmuje także sferę prokreacji. Koncepcja ta opiera się na założeniu, że poligynia jest przejawem męskiego dążenia do pozostawienia jak największej liczby potomków, a zatem wiąże się z występującą u każdej z płci różnicą w strategii reprodukcyjnej. Efektem równouprawnienia jest zatem, zgodnie z tą koncepcją, rezygnacja przez mężczyzn z wielożeństwa.

Z drugiej strony pojawia się „teoria żeńskiego wyboru”, według której to kobieta decyduje się na małżeństwo z żonatym mężczyzną wówczas, gdy status ekonomiczny mężczyzn w danym społeczeństwie istotnie się różni. Autorzy tej koncepcji podkreślają, że *kobiety wybiorą poligynię wówczas, gdy między mężczyznami istnieje znacząca różnica w posiadanych źródłach utrzymania, ponieważ lepiej zostać przykładowo dziesiątą żoną bogatego mężczyzny niż jedyną żoną biednego lub posiadającego skromne środki*¹⁸. W tym przypadku monogamia zależy od stopnia występujących w społeczeństwie różnic w statusie ekonomicznym. Zbliżona sytuacja materialna członków społeczeństwa wpływa zatem na decyzję kobiety o zawarciu związku monogamicznego.

¹⁴ B. Malinowski, *Małżeństwo, pokrewieństwo*, [w:] *Wiedza o kulturze. Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów*, G. Godlewski, L. Kolankiewicz i in. (red.), Warszawa 2001, s. 240.

¹⁵ H. Fisher, *Anatomia miłości...*, s. 72.

¹⁶ Tamże, s. 73–74. Autorka uważa, że *podstawową strategią rozrodczą Homo sapiens jest seryjna monogamia społeczna powiązana z utajonym cudzołóstwem, natomiast poligynia i polandria to oportunistyczne wtórne strategie rozrodcze* (Tamże, s. 396, przypis 43).

¹⁷ R.D. Alexander, *The biology of moral system*, 1987. Cyt. za: S.K. Sanderson, *Explaining monogamy and polygamy in human societies: comment on Kanazawa and Still*, „Social Forces” 2001, nr 80, s. 329–335.

¹⁸ Koncepcja S. Kanazawy i M.C. Still przedstawiona w: Tamże, s. 329–335. E.F. Emens zwraca uwagę nie tylko na kwestie ekonomiczne, ale także na takie cechy kandydata na męża, jak np. lenistwo. E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 333. Podobnie zob. H. Fisher, *Anatomia miłości...*, s. 68.

Stan posiadania jest także wskazywany jako powód rozprzestrzeniania się w poszczególnych społeczeństwach zasady monogamii. Brak środków do utrzymania wielu żon i dzieci spowodował, że mężczyźni zdecydowali się na jedną żonę¹⁹. Ponadto ograniczone obszary ziemi stanowiącej własność, które trudno byłoby podzielić na wielu spadkobierców, również stanowiły istotny argument za związkiem monogamicznym²⁰.

Monogamiczność małżeństwa uznawana jest także za cechę charakterystyczną dla bardziej zaawansowanych cywilizacji, lepiej służy bowiem współpracy niż generujące konflikty konkurowanie o żony, szczególnie w przypadku społeczeństw o dużej liczbie młodych mężczyzn²¹.

Za interesujące uznać należy także ekonomiczne uzasadnienie priorytetu związków monogamicznych. W tym przypadku zwraca się uwagę, że mężczyzna w takim związku jest bardziej zaangażowany w wychowanie i edukację swoich dzieci, a zatem dokonuje inwestycji o charakterze długoterminowym. Wielożeństwo powoduje natomiast, że skupia się on na zdobyciu kolejnej żony, zaniedbując tym samym dzieci i ich przyszłość²². Związek poligamiczny ponadto z natury narażony jest na pojawienie się poczucia zazdrości, a nawet nienawiści, co nie służy stabilności relacji²³. Powołując się na badania, podkreśla się również, że w domach, w których mieszka więcej niepowiązanych ze sobą osób dorosłych, częściej dochodzi do zaniedbań i nadużyć w stosunku do dzieci ze względu na rozmywające się poczucie odpowiedzialności rodziców za swoje potomstwo²⁴.

Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że przywołane argumenty uzasadniające monogamiczność małżeństwa łączą się z heteroseksualnym charakterem tego związku i jego prokreacyjnym wymiarem, pojawia się jednak pewna trudność w ich zastosowaniu w stosunku do par jedнопłciowych²⁵. Poszukując uzasadnienia dla zasady monogamiczności także w odniesieniu do związków homoseksualnych wskazuje się, że nadaje ona *relacjom stron obu rodzajów związ-*

¹⁹ S.K. Sanderson, *Explaining monogamy...*, s. 329–335 i przywołana tam literatura.

²⁰ E. Callaway, *Monogamy and marriage...*, s. 13.

²¹ S.K. Sanderson, *Explaining monogamy...*, s. 329–335 i przywołana tam literatura, T. Szlen-dak, *Socjologia rodziny...*, s. 124. Autor zwraca uwagę, że *wojna napędza poligamię, a poligamia wojnę*.

²² J.A. Porter, *L'amour for four...*, s. 2015–2016.

²³ F. Swennen, *O tempora! O mores! The evolving marriage concept and the impediments to marriage*, [w:] *Convergence and divergence...*, s. 135.

²⁴ J.A. Porter, *L'amour for four...*, s. 2117–2118.

²⁵ K. McK. Norrie, *Marriage is for heterosexuals...*, s. 366–367. Autor zwraca uwagę, że wierność w małżeństwie pomiędzy kobietą i mężczyzną wynika z prokreacyjnego potencjału łączącej ich relacji, którego brak w odniesieniu do pożycia par homoseksualnych.

ków charakter osobisty i – z założenia – intymny²⁶. Podkreśla się ponadto, że niezależnie od konfiguracji podmiotowej małżeństwo generalnie wywołuje takie same skutki prawne i nakłada na strony identyczne prawa i obowiązki osobiste (w tym na ogół obowiązek wierności oraz wspólnego życia) oraz majątkowe²⁷. Nie brakuje jednak także krytycznych uwag dotyczących tego, że pary jednopłciowe w niczym nieuzasadniony sposób zaadaptowały do swoich potrzeb ograniczający model heteroseksualnej monogamii²⁸.

Rozpatrując ponowoczesną wizję małżeństwa o mocno indywidualistycznych konotacjach stawia się jednak pytanie, czy monogamiczność jest rzeczywiście aż tak istotna dla istniejącej relacji²⁹? Wskazuje się ponadto, że im bardziej we współczesnym małżeństwie tracą na znaczeniu jego funkcje społeczne, a sam związek nabiera charakteru kontraktu regulującego majątkowe aspekty prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego, tym mniejsze znaczenie ma liczba stron takiego kontraktu³⁰. W świetle powyższej wypowiedzi, zmiana w tym zakresie jawi się jedynie jako kwestia czasu³¹.

W kontekście trwałości małżeństwa zauważa się, że monogamia może przybrać dwie postaci: monogamii konsekwentnej i monogamii seryjnej. Ta pierwsza polega na trwałym i dożywotnym, a zatem nierozwiązywalnym, związku między kobietą i mężczyzną. Faktyczne rozstanie partnerów powoduje w takim wypadku wystąpienie konkretnych sankcji. W przypadku monogamii seryjnej osoby są połączone związkiem na wyłączność jedynie w danym momencie, na czas trwania ich związku, który może ulec rozwiązaniu, co otwiera drogę do kolejnego małżeństwa³². Biorąc pod uwagę dopuszczalność rozwodów w europejskiej kulturze prawnej uznać należy, że celem małżeństwa jako stosunku prawnego, pewnym ideałem, powinna być monogamia o trwałym charakterze. W określonych przypadkach możliwe jest jednak rozwiązanie związku i zawarcie kolejnego z innym partnerem. Co ciekawe do niedawna pojęciem monogamii posługiwano się

²⁶ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 297.

²⁷ Tamże, s. 273.

²⁸ E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 326.

²⁹ R. Auchmuty, *What's so special about marriage...*, s. 480.

³⁰ F. Swennen, *O tempora!*..., s. 136.

³¹ W ten sposób o możliwości prawnej regulacji poligamii w Polsce wypowiada się Z. Lew-Starowicz w artykule M. Gąsiora, *Poligamia w Polsce? To kwestia kilku lat. Już teraz istnieje przynajmniej kilkanaście tysięcy trzyosobowych małżeństw*, <http://natemat.pl/29319,poligamia-w-polsce-to-kwestia-kilku-lat-juz-teraz-istnieje-przynajmniej-kilkanascie-tysiecy-trzyosobowych-malzenstw> [dostęp: 6.07.2015].

³² T. Szlendak, *Socjologia rodziny...*, s. 119.

wyłącznie w odniesieniu do monogamii konsekwentnej, przypadki ponownych małżeństw po wcześniejszym rozwodzie nazywano natomiast seryjną poligamią³³.

§ 2. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA W ŚWIELE STANDARDÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Monogamiczność jest cechą związku małżeńskiego niepoddawaną w zasadzie, w kontekście standardów międzynarodowych, dyskusji³⁴. Koncepcja małżeństwa jako relacji pomiędzy jedną kobietą i jednym mężczyzną została najwyraźniej wyrażona w urzędowym tekście Europejskiej konwencji praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonym w języku francuskim³⁵. Dosłowne tłumaczenie francuskiej wersji, które brzmi: *po osiągnięciu odpowiedniego wieku małżeńskiego mężczyzna i kobieta mają prawo się pobrać/zawrzeć ze sobą związek małżeński i założyć rodzinę*, w najwłaściwszy sposób wskazuje cechy definiujące małżeństwo³⁶. Zwraca bowiem uwagę zarówno na heteroseksualny, jak i monogamiczny charakter tego związku. Podkreśla ponadto, iż prawo do zawarcia małżeństwa nie przysługuje jednostce tylko parze. Nieco inaczej regulacja ta wygląda w wersji angielskiej, w których posłużono się liczbą mnogą „mężczyźni i kobiety”³⁷. Użycie takiego sformułowania mogłoby budzić pewne wątpliwości co do monogamicznego charakteru małżeństwa, tymczasem jest to cecha uznana powszechnie za oczywistą.

³³ D. Anapol, *Poliamoria...*, s. 38.

³⁴ K. Sękowska-Kozłowska, [w:] *Międzynarodowy Pakt...*, s. 582. Na cechę tę, jako oczywistą, zwraca się uwagę w komentarzach L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 712, 717. Por. I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 301. Autor zauważa, że Karta praw podstawowych Unii Europejskiej rezygnuje z *powiązania małżeństwa i rodziny z monogamicznym związkiem o charakterze heteroseksualnym*.

³⁵ L. Garlicki, [w:] *Konwencja...*, s. 713; I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 301. Po francusku art. 12 EKPCz brzmi: *l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille*. Polska wersja Konwencji jest tłumaczeniem z języka angielskiego i posługuje się liczbą mnogą „mężczyźni i kobiety”.

³⁶ W języku francuskim czasownik odpowiadający polskiemu „zawierać małżeństwo” jest czasownikiem zwrotnym. Mimo że polskie prawo nie posługuje się czasownikiem „pobierać się”, wydaje się, że najbardziej oddaje on sens francuskojęzycznej wersji art. 12 EKPCz. W wersji hiszpańskiej i włoskiej także użyto liczby pojedynczej „mężczyźni i kobiecie”. Podobny problem pojawia się przy różnych wersjach językowych Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka – w wersji angielskiej i hiszpańskiej art. 16 mowa o „kobietach i mężczyznach” w wersji francuskiej o „kobiecie i mężczyźnie”.

³⁷ Takie samo brzmienie art. 12 EKPCz przewiduje wersja niemiecka i rosyjska.

Uzasadniając znaczenie monogamiczności małżeństwa, podkreśla się przede wszystkim, że poligamia narusza godność kobiety i równość w małżeństwie³⁸, przez co pozostaje w sprzeczności z podstawowymi standardami międzynarodowymi. Najczęściej bowiem wielożeństwo wynika z uwarunkowań religijnych i kulturowych, w których zgoda kobiety na małżeństwo nie ma szczególnego znaczenia. Nierzadko dochodzi przy tej okazji do przymuszania młodych dziewcząt do zawarcia małżeństwa, a niekiedy nawet do związków kazirodczych³⁹. Z tego względu w sposób zdecydowany przeciwko poligamii opowiadają się organizacje feministek. Spotkać można jednak także bardziej postępowe stanowisko, zgodne z którym nowoczesne kobiety mogą skorzystać na poliginii po pierwsze dlatego, że pozwala ona na połączenie życia rodzinnego z karierą zawodową, gdyż odpowiedzialność za dom i dzieci rozkłada się na kilka żon. Po drugie dlatego, że kobiety mają większy wybór na rynku matrymonialnym⁴⁰. Zwraca się także uwagę, że poligamia służy budowaniu więzi między kobietami i poczuciu solidarności, podczas gdy monogamia izoluje kobietę od innych i „prywatyzuje” ją⁴¹.

W kontekście naruszania zasady równości płci warto zaznaczyć, że zakaz poligamii dotyczy zarówno kobiet (poliandria sytuacja, gdy jedna kobieta ma wielu mężów), jak i mężczyzn (poligynia, gdy jeden mężczyzna ma wiele żon). Ponadto, gdyby jedynym celem obowiązkowej monogamii była realizacja zasady równości, ten sam efekt można by osiągnąć wprowadzając możliwość posiadania

³⁸ Komentarz Ogólny do MPPPiO nr 28, Ogólna Rekomendacja nr 21 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet *Equality in marriage and family relations* pkt 14 i pkt 39; Ogólna Rekomendacja nr 29 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet *Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution* pkt 27–28, <http://www.refworld.org> [dostęp:19.06.2017]; Wyrok ETPCz z 13.02.2003 r. w sprawie *Refah Partisi (The Welfare Party) i inni przeciwko Turcji*, skargi nr 41340/98, 41342/98, 41343/98 oraz 41344/98.

³⁹ Wspomniane małżeństwa z przymusu, w tym szczególnie młodych dziewcząt, mają współcześnie miejsce przede wszystkim w państwach muzułmańskich. Przesłanki seksualne, takie jak gwałty czy kazirodztwo oraz zmuszanie młodych kobiet do małżeństwa, miały jednak miejsce także w społecznościach mormońskich w Stanach Zjednoczonych i znajdowały swój finał w sądzie. Przypadki te utwierdzały zarówno ustawodawcę, jak i społeczeństwo amerykańskie w przekonaniu o słuszności zakazu poliginii. Doprowadziło to do rezygnacji przez Mormonów z praktykowania wielożeństwa w 1890 r. Nadal jednak funkcjonuje radykalny odłam tego kościoła praktykujący poliginie. Na ten temat zob. J.A. Porter, *L'amour for four...*, s. 2104–2108.

⁴⁰ E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 333. Autorka podkreśla, że ze względu na większą możliwość wyboru *żadna kobieta nie musi wychodzić za mąż za leniwego mężczyznę* (tłum. M.Ł.-P.). Wskazuje także przykład kobiety, z zawodu prawnika, która żyje w małżeństwie mormońskim i jest jedną z dziewięciu żon (s. 314 i n.).

⁴¹ Tamże, s. 334.

wielu małżonków dla obu płci. Dlatego dla monogamii należy szukać uzasadnienia o bardziej uniwersalnym znaczeniu. Taki charakter ma z pewnością argument, że monogamiczność małżeństwa jest istotnym elementem europejskiej koncepcji tego związku⁴². Zwraca się także uwagę, że poligamia nie tylko narusza zasadę równości kobiet i mężczyzn, ale wywołuje ponadto poważne konsekwencje emocjonalne i finansowe zarówno dla kobiet, jak i ich dzieci⁴³.

Wątpliwości co do monogamicznego charakteru małżeństwa w świetle standardów międzynarodowych mogą pojawić się przy interpretacji art. 9 KPP, ponieważ przepis ten w zakresie realizacji prawa do zawarcia małżeństwa odsyła jedynie do regulacji krajowych⁴⁴.

Może wydawać się nieco zaskakujące, że za absolutną i bezdyskusyjną oczywistość przyjmuje się w Europie monogamiczność małżeństwa, skoro rozszerza się pojęcie małżeństwa na związki homoseksualne, a więcej państw na świecie dopuszcza wielożeństwo niż małżeństwo homoseksualne. Warto w tym kontekście zwrócić także uwagę, że w odniesieniu do monogamii kategorycznie wyklucza się możliwość zastosowania doktryny „żywego instrumentu”⁴⁵. Także argument o przemianach społecznych oraz wielokulturowości stosowany w odniesieniu do związków homoseksualnych, nie pojawia się w zasadzie w stosunku do poligamii, podczas gdy, jak trafnie zwrócono uwagę, w państwach europejskich wzrasta liczba praktykujących muzułmanów⁴⁶. W literaturze można znaleźć jednak i bardziej postępowe stanowisko, zgodne z którym, mimo asymilacji pomiędzy chrześci-

⁴² Zob. R. Mizerski, *Prawa człowieka a poligamia*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” 2016, nr 7, s. 190–191.

⁴³ Ogólna Rekomendacja nr 21 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet *Equality in marriage and family relations* pkt 14 i pkt 39; Ogólna Rekomendacja nr 29 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet *Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution* pkt 27–28, <http://www.refworld.org> [dostęp: 19.06.2017].

⁴⁴ I.C. Kamiński, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej...*, s. 301. Autor zwraca uwagę, że art. 9 KPP pozostawia państwom kompetencję do definiowania małżeństwa, ponieważ nie zawiera *powiązania małżeństwa i rodziny z monogamicznym związkiem o charakterze heteroseksualnym*.

⁴⁵ P. Domagała, *Granice interpretacji...*, s. 158.

⁴⁶ G. Puppincq, C. de La Houge, A. Popescu, *Third party observations...* Autorzy zadali tam pytanie, dlaczego homoseksualizm miałby być bardziej do zaakceptowania niż poligamia. Podkreślili także, że biorąc pod uwagę przemiany społeczne należałoby zalegalizować zarówno poligamię, jak i małżeństwa dzieci, ponieważ w wielu krajach takich jak Turcja, Szwajcaria, Belgia i Wielka Brytania jest więcej praktykujących muzułmanów niż związków osób tej samej płci.

jaństwem a islamem występującej w wielu częściach świata, Europa nie jest jeszcze gotowa do porzucenia zasady monogamii charakterystycznej dla zachodnich systemów prawnych⁴⁷.

Zasada monogamii została uwzględniona także w regulacjach Unii Europejskiej dotyczących praw imigracyjnych. W pkt. 11 Preambuły do Dyrektywy Rady 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin podkreślono, że prawo to powinno być wykonywane zgodnie z wartościami i zasadami uznawanymi przez państwa członkowskie, w szczególności w odniesieniu do praw kobiet i dzieci, co uzasadnia ewentualne podjęcie środków ograniczających skierowanych przeciwko wnioskowi o łączenie rodzin poligamicznych. Znalazło to także swój wyraz w art. 4 ust. 4, zgodnie z którym *w przypadku małżeństwa poligamicznego, jeżeli małżonek członka rodziny rozdzielonej mieszka już z członkiem rodziny rozdzielonej na terytorium Państwa Członkowskiego, dane Państwo Członkowskie nie zezwala na łączenie rodziny kolejnego małżonka*. Także Komisja Europejska w wytycznych do dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich podkreśliła, że *państwa członkowskie nie są zobowiązane do uznawania małżeństw poligamicznych, zawartych zgodnie z prawem w kraju trzecim, które mogą być sprzeczne z ich własnym porządkiem prawnym*⁴⁸.

Analizując standardy międzynarodowe, trudno jednoznacznie stwierdzić, czy proklamowana w nich monogamia ma mieć charakter konsekwentnej czy seryjnej. Ze względu na występującą we wszystkich europejskich systemach prawnych instytucję rozwodu przyjęć należy, że ustawodawcy dopuszczają monogamię seryjną. Co więcej, na podstawie art. 12 EKPCz konstruuje się nawet prawo do ponownego zawarcia małżeństwa⁴⁹, którego warunkiem jest wcześniejszy rozwód. Próbuje się także, jak dotąd bezskutecznie, wyprowadzić z przywołanych regulacji prawo do rozwodu⁵⁰.

⁴⁷ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 19.

⁴⁸ Komunikat Komisji z 2.07.2009 r. do Parlamentu Europejskiego i Rady, wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich KOM(2009) 313.

⁴⁹ Wyrok ETPCz z 18.12.1987 r. w sprawie *F. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11329/85; Wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *V.K. przeciwko Chorwacji*, skarga nr 38380/08; Wyrok ETPCz z 10.04.2017 r. w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.

⁵⁰ Zdania odrębne sędziów Pinto de Albuquerque i Andrés Sajó do wyroku w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.

§ 3. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Monogamiczność małżeństwa została uznana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka za jedną z fundamentalnych zasad obowiązujących w regulacjach prawa rodzinnego poszczególnych państw członkowskich⁵¹. Można zatem uznać, że jest to cecha charakteryzująca europejską wizję małżeństwa, a żadne z postanowień konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie stanowi podstawy do żądania umożliwienia na gruncie prawa krajowego zawarcia równoczesnego lub kolejnego związku. Państwa–strony mają także prawo do odmowy uznania małżeństw poligamicznych zawartych za granicą, z powołaniem się na ich sprzeczność z wewnętrznym porządkiem prawnym⁵².

Trybunał Praw Człowieka rozpatrywał w kontekście zasady monogamiczności małżeństwa sprawy dotyczące sytuacji prawnej cudzoziemców, którzy zgodnie z prawem państwa pochodzenia pozostawali w poligamicznych związkach małżeńskich i chcieli na podstawie przepisów o łączeniu rodzin sprowadzić swoje żony do kraju, w którym obowiązuje zasada monogamii. W sprawie *R.B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*⁵³ zaskarżono brytyjskie przepisy zezwalające na to, aby tylko jedna żona mogła uzyskać prawo wjazdu i pobytu na terenie Zjednoczonego Królestwa. Celem tej regulacji było zapobieganie zjawisku faktycznej bigamii na terenie Wielkiej Brytanii. Europejska Komisja Praw Człowieka uznała, że uniemożliwienie wjazdu do państwa, w którym przebywa mąż i ojciec, nie stanowi naruszenia art. 8 EKPCz, jeśli dotyczy kolejnej żony cudzoziemca przebywającego na terenie kraju, w którym bigamia jest niedopuszczalna. Takie rozwiązanie prawne, które chroni małżeństwo monogamiczne wynikające z kultury chrześcijańskiej, dominującej w danym kraju, stanowiło, zdaniem Komisji, dopuszczalny w demokratycznym społeczeństwie, sposób ingerencji mającej na celu ochronę moralności lub praw i wolności innych osób (art. 8 § 2 EKPCz)⁵⁴.

⁵¹ Wyrok ETPCz z 14.06.2011 r. w sprawie *Ivanov i Petrova przeciwko Bułgarii*, skarga nr 15001/04.

⁵² Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 5.10.1987 r. w sprawie *M. and O.M. przeciwko Holandii*, skarga nr 12139/86.

⁵³ Decyzja z 29.06.1992 r. o niedopuszczalności skargi *R.B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga 19628/92.

⁵⁴ Trybunał uznał jednak małżeństwo poligamiczne za podpadające pod pojęcie życia rodzinnego.

Druga kategoria spraw rozpatrywanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka dotyczyła dopuszczalności rozwodu jako środka prawnego otwierającego drogę do kolejnego związku małżeńskiego⁵⁵. Postępowania te tylko w pośredni sposób dotyczyły kwestii monogamiczności małżeństwa. Zwracano w nich bowiem uwagę, że skoro systemy prawne państw przewidują, że w danym czasie można pozostawać tylko w jednym związku małżeńskim, warunkiem ponownego małżeństwa jest wcześniejszy rozwód. Trybunał uznał jednak, że art. 12 EKPCz nie konstruuje prawa do rozwodu. Zostało to wyrażone w wyraźny sposób w *travaux préparatoires* do konwencji, w których stwierdzono, że przywołany przepis, w przeciwieństwie do art. 16 PDPCz, przewiduje jedynie prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, a nie dotyczy praw przysługujących małżonkom po ustaniu łączącego ich stosunku prawnego⁵⁶. W związku z tym w 1986 r. Trybunał uznał, że brak instytucji rozwodu w systemie prawnym, uniemożliwiający rozwiązanie pierwszego małżeństwa i zawarcie nowego związku nie narusza ani obowiązku ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPCz), ani prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny (art. 12 EKPCz). Podkreślił ponadto, że w społeczeństwie, które szanuje zasadę monogamiczności związku małżeńskiego, niedopuszczalność rozwodów nie stanowi naruszenia istoty prawa gwarantowanego w art. 12 EKPCz⁵⁷.

Nie stanowi także naruszenia konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności odmowa rozwodu w sytuacji, gdy żąda go małżonek wyłącznie winny, a drugi małżonek nie wyraża zgody na rozwiązanie małżeństwa⁵⁸.

Za sprzeczne z art. 12 EKPCz Trybunał uznał jednak wprowadzenie czasowego ograniczenia możliwości zawarcia kolejnego małżeństwa po rozwodzie. Przepis ten bowiem stoi na straży prawa do ponownego zawarcia małżeństwa dla osoby rozwiedzionej w sytuacji, gdy prawo krajowe dopuszcza możliwość rozwiązania małżeństwa⁵⁹.

⁵⁵ Wyrok ETPCz z 18.12.1986 r. w sprawie *Johntson i inni przeciwko Irlandii*, skarga nr 9697/82; Wyrok ETPCz z 18.12.1987 r. w sprawie *F. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11329/85; Wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *V.K. przeciwko Chorwacji*, skarga nr 38380/08; Wyrok ETPCz z 10.04.2017 r. w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.

⁵⁶ „Collected Edition of the »Travaux préparatoires«”, t. 1, s. 268.

⁵⁷ Wyrok ETPCz z 18.12.1986 r. w sprawie *Johntson i inni przeciwko Irlandii*, skarga nr 9697/82.

⁵⁸ Wyrok ETPCz z 10.04.2017 r. w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.

⁵⁹ Wyrok ETPCz z 18.12.1987 r. w sprawie *F. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11329/85.

Naruszeniem art. 12 EKPCz jest także uniemożliwienie ponownego małżeństwa ze względu na przedłużające się postępowanie rozwodowe i nieuwzględnienie wniosku powoda o częściowe rozpatrzenie sprawy pozwalające na zawarcie kolejnego związku⁶⁰.

Analiza przedstawionego powyżej orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pozwala na skonstruowanie następujących wniosków. Po pierwsze, panująca w europejskich systemach prawnych zasada monogamii pozwala na nieuwzględnianie skutków prawnych małżeństw poligamicznych zawartych zgodnie z prawem innego kręgu kulturowego. Po drugie, monogamiczność związku małżeńskiego pozostaje w ścisłym związku z jego trwałością. Zastosowanie obu wymienionych zasad dotyczących małżeństwa może skutkować brakiem możliwości zawarcia kolejnego związku małżeńskiego, co nie stanowi naruszenia postanowień konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

§ 4. MONOGAMICZNOŚĆ W REGULACJACH KRAJOWYCH PAŃSTW EUROPEJSKICH

Podkreślić należy, że problem małżeństwa poligamicznego jako przewidzianej prawem instytucji nie dotyczy państw europejskich, gdyż żaden system prawny tego kręgu kulturowego nie dopuszcza możliwości zawarcia kolejnego małżeństwa przez osobę pozostającą już w takim stosunku prawnym. W Europie nie ma państwa, które przewidywałoby możliwość pozostawania w tym samym czasie w związku małżeńskim łączącym więcej niż jedną osobę lub w kilku niezależnych od siebie związkach małżeńskich. Niedopuszczalne jest zatem zarówno jedno małżeństwo łączące wiele osób, jak i równoczesność kilku niezależnych związków.

Zasada monogamii rozpatrywana bywa także w szerszym znaczeniu⁶¹, gdyż przeszkodą do zawarcia małżeństwa w świetle niektórych systemów prawnych jest także pozostawanie w związku partnerskim⁶². Wyjątkiem jest jedynie możliwość zawarcia małżeństwa między dotychczasowymi partnerami. Innym

⁶⁰ Wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *V.K. przeciwko Chorwacji*, skarga nr 38380/08.

⁶¹ M. Nazar, *Pozostawanie w związku małżeńskim jako okoliczność wyłączająca zawarcie kolejnego małżeństwa*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011, s. 11–12. Autor zwraca uwagę, że dokonana w Europie redefinicja małżeństwa pociąga za sobą konieczność redefinicji zakazu bigamii.

⁶² Np. art. 1306 BGB, art. 4 norweskiej ustawy małżeńskiej, art. 6 fińskiej ustawy małżeńskiej, art. 11 lit. b Matrimonial Causes Act 1973 (c. 18), art. 5 ust. 4 lit. b Marriage (Scotland) Act 1977, art. 13 ust. 1 lit. D Matrimonial Causes (Northern Ireland) Order 1978.

funkcjonującym rozwiązaniem jest przyjęcie, że z chwilą zawarcia małżeństwa związek partnerski ustaje *ex lege*⁶³. W literaturze tematu podkreśla się, iż stanowi to wyraz uznania nadrzędnej pozycji małżeństwa wobec związku partnerskiego⁶⁴. Zakaz bigamii obejmuje zatem zarówno niedopuszczalność pozostawania równocześnie w więcej niż jednym związku małżeńskim, jak i w związku partnerskim i związku małżeńskim⁶⁵.

W europejskich systemach prawnych pozostawanie w związku małżeńskim najczęściej stanowi przeszkodę do wstąpienia w kolejny związek⁶⁶. Jest zatem okolicznością braną pod uwagę w trakcie dokonywania czynności formalnych poprzedzających procedurę zawarcia małżeństwa. Osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo musi w związku z tym wykazać, że jej poprzedni związek ustał⁶⁷. Szczególną rolę w ustaleniu nieistnienia przeszkód małżeńskich odgrywa urzędnik stanu cywilnego. Gdyby jednak doszło do zawarcia nowego małżeństwa, mimo pozostawania przez jednego z małżonków w poprzednim związku, systemy prawne państw europejskich wskazują określone konsekwencje dla związku bigamicznego. Większość regulacji przewiduje w takim przypadku możliwość unieważnienia albo stwierdzenia nieważności drugiego małżeństwa⁶⁸. W niektórych natomiast pozostawanie w związku małżeńskim jest podstawą do rozwiązania związku bigamicznego przez rozwód⁶⁹. W doktrynie zwrócono nawet uwagę, że takie rozwiązanie bardziej odpowiada współczesnej wizji prawa rodzinnego, stanowiąc odejście od rozwiązań wzorowanych na prawie kanonicznym, w którym przewidziano możliwość stwierdzenia nieważności małżeństwa⁷⁰.

⁶³ Np. art. 1:42 holenderskiego kodeksu cywilnego, art. 515–7 francuskiego kodeksu cywilnego.

⁶⁴ J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek...*, s. 295.

⁶⁵ Charakterystyczna dla małżeństwa zasada monogamiczności znalazła także zastosowanie w przypadku rejestrowanych związków partnerskich. Przeszkodą do zawarcia takiego związku jest bowiem pozostawanie już w zawartym wcześniej z inną osobą.

⁶⁶ Np.: sec. 4 norweskiego prawa małżeńskiego, art. 3.16 litewskiego kodeksu cywilnego, art. 147 belgijskiego kodeksu cywilnego, sec. 6 fińskiego prawa małżeńskiego, art. 96 szwajcarskiego kodeksu cywilnego, art. 1:33 holenderskiego kodeksu cywilnego, art. 1306 BGB, art. 147 francuskiego kodeksu cywilnego, art. 13 polskiego k.r.o.

⁶⁷ Np.: sec. 7 pkt e norweskiego prawa małżeńskiego, art. 1:44 pkt 1 d holenderskiego kodeksu cywilnego, sec. 12 ust. 2 fińskiego prawa małżeńskiego.

⁶⁸ Np.: art. 117 w zw. z art. 86 włoskiego kodeksu cywilnego, art. 1314 pkt 1 w zw. z art. 1306 BGB, art. 3.37 w zw. z art. 3.16 litewskiego kodeksu cywilnego, art. 1:69 holenderskiego kodeksu cywilnego, art. 184 w zw. z art. 147 kodeksu cywilnego belgijskiego, art. 105 pkt 1 szwajcarskiego kodeksu cywilnego, art. 13 k.r.o.

⁶⁹ Np. sec. 24 norweskiej ustawy małżeńskiej, sec. 27 § 1 pkt 2 fińskiej ustawy małżeńskiej.

⁷⁰ I. Schwenzer, M. Dimsey, *Model Family Code...*, s. 13.

Bigamia stanowi najczęściej także przestępstwo przeciwko rodzinie⁷¹. We Francji natomiast traktowana jest jako przestępstwo przeciwko administracji publicznej popełnione przez osoby fizyczne, jest to zatem *atak na obowiązujący system administracji publicznej, która dopuszcza zawieranie małżeństw tylko w formie monogamicznej*⁷².

Są jednak i takie państwa, które nie przewidują odpowiedzialności karnej z powodu zawarcia kolejnego małżeństwa mimo trwania poprzedniego. Ich regulacje w tej kwestii ograniczają się jedynie do ustanowienia przeszkody małżeńskiej polegającej na pozostawaniu we wcześniej zawartym związku małżeńskim (Rosja).

Mimo tak jednoznacznych regulacji prawnych państwa europejskie zmagają się obecnie z problemem faktycznego wielożeństwa występującym przede wszystkim wśród zamieszkujących stary kontynent społeczności muzułmańskich. Przepisy prawa krajowego, w tym także prawo prywatne międzynarodowe oraz prawo regulujące sytuację prawną cudzoziemców, starają się zapobiegać pojawiającemu się na terenie Europy zjawisku poligamii przychodzącemu z zewnątrz⁷³. Z tego względu przepisy dotyczące łączenia rodzin oraz uzyskiwania obywatelstwa uprzywilejowują wyłącznie jednego małżonka.

Funkcjonujące w regulacjach krajowych zakazy bigamii dotyczą jednak przede wszystkim możliwości zawarcia kolejnego małżeństwa przez obywateli danego państwa lub cudzoziemców przebywających na jego terenie. Problemem pozostaje natomiast uznawanie małżeństw zawartych poza granicami konkretnego państwa (tam, gdzie małżeństwa poligamiczne są dopuszczalne) przez obywateli państwa niewymagającego od małżonków monogamii. W niektórych systemach

⁷¹ Szwecja, Szwajcaria, Rumunia, Węgry, Finlandia, Bułgaria, Belgia, Luksemburg. P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo bigamii w ujęciu prawnoporównawczym*, [w:] *Bigamia...*, s. 119.

⁷² Tamże, s. 119.

⁷³ V. Federico, *Europe facing polygamy Italy, France and UK accept the challenge of immigration*, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws6/w6-federico.pdf>. [dostęp: 16.06.2015]. Problem poligamii występujący w krajach europejskich związany jest z żyjącą na ich terytoriach imigracją z krajów arabskich. Tytułem przykładu wskazać można Francję gdzie przez dziesięciolecia poligamia była legalna dla imigrantów z 50 krajów, których systemy prawne ją dopuszczały. Dopiero w 1993 r. Francja zakazała wielożeństwa, decydując się jednocześnie na udzielenie pomocy kolejnym żonom w celu ich ekonomicznego usamodzielnienia. Mimo to, zgodnie z raportem przygotowanym w 2006 r. przez Commission nationale consultative des droits de l'homme, we Francji żyło pomiędzy 16 000 a 20 000 rodzin poligamicznych, czyli około 180 000 osób, biorąc pod uwagę także dzieci. Informacje ze strony Human Rights Without Frontiers International: <http://www.hrwf.net> [dostęp: 16.06.2015].

prawnych małżeństwa takie wywołują określone skutki prawne, gdy przemawia za tym interes kobiety i dzieci. Dotyczy to przede wszystkim takich kwestii, jak odszkodowanie czy dziedziczenie⁷⁴.

Poważnym problemem państw europejskich jest także kwestia udzielania pomocy w postaci świadczeń socjalnych na rzecz rodzin faktycznie poligamicznych. Z jednej strony, niektóre systemy prawne wprowadzają uprawnienia do pobierania świadczeń dla wszystkich żon poligamisty⁷⁵. Z drugiej strony, kobiety żyjące w wyznaniowych związkach poligamicznych niewywołujących skutków prawnych uzyskują status matek samotnie wychowujących dzieci⁷⁶.

§ 5. WPŁYW PONOWOCZESNYCH ZJAWISK SPOŁECZNYCH NA ZASADĘ MONOGAMICZNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

1. POLIAMORIA – PONOWOCZESNA ALTERNATYWA DLA MONOGAMII

Analizując monogamiczność małżeństwa jako cechę charakteryzującą ten związek międzyludzki, warto zwrócić uwagę na występujące na świecie zjawisko tzw. poliamorii⁷⁷ (*poli* – wielość, *amor* – miłość). Podkreślić należy, że już w latach 70. odbywały się cykliczne konferencje naukowe poświęcone alternatywnym formom życia małżeńsko-rodzinnego, na których poruszano zagadnienia dotyczące także tzw. małżeństw grupowych i komun⁷⁸. Nie można zatem wykluczyć, że tworzenie współcześnie nowych pojęć i poszukiwanie ich ideologicznego uzasadnienia może stanowić zapowiedź ewentualnych dążeń do wprowadzenia odpowiedniej regulacji prawnej.

⁷⁴ D. Beke, *Nie w interesie mężczyzny*, „Rzeczpospolita” 26.06.2004. Autor przedstawia problem w kontekście prawa belgijskiego i holenderskiego.

⁷⁵ Wielka Brytania. Na podstawie: *Muzułmanie biorą zasiłki na wszystkie swoje żony. A poligamia jest zabroniona w UK*, <http://www.polishexpress.co.uk/muzulmanie-pobieraja-zasilki-na-swoje-zony-mimo-ze-poligamia-jest-zabroniona-w-uk/> [dostęp: 14.03.2018]; *Szwecja zabrania, a jednak jest wielożenstwo*, „Rzeczpospolita” 11.11.2017, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/311119989-Szwecja-zabrania-a-jednak-jest-wielozenstwo.html> [dostęp: 14.03.2018].

⁷⁶ Na tej podstawie ze świadczeń socjalnych korzystają kolejne żony poligamistów mieszkających np. w Niemczech.

⁷⁷ O poligynii oraz poliamorii zob. J.A. Porter, *L'amour for four...*, s. 2093–2139.

⁷⁸ Więcej na ten temat zob. A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 70 i n.

Związki poliamoryczne to związki kilku osób o dowolnej orientacji seksualnej, obejmujące przede wszystkim wspólne życie seksualne łączone niekiedy ze wspólnym mieszkaniem i prowadzeniem gospodarstwa domowego, co nie jest jednak konieczne. Opisując to zjawisko, duży nacisk kładzie się przede wszystkim na emocjonalny charakter więzi między kilkoma osobami oraz na szczerłość i autentyczność tej relacji⁷⁹. Wskazuje się pięć zasad, na których budowane są związki poliamoryczne: samoświadomość (self-knowledge), radykalna uczciwość (radical honesty), porozumienie/zgoda (consent), samodecydowanie (self-possession) oraz uznawanie priorytetu miłości i seksu przed innymi uczuciami takimi jak zazdrość⁸⁰. W tym kontekście obowiązek monogamii traktowany jest jako przejaw stereotypu, że to właśnie zazdrość jest dowodem miłości⁸¹.

Poliamoria wskazywana jest jako wolna od przymusu umowa (porozumienie)⁸² między zaangażowanymi osobami, które podejmują decyzję o wspólnym życiu nie ze względów religijnych czy kulturowych, jak ma to miejsce w przypadku poligamii, lecz jako sposób realizowania ich własnych potrzeb i pragnień, a nie oczekiwań społecznych czy wyznaniowych⁸³. Cechą charakterystyczną tych związków jest akceptacja wielości partnerów i otwartości na różne doznania, co zdaniem poliamorystów jest uczciwsze od zdrad i oszustw, jakie mają miejsce w związkach monogamicznych⁸⁴. Poliamoria definiowana jest jako *niemonoga-*

⁷⁹ Na temat zjawiska poliamorii: D. Easton, J.W. Hardy, *Puszczalscy z zasadami. Praktyczny przewodnik dla miłośników poliamorii, otwartych związków i innych przygód*, Warszawa 2012; D. Anapol, *Poliamoria...*; *Wielomiłość. Energia seksualna przyszłości*, „Przekrój” 9.07.2012; J. Czarnecka, *Poliamoria – życie w sieci przyjacielsko-miłosno-seksualnej*, <http://stylzycia.new-sweek.pl/poliamoria-zycie-w-sieci-przyjacielsko-milosno-seksualnej,artykuly,356991,1.html> [dostęp:18.06.2015]; A. Domańska, *Poliamoria – wszystko w rodzinie*, <http://zwierciadlo.pl/2012/seks/erotyka/poliamoria-wszystko-w-rodzinie> [dostęp:18.06.2015].

