

**ADAM JAKUSZEWICZ**

## **Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz prawa małżonków w świetle Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych**

### **Wprowadzenie**

Artykuł 23 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: Pakt) nawiązuje do instytucjonalnej koncepcji praw człowieka. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest bowiem nie tylko wolność jednostki, konkretyzująca się w prawie do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, lecz także małżeństwo i rodzina jako instytucje prawne i społeczne. W świetle tego przepisu podstawowym obowiązkiem państw-stron Paktu jest więc stworzenie odpowiednich regulacji prawnych dotyczących małżeństwa i rodziny jako instytucji prawa prywatnego oraz zapewnienie tym instytucjom prawnej ochrony przed naruszeniami zarówno ze strony organów państwowych, jak i osób prywatnych. Artykuł 23 Paktu pozostawia ustawodawcy krajowemu stosunkowo szeroką swobodę przy kształtowaniu treści aktów prawnych dotyczących małżeństwa i rodziny zgodnie z tradycją i kulturą danego społeczeństwa, z drugiej jednak strony wszelkie środki w tym zakresie podejmowane przez władze krajowe nie mogą naruszać praw jednostki gwarantowanych w Pakcie. Oprócz tego istotny wpływ na kształt normatywny małżeństwa i rodziny w ustawodawstwie poszczególnych państw mają zachodzące w wielu krajach świata przemiany społeczno-obyczajowe, determinujące postrzeganie funkcji tych instytucji. Mianowicie małżeństwo coraz częściej postrzegane jest przede wszystkim jako formalna więź prawna łącząca małżonków, czyli niejako w oderwaniu od jego „tradycyjnych” funkcji, zwłaszcza funkcji prokreacyjnej. Wspomniane zmiany postrzegania funkcji małżeństwa znajdują wyraz w konkretnych decyzjach ustawodawców poszczególnych państw. Chodzi tu zwłaszcza o coraz powszechniejsze uznawanie małżeństw osób tej samej płci oraz o zbliżanie statusu prawnego związków partnerskich (hetero- i homoseksualnych) do statusu prawnego małżeństwa. Wreszcie na kształt normatywny instytucji małżeństwa wpływają podstawowe zasady moralne i prawne stanowiące aksjologiczny substrat praw człowieka. Przede wszystkim należy tu wymienić zasadę

godności i autonomii jednostki oraz zasadę równości i zakaz dyskryminacji. Wskazane tendencje występujące w poszczególnych państwach oddziałują z kolei na rozumienie i wykładnię gwarancji prawno-międzynarodowych dotyczących małżeństwa i rodziny, w tym art. 23 Paktu. Niniejsze opracowanie ma na celu ukazanie kierunków interpretacyjnych prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz zasady równych praw małżonków w orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka (dalej: Komitet) z uwzględnieniem poglądów i postulatów sformułowanych w doktrynie prawniczej, odzwierciedlających przemiany w postrzeganiu roli małżeństwa i rodziny we współczesnych społeczeństwach.

### Przesłanki wyłączające możliwość zawarcia małżeństwa

Artykuł 23 ust. 2 Paktu gwarantuje „prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa”. W odróżnieniu od art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: Konwencja), który gwarantuje prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny „zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”, art. 23 ust. 2 Paktu oprócz wskazania, że nupturieneci powinni osiągnąć wiek małżeński, nie reguluje problematyki przesłanek wyłączających lub ograniczających prawa do zawarcia małżeństwa, czyli kwestii tak zwanych przeszkód małżeńskich. Na pierwszy rzut oka mogłoby się więc wydawać, że na gruncie omawianego przepisu ustanawianie przez prawodawcę krajowego innych przesłanek wyłączających lub ograniczających prawo do zawarcia małżeństwa, oprócz przesłanki wieku, jest niedozwolone. Biorąc jednak pod uwagę historyczny kontekst tworzenia Paktu oraz wykładnię celowościową omawianego przepisu, trudno byłoby przyjąć, że państwa-strony zamierzały uchylić istniejące przepisy krajowe regulujące problematykę przeszkód małżeńskich<sup>1</sup>. Należy więc przyjąć, że prawo do zawarcia małżeństwa regulowane w Pakcie nie ma absolutnego charakteru<sup>2</sup>, aczkolwiek ze względu na jego fundamentalny charakter ustanawianie przez ustawodawcę krajowego przesłanek wyłączających lub ograniczających prawo do zawarcia małżeństwa może mieć miejsce jedynie wówczas, gdy jest to uzasadnione koniecznością osiągnięcia prawowitych celów. W konsekwencji państwa-strony powinny powstrzymać się od nakładania w tej sferze nadmiernych ograniczeń, zaś wprowadzane ograniczenia powinny być formułowane i interpretowane możliwie wąsko<sup>3</sup>. Komitet Praw Człowieka

<sup>1</sup> M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl 2005, s. 514 i nast., s. 529.

<sup>2</sup> S.N. Carlson, G. Gisvold, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Ardsley 2003, s. 139.

<sup>3</sup> R. Burchill, *Rights of the Family and Children*, [w:] A. Conte, S. Davidson, R. Burchil, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Aldershot 2004, s. 214; S.N. Carlson, G. Gisvold, *op.cit.*, s. 140.

zastrzega sobie prawo kontroli decyzji ustawodawcy w omawianym zakresie, wezwał bowiem państwa-strony, aby w swych sprawozdaniach zamieszczały informacje dotyczące krajowych przepisów regulujących ograniczenia lub przeszkody prawne do zawarcia małżeństwa<sup>4</sup>.

Stosując wskazaną dyrektywę interpretacyjną niektórzy autorzy uważają, że w świetle art. 23 ust. 2 Paktu nie znajduje uzasadnienia wprowadzenie zakazu zawierania małżeństw (lub ustanawianie przesłanek jego nieważności) z powodów takich jak: stosunek przysposobienia, zdrada małżeńska, impotencja, niektóre choroby a także nakładanie na zainteresowanych przeszkód faktycznych, jak na przykład uniemożliwianie przez władze krajowe zawarcia związku małżeńskiego przez osoby pozbawione wolności<sup>5</sup>. Ponadto za dyskryminujący i w konsekwencji niezgodny z art. 23 ust. 2 oraz art. 2 ust. 1 Paktu należałoby uznać ewentualny zakaz zawierania małżeństw pomiędzy osobami różnych ras oraz wyznających różne religie<sup>6</sup>.

Biorąc pod uwagę dyrektywę możliwie najszerzej ochrony autonomii jednostki wynikającej z uznania godności człowieka za źródło oraz podstawę uzasadnienia jego praw, pogląd, iż kwestie przeszkód małżeńskich powinny zostać uregulowane w sposób możliwie najmniej restrykcyjny, należy uznać za zasadniczo słuszny. Przyjęcie tego założenia nie rozwiewa jednak wszystkich wątpliwości dotyczących zarówno zgodności niektórych przeszkód małżeńskich z art. 23 ust. 2 Paktu jak i dopuszczalnego zakresu niektórych ograniczeń uznanych za zgodne z tym przepisem. Na przykład bezsporne jest, że państwa-strony mogą ustanawiać zakazy zawierania związków małżeńskich pomiędzy krewnymi, art. 23 ust. 2 nie dostarcza jednak żadnych wskazówek odnośnie zakresu tego zakazu. W szczególności przepis ten udziela odpowiedzi w kwestii, czy państwa-strony są uprawnione do wprowadzenia zakazu zawierania małżeństw między dalszymi krewnymi. Liberalne rozwiązanie prawne w omawianej materii wprowadził ustawodawca polski, zgodnie bowiem z art. 14 § 1 KRO nie mogą zawrzeć małżeństwa krewni w linii prostej oraz rodzeństwo rodzone i przyrodnie. Wyłączenie wskazanego kręgu krewnych jest więc „ograniczeniem swobody zawierania małżeństw zawężonym do nieprzekraczalnego minimum. W wielu innych państwach oraz w prawie kanonicznym zakres tego ograniczenia jest szerszy”<sup>7</sup>. Warto chociażby przytoczyć pogląd wyrażony w odniesieniu do prawa angielskiego, zgodnie z którym z perspektywy konieczności zapewnienia możliwie szerokiego zakresu ochrony praw człowieka, można by zakwestionować istniejący we wskazanym systemie prawnym zakaz zawierania małżeństw między dalszymi krewnymi, np.

<sup>4</sup> Komentarz Ogólny nr 23, pkt. 4; aprobująco: S. Joseph, M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, Oxford 2013, s. 680.

<sup>5</sup> M. Nowak, op.cit., s. 529 i.n.

<sup>6</sup> S.N. Carlson, G. Gisvold, op.cit., s. 140.

<sup>7</sup> T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012, wyd. 6, s. 50.

między wujkiem a siostrzenicą, czy ciotką i bratankiem, zwłaszcza że w niektórych społecznościach imigrantów zawieranie takich małżeństw jest zwyczajowo przyjęte<sup>8</sup>.

Wskazane ograniczenia prawa do zawarcia małżeństwa między krewnymi, jak chociażby zakaz zawierania małżeństw pomiędzy bliskimi kuzynami, trudno jednak uznać za niezgodne z art. 23 ust. 2. Nie wydaje się bowiem, że komentowany przepis powinien być interpretowany w sposób pozbawiający ochrony wartości społecznych i kulturowych istotnych z punktu widzenia prawodawcy krajowego, które wpływają na kształtowanie się krajowego prawa małżeńskiego, o ile ograniczenia tego rodzaju nie stanowią naruszenia istoty prawa do zawarcia małżeństwa oraz pozostałych praw człowieka gwarantowanych w Pakcie. Przykładem regulacji mającej na celu ochronę wskazanych wartości na gruncie prawa polskiego jest art. 14 KRO, zgodnie z którym nie mogą zawrzeć ze sobą związku małżeńskiego powinowaci w linii prostej, jak np. zięć z teściową, czy ojczym z pasierbicą. Za zakazem tym przemawiają względy natury obyczajowej. Obyczaje zaś „wydają się doniosłym dobrem społecznym oraz pożądanym czynnikiem ładu, co należy podkreślić w czasach nazbyt częstego mylenia przez wiele osób ról rodziców, ojczymów czy wychowawców z rolą partnerów seksualnych.”<sup>9</sup> Zważywszy, że w prawie polskim wymieniona przeszkoda nie ma charakteru absolutnego, sąd bowiem może z ważnych powodów zezwolić na zawarcie związku małżeńskiego między powinowatymi w linii prostej, trudno uznać, art. 14 KRO za niezgodny z art. 23 ust. 2 Paktu.

Podobnie należy rozstrzygnąć kwestię dopuszczalności przeszkody przysposobienia. Chociaż w przypadku uznania małżeństw osób pozostających w stosunku przysposobienia nie występuje niebezpieczeństwo dla zdrowia przyszłego potomstwa, co miałyby miejsce w przypadku małżeństw osób blisko ze sobą spokrewnionych, zakaz zawierania związku małżeńskiego pomiędzy przysposabiającym i przysposobionym należy uznać za uzasadniony względami ochrony moralności<sup>10</sup>.

