

Ks. Andrzej WÓJCIK
Papieska Akademia Teologiczna

EROZJA ZNACZENIA MAŁŻEŃSTWA NATURALNEGO WE WSPÓŁCZESNYCH PRZEMIŁANACH CYWILNEGO PRAWA MAŁŻEŃSKIEGO

Współczesny model prawny małżeństwa w państwach kultury zachodniej jest spadkobiercą modelu kanonicznego. Prawo Kościoła bowiem i jego stopniowa, jurydyczna conceptualizacja struktury prawnej małżeństwa były bazą wyjściową dla ujęcia tegoż małżeństwa w prawie cywilnym. Ujęcie to, jakkolwiek na skutek niemal powszechnego wprowadzenia instytucji rozvodu różniło się od modelu kanonicznego, w zasadniczych swoich zrębach było z tymże zbieżne. W prawie kościelnym i w prawie państwowym małżeństwo prezentowało się jako instytucja publiczna, w której między stronami istniał w założeniu przynajmniej nierozzerwalny węzeł prawny. Wyływały z niego dla stron ściśle określone prawa i obowiązki. Związek małżeński nie był traktowany przez państwo jako jeden z możliwych sposobów realizacji naturalnej skłonności istniejącej między mężczyzną i kobietą, lecz jako model jedyny, przynajmniej z prawnego oraz instytucjonalnego punktu widzenia.

Sytuacja ta uległa zmianie w drugiej połowie XX wieku, gdyż ten właśnie okres jest świadkiem początkowej fazy jakościowo nowego procesu, już nie tylko różnicującego w poszczególnych elementach instytucję małżeństwa we wspomnianych dwóch systemach prawnych, ale takiego, który sukcesywnie kwestionuje w prawie cywilnym sam jurydyczny oraz instytucjonalny charakter związku małżeńskiego. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest brak jednolitego w tym prawie, antropologicznego uzasadnienia dotychczasowych, wydawałoby się oczywistych regulacji prawnych. W tej perspektywie tradycyjny model małżeństwa posiada jedynie socjologiczno-demokratyczny gwarant stabilności, co jest równoznaczne z niestabilnością. Prawo cywilne, które ogranicza swoje źródła wyłącznie do pozytywnych rozwiązań ustawowych, a przy tym nie potrafi uzasadnić i wyznaczyć obszaru

w małżeństwie, który nie może podlegać zmianom socjologicznym, jest narażone na nieustanną zależność od owych zmian i od aktualnego, politycznego układu sił nacisku na władzę ustawodawczą.

1. Niektóre czynniki procesu

1. 1. Prywatyzacja

Jednym z czynników tego procesu jest tzw. prywatyzacja małżeństwa. Nie oznacza ona bynajmniej słusznej obrony prywatnej sfery życia małżeńskiego przed nieuzasadnioną interwencją władzy publicznej, lecz stopniowe oddawanie kwestii prawnych rządzących małżeństwem w ręce zainteresowanych stron¹. Mogą one w coraz większym zakresie konstruować małżeństwo, tzn. subiektywnie projektować samą istotę związku niedostępną do niedawna dla wolitywnej i subiektywnej sfery podmiotów.

Przykładem takiego procesu mogą być zmiany jurysprudencji amerykańskiej. Jeszcze w latach siedemdziesiątych XX wieku wszelkie przedmałżeńskie ugody dotyczące przyszłego, hipotetycznego rozwodu między stronami były „nie do pogodzenia ze świętością małżeństwa oraz z interesem państwa w jego ochronie”². Precedensem stało się orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Floryda w sprawie *Posner v. Posner*, które potraktowało małżeństwo na równi z innymi ekonomicznymi transakcjami³. Na przykładzie tym możemy zauważyć brak wystarczającego warsztatu konceptualnego, w tym przypadku jurysprudencji amerykańskiej, niezbędnego, aby móc skutecznie przeciwstawić się tzw. zmianom socjologicznym, dla których pojęcia typu „świętość małżeństwa” czy też „interes państwa” są na tyle nieprecyzyjne i mało przekonujące, iż mogą ulegać nieustannej redefinicji.

W prawie kanonicznym, jeśli w procesie o stwierdzenie nieważności małżeństwa zostanie udowodniona choćby hipotetyczna wola roz-

¹ Por. C. Martínez de Aguirre, *Diagnóstico sobre el derecho de familia*, Madrid 1996, s. 48–49.

² Orzeczenie Sądu Najwyższego stanu Alaska stwierdzało w sprawie *Brooks v. Brooks*: “The traditional common law view was that prenuptial agreements in contemplation on divorce [...] were inconsistent with the sanctity of marriage and the state’s interest in preserving marriage” (D. W. Kmiec, *The Catholic, Canon Law Conception of Marriage and the Present American Experience*, [w:] P.-J. Viladrich, J. Escrivá-Ivars, J. I. Bañares (ed.), *La expresión canónica del matrimonio ante el III milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, s. 1453.