Zwrócić należy uwagę na brzmienie ostatniego tytułu, w którym związki poliamoryczne traktowane są jak „rodzina”, w tekście pojawia się także określenie „małżeństwa mnogie” czy „grupowe”. M. Barker zwraca uwagę, że poliamoria jest wyrazem rozprzestrzeniającego się rozwoju relacji miłości w kierunku równości wyboru, pragnień, zaufania oraz zgodności w miejsce tradycyjnych układów monogamicznych. M. Barker, *This is my partner, and this is my...partner's partner. Constructing a polyamorous identity in a monogamous world*, „Journal of Constructivist Psychology” 2005, nr 18, s. 78.

⁸⁰ E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 283.

⁸¹ Spostrzeżenia A. Philipsa. Cyt. za: Tamże, s. 288–289.

⁸² J.A. Porter: *L'amour for four...*, s. 2098.

⁸³ Tamże, s. 2101-2102.

⁸⁴ M. Barker, *This is my partner...*, s. 81.

*miczna orientacja relacyjna*⁸⁵, gdyż osoby w nią zaangażowane odczuwają i realizują więź emocjonalną i seksualną z kilkoma osobami w tym samym czasie. Wszystkie osoby pozostające w związku akceptują się wzajemnie, budując relacje także między sobą⁸⁶. Poliamorię wskazuje się między innymi jako rozwiązanie dla osób biseksualnych, ponieważ umożliwia ona pozostawanie w tym samym czasie w intymnych relacjach z osobami różnych płci i orientacji seksualnych⁸⁷.

Wydaje się, że poliamorię traktować można jako ponowoczesną formę poligamii⁸⁸, ogołoconej z jej społecznego wymiaru polegającego na zapewnieniu bytu rodzinie i ciągłości pokoleń. Jej głównym celem jest bowiem zaspokajanie indywidualnych potrzeb emocjonalnych i seksualnych jednostki. Stworzenie nowej nazwy i nacisk na równość partnerów pozostających w relacji dobrowolnie i z aprobatą wszystkich uczestników niweluje argument o nierównym traktowaniu kobiet⁸⁹. Istnieją jednak istotne różnice między poligamią a poliamorią. Po pierwsze, cel relacji poligamicznej jest podobny jak w przypadku małżeństwa monogamicznego, a mianowicie zrodzenie i wychowanie potomstwa. Po drugie, poligamia to tak naprawdę kilka związków małżeńskich następujących po sobie i współistniejących, w których występuje jeden wspólny małżonek, relacje emocjonalne i seksualne łączą jednak zawsze indywidualnie konkretną parę. Stąd, występująca zdecydowanie częściej poligynia, nazywana jest niekiedy monogamią wieloraką lub sukcesywną⁹⁰.

Związki poliamoryczne natomiast łączą, a w każdym razie mogą łączyć, w różnym zakresie i z różną intensywnością wszystkie zaangażowane osoby, dlatego są niekiedy nazywane „małżeństwami grupowymi”⁹¹. Należy jednak podkreślić, że

⁸⁵ Tamże, s. 75, 83. Autorka zwraca uwagę, że osoby poliamoryczne podkreślają, że ich niezdolność do monogamii wynika z ich natury.

⁸⁶ Związki poliamoryczne to związki łączące wiele osób, dopuszczalne są zatem także grupowe stosunki seksualne.

⁸⁷ Tamże, s. 77.

⁸⁸ M. Barker uznaje poliamorię za fragment szerszej transformacji relacji intymnych w ponowoczesnym społeczeństwie. Tamże, s. 78.

⁸⁹ Choć na ten temat można znaleźć różne opinie, por. K. Pasek, *Poliamoria. Wyzwolenie czy zniewolenie dla kobiet?*, <http://www.psychologia-spoleczna.pl/aktualnosci/1414-poliamoria.html> [dostęp: 21.06.2015].

⁹⁰ B. Malinowski, *Małżeństwo, pokrewieństwo...*, s. 239; Tenże, *Seks i stłumienie w społeczności dzikich oraz inne studia o płci, rodzinie i stosunkach pokrewieństwa*, Warszawa 1987, s. 323. Autor podkreśla, że każdy ze związków poligamisty powstał według wzoru małżeństwa monogamicznego.

⁹¹ Analiza kilku opracowań dotyczących związków poliamorycznych pozwala na stwierdzenie, że nie jest to zjawisko jednolite. Relacje takie mogą dotyczyć trójki, czwórki i więcej osób

stosowanie tego pojęcia do tak odległego od małżeństwa zjawiska społecznego trafnie zostało uznane za błędne i wykazujące *zupełny brak zrozumienia istoty tej instytucji*⁹². Słuszną obawę przed dopuszczeniem tej szczególnej formy poligamii wyrażają przeciwnicy rozszerzania małżeństwa na związki homoseksualne⁹³. Na taką konsekwencję wskazują także sami działacze organizacji gejowskich, którzy deklarują, że „logicznym i nieuniknionym” następstwem po legalizacji małżeństw homoseksualnych będzie legalizacja małżeństw grupowych, czyli związków trojga i większej liczby osób⁹⁴. Podobną reakcję wywołało orzeczenie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obergefell v. Hodges*, w którym przyznano parom jedнопłciowym prawo do zawierania związków małżeńskich na terenie wszystkich Stanów. Natychmiast pojawiły się głosy, że legalizacja związków poligamicznych jest kolejnym krokiem w kierunku liberalizacji instytucji małżeństwa i gwarantowania równości w dostępie do niej⁹⁵. Działania w tym zakresie zostały także podjęte w Szwecji, gdzie rozpoczęto publiczną debatę na temat prawnego uregulowania małżeństw „neutralnych liczbowo”⁹⁶. Poliamoria nie jest jednak traktowana jako rodzaj mniejszości, lecz jako wyraz

o różnych orientacjach seksualnych. Może też łączyć wszystkich uczestników, a może tylko niektórych. Ponadto zjawisko to bywa trudne do odróżnienia np. od par swingujących. W literaturze wskazuje się, że w tym drugim przypadku chodzi przede wszystkim o doznania seksualne, podczas gdy poliamoryści budują między sobą relacje emocjonalne. *Swingierki i swingerzy najpierw uprawiają seks, a później się zaprzyjaźniają, natomiast osoby poliamoryczne najpierw zaczynają się przyjaźnić, a później, być może, lecz niekoniecznie, idą do łóżka*. D. Anapol, *Poliamoria...*, s. 40.

⁹² B. Malinowski, *Seks i stłumienie...*, s. 324.

⁹³ Zob. np. G. Puppinc, C. de La Hougue, A. Popescu, *Written observation submitted to...* Na tę kwestię zwróciła też uwagę A. Kwak, *Rodzina w dobie...*, s. 96.

⁹⁴ Wypowiedź B. Dittricha z 2013 r., <http://www.wprost.pl/ar/393084/Dzis-malzenstwa-homoseksualne-jutro-grupowe/> [dostęp: 18.06.2015]. W tym kontekście warto także zwrócić uwagę na wypowiedź A. Domańskiej: *Instytucja małżeństwa przez wieki trzymała się mocno. Ale powoli odchodzi do lamusa. Na razie zastępuje ją zjawisko seryjnej monogamii. Co będzie dalej? My! – twierdzą poliamoryści*. A. Domańska, *Poliamoria – wszystko w rodzinie...*; zob. także J. Bennett, *Polyamory. The Next Sexual Revolution?*, <http://www.newsweek.com/polyamory-next-sexual-revolution-82053> [dostęp: 1.07.2015]; *Poligamiści, łączcie się!* <http://swiat.newsweek.pl/poligamisci-laczcie-sie-,14680,1,1.html> [dostęp: 1.07.2015].

⁹⁵ F. Deboer, *It's time to legalize polygamy*, „Politico Magazine” 26.06.2015, <https://www.politico.com/magazine/story/2015/06/gay-marriage-decision-polygamy-119469> [dostęp: 27.03.2019].

⁹⁶ G. Górny, *Polowanie na rodzinę*, „Wprost” 26.06.2005; J.M. Ferenz, *Poligamia po szwedzku*, „Rzeczpospolita” 13.07.2015, <https://www.rp.pl/Publicystyka/307129890-Poligamia-po-szwedzku.html> [dostęp: 26.03.2019].

potrzeb większości, ponieważ *konflikt pomiędzy niemonogamiczną naturą a monogamiczną tradycją musi zacząć być traktowany jako uzasadniony powód dla poszukiwania nowych form relacji*⁹⁷.

Zwolennicy związków zawieranych pomiędzy kilkoma osobami podkreślają, że w dobie kryzysu monogamii we współczesnej kulturze, może wartościowym byłoby rozważenie potencjału i społecznych korzyści płynących z odpowiedzialnych form związków niemonogamicznych⁹⁸. Argumentem za przyjęciem takiego rozwiązania, przywoływanym również w kontekście małżeństw jednopłciowych, jest powoływanie się na fakt, że są ludzie, którzy żyją w takich związkach. Pomysł ten bywa jednak także krytykowany przez osoby aprobujące małżeństwa jednopłciowe, które podkreślają, że *małżeństwa grupowe to przeszłość, a nie przyszłość prawa małżeńskiego*⁹⁹. Równocześnie podejmuje się już pierwsze próby legalizacji związków kilkuosobowych czego przykładem może być zawarcie małżeństwa przed notariuszem przez dwie kobiety i mężczyznę w miejscowości Tupa w Brazylii¹⁰⁰ oraz w Medellin w Kolumbii, gdzie to samo uczyniło trzech mężczyzn¹⁰¹. Pojawia się także pojęcie „poly-” i „mono-” tożsamości¹⁰².

Warto zwrócić uwagę, że z dotychczasowych eksperymentów z małżeństwami grupowymi wynika, że żaden z nich nie przetrwał próby czasu, a potrzeba tworzenia par przez mężczyzn i kobiety okazała się silniejsza nawet wówczas, gdy wymagało to działania w ukryciu¹⁰³. Za trafne uznać zatem należy stwierdzenie,

⁹⁷ E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 344.

⁹⁸ J.N. Ferrer, *Beyond monogamy...*, s. 57.

⁹⁹ J. Rauch, *No, polygamy isn't the next gay marriage*, „Politico Magazine” 30.06.2015, <https://www.politico.com/magazine/story/2015/06/polygamy-not-next-gay-marriage-119614> [dostęp: 26.03.2019].

¹⁰⁰ Na ten temat zob. <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/malzenstwo-trzech-osob-w-brazylia-mozliwe,273522.html> [dostęp: 6.07.2015]; a także A. Szydło, *Zalegalizowany trójkąt to koniec hipokryzji?*, http://wyborcza.pl/1,75477,12394689,Zalegalizowany_trojkat_to_koniec_hipokryzji__OPINIE_.html#ixzz3f6xn7Gpk [dostęp: 6.07.2015]

¹⁰¹ <http://www.rp.pl/Spoleczenstwo/306149910-Kolumbia-Pierwsze-poliamoryczne-malzenstwo-gejow.html#ap-1> [dostęp: 16.07.2017].

¹⁰² E.F. Emens, *Monogamy's law...*, s. 284.

¹⁰³ H. Fisher, *Anatomia miłości...*, s. 72–73. Autorka opisuje historię sekskomuny założonej w Oneidzie w stanie Nowy York przez Johna Humphreya Noyesa. F. Adamski wskazuje na trzy przykłady ingerencji w „klasyczną” wizję małżeństwa i rodziny. Jako pierwszą opisuje wspomnianą już amerykańską komunę Oneidy założoną pod koniec XIX w. przez Johna Humfrey'a Noyesa w Putney (stan Vermont). Drugim jest trwający kilkanaście lat eksperyment radziecki propagujący wolne związki i zastąpienie wychowawczej i socjalizującej funkcji rodziny przez instytucje socjalistyczne. Trzecim – realizowany w kibucach izraelski model „wspólnoty życia – pracy – miłości – wychowania” oparty na ideologii kolektywistycznej. Każdy z nich zakończył się

że obojętnie, ile komun by ktoś wymyślił, w końcu i tak zawsze pojawi się w nich rodzina¹⁰⁴.

2. SOLOGAMIA – SPOSÓB NA SAMOREALIZACJĘ W INDYWIDUALISTYCZNYM ŚWIECIE

Bardzo daleko idącym pomysłem, który jawi się nieco absurdalnie, choć występuje już w praktyce jako zjawisko społeczne, jest „małżeństwo z samym sobą” nazywane sologamią¹⁰⁵. Osoby, które „zawarły” taki „związek” jako powód swojej decyzji wskazują: presję społeczną dotyczącą zawarcia małżeństwa¹⁰⁶, odczuwaną potrzebę poprawy samooceny po rozwodzie oraz uświadomienia sobie osobistej odpowiedzialności za własne szczęście¹⁰⁷, a także poszukiwanie sposobu wyrazu samorealizacji i ujawniania samoświadomości¹⁰⁸.

Jakkolwiek ceremonie takie nie wywołują żadnych skutków prawnych¹⁰⁹, to stanowią wyraz daleko idącego indywidualizmu obecnego we współczesnym świecie. Jeżeli jednak małżeństwo jako relacja z innymi osobami służyć ma zaspokajaniu własnych potrzeb emocjonalnych i seksualnych, ma być sposobem samorealizacji bez odniesienia do wymiaru społecznego i istotnych funkcji realizowanych w ten sposób przez jednostki, to prostą konsekwencją takiego podejścia może być nawet „małżeństwo z samym sobą”. Dążenie do prawnej regulacji w tym zakresie wcale nie musi być takie odległe, skoro pojawiają się głosy o istnieniu czwartej

niepowodzeniem ukazując wartość i znaczenie społeczne rodziny jako środowiska kształtującego młode pokolenie. F. Adamski, *Utopijne teorie...*, *passim*.

¹⁰⁴ Zdanie M. Mead przytoczone przez H. Fisher, *Anatomia miłości...*, s. 73.

¹⁰⁵ T. George, *Same-self marriage*, <http://www.firstthings.com/web-exclusives/2014/11/same-self-marriage> [dostęp: 5.07.2015]. Autor wymienia jako praktyki związane z wspólnymi koncepcjami małżeństwa: relacje jednopłciowe, poligamiczne, kazirodcze, poliamoryczne oraz właśnie sologamię. S. Sharpe w książce: *A Dress, A Ring, Promises to Self. An unconventional wedding planner for one* wydanej w 2012 r. opisała własną ceremonię sologamiczną.

¹⁰⁶ Tajwanka Chen Wei-yihi w 2010 r., <http://www.tvn24.pl/ciekawostki-michalki/5/tajwanski-samoslub,150155.html> [dostęp: 5.07.2015].

¹⁰⁷ Nadine Schweigert w USA 2012 r., <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2149364/Single-mother-reveals-married-HERSELF-goes-date-nights-alone.html> [dostęp: 5.07.2015].

¹⁰⁸ Grace Gelder w Wielkiej Brytanii 2014 r., <http://www.news.com.au/lifestyle/relationships/grace-gelder-single-for-six-years-marries-herself-in-devon-england/story-fne-t09y4-1227081389637> [dostęp: 5.07.2015].

¹⁰⁹ Początek historii małżeństw jednopłciowych to także ceremonie bez skutków prawnych – pierwszy publiczny ślub osób tej samej płci został przeprowadzony przez Troya Perry’ego, twórcę Metropolitarnej Wspólnoty Kościelnej, w USA w 1969 r.

orientacji seksualnej nazywanej aseksualnością albo aseksualizmem¹¹⁰. Nie można zatem wykluczyć, że w przyszłości prawo do zawarcia małżeństwa zacznie być traktowane jako prawo do samej ceremonii poprawiającej samopoczucie i samoocenę zainteresowanego, a dopuszczenie do „małżeństwa z samym sobą” uznane zostanie jako przejaw braku dyskryminacji osób o „orientacji bezrelacyjnej”, nie żyjących w związkach z innymi. Takie rozwiązanie może stanowić skutek przesunięcia punktu ciężkości z pierwotnego, społecznego znaczenia instytucji małżeństwa na ponowoczesny indywidualizm i samorealizację oraz priorytetowe znaczenie odczuwania szczęścia i przyjemności przez jednostkę¹¹¹. Warto zwrócić w tym kontekście uwagę, że Karta praw podstawowych Unii Europejskiej podkreśla jedynie istnienie przysługującego człowiekowi prawa do samego zawarcia małżeństwa, nie wskazuje natomiast na to, że małżeństwo jest relacją z drugim człowiekiem, która ma jakiś istotny cel.

§ 6. ZASADA MONOGAMICZNOŚCI MAŁŻEŃSTWA W PRAWIE POLSKIM

1. PODSTAWY PRAWNE ZASADY MONOGAMICZNOŚCI MAŁŻEŃSTWA

Podzielić należy pogląd, że monogamiczność małżeństwa jest obok heteroseksualności oczywista i głęboko zakorzeniona *w tradycyjnych normach właściwych dla polskiego obszaru kulturowego*¹¹². Znajdują one swój wyraz zarówno w normach o randze konstytucyjnej, jak i ustawodawstwie zwykłym. Pierwszym źródłem wskazującym, że małżeństwo to związek jednej kobiety i jednego mężczyzny, jest art. 18 konst.¹¹³, chociaż zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze wyrażono

¹¹⁰ Aseksualnymi nazywane są osoby, które nie odczuwają pociągu seksualnego ani do przedstawicieli swojej płci, ani płci przeciwnej. Zob. A.F. Bogaert, *Understanding asexuality*, Lanham 2015; J.S. Decker, *The Invisible Orientation: An Introduction to Asexuality*, Nowy Jork 2015; film dokumentalny Davida Jay'a: *(A)sexual*, <https://www.asexuality.org/> [dostęp: 2.10.2018]; <https://pl.wikipedia.org/wiki/Aseksualizm> [dostęp: 2.10.2018]; <http://www.newsweek.pl/styl-zycia/styl/aseksualni-w-polsce-czy-niechec-do-seksujest-naturalna-,89036,1,1.html> [dostęp: 2.10.2018]; <https://portal.abczdrowie.pl/aseksualnosc> [dostęp: 7.09.2018]; <http://zdrowie.dziennik.pl/aktualnosci/artykuly/401620,aseksualizm-czwarta-orientacja-seksualna.html> [dostęp: 7.09.2018].

¹¹¹ W ten sposób zob. także L.D. Wardle, *The attack on marriage...*, s. 1371.

¹¹² M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 39.

¹¹³ W ten sposób Marszałek Sejmu w piśmie z 10.06.2009 r. w postępowaniu do wyroku TK z 11.05.2011 r. SK 11/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędo-

pogląd, że przepis ten przesądza jedynie o heteroseksualnym charakterze małżeństwa¹¹⁴. Co ciekawe jednak, na gruncie art. 67 ust 1. zd. 1 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej¹¹⁵, który nie zawierał definicji małżeństwa, zarówno przedstawiciele nauki, jak i judykatury wyrazili opinię, że zasada monogamii jest jedną z podstawowych zasad polskiego porządku prawnego¹¹⁶. Tym bardziej zatem należy ją uznać za oczywistą w świetle obowiązującego art. 18 konst.

Monogamiczność nie jest jednak jedynie właściwością normatywną małżeństwa ukształtowaną przez przepisy prawa, stanowi bowiem cechę charakterystyczną stosunku prawnego, który uzyskał ten status ze względu na szczególną wartość społeczną¹¹⁷. W tym kontekście znaczenie ma nie tylko formalna monogamiczność małżeństwa polegająca na uniemożliwieniu zawarcia kolejnego związku, dopóki trwa poprzedni, ale także przewidziana prawem monogamiczność faktyczna polegająca na nałożonym na małżonków obowiązku wierności. Z tego

wy”, 2011, nr 4, poz. 32; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej...*, s. 147; E. Holewińska-Łapińska, *Unieważnienie małżeństwa w praktyce sądowej*, „Studia i analizy Sądu Najwyższego”, 2012, t. 6, s. 120; W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP...*, s. 480; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 136; G. Kowalski, *Założenia prawa rodzinnego...*, s. 51; A. Wąsek, J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Gdańsk 2010, s. 1176; J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–211a*, t. 2, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2017, s. 835; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2017, s. 820–821; Tenże, *Małżeństwo monogamiczne...*, s. 217.

¹¹⁴ Wyrok TK z 9.11.2010 r., SK 10/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2010, nr 9; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 20; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 772, przypis 53. Autor zwraca uwagę na *brak konsekwencji ustawodawcy co do formułowania przepisów w liczbie pojedynczej lub mnogiej*. Tenże, *Małżeństwo jako instytucja...*, s. 469.

¹¹⁵ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22.07.1952 r., Dz. U. 1952 Nr 33, poz. 232.

¹¹⁶ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 66; Z. Radwański, *Konstytucyjna ochrona...*, s. 235; postanowienie SN z 26.08.1974 r., I CR 608/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, nr 7–8, poz. 141, s. 319–320; uchwała (7) SN z 20.01.1982 r., III CZP 37/82, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1983, poz. 107.

¹¹⁷ Zob. S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.)..., s. 822. Autor zwraca uwagę, że *prawo chroni bowiem rodziny i małżeństwa wyłącznie jako swoistych instytucji prawnych, pozostają one pod ochroną przede wszystkim z tego powodu, że są istotnymi wartościami społecznymi, albowiem to właśnie małżeństwo monogamiczne uznane zostało za wartość większą (uznaną także konstytucyjnie) niż jakakolwiek inna forma związku międzyludzkiego*.

względem można mieć wątpliwości, czy monogamiczność należy traktować jedynie za cechę dodatkową małżeństwa, czy też, podobnie jak heteroseksualność, stanowi ona cechę esencjalną¹¹⁸. Za drugorzędym znaczeniem monogamiczności przemawia fakt, że jej naruszenie nie powoduje nieistnienia kolejnego małżeństwa, lecz stanowi podstawę do jego unieważnienia. Charakter cechy szczególnej nadają natomiast monogamiczności: szeroki krąg osób uprawnionych do żądania unieważnienia kolejnego małżeństwa, możliwość przeprowadzenia tej procedury także po śmierci małżonków, wzmocnienie zakazu zawierania kolejnych małżeństw przez prawo karne oraz nieuznawalność małżeństw poligamicznych zawartych za granicą.

Monogamiczność małżeństwa znalazła zatem swój wyraz w usankcjonowanym prawnie zakazie zawierania małżeństwa przez osobę, która już pozostaje w takim związku (art. 13 k.r.o.). Naruszenie tego zakazu skutkuje nie tylko możliwością unieważnienia małżeństwa bigamicznego, ale także odpowiedzialnością karną za zawarcie kolejnego małżeństwa (art. 206 k.k.). Monogamia stanowi także jedną z klauzul porządku publicznego weryfikujących możliwość zastosowania obcych regulacji (art. 7 p.p.m.¹¹⁹). Warto także podkreślić, że w przypadku unieważnienia małżeństwa z powodu bigamii nie można powołać się na nadużycie prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), nawet wówczas, gdy w efekcie takiego orzeczenia ucierpieć miałby małżonek zawierający małżeństwo w dobrej wierze. Usunięcie skutków sytuacji naruszającej polski porządek prawny oraz pozostający w sprzeczności z powszechnym poczuciem moralności wynika z konieczności uwzględnienia interesu społecznego nadrzędnego w tym wypadku nad interesem małżonków¹²⁰.

Monogamiczność można jednak uznać także za przesłankę zawarcia małżeństwa wskazaną w art. 1 k.r.o, w którym mowa o tym, że małżeństwo zawiera jedna kobieta z jednym mężczyzną. Taka interpretacja, jak dotąd nie wyrażana wprost w literaturze, najprawdopodobniej ze względu na swą oczywistość, przesądza o niedopuszczalności na gruncie polskiego prawa ani tzw. małżeństw grupowych, ani „małżeństwa z samym sobą”.

¹¹⁸ T. Sokołowski traktuje monogamiczność jako cechę dodatkową, a heteroseksualność jako cechę esencjalną. T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 729.

¹¹⁹ Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, tekst jedn. Dz. U. 2015 poz. 1792 ze zm.

¹²⁰ Wyrok SN z 14.01.1971 r., II CR 601/70, LEX 6857; Wyrok SN z 13.04.1973 r., II CR 106/73, LEX 7246; M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 29.

2. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA JAKO PRZESŁANKA JEGO POWSTANIA

W doktrynie wskazuje się, że art. 1 k.r.o. wymienia tzw. przesłanki istnienia małżeństwa, których wystąpienie w chwili zawierania tego związku przesądza o jego powstaniu. Wśród tych przesłanek wymienia się przede wszystkim odmiennosc płci nupturientów, ich jednoczesną obecność oraz udział czynnika oficjalnego w osobie kierownika urzędu stanu cywilnego albo duchownego¹²¹. Uznać należy, że przepis ten przewiduje także przesłankę monogamiczności regulując zawarcie małżeństwa między jedną kobietą i jednym mężczyzną. W świetle art. 1 k.r.o. nie jest bowiem możliwe wstąpienie w związek małżeński przez więcej niż dwie osoby równocześnie. Próba zawarcia tzw. małżeństwa grupowego powinna spotkać się z odmową ze strony kierownika urzędu stanu cywilnego (art. 5 k.r.o.). Jeżeli doszłoby jednak do sporządzenia aktu małżeństwa, w którym wpisano by więcej niż dwóch małżonków, dawałoby to podstawę do stwierdzenia nieistnienia małżeństwa zgodnie z art. 2 k.r.o. W procedurze zawierania małżeństwa nie doszło bowiem do spełnienia przesłanki monogamiczności małżeństwa.

3. POZOSTAWANIE W ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIM JAKO OKOLICZNOŚĆ UNIEMOŻLIWIAJĄCA ZAWARCIE MAŁŻEŃSTWA

3.1. UWAGI OGÓLNE

Polski ustawodawca, podobnie jak wielu innych należących do europejskiego kręgu kultury prawnej, wskazał wśród tzw. przeszkód czy zakazów małżeńskich fakt pozostawania przez nupturienta w zawartym już wcześniej związku małżeńskim. Pozostawanie w związku małżeńskim oznacza, że poprzednie małżeństwo nie ustało przez śmierć współmałżonka czy też na skutek orzeczonego przez sąd rozwodu, nie zostało ono także unieważnione z przyczyn wskazanych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Monogamia w świetle polskiej regulacji ma zatem charakter monogamii seryjnej i oznacza, że w danym momencie można mieć tylko jednego małżonka, jednak ustanie dotychczasowego związku otwiera drogę do ponownego małżeństwa, także za życia poprzedniego małżonka.

Małżeństwo, które uniemożliwia zawarcie kolejnego musi być związkiem istniejącym, a zatem zawartym zgodnie z właściwymi przepisami prawa dotyczą-

¹²¹ Na temat przesłanek zawarcia małżeństwa: J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 192 i n.; J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 70 i n.; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 36 i n.; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne...*, s. 43 i n.

cymi formy. Wolne od przeszkody bigamii są zatem osoby, których małżeństwo okazało się *matrimonium non existens*, choć w sytuacji, gdy związek ten znalazł potwierdzenie w akcie małżeństwa, konieczne będzie przeprowadzenie sądowego stwierdzenia nieistnienia małżeństwa (art. 2 k.r.o. w zw. z art. 3 pr.a.s.c.).

Przeszkodę do zawarcia kolejnego związku stanowi wyłącznie małżeństwo będące stosunkiem cywilnoprawnym o świeckim charakterze. Nie będzie zatem naruszeniem art. 13 k.r.o. sytuacja, gdy osoba zamierzająca zawrzeć związek małżeński zgodnie z przepisami polskiego prawa rodzinnego, pozostaje równocześnie w związku o wyłącznie wyznaniowym charakterze z inną osobą niż ta, z którą chce skorzystać z małżeństwa świeckiego. W świetle prawa państwowego bowiem związek wyznaniowy wywołuje jedynie takie skutki jak konkubinat¹²². Monogamiczność małżeństwa ma zatem na gruncie polskiego prawa przede wszystkim charakter formalny.

Nie można natomiast zgodzić się z poglądem, że art. 13 k.r.o. dotyczy tylko małżeństwa zawartego przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego¹²³. Po pierwsze, przeszkodą do zawarcia kolejnego małżeństwa jest każde małżeństwo wywołujące skutki na gruncie prawa polskiego, a zatem także to, które powstało w sposób przewidziany w art. 1 § 2 i 3 k.r.o. Po drugie, fakt pozostawania już w związku małżeńskim podlega weryfikacji kierownika urzędu stanu cywilnego niezależnie od tego, z której formy nupturieneci zamierzają skorzystać. Kierownik urzędu stanu cywilnego bada bowiem stan cywilny małżonków w obu przypadkach na podstawie przedłożonych przez nich dokumentów (dowodu tożsamości oraz pisemnych zapewnień o tym, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających małżeństwo między nimi art. 76 ust. 1 pkt 2 pr.a.s.c.) oraz korzystając z elektronicznego dostępu do aktów stanu cywilnego (na podstawie art. 25 ust 1 pr.a.s.c. w akcie urodzenia umieszcza się przypisek o zawarciu małżeństwa oraz jego ustaniu). W odniesieniu do przewidzianej w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym formy zawarcia małżeństwa przed duchownym pojawiają się jednak w kontekście przesłanki pozostawania w związku małżeńskim pewne wątpliwości, które zostaną omówione poniżej.

Konsekwencją zawarcia małżeństwa mimo przeszkody pozostawania już w takim związku jest możliwość unieważnienia małżeństwa bigamicznego. Pol-

¹²² Warto zwrócić uwagę na instrukcję Komisji Episkopatu Polski dotyczącą małżeństwa konkordatowego, w której zobowiązano duchownych do zapewnienia, aby śluby wyznaniowe wywoływały także skutki cywilne. Na ten temat także J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 169. Autor uważa jednak, że takie przypadki „monogamii faktycznej” są raczej mało prawdopodobne.

¹²³ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 113.

skie prawo nie przewiduje nieistnienia takiego małżeństwa, co oznacza, że do momentu uprawomocnienia się wyroku w kwestii nieważności, oba małżeństwa rodzą skutki prawne, co w praktyce może wywoływać pewne komplikacje. Dotyczą one na przykład kwestii wskazania spadkobierców ustawowych¹²⁴ oraz wysokości ich udziałów, a także ustalenia ojcostwa w przypadku, gdy matka pozostaje w dwóch małżeństwach. Poważne trudności interpretacyjne pojawiają się także w odniesieniu do stosunków majątkowych małżeńskich¹²⁵. Z tego względu istotne znaczenie odgrywa zarówno szeroko przyznana legitymacja do wytoczenia powództwa o unieważnienie małżeństwa z powodu bigamii uzależniona jedynie od interesu prawnego powoda, wyraźne uprawnienie prokuratora w tym zakresie, a także brak ograniczenia czasowego dla wszczęcia procedury oraz możliwość jej przeprowadzenia po ustaniu małżeństwa. Wszystkie wymienione rozwiązania podkreślają rangę przeszkody pozostawania w związku małżeńskim, co stanowi wyraz zasady monogamiczności małżeństwa w polskim prawie.

3.2. PRZESKODA POZOSTAWANIA W ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIM W PRZYPADKU MAŁŻEŃSTWA ZAWIERANEGO PRZED DUCHOWNYM

Czynnością zamykającą procedurę zawierania małżeństwa przed duchownym jest sporządzenie aktu małżeństwa traktowane jako jedna z konstytutywnych przesłanek zawarcia związku małżeńskiego w trybie art. 1 § 2 i 3 k.r.o.¹²⁶. Pomie-

¹²⁴ Na temat skutków bigamii na gruncie prawa spadkowego: M. Łączkowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: art. 450–1088, M. Gutowski (red.), Warszawa 2016, s. 1491–1492 i przywołana tam literatura.

¹²⁵ M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 29–30.

¹²⁶ Wyrok SN z 3.03.2004 r., III CK 346/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 23 z glosą aprobującą T. Smyczyńskiego; T. Smyczyński, *Nowelizacja prawa małżeńskiego*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 1, s. 26; Tenże, *Konstytutywny charakter sporządzenia aktu małżeństwa konkordatowego*, „Prawo i Prawo” 2006, nr 3, s. 100. Autor zmodyfikował jednak nieco swoje stanowisko uznając, że sporządzenie aktu małżeństwa jest przesłanką konieczną, choć nie konstytutywną, bez niej nie ma jednak małżeństwa. Tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 130 i n.; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 43 i n.; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne...*, s. 45; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 201; M. Nazar, *Zawarcie małżeństwa według prawa polskiego z uwzględnieniem postanowień podpisanego 28 lipca 1993 r. konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, nr 3, s. 491; A. Tunia, *Realizacja przesłanki koniecznej dotyczącej udziału czynnika oficjalnego przy zawieraniu małżeństwa w trybie art. 1 § 2 KRO*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie ...*, s. 123; A. Mezglewski, *Katalog przesłanek koniecznych zawarcia małżeństwa cywilnego w formie wyznaniowej*, [w:] *Przesłanki konieczne...*, s. 19; T. Sokołowski, *Zastosowanie przepisów regulujących zawarcie małżeństwa „konkordatowego”*, [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i Europie*, P. Kasprzyk (red.), Lublin 2005,

dzy chwilą złożenia przez nupturientów oświadczeń woli zawarcia małżeństwa świeckiego równocześnie z wyznaniowym a sporządzeniem aktu małżeństwa upływa jednak pewien okres, w którym nie do końca jasny jest stan cywilny tych osób. Powstaje w związku z tym stan zawieszenia, niepewności, w czasie którego może dojść do różnego rodzaju zdarzeń mających wpływ na sytuację prawną osób zainteresowanych zawarciem małżeństwa¹²⁷. Pojawia się bowiem pytanie o znaczenie okoliczności mogących mieć wpływ na możliwość zawarcia małżeństwa, które wystąpiły po złożeniu oświadczeń woli zawarcia małżeństwa cywilnego wraz z wyznaniowym, ale przed sporządzeniem aktu małżeństwa, których przykładem może być zawarcie w tym czasie innego małżeństwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Stosunkowo krótki czas przewidziany na sporządzenie aktu małżeństwa ma co prawda służyć zminimalizowaniu potencjalnego niebezpieczeństwa zawarcia przez jedną ze stron małżeństwa o podwójnym skutku ponownego, bigamicznego związku z innym partnerem¹²⁸, nie można jednak zupełnie wykluczyć takiej możliwości.

Zgodzić należy się z poglądem, że ocena zdolności zawarcia związku małżeńskiego dokonywana przez kierownika urzędu stanu cywilnego ma miejsce przed przystąpieniem do samej procedury zawarcia małżeństwa. Odbywa się ona w momencie wizyty nupturientów w urzędzie, w czasie której przedkładają oni dowody tożsamości oraz pisemne zapewnienie, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie przez nich małżeństwa (art. 76 ust. 1 pkt 1 pr.a.s.c.). Wówczas kierownik, który ustali, że zawarcie małżeństwa jest niedopuszczalne, odmawia przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński albo wydania zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa. Merytoryczna ocena dopuszczalności zawarcia danego małżeństwa dokonywana jest zatem przed przystąpieniem do samej procedury,

s. 90; W. Góralski, *Konstrukcja prawna małżeństwa zawieranego w trybie art. 1 § 2 KRO*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie ...*, s. 117–121.

¹²⁷ A. Mączyński wskazuje: uprawomocnienie się wyroku o całkowitym ubezwłasnowolnieniu, zapadnięcie na chorobę psychiczną, zawarcie małżeństwa z inną osobą, uprawomocnienie się orzeczenia ustalającego pokrewieństwo, uprawomocnienie się orzeczenia orzekającego przyposobienie. A. Mączyński, *Znaczenie prawne aktu małżeństwa w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa o aktach stanu cywilnego*, [w:] *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, M. Pazdan (red.), Katowice 2000, s. 314. Na problem zwraca także uwagę J. Wójcik, *Charakter prawny sporządzenia aktu małżeństwa z art. 1 § 2 k.r.o w perspektywie prawoporównawczej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8, s. 125 oraz R.A. Domański, *Konstytutywny czy deklaratywny charakter sporządzenia aktu małżeństwa w USC w przypadku małżeństwa konkordatowego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3, s. 93.

¹²⁸ J. Strzebińczyk, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 29.

a nie w trakcie czynności rejestracyjnych następujących po fakcie¹²⁹. Potwierdza to treść art. 82 ust. 1 pr.a.s.c., zgodnie z którym kierownik urzędu stanu cywilnego, który sporządził akt małżeństwa na podstawie zaświadczenia stwierdzającego brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa i zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński zostały złożone w obecności duchownego, występuje, w terminie jednego dnia roboczego od dnia sporządzenia aktu małżeństwa, do kierownika urzędu stanu cywilnego, który przyjął pisemne zapewnienie nupturientów, o przesłanie tego zapewnienia. Dokumenty stanowiące podstawę dopuszczalności małżeństwa trafiają zatem do właściwego miejscowo urzędu stanu cywilnego już po sporządzeniu aktu małżeństwa. Ponadto znaczenie dla ustalenia, czy dane małżeństwo może zostać zawarte w świetle polskiego prawa, mają okoliczności występujące najpóźniej w dacie jego zawierania. Jedyną kwestią, jaką weryfikuje kierownik urzędu stanu cywilnego sporządzający akt małżeństwa zawartego przed duchownym, to kwestia dochowania terminu z art. 8 § 3 k.r.o. (art. 87 ust.5 pr.a.s.c.)¹³⁰ oraz kompletność nadesłanych dokumentów¹³¹. Stwierdzenie, że w okresie pięciu dni od zawarcia małżeństwa wyznaniowego do momentu sporządzenia aktu małżeństwa doszło do zawarcia innego małżeństwa przez tę samą osobę, nie stanowi zatem na grun-

¹²⁹ A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 315; J. Wójcik, *Charakter prawny...*, s. 125. Inaczej: T. Smyczyński, *Glosa do wyroku SN z 3.03.2004 r. III CK 346/02*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 23. Autor uważa, że rozsądna, systemowa wykładnia przepisów o zawieraniu małżeństwa nie może prowadzić do zawarcia małżeństwa, o którym od razu wiadomo, że podlega unieważnieniu. Z tego względu przyjmuje, że gdyby do kierownika urzędu stanu cywilnego sporządzającego akt małżeństwa doszła informacja o zaistnieniu przeszkody małżeńskiej już po wydaniu zaświadczenia, to powinien on odmówić sporządzenia aktu. *Skoro ten akt jest dopiero końcową, konieczną przesłanką zawarcia małżeństwa, nie można go sporządzić wbrew przepisom zakazującym zawarcie małżeństwa.*

¹³⁰ Za trafne należy uznać krytyczne uwagi w odniesieniu do zawitego charakteru terminu z art. 8 § 3 k.r.o. A. Zielonacki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 48; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 146–147; T. Sokołowski, *Zastosowanie przepisów regulujących...*, s. 95; J. Wójcik, *Zawity czy instrukcyjny charakter pięciodniowego terminu z art. 8 § 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy – rozważania prawnoporównawcze*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5, s. 112 i n.

¹³¹ Na tak ograniczone kompetencje kierownika urzędu stanu cywilnego zwraca uwagę także: J. Wójcik, *Charakter prawny...*, s. 125. Te czynności kierownika urzędu stanu cywilnego wraz ze sporządzeniem aktu małżeństwa uznano jednak także za następczą kontrolę organu państwa nad małżeństwem zawieranim przed duchownym. Zob. T. Smyczyński, *Glosa do wyroku...* Autor nadaje zatem sporządzeniu aktu małżeństwa nie tylko dowodową, ale także kontrolną funkcję i z tego względu stanowi ona przesłankę konstytucyjną zawarcia małżeństwa przed duchownym.

cie obowiązującego prawa podstawy do odmowy sporządzenia aktu małżeństwa zawieranego przed duchownym. Co zatem z sytuacją, gdy doszło do zawarcia innego małżeństwa w okresie oczekiwania na sporządzenie aktu małżeństwa zawartego przed duchownym? Należy stwierdzić, że pojawi się w tym wypadku problem małżeństwa bigamicznego, gdyż oba małżeństwa będą małżeństwami zawartymi zgodnie z obowiązującymi przepisami. Pytanie dotyczy jednak tego, które z nich uznać należy za bigamiczne.

Jeżeli sporządzenie aktu małżeństwa ma charakter konstytutywnej przesłanki zawarcia związku małżeńskiego zamykającej dopiero całą procedurę, pierwszym zawartym małżeństwem będzie to, które zostało zawarte przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, mimo iż samo wydarzenie miało miejsce później, ponieważ *w dacie dokonania ostatniej czynności niezbędnej dla jego zawarcia zawierająca je osoba pozostawała już w związku małżeńskim*¹³². Takie rozwiązanie pozostaje jednak w sprzeczności z art. 1 § 2 zd. 2 k.r.o., który przewiduje, że po sporządzeniu aktu małżeństwa, małżeństwo uważa się za zawarte w chwili złożenia oświadczenia woli w obecności duchownego¹³³.