Zdaniem M. Nowaka do przeszkód małżeńskich dopuszczalnych w świetle art. 23 ust. 2 Paktu należy zaliczyć wyłącznie ograniczenia powszechnie uznawane w prawodawstwie państw-stron. Należą do nich przeszkody oparte na przesłankach pokrewieństwa, powinowactwa oraz choroby psychicznej. Cytowany autor częściowo jednak odstępuje od przyjętego kryterium, do katalogu przeszkód małżeńskich dopuszczalnych na gruncie art. 23 ust. 2 włącza bowiem także zakaz bigamii, mimo że małżeństwa poligamiczne w wielu państwach są nadal dozwolone.

<sup>8</sup> S. Ghandi, *Family and Child Rights*, [w:] D. Harris, S. Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Oxford 1995, s. 513.

<sup>9</sup> M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2011, s. 52.

<sup>10</sup> S. Ghandi, op.cit., s. 512.

lone<sup>11</sup>. Przykładem przeszkody małżeńskiej niespełniającej przesłanki powszechnego występowania w systemach krajowych państw-stron Paktu jest natomiast inspirowany przez prawo kanoniczne brak możliwości rozwiązania małżeństwa przez rozwód. W czasach przygotowywania Paktu zakaz ten utrzymywał się jedynie w nielicznych porządkach prawnych nacechowanych silnymi wpływami doktryny Kościoła katolickiego. Zdaniem M. Nowaka przy ocenie zgodności absolutnego zakazu rozwodów w systemie prawnym danego państwa należy wziąć pod uwagę, czy system ten przewiduje także zakaz bigamii. W takim wypadku zakaz rozwodów staje się bowiem przeszkodą małżeńską o charakterze kwalifikowanym. Z kolei hipotetyczny zakaz rozwodów w systemie prawnym dopuszczającym zawarcie małżeństw poligamicznych stanowiłby, przynajmniej w odniesieniu do mężczyzn, mniej restrykcyjne ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa<sup>12</sup>. Biorąc jednak pod uwagę, iż system prawny dopuszczający poligamię *ipso facto* sankcjonuje nierówne traktowanie kobiet w zakresie warunków zawarcia małżeństwa, brak zakazu bigamii trudno uznać za przesłankę przesądzającą o niezgodności zakazu rozwodów z art. 23 ust. 2 Paktu. Rozstrzygając tę kwestię, należy raczej przychylić się do poglądu, zgodnie z którym absolutny zakaz rozwodów w sytuacji, gdy małżonkowie zgodni co do tego, iż ich małżeństwo uległo rozkładowi, są zmuszeni przez państwo do funkcjonowania w nowych związkach bez możliwości pełnego ich zalegalizowania, stanowi naruszenie zarówno prawa do prywatności gwarantowanego w art. 17, jak i prawa do zawarcia małżeństwa proklamowanego w art. 23 ust. 2 Paktu<sup>13</sup>.

Rozbieżne poglądy w nauce prawa reprezentowane są także w kwestii zgodności z art. 23 ust. 2 Paktu małżeństw poligamicznych. Zdaniem niektórych autorów w odróżnieniu od art. 12 Konwencji pojęcie małżeństwa i rodziny, leżące u podstaw regulacji art. 23 ust. 2 Paktu nie ogranicza się do małżeństwa monogamicznego oraz rodziny nuklearnej, typowej dla kultury europejskiej, lecz obejmuje swoim zakresem także szerszy model rodziny, występujący w kulturach pozaeuropejskich, oparty na więzach pomiędzy dalszymi krewnymi, w tym także i na małżeństwie poligamicznym<sup>14</sup>. Z kolei zdaniem F. Volio „państwo może (a więc nie ma takiego obowiązku – A.J.) zakazać małżeństw poligamicznych, ponieważ takie małżeństwa mogą być uważane za niezgodne z zasadą równości gwarantowaną kobietom w ust. 2 art. 23”<sup>15</sup>. Jednoznaczny sprzeciw w kwestii uznania małżeństw poligamicznych wyraził natomiast Komitet Praw Człowieka w Komentarzu Ogólnym nr 28 o równości praw mężczyzn i kobiet, stwierdzając, że

<sup>11</sup> M. Nowak, op. cit. s. 529.

<sup>12</sup> Ibidem, s. 530 wraz z przypisem 86.

<sup>13</sup> Ibidem, s. 531.

<sup>14</sup> Ibidem, s. 534; aprobująco: Ch. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Munchen 2014, s. 322.

<sup>15</sup> F. Volio, *Legal Personality, Privacy and the Family*, [w:] *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, red. L. Henkin, New York 1981, s. 202.

„równe traktowanie w zakresie prawa do zawarcia małżeństwa implikuje, że poligamia jest niezgodna z tą zasadą. Poligamia narusza godność kobiety, stanowi więc niedopuszczalną dyskryminację kobiet. W konsekwencji powinna być ostatecznie zniesiona, wszędzie tam, gdzie zjawisko to nadal się utrzymuje”<sup>16</sup>. Stanowisko Komitetu zasługuje na całkowitą aprobatę, wszak należy przyjąć, że „[t]ylko monogamia zapewnia należyte warunki rozwoju osobowości ludzkiej oraz właściwe warunki wychowania dzieci.”<sup>17</sup>

Ponadto należy zauważyć, że przepisy krajowe regulujące kwestie związane z zawarciem małżeństwa nie mogą stać na przeszkodzie w wykonywaniu przez jednostkę innych praw gwarantowanych w Pakcie. W szczególności w celu zabezpieczenia wolności sumienia i wyznania przepisy krajowe powinny zagwarantować zawieranie małżeństw zarówno w formie religijnej jak i świeckiej. Jednakże prawo krajowe nakładające na osoby, które zawarły związek małżeński zgodnie z obrządkiem danej religii, obowiązek zawarcia małżeństwa także w formie cywilnej, czy też obowiązek potwierdzenia lub zarejestrowania związku małżeńskiego o charakterze wyznaniowym, nie mogą być postrzegane jako naruszające postanowienia Paktu<sup>18</sup>. Jak zauważa K. Sękowska-Kozłowska, rejestracja małżeństw zawartych w formie religijnej lub zwyczajowej może wręcz być niezbędna w celu zabezpieczenia praw małżonków oraz ich dzieci. Na poparcie tej tezy autorka przytacza stanowisko Komitetu zawarte w uwagach końcowych do sprawozdania Namibii, w których Komitet wyraził zaniepokojenie dużą liczbą małżeństw zawieranych według lokalnych zwyczajów, które następnie nie są rejestrowane przez władze państwowe. Sytuacja taka skutkuje pozbawieniem żony i dzieci szeregu praw, w szczególności w zakresie dziedziczenia oraz własności gruntów<sup>19</sup>.

## Kwestia uznania małżeństw homoseksualnych

Jednym z najbardziej istotnych, a zarazem kontrowersyjnych zagadnień na tle prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny jest kwestia przyznania tego uprawnienia parom homoseksualnym. „Wydaje się oczywiste, że twórcy Paktu nie przewidywali, aby małżeństwa gejów i lesbijek mieściły się w zakresie pojęć występujących w art. 23 ust. 2, w którym mowa jest o prawie mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. (...) Podobnie twórcy Paktu nie dostrzegali problemów dotyczących osób transseksual-

<sup>16</sup> Komentarz Ogólny nr 28/68, para. 24.

<sup>17</sup> J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2012, wyd. 4, s. 103.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> K. Sękowska-Kozłowska, *Ochrona małżeństwa i rodziny*, [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012, s. 582.

nych. Biorąc jednak pod uwagę stosunki społeczne panujące w latach 1953-1963, trudno się temu dziwić<sup>20</sup>.

Komitet Praw Człowieka miał okazję wypowiedzieć się w tej kwestii przy rozpatrywaniu sprawy *Joslin i inni p. Nowej Zelandii*. Skarżącymi w tej sprawie były dwie pary lesbijek, które prowadziły życie rodzinne, ustanowiły wspólną majątkową oraz wzięły na siebie odpowiedzialność za wychowanie dzieci pochodzących z ich poprzednich małżeństw. Skarżące zakwestionowały przepisy krajowe, zgodnie z którymi prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje wyłącznie parom heteroseksualnym, twierdząc, że brak możliwości zawarcia przez nie związku małżeńskiego stanowi akt dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Skarżące podkreślały, że spełniają wszystkie kryteria brane pod uwagę przy kwalifikowaniu pary heteroseksualnej jako rodzina, z tego względu władze krajowe odmawiając prawnego uznania ich związku dopuściły się wobec nich naruszenia zarówno art. 17 (prawo do poszanowania życia rodzinnego) jak i art. 23 ust. 2<sup>21</sup>. Ponadto skarżące argumentowały, że ze wskazanych przepisów należy wywodzić pozytywny obowiązek państwa zapewnienia ochrony życia rodzinnego oraz uznania ich seksualnej tożsamości. Brak możliwości zawierania małżeństw homoseksualnych stanowi arbitralne i dyskryminujące naruszenie ich prawa do ochrony życia rodzinnego, nie dające się uzasadnić w inny sposób, jak tylko poprzez odwołanie do społecznych uprzedzeń. Artykuł 23 ust. 2 Paktu należy zaś interpretować w świetle art. 2 ust. 1, który stanowi, że prawa gwarantowane w Pakcie przysługują wszystkim osobom bez żadnej różnicy. Z tego względu zdaniem skarżących sformułowanie zawarte art. 23 ust. 2, że prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny przysługuje mężczyznom i kobietom w wieku małżeńskim, nie powinno być interpretowane w ten sposób, że mężczyzna może poślubić wyłącznie kobietę, lecz raczej że zarówno mężczyznom jak i kobietom przysługuje ogólne prawo do zawarcia małżeństwa, przy czym płeć drugiego małżonka nie jest istotna.

Rozpoznając omawianą skargę, Komitet wyraził pogląd, że skoro Pakt zawiera przepis szczególny regulujący prawo do zawarcia małżeństwa, skarga dotycząca kwestii uznania małżeństw homoseksualnych powinna być badana wyłącznie pod kątem naruszenia tego przepisu. Zdaniem Komitetu „artykuł 23 ust. 2 Paktu jest jedynym materialnym przepisem Paktu, który definiuje prawo, używając sformułowania »mężczyźni i kobiety« nie zaś sformułowania »każda istota ludzka«, »każdy«, czy »każda osoba«. Użycie sformułowania »mężczyźni i kobiety« zamiast ogólnych pojęć używanych w jakimkolwiek innym miejscu w III części Paktu jest konsekwentnie i powszechnie rozumiane jako wskazanie, że obowiązkiem państwa-strony wynikającym z art. 23 ust. 2 Paktu jest uznanie

<sup>20</sup> S. Ghandi, op.cit., s. 507. Zob. także: M. Nowak, op. cit. s. 525.