³ Por. tamże.

wodu wprowadzona do aktu zgody małżeńskiej poprzez pozytywny akt woli przynajmniej jednej ze stron, owa nieważność musi zostać orzeczona. Narzędziami takiej konkluzji nie są jednak bynajmniej pojęcia „świętości małżeństwa” czy nawet „interesu Kościoła”, ale precyzyjne ukazanie związku przyczynowo-skutkowego między aktem woli stanowiącym zgodę małżeńską a strukturą małżeństwa *in facto esse*, wobec którego ów akt woli musi być proporcjonalny, a więc zdolny tę strukturę ufundować. Jeśli zostanie w nim dopuszczone istnienie cywilnej instancji zewnętrznej, która miałaby większą moc niż jednocząca siła węzła małżeńskiego, jest to równoznaczne z brakiem owej proporcjonalności⁴, bowiem to co jest chciane w tym akcie zgody to nie prawdziwy węzeł małżeński, lecz inny rodzaj związku.

Aby dojść do takich wniosków, trzeba precyzyjnie wiedzieć, czym jest małżeństwo. Prawo cywilne jednak pozwalając na wspomnianą prywatyzację *implicite* stwierdza, iż nie posiada prerogatyw czy kompetencji, aby definicję małżeństwa podać. Konsekwencją jest sukcesywne wycofywanie się prawa i oddawanie inicjatywy sferze prywatnej podmiotów w takich dziedzinach, jak zdolność do małżeństwa, prawa i obowiązki małżeńskie oraz rozwiązanie węzła⁵.

1. 2. Równe prawa dzieci zrównują prawa ich rodziców

Innym przykładem warsztatowej bezradności prawa cywilnego wobec zmian socjologicznych jest proces zrównania praw dzieci zrodzonych w małżeństwie oraz tych z pozamałżeńskich relacji. Kiedy w latach sześćdziesiątych powierza się Komisji Mortona w Wielkiej Brytanii opracowanie opinii na temat możliwego prawnego zrównania wspomnianych dzieci, dokument przez nią sporządzony jest pełen dezyderatów o charakterze moralnym, które, jakkolwiek same w sobie słuszne, w tym przypadku są całkowicie nieadekwatne, ponieważ dziecko nie może ponosić konsekwencji prawnych niemoralnego zachowania rodziców. Argumenty bardziej starały się umoralniać rodziców niż próbować znaleźć sposób pogodzenia konieczności zrównania praw dzieci z wyjątkową pozycją małżeństwa w systemie prawnym państwa⁶. Konsekwencją tej konceptualnej nieporadności były nie

⁴ P. J. Viladrich, *Konsens małżeński. Sposoby prawnej oceny i interpretacji w kanonicznych procesach o stwierdzenie nieważności małżeństwa*, Warszawa 2002, s. 350.

⁵ R. Navarro-Valls, *Matrimonio y derecho*, Madrid 1994, s. 46.

⁶ Komisja pisała: "So long as marriage is held to be voluntary union for life of one man with one woman, that conception is wholly incompatible with the provision that one or the other of the parties can, during the subsistence of the marriage, beget by

tylko słuszne skądinąd rozwiązania prawne przeciwstawiające się konkluzjom komisji, która nie dopuszczała możliwości zrównania praw wspomnianych dzieci, ale także, jako efekt uboczny, niebezpieczne na dłuższą metę zanegowanie samych słusznych moralnych argumentów broniących jedności małżeństwa. Skoro nie posłuchano komisji, zakwestionowano również argumenty, jakimi się posługiwała.

Podobny mechanizm legislacyjnego wylania dziecka z kąpielą można zaobserwować na przykładzie zmian prawa francuskiego. W tym przypadku równe prawa dzieci są stopniowo projektowane na rodziców, którzy sukcesywnie również są zrównywani prawnie bez względu na to, czy istnieje między nimi węzeł małżeński. I tak, w latach sześćdziesiątych francuski kodeks cywilny bierze pod uwagę jedynie rodzinę opartą na małżeństwie⁷. W roku 1970 zostaje wprowadzone do kodeksu pojęcie wspólnej władzy rodzicielskiej⁸; w 1972 zrównuje się prawnie dzieci prawego i nieprawego pochodzenia⁹; w 1987 pojęcie wspólnej władzy rodzicielskiej rozciąga się na rodziców nie żyjących w małżeństwie, którzy mogą ją wykonywać na podstawie wspólnej deklaracji¹⁰; w 1994 zrównuje się w kodeksie zdrowia publicznego małżeństwo i wolny związek, wprowadzając prawną definicję pary. Mówi się więc w tej ustawie o parze złożonej z kobiety i mężczyzny w wieku prokreacyjnym, żyjących w małżeństwie albo zdolnych udowodnić wspólne życie od co najmniej dwóch lat¹¹.