Przyjęcie natomiast, że sporządzenie aktu małżeństwa jest *wyłącznie rejestracją dokonanego już faktu prawnego, a nie czynnością prowadzącą do zawarcia małżeństwa*¹³⁴ będzie prowadziło do ustalenia, że to małżeństwo zawarte w czasie oczekiwania na rejestrację wcześniejszego małżeństwa będzie małżeństwem bigamicznym. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku, gdy w ciągu pięciu dni od ceremonii wyznaniowej dojdzie do śmierci jednego lub obojga małżonków. Kierownik ma wówczas obowiązek sporządzić akt małżeństwa, które uznaje się za zawarte w chwili złożenia przez nupturientów stosownych oświadczeń¹³⁵. Nie oznacza to jednak, że polskie prawo dopuszcza małżeństwa zawierane po śmierci. W kontekście zasady monogamiczności małżeństwa warto zatem przyjrzeć się problemowi przeszkody pozostawiania w związku małżeńskim w odniesieniu do osób, które złożyły oświadczenie woli równoczesnego zawarcia związku cywilnego i wyznaniowego, ale nie został jeszcze sporządzony akt małżeństwa. Postawić można nieco teoretyczne pytanie, czy możliwe byłoby w tym czasie zawarcie

¹³² A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 315; zob. także: R.A. Domański, *Konstytutywny czy deklaracyjny...*, s. 93.

¹³³ Na retroaktywność sporządzenia aktu małżeństwa zwraca uwagę A. Mezglewski, *Katalog przesłanek...*, s. 20.

¹³⁴ A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 315.

¹³⁵ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 43; A. Mezglewski, *Katalog przesłanek...*, s. 20; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 202. Sporządzenie aktu małżeństwa zostało jednak uznane nie za czynność rejestrującą, lecz przesłankę konstytutywną.

innego związku małżeńskiego, czy też pozostawałoby to w sprzeczności z art. 13 k.r.o. W doktrynie znaleźć można różne propozycje rozwiązania tej sytuacji.

Po pierwsze, uznaje się, że nupturienti, którzy złożyli oświadczenie, że chcą równocześnie zawrzeć związek wyznaniowy i świecki są związani tym oświadczeniem, mimo że akt małżeństwa nie został jeszcze sporządzony¹³⁶. Zakaz ponownego małżeństwa, zgodnie z tym poglądem, nie ustaje nawet wówczas, gdy niesporządzenie aktu małżeństwa jest spowodowane odmową kierownika urzędu stanu cywilnego, na przykład ze względu na przekroczenie pięciodniowego terminu na doręczenie dokumentów, o którym mowa w art. 8 § 3 k.r.o. Zawarcie małżeństwa przed duchownym stanowi bowiem pewien ciąg zdarzeń obejmujących ceremonię wyznaniową, złożenie oświadczeń woli równoczesnego zawarcia małżeństwa cywilnego oraz sporządzenie aktu małżeństwa. Nie można zatem zawrzeć kolejnego związku, jeżeli nie została rozstrzygnięta kwestia sporządzenia aktu małżeństwa¹³⁷. W takiej sytuacji kolejny związek małżeński mógłby zostać zawarty dopiero po przeprowadzeniu postępowania sądowego dotyczącego zasadności odmowy sporządzenia aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego (art. 89 pr.a.s.c.) albo ustalającego nieistnienie tego związku (art. 189 k.p.c.)¹³⁸.

Koncepcja przewidująca w analizowanym przypadku możliwość ustalenia nieistnienia małżeństwa na podstawie art. 189 k.p.c., pobudzi jednak pewne wątpliwości. Jedynym dowodem zdarzeń mających wpływ na stan cywilny są akty stanu cywilnego (art. 3 pr.a.s.c.). Niesporządzenie takiego dokumentu powoduje, że nie można udowodnić powstania skutków z tymi zdarzeniami związanych¹³⁹ i konieczne jest wystąpienie do sądu, aby ten stwierdził, że mimo braku aktu stanu cywilnego dane zdarzenie miało miejsce. Skoro zatem w sytuacji, gdy nie ma aktu małżeństwa, nie można udowodnić, że ono istnieje, jakie jest uzasadnienie dla wszczęcia postępowania stwierdzającego jego nieistnienie? Odpowiedzi na tę wątpliwość udziela art. 2 k.r.o., który przewiduje, że postępowanie dotyczące stwierdzenia nieistnienia małżeństwa dotyczy tych sytuacji, gdy mimo braku jednej z konstytutywnych przesłanek zawarcia małżeństwa sporządzono akt małżeństwa¹⁴⁰. Postępowanie o stwierdzenie nieistnienia małżeństwa w przypadku, gdy

¹³⁶ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 201–202.

¹³⁷ T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 132.

¹³⁸ M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 18–19.

¹³⁹ Wyrok SA w Białymstoku z 14.04.2016 r. III AUa 1219/15, LEX 2039691. Sąd ten zwrócił uwagę, że wykazanie faktu małżeństwa może nastąpić wyłącznie aktem stanu cywilnego, albowiem stosownie do art. 3 pr.a.s.c. akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych.

¹⁴⁰ Orzeczenie SN z 14.04.1955 r., II CR 176/54, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej i Izby Karnej” 1956, nr 3, poz. 68. Sąd Najwyższy uznał, że *powództwo o ustalenie*

nie sporządzono aktu małżeństwa, nie wydaje się zatem właściwe. Dopuszczalne jest natomiast w takiej sytuacji dążenie do ustalenia, że małżeństwo zostało zawarte. Zatem, jeżeli jest akt małżeństwa, ale małżeństwo nie zostało zawarte, to uznać należy, że konieczne jest przeprowadzenie postępowania ustalającego nieistnienie małżeństwa. Jeżeli jednak aktu małżeństwa nie sporządzono, to trudno udowodnić, że nie ma małżeństwa, dla którego brakuje jedyne dowodu jego istnienia, czyli w praktyce efekt jest taki, jakby go nie było¹⁴¹.

Treść art. 189 k.p.c. i zastosowanie spójnika „lub” pozwala jednak przyjąć, że powód mógłby żądać rozstrzygnięcia czy, dany stosunek prawny istnieje. Wydaje się bowiem, że powództwa wytoczone na podstawie tego przepisu mogą dotyczyć trzech kategorii sytuacji. Po pierwsze, powód twierdzi, że dane prawo lub stosunek prawny istnieje i ma interes prawny w tym, aby sąd tę okoliczność potwierdził. Wówczas będzie on wytaczał powództwo o ustalenie istnienia prawa lub stosunku prawnego. Po drugie, powód uważa, że dane prawo lub stosunek prawny nie istnieje i dokonanie takiego ustalenia przez sąd leży w jego interesie prawnym. W takiej sytuacji jego żądanie będzie dotyczyło ustalenia nieistnienia prawa lub stosunku prawnego. W końcu, w trzecim przypadku, interes prawny powoda może łączyć się z ustaleniem, czy dane prawo lub stosunek prawny istnieje, czy też nie po to, aby rozstrzygnąć pewną niejasność sytuacji prawnej, w jakiej się znalazł. Wówczas treść powództwa nie będzie zawierała konkretnego żądania ustalenia istnienia albo nieistnienia, lecz ustalenia istnienia lub nieistnienia¹⁴². Wydaje się, że ten trzeci przypadek mógłby dotyczyć osób, które zamierzały zawrzeć związek małżeński w trybie art. 1 § 2 i 3 k.r.o., jednak mimo zachowania innych przewidzianych tam przesłanek nie doszło do sporządzenia aktu małżeństwa. Tu jednak pojawi się problem konstytutywnego charakteru

nieistnienia małżeństwa powinno opierać się na twierdzeniu, że małżeństwo, co do którego akt małżeństwa został sporządzony, nie zostało zawarte dla braku przesłanek wymaganych przez art. 1 kod. rodz. Dlatego z reguły brak jest interesu prawnego do wytoczenia powództwa o ustalenie nieistnienia małżeństwa, jeżeli niesporne jest między stronami, że aktu małżeństwa nigdy nie sporządzono.

¹⁴¹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 341; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 146.

¹⁴² W doktrynie wskazuje się jednak, że powództwo z art. 189 k.p.c. może mieć pozytywny albo negatywny charakter, czyli powód musi żądać konkretnego rozwiązania uzasadniając je swoim interesem prawnym. B. Czech, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Marciniak, K. Piasecki (red.)..., s. 856; podobnie, jak się wydaje, zob. M. Jędrzejewska, K. Weitz, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2., T. Ereciński (red.), Warszawa 2016, s. 108; a także I. Kunicki, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Góra-Błaszczkowska (red.), Warszawa 2016, s. 628 (autor posługuje się spójnikiem „albo”).

sporządzenia aktu małżeństwa w przypadku związku zawieranego przed duchownym. Brak przesłanki konstytutywnej będzie bowiem prowadził do ustalenia nieistnienia małżeństwa¹⁴³. Z tego względu Sąd Najwyższy uznał za niedopuszczalne dochodzenie ustalenia istnienia małżeństwa konkordatowego w przypadku, gdy nie został sporządzony akt małżeństwa będący ostatnią przesłanką warunkującą zawarcie tego związku¹⁴⁴.

W przypadku, gdy kierownik urzędu stanu cywilnego odmówił sporządzenia aktu małżeństwa, możliwe jest także zakwestionowanie decyzji kierownika i skierowanie sprawy do sądu o ustalenie zasadności tej odmowy. W doktrynie wskazano nawet, że jest to jedyna dopuszczalna, wyznaczona wprost przez ustawodawcę droga¹⁴⁵. Zbyt daleko idące wydaje się jednak oczekiwanie, że osoby, które miały zamiar zawrzeć związek małżeński mają obowiązek wszcząć takie postępowanie, gdyż w przeciwnym razie swoim celowym zachowaniem powodowałyby wygaśnięcie skuteczności złożonych przez siebie oświadczeń stanowiących konstytutywne elementy procedury zawierania małżeństwa w trybie art. 1 § 2 i 3 k.r.o.¹⁴⁶ Osoby te mogą bowiem uznać, że decyzja kierownika urzędu stanu cywilnego była zgodna z prawem w świetle art. 87 ust. 5 pr.a.s.c., ponieważ doszło do przekroczenia terminu, a wszczynanie przez nich postępowania byłoby bezcelowe.

Nie można także nałożyć obowiązku „uzupełnienia” ich małżeństwa wyznaniowego zawarciem związku przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, ponieważ prawo dopuszcza istnienie małżeństw wyłącznie wyznaniowych, które wywołują skutki prawne takie jak konkubinaty. Wymaganie zawarcia małżeństwa cywilnego pozostawałoby w sprzeczności z zasadą dobrowolności zawierania tego związku. Przyjmując takie rozwiązanie trzeba by w analogiczny sposób potraktować osoby, które zamierzały zawrzeć małżeństwo przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, jednak do tego nie doszło, bo zamiast kierownika w czynności uczestniczył inny urzędnik. Ponowne przystąpienie do procedury zawarcia małżeństwa należy w takiej sytuacji pozostawić decyzji nupturientów, a nie traktować jako obowiązek wynikający z faktu wcześniejszego złożenia przez nich oświadczeń.

Za zbyt daleko idące należy także uznać stanowisko, zgodnie z którym *wstąpienie przez nich w kolejne związki małżeńskie z innymi osobami mimo niesporządzenia aktu małżeństwa zawartego uprzednio w formie wyznaniowej byłoby*

¹⁴³ M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 130.

¹⁴⁴ Wyrok SN z 3.03.2004 r., III CK 346/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 23.

¹⁴⁵ J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 81.

¹⁴⁶ M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 21.

– w rozumieniu art. 13 § 1 k.r.o. – naruszeniem zakazu bigamii¹⁴⁷. Konsekwencją niepodjęcia odpowiedniego działania będzie natomiast brak skuteczności prawnej relacji, z której pierwotnie osoby te chciały skorzystać.

Rozróżnić należy zatem dwie odmienne sytuacje. Po pierwsze, gdy osoby zawierające związek małżeński przed duchownym oczekują na sporządzenie aktu małżeństwa. Wówczas są związane treścią złożonych przez siebie oświadczeń woli, ponieważ procedura zawierania małżeństwa nie została jeszcze zakończona¹⁴⁸. Pojawia się jednak pytanie o możliwość wykrycia, że dana osoba pozostaje w stanie takiego „zawieszenia”, gdyby przystąpiła ona do zaplanowanej wcześniej ceremonii zawarcia małżeństwa przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Nie wiadomo bowiem, w jaki sposób ustalić istnienie przeszkody polegającej na złożeniu tych oświadczeń. Małżonkowie mają swobodny wybór kierownika urzędu stanu cywilnego, który wystawia zaświadczenie stwierdzające brak okoliczności wyłączających między nimi zawarcie małżeństwa oraz kierownika, przed którym zawierać będą związek małżeński (art. 15 pr.a.s.c.), urzędnikiem właściwym do sporządzenia aktu małżeństwa zawartego przed duchownym jest natomiast kierownik urzędu stanu cywilnego, na terenie którego doszło do zawarcia małżeństwa. Istotną rolę w tej kwestii odgrywa cyfryzacja aktów stanu cywilnego, dzięki której każdy kierownik urzędu stanu cywilnego ma dostęp do elektronicznej wersji wszystkich aktów. Na podstawie § 19 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 9 lutego 2015 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru stanu cywilnego oraz akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego¹⁴⁹ w rejestrze stanu cywilnego rejestruje się także datę ważności złożonego przez nupturientów zapewnienia o tym, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie tego małżeństwa (art. 76 pr.a.s.c.). Przepis ten, ani żaden inny, nie daje jednak odpowiedzi na pytanie, czy dopuszczalne jest złożenie w danym czasie więcej niż jednego takiego zapewnienia. Przeszkodą do zawarcia małżeństwa jest, zgodnie z prawem, istniejący już związek, a nie związek dopiero zamierzony. W świetle obowiązujących przepisów kierownik nie może odmówić sporządzenia aktu małżeństwa ani przyjęcia oświadczeń woli zawarcia małżeństwa na tej podstawie, że

¹⁴⁷ Tamże, s. 19; podobnie K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 118.

¹⁴⁸ W ten sposób także J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 201–202; M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 130.

¹⁴⁹ Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 9.02.2015 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru stanu cywilnego oraz akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, Dz. U. 2015 poz. 225.

ktoś złożył pisemne zapewnienie o braku przeszkód do zawarcia małżeństwa także z inną osobą. Należałoby zatem rozważyć wprowadzenie zakazu przyjmowania kolejnych pisemnych zapewnień w okresie ważności poprzedniego oraz dokonywanie rejestracji zaświadczeń stwierdzających brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa. Konieczne wydają się również: zakaz wydawania takiego zaświadczenia wobec tej samej osoby przez czas ważności poprzednio wydanego dokumentu, a także uniemożliwienie zawarcia w tym czasie małżeństwa z inną osobą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Rozwiązanie takie służyłoby zasadzie monogamiczności małżeństwa, zapobiegając możliwości zawarcia kilku małżeństw w stosunkowo krótkim odstępie czasu¹⁵⁰.

Z nieco inną sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy kierownik urzędu stanu cywilnego odmówi sporządzenia aktu małżeństwa. Przyjąć należy, że możliwe są dwie drogi. Nupturienti mogą na podstawie art. 89 ust. 2 pr.a.s.c. złożyć do sądu wniosek o rozstrzygnięcie, czy przyczyny odmowy wskazane przez kierownika urzędu stanu cywilnego w zawiadomieniu uzasadniają odmowę dokonania czynności. Mają na to 14 dni od dnia doręczenia tego zawiadomienia. Jeżeli nie podejmą takiego działania, ich małżeństwo nie zostało zawarte i w świetle prawa pozostają osobami stanu wolnego, ponieważ nie została spełniona ostatnia z koniecznych przesłanek zawarcia przez nich małżeństwa. Mogą w takiej sytuacji zawrzeć między sobą związek małżeński przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, nie ciąży jednak na nich taki obowiązek. Mają jednak także możliwość wstąpienia w związek małżeński z innymi osobami¹⁵¹. Podzielić należy pogląd, że ostateczna odmowa sporządzenia aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego (art. 87 ust 5 i art. 89 ust. 1 ust. 4 pr.a.s.c.) oraz prawomocne postanowienie sądu rozstrzygające zasadność takiej odmowy (art. 564 k.p.c.) wyznaczają kres związania nupturientów złożonymi oświadczeniami, co umożliwia im zawarcie innego związku małżeńskiego¹⁵².

W doktrynie wyrażono jednak także pogląd, że w przypadku, gdy osoby złożyły przed duchownym oświadczenie woli zawarcia małżeństwa w świetle prawa polskiego, a nie został sporządzony akt małżeństwa, to mogą one między sobą

¹⁵⁰ W rozmowie z zastępcą kierownika Urzędu Stanu Cywilnego w Poznaniu uzyskałam jednak informacje, że złożenie zapewnienia o braku okoliczności wykluczających małżeństwo oraz wystąpienie o zaświadczenie o braku takich okoliczności jest odnotowywane w systemie i próba ponownego złożenia zapewnienia łączyłaby się z koniecznością wyjaśnienia sytuacji kierownikowi urzędu stanu cywilnego.

¹⁵¹ J. Strzebińczyk, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 30.

¹⁵² M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 131.

zawrzeć małżeństwo cywilne przed kierownikiem, ale występuje po ich stronie przeszkoda w przypadku małżeństwa zawieranego z osobą trzecią¹⁵³.

W odniesieniu do analizowanej sytuacji zaproponowano wprowadzenie do art. 1 § 2 k.r.o. terminu na sporządzenie aktu małżeństwa (np. miesiąc od złożenia oświadczeń), po bezskutecznym upływie którego małżonkowie byliby wolni od skutków złożonych przez siebie oświadczeń, a zawierane przez nich małżeństwo uważane byłoby za nieistniejące¹⁵⁴.

Problem sytuacji prawnej osób, które złożyły oświadczenie woli równoczesnego zawarcia małżeństwa wyznaniowego i świeckiego łączy się bezpośrednio z charakterem nadanym sporządzeniu aktu małżeństwa przez kierownika urzędu stanu cywilnego. W literaturze zwraca się uwagę, że czynność ta należy do konstytutywnych przesłanek zawarcia małżeństwa, gdyż wynika to z literalnej wykładni art. 1 § 2 k.r.o.¹⁵⁵. Wyrażono także opinię, że sporządzenie aktu małżeństwa nie stanowi przesłanki konstytutywnej, lecz konieczną, bez której nie ma małżeństwa¹⁵⁶. Przyjęcie stanu związania złożonymi przez nupturientów oświadczeniami, o których mowa w art. 1 § 2 k.r.o. w przypadku niesporządzenia aktu małżeństwa, gdy czynność ta traktowana jest jako przesłanka konstytutywna czy konieczna, nie znajduje wystarczającego uzasadnienia w obowiązujących przepisach. Przy takim założeniu *w okresie między złożeniem przez nupturientów w obecności duchownego stosownych oświadczeń woli a sporządzeniem przez kierownika urzędu stanu cywilnego aktu małżeństwa, należałoby przyjąć, że małżeństwo nie zostało jeszcze zawarte*¹⁵⁷. Osoby takie w świetle prawa nie zawarły związku małżeńskiego, są zatem stanu wolnego. Konsekwencja ta tym bardziej będzie dotyczyła osób, którym kierownik urzędu stanu cywilnego odmówił sporządzenia aktu małżeństwa. Skoro zawierane przez nich małżeństwo nie wywołuje, przy braku aktu małżeństwa, żadnych skutków prawnych, to nie występuje także po stronie niedoszłych małżonków przeszkoda pozostawania w związku małżeńskim¹⁵⁸.

¹⁵³ K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 118.

¹⁵⁴ M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 130.

¹⁵⁵ W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 28; Wyrok SN z 3.03.2004 r., III CK 346/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 23 z glosą T. Smoczyńskiego; T. Smoczyński, *Nowelizacja prawa...*, s. 26; Tenże, *Konstytutywny charakter...*, s. 100, chociaż, jak już wspomniano, autor zmodyfikował swoje stanowisko wskazując, że sporządzenie aktu małżeństwa jest przesłanką konieczną, a nie konstytutywną. Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 43 i n.

¹⁵⁶ Tenże, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 130–131.

¹⁵⁷ A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny...*, s. 25; podobnie J. Wójcik, *Charakter prawny...*, s. 124.

¹⁵⁸ J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 168.

W doktrynie wyrażono także stanowisko, że sporządzenie aktu małżeństwa w przypadku związku zawieranego przed duchownym nie stanowi przesłanki konstytucyjnej powstania tego związku ze względu na deklaratoryjny charakter aktów stanu cywilnego, które nie tworzą nowego stanu prawnego, lecz jedynie go stwierdzają¹⁵⁹. Małżeństwo w takim wypadku uznaje się za zawarte z chwilą złożenia oświadczeń woli równoczesnego zawarcia małżeństwa wyznaniowego i świeckiego. Interpretacja ta pozostaje jednak w sprzeczności z jednoznacznym brzmieniem art. 1 § 2 k.r.o., z którego wynika, że małżeństwo jest zawarte, gdy zostaną spełnione wskazane w ustawie przesłanki, między innymi sporządzenie aktu małżeństwa. Trafnie zwrócono także uwagę, że ustawodawca nie jest do końca konsekwentny posługując się pojęciem „małżonkowie” w odniesieniu do osób podpisujących zaświadczenie, których małżeństwo nie zostało jeszcze stwierdzone aktem małżeństwa¹⁶⁰. W odpowiedzi na tę koncepcję wskazano na odróżnienie samej czynności sporządzenia aktu małżeństwa, która jest konieczna do zawarcia małżeństwa od aktu małżeństwa jako dokumentu, który ma charakter deklaratoryjny¹⁶¹.

W świetle wskazanych powyżej wątpliwości właściwą wydaje się rezygnacja z konstytucyjnego charakteru sporządzania aktu małżeństwa w przypadku związku zawieranego przed duchownym. Trudno bowiem znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tego rozwiązania. Zaaprobować należy pogląd, że sytuację należałoby traktować analogicznie jak zawarcie małżeństwa przed konsulem, który nie posiada kompetencji do sporządzania aktu małżeństwa. Małżeństwo takie uważa się jednak za zawarte w chwili złożenia oświadczeń przed konsulem, ale dopiero po sporządzeniu aktu małżeństwa małżonkowie uzyskują dowód tego zdarzenia¹⁶². Zawarcie związku małżeńskiego przed konsulem nie wymaga zatem dla swej skuteczności sporządzenia aktu małżeństwa. Warto także podkreślić, że po uchwaleniu w 2014 r. nowego prawa o aktach stanu cywilnego w przypadku

¹⁵⁹ A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 293; Tenże, *Oświadczenia małżonków jako element zawarcia małżeństwa w formie konkordatowej*, [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i Europie...*, s. 79; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 94, 110; R.A. Domański, *Konstytucyjny czy deklaracyjny...*, s. 97; A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny...*, s. 25; J. Wójcik, *Charakter prawny...*, s. 126.

¹⁶⁰ A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 317. Podzielić należy pogląd autora, że przeczy to konstytucyjnemu charakterowi sporządzenia aktu małżeństwa interpretowanemu przy zastosowaniu literalnej wykładni art. 1 § 2 k.r.o.

¹⁶¹ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 45, do niedawna autor wskazywał, że źródłem konstytucyjnego charakteru sporządzenia aktu małżeństwa zawieranego przed duchownym jest art. 10 konkordatu. Tenże, *Nowelizacja prawa...*, s. 26.

¹⁶² A. Mączyński, *Znaczenie prawne...*, s. 317–318.

wszystkich zawieranych w Polsce małżeństw dochodzi do różnicy czasu pomiędzy momentem ceremonii, w ramach której nupturienti składają oświadczenie woli zawarcia małżeństwa a chwilą sporządzenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego aktu małżeństwa, ponieważ dokument ten ma formę elektroniczną. Podstawę do jego sporządzenia stanowi protokół przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński sporządzony przez kierownika urzędu stanu cywilnego (ewentualnie konsula), albo zaświadczenia stwierdzające brak okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa wraz z zaświadczeniem stwierdzającym, że oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński zostały złożone w obecności duchownego (art. 86 pr. a.s.c.).

Rezygnacja z konstytucyjnego charakteru sporządzenia aktu małżeństwa zawieranego przed duchownym oznaczałaby, że małżeństwo to wywołuje skutki prawne już z chwilą złożenia oświadczeń woli równoczesnego zawarcia związku wyznaniowego i świeckiego. Rejestracja tego wydarzenia powodowałaby natomiast, że małżonkowie uzyskiwaliby dowód istnienia łączącego ich stosunku prawnego. Poprzeć należy w związku z tym postulat usunięcia z art. 1 § 2 k.r.o. sformułowania *i kierownik sporządzi akt małżeństwa*, które sugeruje konstytucyjny charakter administracyjnej czynności rejestrowej¹⁶³. Rozwiązanie takie prowadziłoby do identycznego potraktowania oświadczeń woli nupturientów i nadania tym oświadczeniom kluczowej roli w procedurze zawarcia małżeństwa niezależnie od tego, jaką formę wstąpienia w ten związek wybrano¹⁶⁴. Uznać tym samym należy, że w art. 10 Konkordatu¹⁶⁵ chodzi o zapewnienie państwowej rejestracji małżeństwa zawieranego przed duchownym, a nie o uzależnienie skuteczności cywilnej takiego związku od faktu sporządzenia aktu małżeństwa¹⁶⁶. Nie traktuje się bowiem jako przesłanek konstytucyjnych zawarcia związku małżeńskiego przed duchownym ani braku przeszkód małżeńskich przewidzianych przez polskie prawo, ani pięciodniowego terminu, o których także mowa w analizowanym przepisie.

¹⁶³ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 95; J. Wójcik, *Charakter prawny...*, s. 126.

¹⁶⁴ Należy podzielić pogląd R.A. Domańskiego, że *opowiedzenie się za konstytucyjnym charakterem sporządzenia aktu małżeństwa prowadzi do osłabienia znaczenia oświadczeń woli o zawarciu małżeństwa jako elementu o szczególnej doniosłości przy zawieraniu małżeństwa*. R.A. Domański, *Konstytucyjny czy deklaracyjny...*, s. 95.

¹⁶⁵ Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., Dz.U. 1998 Nr 51, poz. 318.

¹⁶⁶ Por. M. Nazar, *Zawarcie małżeństwa...*, s. 491.

4. OCHRONA PRAWNA DRUGIEGO MAŁŻEŃSTWA (BIGAMICZNEGO)

Konstytucyjna zasada ochrony małżeństwa wyraża się także w tym, że w określonych sytuacjach ustawodawca przewiduje pozytywne konsekwencje prawne związku zawartego wadliwie, mimo występowania przeszkody pozostawiania już w związku małżeńskim. Dzieje się tak jednak wyłącznie w przypadkach, gdy pierwsze małżeństwo rzeczywiście ustało albo istniały podstawy prawne do tego, aby uznać je za już niebyłe. Ustawodawca przyjmuje bowiem założenie, że chronić należy związki istniejące mimo ich pierwotnej sprzeczności z prawem.

4.1. KONWALIDACJA MAŁŻEŃSTWA BIGAMICZNEGO

Pozostawanie w związku małżeńskim stanowi przeszkodę bezwzględną, której nie może uchylić zezwolenie sądu. Przepisy przewidują jednak możliwość konwalidacji nieważnie zawartego kolejnego związku. Następuje ona w momencie ustania pierwszego małżeństwa, chyba że powodem ustania jest śmierć bigamisty. Uprawomocnienie się wyroku rozwodowego lub unieważniającego małżeństwo oraz śmierć pierwszego małżonka powodują, że małżeństwa bigamicznego nie można już unieważnić. Ustanie pierwszego małżeństwa musi jednak nastąpić przed wydaniem wyroku w sprawie o unieważnienie małżeństwa bigamicznego¹⁶⁷. W związku z tym za celowe uważa się zawieszenie postępowania o unieważnienie małżeństwa bigamicznego na czas toczącego się postępowania o unieważnienie lub rozwód, dotyczącego pierwszego małżeństwa¹⁶⁸. Rozwiązanie to jest uzasadnione szczególnie w *wypadkach, gdy za takim zawieszeniem przemawia społeczny punkt widzenia, skłaniający do utrzymania drugiego związku bigamisty*¹⁶⁹. Sąd Najwyższy wskazał, że zastosowanie art. 177 k.p.c. § 1 pkt 1 k.p.c. może mieć miejsce w przypadku uzasadnionego przekonania, że *istnieją widoki na rozwiązanie poprzedniego małżeństwa w toczącym się już procesie rozwodowym i – co się z tym wiąże – na konwalidację związku bigamicznego, który funkcjonuje zgodnie z podstawowymi założeniami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*¹⁷⁰. Podkreślił

¹⁶⁷ Wyrok SN z 20.03.1963 r., II CR 1961/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1964, poz. 123; wyrok aprobuje A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s.152.

¹⁶⁸ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 74; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 165; A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny...*, s. 67; J. Gajda, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 171; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 144–145.

¹⁶⁹ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 74.

¹⁷⁰ Postanowienie SN dnia 17.11.1981 r., I CZ 119/81, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1982, nr 5–6, poz. 83.

także, że zapobiega to konieczności ponownego zawierania związku małżeńskiego i eliminuje nadmierny formalizm związany z dokonywaniem wpisów w aktach stanu cywilnego.

Propozycja zawieszania postępowania o unieważnienie małżeństwa na czas rozstrzygnięcia losów pierwszego małżeństwa spotkała się jednak także z krytyką. W niektórych przypadkach bowiem zastosowanie tego środka mogłoby prowadzić do tego, że bigamista uzyskałby możliwość utrudnienia unieważnienia małżeństwa bigamicznego, a przynajmniej istotnego przedłużenia postępowania w tej kwestii. Zwraca się w związku z tym uwagę, że za decydującą należałoby przyjąć kolejność złożenia pozwów. Jeśli najpierw wszczęto postępowanie o rozwód lub unieważnienie pierwszego małżeństwa, a później o unieważnienie małżeństwa bigamicznego, to drugie można zawiesić. Jeżeli najpierw było unieważnienie, a później rozwód, postępowanie o unieważnienie powinno się toczyć w normalnym trybie¹⁷¹.

4.2. ZAWARCIE NOWEGO MAŁŻEŃSTWA W PRZYPADKU UZNANIA POPRZEDNIEGO MAŁŻONKA ZA ZMARŁEGO

Szczególną regulację ustawodawca przewiduje w odniesieniu do przypadków uznania jednego z małżonków za zmarłego. Przyjmuje się wówczas domniemanie, że małżeństwo ustaje z chwilą oznaczoną w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego jako chwila śmierci małżonka, którego postępowanie dotyczyło. Rozwiązanie takie jest konieczne w celu uporządkowania sytuacji prawnej małżonka pozostałego przy życiu, w tym także umożliwienia mu zawarcia kolejnego związku małżeńskiego. Pojawia się jednak problem, co w przypadku, gdy uznany za zmarłego żyje. Wówczas bowiem orzeczenie sądu jako nieprawdziwe ulega uchyleniu i nie wywołuje skutków prawnych. Jeżeli doszło do zawarcia w dobrej wierze kolejnego małżeństwa przez małżonka osoby błędnie uznanej za zmarłą, małżeństwo to, mimo że jest bigamiczne, nie może zostać unieważnione. Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 55 § 2 k.r.o. nie wskazuje wyraźnie, że pierwsze małżeństwo ustaje, lecz że drugie już z chwilą zawarcia ulega konwalidacji. *De facto* zgodnie z tą regulacją możliwe byłoby pozostawanie w dwóch związkach małżeńskich, gdyż wspomniany przepis nie zawiera informacji o ustaniu pierwszego małżeństwa. Przyjmuje się jednak, że w takim przypadku pierwsze małżeństwo ustaje z chwilą zawarcia nowego związku małżeńskiego. Kluczowe znaczenie ma zatem nie data wskazana w postanowieniu o uznaniu za zmarłego, tylko data zawarcia

¹⁷¹ A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 153.

nowego związku małżeńskiego¹⁷². Jeżeli zatem nie doszło do zawarcia kolejnego małżeństwa, a postanowienie o uznaniu za zmarłego zostałoby uchylone, pierwsze małżeństwo istniałoby nadal.

W kontekście proponowanych w doktrynie zmian treści art. 55 k.r.o.¹⁷³ można zasugerować następujące brzmienie § 2 tego artykułu: *jeżeli okazało się, że małżonek uznany za zmarłego żyje albo że jego śmierć nastąpiła w innej chwili niż oznaczona w orzeczeniu, a drugi małżonek zawarł nowy związek małżeński, przyjmuje się, że pierwsze małżeństwo ustało z chwilą zawarcia nowego związku. Przepisu tego nie stosuje się, jeżeli w chwili zawarcia nowego związku małżeńskiego strony wiedziały, że małżonek uznany za zmarłego pozostaje przy życiu.*

Dobra wiara osób zawierających drugi związek powoduje zatem, że staje się on związkiem ważnym, ustaje natomiast małżeństwo wcześniejsze¹⁷⁴. Stanowi to jedyny, wyjątkowy przypadek, gdy faktyczne pozostawanie w związku małżeńskim nie stanowi przeszkody dla zawarcia nowego małżeństwa. Drugi związek będzie można jednak unieważnić, jeżeli obie strony nowego małżeństwa wiedziały, że uznany za zmarłego żyje. Rozwiązanie to spotkało się z krytyką, stwierdzono bowiem, że wystarczającą przesłanką dla unieważnienia małżeństwa bigamicznego powinna być zła wiara jednego z nowych nupturientów. W świetle obowiązujących przepisów dopuszczalne jest bowiem małżeństwo osoby, która wie o tym, że jej poprzedni małżonek, który został uznany za zmarłego, żyje. Mimo braku cywilnoprawnych konsekwencji zawarcia nowego związku, będzie ona jednak jako bigamista ponosiła odpowiedzialność karną na podstawie art. 206 k.k.¹⁷⁵.

Postawić natomiast należy pytanie, czy nowy małżonek, który dowie się, że współmałżonek pozostawał w chwili zawierania małżeństwa w innym związku małżeńskim, będzie mógł powołać się na błąd co do tożsamości? Wydaje się, że odpowiedź powinna być twierdząca, gdyż art. 55 § 2 k.r.o. wyłącza możliwość unieważnienia małżeństwa z tego powodu, że małżonek uznany za zmarłego żyje albo że jego śmierć nastąpiła w innej chwili aniżeli chwila oznaczona w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego, a nie unieważnienia małżeństwa w ogóle. Wymóg, że

¹⁷² Tamże, s. 85; Wyrok SN z 30.06.1971 r., II CR 204/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1972, nr 1, poz. 18.

¹⁷³ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 538; J. Gwiazdomorski, *Dwa domnie- mania*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, W. Popiołek, L. Ogiegła, M. Szpunar (red.), Kraków-Warszawa 1964, s. 101; S. Grzybowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1980, s. 116.

¹⁷⁴ Krytycznie na temat obowiązującego uregulowania dobrej wiary w art. 55 § 2 k.r.o. Zob.: J. Gajda, *Zła wiara w świetle art. 55 § 2 k.r.o.*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3, s. 71 i n.

¹⁷⁵ A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 86, 153–154.

oboje małżonkowie muszą wiedzieć o tym, że uznany za zmarłego żyje, może bowiem prowadzić do sytuacji, w której małżeństwo bigamiczne jest ważne i trwa, mimo że jest to sprzeczne z wolą drugiego małżonka bigamisty. Przyjąć zatem należy, że dopuszczalne jest w takim wypadku powołanie się na błąd co do tożsamości współmałżonka. Ważne jest jednak zachowanie wskazanych w art. 15¹ § 3 k.r.o. terminów. Rozwiązania tego nie można natomiast zastosować do sytuacji odwrotnej, gdy świadomość tego, że uznany za zmarłego żyje, występuje wyłącznie po stronie nowego małżonka, gdyż posiadana przez niego wiedza nie ma wpływu na jego tożsamość.

Jeżeli okaże się, że małżeństwo zawarte po uznaniu za zmarłego jest bigamiczne, bo obie strony nowego związku wiedziały o tym, że dana osoba żyje, to konieczne będzie przeprowadzenie postępowania, że pierwsze małżeństwo, mimo uznania za zmarłego, nie ustało¹⁷⁶.

Fakt, że postanowienie o uznaniu za zmarłego jest niezgodne z prawdą, nie ma wpływu na zakaz zawierania ponownego małżeństwa przez osobę uznaną za zmarłą¹⁷⁷. Małżonek uznany za zmarłego będzie mógł zawrzeć nowy związek małżeński jedynie w sytuacji, gdy jego współmałżonek zawarł kolejne małżeństwo z zachowaniem przesłanek z art. 55 § 3 k.r.o., doprowadzając tym samym do ustania pierwszego małżeństwa. W doktrynie zwraca się jednak uwagę, że będzie to możliwe dopiero po przeprowadzeniu postępowania o ustalenie nieistnienia jego małżeństwa na podstawie art. 189 k.p.c.¹⁷⁸

Rozwiązanie przyjęte w art. 55 k.r.o. znajduje odpowiednie zastosowanie także w odniesieniu do stwierdzenia zgonu¹⁷⁹.

4.3. ŚRODKI PROCESOWE CHRONIĄCE KOLEJNE MAŁŻEŃSTWO

Zapobieganie zjawisku bigamii polega także na tym, że przepisy prawa chronią nowo zawarte małżeństwo, zakazując wzniesienia postępowań dotyczących

¹⁷⁶ K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 115.

¹⁷⁷ K. Piasecki poddaje w wątpliwość trafność tego rozwiązania stawiając pytanie, dlaczego ponowne małżeństwo osoby uznanej za zmarłą uznaje się za bigamiczne, skoro małżeństwo ustało z chwilą uznania za zmarłego. Tamże, s. 119.

¹⁷⁸ B. Czech, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 359, Wyrok SN z 10.01.1974 r., I CR 794/73 Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych 1975, nr 1, poz. 11.

¹⁷⁹ J. Winiarz, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 541.

wcześniejszego małżeństwa zakończonych prawomocnym wyrokiem¹⁸⁰. Kodeks postępowania cywilnego przewiduje następujące środki proceduralne służące zapobieganiu bigamii.

Po pierwsze, zgodnie z art. 170 k.p.c. niedopuszczalne jest przywrócenie terminu do złożenia środka odwoławczego od wyroku orzekającego unieważnienie małżeństwa lub rozwód albo ustalającego nieistnienie małżeństwa, jeżeli choćby jedna ze stron zawarła po uprawomocnieniu się wyroku nowy związek małżeński. Sąd Najwyższy uznał nawet, że zakaz ten dotyczy także sytuacji, gdy prawomocność wyroku stwierdzona została wadliwie. Porównał w tym przypadku rozwiedzionego małżonka, który w dobrej wierze zawarł nowy związek małżeński i powziął następnie wiadomość, że orzeczenie rozwodu nie uprawomocniło się, do pozostającego w nowym związku małżonka, który dowiedział się, że jego uznany za zmarłego współmałżonek żyje¹⁸¹.

Z tych samych względów niedopuszczalna jest także skarga kasacyjna od wyroku ustalającego nieistnienie małżeństwa lub orzekającego unieważnienie małżeństwa, jeżeli choćby jedna ze stron po uprawomocnieniu się wyroku zawarła związek małżeński (art. 398² § 3 k.p.c.).

Po trzecie, niedopuszczalna jest również skarga o wznowienie postępowania od wyroku orzekającego unieważnienie małżeństwa lub rozwód albo ustalającego nieistnienie małżeństwa, jeżeli choćby jedna ze stron zawarła po jego uprawomocnieniu się nowy związek małżeński (art. 400 k.p.c.).

We wszystkich wskazanych przypadkach dwie przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie – uprawomocnienie się orzeczenia sądu oraz zawarcie po tym fakcie nowego małżeństwa przez przynajmniej jednego z byłych małżonków¹⁸². Nie ma przy tym znaczenia, że rozwód został uzyskany w sposób prawnie

¹⁸⁰ Na fakt, że art. 400, 170 k.p.c. mają na celu ochronę małżeństwa i rodziny, ponieważ służą zapobieganiu bigamii, zwracają uwagę: A. Zieliński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Tenże, K. Flaga-Gieruszyńska (red.)..., s. 345; Taż, [w:] *Tamże*, s. 802; J. Jagieła, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), Warszawa 2016, s. 684; M. Kłos, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), Warszawa 2016, s. 236.

¹⁸¹ Uchwała SN z 28.10.2004 r. III CZP 56/04, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2005, nr 10, poz. 170. Sąd Najwyższy podkreślił, że *w obu przypadkach zachodzi odmiennosc rodzajowa przyczyn, ale skutek każdej z nich jest taki sam i wyraża się przekonaniem, że przeszkoda zawarcia nowego związku małżeńskiego nie istnieje. Skoro zatem w obu przypadkach zachodzi zbieżność w sferze motywacyjnej małżonków wstępujących w nowe związki małżeńskie, to zbieżność ta powinna się także rozciągać na skutki wynikające z ujawnienia się małżonka uznanego za zmarłego, lub dowiedzenia się, że wyrok rozwodowy nie uprawomocnił się.*

¹⁸² M.P. Wójcik, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1–729*, t. 1, A. Jakubecki (red.), Warszawa 2017, s. 664.

niedozwolony, na przykład na podstawie fałszywych zeznań¹⁸³ czy też w trybie zaocznym z naruszeniem przez sąd obowiązku orzekania z urzędu o winie małżonków w rozkładzie pożycia¹⁸⁴.