<sup>21</sup> 902/1999 para. od 2.1 do 3.8.

za małżeństwo wyłącznie związku mężczyzny i kobiety pragnących się pobrać”<sup>22</sup>. Ponadto dwóch członków Komitetu wyraziło pogląd, że brak uznania małżeństw homoseksualnych nie stanowi naruszenia ludzkiej godności, co miałyby miejsce w przypadku uznania przez władze małżeństw zawieranych przez dzieci, czy też zawieranych pod przymusem. Komitet podzielił także argument rządu Nowej Zelandii, że zgodnie z zasadą *generalia specialibus non derogant* art. 23 ust. 2 poprzez wyraźne odniesienie do par heteroseksualnych wpływa na wykładnię innych praw proklamowanych w Pakcie. Z tego powodu ogólny zakaz dyskryminacji nie może być interpretowany w ten sposób, aby pozbawić wszelkiego znaczenia przepisu szczególnie jakim jest art. 23 ust. 2 Paktu<sup>23</sup>.

Orzeczenie *Joslin p. Nowej Zelandii* stanowi wyraźną ilustrację ogólnej prawidłowości, że wynik konkretnej sprawy, w której w grę wchodzi ustalenie zakresu ochrony danego prawa, w dużej mierze zależy od preferencyjnego stosowania przez organ orzekający określonych dyrektyw wykładni. Omawiana sprawa została rozstrzygnięta na podstawie wykładni językowej art. 23 ust. 2, zorientowanej przede wszystkim na ustalenie woli twórców Paktu, przy czym Komitet przyjął zwykłe (naturalne znaczenie sformułowań użytych w tekście art. 23 ust. 2, jednocześnie uwzględniając relacje tego przepisu do pozostałych postanowień Paktu. Pierwszeństwo wykładni językowej wynika z art. 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r., który stanowi, że „Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu”. Nadrzędna pozycja wykładni językowej jest szczególnie uzasadniona przy interpretacji traktatów międzynarodowych, w których państwa-strony poprzez zaciągnięcie określonych zobowiązań dobrowolnie uszczuplają swą suwerenność.

Z drugiej jednak strony nie można nie zauważyć, że Komitet stara się zapobiegać, aby stosowanie wykładni językowej nie doprowadziło do swego rodzaju „skostnienia” gwarancji zawartych w Pakcie, dlatego czasem posługuje się także wykładnią celowościową (dynamiczną), uwzględniającą zmieniający się kontekst społeczny, w którym postanowienia Paktu znajdują zastosowanie. Na przykład w sprawie *Judge p. Kanadzie* Komitet wyraził pogląd, że choć uznaje konieczność zapewnienia spójności i trwałości swego orzecznictwa, to jednak zdaje sobie sprawę z tego, że mogą pojawić się wyjątkowe sytuacje, w których niezbędne będzie zrewidowanie zakresu ochrony praw gwarantowanych w Pakcie. Sytuacja taka może pojawić się szczególnie w przypadku istotnych zmian w prawie poszczególnych państw-stron oraz gdy nastąpi ewolucja poglądów na daną sprawę

<sup>22</sup> Ibidem, para. 8.2 i 8.3; J. Bair, *The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol. A Short Commentary Based on Views, General Comments and Concluding Observations by the Human Rights Committee*, Frankfurt am Main, 2005, s. 102.

<sup>23</sup> *Joslin p. Nowej Zelandii*, 902/1999 para. 4.5.



na arenie międzynarodowej. Nawiązując do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Komitet podkreślił, że Pakt powinien być interpretowany jako żywy instrument (a living instrument) zaś prawa w nim gwarantowane należy stosować przy uwzględnieniu współczesnych uwarunkowań<sup>24</sup>.

Z dotychczasowych rozważań wynika, że obok wykładni językowej w orzecznictwie Komitetu zarysowuje się alternatywa stosowania wykładni celowościowej, przy czym wybór konkretnej metody wykładni zależy od rodzaju i doniosłości rozpatrywanej sprawy<sup>25</sup>. Odnosząc powyższe uwagi do kwestii uznania małżeństw homoseksualnych warto przytoczyć pogląd, zgodnie z którym brzmienie art. 23 ust. 2 Paktu nie wyklucza przyjęcia szerszej interpretacji w przyszłości, zwłaszcza że w wielu społeczeństwach można zaobserwować szybko postępujące zmiany poglądów na temat istoty i funkcji małżeństwa<sup>26</sup>. Z kolei inni autorzy wskazując na tendencję do coraz szerszego uznawania małżeństw homoseksualnych dochodzą do wniosku, że stanowisko Komitetu wyrażone w sprawie *Joslin p. Nowej Zelandii* należy uznać za przestarzałe. Na poparcie wskazanej tendencji przywołano jednak wyłącznie odpowiednie zmiany w prawodawstwie państw należących do kręgu kultury zachodniej (państwa Europy zachodniej oraz Kanada i Stany Zjednoczone)<sup>27</sup>, co trudno uznać za argument przekonujący w kontekście Paktu, który jest wszak instrumentem ochrony praw człowieka o charakterze uniwersalnym. Aby określone przeobrażenia w danej sferze stosunków społecznych, pociągające za sobą kształtowanie się nowych standardów czy rozwiązań prawnych, można było uznać za relewantne dla potrzeb interpretacji przepisów Paktu, należałoby wykazać, że przemiany te mają zasięg jeżeli nie globalny, to przynajmniej wielokulturowy.

Podobny pogląd reprezentuje K. Sękowska-Kozłowska, która twierdzi, że „jak na razie wydaje się, że nałożenie na państwa obowiązku zagwarantowania w swoim porządku prawnym prawa do zawierania małżeństwa osobom tej samej płci stanowiłoby zbyt głęboką ingerencję w prawo wewnętrzne.”<sup>28</sup> Przytoczona teza, zdaniem autorki, znajduje potwierdzenie prawnoporównawcze w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Schalk i Kopf p. Austrii*, w której Trybunał stanął na stanowisku, że przyznanie przez niektóre państwa prawnej możliwości zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci „stanowi odzwierciedlenie ich własnej wizji roli małżeństwa w ich społeczeństwach i nie

<sup>24</sup> Skarga nr 829/1998, para. 10.3.

<sup>25</sup> L. Paladini, *Same-Sex Couples Before Quasi-Judicial Bodies: The Case of the UN Human Rights Committee*, [w:] *Same-sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, ed. D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino, New York 2014, s. 546.

<sup>26</sup> M. Nowak, op. cit., s. 527.

<sup>27</sup> R. Burchill, op. cit., s. 215.

<sup>28</sup> K. Sękowska-Kozłowska, op. cit., s. 584.

wyływa z wykładni prawa podstawowego w takiej postaci, w jakiej zostało ustanowione przez państwa strony w Konwencji z 1950 roku”<sup>29</sup>.

Ponadto w doktrynie zarzucono, że Komitet wydając orzeczenie w sprawie *Joslin p. Nowej Zelandii* nie uwzględnił w wystarczającym stopniu przesłanki, że zawarcie małżeństwa pociąga za sobą dla nupturientów daleko idące konsekwencje prawne. Małżonkowie uzyskują wszak odrębny status prawny, który niejednokrotnie jest korzystniejszy – na przykład w sferze uprawnień wynikających z prawa zabezpieczenia społecznego – w porównaniu z sytuacją prawną osób pozostających w związkach partnerskich. W tym kontekście warto jednak odnotować pogląd wyrażony w zdaniu odrębnym do orzeczenia *Joslin p. Nowej Zelandii*, zgodnie z którym twierdzenie Komitetu, że art. 23 ust. 2 Paktu nie gwarantuje prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, nie uzasadnia ogólnego wniosku, że odmienne traktowanie małżeństw oraz związków homoseksualnych, którym prawo krajowe nie przyznaje statusu małżeństwa, nigdy nie może stanowić naruszenia art. 26 Paktu. Należy raczej przyjąć, że w pewnych okolicznościach odmowa przyznania związkom homoseksualnym pewnych praw lub korzyści przysługujących małżeństwom może zostać uznana jako akt dyskryminacji, zakazany przez art. 26 Paktu, chyba że odmowa taka znajduje uzasadnienie na podstawie rozsądnych i obiektywnych kryteriów. Podobne stanowisko zajął M. Nowak, który twierdzi, że nieuzasadnione różnice między małżeństwami oraz związkami homoseksualnymi w odniesieniu do korzystania z określonych praw, np. z prawa do mieszkania, prawa zabezpieczenia społecznego, uprawnień emerytalnych czy prawa dziedziczenia, nie stanowią wprawdzie naruszenia prawa do zawarcia małżeństwa gwarantowanego w art. 23 ust. 2 Paktu, mogą jednak być postrzegane jako przejawy niedozwolonej dyskryminacji w świetle art. 26<sup>30</sup>. Stanowisko to zasadniczo należy uznać za słuszne, aczkolwiek z drugiej strony trudno nie zauważyć, że przyznanie uprawnień zastrzeżonych w prawie krajowym dla małżeństw związkom partnerskim (zarówno hetero- jak i homoseksualnym) może w praktyce prowadzić do zatarcia różnicy między oboma rodzajami związków, a w konsekwencji do deprecjacji instytucji małżeństwa<sup>31</sup>. Jak słusznie zauważył

<sup>29</sup> Pkt. 53.

<sup>30</sup> M. Nowak, op. cit., s. 527.

<sup>31</sup> Na gruncie prawa polskiego zrównanie w prawach związków małżeńskich i partnerskich jest niedopuszczalne ze względu na aksjologię przyjętą przez ustrojodawcę w art. 18 Konstytucji RP. Przywołany przepis zawiera w sobie konkretną treść normatywną i zakazuje nadawania związkom faktycznym dwojga osób różnej czy tej samej płci charakteru małżeństwa, co bynajmniej nie oznacza nakazu ich zwalczania. Artykuł 18 Konstytucji RP implikuje jednak zakaz podejmowania przez organy władzy publicznej wszelkich działań mających na celu tworzenie dla związków faktycznych regulacji mających zrównać je lub upodobnić w kształcie prawnym do małżeństwa, zarówno w kwestii określania zakresu praw i obowiązków osób będących w takim związku, jak i w kwestii jego zawierania, czy też rozwiązywania. Zobacz na ten temat: B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 148.

V. Klaus: „Nie ma sensu wiązać sprzeciwu wobec rejestrowanych związków partnerskich z jakąś religią, czy jej brakiem. Według mnie chodzi o zupełnie bezsensowne niszczenie tradycji i rozciąganie definicji instytucji, która jest kluczowa dla całej naszej cywilizacji (...) czyli małżeństwa i rodziny<sup>32</sup>.”