Jak widać w przedstawionym powyżej procesie, celem zmian ustawowych było dobro dziecka i zrównanie jego praw bez względu na po-

some other person children who may later be legitimated... Any departure from that conception can only be made by ignoring the essential moral principle that a man cannot, during the subsistence of marriage, beget lawful children by another woman. It is unthinkable that the state should lend its sanction to such a step, for it could not fail to result in a blurring of moral values in the public mind. A powerful deterrent to illicit relationships would be removed, with disastrous results for the status of marriage as at present understood". To, co komisja określiła jako „nie do pomyślenia”, stało się prawem w roku 1969, a w 1987 wyeliminowano z tekstów prawnych samo pojęcie „dziecko nieprawego pochodzenia”; por. M. A. Glendon, *The transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago 1989, s. 268–269.

⁷ Por. tamże, s. 262.

⁸ Por. C. Brunetti-Pons, *L'émergence d'une notion de couple en droit civil*, "Revue trimestrielle de droit civil" 1999 nr 1, s. 46.

⁹ Por. M. A. Glendon, jw., s. 262.

¹⁰ Por. C. Brunetti-Pons, jw., s. 29.

¹¹ "L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans" (tamże).

chodzenie. Dobra skądinąd intencja nie uwzględniła jednak intencji (również dobrej) dawnego ustawodawcy, który wprowadzał rozróżnienie na dzieci prawego i nieprawego pochodzenia, aby bronić jedności małżeństwa. Pojęcie jedności nie posiadało jednak wystarczającej siły argumentacyjnej, aby stanowić skuteczne uzasadnienie dla potrzeby zatrzymania owego egalitarystycznego procesu na dzieciach i nieprzenoszenia go bezkrytycznie na ich rodziców.

1. 3. Konstytucja nie jest gwarantem stabilności prawa małżeńskiego

Wobec erozji znaczeniowej pojęć związanych z małżeństwem nieskuteczne jest nawet umieszczenie ich w tekstach ustaw zasadniczych. Znamiennym przykładem może być potraktowanie pojęcia jedności małżeństwa przez konstytucyjną jurysprudencję włoską¹². W sentencji z roku 1961 włoski Trybunał Konstytucyjny twierdzi, że nie jest normą niekonstytucyjną art. 559 kodeksu karnego traktujący w różny sposób niewierność małżeńską po stronie mężczyzny w stosunku do takiego samego przestępstwa kobiety, jako że to ostatnie, według sentencji, zagraża bardziej jedności małżeństwa, która jest chroniona konstytucyjnie. Uzasadnieniem jest gwarantowana przez ustawę zasadniczą wyższość jedności małżeństwa nad zasadą równości¹³, kiedy obie stają ze sobą w sprzeczności. Osiem lat później tenże sam trybunał wydaje orzeczenie dokładnie przeciwne, tzn. uznaje za sprzeczny z konstytucją wspomniany zapis kodeksu karnego, a w uzasadnieniu podaje odmienny model socjologiczny jako punkt odniesienia. Nie zadaje sobie zatem trudu, aby dotrzeć do istoty treści art. 29 konstytucji i odpowiedzi na pytanie dlaczego jedność małżeństwa jest umieszczona na tak wysokim poziomie ochrony prawnej. Posługuje się natomiast dość łatwym wytrychem „zmian socjologicznych”, aby uzasadnić słuszną decyzję o niekonstytucjonalności wspomnianego zapisu kodeksu karnego i usprawiedliwić w jakiś sposób tak diametralną zmianę jurysprudencji. Dzieje się to w kontekście powszechnej w prawie zachodnim depenalizacji zdrady małżeńskiej. Po raz kolejny zatem zasadna zmiana prawa, w tym przypadku karnego,

¹² Por. A. Bettetini, *La secolarizzazione del matrimonio nell' esperienza giuridica contemporanea*, Padova 1996, s. 30–34.

¹³ Art. 29 włoskiej konstytucji brzmi w sposób następujący: „La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.

nie potrafi uniknąć deprecjacji dotychczasowych przedmiotów prawnej ochrony konstytucyjnej; w tym przypadku jedności małżeństwa. Na skutek wspomnianej sentencji pojęcie to staje się terminem otwartym na nieustanną reinterpretację znaczeniową zależną od aktualnego „modelu socjologicznego”.