Zakaz zastosowania wymienionych środków wzruszających wyrok rozwodowy obejmuje małżeństwa zawarte po jego uprawomocnieniu się. Nie dotyczy natomiast małżeństwa bigamicznego, które z chwilą uprawomocnienia się wyroku rozwodowego lub unieważniającego poprzednie małżeństwo podlega konwalidacji. W tym przypadku *jeżeli małżonek dopuścił się bigamii przed uzyskaniem wyroku rozwodowego, to po uzyskaniu rozwodu pierwszego małżeństwa prawo żądania unieważnienia drugiego bigamicznego małżeństwa gaśnie; małżeństwo to staje się ważne, ponowne zawarcie tego samego małżeństwa jest oczywiście niedopuszczalne, a jeżeli zostało ono ponownie zawarte, to zawarcie to nie ma żadnych skutków prawnych, a w szczególności nie może stać na przeszkodzie skutecznemu wniesieniu skargi o wznowienie postępowania rozwodowego co do pierwszego małżeństwa*¹⁸⁵.

Rozwiązania proceduralne uniemożliwiające wzruszenie prawomocnego wyroku dotyczą nie tylko sytuacji, gdy jeden z byłych małżonków zawarł nowy związek małżeński przed złożeniem wniosku o przywrócenie terminu, wniesieniem skargi kasacyjnej czy skargi o wznowienie postępowania, ale także wówczas, gdy do zawarcia kolejnego małżeństwa doszło już po dokonaniu takiej czynności¹⁸⁶. Sąd ma wówczas obowiązek umorzyć postępowanie o ponowne rozpatrzenie rozprawy rozwodowej.

Niedopuszczalność wzruszenia prawomocnego wyroku rozwodowego w przypadku, gdy doszło do zawarcia kolejnego małżeństwa przez jednego z byłych małżonków z jednej strony służy ochronie nowopowstałego małżeństwa i założonej w ten sposób rodziny. Zapobiega ponadto problemowi małżeństw bigamicznych, do istnienia których prowadziłyby ewentualne uchylene prawomocnego wyroku rozwodowego. Jak trafnie zauważył Trybunał Konstytucyjny¹⁸⁷, w takiej sytuacji bigamia ta zostałaby zalegalizowana, ponieważ brakuje przepisu, który da-

¹⁸³ Wyrok SN z 6.01.1961 r., I CR 147/60, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1962, nr 1, poz. 30.

¹⁸⁴ Wyrok TK z 11.05.2011 r., SK 11/09 „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2011, nr 4, poz. 32.

¹⁸⁵ Orzeczenie SN z 28.02.1949 r., C 1097/48, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1949, nr 2–3, poz. 67.

¹⁸⁶ Wyrok TK z 11.05.2011 r. SK 11/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2011, nr 4, poz. 32. Sprawa dotyczyła wznowienia postępowania, ale wydaje się, że uwagi Trybunału w tej kwestii odnoszą się także do pozostałych przypadków.

¹⁸⁷ Tamże.

wałby podstawę do unieważnienia kolejnego związku. Przeszkoda przewidziana w art. 13 k.r.o. musi bowiem występować w chwili zawierania związku małżeńskiego, a w tej dacie ze względu na prawomocność wyroku rozwodowego nupturienti byli stanu wolnego.

Należy zwrócić uwagę, że zasada monogamiczności małżeństwa oraz zasada ochrony istniejącego związku małżeńskiego, którym służą rozwiązania przyjęte w analizowanych przepisach proceduralnych, mają *większe znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania państwa niż prawo do sądu jednostki żądającej wznowienia postępowania sądowego, w którym doszło do wydania prawomocnego wyroku orzekającego rozwód, bez względu na rodzaj przyczyny żądania takiego wznowienia*¹⁸⁸.

Pojawia się jednak pewna obawa, czy przepisy te nie mogą prowadzić do nadużyć, zachęcając osoby zainteresowane rozwodem *do skrajnych działań i zawierania fikcyjnych związków małżeńskich, by w ten sposób skorzystać z bezwzględnych skutków*¹⁸⁹ analizowanej regulacji. Byłemu współmałżonkowi pominiętemu w procedurze rozwodowej albo pokrzywdzonemu w wyniku zastosowania spreparowanych dowodów nie przysługuje bowiem w takim przypadku żaden środek prawny służący wykazaniu pozorności czy nieważności kolejnego małżeństwa, które uniemożliwia wzruszenie prawomocnego wyroku rozwiązującego jego małżeństwo. Obowiązującą regulację uznano nawet za oczywiste podważenie autorytetu wymiaru sprawiedliwości i ewidentne naruszenie interesu strony składającej skargę o wznowienie¹⁹⁰.

5. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA W ŚWIETLE PRAWA KARNEGO

Znaczenie zasady monogamiczności małżeństwa w polskim systemie prawnym zostało podkreślone także na gruncie prawa karnego¹⁹¹. Ustawodawca wyróż-

¹⁸⁸ Tamże.

¹⁸⁹ Zob. uwagi pełnomocnika skarżącej w sprawie zakończonej wyrokiem TK z 11.05.2011 SK 11/09. Tamże.

¹⁹⁰ A. Wach, *Wstrzymanie wykonania orzeczenia*, [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, P. Grzegorzcyk, K. Knoppek, M. Wąlasik (red.), Warszawa 2012, s. 303.

¹⁹¹ A. Ratajczak zwrócił uwagę, że *przepis o bigamii ma uprawdzie w chwili obecnej niewielkie praktyczne znaczenie, ale podkreślona jest w nim społeczna ranga małżeństwa monogamicznego*. A. Ratajczak, *Bigamia w ujęciu polskiego prawa na tle prawnoporównawczym*, „Państwo i Prawo”, 1978, nr 7, s. 108.

nił bowiem wśród przestępstw przeciwko rodzinie przestępstwo polegające na zawieraniu małżeństwa przez osobę, która już w takim związku pozostaje (art. 206 k.k.). W opracowaniach dotyczących przestępstwa bigamii zwraca się uwagę, że przedmiotem ochrony przewidzianej w tym przepisie jest przede wszystkim rodzina, a w sposób szczególny monogamiczny związek pomiędzy mężczyzną i kobietą zawarty w przewidzianej prawem formie, a nie sama forma zawierania tego związku¹⁹². Podkreśla się również, że art. 206 k.k. służy ochronie rodziny, a w jej ramach ochronie małżeństwa monogamicznego jako zgodnej z tradycją kulturową ustawowej wizji związku między jednym mężczyzną i jedną kobietą¹⁹³. W doktrynie nie ma jednak zgodności, czy przedmiotem ochrony przewidzianej w analizowanym przepisie jest rodzina, w tym małżeństwo, czy też autorytet prawnego aktu zawarcia małżeństwa¹⁹⁴.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że przedmiotu ochrony nie stanowi wyłącznie ustawowa forma zawarcia małżeństwa ani wspomniany autorytet prawny samego aktu zawarcia tego związku. Trafny jest bowiem argument, że gdyby te wartości podlegały szczególnej ochronie, prawo karne musiałoby penalizować także inne zachowania naruszające przepisy dotyczące formy zawarcia małżeństwa oraz przeszkód małżeńskich¹⁹⁵. Podkreślić zatem należy, że penalizacja bigamii znajduje uzasadnienie w szczególnej wartości, jaką dla społeczeństwa i państwa ma związek pomiędzy jedną kobietą i jednym mężczyzną oraz założona przez nich rodzina. Monogamiczność małżeństwa wiąże się w sposób istotny z funkcyj-

¹⁹² Na ten temat zob. M. Mozgawa, [w:] *Komentarz aktualizowany do art. 206 Kodeksu karnego*, M. Mozgawa (red.), LEX/el. 2017; A. Tobis, *Główne przestępstwa przeciwko rodzinie*, Poznań 1980, s. 33; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.)..., s. 822. Inaczej por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 283; podobnie R.A. Stefański, *Przestępstwo bigamii (art. 206 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 10, s. 51; Tenże, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 273–274; M. Szewczyk, [w:] *System Prawa Karnego*. t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2016, s. 959.

¹⁹³ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975, s. 420. Autor wskazuje, że *bezpośrednim przedmiotem ochrony jest monogamia prawnego trwałego związku między mężczyzną i kobietą będącego małżeństwem, a przez to dobro rodziny pochodzącej z zawarcia związku monogamicznego*. W ten sposób zob. także J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *art. 117–211a...*, s. 836.

¹⁹⁴ R.A. Stefański, *Prawo karne materialne...*, s. 273–274. Więcej na temat rozbieżności doktrynalnych zob. M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty bigamii (rozważania dogmatyczne i uwagi kryminologiczne)*, [w:] *Bigamia...*, s. 81–82.

¹⁹⁵ S. Hypś, *Małżeństwo monogamiczne jako dobro...*, s. 223.

mi społecznymi małżeństwa. Uregulowanie bigamii jako przestępstwa podkreśla zatem rangę zasady monogamiczności małżeństwa w polskim prawie¹⁹⁶. Stanowi ponadto realizację konstytucyjnej zasady ochrony małżeństwa i rodziny¹⁹⁷.

W doktrynie pojawiła się jednak także propozycja, aby zrezygnować z penalizacji bigamii uznanej za przejaw *dawnego podejścia do czynu bigamicznego jako przestępstwa naruszającego sakrament małżeństwa*¹⁹⁸. Za w pełni wystarczającą uznano w takiej sytuacji regulację przewidującą możliwość unieważnienia małżeństwa na podstawie art. 13 k.r.o., ewentualną odpowiedzialność karną za fałszowanie dokumentów oraz zastosowanie przepisów o oszustwie¹⁹⁹. Nie można jednak zgodzić się z twierdzeniem, że art. 13 k.r.o. stanowi „obligatoryjną podstawę” do unieważnienia małżeństwa bigamicznego²⁰⁰. Przepisy prawa rodzinnego nie nakładają na nikogo obowiązku wszczynania postępowania przed sądem, a jedynie w szerszy sposób ujmują krąg podmiotów do tego uprawnionych oraz umożliwiają żądanie unieważnienia małżeństwa bigamicznego także po jego ustaniu. Zaaprobować należy zatem stanowisko podkreślające prewencyjny charakter przepisów prawa karnego²⁰¹. W tym kontekście istotne znaczenie ma również fakt, że osoba, która zawarła małżeństwo bigamiczne będzie ponosić odpowiedzialność karną także wówczas, gdy z punktu widzenia prawa rodzinnego jej drugie małżeństwo ulegnie konwalidacji²⁰².

Za mało przekonujący uznać należy argument, że rezygnacja z karania bigamii uzasadniona jest tym, że przestępstwo to popełniane jest niezwykle rzadko²⁰³.

¹⁹⁶ A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny...*, s. 65.

¹⁹⁷ J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *art. 117–211a...*, s. 841; A. Wąsek, J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.)..., s. 1176; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.)..., s. 821.

¹⁹⁸ L. Gardocki, *Prawo...*, s. 283.

¹⁹⁹ Tamże, s. 283; zob. także K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 648.

²⁰⁰ M. Szewczyk, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 10..., s. 970.

²⁰¹ M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 30.

²⁰² W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 142; zob. także M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty...*, s. 88. Ostatni ze wskazanych autorów podkreślają jednak, że w przypadku zawarcia drugiego małżeństwa po wydaniu wyroku, ale jeszcze przed jego uprawomocnieniem, należy rozważyć, czy takie zachowanie niesie ze sobą odpowiedni ładunek społecznej szkodliwości uzasadniający pociąganie sprawcy do odpowiedzialności karnej.

²⁰³ W ten sposób także: R. Krajewski, *Bigamia w prawie polskim i prawie kanonicznym*, Włocławek 2003, s. 51.

Zgodnie z brzmieniem art. 206 k.k. przestępstwo bigamii polega na zawieraniu małżeństwa w sytuacji, gdy pozostaje się równocześnie we wcześniej zawartym związku. W doktrynie wskazuje się, że „czynność sprawcza polega na zawarciu małżeństwa”, a zatem zrealizowaniu wszystkich przesłanek wskazanych w art. 1 k.r.o.²⁰⁴. Wydaje się, że interpretacja ta zawęży jednak zastosowanie analizowanego przepisu. Odpowiedzialność powinna bowiem ponosić osoba zawierająca małżeństwo, a nie jedynie ta, która już je zawarła. Za możliwą do obrony można chyba uznać tezę, że przestępstwo popełnił także ten, kto próbował zawrzeć związek małżeński, a nie doszło do tego dzięki interwencji kierownika urzędu stanu cywilnego, który odmówił przyjęcia oświadczeń woli zawarcia związku bigamicznego. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że poprzedni kodeks karny²⁰⁵ przewidywał karalność już samego usiłowania polegającego na złożeniu w urzędzie dokumentów lub udaniu się tam w celu złożenia oświadczeń²⁰⁶. W doktrynie bierze się pod uwagę, także na gruncie obecnie obowiązującego prawa, możliwość ponoszenia w takiej sytuacji odpowiedzialności karnej za samo usiłowanie zawarcia związku bigamicznego²⁰⁷.

Nie ulega wątpliwości, że przestępstwo bigamii popełnia ten, kto zawiera związek małżeński pozostając w poprzednim. Pojawia się jednak pytanie, czy odpowiedzialność karną będzie ponosić także ten, kto zwiera związek małżeński z osobą, która w takim związku już pozostaje. Większość doktryny udziela pozytywnej odpowiedzi podając jako podstawę tej odpowiedzialności współudział w przestępstwie²⁰⁸. Część autorów uważa natomiast, że w kodeksie karnym

²⁰⁴ R.A. Stefański, *Prawo karne materialne...*, s. 274; M. Gałązka, [w:] *Prawo karne*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2017, s. 362; A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 540; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 283; J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *art. 117–211a...*, s. 845; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.)..., s. 1060.

²⁰⁵ Ustawa z dnia 19.04.1969 r. - Kodeks karny, Dz. U. 1969 Nr 13, poz. 94.

²⁰⁶ A. Zielonacki, *Zawarcie...*, s. 86.

²⁰⁷ Zagadnienie to analizują: J. Kosonoga, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.)..., s. 1300–1301; J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *art. 117–211a...*, s. 848 i 850; Tenże, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 10..., s. 963. Autorzy odrzucają jednak koncepcję dotyczącą karalności samego złożenia dokumentów w urzędzie stanu cywilnego, opowiadają się natomiast za karalnością działania prowadzącego bezpośrednio do zawarcia małżeństwa, polegającego na podjęciu czynności związanych z ceremoniałem zaślubin.

²⁰⁸ W ten sposób np. J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: *art. 117–211a...*, s. 842–843; Tenże, [w:] *System Prawa Karnego*, t. 10..., s. 960–961; M. Mozgawa, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2017,

z 1997 r. w wyraźny sposób zniesiono penalizację zawierania małżeństwa z osobą, która jest w związku małżeńskim²⁰⁹. Tej domniemanej intencji ustawodawcy przeczy jednak treść uzasadnienia do projektu, w którym wskazano, że osoba, która wiedziała o fakcie pozostawania przez drugą stronę w związku małżeńskim, może ponosić odpowiedzialność na zasadach ogólnych (art. 18 § 1 i 2 oraz 21 § 2 i 3 k.k.)²¹⁰. Stąd za niepotrzebne uznano utrzymywanie szczególnej odmiany przestępstwa bigamii.

6. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA A CZYNNIK MIĘDZYNARODOWY W PROCEDURZE ZAWIERANIA MAŁŻEŃSTWA

Zapobieganie zjawisku bigamii w przypadku występującego w momencie zawierania małżeństwa czynnika międzynarodowego przeanalizować należy w odniesieniu do trzech sytuacji: małżeństwa zawieranego przez cudzoziemca w Polsce, małżeństwa zawieranego przez obywatela polskiego za granicą oraz skuteczności na terenie Rzeczypospolitej Polskiej małżeństw zawartych i rozwiązanych za granicą.

6.1. MONOGAMICZNOŚĆ MAŁŻEŃSTWA A MAŁŻEŃSTWO ZAWIERANE W POLSCE PRZEZ CUDZOZIEMCA

Problem bigamii może pojawić się w polskiej praktyce prawnej wówczas, gdy małżeństwo na terenie Rzeczypospolitej Polskiej będzie chciał zawrzeć cudzoziemiec pochodzący z kraju, gdzie pozostawanie w więcej niż jednym związku małżeńskim jest dopuszczalne (np. Algieria, Egipt, Syria, Maroko, Niger, Uganda). Cudzoziemcy chcący zawrzeć związek małżeński w Polsce co do zasady podlegają takim samym wymogom prawnym jak obywatele polscy. Ich podstawowym obowiązkiem jest zatem dostarczenie odpowiednich dokumentów, na podstawie których kierownik urzędu stanu cywilnego będzie mógł podjąć decyzję o dopuszczalności

s. 643; Z. Siwik, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2016, s. 1273 (choć na kolejnej stronie autor zaprzecza tej tezie).

²⁰⁹ R.A. Stefański, *Przestępstwo bigamii...*, s. 58; R. Krajewski, *Bigamia w prawie...*, s. 38–39; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 283. Także A. Zielonacki uważa, że nie podlega odpowiedzialności karnej osoba, która zawarła związek małżeński z bigamistą A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny...*, s. 65.

²¹⁰ *Uzasadnienie rządowego projektu nowego kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (red.), Warszawa 1997, s. 197. Zob. także M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty...*, s. 79–81; J. Kosonoga, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.)..., s. 1301; S. Hypś, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.)..., s. 823.

planowanego małżeństwa. Cudzoziemiec zobowiązany jest także przedłożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego dokument stwierdzający, że zgodnie z prawem właściwym może zawrzeć małżeństwo (art. 79 ust 1 pr.a.s.c.). Prawem właściwym dla oceny zdolności do zawarcia małżeństwa przez daną osobę jest jej prawo ojczyście z chwili zawierania tego związku (art. 48 p.p.m.). Może się zatem zdarzyć, że obywatel kraju, w którym dopuszczalna jest poligamia, otrzyma zaświadczenie o możliwości zawarcia kolejnego związku małżeńskiego, mimo pozostawania już we wcześniej zawartym. W takiej sytuacji w odniesieniu do małżeństwa planowanego na terenie Polski zastosowanie znajdzie art. 7 p.p.m. przewidujący możliwość odstąpienia od stosowania prawa obcego, jeżeli miałoby to wywołać skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż do takich zasad należy zasada monogamiczności małżeństwa. W takim przypadku osoba pozostająca już w związku małżeńskim poza granicami Polski, uznana zostanie w świetle polskiego prawa za niezdolną do zawarcia kolejnego związku. Zdolność do zawarcia małżeństwa podlega zatem ocenie zarówno w świetle prawa ojczyście cudzoziemca, jak i zgodności skutków zastosowania tego prawa z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego²¹¹.

Warto podkreślić, że ocena możliwości zawarcia małżeństwa rozpatrywana jest zawsze indywidualnie w odniesieniu do konkretnej osoby. Ważne jest przy tym to, aby była ona stanu wolnego w chwili zawierania w Polsce związku małżeńskiego, a nie to, czy pochodzi z kraju, w którym dopuszcza się poligamię²¹². Jeżeli doszłoby później do zawarcia przez tę osobę kolejnego małżeństwa poza granicami Polski zgodnie z przepisami obcego prawa, ta sama klauzula porządku publicznego pozwoli na nieuznanie skuteczności takiego związku w Polsce. Sąd Najwyższy uznał jednak, że rozważając możliwość zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca pochodzącego z kraju dopuszczającego poligamię, należy przede wszystkim ustalić, czy według prawa tego państwa *istnieje możliwość skutecznego zobowiązania się jego obywatela wobec partnera do niezawierania dalszych poligamicznych małżeństw*²¹³. Wydaje się jednak, że w większości przypadków zobowiązanie takie nie będzie mogło być w żaden sposób wyegzekwowane, a jedyną

²¹¹ Uchwała SN z 22.06.1972 r., III CZP 34/72, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1973, nr 4, poz. 52; Postanowienie SN z 26.08.1974 r., I CR 608/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, nr 7–8, poz. 141.

²¹² Postanowienie SN z 11.10.1974 r., II CR 735/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, nr 7–8, poz. 142.

²¹³ Postanowienie SN z 28.12.1979 r., III CRN 253/79, LEX 8210.

ochroną dla polskiego małżonka pozostanie nieskuteczność kolejnych małżeństw na terenie Rzeczypospolitej Polskiej.

6.2. ZWIĄZEK ZAWARTY ZA GRANICĄ

Ustalając istnienie przeszkody do zawarcia małżeństwa należy wziąć pod uwagę nie tylko wcześniejszy związek małżeński zawarty w Polsce, ale także ten, do którego zawarcia doszło poza granicami, a którego skuteczność uznawana jest na terenie Rzeczypospolitej Polskiej²¹⁴. Transkrypcja zagranicznego aktu małżeństwa dokonywana w polskim urzędzie stanu cywilnego ma bowiem charakter wyłącznie reprodukcyjny²¹⁵. Nie jest przy tym istotne, czy małżeństwo za granicą zawarł obywatel Polski, czy cudzoziemiec. Ważny jest natomiast nałożony na kierownika urzędu stanu cywilnego obowiązek odmowy transkrypcji, jeżeli dokument w państwie wystawienia potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo lub zgon (np. zawarcie związku partnerskiego) albo transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (np. rejestracja w polskich aktach stanu cywilnego „małżeństwa” homoseksualnego albo poligamicznego) – art. 107 pr.a.s.c.

W kontekście zasady monogamiczności małżeństwa obowiązującej w polskim prawie pojawia się zatem pytanie, czy pozostawanie w zawartym za granicą rejestrowanym związku partnerskim albo „małżeństwie” homoseksualnym stanowi przeszkodę do zawarcia małżeństwa w Polsce. Stanowiska doktryny w tej kwestii są podzielone. Z jednej strony autorzy opowiadają się za tym, aby na gruncie prawa kolizyjnego „objąć pojęciem małżeństwa” zarówno rejestrowane związki partnerskie, jak i „małżeństwa” osób tej samej płci²¹⁶. Z drugiej, proponuje się, aby

²¹⁴ M. Nazar, *Pozostawanie w związku...*, s. 11–14; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 146.

²¹⁵ Za rejestracyjnym charakterem transkrypcji opowiedział się SN w wyroku z 13.06.2013 r., III CKN 260/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 12, poz. 230. Przeciwno rejestracyjnemu charakterowi transkrypcji SN w postanowieniu z 8.08.2003 r., V CK 6/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2004, nr 7–8, poz. 131; SN w postanowieniu z 16.03.2007 r., III CSK 380/06, Legalis nr 110453; SN w postanowieniu z 15.04.2011 r., III CZP 12/11 niepubl. dostęp na <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2012-11.pdf> [dostęp: 17.10.2018]; SN w postanowieniu z 3.06.2011 r. III CSK 259/10, Legalis nr 442094; SN w uchwale z 20.11.2012 r., III CZP 58/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 5, poz. 55; M. Wojewoda, [w:] *System Prawa Prywatnego* t. 20C..., s. 593–594.

²¹⁶ M. Pilich, *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 86 i n.; K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Tenże (red.)..., s. 38 i 118; oraz W. Popiołek, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20 C..., s. 41.

pozostawanie w związku partnerskim zarejestrowanym za granicą potraktować *per analogiam* jako przeszkodę do zawarcia małżeństwa w Polsce na podstawie art. 13 k.r.o.²¹⁷ W przypadku obu rozwiązań przyjmuje się zatem przynajmniej częściową skuteczność takich związków w polskim porządku prawnym. Stosuje się zarazem rozszerzającą wykładnię zasady monogamii uznając, że osoba pozostająca w zinstytucjonalizowanej relacji o innym charakterze niż małżeństwo nie powinna mieć możliwości zawarcia nowego związku w innym państwie. Rozwiązanie takie ma stanowić realizację założenia równości systemów prawnych²¹⁸. Podkreśla się także, że zastosowanie art. 13 k.r.o. w drodze analogii wynika z luki prawnej będącej efektem braku nowelizacji przepisów, które uchwalono w innej rzeczywistości społecznej²¹⁹.

W kontekście stosowania art. 13 k.r.o. *per analogiam* do związków partnerskich i „małżeństw” homoseksualnych niezrozumiała jest propozycja, aby zakaz zawarcia małżeństwa pełnił jedynie funkcję prewencyjną, nie dawał natomiast podstawy do unieważnienia małżeństwa²²⁰. Pojawia się bowiem pytanie, na czym ma polegać podobieństwo skutków naruszenia zakazu zawarcia małżeństwa przez osobę pozostającą już w sformalizowanym związku, skoro w przypadku stosunku prawnego nieznanego prawu polskiemu niemożliwe byłoby unieważnienie późniejszego małżeństwa zawartego w Polsce. Zastosowanie obowiązującego przepisu *per analogiam* ma umożliwić wywołanie przewidzianych w nim skutków prawnych w stanie faktycznym podobnym do wskazanego w danym przepisie. Wnioskowanie na podstawie podobieństwa nie daje natomiast podstawy do dokonywania modyfikacji konsekwencji prawnych przewidzianych przez ustawodawcę. Polskie prawo rodzinne przewiduje katalog przeszkód małżeńskich, których wystąpienie może prowadzić do zakazu zawarcia małżeństwa albo do jego unieważnienia. Różnica w skutkach związana jest z chwilą wykrycia przeszkody małżeńskiej – przed czy po zawarciu małżeństwa. Wyłączenie możliwości unieważnienia małżeństwa może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy ustawodawca wyraźnie przewidział okoliczności powodujące konwalidację wadliwie zawartego związku albo wyznaczył termin na wytoczenie powództwa. Za niedopuszczalne należy zatem uznać modyfikowanie w drodze wnioskowania z podobieństwa

²¹⁷ M. Wojewoda, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa...*, s. 717 i n.; podobnie K. Piasecki, [w:] *Kodeks rodzinny...*, s. 38 i 118; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 146.

²¹⁸ M. Wojewoda, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa...*, s. 717.

²¹⁹ Tamże, s. 717.

²²⁰ Tamże, s. 718. Autor proponuje takie rozwiązanie ze względu na zasadę *numerus clausus* podstaw unieważnienia małżeństwa wyrażoną w art. 17 k.r.o.

skutków zakazu bigamii poprzez tworzenie dodatkowej okoliczności uzdrawiającej kolejny związek i to takiej, która polegać miałaby na fakcie jego zawarcia wbrew przeszkodzie.

Proponowanie w takim przypadku rozwodu jako sposobu rozwiązania relacji „bigamicznej” również budzi poważne wątpliwości ze względu na konieczność zaistnienia określonych ustawowo przesłanek uzasadniających rozwiązanie małżeństwa przez sąd. Nie jest bowiem możliwe wystąpienie do sądu z powództwem o rozwód wyłącznie na tej podstawie, że małżonek osoby pozostającej we wcześniej zawartym za granicą związku partnerskim dowiedział się o tym fakcie. Zaistniała sytuacja musiałaby prowadzić do rozkładu pożycia małżeńskiego, który musi mieć zupełny i trwały charakter.

Trzecim rozwiązaniem wskazywanym w literaturze jest wykluczenie możliwości zastosowania art. 13 k.r.o. wprost czy *per analogiam* do „małżeństwa” czy związku partnerskiego o charakterze homoseksualnym. Podzielając stwierdzenie, że przeszkoda bigamii nie obejmuje swym zakresem innych niż małżeństwo relacji międzyludzkich, nie można zaaprobować stanowiska, że homoseksualne związki partnerskie *doskonale są znane prawu polskiemu, ale [...] mają inną niż małżeństwo kwalifikację prawną*²²¹. Owszem, relacje między osobami tej samej płci nie są obce jako zjawiska faktyczne wywołujące określone konsekwencje prawne, jako kompleksowo uregulowane stosunki prawne nie są natomiast znane polskiemu systemowi prawnemu. Związki takie stanowią element życia prywatnego, a nie rodzinnego jednostek²²², a przepisy różnych dziedzin prawa przewidują pewne skutki stanu faktycznego, jakim jest pozostawanie w bliskiej relacji (np. art. 115 § 11, art. 239 § 2 k.k., art. 52, art. 182, 183 k.p.k.²²³, art. 3 ust. 1 pkt 2, art. 21 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta²²⁴, art. 31 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry²²⁵, art. 102 pkt 2, art. 105 § 1 i art. 105 a § 4 k.k.w.²²⁶). Nie można zatem zaaprobować, że na gruncie prawa polskie-

²²¹ T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 738.

²²² Na temat cech charakterystycznych stosunku rodzinnego: M. Łączkowska, *Charakter prawny...*, s. 205–206.

²²³ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997 Nr 89, poz. 555.

²²⁴ Ustawa z 6.11.2018 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. 2009 Nr 52, poz. 417 ze zm.

²²⁵ Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz. U. 1997 Nr 28, poz. 152 ze zm.

²²⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 652.

go zawarte za granicą związku partnerskie mają charakter cywilnoprawny²²⁷, choć między innymi mogą rodzić skutki o takim charakterze (np. art. 691 k.c.).

Należy podkreślić, że sposób dokonania oceny możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę pozostającą w zawartym za granicą związku partnerskim lub „małżeństwie” homoseksualnym zależeć będzie od tego, czy osoba ta posiada obywatelstwo polskie, czy też jest cudzoziemcem.

Polski obywatel, który zawarł jeden z wymienionych związków (związek partnerski hetero– albo homoseksualny czy „małżeństwo” homoseksualne) jest w świetle polskiego prawa stanu wolnego, gdyż łącząca go relacja nie wywołuje w Polsce skutków prawnych²²⁸. W podobny sposób nie zostanie także uznany na gruncie prawa polskiego związek poligamiczny zawarty przez obywatela polskiego za granicą. Podkreślić należy, że brak skuteczności obejmuje każdego rodzaju związek partnerski regulowany przez prawo obce zarówno homo– jak i heteroseksualny. Nie można bowiem zaakceptować propozycji, aby na podstawie art. 13 k.r.o. uznawać za przeszkodę do zawarcia małżeństwa zawarty za granicą związek partnerski łączący osoby płci odmiennej²²⁹. Związek partnerski, niezależnie od homoseksualnego czy heteroseksualnego charakteru, jest bowiem instytucją obcą polskiemu prawu, które za przeszkodę małżeńską traktuje pozostawanie w małżeństwie zawartym wcześniej poprzez zgodne oświadczenie woli nupturientów²³⁰. Podkreślić w tym miejscu należy, że wymóg świadomej i pełnej zgody na zawarcie małżeństwa, a nie innego rodzaju związku, wyraźnie wynika ze standardów międzynarodowych²³¹. Skoro zatem para heteroseksualna nie decyduje się na dostępne dla niej we wszystkich europejskich systemach prawnych małżeństwo, lecz na związek partnerski, to nie wyraża takiej zgody. Trudno zatem narzucać niezainteresowanym osobom konsekwencje stosunku prawnego, który świadomie odrzuciły.

²²⁷ T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 741. Pogląd autora należałoby natomiast podzielić, gdyby chodziło o pytanie, w jaki sposób, o ile w ogóle, regulować związki partnerskie, wówczas bez wątplenia powinny one stanowić rodzaj stosunków cywilnoprawnych, gdyż nie stanowią relacji o charakterze rodzinnym.

²²⁸ Podobnie M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty...*, s. 92.

²²⁹ Taką ewentualność rozważa M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 132 oraz, jak się wydaje, T. Sokołowski, *Cele i funkcje zaświadczenia...*, s. 736.

²³⁰ Tamże, s. 738.

²³¹ Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw, otwarta do podpisu w Nowym Jorku 10.12.1962 r., Dz. U. 1965 Nr 9, poz. 53.

Zdolność do zawarcia małżeństwa cudzoziemca podlega ocenie zgodnie z prawem państwa jego pochodzenia i jest dokonywana w pierwszym rzędzie przez kompetentny organ tego państwa. Także wówczas, gdy to polski sąd ustala, czy dana osoba może zawrzeć związek małżeński w Polsce, oceny tej dokonuje na podstawie prawa właściwego (art. 79 ust. 2 pr.a.s.c.). Jeżeli obcy porządek prawny uznaje pozostawanie w rejestrowanym związku partnerskim albo „małżeństwie” homoseksualnym za przeszkodę małżeńską, cudzoziemiec taki nie otrzyma zaświadczenia umożliwiającego zawarcie małżeństwa w Polsce²³². Prawo prywatne międzynarodowe pozwala nie stosować obcego prawa, jeżeli miałoby to prowadzić do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 7 p.p.m.). Pojawia się zatem pytanie, jaką podstawową zasadę porządku prawnego narusza uznanie, że uregulowany w innym państwie stosunek prawny, nieznanym polskiemu systemowi, uniemożliwia zawarcie małżeństwa. Trudno znaleźć w analizowanym przypadku taką zasadę, należy zatem wziąć pod uwagę, że klauzula porządku publicznego jest wyjątkiem od zasady stosowania prawa obcego i nie może być interpretowana rozszerzająco²³³. Bardzo wyraźnie trzeba jednak podkreślić, że zaakceptowanie stanowiska obcego organu upoważnionego do oceny zdolności do zawarcia małżeństwa nie oznacza uznania ani aprobaty dla funkcjonującej w tamtejszym systemie prawnej przeszkody. Przyjmując zatem, że osoba pozostająca w rejestrowanym związku partnerskim albo „małżeństwie” homoseksualnym nie może zawrzeć małżeństwa w Polsce, kierownik urzędu stanu cywilnego czy sąd nie uznaje skuteczności tego związku na terenie Polski, lecz szanuje stanowisko obcego państwa dotyczące oceny zdolności do zawarcia małżeństwa. W tym wypadku nie znajduje zastosowania art. 13 k.r.o., regulujący przeszkodę pozostawania w związku małżeńskim, lecz prawo obce. Nie może być zatem mowy ani o stosowaniu przywołanego przepisu wprost, ani w drodze analogii.

Jeżeli cudzoziemiec otrzyma z państwa swojego pochodzenia zaświadczenie o możliwości zawarcia związku małżeńskiego mimo pozostawania w związku

²³² Zob. także M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.)..., s. 131–132. Autor bierze jednak pod uwagę zastosowanie klauzuli porządku publicznego wskazując, że *zastosowanie klauzuli porządku publicznego byłoby konsekwencją stanowiska niedopuszczającego uznania jakichkolwiek skutków rejestrowanych związków partnerskich (przynajmniej osób tej samej płci) w zakresie polskiego prawa rodzinnego*.

²³³ T. Ereciński, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, Tenże (red.), Warszawa 2017, s. 700; T. Strumiłło, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, J. Jankowski (red.), Warszawa 2015, s. 1725. Autor zwraca uwagę, że klauzula porządku publicznego poddawana jest raczej wykładni zawężającej niż rozszerzającej.

partnerskim, także ta decyzja obcego państwa zostanie uszanowana na gruncie polskiego prawa.

W świetle polskiej regulacji przeszkodę do zawarcia związku małżeńskiego na terenie Rzeczypospolitej Polskiej stanowi zatem wyłącznie zawarte za granicą małżeństwo heteroseksualne. Niemożność zawarcia małżeństwa przez osoby pozostające w związkach o innym charakterze będzie natomiast konsekwencją zastosowania prawa obcego przy dokonaniu oceny zdolności do zawarcia małżeństwa, a nie uznania skuteczności takich związków przez prawo polskie.

6.3. UZNAWALNOŚĆ OBCYCH WYROKÓW MAJĄCYCH WPLYW NA ISTNIENIE MAŁŻEŃSTWA

Institucja uznania polega na tym, że orzeczenie wydane przez sąd jednego państwa wywołuje skutki prawne także na terytorium innego państwa. Uznanie może następować „automatycznie” albo poprzez specjalną procedurę sądową²³⁴. Prawo państwa uznającego może jednak wskazywać podstawy odmowy uznania. W takim przypadku orzeczenie nie będzie skuteczne na terenie państwa obcego, nie traci natomiast swojej skuteczności w państwie, w którym zostało wydane ani w innych państwach, które dokonały uznania²³⁵.

Kwestię uznawalności na gruncie polskiego prawa reguluje kodeks postępowania cywilnego oraz rozporządzenie Unii Europejskiej tzw. Bruksela II bis²³⁶.

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje uznawalność orzeczeń sądów państw obcych wydawanych w sprawach cywilnych, chyba że zachodzą wskazane w ustawie okoliczności uzasadniające odmowę takiego uznania (art. 1145–1146 k.p.c.). W doktrynie zwraca się uwagę, że przywołana regulacja przewiduje warunkowe uznanie wszystkich wyroków obcych sądów, ich uznanie następuje bowiem, o ile nie istnieją przeszkody określone w art. 1146 k.p.c.²³⁷. Wystarczy, że osoba powołująca się na uznanie przedstawi stosowne dokumenty, a orzeczenie państwa obcego będzie co do zasady wywoływało skutki prawne w Polsce. Za-

²³⁴ Polski kodeks postępowania cywilnego przewidywał takie szczególne postępowanie przed sądem okręgowym. Wyroki sądów państw członkowskich UE uznawane są automatycznie od 1.05.2004 r., natomiast wyroki wydane przez sądy państw spoza UE uznawane są automatycznie od 1.07.2009 r.

²³⁵ M.P. Wójcik, W. Garliński, *Bigamia a uregulowania prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.)..., s. 42.

²³⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000.

²³⁷ M.P. Wójcik, W. Garliński, *Bigamia a uregulowania...*, s. 43.

równy jednak kodeks postępowania cywilnego (art. 1146), jak i rozporządzenie Unii Europejskiej Bruksela II bis (art. 22 lit. a) jako jedną z podstaw odmowy uznania orzeczenia obcego państwa wskazuje klauzulę porządku publicznego. Celem tej klauzuli jest ochrona *krajowego porządku prawnego przed zagranicznymi orzeczeniami nieodpowiadającymi fundamentalnym standardom prawnym*²³⁸. Sąd, odmawiając uznania zagranicznego wyroku nie kieruje się zatem ochroną indywidualnego interesu strony, której ten wyrok dotyczy, lecz ochroną porządku prawnego państwa, w którym wyrok ten ma być wykonany²³⁹. Chodzi przy tym jedynie o to, że wydane przez obcy sąd orzeczenie nie ma wywoływać skutków, które kolidowałyby z polskim porządkiem prawnym, a nie o ocenę trafności przyjętego rozwiązania²⁴⁰.

Rozwód czy unieważnienie małżeństwa orzeczone za granicą wywołują co do zasady skutki prawne na terenie Polski, choć wymagają rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego. Odejście od konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania, którego celem było uznanie obcego wyroku przez sąd zlikwidowało jeden z często występujących przypadków bigamii. Dotyczył on sytuacji, gdy osoba, która zawarła związek małżeński w Polsce, wyjechała następnie za granicę i tam wystąpiła o rozwód. W przekonaniu o automatycznej skuteczności wyroku obcego sądu wstępowała następnie w kolejny związek, nie zdając sobie sprawy z tego, iż ze względu na brak uznania orzeczenia przez sąd polski, był to związek bigamiczny²⁴¹.

Nie każdy wyrok rozwodowy będzie jednak podlegał uznaniu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż ustawodawca wskazał powody, ze względu na które do uznania nie dochodzi. Należą do nich na przykład kwestie proceduralne, takie jak fakt niedoręczenia pozwanemu, który nie wdał się w spór, pisma wszczynającego postępowanie w czasie umożliwiającym podjęcie obrony, czy też pozbawienie strony możliwości obrony w toku postępowania, a także brak prawomocności wyroku, wyłączna jurysdykcja krajowa sądów polskich oraz zawisłość sprawy o to samo roszczenie w sądzie polskim wcześniej niż przed sądem państwa obcego. Szczególne znaczenie w zakresie spraw dotyczących małżeństwa będzie miała jednak klauzula porządku publicznego służąca ochronie krajowego porządku

²³⁸ Tamże, s. 49.

²³⁹ Postanowienie SN z 9.12.2010 r. IV CSK 224/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 9, poz. 101.

²⁴⁰ R. Kułski, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, A. Marciniak (red.), Warszawa 2017, s. 406.

²⁴¹ M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty...*, s. 106. E. Holewińska-Łapińska, *Unieważnienie małżeństwa...*, s. 123.

prawnego przed jego naruszeniem w wyniku uznania orzeczenia sądu państwa obcego nieodpowiadającego fundamentalnym standardom prawnym²⁴².

Niekiedy kilka przeszkód do uznania obcego wyroku występuje łącznie. Tytułem przykładu wskazać można postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach²⁴³. W sprawie tej chodziło o uznanie świadectwa rozwodu wystawionego w Kairze przez notariusza Biura Notarialnego Spraw Osobowych na podstawie prawa muzułmańskiego, które przewiduje, że mąż może rozwiązać małżeństwo w drodze jednostronnego oświadczenia. Sąd Apelacyjny stwierdził, że uznaniu tego rozwodu sprzeciwia się zarówno uniemożliwienie żonie udziału w procedurze i obrony swoich praw, jak i sprzeczność egipskiego rozstrzygnięcia z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, jakimi są trwałość małżeństwa i równouprawnienie małżonków.