Analizując stanowisko Komitetu w sprawie *Joslin p. Nowej Zelandii* należy także wziąć pod uwagę, iż znajduje ono potwierdzenie prawno-porównawcze w orzecznictwie oraz w poglądach doktryny dotyczących wykładni art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zważywszy, że brzmienie art. 23 ust. 2 Paktu oraz art. 12 Konwencji jest zasadniczo zbliżone (przy założeniu, że dla niniejszych rozważań nie jest istotne zastrzeżenie zawarte w art. 12 Konwencji, że prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny może być wykonywane „zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”) włączenie do rozważań na temat wykładni omawianego przepisu Paktu argumentacji prawno-porównawczej należy uznać nie tylko za uzasadnione, lecz wręcz za pożądane.

Zdaniem L. Garlickiego, skoro tekst art. 12 Konwencji mówi o „mężczyźnie i kobiecie”, przy czym cytowany autor odwołuje się do tekstu francuskiego, w którym – w odróżnieniu od tekstu angielskiego oraz od opartego na tym tekście tłumaczenia konwencji na język polski – została użyta liczba pojedyncza, to prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny należy odnieść wyłącznie do związków heteroseksualnych<sup>33</sup>. Oczywiście nie ma przeszkód, aby poszczególne państwa-strony Konwencji wprowadziły do swego ustawodawstwa możliwość zawierania małżeństwa przez osoby tej samej płci, nie jest to jednak ich obowiązkiem w świetle art. 12 Konwencji<sup>34</sup>.

Pogląd, że prawo gwarantowane w art. 12 Konwencji odnosi się wyłącznie do tradycyjnego małżeństwa między osobami przeciwnej płci biologicznej, jednoznacznie występował także w starszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W orzeczeniu w sprawie *Cossey p. Wielkiej Brytanii* Trybunał podkreślił, że małżeństwo jest związkiem dwóch osób, z których jedna jest biologicznie kobietą, będącym wyrazem tego, co jako małżeństwo jest powszechnie akceptowane w historii ludzkości. Fakt, iż niektóre państwa mogą traktować jako małżeństwo niektóre formy związków osób tej samej płci, nie jest relewantny dla określenia zakresu przedmiotowego prawa do zawarcia małżeństwa na gruncie art. 12 Konwencji<sup>35</sup>. Powyższe stanowisko zostało częściowo zrewidowane w or-

<sup>32</sup> Marksizm, freudyzm, klimatyzm. Z prezydentem Czech Vaclavem Klausem rozmawia Piotr Semka, „Rzeczpospolita 11–12.10.2008 r., cyt. za: B. Banaszak, op. cit., s. 148.

<sup>33</sup> L. Garlicki, *Prawo do zawarcia małżeństwa*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 713.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 717.

<sup>35</sup> *Cossey p. Wielkiej Brytanii* z 27 września 1990 r., A 184, § 43–46, cyt. za: M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 664.

zeczaniu w sprawie *Goodwin p. Wielkiej Brytanii*<sup>36</sup>. W orzeczeniu tym Trybunał wprawdzie przypomniał, że art. 12 Konwencji odnosi się wyraźnie do prawa do zawarcia małżeństwa przez mężczyzn i kobiety, nie obstawał już jednak przy stanowisku, że z jego brzmienia należy wyprowadzić wymóg określenia płci wyłącznie według kryteriów biologicznych. Od czasu wejścia w życie Konwencji nastąpiły bowiem poważne zmiany społeczne dotyczące instytucji małżeństwa oraz istotne zmiany w rozwoju medycyny i nauki w dziedzinie transseksualizmu. Kolejnym etapem w ewolucji stanowiska Trybunału w omawianej kwestii jest orzeczenie w sprawie *Schalk i Kopf p. Austrii*<sup>37</sup>, w którym Trybunał jednoznacznie dał do zrozumienia, iż stopniowo odstępuje od dotychczasowego poglądu, że w zakresie przedmiotowym prawa do zawarcia małżeństwa nie mieszczą się związki osób tej samej płci. Posługując się raczej ostrożnym językiem, Trybunał stwierdził, że nie będzie dłużej podtrzymywał stanowiska, że prawo do małżeństwa zagwarantowane w art. 12 w każdym przypadku musi być ograniczone do osób płci przeciwnej<sup>38</sup>. Przepis ten zasadniczo może więc znaleźć zastosowania do związków homoseksualnych. Jednocześnie jednak Trybunał stwierdził, że „w obecnym stanie rzeczy” (as matters stand) kwestia ewentualnego rozciągnięcia prawa do małżeństwa na osoby tej samej płci pozostaje w kompetencji władz krajowych. Analizując omawiane orzeczenie, trudno jednak nie przychylić się do wniosku Ch. Grabenwartera, który stwierdził, że jego konsekwencje prawne nie są jasne. Z komentowanego orzeczenia wynika bowiem, że z jednej strony prawo do zawarcia małżeństwa gwarantowane w art. 12 Konwencji może znajdować zastosowanie w odniesieniu do związków homoseksualnych, z drugiej zaś strony państwa członkowskie nie mają obowiązku przyznania tego prawa wskazanej kategorii związków<sup>39</sup>.

Odnosząc rozważania dotyczące uznania małżeństw homoseksualnych na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka do kwestii uznania małżeństw tego rodzaju w świetle Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych należy stwierdzić, że skoro w obrębie państw Rady Europy, czyli – patrząc z perspektywy globalnej – na obszarze relatywnie jednolitym pod względem kulturowym, dotychczas nie wytworzył się wspólny standard w kwestii uznawania małżeństw homoseksualnych, co w myśl stosowanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka doktryny marginesu swobody uzasadnia konieczność pozostawienia tego zagadnienia w sferze kompetencji poszczególnych państw, to tym bardziej trudno oczekiwać, aby Komitet Praw Człowieka, który funkcjonuje

<sup>36</sup> Orzeczenie z dnia 11 lipca 2002, nr skargi: 28957/95.

<sup>37</sup> Orzeczenie z dnia 24 czerwca 2010, nr skargi 30141/04.

<sup>38</sup> „The Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex”.

<sup>39</sup> Ch. Grabenwarter, op.cit., s. 322.

w kontekście globalnym, gdzie różnice kulturowe występują z o wiele większą wyrazistością niż ma to miejsce w obrębie państw europejskich, zajął w omawianej kwestii stanowisko mniej powściągliwe, niż uczynił to w sprawie *Joslin p. Nowej Zelandii*.

### **Osiągnięcie wieku małżeńskiego oraz swobodnie wyrażona i pełna zgoda jako przesłanki realizacji prawa do zawarcia małżeństwa**

Artykuł 23 ust. 3 Paktu stanowi, że żaden związek małżeński nie może być zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków. U podstaw komentowanego przepisu leży więc założenie, że prawidłowe korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa zakłada osiągnięcie przez jednostkę odpowiedniej dojrzałości i autonomii. Z perspektywy etyki, aby daną osobę można było uważać za w pełni autonomiczną, muszą zostać spełnione następujące warunki<sup>40</sup>:

- wymóg niezależności, czyli zdolność podmiotu do dokonania wyboru w warunkach braku kontroli (przymusu) przez czynniki zewnętrzne (np. poważna groźba ze strony innych osób, której spełnienie jest na tyle prawdopodobne, że wzbudza uzasadnione obawy u podmiotu dokonującego wyboru) oraz wewnętrzne (np. stan głębokiej depresji, nałogi, natręctwa, obsesje, niektóre fobie), przy czym wymóg ten nie oznacza bynajmniej wolności od wpływu rozmaitych czynników, które niejednokrotnie określają przedmiot wyboru oraz determinują wartościowanie podmiotu;
- wymóg kompetencji, czyli zdolność do racjonalnego rozważenia wszystkich istotnych aspektów podejmowanej decyzji. W szczególności wymóg ten oznacza zdolność zrozumienia istoty i treści dokonywanego wyboru, a więc opcji wchodzących w grę i skutków wyboru każdej z nich, a także zdolność oceny stopnia zgodności tych skutków z przyjętymi przez siebie wartościami i celami.
- wymóg autentyczności, czyli zdolność do dostrzegania, rozpoznawania, rozważania, oceny oraz wyboru własnych celów i wartości.

Brzmienie art. 23 ust. 3 Paktu odzwierciedla szczególnie osobisty charakter prawa do zawarcia małżeństwa. Małżeństwo może być więc uznane za zawarte wyłącznie wówczas, gdy nupturienci wyraźnie oświadczą wobec kompetentnej władzy wolę wstąpienia w związek małżeński, przy czym oświadczenie to zostanie złożone przez osoby świadome jego znaczenia, w warunkach wyłączających przymus, groźbę czy podstęp. Z tego względu omawiany przepis nakłada na państwa-strony obowiązek ustanowienia w swym prawodawstwie zakazu zawarcia małżeństwa przez osoby nieposiadające zdolności do czynności prawnych, do-

<sup>40</sup> R. Burnor, Y. Raley, *Ethical Choices. An Introduction to Moral Philosophy with Cases*, New York–Oxford 2011, s. 31–33.

tknięte chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym, a także przez osoby, które w momencie zawierania małżeństwa znajdowały się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli (np. będąc pod wpływem środków odurzających). *Ratio legis* wspomnianych zakazów jest ochrona nie tylko interesów partnera, lecz także i osoby, której wymienione przeszkody bezpośrednio dotyczą<sup>41</sup>.

Oprócz tego celem omawianej regulacji jest ochrona jednostki przed różnego rodzaju naciskami ze strony osób trzecich, w szczególności dotyczy to sytuacji kobiet w niektórych krajach, które wskutek oddziaływania uwarunkowań kulturowych zmuszane są do zawierania małżeństw wbrew ich woli<sup>42</sup>. Warto zauważyć, że na ukształtowanie treści art. 23 ust. 2 miały wpływ wątpliwości dotyczące interpretacji Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka odnośnie znaczenia zgody rodziców na zawarcie małżeństwa przez osoby niepełnoletnie. W kontekście Deklaracji niejednokrotnie bowiem wyrażano pogląd, iż zgoda taka jest dopuszczalna. Z tego względu art. 23 ust. 3 sformułowano w taki sposób, aby wykluczyć wykładnię, zgodnie z którą zgoda rodziców jest przesłanką wystarczającą do zawarcia małżeństwa przez wskazaną kategorię osób<sup>43</sup>. Przepis ten nie wyklucza jednak możliwości ustanowienia przez prawo krajowe wymogu uzyskania zgody osób trzecich (rodziców, opiekunów, sądu) na zawarcie małżeństwa przez osoby niepełnoletnie<sup>44</sup>. W związku z tym Komitet stwierdzał naruszenie prawa do zawarcia małżeństwa poprzez tolerowanie przez władze krajowe praktyki zawierania porozumień małżeńskich między zainteresowanymi rodzinami, w których zobowiązywano się do wydania kobiety za mąż w celu uzyskania korzyści majątkowych, np. poprzez określenie ceny za pannę młodą, czy też określano inne warunki skutkujące pokrzywdzeniem kobiet, jak np. zastrzeżenie poligamii czy też podania kobiety obrzezaniu<sup>45</sup>.