Orzeczenia hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego ukazują ze swej strony pewnego rodzaju uchylanie się sędziów od jednoznacznych orzeczeń na temat zgodności lub niezgodności z konstytucją zrównania małżeństwa z wolnym związkiem w niektórych przywilejach ustawowo przewidzianych i zarezerwowanych do tej pory dla związku małżeńskiego. W sentencjach z roku 1987 r. trybunał orzeka, iż nie jest niezgodna z konstytucją odmowa przyznania renty z racji wdowieństwa dla osoby, która jedynie żyła *more uxorio*, bez zawierania związku małżeńskiego. W sentencji tej trybunał zaznacza jednak, iż ustawodawca czyni to rozróżnienie ciesząc się „najszerzą wolnością decyzji”¹⁴ i w konsekwencji przyznaje rentę wyłącznie tym, którzy żyli w małżeństwie. W roku 1994 rozwiązując tę samą kontrowersję Trybunał Konstytucyjny co prawda podejmuje taką samą ostateczną decyzję, tenor uzasadnienia jednak idzie dalej. Tym razem orzeczenie nie tylko potwierdza najszerszą wolność decyzji ustawodawcy w kwestii zrównania małżeństwa i wolnego związku, ale także *explicite* wyklucza niezgodność z konstytucją przyszłej, hipotetycznej ustawy, która by takie zrównanie wprowadzała. Możliwa zmiana zapatrywania ustawodawcy na wyjątkowość małżeństwa w systemie prawnym państwa zależy zatem według trybunału nie od konstytucji, a od odpowiedniego czasu i okoliczności¹⁵.

Umieszczenie terminu małżeństwo w konstytucji nie oznacza, jak widać, jego najwyższej ochrony prawnej rozumianej jako wyjątkowość w oczach prawa. Jurysprudencja włoska doszukała się np. konstytucyjnego uznania i ochrony wolnego związku określanego jako *famiglia di fatto* nawet pomimo precyzyjnego określenia terminu ‘rodzina’ w art. 29 ustawy zasadniczej jako „naturalnej społeczności opartej na

¹⁴ “[...] es posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida” (F. Aznar Gil, *Las uniones de hecho ante el ordenamiento canónico*, „Revista Española de Derecho Canónico” 48:1991, s. 50–51).

¹⁵ Hiszpański Trybunał Konstytucyjny orzekł: „[...] el legislador ‘podría conceder pensiones de viudedad a favor de quienes hubieran formado parejas de hecho y convivido *more uxorio*, no lo ha considerado oportuno por el momento’ sin que esto sea inconstitucional” (R. Navarro-Valls, *iw.*, s. 76).

małżeństwie”. Miejscem tego uznania ma być dyspozycja art. 2¹⁶, mówiącego o ochronie formacji społecznych, w których człowiek rozwija swoją osobowość¹⁷.

2. Różnica pomiędzy jurydycznymi ujęciami małżeństwa. Małżeństwo naturalne a współczesny model związku małżeńskiego w prawie cywilnym

Na podstawie powyższych przykładów można zadać paradoksalne pytanie, jaka koncepcja prawa w odniesieniu do małżeństwa stoi u podstaw owego braku koncepcji czy też wycofywania się z pozycji jasno i ostatecznie definiujących małżeństwo. W zarysowanym obrazie jest widoczna tendencja do przenoszenia akcentu z tego, co istnieje między osobami, na same osoby. Innymi słowy, prawo bardziej koncentruje się na jednostce i na jej prerogatywach w różnych międzyosobowych relacjach niż na tychże relacjach samych w sobie. Czymś trwałym i konkretnym dla prawa jest indywiduum i jego sfera wolności, relacje zaś między jednostkami są kontemplowane z perspektywy samych podmiotów oraz ich indywidualnych korzyści¹⁸. Przykład istnienia tego typu filozofii może stanowić definicja małżeństwa sformułowana przez szwedzkiego ministra sprawiedliwości w roku 1969, zawarta w wytycznych dla komisji przygotowującej reformę prawa dotyczącego rodziny: „Małżeństwo jest to dobrowolny związek dwóch niezależnych osób”¹⁹. Trzy lata później Sąd Najwyższy USA poszedł dalej, wykluczając z definicji małżeństwa traktowanie go jako pewną nową i niezależną jakość, redukując zaś do poziomu stowarzyszenia dwóch odrębnych jednostek²⁰.

¹⁶ „La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

¹⁷ Por. H. Corral Talciani, *Familia sin matrimonio. Modelo alternativo o contradicción excluyente?*, „Revista Chilena de Derecho” 21:1994, s. 265.

¹⁸ L. Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura Europea*, w. P.-J. Viladrich, J. Escrivá-Ivars, J. I. Bañares (ed.), *La expresión canónica...*, s. 1480.

¹⁹ M. T. Meulders Klein, *L'évolution du mariage et le sens de l'histoire: De l'institution au contrat et au-delà*, w. R. Ganghofer (ed.), *Le droit de la famille en Europe. Actes de Journées Internationales d'histoire du droit*, Strasbourg 1992, s. 215 (cytowane przez R. Navarro-Valls, jw., s. 4).