Dla ustalenia braku przeszkody bigamii nie wystarczy zatem, że poprzednie małżeństwo ustało poprzez rozwód, uznanie za zmarłego czy stwierdzenie zgonu albo zostało unieważnione na podstawie orzeczenia wydanego przez sąd innego państwa. Orzeczenie takie musi ponadto wywoływać skutki prawne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej²⁴⁴. Weryfikacja uznawalności wyroku lub rozstrzygnięcia organu państwa obcego, które doprowadziły do ustania wcześniejszego małżeństwa, będzie następowała w momencie dokonywania przez polskiego kierownika urzędu stanu cywilnego wzmianki dodatkowej lub przypisku w akcie stanu cywilnego. Kierownik ten odmawia dokonania wspomnianych czynności, jeżeli stwierdzi, że wyrok lub inne rozstrzygnięcie nie podlegają uznaniu na podstawie art. 1146 k.p.c. Musi wówczas poinformować zainteresowane osoby o prawie wystąpienia do sądu o rozstrzygnięcie, czy orzeczenie organu państwa obcego podlega albo nie podlega uznaniu (art. 108 ust 4 pr.a.s.c.).

7. PRZYKŁADY NARUSZENIA ZASADY MONOGAMICZNOŚCI MAŁŻEŃSTWA WYSTĘPUJĄCE W PRAKTYCE

Na podstawie analizy spraw dotyczących przypadków bigamii na terenie Polski w doktrynie wyróżniono ich trzy modele²⁴⁵.

Pierwszy dotyczy osoby, która będąc w związku małżeńskim świadomie i dobrowolnie zawiera kolejny związek.

²⁴² Postanowienie SN z 22.01.2015 r., III CSK 154/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2016, nr B, poz. 29.

²⁴³ Wyrok SA w Katowicach z 20.08.2009 r., I ACa 410/09, LEX 551997.

²⁴⁴ M.P. Wójcik, W. Garliński, *Bigamia a uregulowania...*, s. 41–42.

²⁴⁵ M. Mozgawa, A. Saj, *Prawnokarne aspekty...*, s. 106; E. Holewińska-Łapińska, *Unieważnienie małżeństwa...*, s. 123.

Drugi model dotyczy sytuacji, gdy osoba pozostająca w związku małżeńskim wyjechała na stałe za granicę i tam wystąpiła o rozwód. W przekonaniu o skuteczności wyroku sądu państwa obcego zawarła kolejne małżeństwo, nie zdając sobie sprawy, że wyrok taki wymaga uznania przez polski sąd. Teoretycznie problem ten zlikwidowano przez wprowadzenie automatycznej uznawalności obcych wyroków. Może się jednak okazać, że były małżonek powołujący się na rozwiązanie zapadłe w innym państwie uzyska informację od polskiego organu, że nie podlega ono uznaniu z powodów wymienionych w art. 1146 k.p.c.²⁴⁶

Trzeci przypadek z kolei dotyczy pozostających w związku małżeńskim cudzoziemców zawierających w Polsce fikcyjne małżeństwo w celu uzyskania obywatelstwa. Należy podkreślić, że tzw. małżeństwo pozorne zawarte z zachowaniem wszystkich przesłanek ustawowych jest w pełni skuteczne na gruncie polskiego prawa. Jeżeli osoba decydująca się na taki związek pozostaje już we wcześniej zawartym, dopuszcza się bigamii.

Inna kategoria to małżeństwa bigamiczne zawierane w związku z zawirowaniami wojennymi. Bigamiczny charakter często długotrwałego drugiego związku małżeńskiego ujawnia się często dopiero w momencie stwierdzenia nabycia spadku, niekiedy wiele lat po śmierci bigamisty²⁴⁷.

8. MONOGAMIA FAKTYCZNA – OBOWIĄZEK WIERNOŚCI

8.1. UWAGI OGÓLNE

Jak już wspomniano, monogamiczność w polskim prawie ma w pierwszym rzędzie formalny charakter. Nie może bowiem zawrzeć związku małżeńskiego osoba, która pozostaje już w małżeństwie, a naruszenie tego zakazu powoduje, że małżeństwo bigamiczne może zostać unieważnione. Nie bez znaczenia z prawnego punktu widzenia pozostaje jednak także monogamia faktyczna znajdująca swój wyraz w nałożonym na małżonków obowiązku wierności²⁴⁸. Związek pomiędzy

²⁴⁶ Na pewną pozorność ułatwienia wynikającego z automatycznej uznawalności zwrócili uwagę M.P. Wójcik, W. Garliński, *Bigamia a uregulowania...*, s. 44–45.

²⁴⁷ Tytułem przykładu wskazać można sprawę zakończoną wyrokiem sądu z 25.06.2010 r., w której motywem wniesienia pozwu, po upływie 64 lat od zawarcia małżeństwa oraz 21 lat od jego ustania wskutek śmierci pozwanego męża – bigamisty, było dążenie do zakończenia postępowania o stwierdzeniu nabycia spadku po zmarłym. E. Holewińska-Łąpińska, *Unieważnienie małżeństwa...*, s. 129–130.

²⁴⁸ Na związek pomiędzy monogamią a obowiązkiem wierności zwraca uwagę także: J.S. Piątowski, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 236; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 39; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 155, 299.

tymi dwiema kwestiami wskazywała przez długi czas regulacja karna, gdzie obok przestępstwa bigamii uregulowane było także przestępstwo cudzołóstwa. W doktrynie zwraca się także uwagę, że właśnie *ekskluzywny charakter wierności stanowi jeden z najsilniejszych elementów równoprawnego małżeństwa monogamicznego*²⁴⁹.

Małżeństwo jest zatem nie tylko formalnym stosunkiem prawnym, ale powinno być rzeczywistym związkiem jednej kobiety i jednego mężczyzny, którzy mają obowiązek budować wspólne życie obejmujące więź emocjonalną, gospodarczą i fizyczną, dochowując sobie wzajemnie wierności, udzielając pomocy i współdziałając dla dobra założonej przez nich rodziny. Takiej szczególnej relacji ustawodawca oczekuje od małżonków, czyli osób, które dobrowolnie zdecydowały się na sformalizowany i trwały związek właśnie o takim charakterze. Oczekiwanie to natomiast nie dotyczy osób pozostających wyłącznie w faktycznym pożyciu. W ich przypadku brak wierności czy lojalności może budzić wątpliwości natury moralnej i obyczajowej, nie powoduje jednak w zasadzie konsekwencji prawnych²⁵⁰. Nie ma zatem prawnej przeszkody, aby pozostawać równocześnie w kilku związkach faktycznych. Tymczasem nałożony na małżonków *obowiązek wierności polega na tym, że zachowania odpowiadające treści prawa i obowiązku pożycia małżeńskiego mogą być realizowane tylko względem współmałżonka*²⁵¹. Nie popełnia bigamii w sensie prawnym ktoś, kto pozostaje równocześnie w małżeństwie i związku faktycznym. Sytuacja ta jednak nie jest indyferentna prawnie, narusza bowiem nałożony na małżonków przez ustawodawcę obowiązek wierności traktowany jako element istoty małżeństwa²⁵² oraz jego nieodłączna i niezbywalna cecha²⁵³.

²⁴⁹ T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), s. 97. W podobny sposób wypowiada się także B. Czech, podkreślając, że *wierność w rozumieniu art. 23 KRO jest jednym z podstawowych obowiązków małżonków; jest konsekwencją obowiązku wspólnego pożycia, polegającego na duchowej, fizycznej i gospodarczej łączności małżonków, która stanowi naturalny cel małżeństwa i warunkuje urzeczywistnienie istotnej jego treści*. B. Czech, *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej*, [w:] *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci prof. Wandy Stojanowskiej*, M. Kosek, J. Słyk (red.), Warszawa 2008, s. 65.

²⁵⁰ Dostępnym sposobem wyrazu dezaprobaty dla zachowania konkubenta może być odwołanie darowizny ze względu na rażącą niewdzięczność obdarowanego czy nieuwzględnienie go w testamentie.

²⁵¹ T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.) ..., s. 97.

²⁵² Pogląd ten aprobuje A. Sylwestrzak powołując się na orzeczenie SN z 7.09.1954 r., C 1255/53, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8, s. 168–169; A. Sylwestrzak, *Skutki prawne separacji małżonków*, Warszawa 2007, s. 82.

²⁵³ A. Sylwestrzak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 510.

8.2. POJĘCIE WIERNOŚCI

W doktrynie obowiązek wierności przedstawiany jest najczęściej jako nakaz powstrzymywania się od nawiązywania i utrzymywania stosunków seksualnych z osobami trzecimi²⁵⁴. Za trafniejsze uznać jednak należy szersze rozumienie tego obowiązku, który obejmuje całościowo łączącą małżonków więź o charakterze duchowym, emocjonalnym i fizycznym²⁵⁵. Należy zatem zgodzić się z poglądem, że wierność polega na budowaniu fizycznej i duchowej wspólności małżonków, z wykluczeniem osób trzecich²⁵⁶. Obowiązek wierności nałożony na małżonków wyznacza pewien pożądany model kształtowania wspólnego pożycia małżeńskiego opartego na wyłączności, wzajemnej lojalności i współdziałaniu. Ustawodawca wymieniając w art. 23 k.r.o. szczególne prawa i obowiązki małżonków, wskazał bowiem na istotę wspólnoty małżeńskiej²⁵⁷. Oczekiwana przez społeczeństwo i ustawodawcę postawa jest skutkiem podjętej przez małżonków decyzji o zawarciu małżeństwa, przez którą kobieta i mężczyzna łączą całe swoje życie osobiste²⁵⁸. Poprzez świadomie i dobrowolnie wyrażone oświadczenie woli zawarcia małżeństwa *małżonkowie rezygnują z naturalnej swobody osobistej w takim zakresie, w jakim swoboda ta kolidowałaby z istotą oraz celami małżeństwa, a zwłaszcza z obowiązkami i prawami małżonków*²⁵⁹. Ograniczenie autonomii osoby pozostającej w związku małżeńskim obejmuje zatem w istotny sposób sferę jej życia osobistego, szczególnie w odniesieniu do relacji uczuciowych i intymnych z osobami trzecimi²⁶⁰.

²⁵⁴ M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, K. Piasecki (red.)..., s. 149; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 226; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.), Warszawa 2017, s. 223.

²⁵⁵ T. Smoczyński, [w:] *System Prawa...*, s. 220; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 78; B. Czech, *Z problematyki winy...*, s. 65; T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 97; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 61; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 87.

²⁵⁶ S. Grzybowski, I. Różański, *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946, s. 87.

²⁵⁷ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 219–220.

²⁵⁸ T. Smoczyński, *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 214–215.

²⁵⁹ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 168.

²⁶⁰ T. Sokołowski, *Rozkład pożycia...*, s. 85–86; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 61; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 97. Na tę kwestię zwrócił także uwagę A. Olejniczak, podkreślając, że niewierności małżeńskiej nie usprawiedliwia fakt, że małżonka łączy z osobą trzecią więzy emocjonalne, *konsekwencją tolerowania takiego postępowania byłoby udzielenie aprobaty dla odstępowania od obowiązków małżeńskich w przypadku miłości do osoby trzeciej*. A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, s. 43 i przywołany tam wyrok SN z 8.05.1951 r., C 184/51, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1952, nr 1, poz. 21.

W doktrynie zwraca się uwagę, że obowiązek wierności został uregulowany wraz z obowiązkiem udzielania sobie wzajemnej pomocy, co przemawia za jego szerszym rozumieniem, wykraczającym poza wymiar seksualny. Wierność ma zatem służyć budowaniu między małżonkami relacji na wzór niezawodnej *wiernej przyjaźni*²⁶¹. Z tego względu za naruszenie wierności małżeńskiej uważa się nie tylko relacje o charakterze erotyczno-seksualnym, ale także wyłącznie emocjonalnym z innymi osobami, które wchodzą w sferę zarezerwowaną wyłącznie dla współmałżonka²⁶², a nawet stwarzanie jedynie pozorów zdrady²⁶³.

W kontekście obowiązku wierności rozważano także porzucenie przez małżonka wspólnie wyznawanych wartości²⁶⁴, dokonanie aborcji²⁶⁵ czy skorzystanie z zabiegu wspomaganego medycznie prokreacji bez wiedzy męża²⁶⁶ oraz oddanie przez męża nasienia do banku spermy używanej do inseminacji innych kobiet bez zgody żony²⁶⁷. Uznano jednak, że sytuacje te stanowią raczej przejaw braku lojalności wobec współmałżonka niż wierności w jej ścisłym znaczeniu²⁶⁸. Podobnie potraktować należy także publiczne ośmieszanie małżonka, zdradza-

²⁶¹ T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 97; o szerszym rozumieniu wierności także: B. Czech, *Wierność małżeńska a kwestia winy rozkładu pożycia*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 6. Podobnie wyrok TK z 11.04.2006 r. SK 57/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy”, 2006, nr 4, poz. 43, w którym stwierdzono, że stosunki między małżonkami oparte są na *zaufaniu (wierności)*.

²⁶² T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 61; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny...*, s. 97.

²⁶³ J.S. Piątkowski, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 236; W. Stojanowska, *Seksuologia...*, s. 109. W ten sposób zob. także SN w orzeczeniu z 19.12.1950 r., C 322/50, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1953, nr 1, poz. 7 oraz SN w orzeczeniu z 26.03.1952 r., C 813/51, „Nowe Prawo” 1953, nr 5, s. 82.

²⁶⁴ B. Czech, *Z problematyki winy...*, s. 66, 70.

²⁶⁵ Zob. W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 227; J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.)..., s. 213.

²⁶⁶ J.S. Piątkowski, [w:] *System Prawa Rodzinnego...*, s. 237; A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, s. 43; J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 87; M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 149; J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.)..., s. 213; R. Krajewski uważa, że *wierność małżeńska sensu largo obejmuje także tę płaszczyznę*. R. Krajewski, *Prawa i obowiązki...*, s. 328; Tenże, *Prawne aspekty pożycia seksualnego małżonków*, „Jurysta” 2004, nr 9, s. 16.

²⁶⁷ J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 119.

²⁶⁸ T. Smyczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 221; Tenże, *Prawo rodzinne...*, s. 79; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 224–225.

nie jego tajemnic czy inne publiczne upokarzające i poniżające traktowanie²⁶⁹. Zachowanie takie o charakterze jednorazowego incydentu nie będzie raczej stanowiło przedmiotu zainteresowania z prawnego punktu widzenia. Utrzymująca się jednak i utrwalona postawa braku szacunku do współmałżonka może natomiast stanowić przyczynę rozkładu wspólnego pożycia.

Za takim szerszym sposobem interpretowania pojęcia wierności opowiedział się Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 8 grudnia 2000 r. przyjął, że *małżeńskiego obowiązku wierności nie można odnosić li tylko do wąsko rozumianej płaszczyzny kontaktów seksualnych, ale należy nim również obejmować powinność zachowania wobec siebie wzajemnej lojalności w postępowaniu i wzajemnego poszanowania godności*²⁷⁰.

Wraz z rozwojem możliwości technologicznych zauważyć można nowe sposoby zachowań stanowiących naruszenie obowiązku wierności małżeńskiej. Współcześnie atrakcyjną przestrzenią do zawierania nowych znajomości i utrzymywania relacji międzyludzkich stał się Internet. W sytuacji, gdy kontakty wirtualne ingerują w sferę zarezerwowaną dla współmałżonka zarówno w zakresie życia emocjonalnego, jak i wspólnego planowania życia przez oboje małżonków, a także wówczas, gdy stanowią one sposób wyrażania przez małżonka frustracji, rozczarowania i niechęci do współmałżonka, należy uznać, że stanowią naruszenie obowiązku wzajemnej lojalności między małżonkami.

W kontekście wierności małżeńskiej należy także, choć jedynie na marginesie, zwrócić uwagę na problem powszechnie dostępnej pornografii, która uważana jest za czynnik destrukcyjnie wpływający na więź małżeńską, stosunkowo często prowadzący do rozpadu związku²⁷¹. Pojawia się co prawda pytanie, czy zachowanie małżonka korzystającego z treści pornograficznych stanowi naruszenie obowiązku wierności, skoro nie dochodzi do podjęcia rzeczywistego współżycia z osobą trzecią. Przestrzeń wirtualna w tym przypadku bardzo realnie wkracza jednak w intymną relację pomiędzy małżonkami, z jednej strony zastępując ich

²⁶⁹ J. Strzebińczyk uważa, że obowiązek wierności oznacza unikanie manifestowania na zewnątrz wszelkich postaw, które stawałyby w złym świetle współmałżonka i jego cechy. J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 119–120.

²⁷⁰ Wyrok SN z 8.12.2000 r., I CKN 1129/99, LEX 51635. Podobnie A. Olejniczak, *Materiałnoprawne przesłanki...*, s. 44. Autor wskazuje, że obowiązek wierności *polega nie tylko na powstrzymaniu się od stosunków fizycznych z osobami trzecimi, ale nakazuje szczerość, lojalność i wzajemne przywiązanie małżonków*.

²⁷¹ Temat ten poruszono w artykule: *Zdrada w czasach Internetu*, „Rzeczpospolita” 13.12.2008, <http://www.rp.pl/artykul/931681-Zdrada-w-czasach--Internetu.html> [dostęp: 28.12.2017]. Trudno jednak zaakceptować konkluzję tego tekstu.

rzeczywistą bliskość, z drugiej w istotny sposób wpływając na oczekiwania i sposób realizowania potrzeb seksualnych, prowadząc często do uprzedmiotowienia i ponizania współmałżonka.

Analizując pojęcie wierności, należy mieć na uwadze, że małżonkowie przy realizacji obowiązków wynikających z łączącego ich stosunku prawnego, powinni dochować szczególnej staranności będącej przejawem łączącej ich więzi²⁷². Podzielić należy zdanie Sądu Najwyższego, który uznał, że *zachowanie, które w stosunkach między obcymi ludźmi nie byłoby uznawane za naganne, może być między małżonkami uznane za szkodliwe z punktu widzenia trwałości małżeństwa*²⁷³.

W doktrynie wyrażono także trafny pogląd o dynamicznym charakterze obowiązku wierności, który jest *nie tyle tym, co już jest, lecz raczej tym, co się staje*²⁷⁴. Jego realizacja stanowi niekiedy poważne wyzwanie, szczególnie dla małżonka zdradzonego czy porzuconego, którego zachowanie współmałżonka nie zwalnia z dochowania własnej powinności.

8.3. CHARAKTER PRAWNY OBOWIĄZKU WIERNOŚCI

8.3.1. WIERNOŚĆ BEZWZGLĘDNIE OBOWIĄZUJĄCA

Obowiązek wierności między małżonkami został uregulowany przepisami bezwzględnie obowiązującymi, nie podlega więc modyfikacji wolą samych małżonków. Z tego względu podzielić należy pogląd, że nieskuteczne w świetle prawa są porozumienia zawierane w tej kwestii przez samych małżonków, dotyczące na przykład otwarcia ich małżeństwa na możliwość wchodzenia w relacje o charakterze seksualnym z innymi osobami (tzw. małżeństwa swingujące i otwarte)²⁷⁵. Bez znaczenia dla naruszenia obowiązku wierności pozostanie także fakt, że do zdrady doszło za zgodą małżonka²⁷⁶. *Obowiązek wierności bowiem nie podlega dyspozycji małżonków, którzy winni go wykonywać bez względu na pogląd drugiego*

²⁷² T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 93–94.

²⁷³ Wyrok SN z 25.08.1982 r., III CRN 182/82, LEX 8448.

²⁷⁴ B. Czech, *Z problematyki winy*..., s. 68.

²⁷⁵ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo*..., s. 86; R. Krajewski, *Prawne aspekty pożycia*..., s. 15; J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 208; M. Sychowicz, [w:] *Tamże*, s. 146; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 226–227.

²⁷⁶ R. Krajewski, *Prawne aspekty pożycia*..., s. 16; Tenże, *Prawa i obowiązki*..., s. 304; M. Jadczyk-Żebrowska, *Prawa i obowiązki*..., s. 86.

małżonka na tę kwestię, albowiem zachowanie wierności małżeńskiej należy do istoty małżeństwa²⁷⁷.

W doktrynie wyrażono także i takie stanowisko, że porozumienia między małżonkami są skuteczne, ponieważ prawo nie przewiduje żadnej metody wymuszenia obowiązku wierności²⁷⁸. Bezprawność takich porozumień niwelować miałyby ponadto zastosowanie reguły *volenti non fit iniuria*²⁷⁹. Podzielić należy jednak pogląd, że wierność małżeńska jest istotnym elementem treści stosunku prawnego, który ma nie tylko znaczenie indywidualne dla więzi budowanej przez samych małżonków, ale odgrywa także ważną rolę ze społecznego punktu widzenia przede wszystkim ze względu na skutki niewierności dla założonej przez małżonków rodziny²⁸⁰. Dlatego też porozumienia między małżonkami, których przedmiotem jest zwolnienie z obowiązku wierności, uznać należy za sprzeczne z prawem, a zatem nieważne w świetle art. 58 k.c. Osoby pozostające w związku małżeńskim nie mogą bowiem zmieniać *fundamentalnych zasad prawnego modelu stosunków osobistych*²⁸¹ wynikających z łączącego ich stosunku prawnego.

W praktyce małżonkowie budują jednak nierzadko łączącą ich relację w sposób odbiegający od wizji ustawowej, dostosowując ją do swoich potrzeb i wyobrażeń. Prawo nie przewiduje żadnych instrumentów, które pozwalałyby na ingerencję w tak zmodyfikowany związek. Próba wyegzekwowania modelu ustawowego musiałaby się bowiem łączyć z wkroczeniem państwa w sferę chronionej prawem prywatności²⁸². Trafnie zatem podkreśla się w doktrynie, że realizowany przez małżonków sposób ukształtowania wzajemnych praw i zobowiązań może funkcjonować tak długo, jak długo odpowiada woli ich obojga²⁸³. Warto jednak podkreślić, że samo porozumienie małżonków w kwestii ich wzajemnej wierności nie likwiduje tego obowiązku, lecz powoduje, że nie jest on realizowany, co pozostaje w sprzeczności z prawem²⁸⁴. Ustalenia pomiędzy małżonkami dotyczące sposobu budowania łączącej ich relacji zgodnie z ich świa-

²⁷⁷ Orzeczenie SN z 7.09.1954 r., C 1255/53, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8, s. 188–189.

²⁷⁸ S. Grzybowski, *Prawo rodzinne...*, s. 70.

²⁷⁹ J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 419; A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska. Zadośćuczynienie za zerwanie więzi rodzinnych*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 4, s. 105 i przypis 15.

²⁸⁰ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 305.

²⁸¹ T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 215.

²⁸² R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 170.

²⁸³ T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 215; W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 228.

²⁸⁴ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne...*, s. 306.

topogładem i uwarunkowaniami kulturowymi muszą bowiem mieścić się w wytyczonych przez ustawodawcę ramach²⁸⁵.

Do weryfikacji zgodności konkretnej relacji małżeńskiej z modelem ustawowym dochodzi zazwyczaj z inicjatywy jednego z małżonków, gdy istniejąca rzeczywistość przestaje odpowiadać jego potrzebom i oczekiwaniom, a równocześnie nie jest możliwe osiągnięcie kompromisu satysfakcjonującego oboje małżonków. W takiej sytuacji małżonkowie mogą skorzystać jedynie z możliwości wystąpienia z powództwem o separację lub rozwód. Sąd we wszczętym przez takiego małżonka postępowaniu nie uwzględnia jednak zasady swobody umów, która prowadziłaby do konieczności uznania za skuteczne wspólne ustaleń małżonków w zakresie ich wzajemnych praw i obowiązków. Punktem odniesienia dla sądu będzie natomiast ustawowy model małżeństwa. Przedmiotem ustaleń sądu w postępowaniu rozwodowym czy o separację jest jednak w pierwszej kolejności rozkład pożycia oraz wina małżonków, a nie samo naruszenie wierności. Sąd nie dysponuje żadnym narzędziem prawnym w sytuacji, gdy stwierdzi, że chociaż doszło do naruszenia ustawowego obowiązku wierności, to rozwód jest niedopuszczalny ze względu na brak trwałego i zupełnego rozkładu pożycia²⁸⁶. Ma wówczas obowiązek jedynie oddalić pozew rozwodowy.

System prawny nie przewiduje w zasadzie żadnego innego środka zaradczego dla sytuacji konfliktowej o charakterze osobistym między małżonkami. Inaczej wygląda regulacja kwestii majątkowych, w przypadku których ustawodawca reguluje: możliwość wniesienia sprzeciwu, konieczność uzyskania zgody współmałżonka na niektóre czynności prawne, możliwość wprowadzenia rozdzielności majątkowej lub pozbawienia prawa zarządu majątkiem wspólnym oraz wyłączenie odpowiedzialności solidarnej za długi związane z zaspokajaniem zwykłych potrzeb rodziny.

Należy w tym miejscu odróżnić te przypadki, gdy trudności małżeńskie łączą się z brakiem możliwości osiągnięcia porozumienia w istotnych sprawach rodziny, dla których rozwiązanie zostało wskazane w art. 24 k.r.o. Przepis ten dotyczy bowiem sytuacji, gdy małżonkowie nie mogą samodzielnie osiągnąć kompromisu, a każda z ich propozycji jest zgodna z prawem. Zadaniem sądu jest wówczas znalezienie rozstrzygnięcia, które jest lepsze dla rodziny. Z innym przypadkiem mamy do czynienia wówczas, gdy kryzys małżeński łączy się z naruszeniem obowiązków małżeńskich, na przykład z permanentną niewiernością jednego

²⁸⁵ T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.)..., s. 90.

²⁸⁶ M. Łączkowska, *Zasada trwałości...*, s. 78–79

z małżonków. Nie można bowiem zastosować w takim przypadku art. 24 k.r.o., gdyż zachowanie małżonka jest sprzeczne z prawem, nie podlega zatem porozumieniu.

Trzeba również wziąć pod uwagę, że nie w każdym przypadku napotykanym problemom małżonkowie chcą się od razu rozwodzić, nie każda sytuacja kryzysowa stanowi także podstawę dla rozwodu, ze względu na możliwy brak trwałego i zupełnego rozkładu pożycia. Obecna regulacja nie daje wystarczającego wsparcia małżeństwu, przewidując konkretne rozwiązania prawne dopiero wówczas, gdy czasowo lub trwale ustają wszelkie łączące małżonków więzi. Małżonkowie mogą co prawda samodzielnie szukać pomocy specjalistów, wymaga to jednak gotowości ich obojga na współpracę, co często jest trudne do osiągnięcia. Wydaje się, że konstytucyjna zasada ochrony małżeństwa uzasadniałaby próbę ratowania małżeństwa na etapie przed jego całkowitym rozpadem także z inicjatywy tylko jednego małżonka, który zwracałby się o pomoc do sądu. Być może dobrym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie możliwości wystąpienia przez każdego z małżonków do sądu o wydanie odpowiedniego postanowienia w sytuacji, gdy zagrożone byłoby dobro małżeństwa lub rodziny. Nie chodziłoby tu o dokonywanie stygmatyzacji i ukaranie „złego małżonka”, lecz o dążenie do znalezienia sposobu wyjścia z kryzysu, z którym małżonkowie nie potrafią poradzić sobie samodzielnie, często ze względu na zbyt intensywne zaangażowanie emocjonalne w istniejący między nimi konflikt. Dlatego proponowanymi przez sąd środkami zaradczymi powinno być skierowanie na mediację czy terapię rodzinną, zobowiązanie do pewnych zachowań lub udzielenie innej pomocy w dążeniu do osiągnięcia rozwiązania konkretnego problemu (na wzór art. 109 k.r.o.). W toku postępowania sąd powinien poinformować małżonka, że kontynuowanie przez niego niewłaściwej postawy może prowadzić do rozkładu pożycia, za który będzie on ponosił winę, z czym łączą się określone konsekwencje prawne. Nie chodziłoby jednak o wprowadzenie środka umożliwiającego przymusowe wyegzekwowanie obowiązków małżeńskich, lecz sposobu uświadomienia i zachęcenia małżonka do zmiany postępowania. Należy podkreślić, że niniejsza propozycja wymaga jednak szczególnego podejścia do roli sędziego zajmującego się sprawami rodzinnymi mającymi swoją specyfikę²⁸⁷. W przypadku konfliktu małżeńskiego, z którym małżonkowie trafiają do sądu, sędzia powinien raczej działać jak mediator, roz-

²⁸⁷ Na ten temat zob. M. Andrzejewski, *Sędzia rodzinny – uwagi w kontekście poszukiwania modelu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych*, [w:] *Proces cywilny...*, s. 77–97; Tenże, *Rozwiązywanie rodzinnych sporów prawnych – między koncyliacją a kontradycywnością*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN*, W. Czapliński (red.), Warszawa 2006.

jemca²⁸⁸ wskazujący skonfliktowanym zarówno wartość samego ich związku, jak i możliwość znalezienia rozwiązania. Zadaniem sędziego w proponowanym postępowaniu nie byłoby rozstrzygnięcie sporu i wskazanie, który z małżonków „ma rację”, lecz zastosowanie środka, który w zdiagnozowanej przez sędziego sytuacji najbardziej będzie służył ochronie małżeństwa i jego trwałości. Sąd w takim wypadku nie powinien mieć kompetencji do merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawach małżeńskich dotyczących praw i obowiązków swej natury nieegzekwowlanych, lecz do stworzenia małżonkom możliwości samodzielnego osiągnięcia kompromisu i naprawy ich relacji.

Bezwzględny obowiązek wierności został uregulowany w taki sposób, że żadne okoliczności, w tym także wynikająca z różnych przyczyn niemożność współżycia seksualnego ze współmałżonkiem, nie usprawiedliwiają jego naruszenia²⁸⁹.

Biorąc pod uwagę znaczenie wierności małżeńskiej, znajdujące swój wyraz w sposobie uregulowania tej kwestii w relacji małżeńskiej przez ustawodawcę, ważne byłoby także odpowiednie poinformowanie osób zamierzających zawrzeć związek małżeński o wynikających z tego prawach i obowiązkach, aby były one świadome rzeczywistych konsekwencji swojej decyzji, a nie budowały małżeństwa w oparciu o nieprawdziwe wyobrażenia, mające swoje źródło w indywidualistycznym nurcie dominującym, jak się wydaje, w naukach społecznych oraz „serialowym” przekazie medialnym²⁹⁰.

8.3.2. WZGLĘDNY CHARAKTER UPRAWNIENIA WYNIKAJĄCEGO Z OBOWIĄZKU WIERNOŚCI

Obowiązek wierności ma charakter względny, ponieważ wiąże jedynie małżonków, uprawnienie osoby pozostającej w związku małżeńskim nie jest zatem sku-

²⁸⁸ Proponowane w niniejszym opracowaniu rozwiązanie byłoby w tym zakresie podobne do postępowania sądowego z art. 24 k.r.o. W literaturze wyraźnie podkreśla się jego mediacyjny charakter oraz to, że rozwiązanie zaproponowane przez sąd nie wiąże małżonków, pozostawiając im otwartą drogę do wypracowania własnego porozumienia. Zob. W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 233; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 246.

²⁸⁹ A. Olejniczak, *Materialnoprawne przesłanki...*, s. 43; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki...*, s. 321.

²⁹⁰ Przekonania o poważnej rozbieżności pomiędzy społeczną i ustawową wizją małżeństwa nabrałam w trakcie kilkunastu lat pracy dydaktycznej ze studentami różnych kierunków (prawa, administracji, socjologii, pracy socjalnej, teologii). Wynikający z ustawy obowiązek wierności niepodlegający modyfikacji wolą małżonków wywoływał często poważne zdziwienie i niedowierzanie, podobnie jak możliwość dochodzenia alimentów w pierwszej kolejności od byłego małżonka.

teczne wobec osób trzecich²⁹¹. Pojawia się jednak pytanie, czy małżonek mógłby na zasadach ogólnych domagać się zadośćuczynienia od osoby, która doprowadziła do rozpadu jego małżeństwa²⁹². Wydaje się, że nie można całkowicie wykluczyć takiej możliwości i w pewnych okolicznościach należy uznać ją za dopuszczalną. Jest to jednak z pewnością kwestia dyskusyjna, ostatecznie bowiem rozkład pożycia małżeńskiego jest przede wszystkim efektem decyzji przynajmniej jednego z małżonków. Wątpliwości mogą pojawić się w odniesieniu do propozycji obarczenia osoby trzeciej odpowiedzialnością za ustanie małżeństwa w wyniku rozwodu, gdyż jest to orzeczenie sądu, który orzekając bierze pod uwagę określone przesłanki ustawowe w tym także konieczność ochrony małżonka niewinnego.

Za dopuszczalne natomiast uznać należy wystąpienie z powództwem zadośćuczynienie przeciwko osobie, która w sposób zawiniony doprowadziła do rozkładu pożycia małżeńskiego, a nawet tylko do naruszenia tej szczególnej więzi łączącej małżonków jeszcze w czasie trwania ich związku²⁹³. Podzielić należy pogląd, że zawarcie małżeństwa powoduje powstanie ważnego dobra osobistego, *jakim jest prawo do życia w stworzonym z udziałem dwojga osób związku, prawo do jego utrzymywania i pielęgnowania*²⁹⁴. Pożycie małżeńskie jako element życia rodzinnego stanowi zatem jedno z dóbr osobistych podlegających ochronie prawnej. Ponadto podkreślić należy, że kluczowymi zasadami dotyczącymi małżeństwa jako stosunku prawnego są monogamiczność i trwałość, a na małżonkach spoczywa obowiązek wierności. Osoba, która swoim zachowaniem ingeruje w tę szczególną więź łączącą małżonków działa zatem bezprawnie, naruszając zarówno ustawowy model relacji małżeńskiej, jak i zasady współżycia społecznego²⁹⁵. W tym kontekście za ponoszącą odpowiedzialność uznać należałoby osobę trze-

²⁹¹ M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 146.

²⁹² Sprawa C. *Shackelford v. Ann Lundquist* była rozpatrywana w Północnej Karolinie, żona wygrała 9 000 000 \$ odszkodowania od kochanki swojego męża za doprowadzenie do rozpadu jej 33-letniego małżeństwa.

²⁹³ Praktycy także opowiadają się za możliwością żądania zadośćuczynienia za naruszenie obowiązków małżeńskich: zob. <http://www.kww.pl/zadoscuczynienie-za-krzywdy-doznane-w-malzenstwie,d132.html> [dostęp: 5.07.2018]; <http://www.bieleckiadvokat.pl/artykuly/p-8-zdrada-rozwod> [dostęp: 5.07.2018].

²⁹⁴ A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska...*, s. 105.

²⁹⁵ Zob. Tamże, s. 111. W doktrynie podkreśla się, że bezprawność to działanie sprzeczne z szeroko rozumianym porządkiem prawnym, a więc z normami prawnymi lub regułami postępowania wynikającymi z zasad współżycia społecznego. Zob. M. Pazdan, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, M. Safjan (red.), Warszawa 2012, s. 1272 i wskazana tam w przypisie 271 literatura.

cią, która nawiązała relację intymną z osobą pozostającą w związku małżeńskim, a tym bardziej, gdy doprowadziła w ten sposób do rozpadu pożycia małżeńskiego. Innego potraktowania wymagałaby natomiast osoba, która w taką relację weszła z jednym z małżonków, między którymi wspólne pożycie ustało już wcześniej, na przykład żyjących w długoletniej separacji. W takim przypadku należałoby bowiem wziąć pod uwagę, na ile relacja ta wywołuje poczucie krzywdy u małżonka, który od dłuższego czasu nie korzysta z przywilejów małżeńskich. Każda sytuacja wymagałaby jednak indywidualnego rozpatrzenia.

Osoba trzecia mogłaby bronić się przed zarzutem bezprawności swojego zachowania udowadniając, że nie wiedziała, iż osoba, z którą weszła w związek faktyczny, pozostawała w małżeństwie. Kwestia ta łączy się ściśle z kolejną przesłanką wymaganą przy dochodzeniu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, a mianowicie z winą sprawcy²⁹⁶. Ponieważ monogamiczność małżeństwa oraz nałożony na małżonków obowiązek wierności wynika z przepisów prawa, osoba trzecia, zgodnie z zasadą *ignorantia iuris nocet*, będzie mogła bronić się przed zarzutem zawinonego działania w zasadzie tylko brakiem wiedzy o stanie cywilnym osoby, z którą weszła w relację intymną albo brakiem dobrowolności czy świadomości podejmowanych działań (gwałt, molestowanie, mobbing, upojenie lub odurzenie). Trafnie zwrócono jednak uwagę, że sygnałem dla osoby trzeciej w odniesieniu do stanu cywilnego jej partnera powinny być pewne okoliczności towarzyszące budowanej relacji, takie jak unikanie rozmów o życiu prywatnym, zachowanie poufności, niechęć przed publicznym pokazywaniem się razem czy duża ostrożność w organizowaniu spotkań²⁹⁷.

Na małżonku zdradzonym i porzuconym ciążyłby obowiązek wykazania krzywdy po jego stronie oraz związku pomiędzy zawinionym zachowaniem osoby trzeciej a odczuwanymi przez niego negatywnymi konsekwencjami zdrady współmałżonka czy rozpadu małżeństwa. Psychologowie podkreślają, że stan osoby po rozwodzie, która doświadcza nieobecności ukochanej osoby, utraty czy pogrzebania idei idealnego małżeństwa i rodziny, podobny jest do żałoby i może przejawiać się symptomami depresji, smutku czy złości utrudniającymi, a nawet uniemożliwiającymi normalne funkcjonowanie²⁹⁸. Uznać należy, że taka sytuacja

²⁹⁶ Winę jako przesłankę odpowiedzialności z art. 448 k.c. wskazuje większość doktryny. Zob. M. Safjan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2015, s. 1527 i wskazana tam literatura oraz orzecznictwo.

²⁹⁷ A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska...*, s. 110.

²⁹⁸ A. Kołodziej-Zaleska, *Zasoby pomocne w osiągnięciu dobrostanu po doświadczeniu kryzysu rozwodu u Inicjatorów i Nie-Inicjatorów procesu rozwodowego*, s. 22 i przywołana tam literatura, niepubl. rozprawa doktorska, http://sbc.org.pl/Content/253649/doktorat3769_skrot.pdf

mieści się w pojęciu krzywdy uzasadniającej zadośćuczynienie przez osobę, która ją wywołała. Sytuacja, w jakiej znalazł się zdradzony małżonek może być także powodem rozstroju jego zdrowia, stąd za trafną należy uznać propozycję żądania zwrotu kosztów ewentualnego leczenia oraz renty ze względu na całkowitą lub częściową utratę zdolności do pracy (art. 444 § 1 k.c., art. 444 § 2 k.c.)²⁹⁹.

Ustalając wysokość zadośćuczynienia od osoby, która poprzez romans z jednym z małżonków doprowadziła do naruszenia łączącej ich więzi, a nawet do rozpadu ich małżeństwa należy mieć jednak na uwadze, że osobą współodpowiedzialną za zaistniałą sytuację jest także niewierny małżonek.

8.3.3. BRAK EKWIWALENTNOŚCI

Ustawodawca regulując stosunek prawny małżeństwa, nałożył na oboje małżonków analogiczne obowiązki względem siebie nawzajem, z którymi powiązane są odpowiednie uprawnienia każdego z nich. Oznacza to, że każdy z małżonków powinien budować swoją relację ze współmałżonkiem z uwzględnieniem wskazanych w ustawie powinności, mając równocześnie prawo oczekiwać od niego tego samego. Wzajemne zobowiązania małżonków nie zostały jednak skonstruowane na zasadzie ekwiwalentności. Zachowanie współmałżonka naruszające obowiązek wierności nie zwalnia bowiem drugiego z nakazu jej dochowania³⁰⁰.

W tym kontekście zaskakuje nieco stanowisko Sądu Najwyższego, który uznaje, że wcześniejszy trwały i zupełny rozkład pożycia usprawiedliwia następujące później naruszenie obowiązku wierności. Sąd ten przyjął bowiem, że *związek jednego z małżonków z innym partnerem w czasie trwania małżeństwa, lecz po wystąpieniu zupełnego i trwałego rozkładu pożycia między małżonkami, nie daje podstawy do przypisania temu małżonkowi winy za ten rozkład*³⁰¹. Negatywne

[dostęp: 9.01.2018]. Podkreślić należy, że psychologowie rozpatrują rozwód jako pewien proces o szerszym zakresie, w którym postępowanie sądowe jest tylko jednym z etapów. Stan małżonka po rozwodzie nazywany jest żalobą porozwodową. *Doświadczanie dramatycznej sytuacji życiowej, jaką jest rozwód, staje się źródłem nie tylko przewlekłego stresu i wielu negatywnych dolegliwości somatycznych oraz psychicznych, ale też przyczyną przeżywania cierpienia o charakterze egzystencjalnym [...] Osoby po rozwodzie mogą doświadczać poczucia egzystencjalnej pustki, poczucia egzystencjalnej bezradności, poczucia egzystencjalnej winy, poczucia egzystencjalnej izolacji i poczucia egzystencjalnej rozpaczki [...] Jest ono bliskie klinicznej depresji lub może do niej prowadzić. Wiąże się z ryzykiem samobójstwa.* Tamże, s. 23.