Kolejnym czynnikiem uniemożliwiającym podjęcie przez kobiety swobodnej decyzji o wstąpieniu w związek małżeński jest istniejący w niektórych państwach wymóg uzyskania przez nie stosownej zgody opiekuna prawnego, którym z reguły jest mężczyzna<sup>46</sup>. Sprzeczne z wymogiem swobodnej i pełnej zgody na zawarcie związku małżeńskiego są także utrzymujące się w niektórych krajach negatywne postawy społeczne polegające na marginalizowaniu kobiet, które stały się ofiarami gwałtu, oraz na wywieraniu na nie presji, aby poślubily sprawcę przestępstwa. Wskazane postawy niekiedy są wzmacniane przez obowiązujące prawo, które

<sup>41</sup> M. Nowak, op. cit., s. 534.

<sup>42</sup> F. Volio, op. cit., s. 202.

<sup>43</sup> S. Ghandi, op. cit., s. 513.

<sup>44</sup> F. Volio, op. cit., s. 202.

<sup>45</sup> Uwagi końcowe do sprawozdania Gabonu (2000) CCPR/CO70/GAB, p. 9; Uwagi końcowe do sprawozdania Zimbabwe (1998), CCPR/79/Add.89, p. 9.

<sup>46</sup> S. Joseph, M. Castan, op. cit., s. 681.

przewiduje umorzenie lub złagodzenie odpowiedzialności karnej sprawcy gwałtu w przypadku gdy poślubi ofiarę<sup>47</sup>.

Artykuł 23 ust. 3 Paktu należy odczytywać w związku z art. 23 ust. 2, który stanowi, iż prawo do zawarcia małżeństwa mają kobiety i mężczyźni w wieku małżeńskim (ang. *marriagable age*). Zdolność do wyrażenia swobodnej i pełnej zgody na wstąpienie w związek małżeński zależy jednak od osiągnięcia określonego wieku. Z tego względu zdaniem Komitetu, wiek małżeński powinien zostać ustalony w taki sposób, „aby osoby zamierzające zawrzeć związek małżeński były w stanie swobodnie wyrazić pełną osobistą zgodę na zawarcie małżeństwa (free and full personal consent) w formie oraz na warunkach przewidzianych przez prawo krajowe<sup>48</sup>. Niemniej jednak ani art. 23 Paktu, ani art. 12 Konwencji nie określa wieku, z osiągnięciem którego mężczyzna i kobieta nabywa zdolność do zawarcia małżeństwa. Istotną wskazówkę dotyczącą tej kwestii można natomiast odnaleźć w art. 16 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, który stanowi, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje mężczyznom i kobietom, bez względu na jakiegokolwiek różnicę ras, narodowości lub wyznania, po osiągnięciu pełnoletniości. Z kolei zgodnie z art. 2 Konwencji w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 7 listopada 1962 roku, państwa-strony mają obowiązek określenia w ustawodawstwie krajowym najniższego wieku małżeńskiego. Osoba, która nie osiągnęła tego wieku, nie będzie mogła prawnie zawrzeć małżeństwa, chyba że właściwa władza z ważnych powodów udzieli zwolnienia od wymaganego wieku w interesie przyszłych małżonków. Zgodnie z zaleceniem Zgromadzenia Ogólnego NZ wydanym w wykonaniu wskazanej konwencji, minimalny wiek, w którym osoba może uzyskać zdolność do zawarcia małżeństwa, wynosi 15 lat. Zalecenie to nie ma jednak wiążącego charakteru i może posłużyć wyłącznie jako wskazówka interpretacyjna art. 2 Konwencji w sprawie zgody na zawarcie małżeństwa, najniższego wieku małżeńskiego i rejestracji małżeństw.

Wobec powyższego należy przyjąć, że w kwestii określenia wieku małżeńskiego państwa-strony dysponują więc pewnym marginesem swobody, regulacje krajowe nie mogą jednak naruszyć istoty prawa jednostki do zawarcia małżeństwa. W doktrynie zauważono, że określenie wieku małżeńskiego przed osiągnięciem dojrzałości biologicznej byłoby nie do pogodzenia zarówno z celami małżeństwa, jak i z wymogiem swobodnej i pełnej zgody na jego zawarcie. Z drugiej strony ustanowienie szczególnie wysokiego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa, znacznie przekraczającego wiek osiągnięcia dojrzałości biologicznej, a nawet wiek osiągnięcia pełnoletniości, oznaczałoby naruszenie prawa do zawarcia małżeństwa przysługującego jednostce po osiągnięciu wieku małżeńskiego w rozu-

<sup>47</sup> Ibidem, s. 682.

<sup>48</sup> Ibidem.

mieniu art. 23 ust. 2 Paktu<sup>49</sup>. Biorąc pod uwagę wspomniane zalecenie Zgromadzenia Ogólnego ONZ, w którym postanowiono, że minimalny wiek uprawniający do zawarcia małżeństwa ma wynosić 15 lat, należy przyjąć, że państwa-strony nie powinny ustanawiać w swym prawodawstwie wielu niższego od wskazanego w tym dokumencie<sup>50</sup>. W konsekwencji przepisy prawa krajowego, zgodnie z którymi dziewczęta uzyskują zdolność do zawarcia małżeństwa z osiągnięciem trzynastego roku życia, zaś chłopcy – po ukończeniu lat 15, zostały uznane za niemożliwe do pogodzenia z wymogiem pełnej i swobodnej zgody nupturientów ustanowionym w art. 23 ust. 3<sup>51</sup>. Tolerowanie przez władze praktyki zawierania małżeństw przez dzieci, w szczególności utrzymującego się w niektórych krajach zwyczaju wydawania za mąż nieletnich dziewcząt przez ich rodziny należy uznać za „barbarzyńskie oraz sprzeczne z prawami dzieci, gwarantowanymi w art. 24 Paktu”<sup>52</sup>.

Trudno wszak nie podzielić poglądu, że minimalny wiek małżeński ustanowiony we wspomnianym zaleceniu Zgromadzenia Ogólnego ONZ jest bardzo niski, dlatego prawnomiędzynarodowy standard dotyczący tej kwestii powinien zostać zaostrzony<sup>53</sup>. Należy także zauważyć, że art. 23 ust. 2 Paktu zakazuje ustawodawcy krajowemu określenia maksymalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa<sup>54</sup>. Zdolność do wyrażenia swobodnej i pełnej zgody nie powinna być więc łączona z dojrzałością biologiczną, ile raczej z osiągnięciem dojrzałości psychicznej, umożliwiającej pełne korzystanie z autonomii woli. Określenie wieku małżeńskiego przez ustawodawcę krajowego powinno nastąpić w taki sposób, aby zasadniczo wykluczyć zawieranie małżeństw przez dzieci<sup>55</sup>.

Ponadto ustalenie minimalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa dla kobiet i mężczyzn powinno opierać się na jednakowych kryteriach. Stosowanie tychże kryteriów niekoniecznie jednak oznacza, iż minimalny wiek, z którym ustawodawca łączy nabycie zdolności do zawarcia małżeństwa musi być jednakowy dla kobiet i mężczyzn. W polskiej doktrynie pojawił się pogląd, iż ustanowienie wymogu wyższego wieku do zawarcia małżeństwa w stosunku do mężczyzn znajduje uzasadnienie koniecznością osiągnięcia dojrzałości psychicz-

<sup>49</sup> F. Volio, op. cit., s. 202; M. Nowak, op. cit., s. 527.

<sup>50</sup> S.N. Carlson, G. Gisvold, op. cit., s. 140.

<sup>51</sup> Uwagi końcowe do sprawozdania Surinamu (2004), UN doc. CCPR/CO/80/SUR. Z tych samych względów Komitet potępił praktykę zezwalania na zawieranie małżeństw przez 14 letnie dziewczęta przez władze Wenezueli (Uwagi końcowe do sprawozdania Wenezueli (2001) CCPR/CO/71/VEN, p. 18.

<sup>52</sup> F. Volio, op. cit., s. 202.

<sup>53</sup> M. Nowak, op. cit., s. 527, przypis 75.

<sup>54</sup> M. Nowak, op. cit., s. 528.

<sup>55</sup> Zgodnie z art. 1 Konwencji o prawach dziecka z 1989 roku, termin „dziecko” „oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletniość”.



nej (osobowościowej) do podjęcia obowiązków rodzinnych, którą wcześniej osiąga kobieta niż mężczyzna. Biorąc pod uwagę ten czynnik można by przychylić się ku stanowisku, że zróżnicowanie wieku dla mężczyzn i kobiet opiera się na obiektywnych kryteriach, nie stanowi naruszenia zasady równości. Kwestia ta jest jednak sporna<sup>56</sup>.

Warto także zauważyć, że rządowy projekt nowelizacji polskiego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 24.7.1998 roku zakładał brak żadnego zróżnicowania kobiet i mężczyzn w odniesieniu do wieku uzyskania pełnej zdolności do zawarcia małżeństwa. Zgodnie ze wspomnianym projektem nie mogłaby zawrzeć małżeństwa osoba, która nie ukończyła 18 lat. Jednakże z ważnych powodów sąd opiekuńczy mógłby zezwolić na zawarcie małżeństwa osobie (niezależnie od płci), która ukończyła lat 16, jeżeli drugi z małżonków ukończył lat 18, a z okoliczności wynikałoby, że zawarcie małżeństwa byłoby zgodne z dobrem zakładanej przez te osoby rodziny. Rozwiązanie to uzasadniano m.in. koniecznością pełnego urzeczywistnienia zasady równouprawnienia płci w kwestii warunków zawarcia małżeństwa. Ustawodawca zdecydował jednak na odrzucenie omawianego rozwiązania, postanawiając, iż prawo do zawarcia małżeństwa przed ukończeniem 18 roku życia będzie przysługiwać wyłącznie kobiecie<sup>57</sup>. Z punktu dobra zakładanej rodziny przyjęte rozwiązanie należy uznać za właściwsze. Sąd opiekuńczy rozpoznając sprawę o udzieleniu pozwolenia na zawarcie małżeństwa powinien wziąć bowiem pod uwagę także przesłanki ekonomiczne. Częstość bowiem przyczyną udzielenia przez sąd zezwolenia na zawarcie małżeństwa są narodziny dziecka lub ciąża kobiety. W takim wypadku łatwiej będzie utrzymać rodzinę mężczyźnie pełnoletniemu (może on mieć już ukończoną szkołę, większe szanse na znalezienie pracy itp.), aniżeli mężczyźnie, który nie osiągnął jeszcze pełnoletniości<sup>58</sup>.