²⁰ “[...] the marital couple is not independent entity with a mind and heart of its own, but an association of two individuals each with a separate intellectual and emo-

Tak więc małżeństwo jawi się w tej perspektywie jako pozytywny związek prawny, podległy w swojej istotnej strukturze tym, którzy go tworzą lub ustawodawcy, który może zmieniać jego parametry w zależności od aktualnych socjologicznych trendów. W swojej istocie nie różni się zatem od tzw. zalegalizowanego wolnego związku. Różnice bowiem tkwią w tym przypadku jedynie w czysto pozytywnych niuansach formalnych mogących podlegać nieustannym zmianom.

Jaka jest zatem zasadnicza różnica pomiędzy tym małżeństwem otwartym na reinterpretację a małżeństwem naturalnym, które jest przedmiotem zainteresowania kanonistyki. Nie chodzi tu jedynie o różnicę najczęściej wymienianą czyli o możliwość lub brak możliwości rozwodu. Różnica bowiem tkwi w samym rozumieniu małżeństwa, a nie tylko w dopuszczaniu lub odrzucaniu jakiegoś pojedynczego elementu w jego konstrukcji.

Małżeństwo naturalne nie jest w swojej istocie dostępne dla sfery wolitywnej stron, które je zawarły, ani dla władzy cywilnej, która je uznaje w systemie prawnym państwa. Jest instytucją naturalną w takim znaczeniu, że o jej zaistnieniu decydują kobieta i mężczyzna wyrażający zgodę małżeńską, zaś o jej wewnętrznej strukturze decyduje sama natura, która umożliwia utworzenie specyficznej, komplementarnej jedności między kobiecością i męskością stron. W języku biblijnym określamy tę jedność „jednym ciałem”, w języku antropologicznym „jednością w naturze”, akcentując zaś wymiar prawny możemy nazwać małżeństwo *in facto esse* wzajemnym współposiadaniem tego, co stanowi o kobiecości i męskości stron, a zatem współposiadaniem ich osobowych ciał. To, co powstaje w wyniku jedności (również o wymiarze prawnym) tych ciał, jest nową, synergiczną jakością transcendującą zwykłą matematyczną sumę podmiotów²¹. Posiada swoją specyficzną *ordinatio ad finem*, z której wynikają podstawowe prawa i obowiązki stron.

Tak rozumiane małżeństwo pozwala dostrzec absolutnie suwerenną i wyłączną władzę, należącą do konkretnych kobiety i mężczyzny, stworzenia między sobą najbardziej podstawowej i ściśle zdeterminowanej w swojej wewnętrznej strukturze komórki społecznej, która również posiada swoją elementarną i naturalną strukturę prawną. Kobieta i mężczyzna, będąc jedynymi posiadaczami swoich osobowych ciał, aktualizują potencjalność tkwiącą w naturze kobiecości i męsko-

tional makeup” (D. W. Kmiec, jw., s. 1452). Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 453 1972.

²¹ Por. Jan Paweł II, *Litterae familiis datae ipso volvente sacro familiae anno MCMXCIV*, AAS 86:1994 nr 17, s. 904.

ści do stania się „jednym posiadaniem”; stałą komunikacją w samym komplementarnie, a więc w całej pełni ujętym człowieczeństwie. Wzajemnie się oddając i przyjmując w tym, co można przyjąć i oddać, tzn. w zmodalizowanych płciowo osobowych ciałach, stają się jednym jedynym *principium operationis*, rzecz jasna nie ontologicznie, ale relacyjnie i jurydycznie. Dzielą ze sobą, a więc czynią wspólną, i co za tym idzie należną ze sprawiedliwości, intymną przestrzeń między źródłem i aktem samostanowienia, innymi słowy między duszą i ciałem. Każde ich działanie zapośredniczone przez osobowe i płciowe ciało powinno być (w sensie powinności również prawnej) wspólne, tzn. takie, które ma zawsze na uwadze potwierdzenie, ochranianie oraz rozwijanie owej jedności w naturze, jaką utworzyli, a więc małżeństwa *in facto esse*, które staje się najbardziej podstawowym dobrem wspólnym małżonków.

Zatem wspomniana suwerenna władza należąca do kobiety i mężczyzny obejmuje również najbardziej podstawową możliwość „generowania prawa”; prawa „uprzedniego” wobec jakiegokolwiek zewnętrznej instancji, włącznie z instancją samego państwa²². Utworzony związek staje się bowiem specyficzną normą prawną; specyficzną *ordinatio ad bonum commune*, przy czym dobrem wspólnym nie jest w tym wypadku coś zewnętrznego wobec stron, lecz one same jako jedność w kobiecości i męskości, a zatem w człowieczeństwie. Tak więc małżeństwo naturalne w sposób najbardziej pierwotny artykułuje społeczność oraz istniejące w niej naturalne więzy prawne.