²⁹⁹ A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska...*, s. 115.

³⁰⁰ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 74; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 225; M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 146.

³⁰¹ Wyrok SN z 28.09.2000 r., IV CKN 112/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2001, nr 3, poz. 41. Wyrok ten stanowi kontynuację wcześniejszego orzecznictwa –

działanie jednego z małżonków zwalnia zatem drugiego z kontynuowania realizacji przyjętych przez siebie zobowiązań, co jest sprzeczne z podkreślanym brakiem ekwiwalentności wzajemnych praw i obowiązków małżeńskich. Jako uzasadnienie dla tej koncepcji wskazano, że postępowanie drugiego małżonka po tym jak jego współmałżonek doprowadził do ustania więzi małżeńskich, nie miało już wpływu na pogłębienie się rozkładu ich wspólnego pożycia. Podkreślono, że *w relacji między przyczyną – tu naruszeniem obowiązków przez małżonków – a skutkiem to jest zupełnym i trwałym rozkładem pożycia, przyczyna z oczywistych względów uprzedzać musi skutek. Jeżeli zaś ten już nastąpił, to żadne uchybienie obowiązkowi małżeńskiemu nie może być kwalifikowane jako przyczyna rozkładu pożycia.*

W tej kwestii podzielić należy zgłoszone w doktrynie uwagi krytyczne dotyczące takiego rozwiązania³⁰². Po pierwsze dlatego, że powoduje ono zwolnienie małżonka z przyjętych przez siebie obowiązków i to z chwilą wystąpienia pewnego nieokreślonego co do czasu stanu faktycznego rozkładu pożycia, którego oceny dokonuje dopiero sąd w postępowaniu rozwodowym. W momencie podjęcia przez małżonka decyzji o naruszeniu obowiązku wierności ze względu na to, że wcześniej uczynił to współmałżonek, nie oznacza przecież jeszcze końca łączącej ich relacji, nie wiadomo wówczas bowiem, co przyniesie przyszłość, na przykład czy małżonkowie zdecydują się na rozwód i czy zostanie on orzeczony. Rozkład pożycia małżeńskiego do momentu orzeczenia rozwodu jest pewną rzeczywistością dynamiczną, która może ulec zmianie³⁰³. Sytuacja ta nie powinna jednak zwalniać małżonka z późniejszej odpowiedzialności za podjęte w tamtej chwili decyzje. Sam fakt ustania więzi małżeńskich nie ma przecież wpływu na istniejące między małżonkami prawa i obowiązki³⁰⁴. Ustają one dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku rozwodowego. Dlatego nie do przyjęcia jest argument, że

orzeczenie z 19.09.1949 r., WaC 103/49, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950, nr 3, s. 61, oraz z 20.11.1952 r., C 600/52, LEX nr 117518.; Wyrok SN z 26.02.1999 r. I CKN 1019/97, Legalis nr 242849. Zob. także S. Szer, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1966, s. 189; J. Suski, *Wina w rozwodzie*, „Nowe Prawo” 1962, nr 10, s. 1319; Z. Krzemiński, *Glosa do wyroku SN z 28 września 2000 r. IV CKN 112/00*, „Palestra” 2003, nr 3–4.

³⁰² B. Czech, *Wierność małżeńska...*, s. 7 i n.; Tenże, *Z problematyki winy...*, s. 69.

³⁰³ Zob. także A. Olejniczak, *O pogłębieniu rozkładu pożycia i winie małżonków*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego...*, s. 291–292; B. Czech, *Wierność małżeńska...*, s. 8.

³⁰⁴ Zob. także A. Olejniczak, *O pogłębieniu rozkładu...*, s. 298. Inaczej, por. J. Suski, *Wina...*, s. 1319. Autor uważa za oczywiste, że *z chwilą nastąpienia zupełnego i trwałego rozkładu małżonkowie nie będą wypełniali wzajemnych obowiązków tak, jak przed nastąpieniem tego rozkładu, lecz przeciwnie – obowiązki te będą zaniedbywać*, co jego zdaniem będzie prowadziło do uznania za współwinnym małżonka, który nie doprowadził do rozkładu pożycia.

za rozwiązaniem przyjętym przez Sąd Najwyższy w analizowanym wyroku przemawiają względy słusznościowe, ponieważ *nie można wymagać, aby małżonek opuszczony przez współmałżonka, nie mógł rozpocząć „normalnego” życia przed uzyskaniem wyroku rozwodowego, często po długim i uciążliwym procesie. Stawiałoby to bowiem w znacznie gorszej sytuacji osobę, która nie doprowadziła w sposób zawiniony do rozkładu pożycia małżeńskiego*³⁰⁵. Dopóki trwa małżeństwo, żaden z małżonków nie ma prawa rozpocząć „normalnego” życia z inną osobą, gdyż jest związany stosunkiem prawnym, z którego wynika obowiązek wierności.

Po drugie, zgodnie z art. 316 k.p.c. sąd orzeka na podstawie stanu rzeczy istniejącego w chwili zamknięcia rozprawy, a zatem wszystko, co przyczyniło się do powstania stwierdzonego w momencie wyrokowania trwałego i zupełnego rozkładu pożycia, powinno zostać wzięte przez sąd pod uwagę³⁰⁶. Postępowanie o rozwód powinno się natomiast rozpocząć od ustalenia, czy istnieje szansa na powrót małżonków do wspólnego pożycia (art. 436 k.p.c.). Rola sądu nie sprowadza się bowiem jedynie do zatwierdzenia ustania więzi małżeńskiej. Sąd dopiero w wyroku rozwodowym ustala, czy w chwili wyrokowania występuje między małżonkami trwałe i zupełne rozkład pożycia, do którego doprowadziły wcześniejsze zdarzenia. Nie do zaakceptowania jest natomiast koncepcja, że sąd powinien brać pod uwagę moment, od kiedy nastąpił trwałe i zupełne rozkład pożycia, i od tego momentu poddawać zachowanie małżonków innej ocenie niż wcześniej. Przecież małżonkowie mogą podejmować działania, które utrwalają zupełność rozkładu i utrudniają ewentualny powrót³⁰⁷. Uznać zatem należy, że także małżonek, który po porzuceniu przez drugiego wchodzi w związek nieformalny z osobą trzecią, przyczynia się do pogłębienia i utrwalenia rozkładu pożycia, naruszając swoim zachowaniem ciężący na nim obowiązek wierności.

8.3.4. BRAK SANKCJI I NIEEGZEKWOWALNOŚĆ OBOWIĄZKU WIERNOŚCI

Obowiązek wierności, podobnie jak inne obowiązki małżonków o charakterze osobistym, nie podlega egzekucji, gdyż jakkolwiek przymus państwowy w tej dziedzinie naruszałby zarówno wolność osobistą³⁰⁸, jak i sferę prywatności jednostki. Brak dobrowolnej realizacji tego obowiązku nie został także obwarowany

³⁰⁵ M. Bieniak, *Wina a trwałe rozkład pożycia – glosa – IV CKN 112/00*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 7, s. 4.

³⁰⁶ B. Czech, *Z problematyki winy...*, s. 69; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 607; A. Olejniczak, *O pogłębieniu...*, s. 292, 294.

³⁰⁷ Na tę kwestię, jak się wydaje, zwraca uwagę M. Bieniak, *Wina a trwałe rozkład...*, s. 4. Autor aprobując głosowane orzeczenie podkreśla jednak, że przyjęte przez Sąd Najwyższy rozwiązanie nie będzie adekwatne do innego rodzaju stanów faktycznych.

³⁰⁸ J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 208.

žadną sankcją bezpośrednią. W doktrynie zwraca się jednak uwagę na sankcję „pośrednią³⁰⁹”, „oddaloną czasowo³¹⁰” albo „quasi-sankcję³¹¹”. Niedochowanie wierności może bowiem doprowadzić do niekorzystnych dla zdradzającego małżonka konsekwencji. Najdalej idącą wskazywaną w literaturze jest orzeczenie rozwodu z winy tego małżonka, co będzie miało wpływ na utratę statusu małżonka i wynikających z niego praw w tym możliwości dziedziczenia ustawowego, a także na sposób uregulowania uprawnień i obowiązków alimentacyjnych między małżonkami. Wyłączna wina w doprowadzeniu do rozkładu pożycia pozbawia ponadto niewiernego małżonka legitymacji do wystąpienia do sądu z żądaniem rozwodu bez uzyskania zgody współmałżonka.

Koncepcja sankcji pośredniej w postaci rozwodu i orzekania o winie spotkała się jednak także z krytyką, uznano bowiem, że przesłanką umożliwiającą rozwiązanie małżeństwa jest trwały i zupełny rozkład pożycia, a nie naruszenie obowiązków małżeńskich³¹². Nałożony na małżonków obowiązek wierności jest zatem, w świetle tych uwag, typowym przykładem *lex imperfecta*. Z opinią tą po części należy się zgodzić. Trudno bowiem uznać za sankcję samo orzeczenie rozwodu, do którego małżonek niewierny może nawet sam dążyć, ponieważ ustanie małżeństwa otwiera mu drogę do zawarcia nowego związku albo życia bez zobowiązań. Jednak regulowane w polskim prawie konsekwencje wyłącznej winy w doprowadzeniu do rozkładu pożycia stanowią już pewną odłożoną w czasie sankcję. Nie dotknie ona każdego niewiernego małżonka, lecz tylko tego, którego niewierność stanowić będzie wyłączną winę rozpadu małżeństwa. Nie każda zatem niewierność obwarowana jest sankcją prawną, lecz w pewien sposób tylko ta, która jako jedyna zawiniona przyczyną doprowadziła do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia. Na marginesie warto dodać, że w praktyce zdrada małżeńska stanowi jedną z najczęstszych przyczyn, które doprowadzają do rozpadu związku³¹³, a małżonek dopuszczający się zdrady z reguły bywa uznawany winnym rozkładu pożycia³¹⁴.

³⁰⁹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 225.

³¹⁰ T. Smyczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 215.

³¹¹ M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., 2011, s. 147. Na gruncie prawa spadkowego W. Borysiak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.)..., s. 231.

³¹² S. Grzybowski, *Prawo rodzinne...*, s. 78; J. Strzebińczyk: *Prawo...*, s. 117; R. Krajewski, *Prawa i obowiązki...*, s. 334.

³¹³ E. Holewińska-Łapińska, *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006, s. 248 oraz przywołana tam literatura.

³¹⁴ Wyrok SN z 6.05.1997 r., I CKN 86/97, Legalis 188124; Wyrok SN z 18.03.1999 r., I CKN 1062/97, Legalis 327961.

Prawo przewiduje także inne środki, które mogą znaleźć zastosowanie w odniesieniu do niewiernego małżonka, takie jak: odwołanie darowizny z powodu rażącej niewdzięczności, wydziedziczenie³¹⁵ a także odmowa świadczenia alimentów ze względu na sprzeczność żądania z zasadami współżycia społecznego³¹⁶.

Ze względu na szczególnie, rodzinnoprawny charakter więzi łączącej małżonków wykluczyć natomiast należy możliwość dochodzenia odszkodowania w przypadku zdrady małżonka, zarówno na zasadach ogólnych (art. 415 k.c.), jak i za szkodę powstałą wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków małżeńskich (art. 471 k.c.)³¹⁷. Po pierwsze, szkoda majątkowa jako efekt zdrady małżeńskiej wydaje się trudna do udowodnienia. Po drugie, sytuacja majątkowa między małżonkami podlega szczególnej regulacji prawnej, przewidującej także odpowiednie środki w przypadku niełojalnych majątkowych decyzji współmałżonka (np. możliwość wyrażenia sprzeciwu, wymóg wyrażenia zgody na darowiznę przekraczającą zwyczajowo przyjętą wartość, prawo żądania wprowadzenia rozdzielnosci majątkowej). Po trzecie, małżeństwo nie jest stosunkiem zobowiązaniowym, do którego można by zastosować przepisy o odpowiedzialności kontraktowej.

Inaczej jednak należy potraktować możliwość powołania się na doznaną w wyniku zdrady małżeńskiej krzywdę i domaganie się na tej podstawie odpowiedniego zadośćuczynienia³¹⁸. Pokrzywdzony małżonek może powołać się na naruszenie przysługujących mu dóbr osobistych takich jak prawo do niezakłóconego życia małżeńskiego³¹⁹, prawo do utrzymywania więzi małżeńskiej. Doznana krzywda

³¹⁵ R. Krajewski, *Prawne aspekty pożycia...*, s. 15; M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 147.

³¹⁶ Na art. 144¹ k.r.o. mógłby powołać się na przykład zobowiązany do płacenia alimentów małżonek pozostający w separacji, którego współmałżonek w tym czasie zamieszkałby z kochanką/kochankiem.

³¹⁷ S. Szer, *Prawo...*, s. 80; B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego...*, s. 51; S. Grzybowski, *Prawo rodzinne...*, s. 78; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 234.

³¹⁸ A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska...*, s. 102–117. Także praktycy opowiadają się za możliwością żądania zadośćuczynienia za naruszenie obowiązków małżeńskich: B. Paduch, *Pieniężne zadośćuczynienie za małżeńską krzywdę*, „Rzeczpospolita” 20.08.2014, <https://www.rp.pl/artikel/1134128-Pieniezne-zadoscuczynienie-za-malzenska-krzywde.html> [dostęp: 26.03.2019]; M. Bielecki, *Zdrada małżeńska jako naruszenie dóbr osobistych*, <http://www.bieleckiadvokat.pl/artykuly/p-8-zdrada-rozwod> [dostęp: 5.01.2018] oraz *Zadośćuczynienie za krzywdy doznane w małżeństwie*, <http://www.kww.pl/zadoscuczynienie-za-krzywdy-doznane-w-malzenstwie,d132.html> [dostęp: 5.01.2018].

³¹⁹ Tamże.

może przybrać postać doświadczanej przykrości, smutku, rozczarowania, może także przejawiać się pogorszeniem stanu zdrowia psychicznego i fizycznego np. depresji oraz w konsekwencji prób samobójczych. Bezprawność zachowania współmałżonka polegać będzie zarówno na naruszeniu obowiązującego prawa, w tym przede wszystkim obowiązku wierności oraz zasady monogamiczności i trwałości małżeństwa, jak i zasad współżycia społecznego³²⁰. Na pokrzywdzonym małżonku spoczywać będzie ciężar udowodnienia istnienia krzywdy oraz jej związku z zawinionym zachowaniem współmałżonka.

Wątpliwości może budzić dopuszczalność wystąpienia z takim żądaniem z powołaniem się na krzywdę, jaką w życiu małżonka wywołał rozwód. Orzeczenie sądu może bowiem zapaść tylko wówczas, gdy małżonek zdradzony czy porzucony jest współwinnym rozkładu pożycia, godzi się na rozwód albo brak jego zgody został uznany za sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Sąd weryfikuje zatem okoliczności, biorąc pod uwagę konieczność ochrony sytuacji małżonka niewinnego oraz zasady współżycia społecznego. Rekompensatę za doznaną krzywdę stanowi w takim przypadku szczególna regulacja alimentacji między małżonkami. Mimo, że rozwód może wywoływać po stronie tego małżonka stan odpowiadający krzywdzie, wątpliwości budzi to, czy skutkiem orzeczenia sądu można obciążać drugiego małżonka. To sąd mocą swojego wyroku stwierdza, że zasady współżycia społecznego pozwalają na rozwiązanie małżeństwa. Nie ma natomiast przeszkody, aby pokrzywdzony małżonek domagał się, także po ustaniu małżeństwa, zadośćuczynienia za krzywdę doznaną już w czasie trwania związku, polegającą na zerwaniu więzi rodzinnej i porzuceniu przez współmałżonka, która może wywoływać negatywne konsekwencje w jego dalszym życiu. Przesłanki zastosowania zadośćuczynienia za krzywdę będą analogiczne jak w analizowanym powyżej przypadku odpowiedzialności osoby trzeciej.

Polskie prawo rodzinne nie ustanawia zatem żadnej sankcji za naruszenie obowiązku wierności czy też możliwości zastosowania przymusu w zakresie jego wyegzekwowania, przewiduje jednak pewne konsekwencje dla małżonka, który dopuścił się zdrady. Ze względu na to, że kwestia ta dotyczy prywatnej i intymnej sfery życia małżeńskiego, zastosowanie dostępnych środków następuje z urzędu w zakresie obowiązkowego orzekanie o winie dopiero na wypadek rozvodu z inicjatywy małżonków, w trakcie zaś trwania związku wyłącznie jako wyraz woli

³²⁰ M. Bielecki, *Zdrada małżeńska...*, *passim*; A.S. Tokarz podkreśla, że *podejmowanie decyzji o wstępowaniu w formalne związki powinno być przemyślane i maksymalnie odpowiedzialne. Naruszanie składanej aktem publicznym przysięgi wierności jest zachowaniem niemoralnym, mogącym wyrządzić partnerowi krzywdę [...], którą należy zrekompensować*. A.S. Tokarz, *Zdrada małżeńska...*, s. 116.

małżonka zdradzonego (wydziedziczenie, odwołanie darowizny, uchylenie się od świadczenia alimentów czy wystąpienie o zadośćuczynienie za doznaną krzywdę).

8.4. OBOWIĄZEK WIERNOŚCI PO ORZECZENIU SEPARACJI

Obowiązek wierności nałożony przez ustawodawcę na małżonków ciąży na nich od momentu zawarcia małżeństwa aż do chwili ustania łączącego ich związku. Pewne wątpliwości pojawiają się jednak na gruncie polskiego prawa w odniesieniu do małżonków pozostających w orzeczonej przez sąd separacji. Zgodnie z art. 61⁴ § 1 k.r.o separacja wywołuje bowiem skutki takie jak rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, chyba że ustawa stanowi inaczej³²¹. Ponieważ nie ma jednoznacznego zastrzeżenia utrzymania obowiązku wierności między separowanymi małżonkami, należałoby uznać, że po uprawomocnieniu się wyroku orzekającego separację przestaje on ciążyć na małżonkach. Ustawodawca w przypadku separacji w sposób wyraźny uregulował, odmiennie niż przy rozwodzie, pewne kwestie takie jak zakaz zawierania małżeństwa czy zmiany nazwiska oraz przewidział możliwość utrzymania obowiązku wzajemnej pomocy, gdy przemawiają za tym zasady współżycia społecznego. Milczenie w kontekście małżeńskiego obowiązku wierności sugeruje, że *de lege lata* ustaje on jako skutek orzeczenia separacji³²². Jako potwierdzenie poglądu, że ustawodawca dopuszcza naruszenie obowiązku wierności między separowanymi małżonkami i uwzględnia ewentualne skutki takiego faktu, możnaby również wskazać zniesienie domniemania pochodzenia dziecka od męża matki, jeżeli urodzi się ono po upływie 300 dni od uprawomocnienia się wyroku orzekającego separację. Za zbyt daleko idący należy jednak uznać argument, że zniesienie obowiązku wierności jest efektem braku współ-

³²¹ Już w samym uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającej do polskiego systemu prawnego instytucję separacji wskazano ogólną zasadę, zgodnie z którą skutki separacji są takie, jak skutki rozwiązania małżeństwa przez rozwód, a ewentualne różnice mają być wyraźnie sygnalizowane w ustawie. Druk Sejmowy III kadencji nr 708, s. 5–6.

³²² H. Haak, *Separacja. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Toruń 2000, s. 80; E. Holewińska-Lapińska, *Separacja (projekty nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego)*, „Jurysta” 1999, nr 2–3, s. 16–18; Taż, *Opinia na temat projektów ustaw o separacji (druki sejmowe nr 591 i 708)*, Warszawa 1999; P. Kasprzyk, *Instytucja separacji małżeńskiej w świetle ustawy z dnia 21 maja 1999 roku*, Lublin–Sandomierz 1999, s. 74; J. Halberda, *Separacja – wybrane zagadnienia (przestanki, skutki)*, „Rejent” nr 11, s. 106; J. Gajda, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 435; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 878; J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 201–202.

nego pożycia między znajdującymi się w separacji małżonkami, które obejmuje łączącą ich relację intymną³²³.

Zgodnie z innym reprezentowanym w literaturze stanowiskiem kwestia wierności pomiędzy małżonkami pozostającymi w separacji zależy od nich samych³²⁴ i może być przedmiotem zawartego przez nich porozumienia³²⁵. Wyraźną regulację ustawową w tej delikatnej kwestii uznano bowiem za zbędną³²⁶.

W doktrynie wyrażono także pogląd, że separacja nie znosi obowiązku wierności³²⁷, wskazując różne argumenty na jego potwierdzenie. Po pierwsze, podkreśla się, że utrzymanie obowiązku wierności między małżonkami pozostającymi w separacji wynika z istoty związku małżeńskiego oraz zasad współżycia społecznego³²⁸. Tę samą cechę ma jednak zarówno wspólne pożycie i wzajemna pomoc, a mimo to ustawodawca wyraźnie uregulował konsekwencje separacji w tym zakresie, zwalniając jak przy rozwodzie z obowiązku wspólnego pożycia i dopuszczając wzajemną pomoc tylko w wypadkach uzasadnionych zasadami słuszności. Zaznacza się także, że orzeczona przez sąd separacja osłabia możliwość zastosowania sankcji wobec niewiernego małżonka, gdyż jedynie w wyjątkowych sytuacjach będzie on mógł zostać uznany za winnego utrwalenia i pogłębienia trwałości rozkładu pożycia³²⁹.

Utrzymując, że separacja nie znosi obowiązku wierności, wskazuje się ponadto na restytucyjny cel instytucji separacji, któremu dochowanie wierności może

³²³ H. Haak, *Separacja...*, s. 80; J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 878. Inaczej, por. m.in. B. Czech, *Wierność małżeńska...*, s. 23–24; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 605; A. Sylwestrzak, *Skutki prawne...*, s. 81–83; Taż, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Sokołowski..., s. 509–510; J. Panowicz-Lipska, *Separacja*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2007, nr 1, s. 66; Taż, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1..., s. 916–918; P. Kasprzyk, *Separacja prawna...*, s. 232; J. Ignaczewski, [w:] *Rozwód i separacja*, J. Ignaczewski (red.), Warszawa 2016, s. 157–158.

³²⁴ T. Smyczyński, *Separacja małżonków*, „*Studia Prawnicze*” 2000, nr 1–2, s. 158.

³²⁵ J. Pawliczak, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.)..., s. 879.

³²⁶ T. Smyczyński, *Separacja małżonków...*, s. 158.

³²⁷ J. Panowicz-Lipska, *Separacja...*, s. 66; B. Czech, *Wierność małżeńska...*, s. 22–24; Tenże, *Z problematyki winy...*, s. 71; Tenże, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.)..., s. 606; P. Kasprzyk, *Separacja prawna...*, s. 232; A. Sylwestrzak, *Skutki prawne...*, s. 80–83.

³²⁸ Tamże, s. 82–83.

³²⁹ Tamże. Autorka podkreśla, że ustawodawca aprobując poprzez separację rozłączenie małżonków, musi także złagodzić ocenę niedochowania przez nich w tym czasie wierności.

raczej pomóc niż zaszkodzić³³⁰. Zwraca się także uwagę, że zwolnienie małżonków z analizowanego obowiązku wprowadza chaos aksjologiczny, gdyż separacja nie rozwiązuje małżeństwa³³¹.

Godząc się ze wskazanymi powyżej argumentami uzasadniającymi utrzymanie obowiązku wierności między separowanymi małżonkami, należy wyrazić zdziwienie, że ustawodawca nie zajął w tej kwestii zdecydowanego stanowiska. Wydaje się, że stanowi to konsekwencję nie do końca przemyślanego zabiegu ustawodawcy. Niemniej jednak w świetle obowiązujących przepisów uznać należy, że utrzymanie obowiązku wierności między małżonkami pozostającymi w separacji nie znajduje wystarczającej podstawy prawnej. Postulować zatem należy odpowiednią nowelizację w tym zakresie, zwłaszcza że obecna regulacja trafnie uznana została za *odbiegającą od modelu przyjętego w innych systemach prawnych i to bez istotnych ku temu powodów*³³².

§ 7. PODSUMOWANIE

Podkreślić należy, że europejska kultura prawna definiuje małżeństwo jako sformalizowany związek o charakterze monogamicznym. W praktyce jednak systemy prawne napotykać na pewne trudności wynikające ze zjawiska związków poligamicznych zawartych w innym kontekście religijno–kulturowym. Nie można także pominąć postulatów nurtu ponowoczesności i poszukiwania nowych rozwiązań takich jak na przykład „małżeństwo neutralne liczbowo”. Obie kwestie stanowią istotne wyzwanie dla naukowców, ustawodawców oraz judykatury państw europejskich, którzy muszą udzielać odpowiedzi na niestawiane do niedawna pytania.

Analizując cechy charakterystyczne małżeństwa, warto zauważyć związek pomiędzy monogamicznością a formalnym charakterem tego stosunku prawnego. Monogamia łączy się bowiem z faktem zawarcia małżeństwa, z zachowaniem odpowiedniej formy przewidzianej przepisami prawa. W związkach nieformalnych można pozostawać kilku i prawo w tę kwestię nie ingeruje. W związku

³³⁰ J. Halberda, *Separacja – wybrane zagadnienia...*, s. 106–107; B. Czech, *Z problematyki winy...*, s. 71. W ten sposób także wyrok SA w Poznaniu z 9.09.2009 r., I ACa 565/09, Legalis nr 270928. Na tę kwestię zwraca uwagę także J. Gajda: *ustanie obowiązku wierności niewątpliwie może utrudniać „powrót” małżonków do wspólnego pożycia oraz zmniejszać szanse na zniesienie separacji*. Mimo to uznaje, że utrzymanie obowiązku wierności jest mało realne i podważa sens separacji. J. Gajda, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Akty stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 286–287.

³³¹ B. Czech, *Z problematyki winy...*, s. 71.

³³² J. Panowicz-Lipska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11..., s. 917.

formalnym, co do zasady i zgodnie z prawem, można pozostawać w danym czasie wyłącznie jednym.

Równoczesne pozostawanie zarówno w związku formalnym, jak i faktycznym także pozostaje w pewien sposób w sprzeczności z zasadą monogamiczności małżeństwa, stanowiąc naruszenie obowiązku wierności. Małżeństwo bowiem jako szczególny związek łączący jedną kobietę z jednym mężczyzną ma na tyle wyjątkowe znaczenie, że prawo oprócz zakazu zawierania kolejnego formalnego związku, przewiduje także obowiązek wierności, zabraniający małżonkom w trakcie trwania ich małżeństwa budowania intymnych relacji nieformalnych z osobami trzecimi.

Monogamiczność małżeństwa pozostaje także w ścisłej relacji z heteroseksualnością i trwałością małżeństwa, tworząc wraz z wymienionymi cechami konkretną, spójną wizję tego związku mającego swoje konkretne uwarunkowania społeczno-kulturowe. Rezygnacja z jednej z nich powoduje, że wątpliwości zaczyna wzbudzać konieczność utrzymywania pozostałych. To z kolei prowadzi do podejmowania prób redefinicji małżeństwa, które wprowadzają chaos i podważają sensowność prawnego wyróżnienia tego stosunku społecznego. Zgodzić należy się bowiem ze stanowiskiem, choć jest ono krytykowane, że zmiana najważniejszej cechy małżeństwa, jaką jest jego heteroseksualność i oderwanie tego stosunku prawnego od jego funkcji społecznych, może doprowadzić do dalszych zmian przepisów regulujących instytucję stanowiącą fundament społeczeństwa cywilizacji zachodniej³³³.

³³³ Na taką kontynuację postępowych rozwiązań zwraca uwagę np. S. Jardine, *Mariage...*, s. 512; Przeciwnikiem tego poglądu jest F. Swennen, choć podkreśla on, że zmiana koncepcji małżeństwa w jednym zakresie rzutuje także na inne jego dotychczasowe cechy. F. Swennen, *O tempora! O mores...*, s. 125.

ZAKOŃCZENIE

W świetle przeprowadzonej analizy należy podkreślić, że w zachodnim kręgu kulturowym małżeństwo było i powinno być związkiem jednej kobiety i jednego mężczyzny. Przemawiają za tym przede wszystkim cele i funkcje tej relacji, ze względu na które uzyskała ona status prawny. Jako instytucja zastana została ona bowiem inkorporowana do systemu prawnego, a nie przez ten system stworzona¹. Występujące w niektórych ustawodawstwach „małżeństwa” homoseksualne są efektem panującego w Europie pozytywizmu prawnego, zgodnie z którym ustawodawca ma nieograniczoną swobodę tworzenia i przekształcania instytucji prawnych, których treść kształtowana jest wyłącznie obowiązującymi przepisami prawa. W takim wypadku legislator może swobodnie i skutecznie dokonywać redefinicji pojęć, gdyż ich treść wynika wyłącznie z przyjętej legislacji. Koncepcja ta pozwala zarówno na wprowadzenie „małżeństwa” jak „rodzicielstwa” osób tej samej płci, ponieważ „małżonkiem” czy „rodzicem” będą w takim wypadku osoby, które ustawa tak nazwała.

Należy jednak podkreślić, że w porządku prawnym funkcjonują pewne pojęcia zastane „odporne” na ingerencję legislacyjną, do których należą między innymi: małżeństwo, kobieta, mężczyzna, dziecko i rodzic. Wśród takich pojęć wskazać można także własność, sprzedaż i darowiznę posiadające określone cechy definiujące, których wyeliminowanie zmieniłoby sens tych instytucji.

Do cech definiujących małżeństwo należy heteroseksualność i monogamiczność, które dotyczą stosunku prawnego, a nie pozostających w nim jednostek. Dla uregulowanej przez prawo instytucji nie ma zatem znaczenia orientacja seksualna osób z niej korzystających ani ich indywidualne podejście do kwestii

¹ L.D. Wardle, *The institution of marriage...*, s. 162. Autor zwraca uwagę, że małżeństwo i rodzina to instytucje społeczne niewykreowane przez państwo. Ani państwo, ani prawo nie stworzyły małżeństwa, podobnie jak nie stworzyły powietrza ani ziemi. Rola państwa polegała natomiast na rozpoznaniu tej instytucji i uregulowaniu jej w taki sposób, żeby ją chronić ze względu na interes publiczny.

monogamii, świeckości czy trwałości związku, w którym pozostają. Osoba zawierająca małżeństwo nie musi być zatem ani heteroseksualna², ani monogamiczna z natury, ani przekonana o tym, że jest stworzona do dożywotniej relacji. Nie ma także przeszkód, aby nupturienci byli osobami religijnymi, dla których kluczowe znaczenie będzie miał wyznaniowy wymiar i wizja ich małżeństwa, nie narusza to bowiem świeckiego charakteru małżeństwa regulowanego prawem państwowym. Decydując się jednak na zawarcie przewidzianego przepisami stosunku prawnego, przyszli małżonkowie godzą się na te jego cechy, gdyż to one definiują instytucję, z której postanowili skorzystać. Obejmują zatem swoją wolą płynące stąd konsekwencje. W przeciwnym razie to rozwiązanie prawne znajduje się poza obszarem ich zainteresowań.

Standardy międzynarodowe w większości wskazują, że małżeństwo to związek między kobietą i mężczyzną. Społeczność międzynarodowa uznała bowiem szczególne znaczenie relacji pomiędzy małżeństwem a rodziną. Regulację możliwości skorzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, a zatem sposób zawarcia małżeństwa oraz kwestie związane z ustaleniem zdolności do jego zawarcia, pozostawiono kompetencji państw członkowskich organizacji międzynarodowych. Pojawia się jednak pytanie, czy ustawodawca krajowy posiada kompetencje do naruszenia istoty funkcjonującej od wieków instytucji przejętej przez prawo w pewnym konkretnym kształcie. Nowelizacja regulacji wymaga analizy konsekwencji, jakie może wywołać redefinicja zastanych pojęć w imię radykalnego pozytywizmu prawniczego, zgodnie z którym legislator ma nieograniczoną swobodę tworzenia i przetwarzania instytucji, których treść zależy wyłącznie od jego aktualnej woli.

Uznać należy, że racjonalny ustawodawca, wprowadzając różne rozwiązania prawne, zazwyczaj ma jakiś konkretny cel i oczekiwania, nierzadko chce w jakiś sposób wpłynąć na zachowania społeczne (nakłada obowiązek szczepienia dzieci, aby zmniejszyć ryzyko zachorowalności i rozprzestrzeniania się określonych chorób; nakłada podatki, by mieć pieniądze w budżecie państwa na zaspokajanie powszechnych potrzeb; zmniejsza podatki, by zwiększyć potencjał inwestycyjny obywateli; wprowadza dodatkowe świadczenia czy urlopy, by zachęcić do posiadania dzieci; wprowadza mandaty, by zapobiegać zbyt szybkiej jeździe samochodem albo prowadzeniu po spożyciu alkoholu). W wielu aspektach prawo jest instrumentem wpływu na ludzkie zachowania, gdy ustawodawca widzi w tym

² Osoba homoseksualna może zawrzeć związek małżeński, związek małżeński natomiast nie może być homoseksualny.

określoną korzyść³. Propozycja zmiany obowiązujących przepisów powinna być poprzedzona ustaleniem, jakie cele ustawodawca chciałby osiągnąć, czy są one do osiągnięcia wyłącznie w ten sposób, czy też można to uczynić innymi dostępnymi środkami⁴.

Ważne jest, aby prawo było zgodne z przekonaniem społecznym, z obyczajami i tradycją⁵, w takiej sytuacji zwiększa się bowiem szansa, że będzie ono przestrzegane nie tylko ze względu na grożące konsekwencje (wystąpienie negatywnych lub brak pozytywnych), ale ze względu na powszechnie uznaną słuszność wprowadzonego rozwiązania.

Współcześnie można niekiedy odnieść wrażenie, że w niektórych dziedzinach, szczególnie w sferze dotyczącej życia prywatnego i rodzinnego, zgłaszane są postulaty, aby regulacja realizowała potrzeby jednostek i odwzorowywała

³ *Ustawodawca nie ma obowiązku bezkrytycznego dostosowywania unormowań do oczekiwań określonych grup obywateli. Może on bowiem w bardzo znaczący (co nie znaczy w pełni skuteczny) sposób wpływać na podejmowanie racjonalnych decyzji przez adresatów norm, a także może przyspieszać zmiany zachowań uważane za korzystne albo opóźniać zmiany, które nie są korzystne z punktu widzenia modelu życia rodzinnego uznanego za optymalny.* Opinia o poselskim projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego” z 4.08.2011 r., BSA I-021-135/11, załącznik do Druku Sejmowego VI kadencji, nr 4418, s. 5. Z. Gawrońska-Wasilkowska wróciła także uwagę, że sposób regulacji związku małżeńskiego powinien odpowiadać celom rodziny oraz przyjętej w danym społeczeństwie i państwie koncepcji tej podstawowej komórki społecznej. Z. Gawrońska-Wasilkowska, *Małżeństwo...*, s. 13.

⁴ Często spotykamy argumentem podnoszonym za koniecznością otwarcia instytucji małżeństwa dla par homoseksualnych są trudności, z jakimi na co dzień spotykają się osoby żyjące w takich związkach. Instytucja małżeństwa miałaby służyć kompleksowemu uregulowaniu relacji między nimi oraz między nimi a światem zewnętrznym. Niektóre ze wskazywanych trudnych sytuacji nie uległyby jednak zmianie nawet po zastosowaniu do wspomnianych par przepisów regulujących instytucję małżeństwa. Przykładem może być często przywoływany brak możliwości uzyskania informacji o stanie zdrowia partnera bez zgody pacjenta. Zaznaczyć bowiem należy, że małżonkowi także takie prawo nie przysługuje. Zgodnie z art. 31 ustawy z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 617, 650, 697) bez zgody pacjenta informację o jego stanie zdrowia może uzyskać wyłącznie jego przedstawiciel ustawowy. Jeżeli pacjent jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, lekarz udziela informacji osobie bliskiej czyli małżonkowi, krewnemu lub powinowatemu do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawicielowi ustawowemu, osobie pozostającej we wspólnym pożyciu lub osobie wskazanej przez pacjenta. Sytuacja prawna partnera w związku homoseksualnym nie uległaby zatem zmianie w wyniku uzyskania statusu małżonka.

⁵ Zob. M. Domański, *Względne zakazy...*, s. 29. Autor przywołuje stanowisko S. Kalety wyrażone w: S. Kaleta, *Prawo rodzinne...*, s. 52.

wyobrażenia pewnych określonych grup⁶. Takie założenie jest jednak z góry skazane na niepowodzenie⁷. Prawo nie może bowiem spełniać indywidualnych oczekiwań wszystkich, gdyż przy dużej rozbieżności poglądów oraz stanów faktycznych jedynym zadowalającym wszystkich rozwiązaniem będzie brak regulacji w ogóle. Wiele sfer ludzkiego życia rzeczywiście prawnej ingerencji nie potrzebuje, co więcej ingerencja taka stanowiłaby naruszenie chronionej prawem prywatności (np. wprowadzenie przepisów regulujących przyjaźń). W niektórych sytuacjach jednak brak powszechnie obowiązujących reguł prowadziłby do chaosu, na przykład w zakresie ustalanie pochodzenia dziecka czy prawa alimentacyjnego. Regulacja prawna jest zatem zawsze pewnym kompromisem pomiędzy różnymi potrzebami i oczekiwaniami jednostek, a także oczekiwaniami społeczeństwa i państwa. Podkreśla się, że nie wszystkie życzenia określonych grup obywateli powinny być przekładane „na roszczenia moralne i zaskarżalne prawa”, zaś ustawodawca nie ma obowiązku bezkrytycznego dostosowywania unormowań do takich oczekiwań⁸. Prawo powinno być zgodne z przyjętymi powszechnie standardami dotyczącymi praw człowieka oraz odpowiadać społecznemu przekonaniu o tym, co dobre i słuszne. Nie jest natomiast w stanie zaspokajać indywidualnych potrzeb każdego i nie na tym polega jego zadanie.

Z reguły ustawodawca ubiera w ramy instytucji prawnej wybrane stosunki społeczne widząc w nich coś szczególnego, wymagającego regulacji⁹. Stosuje powinności i uprawnienia, aby zachęcić lub zniechęcić do określonych zachowań. Istnieje równocześnie spory obszar zachowań niewzbudzających zainteresowania

⁶ Zob. E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich...*, s. 38, przypis 47. Autorzy podkreślają, że *prawo powinno mieć postawę włączającą, a nie wykluczającą i umożliwiać stworzenie prawnych ram, aby wychodzić na przeciw tym zróżnicowanym potrzebom ludzkim*.

⁷ Na tą kwestię zwrócił uwagę także M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty...*, s. 73, 74.

⁸ *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich” oraz „przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich z 10.05.2012 r., BSA I-021-123-124/12, załącznik do Druku Sejmowego VII kadencji nr 552, s. 13, przypis 22 i przywołana tam wypowiedź F. J. Weitz'a: Przeciwno samym prawom człowieka zwraca się taka ich interpretacja, wedle której polegają one na tym, że nasze życzenia i interesy możemy przełożyć na roszczenia moralne i zaskarżalne prawa. Zdanie to spotkało się także z aprobatą R. Sobańskiego, Związki partnerskie, „Forum Iuridicum” 2003, nr 2, s. 231.*

⁹ W tym kontekście Vaclav Klaus w uzasadnieniu swojego weta do czeskiej ustawy o związkach partnerskich zwrócił uwagę: *Jedyny cel nowej instytucji, który można odczytać wprost z tekstu ustawy, polega na „zawarcie związku partnerskiego”. Zawarcie związku być może wiele znaczy dla obu partnerów, ale dla państwa znaczy niewiele*, <http://www.hrad.cz/cs/pro-media/yiskove-zpravy/archiv/3262.shtml>. Cyt. za: B. Banasziewicz, *Małżeństwo jako...*, s. 625.

prawa, w których jednostka może realizować swoje potrzeby i postępować w zgodzie ze swoimi przekonaniem pod warunkiem wszakże, że szanuje prawa innych. Co więcej uznano, że jednym z praw człowieka jest ograniczenie możliwości ingerencji państwa w tej sferze, wskazując na prawo do ochrony prywatności (art. 8 EKPCz, art. 47 konst.).