## Zasada równych praw i obowiązków małżonków

Artykuł 23 ust. 4 Paktu nakłada na państwa-strony obowiązek podjęcia odpowiednich kroków w celu zapewnienia równych praw i obowiązków małżonków przy zawieraniu małżeństwa, podczas jego trwania i przy jego rozwiązaniu. Zdaniem Komitetu zasada równości małżonków nie powinna być interpretowana w sposób wyizolowany, lecz raczej należy ją odczytywać w powiązaniu z art. 23 ust. 1 Paktu ustanawiającym obowiązek ochrony rodziny oraz z obowiązkiem

<sup>56</sup> T. Smoczyński, op. cit., s. 46.

<sup>57</sup> Art. 10 § 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ma następujące brzmienie: Nie może zawrzeć małżeństwa osoba niemająca ukończonych lat osiemnastu. Jednakże z ważnych powodów sąd opiekuńczy może zezwolić na zawarcie małżeństwa kobiecie, która ukończyła lat szesnaście, a z okoliczności wynika, że zawarcie małżeństwa będzie zgodne z dobrem założonej rodziny.

<sup>58</sup> J. Gajda, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2000, wyd. 2, s. 46.

ochrony interesów dzieci, wyrażonym w końcowej części art. 23 ust. 4 Paktu<sup>59</sup>. Cechą charakterystyczną art. 23 ust. 4 jest to, że jest on jedynym postanowieniem Paktu, który nakłada na państwa-strony obowiązek stopniowej realizacji gwarantowanego w nim prawa<sup>60</sup>. Spełnienie tego obowiązku polega więc przede wszystkim na stopniowym eliminowaniu wszelkich przeszkód (natury prawnej oraz pozaprawnej) w urzeczywistnianiu zasady równouprawnienia małżonków. Celem art. 23 ust. 4 nie jest więc zagwarantowanie jednostce konkretnych uprawnień, realizacji których mogłaby się domagać na drodze sądowej<sup>61</sup>.

Kwestia zagwarantowania małżonkom równych praw stanowiła jeden z bardziej kontrowersyjnych zagadnień dotyczących praw rodziny, szeroko dyskutowanych podczas prac nad tworzeniem Paktu. Przeciwnicy włączenia tego przepisu do jego treści twierdzili, że odmienność ról i obowiązków każdego z małżonków jest naturalną konsekwencją fizycznych i psychicznych różnic pomiędzy kobietą i mężczyzną, istotnych dla funkcjonowania małżeństwa. Ponadto podnoszono argument, że różnice w statusie męża i żony wynikają z wielowiekowej tradycji oraz silnie zakorzenionych wierzeń religijnych, które niejednokrotnie pozostają poza kontrolą prawodawców. W konsekwencji wyeliminowanie różnic pomiędzy małżonkami w ich wzajemnych relacjach wymagałoby radykalnych zmian prawnych oraz obyczajowych, które nie mogłyby zostać zaprowadzone niezwłocznie. Przyjęcie zasady stopniowego realizowania praw jednostki byłoby z kolei niezgodne z założeniem twórców Paktu, w myśl którego prawa gwarantowane w tym dokumencie nadają się do natychmiastowego urzeczywistnienia. Wobec tego sugerowano, aby w miejsce art. 23 ust. 4 Paktu wprowadzić przepis o treści zbliżonej do art. 10 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, który ma bardziej ogólny charakter i pozwala na stopniową realizację gwarantowanych w nim uprawnień<sup>62</sup>.

Inni z kolei twierdzili, że skoro art. 3 Paktu proklamuje zasadę równości kobiet i mężczyzn w odniesieniu do korzystania ze wszystkich praw gwarantowanych w Pakcie, umieszczenie w nim art. 23 ust. 4 należy uważać za zbędne. Przeciwnicy tego poglądu podnosili argument, że wobec utrzymującej się w wielu

<sup>59</sup> Hendriks p. Holandii, para. 10.3.

<sup>60</sup> S. Joseph, M. Castan, op. cit., s. 683.

<sup>61</sup> R. Burchill, Rights of the Family and Children, [w:] A. Conte, S. Davidson, R. Burchill, *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Aldershot 2004, s. 216.

<sup>62</sup> Artykuł 10 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych ma następujące brzmienie: „Państwa-strony niniejszego Paktu uznają, że należy udzielić jak najszerszej 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. Związek małżeński powinien być zawierany przy swobodnie wyrażonej zgodzie przyszłych małżonków.”

społeczeństwach oczywistej nierówności kobiet w sferze stosunków rodzinnych, włączenie do Paktu art. 23 ust. 4 jest wręcz konieczne. Postanowienie to gwarantuje jednak podstawowe prawo człowieka, dlatego nie może być postrzegane jako *superfluum*. Nieuzasadnione byłoby także osłabienie skuteczności tego przepisu poprzez bardziej ogólne jego sformułowanie, czy też zakwalifikowanie go do kategorii praw niewymagających natychmiastowej realizacji. Jeżeli bowiem któreś państwo nie byłoby gotowe do zagwarantowania na swym terytorium bezzwłocznego urzeczywistnienia tego prawa, mogłoby przy ratyfikacji Paktu wnieść stosowne zastrzeżenie. Ponadto skoro zasada równości między małżonkami została proklamowana w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (art. 16 ust.1), odstąpienie od jej umieszczenia w Pakcie byłoby równoznaczne z obniżeniem standardu międzynarodowej ochrony w tym zakresie, co niewątpliwie należałoby uznać za niepożądane<sup>63</sup>. F. Volio aprobując włączenie do Paktu przepisu szczególnego, regulującego zasadę równości w relacjach między małżonkami podkreślił, iż krok ten stanowi wyraźne opowiedzenie się jego twórców za koniecznością poszanowania i ochrony praw każdego człowieka oraz realizacji ogólnej zasady równości. Umieszczenie w Pakcie postanowienia proklamującego zasadę równości w małżeństwie było konieczne nie tylko ze względu na obiekcje wobec tej zasady zakorzenione w wielu społeczeństwach, lecz także ze względu na zorganizowane naciski ze strony różnych grup interesów, mające na celu jej osłabienie<sup>64</sup>.

Zdaniem F. Volio zasada wyrażona w art. 23 ust. 4 Paktu znajduje zastosowanie zarówno w odniesieniu do małżeństw „sformalizowanych przez społeczeństwo i prawo”, jak i konkubinatów (*marriages entered into as a natural union*). Cytowany autor uzasadnia powyższe stanowisko potrzebą objęcia ochroną prawną konkubentów oraz ich dzieci, aczkolwiek jednocześnie podkreśla, że małżeństwo ze względu na swoją bardziej złożoną strukturę prawną w porównaniu ze związkiem partnerskim zasługuje „na szczególną uwagę” ze strony państwa.<sup>65</sup> Co więcej, ochrona przysługująca obojgu małżonkom powinna być realizowana nawet wówczas, gdy nie jest to zgodne z ich wolą<sup>66</sup>. Ponadto z *travaux préparatoires* wynika, że zasada równości odnosi się zarówno do dzieci zrodzonych z małżeństwa, jak i do dzieci pozamałżeńskich, chociaż niektórzy delegaci wyrażali stanowisko, że gwarancjami zawartymi w art. 23 ust. 4 Paktu objęte są wyłącznie dzieci pochodzące z małżeństwa, natomiast do dzieci pozamałżeńskich odnoszą się ogólne gwarancje zawarte w art. 24 Paktu. Ponieważ jednak postanowienia Paktu powinny być interpretowane możliwie szeroko, należy zaaprobować pogląd, iż zakresem ochrony zasady równych praw małżonków objęte są wszystkie dzieci,

<sup>63</sup> F. Volio, op. cit., s. 203.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem, s. 204.

<sup>66</sup> Ibidem.

niezależnie od pochodzenia z małżeństwa, zwłaszcza że komentowany przepis nie zawiera w swej treści wyraźnych wskazówek pozwalających na przyjęcie wykładni ograniczającej jego zakres ochrony do dzieci pochodzących z małżeństwa<sup>67</sup>.

Odnosząc się do wymogu stosowania zasady równości przy zawieraniu małżeństwa, Komitet zwrócił uwagę na konieczność wyeliminowania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć w sytuacjach, gdy zawarcie małżeństwa stanowi przesłankę nabycia lub utraty obywatelstwa. Uwaga ta była konieczna ze względu na utrzymującą się w wielu państwach zasadę, w świetle której kobieta wskutek zawarcia małżeństwa automatycznie otrzymywała obywatelstwo męża, natomiast mężczyzna-cudzoziemiec mógł nabyć obywatelstwo żony wyłącznie przez naturalizację<sup>68</sup>. Opisywana praktyka poszczególnych państw doprowadziła do sformułowania zasady prawno-międzynarodowej „żona idzie za mężem”, zgodnie z którą kobieta nabywała obywatelstwo męża przez zamążpójście. Od zasady tej odstąpiono uchwalając Konwencję z 1957 roku o obywatelstwie kobiet zamężnych, która przewiduje, że ani zawarcie, ani rozwiązanie małżeństwa pomiędzy obywatelami dwóch państw samo przez się nie wpływa na obywatelstwo żony<sup>69</sup>. Podobnie z zasady równości przy zawarciu małżeństwa wynika prawo każdego z małżonków do zachowania swojego nazwiska rodzowego oraz prawo do równego uczestniczenia w wyborze nazwiska, które każde z małżonków będzie nosić po zawarciu małżeństwa<sup>70</sup>.

Ponadto art. 23 ust. 4 Paktu stanowi, że małżonkowie powinni mieć równe prawa i obowiązki w odniesieniu do ich życia rodzinnego podczas trwania małżeństwa. Stosowanie zasady równości we wskazanej sferze obejmuje wszystkie sprawy dotyczące ich wzajemnych relacji, w szczególności: wyboru miejsca zamieszkania, prowadzenia gospodarstwa domowego, wychowywania dzieci oraz zarządzania wspólnym majątkiem<sup>71</sup>. Wreszcie zasada równości znajduje zastosowanie w odniesieniu do separacji lub rozwiązania małżeństwa. Celem przyświecającym twórcom omawianego przepisu nie była wprowadzenie legitymizacji czy też usankcjonowanie rozwodów, biorąc jednak pod uwagę współczesne realia pragnęli oni zabezpieczyć słuszne interesy zarówno małżonków jak i ich dzieci, aktualizujące się w sytuacji rozwiązania małżeństwa<sup>72</sup>. Z tego względu zakazana jest wszelka dyskryminacja w kwestiach przesłanek oraz procedur uzyskania separacji lub rozwodu, opieki nad dziećmi, alimentów na rzecz dzieci lub (byłego) małżonka, prawa do kontaktów z dziećmi oraz utraty i ponownego uzyskania wła-

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> J. Barcik, T. Srogosz, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2007, s. 258.

<sup>70</sup> Komentarz Ogólny nr 19, pkt. 7.

<sup>71</sup> Komentarz Ogólny nr 19, pkt. 8.

<sup>72</sup> F. Volio, op. cit., s. 204.

dzy rodzicielskiej. Tytułem przykładu za naruszenie art. 23 ust. 4 Paktu Komitet uznał adresowany wyłącznie do kobiet zakaz zawarcia ponownego małżeństwa w ciągu sześciu miesięcy od rozwiązania lub unieważnienia poprzedniego małżeństwa<sup>73</sup>.