3. Skutki procesu desinstytucjonalizacji małżeństwa

3. 1. Indywidualizm prowadzący do etatyzmu

Jakie są zatem konsekwencje społeczno-prawne sukcesywnego poszerzania się przepaści pomiędzy przedstawionymi jurydycznymi ujęciami małżeństwa. Jedną z tych konsekwencji jest paradoksalne, w perspektywie wspomnianej prywatyzacji i zwrócenia się prawa cywilnego ku wyodrębnionej jednostce bardziej niż ku relacji między jednostkami, ograniczanie praw tejże jednostki na rzecz przerostu znaczenia państwa. Skoro małżeństwo jest coraz bardziej prywatne, a nie instytucjonalne; coraz bardziej zależne w swoim ujęciu prawnym od zmian socjologicznych, sankcjonowanych pozytywnie przez ustawodawcę, a nie niezależne i uprzednie wobec tegoż ustawodawcy, odma-

²² Por. P.-J. Viladrich, *La familia soberana*, “Ius Canonicum” 68:1994, s. 437.

wia się zatem podmiotom posiadania wspomnianej suwerennej władzy generowania prawa. Jedynym suwerenem w tej perspektywie staje władza państwowa. To ona w rezultacie jako wyłączna instancja sankcjonuje rodzaj, istnienie lub nieobecność konkretnych więzów prawnych między podmiotami. Zatem wszelkie ugody, porozumienia lub kontrakty między małżonkami, łącznie z tym, który ich czyni małżeństwem, są zwykłą fikcją²³, lub inaczej mówiąc zwykłym formalizmem uzależnionym od akceptacji państwa.

W konsekwencji jakiegokolwiek kwestie prawne dotyczące małżonków są siłą rzeczy oddane w ręce władzy państwowej kolonizującej całą przestrzeń naturalnych i autonomicznych więzów prawnych, którym odmawia się realnego istnienia²⁴. Następuje w rezultacie wzrost zewnętrznej normatywy, która musi zapełnić obszary opróżnione z naturalnego wymiaru prawnego przez wspomnianą antyinstytucjonalną i prywatyzującą tendencję. Można tu zauważyć mechanizm dwóch intensyfikujących się wzajemnie ekstremów ujęcia prawa: prywatyzującego z jednej strony oraz skrajnie publicznego z drugiej²⁵.

Ciekawym przykładem owego przerostu jurydycznej kreatywności władzy publicznej jest sentencja Sądu Najwyższego Kalifornii z roku 1976, w sprawie *Marvin v. Marvin*, która staje się potem częstym punktem odniesienia dla jurysprudencki amerykańskiej. Pozwany, znany wówczas aktor Lee Marvin, zostaje zobowiązany do wypłaty odszkodowania swojej byłej partnerce, z którą żył kilka lat bez jakiegokolwiek formalnego związku. Uzasadnieniem decyzji było istnienie między stronami, jak twierdzi sąd, pewnego kontraktu *implicite*²⁶. Władza sądownicza w tym przypadku stała się swoistą instancją uzupełniającą i kreatywną, tzn. tworzącą *a posteriori* kontrakt między stronami tam gdzie go w ogóle nie było i gdzie nie był przez strony zamierzony. Powodem tego zabiegu była obrona praw poszkodowanej jednostki. Obrona ta jest możliwa przy pomocy innych narzędzi prawnych, tutaj jednak zastosowano zabieg fikcyjnego przypisania stronom pewnych instytucjonalizujących decyzji, o których zapewne nie miały pojęcia.

²³ Por. J. Cruz Cruz, *Formas de amor y familia*, "Persona y Derecho" 10:1983, s. 306.

²⁴ Por. J. Maritain, *La persona y el bien común*, Buenos Aires 1968, s. 99.

²⁵ Por. Jan Paweł II, *Rapporti tra pubblico e privato: punto nodale nell'esperienza umana*, [w.] *Diritto e giustizia nel magistero pontificio. Da Pio XII a Giovanni Paolo II. (A cura dell'Unione Giuristi Cattolici Italiana)*, Roma 1998, s. 130.

²⁶ Por. M. A. Glendon, jw., s. 278–279.

3. 2. Dziecko przedmiotem ochrony prawnej państwa czy przedmiotem wspólnej troski rodziców?

Inny z efektów i konkretnych przykładów tej zdeformowanej symbiozy pomiędzy indywidualizmem i etatyzmem polega na zauważalnym obecnie społecznym i prawnym puerocentryzmie²⁷, wyrażającym się we wzroście ilości przepisów prawnych dotyczących dzieci. W niektórych przypadkach status prawny dziecka zbliża się do pozycji autonomicznego podmiotu, który używa swoich praw nawet przeciwko swoim rodzicom. Problemy się zaostrzają po rozpadzie związku stron, gdy władza państwowa musi pogodzić między sobą kilka subiektywnych, równoległych praw, należących do rodziców i do dzieci, dotyczących np. wychowania religijnego, prawa do odwiedzin itp. Można zauważyć również ingerencję władzy publicznej w obszar przekazywania wartości (szczególnie jeśli chodzi o tzw. edukację seksualną) oraz w nauczanie i wychowanie będące w pierwszym rzędzie prawem rodziców²⁸.