Małżeństwo to z istoty swojej związek heteroseksualny i monogamiczny, co starano się wykazać w niniejszym opracowaniu. Znaczenie tych dwóch elementów potwierdza zarówno geneza tej instytucji, jak i minione wieki, w których mężczyźni i kobiety łącząc się w pary zakładali rodziny stanowiące fundament społeczeństwa. Zmieniały się motywacje do zawarcia małżeństwa, sposób doboru partnera czy wiek uprawniający do wstąpienia w ten związek. Do początków XXI w. nie budziło jednak żadnych wątpliwości, iż jest to instytucja przeznaczona dla pary składającej się z mężczyzny i kobiety. Heteroseksualność i monogamiczność małżeństwa najlepiej służą bowiem celom i funkcjom społecznym tej instytucji. Odpowiadają także potrzebom ochrony interesów osób pozostających w tej relacji właśnie ze względu na wspomniane cele i funkcje społeczne.

Oderwanie małżeństwa od jego szczególnego społecznego znaczenia i pokładanych w nim nadziei prowadzi do podważenia zasadności objęcia tego związku statusem prawnym. Zmienia także charakter tego stosunku prawnego, przesuwając punkt ciężkości z odpowiedzialności za nowopowstającą rodzinę na uznanie prawne pewnej sytuacji samorealizujących się jednostek pozostających w różnych układach międzyludzkich. Z instytucji o wymiarze społecznym czyni kontrakt o wyłącznie prywatnym charakterze. Prowadzi to w efekcie do utraty pierwotnej koncepcji małżeństwa, a tym samym podważa zasadność wyróżnienia danej relacji statusem prawnym, skoro wyróżnieni mieliby być wszyscy.

Pojawia się w związku z tym pytanie, czy nie należałoby raczej pozostawić instytucji małżeństwa z jej heteroseksualnym i monogamicznym charakterem oraz wynikającymi z nich funkcjami społecznymi, poszukując równocześnie adekwatnych rozwiązań prawnych dla innych kategorii relacji międzyludzkich. Małżeństwo, podobnie jak pokrewieństwo między rodzicami i dziećmi, to szczególnego rodzaju więź, która nie stanowi jednak jedynej formy bliskości wywołującej skutki prawne. Szanując prawo do ochrony prywatności, polski ustawodawca rezygnuje z kompleksowego regulowania innych związków międzyludzkich, pozostawiając w tej sferze kluczowe znaczenie woli samych zainteresowanych. To oni, stosując przewidziane prawem instytucje, takie jak pełnomocnictwo, testament, darowiznę czy umowy dotyczące prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego, wywołują konsekwencje prawne łączącej ich więzi z wybranymi podmiotami. To oni sami podejmują także decyzję o jej uzewnętrznieniu poprzez zastosowanie

przepisów dotyczących uprawnień przewidzianych dla osób bliskich lub pozostających we wspólnym pożyciu. Korzystając zatem z dostępnych rozwiązań prawnych, osoby żyjące w innych niż małżeństwo relacjach zachowują w pełni swoją prywatność, upubliczniając ją tylko w określonych przypadkach. Świadomie dokonywane decyzje w zakresie konsekwencji prawnych wiążących ich stosunków faktycznych stanowią także wyraz ich uczuć¹⁰. Właściwe dla poszanowania potrzeb osób pozostających w różnorodnych układach wydaje się stosowanie oraz ewentualne poszerzenie katalogu instytucji szanujących w konkretnych sytuacjach relacje bliskości, które dostępne byłyby dla szerszego kręgu podmiotów.

W dyskusji nad redefinicją małżeństwa warto natomiast przywołać pytanie, które lubił zadawać Abraham Lincoln: *jeżeli ogon psa nazwiemy nogą, to ile nóg ma pies?*. Na dość często udzielaną odpowiedź: *pięć*, prezydent reagował: *pies ma cztery nogi, bo samo nazwanie ogona nogą, nie czyni z niego nogi*¹¹. Szanując różnorodność relacji międzyludzkich i poszukując rozwiązań adekwatnych dla potrzeb osób w nich pozostających oraz spełnianych przez nie funkcji społecznych, trzeba pamiętać o istotnej przejrzystości pojęć, którymi się posługujemy¹². Prawo bowiem podobnie jak język jest pewnego rodzaju konwencją ułatwiającą porozumienie międzyludzkie. Tak zatem jak nazwy w języku, tak i niektóre instytucje prawne zapożyczone z otaczającej rzeczywistości, mają swoje źródło w funkcjach, jakie pełni dany przedmiot czy stosunek społeczny.

¹⁰ M. Łączkowska, *Charakter prawny...*, s. 205.

¹¹ K. Albrecht, *Inteligencja praktyczna. Sztuka i nauka zdrowego rozsądku*, Gliwice 2010, s. 157.

¹² Na tę kwestię uwagę zwraca także D.L. Wardle, *The attack on marriage...*, s. 1370–1371.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. Adamski F., *Rodzina. Wymiar społeczno-kulturowy*, Kraków 2002.
2. Albrecht K., *Inteligencja praktyczna. Sztuka i nauka zdrowego rozsądku*, Gliwice 2010.
3. Amato P.R., *Institutional, Companionate, and Individualistic Marriages*, [w:] *Marriage at the Crossroads: Law, Policy, and the Brave New World of Twenty-First-Century Families*. M. Garrison, E. Scott (red.), Cambridge 2012.
4. Anapol D., *Poliamoria. Miłość i intymność z wieloma partnerami i partnerkami*, Warszawa 2013.
5. Andrzejewski M., *O potrzebie zmian w polskim prawie rozwodowym*, „Studia Prawnicze” 2016, nr 3.
6. Andrzejewski M., *Ochrona praw dziecka w rodzinie dysfunkcyjnej (dziecko – rodzina – państwo)*, Kraków 2003.
7. Andrzejewski M., *Ochrona prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w prawie polskim (wybrane problemy)*, [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, W. Góralski (red.), Płock 2016.
8. Andrzejewski M., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2014.
9. Andrzejewski M., *Rozwiązywanie rodzinnych sporów prawnych – między koncyliacją a kontradiktoryjnością*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych PAN*, W. Czapliński (red.), Warszawa 2006.
10. Andrzejewski M., *Sędzia rodzinny – uwagi w kontekście poszukiwania modelu rozwiązywania rodzinnych problemów prawnych*, [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Wałasik, Warszawa 2012.
11. Antokolskaia M., *Harmonisation of Family Law in Europe: a Historical Perspective*, [w:] *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, M. Antokolskaia (red.), Antwerpia–Oxford 2007.
12. Auchmuty R., *What’s so special about marriage? The impact of Wilkinson v Kitzinger*, „Child and Family Law Quarterly” 2008, t. 20, nr 4.

13. Bainham A., *Changing Families and Changing Concepts – Reforming the Language of Family Law*, „Child and Family Law Quarterly” 1998, nr 1.
14. Bamberger K.A., *The neutered mother, the sexual family, and other twentieth century tragedies (BookReview) (Undetermined)*, „Harvard Women’s Law Journal” 1996, vol. 19.
15. Bamforth N., *Families but not (yet) marriages? Same-sex partners and the developing European Convention “margin of appreciation”*, „Child and Family Law Quarterly” 2011, t. 23, nr 1.
16. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.
17. Banaszak B., *Zalety i wady Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2.
18. Banaszak B., Zieliński M., *Konstytucyjne i ustawowe pojęcie rodziny*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 7.
19. Banaszek B., *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 3.
20. Banaszek B., *Problemy konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2.
21. Banaszek B., *The New Wave of Interest in Marriage in Constitutional Law. Reflections on Central European Experience*, Warszawa 2016.
22. Barker M., *This is my partner, and this is my...partner's partner. Constructing a polyamorous identity in a monogamous world*, „Journal of Constructivist Psychology” 2005, nr 18.
23. Beck U., *Spółeczeństwo ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*, Warszawa, 2004.
24. Beke D., *Nie w interesie mężczyzny*, „Rzeczpospolita” 26.06.2004.
25. Bienia M., *Wina a trwałe rozkład pożycia – glosa – IV CKN 112/00*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 7.
26. Blacless M., Charuvastra A., Derryck A., Fausto-Sterling A., Lauzanne K., Lee E., *How Sexually Dimorphic Are We? Review and Synthesis*, „American Journal of Human Biology” 2000, vol. 12, nr 2, [https://doi.org/10.1002/\(SICI\)1520-6300\(200003/04\)12:2<151::AID-AJHB1>3.0.CO;2-F](https://doi.org/10.1002/(SICI)1520-6300(200003/04)12:2<151::AID-AJHB1>3.0.CO;2-F) [dostęp: 25.07.2015].
27. Blangiardo G.C., Rimoldi S., *Portraits of the Italian Family: Past, Present and Future*, „Journal of Comparative Family Studies” 2014, t. 45, nr 2.
28. Bodnar A., *Wprowadzenie [w:] Prawa osób Transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simone (red.), Warszawa 2010.
29. Bogaert A.F., *Understanding asexuality*, Lanham 2015.
30. Bousta R., *Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels*, „Revue française de droit constitutionnel” 2008, nr 73.
31. Bribosia E., Rorive I., Van den Eynde L., *Same-sex marriage – building an argument before the European Court of Human Rights in light of the US experience*, „Berkeley Journal of International Law” 2014, t. 32, nr 1.
32. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.

33. Callan S., *Marriage in 21 Century Britain and Europe*, [w:] *The Family in the New Millennium. World Voices Supporting the Natural Clan*, t. 2: *Marriage and human dignity*, A. Scott Loveless, T.B. Holman (red.), Westport 2007.
34. Callaway E., *Monogamy and marriage may suit men after all*, „New Scientist” 2010, t. 205.
35. Carlson A.C., Mero P.T., *O naturalny charakter rodziny*, „Międzynarodowy Przegląd Polityczny” 2006, nr 2.
36. Cherlin A., *The Deinstitutionalization of American Marriage*, „Journal of Marriage and Family” 2004, t. 66, nr 4.
37. Cole E.R., Avery L.R., Dodson C., Goodman K.D., *Against Nature. How Arguments about the Naturalness of Marriage Privilege Heterosexuality*, „Journal of Social Issues” 2012, t. 68, nr 1.
38. „Collected Edition of the »Travaux préparatoires«”, t. 1.
39. *Commentary of the Charter of Fundamental Rights*, [b.m.] 2006, <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Download.Rep/NetworkCommentaryFinal.pdf> [dostęp: 19.03.2019].
40. Czech B., *Wierność małżeńska a kwestia winy rozkładu pożycia*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 5.
41. Czech B., *Z problematyki winy rozkładu pożycia małżeńskiego w związku z obowiązkiem wierności małżeńskiej*, [w:] *W trosce o rodzinę. Księga pamiątkowa ku czci prof. Wandy Stojanowskiej*, M. Kosek, J. Słyk (red.), Warszawa 2008.
42. Czepek J., *Dylematy zobowiązań pozytywnych państwa w sferze homoseksualizmu na tle orzeczenia w sprawie Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, [w:] *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), Toruń 2011.
43. D’Agostino F., *Una filozofia della familia*, Milano 2003.
44. Daniluk P., *Legalność zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów z perspektywy polskiego prawa karnego*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009.
45. Daniluk P., *Prawne aspekty chirurgicznej zmiany płci u transseksualistów (uwagi de lege ferenda)*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 5.
46. Daniluk P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 1.
47. Daniluk P., *Zasada 3 Yogyakarty – dwie uwagi krytyczne (głos w dyskusji)*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009.
48. De Montgolfier J.F., *Du PACS au mariage et retour*, „Commentaire” 2008, nr 123.
49. Decker J.S., *The Invisible Orientation: An Introduction to Asexuality*, Nowy Jork 2015.
50. Dobrowolski M., *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4.

51. Domagała P., *Granice interpretacji prawa do zawarcia małżeństwa w art. 12 EKPC – Schalk i Kopf przeciwko Austrii (wyrok ETPCz z 24.06.2010 r.)*, [w:] *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (red.), Toruń 2011.
52. Domański H., Przybysz D., *Homogamia małżeństwa a hierarchie społeczne*, Warszawa 2007.
53. Domański M., *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 k.r.o.)*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, nr 4.
54. Domański M., *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013.
55. Domański R.A., *Konstitutywny czy deklaracyjny charakter sporządzenia aktu małżeństwa w USC w przypadku małżeństwa konkordatowego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3.
56. Dudek D., *Prawo do zawarcia małżeństwa w wybranych konstytucjach państw Unii Europejskiej*, [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, W. Góralski (red.), Płock 2016.
57. Dulko S., Imieliński K., *Glosa do uchwały SN – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r.*, III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217, s. 517.
58. Dulko S., *Opinia seksuologiczna w sprawie projektu ustawy o uzgodnieniu płci*, Druk Sejmowy 1469 VII kadencja.
59. Dynarski W., Grodzka A., Podobińska L., *Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne*, [w:] *Prawa osób Transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, A. Śledzińska-Simone (red.), Warszawa 2010.
60. Easton D., Hardy J.W., *Puszczalscy z zasadami. Praktyczny przewodnik dla miłośników poliamorii, otwartych związków i innych przygód*, Warszawa 2012.
61. Ellman I.M., Braver S.L., *Should Marriage Matter?*, [w:] *Marriage at the Crossroads. Law, policy and the brave new world of 21st century families*, M. Garrison, E. Scott (red.), Cambridge 2012.
62. Emens E.F., *Monogamy's law: compulsory monogamy and polyamorous existence*, „New York University Review of Law & Social Change” 2004, nr 29.
63. Ferrer J.N., *Beyond monogamy and polyamory: a new vision of intimate relationships for twenty-first century*, „ReVision” 2008, t. 30.
64. Festy P., *Le mariage et la famille en mouvement*, „Commentaire” 2013, nr 142.
65. Filar M., *Dwie płci w jednym ciele*, „Prawo i Życie” 1987, nr 29.
66. Filar M., *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, „Państwo i Prawo” 1990, nr 10.
67. Filar M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987.
68. Filar M., *Transseksualizm jako problem prawny*, „Przegląd Sądowy” 1996, nr 1
69. Fisher H., *Anatomia miłości. Nowe spojrzenie. Opowieść o dobieganiu się w pary, małżeństwie i skokach w bok*, Poznań 2017.
70. Freeman M., *Prawa człowieka*, Warszawa 2007.

71. Gajda J., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Akty stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2002.
72. Gajda J., *Metrykalna zmiana płci a zawarcie i istnienie małżeństwa*, [w:] *Meandry prawa – teoria i praktyka. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Mieczysława Goettela*, E.W. Pływaczewski, J. Bryka (red.), Szczytno 2017.
73. Gajda J., *Pojęcie małżeństwa w prawie polskim. Uwagi na tle art. 18 Konstytucji RP*, [w:] *Demokratyczne państwo prawne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Zollowi*, Z. Ćwiakalski, J. Posłuszny (red.), Przemysł–Rzeszów 2012.
74. Gajda J., *Zła wiara w świetle art. 55 § 2 k.r.o.*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1–3.
75. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
76. Garrison M., *Marriage. The Status of Contract. An Essay on Weitzman's The Marriage Contract*, „University of Pennsylvania Law Review” 1983, nr 1039.
77. Garrison M., *Reviving Marriage. Could We? Should We?*, „Journal of Law & Family Studies” 2008, nr 10.
78. Garrison M., *The changing face of marriage*, [w:] *Routledge Handbook of family law and policy*, J. Eekelaar, R. George (red.), Abingdon-Oxon-New York 2014.
79. Gawrońska–Wasilkowska Z., *Małżeństwo. Istota – Trwałość – Rozwód*, Warszawa 1966.
80. Giddens A., *Nowoczesność a tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*, Warszawa 2001.
81. Giddens A., *Przemiany intymności. Seksualność, miłość, erotyzm we współczesnych społeczeństwach*, Warszawa 2006.
82. Giddens A., *Socjologia*, Warszawa 2012.
83. Giele J., *Decline of the Family: Conservative, Liberal and Feminist View*, [w:] *Family in Transition*, S. Skolnick, J.H. Skolnick (red.), Boston 2007.
84. Girgs S., Anderson R.T., George R.P., *What is Marriage. Man and Woman. A Defense*, Nowy Jork–Londyn 2012.
85. Goldberg S.B., *Why Marriage?*, [w:] *Marriage at the Crossroads. Law, Policy and the Brave New World of Twenty-First-Century-Families*, M. Garrison, E.S. Scott (red.), Cambridge 2012.
86. Gołaczyński J., *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2017.
87. Goodman N., *Wstęp do socjologii*, Poznań 2001.
88. Góralski W., *Konstrukcja prawna małżeństwa zawieranego w trybie art. 1 § 2 KRO*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie przemian*, P. Kasprzyk, P. Wiśniewski (red.), Lublin 2009.
89. Górecki J., *Unieważnienie małżeństwa*, Kraków 1958.
90. Górny G., *Polowanie na rodzinę*, „Wprost” 26.06.2005.
91. Gromadzki C., *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, „Przegląd Sądowy” 1997, nr 10.
92. Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Warszawa 2016.
93. Grześkowiak A., *W trosce o rodzinę*, Częstochowa 1996.

94. Grzybowski S., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Warszawa 1980.
95. Grzybowski S., Różański I., *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946.
96. Gwiazdomorski J., *Dwa domniemania*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, W. Popiołek, L. Ogieśla, M. Szpunar (red.), Kraków-Warszawa 1964.
97. Haak H., *Separacja. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Toruń 2000.
98. Halberda J., *Separacja – wybrane zagadnienia (przesłanki, skutki)*, „Rejent” 2001, nr 11.
99. Hartwich H., *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011.
100. Holewińska-Łapińska E., *Opinia na temat projektów ustaw o separacji (druki sejmowe nr 591 i 708)*, Warszawa 1999.
101. Holewińska-Łapińska E., *Orzekanie separacji*, Warszawa 2006.
102. Holewińska-Łapińska E., *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, „Studia i analizy Sądu Najwyższego” 2010, t. 4.
103. Holewińska-Łapińska E., *Separacja (projekty nowelizacji kodeksu rodzinnego i opiekuńczego)*, „Jurysta” 1999, nr 2–3.
104. Huyette M., *Petite synthèse finale à propos du mariage pour tous*, „Journal du Droit des Jeunes” 2013, nr 325.
105. Hypś S., *Małżeństwo monogamiczne jako dobro chronione w polskim prawie karnym*, [w:] *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga pamiątkowa ku czci Profesor Alicji Grzeszkowiak*, A. Dębiński, M. Gałązka, R. G. Hałas, K. Wiak (red.), Lublin 2006.
106. Ignatowicz J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 118/95*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1996, nr 4.
107. Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
108. Imieliński K., Dulko S., *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm. Mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988.
109. Jadczyk-Żebrowska M., *Prawa i obowiązki małżonków*, Warszawa 2017.
110. Jantz B., *Kobieta czy mężczyzna*, „Gazeta Wyborcza” 1991, nr 135.
111. Jardine S., *Mariage ringard*, „Commentaire” 2004, nr 106.
112. Jasudowicz T., *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Polskie Roczniki Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2013, nr 4.
113. Jasudowicz T., *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona*, B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski (red.), Toruń 2010.
114. Jezusek A., *Możliwość instytucjonalizacji związku osób tej samej płci w świetle art. 18 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” 2015, nr 4.
115. Jones J., Merino-Blanco E., *The influence of constitutional law on family forms in Germany and Spain*, „Child and Family Law Quarterly” 2008, nr 23.

116. Kaleta S., *Prawo rodzinne w systemie prawa polskiego*, „Studia Cywilistyczne” 1961, t. 1.
117. Kalus S., *Konstytucyjne źródła zasad polskiego prawa rodzinnego*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Prof. Józefa Nowackiego*, I. Bogucka, Z. Tobor (red.), Kraków 2003.
118. Kańska K., *Karta Praw Podstawowych a przestrzeganie praw człowieka przez instytucje Unii Europejskiej*, Warszawa 2003.
119. *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, A. Wróbel (red.), 2013.
120. Kasprzyk P., *Instytucja separacji małżeńskiej w świetle ustawy z dnia 21 maja 1999 roku*, Lublin–Sandomierz 1999.
121. Kasprzyk P., *Separacja prawna małżonków*, Lublin 2003.
122. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2: art. 450–1088, M. Gutowski (red.), Warszawa 2016.
123. *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2015.
124. *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2: art. 117–211a, W. Wróbel, A. Zoll (red.), Warszawa 2017.
125. *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 1, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2017.
126. *Kodeks karny. Komentarz*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2017.
127. *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Warszawa 2016.
128. *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2017.
129. *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Warszawa 2017.
130. *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Gdańsk 2010.
131. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Góra–Błaszczkowska (red.), Warszawa 2016.
132. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Jakubecki (red.), Warszawa 2017.
133. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Zieliński, K. Flaga–Gieruszyńska (red.), Warszawa 2017.
134. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), Warszawa 2016.
135. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, A. Marciniak, K. Piasecki (red.), Warszawa 2016.
136. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, J. Jankowski (red.), Warszawa 2015.
137. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, T. Ereciński (red.), Warszawa 2016.
138. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, A. Marciniak (red.), Warszawa 2017.
139. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 4, T. Ereciński (red.), Warszawa 2017.
140. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), Warszawa 2013.
141. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, J. Wierciński (red.), Warszawa 2014.

142. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki (red.), Warszawa 2011.
143. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2015.
144. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 4, K. Osajda (red.), Warszawa 2017.
145. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, K. Osajda (red.), Warszawa 2017.
146. Kołodziej-Zaleska A., *Zasoby pomocne w osiągnięciu dobrostanu po doświadczeniu kryzysu rozwodu u Inicjatorów i Nie-Inicjatorów procesu rozwodowego*, [rozprawa doktorska, b.m.d.], http://sbc.org.pl/Content/253649/doktorat3769_skrot.pdf [dostęp: 9.01.2018].
147. *Komentarz aktualizowany do art. 206 Kodeksu karnego*, M. Mozgawa (red.), LEX/el. 2017.
148. *Konstytucja RP*, t. 1, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016.
149. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz encyklopedyczny*, W. Skrzydło, S. Grabowska, R. Grabowski (red.), Warszawa 2009.
150. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, M. Haczkowska (red.), Warszawa 2014.
151. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, L. Garlicki, M. Zubik (red.), Warszawa 2016.
152. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, L. Garlicki, M. Zubik (red.), Warszawa 2016.
153. *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom I. Komentarz do art. 1-18*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010.
154. Kotlarska-Michalska A., *Małżeństwo jako związek, wspólnota, instytucja, podsystem i rodzaj stosunku społecznego*, „Roczniki Socjologii Rodziny” 1998, t. 10.
155. Kowalski G., *Założenia prawa rodzinnego w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie przemian*, P. Kasprzyk, P. Wiśniewski (red.), Lublin 2009.
156. Kownacki R., *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakresie realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009.
157. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo bigamii w ujęciu prawnoporównawczym*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011.
158. Krajewski R., *Bigamia w prawie polskim i prawie kanonicznym*, Włocławek 2003.
159. Krajewski R., *Małżeństwa transseksualistów (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, „Jurysta” 2009, nr 9.
160. Krajewski R., *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009.
161. Krajewski R., *Prawne aspekty pożycia seksualnego małżonków*, „Jurysta” 2004, nr 9.
162. Krzemiński Z., *Glosa do wyroku SN z 28 września 2000 r. IV CKN 112/00*, „Palestra” 2003, nr 3-4.
163. Kula K., Słowikowska-Hilczler J., *Zaburzenia determinacji i różnicowania płci*, [w:] *Interna Szczeklika. Podręcznik chorób wewnętrznych 2013*, P. Gajewski (red.),

- Kraków, 2013, str. 1312-1317, <http://www.andrologia-eaa.umed.lodz.pl/dokumenty/Szczekli%20IV.H.pdf> [dostęp: 27.03.2019].
164. Kuryłowicz M., *Prawo rzymskie a nowe tendencje we współczesnym prawie rodzinnym (małżeństwo – partnerstwo – adopcja)*, [w:] *Interes prywatny a interes publiczny w prawie rzymskim*, B. Sitek, C.L. Guillamón, K. Naumowicz, K. Zaworska (red.), Olsztyn 2012.
165. Kuryłowicz M., *Wokół istoty małżeństwa rzymskiego*, [w:] *Finis legis Christus. Księga pamiątkowa dedykowana księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, t. 2, J. Wroceński, J. Krajczyński (red.), Warszawa 2009.
166. Kwak A., *Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja*, Warszawa 2005.
167. Lacroix X., *Le mariage, une affaire privée?*, „Études” 2007, t. 406.
168. Lee M.Y.K., *Equality, Dignity and Same-Sex Marriage. A Rights Disagreement in Democratic Societies*, Leiden-Boston 2010.
169. Leszczyński J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 1989 r. (III CZP 37/89)*, „Palestra” 1992, nr 3-4.
170. Łączkowska M., *Charakter prawny rejestrowanego związku partnerskiego w świetle polskich projektów regulacji*, [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewski (red.), Toruń 2013.
171. Łączkowska M., *Czy istnieje prawo do posiadania dziecka?*, [w:] *Prawne, medyczne i aksjologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, J. Haberkó, M. Łączkowska (red.), Poznań 2005.
172. Łączkowska M., *Dziecko na zamówienie, czyli wspomagana prokreacja i prenatalne ingerencje genetyczne*, „Prawo i medycyna” 2008, nr 3.
173. Łączkowska M., *Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie Frederic Hay przeciwko Credit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sevres*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 4.
174. Łączkowska M., *Stosunek prawny pokrewieństwa a pochodzenie genetyczne*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A. N. Schulz (red.), Toruń 2008.
175. Łączkowska M., *Zasada trwałości małżeństwa w polskim prawie rodzinnym – aspekty materialne i procesowe*, „Studia Prawnoustrojowe” 2014, nr 24.
176. Łączkowska M., *Związki osób tej samej płci w świetle polskiego prawa*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik (red.), Poznań 2006.
177. Łętowska E., Woleński J., *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6.
178. Mair J., *A Modern Marriage?*, „Edinburgh Law Review” 2006, t. 10, nr 3.
179. Majka-Rostek D., *Związki homoseksualne. Studium socjologiczne*, Warszawa 2008.
180. Majka-Rostek D., *Związki jedнопłciowe jako „czysta relacja”*, [w:] *Kalejdoskop genderowy. W drodze do poznania płci społeczno-kulturowej w Polsce*, K. Slany, B. Kowalska, M. Ślusarczyk (red.), Kraków 2011.

181. Malinowski B., *Małżeństwo, pokrewieństwo*, [w:] *Wiedza o kulturze. Antropologia kultury. Zagadnienia i wybór tekstów*, G. Godlewski, L. Kolankiewicz i in. (red.), Warszawa 2001.
182. Malinowski B., *Seks i stłumienie w społeczności dzikich oraz inne studia o płci, rodzinie i stosunkach pokrewieństwa*, Warszawa 1987.
183. Marek A., Konarska–Wrzosek V., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
184. Mazurkiewicz J., „Rozwodzić” jest przeciwieństwem „zwozić”, czyli o potrzebie zasadniczej reformy prawa rozwodowego, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, J. Pisuliński, P. Tereszkiwicz, F. Zoll (red.), Warszawa 2012.
185. Mazuy M., Barbieri M., d’Albis H., *Recent Demographic Trends in France: The Number of Marriages Continues to Decrease*, „Population” 2014, t. 69, nr 3.
186. Mączyński A., *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] *Związki partnerskie – debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewski (red.), Toruń 2013.
187. Mączyński A., *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. 1, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa 2012.
188. Mączyński A., *Małżeństwo jako instytucja prawa konstytucyjnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesor Biruty Lewaszkiewicz-Petrykowskiej*, W. Robaczyński (red.), Łódź 2017.
189. Mączyński A., *Oświadczenia małżonków jako element zawarcia małżeństwa w formie konkordatowej*, [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i Europie. Zagadnienia wybrane*, P. Kasprzyk (red.), Lublin 2005.
190. Mączyński A., *Prawo do zawarcia małżeństwa w świetle Konstytucji*, [w:] *Prawo do małżeństwa na progu XXI wieku*, K. Motyka (red.), Lublin 2016.
191. Mączyński A., *Zawarcie małżeństwa w prawie międzynarodowym*, [w:] *Ius connubii – ochrona i ograniczenia w prawie międzynarodowym, polskim i kanonicznym*, W. Góralski (red.), Płock 2016.
192. Mączyński A., *Znaczenie prawne aktu małżeństwa w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa o aktach stanu cywilnego*, [w:] *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, M. Pazdan (red.), Katowice 2000.
193. Mezglewski A., *Katalog przesłanek koniecznych zawarcia małżeństwa cywilnego w formie wyznaniowej*, [w:] *Przesłanki konieczne zawarcia małżeństwa. Próba systematyzacji zagadnienia w aspekcie wymogów formy religijnej*, A. Tunia (red.), Lublin 2011.
194. *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, R. Wieruszewski (red.), Warszawa 2012.
195. Mizerski R., *Prawa człowieka a poligamia*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” 2016, nr 7.

196. Mizielińska J., Struzik J., Król A., *Różnym głosem. Rodziny z wyboru w Polsce*, Warszawa 2017.
197. Morris A.E., Nott S.M., *Marriage Rites and Wrongs. Challenges to Orthodoxy*, „Journal of Social Welfare and Family Law” 2005, nr 1.
198. Mostowik P., *Brak „strasburskiego” bądź „brukselskiego” obowiązku instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny*, [w:] *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewski (red.), Toruń 2013.
199. Mostowik P., *O postulatach zaświadczenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego o możliwości zawarcia za granicą małżeństwa bez względu na płeć nupturienta*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana Prof. Bogusławowi Gawlikowi*, J. Pisuliński, P. Tereskiewicz, F. Zoll (red.), Warszawa 2012.
200. Mozgawa M., Saj A., *Prawnokarne aspekty bigamii (rozważania dogmatyczne i uwagi kryminologiczne)*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011.
201. Nazar M., *Pozostawanie w związku małżeńskim jako okoliczność wyłączaająca zawarcie kolejnego małżeństwa*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011.
202. Nazar M., *Zawarcie małżeństwa według prawa polskiego z uwzględnieniem postanowień podpisanego 28 lipca 1993 r. konkordatu między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1996, nr 3.
203. Nesterowicz M., *Czy ustawa o związkach partnerskich jest potrzebna. Dziesięć mitów prawnych gejów i lesbijek*, „Rzeczpospolita” 31.12.2004.
204. Norrie K. McK., *Marriage is for heterosexuals – may the rest of us be saved from it*, „Child and Family Law Quarterly” 2000, nr 363.
205. *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, I. Fredrich-Michalska, B. Stachurska-Marcińczak (red.), Warszawa 1997.
206. Nowicki M.A., *Wokół konwencji europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2013.
207. Obama B., *Dreams from my father*, Nowy Jork 2004.
208. *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008.
209. Olejniczak A., *Materialnoprawne przesłanki udzielenia rozwodu*, Poznań 1980.
210. Olejniczak A., *O pogłębianiu rozkładu pożycia i winie małżonków*, [w:] *Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz (red.), Toruń 2008.
211. Osajda K., *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009.
212. Osajda K., *Orzecznictwo ETS dotyczące transseksualizmu*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9.
213. Osajda K., *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 5.

214. Ostojcka J., *Sądowa zmiana płci*, Warszawa 2014, <https://depotuw.ceon.pl> [dostęp: 27.04.2017].
215. Panowicz–Lipska J., *Separacja*, „Studia Prawa Prywatnego” 2007, nr 1.
216. Paprocka A., *Budowanie tożsamości europejskiej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 12.
217. Pawliczak J., *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014.
218. Perry T.L., *The „Essentials of Marriage”. Reconsidering the Duty of Support and Services*, „Yale Journal of Law & Feminism” 2003, vol. 15.
219. Pietrzykowski K., *Sądowa zmiana płci w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Studia Iuridica” 2012, t. 55.
220. Pietrzykowski K., *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1985.
221. Pilich M., *Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie międzynarodowym prywatnym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2.
222. Piotrowski R., *Wykładnia Konstytucji a zagadnienie ustawowej regulacji związków partnerskich*, [w:] *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, T. Giaro (red.), Warszawa 2012.
223. Piprek R.P., *Genetyczne podłoże zaburzeń determinacji płci i rozwoju gonad*, „Endokrynologia Polska” 2008, t. 59, nr 6.
224. Pisuliński J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 37/89*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 6.
225. Polikoff N., *Ending Marriage as We Know It*, „Hofstra Law Review” 2003, t. 32, nr 1.
226. Porter J.A., *L'amour for four: polygyny, polyamory, and the state's compelling economic interest in normative monogamy*, „Emory Law Journal” 2015, t. 64.
227. *Prawo karne*, A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Warszawa 2017.
228. *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*, A. Czajkowska, E. Pachniewska (red.), Warszawa 2011.
229. Preussner–Zamorska J., *Matrimonium non existens oraz podlegające unieważnieniu małżeństwo*, „Studia Cywilistyczne” 1981, t. 31.
230. Probert R., Barlow A., *Displacing marriage – diversification and harmonization within Europe*, „Child and Family Law Quarterly” 2000, nr 153.
231. Probert R., *Marriage at the Crossroads in England and Wales*, [w:] *Marriage at the Crossroads. Law, Policy and the Brave New World of Twenty-First-Century-Families*, M. Garrison, E.S. Scott (red.), Cambridge 2012.
232. Proksa A. (rec.), A. Zielonacki, *Zawarcie małżeństwa*, „Państwo i Prawo” 1983, nr 9.
233. Przybylska M., *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16.
234. Przybył I., *Od panięństwa do małżeństwa: zmiana statusu a transformacja tożsamości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 4.
235. Przybył I., *Wokół procesu (de)instytucjonalizacji małżeństwa w Polsce*, „Roczniki Socjologii Rodziny. Studia socjologiczne oraz interdyscyplinarne” 2012, t. 22.

236. Pyrżyńska A., *Nieważność czynności prawnej – uwagi na tle art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 5.
237. Radwański Z., *Glosa do uchwały do uchwały składu 7 sędziów z 22 czerwca 1989 r. z 22 czerwca 1989 r. III CZP 37/89*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, nr 2.
238. Radwański Z., *Konstytucyjna ochrona małżeństwa, macierzyństwa i rodziny*, [w:] *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej profesora Jana J. Winiarza*, S. Wójcik (red.), Warszawa 1990.
239. Ratajczak A., *Bigamia w ujęciu polskiego prawa na tle prawnoporównawczym*, „Państwo i Prawo”, 1978, nr 7.
240. Reid C.J. Jr., *Marriage in the Western Legal Tradition. A Product of Natural Law or a Creature of the State*, [w:] *The Family in the New Millennium. World Voices Supporting the Natural Clan*, t. 1: *Marriage and Human Dignity*, A.S. Loveless, T.B. Holman, Westport-Connecticut-London 2007.
241. Rejman G., *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1991, nr 2.
242. Rozental K., *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 10.
243. Rozwadowski W., *Istota małżeństwa rzymskiego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. 14.
244. *Rozwód i separacja*, J. Ignaczewski (red.), Warszawa 2016.
245. Saez M., *Introduction*, [w:] *Same Sex Couples – Comparative Insights on Marriage and Cohabitation*, M. Saez (red.), Dordrecht 2015.
246. Safjan M., *Glosa do postanowienia SN z 22 marca 1991 r.*, III CRN 28/91, „Przełęcz Sądowy” 1993, nr 2.
247. Safjan M., *Prawo i medycyna*, Warszawa 1998.
248. Sakowicz A., *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006.
249. Sanderson S.K., *Explaining monogamy and polygamy in human societies: comment on Kanazawa and Still*, „Social Forces” 2001, nr 80.
250. Sax L., *How common is intersex? a response to Anne Fausto-Sterling*, „The Journal of Research” 2002, vol. 39, nr 3.
251. Schmidt F., *Para, mieszkanie, małżeństwo. Dynamika związków intymnych na tle przemian historycznych i współczesnych dyskusji o procesach indywidualizacji*, Warszawa–Toruń 2015.
252. Schwenzer I., Dimsey M., *Model Family Code from a global perspective*, Antwerpia–Oxford 2006.
253. Scott E.S., *A World Without Marriage*, „Family Law Quarterly” 2007, t. 41.
254. Sharpe S., *A Dress, A Ring, Promises to Self. An unconventional wedding planner for one*, 2012.
255. Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
256. Slany K., *Alternatywne formy życia małżeńsko-rodzinnego w ponowoczesnym świecie*, Kraków 2002.

257. Smyczyński T., *Glosa do wyroku SN z 3.03.2004 r. III CK 346/02*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2.
258. Smyczyński T., *Konstytucyjny charakter sporządzenia aktu małżeństwa konkordatowego*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3.
259. Smyczyński T., *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski*, [w:] *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, M. Andrzejewski (red.), Toruń 2013.
260. Smyczyński T., *Nowelizacja prawa małżeńskiego*, „Państwo i Prawo” 1999, nr 1.
261. Smyczyński T., *Ochrona rodziny w Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1994, nr 2.
262. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018.
263. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze. Analiza i wykładnia*, Warszawa 2011.
264. Smyczyński T., *Separacja małżonków*, „Studia Prawnicze” 2000, nr 1–2.
265. Sobański R., *Związki partnerskie*, „Forum Iuridicum” 2003, nr 2.
266. Sokołowski T., *Cele i funkcje zaświadczenia o stanie cywilnym a natura małżeństwa*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2016, z. 4.
267. Sokołowski T., *Rozkład pożycia a rozpad rodziny*, [w:] *Rodzina w świetle prawa i polityki społecznej*, T. Smyczyński (red.), Poznań 1990.
268. Sokołowski T., *Zastosowanie przepisów regulujących zawarcie małżeństwa „konkordatowego”*, [w:] *Prawo rodzinne w Polsce i Europie*, P. Kasprzyk (red.), Lublin 2005, s. 90.
269. Sokołowski T., *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań, 2013.
270. Sośniak M., *Glosa do uchwały SN z 25.02.1978 r., III CZP 100/77*, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217.
271. Stacey J., *Good Riddance to „The Family”. A Response to David Popenoe*, „Journal of Marriage and Family” 1993.
272. Stark B., *International Family Law. An Introduction*, Burlington 2005.
273. Stefański R.A., *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009.
274. Stefański R.A., *Przestępstwo bigamii (art. 206 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 10.
275. Stojanowska W., *Seksuologia a prawo rodzinne*, [w:] *Seksuologia. Aspekty prawne*, K. Imieliński (red.), Warszawa 1997.
276. Strus Z., *Znaczenie art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra” 2014, nr 9.
277. Strzebińczyk J., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
278. Strzebińczyk J., *Zawarcie małżeństwa wyznaniowego podlegającego prawu polskiemu*, „Rejent” 1999, nr 4.
279. Suski J., *Wina w rozwodzie*, „Nowe Prawo” 1962, nr 10.
280. Swennen F., *O tempora! O mores! The evolving marriage concept and the impediments to marriage*, [w:] *Convergence and divergence of family law in Europe*, M. Antokolskaia (red.), Antwerpia-Oxford 2007.
281. Sylwestrzak A., *Skutki prawne separacji małżonków*, Warszawa 2007.

282. *System Prawa Karnego*, t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2016.
283. *System Prawa Prywatnego*, t. 1: *Prawo cywilne – część ogólna*, M. Safjan (red.), Warszawa 2012.
284. *System Prawa Prywatnego*, t. 11: *Prawo Rodzinne i Opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2014.
285. *System Prawa Prywatnego*, t. 20 C: *Prawo prywatna międzynarodowe*, M. Pazdan (red.), Warszawa 2015.
286. *System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego*, J.S. Piątkowski (red.), Wrocław 1985.
287. Szer S., *Prawo rodzinne*, Warszawa 1966.
288. Szlendak T., *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia zróżnicowanie*, Warszawa 2011.
289. Szlęzak A., *Zasada równej stopy życiowej w prawie rodzinnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, t. 47, nr 1.
290. Śliwowski J., *Prawo karne*, Warszawa 1975.
291. Świdarska M., *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007.
292. Tobis A., *Główne przestępstwa przeciwko rodzinie*, Poznań 1980.
293. Tokarz A.S., *Zdrada małżeńska. Zadośćuczynienie za zerwanie więzi rodzinnych*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 4.
294. Tunia A., *Realizacja przesłanki koniecznej dotyczącej udziału czynnika oficjalnego przy zawieraniu małżeństwa w trybie art. 1 § 2 KRO*, [w:] *Prawo rodzinne w dobie przemian*, P. Kasprzyk, P. Wiśniewski (red.), Lublin 2009.
295. Tyszcza Z., *Podstawowe pojęcia i zagadnienia socjologii rodziny*, Poznań 1997.
296. Tyszcza Z., *Socjologia rodziny*, Warszawa 1979.
297. Wach A., *Wstrzymanie wykonania orzeczenia*, [w:] *Proces cywilny. Nauka – kodyfikacja – praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik (red.), Warszawa 2012.
298. Walaszek B., *Zarys prawa rodzinnego*, Warszawa 1971.
299. Waleńcik D., *Odmienność płci jako przesłanka konieczna zawarcia małżeństwa w prawie polskim i prawie kanonicznym*, [w:] *Przesłanki konieczne zawarcia małżeństwa. Próba systematyzacji zagadnienia w aspekcie wymogów formy religijnej*, A. Tunia (red.), Lublin 2011.
300. Wardle L.D., *The Attack on Marriage as the Union of a Man and a Woman*, „North Dakota Law Review” 2008, t. 83.
301. Wardle L.D., *The Boundaries of Belonging: Allegiance, Purpose and Definition of Marriage*, „Brigham Young Journal of Public Law” 2011, t. 25, nr 2.
302. Wardle L.D., *The institution of marriage and other domestic relations*, „Amsterdam Law Forum”, 2011, t. 3, nr 2.
303. Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.
304. Weitzman L.J., *The marriage contract*, „The Free Press” 1981.
305. *Wielomiłość. Energia seksualna przyszłości*, „Przekrój” 9.07.2012.

