

Tadeusz Jasudowicz

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 4, 19-40

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Tadeusz Jasudowicz

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, prawa osób transseksualnych, prawo do refundacji zabiegu medycznie wspomaganey prokreacji

1. *Travaux preparatoires* art. 12 Konwencji

W projekcie Konwencji, wypracowanym przez Ruch Europejski, art. 1g dotyczył zwłaszcza: *praw naturalnych, wynikających z małżeństwa i rodzicielstwa oraz praw należnych rodzinie*. Na włączenie tego postanowienia do Konwencji niewątpliwym wpływ miało, z jednej strony, postanowienie art. 16 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, a z drugiej strony, chęć i potrzeba odcięcia się od rasistowskich dekretów norymberskich dotyczących małżeństwa w Niemczech¹. 8 sierpnia 1949 r. Zgromadzenie Doradcze Rady Europy przyjęło rezolucję nr 38 domagającą się włączenia tego prawa do przygotowywanej Konwencji.

Art.10 ust. 2 raportu P.-H.Teitgena przewidywał *prawo do zawarcia małżeństwa za swobodną i pełną zgodą oraz założenia rodziny, zgodnie z art. 16 Deklaracji Narodów Zjednoczonych*². Nie została przyjęta poprawka sugerująca odłożenie tej sprawy do protokołu dodatkowego; przyjęta jednak została inna poprawka, dotycząca wyeliminowania zwrotu *za swobodną i pełną zgodą*³.

Problem włączenia tego prawa do tekstu Konwencji stał się ponownie przedmiotem zażartych dyskusji. Podkreślano brak jego związku z podstawowymi prawami politycznymi, charakterystycznymi dla Konwencji, oraz rozbieżności w unormowaniu prawnym małżeństwa w państwach członkowskich Rady Europy. Jego obrońcy zwracali uwagę na istnienie innych postanowień Konwencji zezwalających państwom na ustalanie reguł gwarantowania

¹ M. E. Mas, *Article 12*, [w:] *La Convention Europeenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, red. L. E. Pettiti, E. Decaux, P.-K. Imbert, Paris b.d.w., s. 438. Por.: J. Velu, RErgec, *La Convention Europeenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles 1990, s. 571.

² M.E.Mas, op.cit., s. 438.

³ Ibidem.

ochrony na ich terytoriach, oraz na okrutne naruszenia tego prawa przez nazistów. W rezultacie, prawo w projekcie utrzymano, sugerując wzorowanie się na art.16 Deklaracji Powszechnej⁴.

W toku prac komitetu ekspertów powołanego przez Komitet Ministrów Rady Europy, ekspert brytyjski zaproponował nową formułę, a specjalnie powołany komitet redakcyjny zasugerował tekst następujący: *1. Po osiągnięciu wieku małżeńskiego, mężczyzna i kobieta mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*. *2. Wysokie Umawiające się Strony mają tytuł do wydawania przepisów regulujących korzystanie z tych praw*⁵. Wobec niemożności osiągnięcia porozumienia w komitecie ekspertów, Komitet Ministrów zwołał Konferencję Wyższych Funkcjonariuszy, która się wypowiedziała na korzyść poprawki brytyjskiej, z kilkoma modyfikacjami⁶. W porównaniu z art. 16 Deklaracji Powszechnej – poza wspomnianym usunięciem wzmianki o swobodnej i pełnej zgodzie – wyeliminowano również zwroty dotyczące równych praw małżonków oraz prawa rodziny do ochrony⁷. Ostatecznie przyjęty tekst jest bardzo syntetyczny; niemniej jednak ustala podstawowe elementy prawa i zasadniczo odsyła do krajowej kompetencji regulacyjnej Umawiających się Stron.

Moim zdaniem, wyrugowanie elementów zgody i równości z określenia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny w art.12 Konwencji – jak by tego nie oceniać, a ja oceniam dość negatywnie – prowadzi do trudności praktycznych, jako że prawo to jawi się jako w pewnym sensie okaleczone czy nagie. One w sposób konieczny wchodzi i muszą wchodzić w grę. Ich zupełne wyodrębnienie, jakby zerwanie więzi z samym prawem do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, może prowadzić do wątpliwości i trudności praktycznych. To prawda, że one i tak wejdą w grę z mocy owych *ustaw krajowych regulujących korzystanie z tego prawa*, jednakże – wobec okaleczenia czy obnażenia tego prawa – umawiające się państwa uzyskiwały niejako już nie tylko szeroki czy bardzo szeroki margines oceny, ale zgoła *carte blanche* dla wszelkich i jakichkolwiek unormowań. Toteż, moim zdaniem, fundamentalne wymagania zgody i równości stanowią elementy *ius necessarium* w każdej koncepcji zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, choćby wyraźnie ich do tekstu traktatowego nie wprowadzono.