Dziecko w rzeczywistości należy do obszaru owego dobra wspólnego, jakim jest naturalne małżeństwo *in facto esse*. Elementarne więzi, również te o charakterze prawnym, jakie łączą rodziców i dziecko stwarzają autonomiczną przestrzeń wychowania. Dziecko jako osoba ludzka przekracza oczywiście to dobro wspólne małżonków i sukcesywnie, w miarę swojego rozwoju aż do pełnoletności, staje się coraz bardziej niezależne i wykracza, w sensie jurydycznym, poza obszar owego dobra. Zatem struktura małżeństwa naturalnego precyzyjnie wyznacza granicę pomiędzy autonomią rodziny w opiece nad dzieckiem a obszarem możliwych interwencji władzy publicznej. Oczywiście jest, że ta ostatnia musi reagować, jeśli podstawowe prawa dziecka są jaskrawo łamane przez rodziców. Można jednak dzisiaj zauważyć w zachodnich systemach prawnych nadmierną podejrzliwość ustawodawcy wobec rodziców²⁹. Wynika ona z przedstawionego powyżej mechanizmu. Jeśli dla władzy państwowej przedmiotem szczególnej ochrony prawnej jest indywidualnie pojęta jednostka, a naturalne i autonomiczne więzi prawne między jednostkami nie istnieją, każda relacja naturalnej nierówności i podporządkowania, jaka ma miejsce

²⁷ R. Navarro-Valls, jw., s. 51–53.

²⁸ Por. J. Haaland Matlary, *I diritti della maternità*, "Studi Cattolici" 1998 nr 444, s. 99.

²⁹ Por. P. Serna, *Crisis de la familia europea: una interpretación*, "Revista Chilena de Derecho" 21:1994, s. 240.

między rodzicami a dzieckiem, jest obszarem potencjalnego zagrożenia tego ostatniego, a co za tym idzie nadmiernego państwowego interwencji.

3. 3. Czy wolny związek potrzebuje małżeństwa?

Kolejne zjawisko, które w dalszej perspektywie może być wynikiem prywatyzacji i desinstytucjonalizacji małżeństwa, to usunięcie z systemu prawnego państwa trwałego punktu odniesienia w postaci węzła małżeńskiego i wypływających z niego precyzyjnych praw i obowiązków. Taki punkt odniesienia jest konieczny, aby w sposób skuteczny, w każdym konkretnym przypadku, bronić praw poszkodowanej strony również w innych, nieformalnych rodzajach wspólnego życia między kobietą i mężczyzną. Mimo tej korzyści, jaka płynie z istnienia owego punktu odniesienia, istnieje tendencja w prawie zachodnim do instytucjonalizacji (tzw. legalizacji) wolnego związku. Staje się on wówczas swego rodzaju małżeństwem drugiej kategorii, różniącym się od właściwego związku małżeńskiego jedynie stopniem formalizacji i stopniem łatwości zerwania kontraktu. Zatem struktura małżeństwa, nie mająca oparcia w pozaustawowej instancji, będzie ciążyła w takim układzie w kierunku swojej instytucji cienia, jakim jest „zalegalizowany” konkubinaty. W tej perspektywie inicjatywy stworzenia tego typu legalizacji są w gruncie rzeczy autodestrukcyjne, ponieważ pozbawiają partnerów w związkach nieformalnych jedynej instytucji – wzoru, koniecznej do konceptualizacji i obrony konkretnych praw stron w przypadku konfliktu interesów³⁰.

Mogą bowiem zaistnieć sytuacje, w których absolutyzacja indywidualnej wolności tychże stron, połączona z brakiem obiektywnego kryterium w postaci węzła małżeńskiego z jego precyzyjnymi prawami i obowiązkami, spowoduje utworzenie relacji niesprawiedliwych. W różnych wariantach nieformalnego związku strona słabsza może nie być w stanie z wielu powodów przewyciężyć nierówność we wzajemnym odniesieniu, ani zażądać *erga omnes* poszanowania swoich praw, zostały one bowiem wyeliminowane przez wolę stron i z zasady nie istnieją jako coś należnego. Jedynym uznanym przez strony „prawem” w tym przypadku jest możliwość kontynuowania lub zerwania związku. Jeśli jednak to zerwanie, ze względu na zależność jednej ze stron, jest niemożliwe albo spowoduje nawet pogorszenie jej sytuacji, wtedy jedynym kryterium wzajemnej relacji pozostaje przemoc strony

³⁰ Por. P.-J. Viladrich, *La familia. Documento 40'ONG's*, Madrid 1998, s. 73-

silniejszej. Taka postawa *laissez-faire* ze strony władzy publicznej wobec relacji rodzinnych oznacza nową postać społecznego darwinizmu³¹. Znaczna redukcja przeszkód małżeńskich, pochodzących z naturalnej niezdolności do zawarcia małżeństwa, a także powstrzymywanie się przez władzę publiczną przed ich stwierdzaniem, szczególnie w przypadkach wolnych związków, może przyczynić się niewątpliwie do zwiększenia ryzyka powstania owych niesprawiedliwych odniesień.