306. Wieruszewski R., *Postanowienia Karty Praw Podstawowych w świetle wiążących Polskę umów międzynarodowych i postanowień Konstytucji RP z 1997 r.*, [w:] *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2008.
307. Wieruszewski R., *Rola i znaczenie Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla ochrony praw człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2.
308. Wieruszewski R., *Zasady Yogyakarty – charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009.
309. Wilcox C., Rimmerman C.A., *The Politics of Same-sex Marriage*, Chicago 2007.
310. Wilk A., *Zawarcie małżeństwa przez osobę transseksualną*, [w:] *Zawieranie małżeństwa w różnych systemach prawnych i kulturach*, R. Sztuchmiller (red.), Olsztyn 2009.
311. Williams C.S., *Theory, Tradition and Contemporary Marriage*, [w:] *The Family in the New Millennium. World Voices Supporting the Natural Clan*, t. 2: *Marriage and human dignity*, A. Scott Loveless, T.B. Holman (red.), Westport 2007.
312. Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000.
313. Winiarz J., Gajda J., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001.
314. Winiarz J., *Ochrona praw matki, ojca i rodziny*, Warszawa 1965.
315. Winiarz J., *Rodzina i dziecko w prawie polskim*, [w:] *Rodzina i dziecko*, M. Ziemska (red.), Warszawa 1979.
316. Wiśniewski L., *Zdanie odrębne*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2009.
317. Wojewoda M., *Zaświadczenie o stanie cywilnym – nowa konstrukcja w prawie o aktach stanu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 1.
318. Wojewoda M., *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie zawierane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2015, nr 3.
319. Wójcik J., *Charakter prawny sporządzenia aktu małżeństwa z art. 1 § 2 k.r.o w perspektywie prawnoporównawczej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8.
320. Wójcik J., *Zawity czy instrukcyjny charakter pięciodniowego terminu z art. 8 § 3 ustawy z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy – rozważania prawnoporównawcze*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5.
321. Wójcik M.P., *Bigamia a uregulowania prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego*, [w:] *Bigamia*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011.
322. Wronkowska S., *O prawie w ogólności*, [w:] *Kompendium wiedzy o społeczeństwie i prawie*, M. Kordela (red.), Warszawa 2011.
323. Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005.
324. Wronkowska S., *Tworzenie prawa*, [w:] S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.

325. Wyrozumska A., *Karta Praw Podstawowych polskie obiekcje*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 4.
326. Wyrzykowski M., *Publiczne a prywatne w wykładni Konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, [w:] *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, T. Giaro (red.), Warszawa 2012.
327. Yuval M., *Equality for Same-sex Couples: The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, Chicago-Londyn 2002.
328. *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej*, K. Remin (red.), Warszawa 2009.
329. Zielonacki A., *Prawo do zawarcia małżeństwa*, [w:] *Prawa człowieka. Model prawny*, R. Wieruszewski (red.), Wrocław 1991.
330. Zielonacki A., *Zawarcie małżeństwa*, Wrocław 1982.
331. Zielonacki A., *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988, nr 2.
332. Ziemiński Z., *Unormowania prawne a unormowania moralne w sferze prawa rodzinnego PRL*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1977, nr 2.
333. Ziemska M., *Wpływ przemian funkcji rodziny na socjalizację dzieci*, [w:] *Rodzina i dziecko*, M. Ziemska (red.), Warszawa 1979, s. 227–253.
334. Ziółkowski M., *Problem wspólnotowego zakazu dyskryminacji homoseksualnych partnerów w rejestrowanych związkach partnerskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10.
335. Znaniński F., *Relacje społeczne i role społeczne. Niedokończona socjologia systematyczna*, Warszawa 2011.
336. Zubik M., *Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków*, „Przegląd Legislacyjny” 2007, nr 2.

NIEPUBLIKOWANE ROZPRAWY DOKTORSKIE

1. Schulz A.N., *Realizacja standardów międzynarodowych w zakresie osobowych stosunków pomiędzy rodzicami a dzieckiem w polskim prawie rodzinnym*, niepubl. rozprawa doktorska, AZ INP PAN, sygn. 183/133.

WYKAZ AKTÓW PRAWNYCH

AKTY PRAWA POLSKIEGO

1. Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską, podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r., Dz.U. 1998 Nr 51 poz. 318.
2. Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy w dniu 22.07.1952 r., Dz. U. 1952 Nr 33, poz. 232.
3. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2.04.1997 r., Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483.
4. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 9.02.2015 r. w sprawie sposobu prowadzenia rejestru stanu cywilnego oraz akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego, Dz. U. 2015 poz. 225.
5. Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 8.10.2010 r. w sprawie prowadzenia ewidencji wojskowej, Dz. U. 2010 Nr 199, poz. 1321 ze zm.
6. Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn. Dz.U. 2018 poz. 1360.
7. Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1969 Nr 13, poz. 94.
8. Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 1025.
9. Ustawa z 24.09.2010 r. o ewidencji ludności, tekst jedn. Dz. U. 2017 poz. 657.
10. Ustawa z 25.02.1964 r. – kodeks rodzinny i opiekuńczy, tekst ujedn. Dz.U. 2017 poz. 682.
11. Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn. Dz. U. 2016 poz. 2064.
12. Ustawa z 4.02.2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, tekst jedn. Dz. U. 2015 poz. 1792 ze zm.
13. Ustawa z 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, Dz. U. 1997 Nr 28, poz. 152 ze zm.
14. Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 652.
15. Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. 2018 poz. 1600.
16. Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997 Nr 89, poz. 555.
17. Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. 2009 Nr 52, poz. 417 ze zm.
18. Ustawa z 9.06.2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Dz. U. 2011 Nr 149, poz. 887.

AKTY PRAWA EUROPEJSKIEGO I MIĘDZYNARODOWEGO

1. Dyrektywa 2004/38/WE z 29.04.2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, *Dz. Urz. UE L 158, 30.04.2004 P. 0077–0123*.
2. 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.

3. Europejska konwencja o statusie prawnym dziecka pozamałżeńskiego, sporządzona w Strasburgu dnia 15 października 1975 r., Dz. U. 1999 Nr 79, poz. 888.
4. Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE 2012 C 326.
5. Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20.11.1989 r., Dz. U. 1991 Nr 120, poz. 526.
6. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18.12. 1979 r., Dz. U. 1982 Nr 10, poz. 71.
7. Konwencja w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw, otwarta do podpisu w Nowym Jorku 10.12.1962 r., Dz. U. 1965 Nr 9, poz. 53.
8. Konwencja Wiedeńska o prawie traktatów sporządzona w Wiedniu dnia 23.05.1969 r., Dz. U. 1990 Nr 74, poz. 439.
9. Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. 1977 Nr 38, poz. 169.
10. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19.12.1966 r., Dz. U. 1977 Nr 38, poz. 167.
11. Protokół nr 30 do Traktatu o Unii Europejskiej PL C 83/314, Dz. Urz. UE z 30.03.2010 r.
12. Rozporządzenie Rady (UE) z dnia 20.12.2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej Dz. Urz. UE L 343 z 29.12.2010 r.
13. Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Dz. Urz. UE L 338 z 23.12.2003 r.
14. Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 83 z 30.03.2010 r.

REZOLUCJE, ZALECENIA I INNE DOKUMENTY O CHARAKTERZE MIĘDZYNARODOWYM

1. *Combating discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity. Council of Europe standards*, 2011, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/LGBT_EN.pdf [dostęp: 4.11.2014].
2. *Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons. Foreign affairs Council meeting.* Luxemburg 24 June 2013, <https://eeas.europa.eu/sites/files/137584.pdf> [dostęp: 11.10.2018].
3. Komunikat Komisji z 2.07.2009 r. do Parlamentu Europejskiego i Rady wytyczne w celu skuteczniejszej transpozycji i stosowania dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich KOM (2009) 313.

4. Ogólna Rekomendacja nr 21 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet Equality in marriage and family relations, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4733&Lang=en [dostęp: 18.10.2018].
5. Ogólna Rekomendacja nr 29 do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet Economic consequences of marriage, family relations and their dissolution, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/29&Lang=en [dostęp: 18.10.2018].
6. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html>.
7. Raport Komisji Europejskiej z 27.10.2016 r. Legislation and policies on gender identity and sex characteristics, http://www.ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43059 [dostęp: 23.05.2018].
8. Resolution UN Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld> [dostęp: 30.10.2015].
9. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.03.2015 r. w sprawie rocznego sprawozdania dotyczącego praw człowieka i demokracji na świecie za rok 2013 oraz polityki Unii Europejskiej w tym zakresie (2014/2216(INI)).
10. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12.12.2012 r. w sprawie stanu praw podstawowych w Unii Europejskiej (2010–2011) (2011/2069(INI)).
11. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 24.05.2012 r. w sprawie zwalczania homofobii w Europie (2012/2657(RSP)).
12. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 27.01.2014 r. w sprawie sytuacji praw podstawowych w Unii Europejskiej (2012) (2013/2078(INI)).
13. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4.02.2014 r. w sprawie unijnego planu przeciwdziałania homofobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową (2013/2183(INI) pkt H (iv)).
14. Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o położeniu kresu wymuszonej kastracji i sterylizacji nr 1945 (2013), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=19984&lang=en> [dostęp: 18.10.2018].
15. Wyjaśnienia dotyczące Karty praw podstawowych, Dz. U. UE C 303 z 14.12.2007 r.
16. Zalecenie CM/Rec (2010)5 Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich w zakresie środków zwalczania dyskryminacji opartej na orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, http://transfuzja.org/download/dokumenty/reccm2010_5_pl.pdf [dostęp: 22.03.2019].

AKTY PRAWA PAŃSTW OBCYCH

1. Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz–PStRÄndG) vom 7.05.2013, BGBl. I S. 1122.
2. Leitsätze zum Beschluss des Ersten Senats vom 10.10.2017 r., 1 BvR 2019/16.

WYKAZ ORZECZNICTWA

ORZECZNICTWO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

1. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 5.10.1987 r. w sprawie *M. i O.M. przeciwko Holandii*, skarga nr 12139/86.
2. Decyzja z 28.10.2006 r. w sprawie *R. i F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 35748/05.
3. Decyzja z 28.10.2006 r. w sprawie *Wena i Anita Parry przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 42971/05.
4. Decyzja z 29.06.1992 r. o niedopuszczalności skargi *R.B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga 19628/92.
5. Wyrok ETPCz z 21.02.1975 r. w sprawie *Golder przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70.
6. Wyrok ETPCz z 25.04.1978 r. w sprawie *Tyrer przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5856/72.
7. Wyrok ETPCz z 13.06.1979 r. w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, skarga nr 6833/74.
8. Wyrok ETPCz z 06.11.1980 r. w sprawie *van Oosterwijck przeciwko Belgii*, skarga 7654/76.
9. Wyrok ETPCz z 28.05.1985 r. w sprawie *Abdulaziz, Cabales i Balkanali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 9214/80; 9473/81; 9474/81.
10. Wyrok ETPCz z 17.10.1986 r. w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 9532/8.
11. Wyrok ETPCz z 18.12.1986 r. w sprawie *Johntson i inni przeciwko Irlandii*, skarga nr 9697/82.
12. Wyrok ETPCz z 18.12.1987 r. w sprawie *F. przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 11329/85.
13. Wyrok ETPCz z 27.09.1990 r. w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 10843/84.
14. Wyrok ETPCz z 25.03.1992 r. w sprawie *B. przeciwko Francji*, skarga nr 13343/87.
15. Wyrok ETPCz z 2.11.1995 r. w sprawie *Vélosa Barreto przeciwko Portugalii*, skarga nr 18072/91.
16. Wyrok ETPCz z 30.06.1998 r. w sprawie *Sheffield and Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 31–32/1997/815–816/1018–1019.
17. Wyrok ETPCz z 18.01.2001 r. w sprawie *Chapman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 27238/95.
18. Wyrok ETPCz z 12.06.2001 r. w sprawie *K. and T. p. Finlandii*, skarga 25702/94.
19. Wyrok ETPCz z 26.02.2002 r. w sprawie *Fretté przeciwko Francji*, skarga 36515/97.
20. Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 28957/95.
21. Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94.
22. Wyrok ETPCz z 11.06.2002 r. w sprawie *I. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 25680/94.

23. Wyrok ETPCz z 10.04.2007 r. w sprawie *Evans przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 6339/05.
24. Wyrok ETPCz z 19.10.2007 r. w sprawie *Aresti Charalambous przeciwko Cyprowi*, skarga nr 43151/04.
25. Wyrok ETPCz z 13.12.2007 r. w sprawie *Emonet i inni przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 39051/03.
26. Wyrok ETPCz z 29.04.2008 r. w sprawie *Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13378/05.
27. Wyrok ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *H.M. Schalk i J.F. Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04.
28. Wyrok ETPCz z 14.06.2011 r. w sprawie *Ivanov i Petrova przeciwko Bułgarii*, skarga nr 15001/04.
29. Wyrok ETPCz z 8.02.2012 r. w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, skarga nr 18968/07.
30. Wyrok ETPCz z 15.06.2012 r. w sprawie *Gas i Dubois przeciwko Francji*, skarga nr 25951/07.
31. Wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *I.G., M.K. and R.H. przeciwko Słowacji*, skarga nr 15966/04.
32. Wyrok ETPCz z 29.04.2013 r. w sprawie *V.K. przeciwko Chorwacji*, skarga nr 38380/08.
33. Wyrok ETPCz z 16.07.2014 r. w sprawie *H. przeciwko Finlandii*, skarga nr 37359/09.
34. Wyrok ETPCz z 21.07.2015 r. w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11.
35. Wyrok ETPCz z 14.12.2017 r. *Orlandi i inni przeciwko Włochom*, skargi nr 26431/12, 26742/12, 44057/12 i 60088/12.
36. Wyrok ETPCz z 10.04.2017 r. w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.

ORZECZNICTWO KOMITETU PRAW CZŁOWIEKA

1. Decyzja Komitetu Praw Człowieka z 17.07.2002 r. w sprawie 902/1999 *Joslin przeciwko Nowej Zelandii*.

ORZECZNICTWO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

1. Wyrok TSUE z 17.02.1998 r. w sprawie *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd.*, C-249/96, ECR 1998, s. I-0621, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 27.11.2014].
2. Wyrok TSUE z 31.05.2001 r. w sprawie *D. i Szwecja przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, C-122/99P, C-125/99, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 27.11.2014].
3. Wyrok TSUE z 10.06.2003 r. *K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01, <http://curia.europa.eu>. [dostęp: 27.11.2014].
4. Wyrok TSUE (wielka izba) z 1.04.2008 r. w sprawie *Tadao Maruko przeciwko Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].

5. Wyrok TSUE (wielka izba) z 10.05.2011 r. w sprawie *Jürgen Römer przeciwko Freie und Hansestadt Hamburg*, C-147/08, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].
6. Wyrok TSUE (piąta izba) z 12.12.2013 r. w sprawie *Frédéric Hay przeciwko Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, C-267/12, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2014].
7. Wyrok TSUE (Wielka Izba) z 5.06.2018 r. w sprawie *Coman i inni przeciwko Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 30.10.2018].

ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

1. Wyrok TK z 16.12.1997 r., K 8/97, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 1997, nr 5–6, poz. 70.
2. Wyrok TK z 27.01.1999 r., K 1/98, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 1999, nr 1, poz. 3.
3. Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2000, nr 5, poz. 144.
4. Wyrok TK z 8.05.2001 r., P 15/00, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2001, nr 4, poz. 83.
5. Wyrok TK z 29.04.2003 r., SK 24/02, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2003, nr 4, poz. 33.
6. Wyrok TK z 4.05.2004 r., K 8/03, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2004, nr 5, poz. 37.
7. Wyrok TK z 11.05.2005 r., K 18/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5, poz. 49.
8. Wyrok TK z 18.05.2005 r., K 16/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2005, nr 5, poz. 51.
9. Wyrok TK z 11.04.2006 r., SK 57/04, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2006, nr 4, poz. 43.
10. Wyrok TK z 22.07.2008 r., sygn. K 24/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2008, nr 6, poz. 110.
11. Wyrok TK z 15.07.2010 r., K 63/07, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2010, nr 6, poz. 60.
12. Wyrok TK z 9.11.2010 r., SK 10/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2010, nr 9, poz. 99.
13. Wyrok TK z 12.04.2011 r., SK 62/08, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 3, poz. 22.
14. Wyrok TK z 11.05.2011 r., SK 11/09, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2011, nr 4, poz. 32.
15. Wyrok TK z 25.07.2013 r., P 56/11, „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A. Zbiór Urzędowy” 2013, nr 6, poz. 85.
16. Wyrok TK z 22.11.2016 r., K 13/15, Dz. U. 2016 poz. 2203.

ORZECZNICTWO SĄDU NAJWYŻSZEGO

1. Orzeczenie SN z 28.02.1949 r., C 1097/48, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1949, nr 2–3, poz. 67.
2. Orzeczenie SN z 19.09.1949 r., WaC 103/49, „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950, nr 3, s. 61.
3. Orzeczenie SN z 19.12.1950 r., C 322/50, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1953, nr 1, poz. 7.
4. Orzeczenie SN z 26.03.1952 r., C 813/51, „Nowe Prawo” 1953, nr 5.
5. Orzeczenie SN z 20.11.1952 r., C 600/52, LEX nr 117518.
6. Orzeczenie SN z 7.09.1954 r., C 1255/53, „Nowe Prawo” 1955, nr 7–8.
7. Orzeczenie SN z 14.04.1955 r., II CR 176/54, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej i Izby Karnej” 1956, nr 3, poz. 68.
8. Postanowienie SN z 26.08.1974 r., I CR 608/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, nr 7–8, poz. 141.
9. Postanowienie SN z 11.10.1974 r., II CR 735/74, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1976, nr 7–8, poz. 142.
10. Postanowienie SN z 28.12.1979 r., III CRN 253/79, LEX nr 8210.
11. Postanowienie SN z 17.11.1981 r., I CZ 119/81, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1982, nr 5–6, poz. 83.
12. Postanowienie SN z 22.03.1991 r., III CRN 28/91, Legalis nr 27282.
13. Postanowienie SN z 8.08.2003 r., V CK 6/02, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2004, nr 7–8, poz. 131.
14. Postanowienie SN z 16.03.2007 r., III CSK 380/06, Legalis nr 110453.
15. Postanowienie SN z 9.12.2010 r., IV CSK 224/10, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2011, nr 9, poz. 101.
16. Postanowienie SN z 15.04.2011 r., III CZP 12/11 niepubl., <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2012-11.pdf> [dostęp: 17.10.2018].
17. Postanowienie SN z 3.06.2011 r., III CSK 259/10, Legalis nr 442094.
18. Postanowienie SN z 28.05.2014 r., I CSK 394/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr 4, poz. 51.
19. Postanowienie SN z 22.01.2015 r., III CSK 154/14, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2016, nr B, poz. 29.
20. Uchwała SN z 22.06.1972 r., III CZP 34/72, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1973, nr 4, poz. 52.
21. Uchwała SN z 25.02.1978 r., III CZP 100/77, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1983, nr 10, poz. 217.
22. Uchwała (7) SN z 20.01.1982 r., III CZP 37/82, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1983, poz. 107.

23. Uchwała SN z 22.06.1989 r., III CZP 37/89, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1989, nr 12, poz. 188/
24. Uchwała SN z 8.05.1992 r., III CZP 40/92, Legalis nr 27685.
25. Uchwała SN z 22.09.1995 r., III CZP 118/95, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 1996, nr 1, poz. 7.
26. Uchwała SN z 19.05.1999 r., I KZP 17/99, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Wojskowa” 1999, nr 7-8, poz. 37.
27. Uchwała SN z 28.10.2004 r., III CZP 56/04, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2005, nr 10, poz. 170.
28. Uchwała SN z 20.11.2012 r., III CZP 58/12, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2013, nr 5, poz. 55.
29. Wyrok SN z 8.05.1951 r., C 184/51, „Zbiór Orzeczeń Sądu Najwyższego. Orzeczenia Izby Cywilnej” 1952, nr 1, poz. 21.
30. Wyrok SN z 6.01.1961 r., I CR 147/60, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 1962, nr 1, poz. 30.
31. Wyrok SN z 20.03.1963 r., II CR 1961/79, „Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych” 1964, poz. 123.
32. Wyrok SN z 14.01.1971 r., II CR 601/70, LEX nr 6857.
33. Wyrok SN z 30.06.1971 r., II CR 204/71, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1972, nr 1, poz. 18.
34. Wyrok SN z 13.04.1973 r., II CR 106/73, LEX nr 7246.
35. Wyrok SN z 10.01.1974 r., I CR 794/73, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych” 1975, nr 1, poz. 11.
36. Wyrok SN z 25.08.1982 r., III CRN 182/82, LEX nr 8448.
37. Wyrok SN z 6.05.1997 r., I CKN 86/97, Legalis 188124.
38. Wyrok SN z 26.02.1999 r., I CKN 1019/97, Legalis nr 242849.
39. Wyrok SN z 18.03.1999 r., I CKN 1062/97, Legalis 327961.
40. Wyrok SN z 28.09.2000 r., IV CKN 112/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2001, nr 3, poz. 41.
41. Wyrok SN z 8.12.2000 r., I CKN 1129/99, LEX nr 51635.
42. Wyrok SN z 3.03.2004 r., III CK 346/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 23
43. Wyrok SN z 5.05.2010 r., I PK 201/09, Legalis 287085.
44. Wyrok SN z 13.06.2013 r., III CKN 260/00, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2000, nr 12, poz. 230.
45. Wyrok SN z 6.12.2013 r., I CSK 146/13, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna” 2015, nr B, poz. 19.

ORZECZNICTWO NSA I SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH

1. Wyrok NSA z 25.10.2016 r., II GSK 866/15, Legalis nr 1554169.
2. Wyrok NSA z 28.02.2018 r., II OSK 1112/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5C99CAD466> [dostęp: 18.04.2018].
3. Wyrok WSA w Gdańsku z 6.08.2008 r., III SA/Gd 229/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1B7D33D5BF> [dostęp: 11.10.2018]
4. Wyrok WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r., III SA/Gd 835/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5C99CAD466> [dostęp: 13.09.2018].

ORZECZNICTWO SĄDÓW APELACYJNYCH

1. Wyrok SA w Katowicach z 20.08.2009 r., I ACa 410/09, LEX nr 551997.
2. Wyrok SA w Warszawie – III Wydział Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 13.06.2014 r., III AUa 1237/13, <http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl> [dostęp: 1.08.2018].
3. Wyrok SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 4.11.2015 r., I ACa 574/15, <https://www.saos.org.pl/judgments/181433> [dostęp: 3.10.2018].
4. Wyrok SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z dnia 2.02.2016 r., I ACa 104/15, Legalis 1410190.
5. Wyrok SA w Białymstoku z 14.04.2016 r., III AUa 1219/15, LEX nr 2039691.
6. Wyrok SA w Poznaniu z 9.09.2009 r., I ACa 565/09, Legalis nr 270928.

ORZECZNICTWO SĄDÓW HISZPAŃSKICH

1. Wyrok hiszpańskiego trybunału konstytucyjnego z 6.11.2012, w sprawie zgodności z konstytucją małżeństw osób tej samej płci, STC 198/2012

NETOGRAFIA

1. Bennett J., *Polyamory. The Next Sexual Revolution?*, <http://www.newsweek.com/polyamory-next-sexual-revolution-82053> [dostęp: 1.07.2015].
2. Bielecki M., *Zdrada małżeńska jako naruszenie dóbr osobistych*, <http://www.bieleckiadvokat.pl/artykuly/p-8-zdrada-rozvod> [dostęp: 5.01.2018].
3. Castagnoli C., *Transgender persons' rights in the EU member states*, 2010, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-LIBE_NT\(2010\)425621](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-LIBE_NT(2010)425621) [dostęp: 11.10.2018]
4. Czarnecka J., *Poliamoria – życie w sieci przyjacielsko-miłosno-seksualnej*, <http://stylzycia.newsweek.pl/poliamoria-zycie-w-sieci-przyjacielsko-milosno-seksualnej,artykuly,356991,1.html> [dostęp: 18.06.2015].
5. Deboer F., *It's time to legalize polygamy*, „Politico Magazine” 26.06.2015, <https://www.politico.com/magazine/story/2015/06/gay-marriage-decision-polygamy-119469> [dostęp: 27.03.2019].

6. Domańska A., *Poliamoria – wszystko w rodzinie*, <http://zwierciadlo.pl/2012/seks/erotyka/poliamoria-wszystko-w-rodzinie> [dostęp: 18.06.2015].
7. Dułak K., *Binarność płci w edukacji antydyskryminacyjnej*, <http://docplayer.pl/3396239-Binarnosc-plci-w-edukacji-antydyskryminacyjnej.html> [dostęp: 7.05.2017].
8. *Evolución de la Familia en EUROPA 2014*, Instituto de Política Familiar <https://pl.scribd.com/document/271738784/INFORME-EVOLUCION-FAMILIA-EUROPA-2014-IPFE-pdf> [dostęp: 12.03.2019]
9. Ferenz J.M., *Poligamia po szwedzku*, „Rzeczpospolita” 13.07.2015, <https://www.rp.pl/Publicystyka/307129890-Poligamia-po-szwedzku.html> [dostęp: 26.03.2019].
10. Gąsior M., *Poligamia w Polsce? To kwestia kilku lat. Już teraz istnieje przynajmniej kilkanaście tysięcy trzyosobowych małżeństw*, <http://natemat.pl/29319,poligamia-w-polsce-to-kwestia-kilku-lat-juz-teraz-istnieje-przynajmniej-kilkanascie-ty-siecy-trzyosobowych-malzenstw> [dostęp: 6.07. 2015].
11. George T., *Same-self marriage*, <http://www.firstthings.com/web-exclusives/2014/11/same-self-marriage> [dostęp: 5.07.2015].
12. *Homophobia, Transphobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity. Comparative Legal Analysis*, 2010, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/homophobia-transphobia-and-discrimination-grounds-sexual-orientation-and-gender> [dostęp: 10.05.2017].
13. Muiżnieksa N., *A boy or a girl or a person – intersex people lack recognition in Europe*, <http://www.coe.int/hu/web/commissioner/-/a-boy-or-a-girl-or-a-person-intersex-people-lack-recognition-in-euro-1> [dostęp: 10.08.2015].
14. *Muzułmanie biorą zasiłki na wszystkie swoje żony. A poligamia jest zabroniona w UK*, <http://www.polishexpress.co.uk/muzułmanie-pobieraja-zasilki-na-swoje-zony-mimo-ze-poligamia-jest-zabroniona-w-uk/> [dostęp: 14.03.2018].
15. Paduch B., *Pieniężne zadośćuczynienie za małżeńską krzywdę*, „Rzeczpospolita” 20.08.2014, <https://www.rp.pl/artyku/1134128-Pieniezne-zadosuczynienie-za-malzenska-krzywde.html> [dostęp: 26.03.2019].
16. Pasek K., *Poliamoria. Wyzwolenie czy zniewolenie dla kobiet?*, <http://www.psychologia-spoleczna.pl/aktualnosci/1414-poliamoria.html> [dostęp: 21.06.2015].
17. *Poligamiści, łączcie się!* <http://swiat.newsweek.pl/poligamisci-laczcie-sie-,14680,1,1.html> [dostęp: 1.07.2015].
18. *Prof. Hartman chce dyskusji o związkach kazirodczych. „Bo co to by było, gdyby tak bracia z siostrami, matki z synami?”*, http://wyborcza.pl/1,76842,16721990,Prof_Hartman_chce_dyskusji_o_zwiazkach_kazirodczych_.html [dostęp: 17.10.2018].
19. *Szwecja zabrania, a jednak jest wielożeństwo*, „Rzeczpospolita” 11.11.2017, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/311119989-Szwecja-zabrania-a-jednak-jest-wielozenstwo.html> [dostęp: 14.03.2018].
20. Szydło A., *Zalegalizowany trójkąt to koniec hipokryzji?* http://wyborcza.pl/1,75477,12394689,Zalegalizowany_trojkat_to_koniec_hipokryzji___OPINIE_.html#ixzz-3f6xn7Gpk [dostęp: 6.07.2015].

21. *The fundamental rights situation of intersex people*, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people> [dostęp: 7.08.2015].
22. Winczorek P., *Małżeństwo poza sporem*, „Rzeczpospolita” 17.07.2011, <https://www.archiwum.rp.pl/artykul/1064522-Malzenstwo-pozu-sporam.html> [dostęp 7.07.2016].
23. Wypowiedź Wiceprzewodniczącego Komisji Europejskiej Fransa Timmermansa z lipca 2015 r., <http://www.ordoiuris.pl/wiceprzewodniczaczy-komisji-europejskiej-chcezyby-wszystkie-panstwa-czlonkowskie-wprowadzily-malzenstwa-jednoplciowe,3637,i.html> [dostęp: 30.07.2015].
24. *Zadośćuczynienie za krzywdy doznane w małżeństwie*, <http://www.kww.pl/zadosuczynienie-za-krzywdy-doznane-w-malzenstwie,d132.html> [dostęp: 5.01.2018].
25. *Zdrada w czasach Internetu*, „Rzeczpospolita” 13.12.2008, <http://www.rp.pl/artykul/931681-Zdrada-w-czasach-Internetu.html> [dostęp: 28.12.2017].
26. <http://www.bieleckiadvokat.pl/artykuly/p-8-zdrada-rozwod> [dostęp: 5.07.2018].
27. <http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2149364/Single-mother-reveals-married-HERSELF-goes-date-nights-alone.html> [dostęp: 5.07.2015].
28. <http://www.hrwf.net> [dostęp: 16.06.2015].
29. <http://www.icd10.pl/> [dostęp 13.02.2018].
30. <http://www.isna.org/faq/frequency> [dostęp: 25.07.2015].
31. http://www.isna.org/faq/what_is_intersex [dostęp:10.08.2015].
32. <http://www.isna.org/node/972> [dostęp:10.08.2015].
33. <http://www.news.com.au/lifestyle/relationships/grace-gelder-single-for-six-years-marries-herself-in-devon-england/story-fnet09y4-1227081389637> [dostęp: 5.07.2015].
34. <http://www.newsweek.pl/styl-zycia/styl/aseksualni-w-polsce-czy-niechec-doseksujest-naturalna-,89036,1,1.html> [dostęp: 2.10.2018].
35. <http://www.rp.pl/Spoleczenstwo/306149910-Kolumbia-Pierwsze-poliamoryczne-malzenstwo-gejow.html#ap-1> [dostęp: 16.07.2017].
36. <http://www.tvn24.pl/ciekawostki-michalki,5/tajwanski-samoslub,150155.html> [dostęp: 5.07.2015].
37. <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/malzenstwo-trzech-osob-w-brazylii-mozliwe,273522.html> [dostęp: 6.07.2015].
38. <http://www.wprost.pl/ar/393084/Dzis-malzenstwa-homoseksualne-jutro-grupowe/> [dostęp: 18.06.2015].
39. <http://www.zdrowie.dziennik.pl/aktualnosci/artykuly/401620,aseksualizm-czwarta-orientacja-seksualna.html> [dostęp: 7.09.2018].
40. <https://www.asexuality.org/> [dostęp: 2.10.2018].
41. https://www.e-justice.europa.eu/content_divorce-45-ee-pl.do?member=1#toc_8, [dostęp: 25.05.2018].
42. <https://www.pl.wikipedia.org/wiki/Aseksualizm> [dostęp: 2.10.2018].
43. <https://www.portal.abczdrowie.pl/aseksualnosc> [dostęp: 7.09.2018].

VARIA

1. *(A)sexual*, Davida Jay'a (reż.) [film dokumentalny], <https://www.asexuality.org/> [dostęp: 2.10.2018]
2. Adamski F., *Utopijne teorie a wymogi natury, wystąpienie na Sympozjum wobec zagrożeń– znaczenie więzi w rodzinie, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Warszawa 22–23.10.2011*, <http://www.stowarzyszeniefidesetratio.pl/sympozjum2011a.html> [dostęp: 4.10.2018].
3. *Appréciation, au regard des droits fondamentaux, portant sur la prise en compte des formes d'unions entre partenaires non mariés ainsi que des mariages entre personnes de même sexe dans la proposition modifiée de directive du Parlement et du Conseil relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres*, z 10.04.2003 r., <http://eucatcons.uab.cat/images/experts/COUPLES%20NON%20MARIES%20ET%20MARIAGE%20HOMOSEXUEL%20%282%29.pdf> [dostęp: 22.10.2018].
4. *Avis sur la possibilité de la reconnaissance, par chaque Etat member du mariage homosexuel ouvert aux Pays-Bas et en Belgique et le role de l'exception d'ordre public international du droit international privé de chaque Etat member*, z 30.06.2003 r., http://edz.bib.uni-mannheim.de/daten/edz-k/gdj/03/cfr_cdf_avis2_2003_fr.pdf [dostęp: 22.10.2018].
5. Baskerville S., *Conservative misconceptions about marriage – and why it matters*, referat wygłoszony na Międzynarodowej Konferencji – *Tożsamość małżeństwa i jej jurydyczna ekspresja* 29–30 września 2016 roku na Uniwersytecie Warszawskim.
6. „Biuletyn Kancelarii Sejmu” nr 5404/VI kad. 27.07.2011 r.
7. „Biuletyn. Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego” 1995, nr 17.
8. Federico V., *Europe facing polygamy Italy, France and UK accept the challenge of immigration*, <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws6/w6-federico.pdf>. [dostęp: 16.06.2015].
9. General Comment No. 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses (art. 23):27/07/90.CCPR General Comment No. 19. (General Comments).
10. *Human rights and intersex people*, <https://rm.coe.int/16806da5d4> [dostęp: 17.10.2018].
11. Komunikat z badań Centrum Badania Opinii Społecznej z marca 2013 r. *Rodzina – jej współczesne znaczenie i rozumienie*, http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_033_13.PDF [dostęp: 14.05.2015].
12. Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób przygotowaną przez Światową Organizację Zdrowia, <http://icd10.pl/> [dostęp: 13.02.2018].
13. *Nie ma jak rodzina. Komunikat z badań, 2008 r. BS 40/2008*, Warszawa 2008, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2008/K_040_08.PDF [dostęp: 13.02.2019].
14. *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich” oraz „przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich”* z 10.05.2012 r., BSA I–021–123–124/12, Druk Sejmowy VII kadencji, nr 552.

15. *Opinia o poselskich projektach ustaw „o związkach partnerskich” oraz „przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich” (wersja projektów z 22.05.2012 r.) z dnia 5.07.2012 r.*, BSA I-021-227-228/12, załącznik do Druku Sejmowego VII kadencji nr 554.
16. *Opinia o poselskim projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego” z 4.08.2011 r.*, BSA I-021-135/11, załącznik do Druku Sejmowego VI kadencji, nr 4418.
17. *Opinia o projekcie ustawy „o umowie związku partnerskiego”, przedstawionym przez klub parlamentarny „Platforma Obywatelska” z 17.10.2012 r.*, BSA-021-345/12, załącznik do Druku Sejmowego VII kadencji, nr 825.
18. *Opinia Prokuratorii Generalnej SP z dnia 28.03.2013 r. do projektu ustawy o uzgodnieniu płci*, <http://sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [dostęp: 1.06.2017].
19. Poselski projekt ustawy o uzgodnieniu płci z 2013 r., Druk Sejmowy 1469, <http://sejm.gov.pl/sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=1469> [dostęp: 26.04.2017].
20. Puppinck G., de La Houge C., Popescu A., *Third party observations submitted to the European Court of Human Rights in the case of Orlandi & others v. Italy and Oliari & A. v. Italy and Falicetti & others v. Italy*, <http://media.acjl.org/eclj/Oliari-Orlandi-v-Italy-ECHR-ECLJ-WO-English.pdf> [dostęp: 19.03.2019].
21. Puppinck G., de La Hougue C., Popescu A., *Written observation submitted to the European Court of Human Rights Fourth section on the application No 35810/09 of Joanne Cassar vs. Malta, 2012*, <http://media.acjl.org/eclj/echr-cassar-v-malta-eclj-observations-en.pdf> [dostęp: 18.03.2019].
22. Rauch J., *No, polygamy isn't the next gay marriage*, „Politico Magazine” 30.06.2015, <https://www.politico.com/magazine/story/2015/06/polygamy-not-next-gay-marriage-119614> [dostęp: 26.03.2019].
23. *Rozwód? Przemysł to. Rozwody w Polsce i na świecie. Raport Fundacji Mamy i Taty*, <http://www.rozwodprzemyslto.pl/wp-content/uploads/2011/12/Raport.pdf> [dostęp: 6.03.2018].
24. Stanowisko Komisarza Praw Człowieka Rady Europy Human Rights and Gender Identity z 29.07.2009 r. nr CommDH/IssuePaper (2009)2, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=&BackColorInternet=B9BDEE&BackColorIntranet=FFCD4F&BackColorLogged=FFC679#P277_71330 [dostęp: 28.08.2012].
25. Uzasadnienie do projektu ustawy o ratyfikacji Protokołu nr 15 zmieniającego Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzoną w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.
26. Uzasadnienie do projektu ustawy o umowie związku partnerskiego, Druk Sejmowy nr 4418 (VI Kadencja).
27. Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, Druk Sejmowy 2620 VII kadencja.
28. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy o zawodzie lekarza

- i lekarza dentystry oraz niektórych innych ustaw z 2014 r., <http://www.legislacja.gov.pl/projekt/207482/katalog/207488#207488> [dostęp: 31.05.2017].
29. Uzasadnienie do ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, sejm.gov.pl [dostęp: 16.02.2018].
 30. Uzasadnienie do weta Prezydenta z 2.10.2015 r., Druk Sejmowy nr 3978 VII Kadencja, <http://sejm.gov.pl> [dostęp: 26.04.2017].
 31. Wintemute R., *Application No. 40183/07, Chapin and Charpentier v. France European Court of Human Rights, Fifth Section, Written comments of FIDH, ICJ, AIRE CENTRE & ILGA-Europe, Submitted on 27 October 2009*, https://fidh.org/IMG/pdf/chaplin_charpentier_v_france_fidh_writtencomments_oct2009.pdf [dostęp: 18.05.2018].
 32. Wyrzykowski M., *Opinia Komitetu Nauk Prawnych PAN do projektu ustawy o związkach partnerskich z 2012 r.*, Druk Sejmowy VII kadencji nr 554.
 33. *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].
 34. Zdania odrębne sędziów Pinto de Albuquerque i Andrés Sajó do wyroku w sprawie *Babiarz przeciwko Polsce*, skarga nr 1955/10.
 35. Zdanie odrębne sędziego E. Myjera do wyroku ETPCz z 8.12.2009 r. w sprawie *Muñoz Díaz przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 49151/07.
 36. *Związki partnerskie, marzec 2013* [Badanie TNS], http://www.tnsglobal.pl/wp-content/blogs.dir/9/files/2014/03/K.021_Zwiazki-partnerskie-PAP_O03a-13.pdf [dostęp: 27.03.2019].

Małgorzata Łączkowska-Porawska – doktor nauk prawnych, adiunkt w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk. Specjalistka prawa rodzinnego i spadkowego. Prowadzi badania naukowe w zakresie małżeńskich stosunków majątkowych, problemów bioetycznych w kontekście prawa filiacyjnego, kwestii fundamentalnych, takich jak istotne cechy małżeństwa, a także dziedziczenia ustawowego i jego związków z relacjami rodzinnymi.

„Monografia będzie z pewnością przydatna nie tylko dla osób zajmujących się od strony teoretycznej problemami prawa rodzinnego, ale można również polecić jej lekturę osobom interesującym się poruszonymi w niej zagadnieniami w praktyce zawodowej. Dogłębność analizy występujących problemów, proponowane ich rozwiązywanie sprawia, że opracowanie będzie stanowić pomoc dla „praktyków” borykających się w swojej pracy zawodowej z poruszonymi w monografii kwestiami. Monografia ta powinna wręcz stać się «lekturą obowiązkową» nie tylko dla pracowników naukowych, ale i dla sędziów, adwokatów, czy kierowników u.s.c.”

dr hab. Janusz Gajda prof. UJK

„Książka stanowi znaczący wkład do prawniczej debaty naukowej na temat roli małżeństwa i rodziny. Czytelnik może główną myśl książki przyjąć lub odrzucić, ale nie ma możliwości uczynienia zarzutu, że Autorka nie dopowiada swoich myśli, że czyni intelektualne uniki, czy też uchyla się od jasnego wyrażania poglądów”.

dr hab. Marek Andrzejewski prof. US, prof. INP PAN