Przy rozstrzyganiu wszelkich kwestii związanych z separacją lub rozwiązaniem małżeństwa należy szczególnie uwzględnić interes dzieci. Z tego względu państwa-strony zostały zobowiązane do przedkładania w swoich sprawozdaniach informacji o środkach podejmowanych w celu zapewnienia dzieciom należytej ochrony w przypadku rozwiązania małżeństwa lub separacji małżonków<sup>74</sup>. Większość skarg kierowanych do Komitetu w związku z naruszeniem art. 23 ust. 4 Paktu dotyczy właśnie sporów o przyznanie opieki nad dziećmi w sytuacji rozwiązania małżeństwa. Ustanie małżeństwa wskutek orzeczenia rozwodu nie prowadzi *ipso facto* do ustania więzi pomiędzy rodzicami i dziećmi. Istnienie tej więzi nie zależy bowiem od trwania małżeństwa rodziców<sup>75</sup>. Z tego względu poza sytuacjami wyjątkowymi art. 23 ust. 4 Paktu gwarantuje obojgu rodzicom prawo do regularnych kontaktów z ich wspólnymi dziećmi po ustaniu małżeństwa, przy czym zdaniem Komitetu sytuacja wyjątkowa nie zachodzi w przypadku, gdy wykonywanie prawa do utrzymywania kontaktów z dzieckiem jest utrudniane lub uniemożliwiane przez rodzica, któremu sąd powierzył sprawowanie opieki nad dzieckiem<sup>76</sup>. Praktyczne uniemożliwienie kontaktów dzieci z jednym z rodziców jest ponadto postrzegane przez Komitet jako stan sprzeczny z najlepszym interesem dziecka<sup>77</sup>. Należy jednak wziąć pod uwagę, że rozpatrując skargi dotyczące delikatnych spraw z zakresu prawa rodzinnego Komitet z natury rzeczy musi zachowywać szczególną powściągliwość w ocenie stanu faktycznego będącego przedmiotem rozstrzygnięcia. Wynika to m.in. stąd, że postępowanie przed Komitetem ma charakter pisemny. Komitet nie ma więc faktycznej możliwości przesłuchiwania świadków oraz dokonania samodzielnej oceny ich zachowania. Poza tym druga strona sporu nie ma obowiązku uczestniczenia w postępowaniu, Komitet nie posiada więc możliwości ustalenia jej wersji zdarzeń. Wspomniana powściągliwość w kwestionowaniu przez Komitet ustaleń dokonanych przez sądy krajowe staje się niekiedy głównym powodem rozstrzygnięcia skargi na niekorzyść skarżącego, jak miało to miejsce na przykład w sprawie *Hendriks p. Holandii*. Skarżący przez dwanaście lat bezskutecznie domagał się od władz holenderskich wyegzekwowania prawa do utrzymywania kontaktów ze swym synem, czemu skutecznie sprzeciwiała się jego żona. Sądy krajowe wprowadzi-

<sup>73</sup> Uwagi końcowe dotyczące sprawozdania Japonii (1998) UN doc. CCPR/C/79 Add. 102.

<sup>74</sup> Komentarz Ogólny nr 19, pkt. 9.

<sup>75</sup> *Hendriks p. Holandii* 201/85.

<sup>76</sup> *Hendriks p. Holandii*, 201/1985, para. 10.4.

<sup>77</sup> *Fei p. Kolumbii* 514/92.

uznały istnienie prawa skarżącego do kontaktów z synem, stwierdziły jednak, że choć nie można mu było zarzucić żadnego nagannego zachowania, ze względu na znaczny upływ czasu wykonywanie jego prawa byłoby niezgodne z interesem dziecka, ponieważ naraziłoby je na niepotrzebne psychiczne napięcia spowodowane postawą matki. Komitet orzekając na niekorzyść skarżącego, przychylił się ku ocenie stanu faktycznego dokonanej przez sądy krajowe, aczkolwiek zauważył, iż ustawodawca powinien ustanowić wyraźne i precyzyjne kryteria, które umożliwią sądom krajowym pełne stosowanie art. 23 Paktu.

Chociaż w sprawach z zakresu prawa rodzinnego podważanie przez organ międzynarodowy ustaleń dokonanych przez sądy krajowe bez wysłuchania wszystkich osób zaangażowanych w sprawę „może wydawać się nieuczciwe i nierozsądne”<sup>78</sup>, w wyjątkowych sytuacjach zakwestionowanie przez Komitet oceny stanu faktycznego dokonanej przez sądy krajowe należy uznać za uzasadnione, zwłaszcza w sytuacji rażącego naruszenia prawa skarżącego do rzetelnego procesu,<sup>79</sup> czy też w przypadku braku skutecznego środka prawnego<sup>80</sup>.

## Prawo do założenia rodziny

Oprócz prawa do zawarcia małżeństwa przedmiotem ochrony art. 23 ust. 2 jest prawo do założenia rodziny. Prawa te są wzajemnie powiązane w tym sensie, że przysługują mężczyznom i kobietom, którzy osiągnęli wiek umożliwiający zawarciu małżeństwa. Wykonywanie prawa do założenia rodziny nie jest jednak uwarunkowane uprzednim zawarciem małżeństwa. Oba prawa mają bowiem od-

<sup>78</sup> S. Joseph, M. Castan, op. cit., s. 698.

<sup>79</sup> W przywołanej sprawie ojciec, któremu przyznano prawa rodzicielskie, utrudniał wykonywanie prawa matki do kontaktu z córkami przyznane orzeczeniem sądów krajowych, uzasadniając swoje działania koniecznością ochrony interesu dzieci, przy czym Komitet nie stwierdził istnienia żadnych okoliczności uzasadniających ograniczenie prawa skarżące. Dla oceny Komitetu istotne znaczenie miała także bierność organów ścigania w postępowaniu karnym wszczętym przez skarżącą przeciwko ojcu dziecka w celu wyegzekwowania swych praw. Zdaniem Komitetu w braku szczególnych okoliczności uzasadniających odmienne stanowisko, faktyczne pozbawienie rodzica możliwości utrzymania kontaktu z dzieckiem nie może zostać uznane za zgodne z jego najlepszym interesem.

<sup>80</sup> Na przykład w sprawie *L.P. p. Republice Czeskiej* (946/00), skarżącym był ojciec, który przez jedenaście lat napotykał poważne trudności w utrzymywaniu kontaktu ze swoim synem z powodu sprzeciwu ze strony matki. Na matkę dziecka były wprawdzie wielokrotnie nakładano kary grzywny, nie były one jednak w pełni egzekwowane, władze zaś nie podjęły innych środków zmierzających do wyegzekwowania praw skarżącego. Postępowanie karne wszczęte przez skarżącego przeciwko matce dziecka w roku 1994 nie zostało zakończone w czasie składania przez niego skargi do Komitetu w roku 2002. Wobec powyższego Komitet nie stwierdziwszy wystąpienia okoliczności uzasadniających ograniczenie praw skarżącego, uznał, iż władze krajowe dopuściły się naruszenia art. 17 (prawo do poszanowania życia prywatnego) w związku art. 2 ust. 1 i 2 (prawo do skutecznego środka prawnego).

rębny przedmiotowy zakres ochrony, co sprawia, że mogą być wykonywane niezależnie od siebie<sup>81</sup>. Należy także zauważyć, że ochrona gwarantowana w art. 23 ust. 2 nie ogranicza się wyłącznie do rodziny utworzonej poprzez zawarcie małżeństwa, lecz obejmuje swoim zakresem wszystkie formy kulturowe, w których rodzina występuje. Za tak szerokim określeniem zakresu ochrony prawa do założenia rodziny przemawia fakt, że poprawka Francji zmierzająca do zawężenia pojęcia rodziny w rozumieniu art. 23 ust. 2 do rodziny powstałej wskutek zawarcia małżeństwa, wniesiona podczas prac Komisji Praw Człowieka nad redakcją omawianego przepisu, nie została przyjęta<sup>82</sup>.

Prawa do założenia rodziny w rozumieniu art. 23 ust. 2 Paktu nie posiadają natomiast pary homoseksualne ani osoby samotne (niezależnie od tego, czy mieszkają same, czy też z dziećmi), omawiany przepis stanowi bowiem wyraźnie, że prawo to, podobnie jak prawo do zawarcia małżeństwa, przysługuje mężczyznom i kobietom<sup>83</sup>. Nie oznacza to jednak, że wskazane kategorie osób nie stanowią rodziny w rozumieniu art. 17 ust. 1 oraz art. 23 ust. 1 Paktu. Podobne stanowisko w omawianej kwestii zajął także Komitet, który w Komentarzu Ogólnym o równości praw mężczyzn i kobiet podkreślił znaczenie ochrony rodziny w przypadku par niebędących małżeństwem i ich dzieci oraz w przypadku rodziców samotnie wychowujących dzieci<sup>84</sup>.

Przedmiotem prawa do założenia rodziny jest prawo do prokreacji oraz prawo rodziny do wspólnego zamieszkiwania (z dziećmi lub bez)<sup>85</sup>. Rdzeniem prawa do założenia rodziny jest więc ochrona przed ingerencją zarówno ze strony państwa jak i podmiotów prywatnych w sferę decyzji jednostki dotyczących prokreacji. Państwa strony mogą wprawdzie podejmować różnego rodzaju środki dotyczące planowania rodziny, nie mogą one jednak przybierać charakteru dyskryminującego, czy też przymusowego. Przykładem ingerencji w omawiane prawo jest przymusowa sterylizacja, ogólny zakaz sztucznej inseminacji, zapłodnienia *in vitro*, zastępczego macierzyństwa, czy też dawstwo zarodków<sup>86</sup>. Istotne jest przy tym, że zakres ochrony komentowanego przepisu obejmuje nie tylko zakaz wprowadzania ograniczeń w sferze reprodukcji, lecz także obowiązek państwa podejmowania pozytywnych działań umożliwiających realizację tego prawa w inny sposób (np. poprzez umożliwienie przysposobienia dziecka, ewentualne stworzenie innych form prawnego powstania lub uznania stosunku rodzicielstwa, ułatwienie

<sup>81</sup> S.N. Carlson, G. Gisvold, op. cit., s. 140.

<sup>82</sup> M. Nowak, op. cit., s. 532.

<sup>83</sup>R. Burchill, op. cit., s. 214. M. Nowak dochodzi do tego samego wniosku poprzez odwołanie się do orzeczenia w sprawie *Joslin i in. p. Nowej Zelandii*, w którym Komitet uznał, że prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje jedynie parom heteroseksualnym. Zob. M. Nowak, op. cit. s. 532.

<sup>84</sup> Komentarz Ogólny nr 28/68 para. 27.

<sup>85</sup> S. Joseph, M. Castan, op. cit., s. 680.