3. 4. Czy prawo potrzebuje małżeństwa?

Instytucja małżeństwa naturalnego i jej uprzednia oraz autonomiczna struktura prawna posiada także szersze znaczenie, jeśli chodzi o pojmowanie i percepcję prawa w ogólnej świadomości. Zanegowanie istnienia takiej struktury prowadzi do afirmacji monopolu władzy państwowej na kreowanie prawa. Skoro jednostka nie jest w stanie w sposób absolutnie autonomiczny wygenerować prawa, tzn. nie może stworzyć pewnej pierwotnej *ordinatio ad bonum commune*, oznacza to, iż owo prawo nie posiada ścisłego związku z naturą tejże osoby. Nabiera w ten sposób cech czysto zewnętrznej i formalnej techniki, mało związanej z etycznym wymiarem życia człowieka.

W tej perspektywie niezwykle trudnym staje się traktowanie normy prawnej w jej wymiarze etycznej powinności. Jakakolwiek prawna powinność jawi się więc jako zewnętrzny wymóg narzucony wolnej woli podmiotu ze strony instancji publicznej; jako wymóg nie mający nic wspólnego z wewnętrznym etycznym imperatywem³². W rezultacie mamy do czynienia z sytuacją sprzeczności polegającą na tym, iż z jednej strony promuje się na polu ustawodawczym indywidualistyczną wizję osoby w jej najbardziej intymnych i pierwotnych obszarach współżycia, jakimi są małżeństwo i rodzina, które decydują o społecznym kształcie osobowości i odniesieniu do dobra wspólnego, z drugiej zaś, władza publiczna podkreśla wagę solidarności społecznej narodowej i międzynarodowej³³.

*

* *

Powyższa prezentacja rozdziwisku pomiędzy strukturą małżeństwa naturalnego a tendencjami w aktualnym prawie cywilnym ukazuje, iż

³¹ Por. C. Martínez de Aguirre, jw., s. 111.

³² Por. G. Lo Castro, *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992, s. 82.

³³ Por. F. Carpintero, *Libertad y derecho*, "Persona y Derecho" 30:1994, s. 74.

nie można pozbawić małżeństwa jego naturalnego oraz instytucjonalnego wymiaru bez poniesienia negatywnych konsekwencji takiej redukcji w prawie państwowym. W tej perspektywie prawo kanoniczne jawi się jako ważny depozytariusz autentycznego studium, czym z perspektywy antropologiczno-prawnej, abstrahując od różnych ujęć konfesyjnych, jest małżeństwo. Studium to mogłoby stanowić istotną pomoc również dla jurystów zajmujących się prawem państwowym. Mogłoby pomóc w odpowiedzi na pytanie, dlaczego i co należy uważać za nienaruszalne w normatywie dotyczącej małżeństwa, aby nie zniszczyć specyficznej równowagi, jaką wprowadza w systemie prawnym państwa ochrona naturalnego węzła małżeńskiego.

LA EROSIÓN DEL SIGNIFICADO DEL MATRIMONIO NATURAL EN LOS CAMBIOS CONTEMPORANEOS DEL DERECHO MATRIMONIAL CIVIL

Resumen

El artículo presenta algunos factores del proceso que actualmente tiene lugar en el derecho matrimonial de los países occidentales. Dichos factores diferencian paulatinamente matrimonio civil, en su acepción de la institución jurídica, del modelo canónico que entiende matrimonio como institución de derecho natural. La figura jurídica del matrimonio civil se ve, de manera progresiva, privada de su contenido institucional y jurídico. Así pues, la privatización y desinstitucionalización del matrimonio hacen la esencia misma del vínculo conyugal accesible a la voluntad del individuo y a los cambios legislativos informados por los cambios sociológicos. La segunda parte del artículo presenta las consecuencias de este proceso. Podemos resumirlas en un mecanismo que produce en el ordenamiento jurídico una polarización y mutua intensificación de dos extremos: del privatista y del publicista de derecho matrimonial. La falta del vínculo conyugal, con sus precisos deberes y derechos de las partes, hace que, por un lado, tiene lugar una intromisión indebida del Estado en los ámbitos de la justa autonomía del individuo y, por el otro, la abstención de intervención por parte del poder público en unas situaciones injustas de prepotencia y desigualdad. Dichos dos extremos hacen también que el deber jurídico pierde su momento ético en su acepción por parte del destinatario de la ley.