<sup>86</sup> M. Nowak, op. cit., s. 533.

dostępu do nowoczesnych technik reprodukcji)<sup>87</sup>. Na prawo do założenia rodziny mogą więc powoływać się także pary heteroseksualne niezdolne do zrodzenia potomstwa w sposób naturalny.

W kontekście pozytywnych obowiązków państwa nasuwa się jednak pytanie, czy w świetle art. 23 ust. 2 Paktu państwa-strony mogą różnicować uprawnienia małżeństw oraz związków nie będących małżeństwem w zakresie podejmowanych przez nie pozytywnych działań dotyczących planowania rodziny. Dotyczy to w szczególności prawa do bezpłatnego dostępu do usług medycznych w zakresie leczenia bezpłodności czy też dostępu do technik wspomaganie prokreacji, finansowanych ze środków publicznych, Inną kwestią wiążącą się z omawianą problematyką jest określenie przez ustawodawcę krajowego kręgu osób uprawnionych do adopcji. Zważywszy, że prawo do założenia rodziny jest prawem odrębnym w stosunku do prawa do zawarcia małżeństwa, mimo że oba prawa charakteryzuje tożsamy zakres podmiotowy, należałoby przyjąć, że pozytywne działania państwa w zakresie prokreacji powinny być adresowane zarówno do małżeństw jak i do heteroseksualnych związków niebędących małżeństwem. Władze krajowe powinny też zapewnić możliwość adopcji dziecka zarówno przez małżeństwa, jak i przez związki partnerskie<sup>88</sup>.

Ponieważ podobnie jak prawo do zawarcia małżeństwa, prawo do założenia rodziny zostało zagwarantowane bez żadnych wyraźnych zastrzeżeń, zakres swobody ustawodawcy krajowego w kwestii dopuszczalności ograniczeń prawa do adopcji oraz prawa do wspomaganie prokreacji powinien być interpretowane zawężająco. Dokonując oceny dopuszczalności wskazanych ograniczeń, należy ustalić w szczególności, czy dane ograniczenie jest powszechnie przyjęte w prawodawstwie państw-stron oraz czy jest uzasadnione koniecznością osiągnięcia uprawnionego celu w rozumieniu Paktu<sup>89</sup>. Zdaniem cytowanego autora, oceniając ograniczenia prawa do założenia rodziny w oparciu o wskazane kryteria, warunki adopcji ustanowione w większości systemów prawnych (z wyjątkiem ograniczenia prawa przysposobienia do małżeństw) należy uznać za dopuszczalne. Trudniej natomiast wskazać powszechnie przyjęte ograniczenia prawa do prokreacji, które można by uznać za uprawnione w świetle postanowień Paktu. Za dopuszczalne można by uznać te zakazy lub ograniczenia w dziedzinie sztucznej prokreacji, które są konieczne w celu ochrony innych praw gwarantowanych przez Pakt, w szczególności prawa do życia, wolności od tortur, nieludzkiego albo poniżającego traktowania lub karania, wolności od bycia poddanym doświadczeniom medycznym lub naukowym wbrew własnej woli, zakazu niewolnictwa, poddaństwa i pracy przymusowej, prawa do ochrony przed ingerencją w życie prywatne i ro-

<sup>87</sup> R. Burchill, op. cit., s. 214.

<sup>88</sup> M. Nowak, op. cit., s. 533.

<sup>89</sup> Ibidem.



dzinne, praw dzieci oraz zakazu dyskryminacji. Przykładem takich ograniczeń jest zakaz płatnego zastępczego macierzyństwa, zakaz pełnej anonimowości dawców nasienia lub komórek jajowych, zakaz klonowania oraz wszelkich form manipulacji genetycznej oraz eksperymentów przeprowadzanych na embrionach<sup>90</sup>.

Drugim elementem prawa do założenia rodziny jest prawo małżonków do wspólnego zamieszkiwania wraz ze swymi dziećmi. Realizacja tego prawa wymaga podjęcia przez władze krajowe zarówno w płaszczyźnie wewnętrznej, jak i prawnomiędzynarodowej stosownych działań mających na celu łączenie rodzin, w szczególności w przypadku, gdy ich członkowie zostali rozdzieleni z powodów politycznych lub ekonomicznych<sup>91</sup>.

## Podsumowanie

Gwarancje prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz równych praw małżonków zawarte w art. 23 ust. 2-4 Paktu stanowią czynnik sprzyjający stopniowemu upowszechnianiu w społeczeństwach należących do pozaeuropejskich tradycji kulturowych powszechnie uznanych zasad i standardów w zakresie ochrony praw człowieka, jak zasada godności, zasada równości oraz zasada autonomii woli jednostki. Świadczy o tym przede wszystkim stanowcze potępienie przez Komitet Praw Człowieka małżeństw poligamicznych oraz praktyk zawierania małżeństw z naruszeniem wymogu swobodnej i pełnej zgody zainteresowanych osób, jak na przykład uznawane lub tolerowane przez władze krajowe porozumienia rodzin w sprawie wydawania za mąż niepełnoletnich kobiet. Uznanie wskazanych praktyk za niedopuszczalne przez Komitet należy w pełni zaaprobować, naruszają one bowiem istotę praw gwarantowanych w komentowanym postanowieniu Paktu. W pozostałym zakresie artykuł 23 ust. 2-4 pozostawia państwom-stronom Paktu pewną swobodę w przyjmowaniu regulacji skutkujących ograniczeniem przewidzianych w nim praw, mających na celu ochronę określonych wartości kulturowych, pod warunkiem, że wprowadzane ograniczenia będą formułowane oraz interpretowane ściśle i oszczędnie. Dotyczy to przede wszystkim regulacji przez władze krajowe zakresu niektórych przeszkód małżeńskich, jak chociażby określenie stopnia pokrewieństwa osób, które w świetle prawa krajowego nie mogą zawrzeć małżeństwa. W zakresie swobodnej decyzji poszczególnych państw pozostaje także kwestia uznania małżeństw homoseksualnych. Biorąc bowiem pod uwagę brak konsensusu w tej kwestii, zarówno w płaszczyźnie regionalnej, jak i globalnej, trudno oczekiwać od Komitetu zrewidowania obecnego stanowiska, zgodnie z którym prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje wy-

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> S. Joseph, M. Castan, op. cit., s. 680.

łącznie parom heteroseksualnym. Z podobnych względu nie należy się spodziewać, aby Komitet był skłonny przychylić się do postulowanej przez niektórych przedstawicieli doktryny szerokiej wykładni prawa do założenia rodziny, w świetle której należałoby uznać istnienie obowiązku zapewnienia przez władze krajowe szerokiego dostępu do nowoczesnych technik reprodukcji.

### Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest analiza prawa do zawarcia małżeństwo i założenia rodziny oraz zasady równych praw małżonków w świetle art. 23 ust. 2–4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W szczególności zbadano kwestię zgodności ze wskazanym postanowieniem poszczególnych przeszkód małżeńskich w kontekście postępujących przeobrażeń społecznych i obyczajowych, w tym kwestię prawnego uznania małżeństw homoseksualnych oraz problematykę dopuszczalności małżeństw poligamicznych. Ponadto omówiono zagadnienia dotyczące zdolności do zawarcia małżeństwa, zwłaszcza kwestię określenia minimalnego wieku uprawniającego do zawarcia małżeństwa oraz warunki niezbędne do wyrażenia przez nupturientów swobodnej i pełnej zgody. Następnie przedstawiono zasadę równych praw małżonków, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki prawa do kontaktów z dziećmi po ustaniu małżeństwa. Końcowa część artykułu została poświęcona prawnodogmatycznej analizie prawa do założenia rodziny ze wskazaniem jego autonomicznego charakteru oraz powiązań z prawem do zawarcia małżeństwa. Przedstawienie poglądów orzecznictwa Komitetu Praw Człowieka oraz doktryny prawniczej dotyczące komentowanego artykułu zostało wzbogacone o wymiar prawno-porównawczy, obejmujący odniesienia zarówno do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jak i do poglądów doktryny wypracowanych na gruncie polskiego prawa rodzinnego.

**Słowa kluczowe:** prawo do zawarcia małżeństwa, zdolność do zawarcia małżeństwa, przeszkody małżeńskie, uznanie małżeństw homoseksualnych, równe prawa małżonków, prawo do założenia rodziny.

### Анотація

#### **Право на укладення шлюбу і створення сім'ї та права подружжя у світлі Міжнародного пакту про громадянські та політичні права**

У статті аналізується право на укладення шлюбу і створення сім'ї, а також принцип рівних прав подружжя у світлі ст. 23 абз. 2–4 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Зокрема досліджено проблему відповідності окремих перешкод для укладення шлюбу тим суспільним та звичасвим змінам, які мають місце, у тому числі щодо проблеми юридичного закріплення одностатевих шлюбів, а також проблеми допустимості полігамних сімей. Крім того, розглянуто проблеми, які стосуються можливості укладення шлюбу, зокрема проблеми встановлення мі-

німального шлюбного віку, а також умов, необхідних для вираження сторонами вільної та повної згоди. Наступним кроком став розгляд принципу рівних прав подружжя, окрему увагу приділено проблемі права брати участь у вихованні дітей після розірвання шлюбу. Завершальну частину статті присвячено правно-догматичному аналізу права на створення сім'ї, акцентуючи увагу на його автономному характері та зв'язках з правом на укладення шлюбу. Аналіз рішень Комітету з прав людини та правової доктрини, що стосуються коментованої статті, збагатився правно-порівняльними аспектами, які стосуються як рішень Європейського суду з прав людини, так і доктринальних поглядів, сформованих на основі польського сімейного права.

**Ключові слова:** право на укладення шлюбу, можливість укладення шлюбу, перешкоди для укладення шлюбу, визнання одностатевих сімей, права подружжя, право на створення сім'ї.

### Summary

#### **Right to Marry and to Found a Family As Well As Rights of Spouses in the Light of the International Covenant on Civil and Political Rights**

The article discusses the right to marry, the right to found a family as well as the principle of equality, as enshrined in Article 23 para. 2–4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. In particular, issues relating to restrictions on these rights in the context of progressing social changes, including the issue of the recognition of same-sex marriages and the admissibility of polygamous marriages, are dealt with. Furthermore, the requirement of legal capacity to conclude a marriage, especially the concept of a marriageable age and the concept of free and full consent, are examined. When discussing the principle of equality in conjugal relationships, special emphasis is placed on the right to maintain contacts to one's children upon dissolution of a marriage. The final part of the paper contains examination of the right to found a family by emphasizing both its autonomous character and connections to the right to marry. The account of the jurisprudence of the Human Rights Committee and of the views of legal doctrine is expanded to include comparative aspects embracing the jurisprudence of the European Court of Human Rights and scholarly opinions formed in the context of Polish family law.

**Key words:** right to marry, capacity to enter into marriage, impedimenta, legal recognition of same-sex marriages, equal rights of spouses, right to found a family.