2. Art. 12 w katalogu praw konwencyjnych

Art. 12 Konwencji zamyka katalog praw chronionych, bezpośrednio w niej samej umocowanych. Oczywiście, z faktu, że komentowane prawo stanowi końcowy element tego katalogu, nie można – prawnie rzecz biorąc – wywodzić żadnych konsekwencji, ani pozytywnych, ani też negatywnych.

⁴ Ibidem, s. 439.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, s. 440.

Syntetyczna postać, w jakiej artykuł został ujęty, pozwala mimo wszystko na precyzyjne ustalenie istotnych wyznaczników dotyczących podmiotów uprawnionych do zawarcia małżeństwa, przesądzenie o jedności tego prawa, w którym zawarcie małżeństwa i założenie rodziny to jakby dwie strony tego samego medalu, a także bardzo istotne odesłanie do krajowej kompetencji reglamentacyjnej.

Zwraca zarazem uwagę fakt, że w samym sformułowaniu komentowanego artykułu – poza wymogiem *wieku małżeńskiego* – nie ma żadnych elementów ograniczających korzystanie z tego prawa, nie towarzyszy też temu prawu klauzula limitacyjna, tak charakterystyczna dla postanowień w Konwencji prawo to bezpośrednio poprzedzających. Nie musi to oznaczać i wcale nie oznacza, iżby było to prawo absolutne. Jak słusznie zauważa van Dijk, *Art. 12 nie posiada drugiego ustępu ustalającego możliwości ograniczeń; Jednakże z włączenia formuły „zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”, jasno wynika, iż art. 12 nie gwarantuje prawa nieograniczonego Ustawodawstwu krajowemu pozostawiono pewien margines dla poddania korzystania z prawa umocowanego w art. 12 pewnym warunkom, regulującym konsekwencje prawne małżeństwa i ustalającym przepisy dotyczące wynikających z niego więzi rodzinnych. Jednakże zakres przyznany prawu krajowemu nie jest nieograniczony, ponieważ czyniłoby to art. 12 zbyt sztywnym. Ograniczenia płynące z prawa krajowego nie mogą ograniczać czy redukować prawa do zawarcia małżeństwa w taki sposób bądź w takim zakresie, by doznawała szwanku sama istota tego prawa*⁸.

Jak stwierdziła Komisja w sprawie van Oosterwijck, *aczkolwiek prawo do zawarcia małżeństwa zostaje w ten sposób w znaczącym zakresie poddane przez sam art. 12 ustawodawstwu krajowemu, prawu krajowemu każdego z małżonków bądź prawu forum, to odwołanie się do prawa krajowego nie może upoważniać państw w zupełności do pozbawienia osoby czy kategorii osób prawa do zawarcia małżeństwa*⁹. Przypomniała zarazem, że – jak to stwierdził wcześniej Trybunał – *środek, który reguluje korzystanie z prawa, nie może obejmować ingerencji w substancję samego tego prawa*¹⁰. W innej sprawie doprecyzowała, iż *Rolą prawa krajowego, jak na to wskazuje sformułowanie art. 12, jest „rządzić korzystaniem” z tego prawa; dodając, że prawo krajowe nie może swoją drogą pozbawiać osoby czy kategorii osób pełnej zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa. Nie może też w sposób istotny ingerować w korzystanie przez nie z tego prawa*¹¹.

⁸ P. van Dijk, *Chapter 16: The Right to Marry and to Found a Family (Article 12)*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., ed. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Antwerpen-Oxford b.d.w., s. 842.

⁹ *Digest of Strassbourg Case-law relating to the European Convention on Human Rights*, vol.3, Köln-Berlin-Bonn-München 1984, s. 572.

¹⁰ Ibidem. Por.: *Belgian Linguistic Cases*. Wyrok ETPC z 23 lipca 1968 r., ser.A, nr 6, pkt 5; *Golder Case*, wyrok z 21 lutego 1975, ser.A, nr 18, pkt 38.

¹¹ *Digest*, t. 3, s. 592.

Jak wskazuje Mas, odwołanie się art. 12 do *ustaw krajowych [...] już dorozumiewa ograniczenia, choćby nawet tekst ten nie zawierał drugiego paragrafu podobnego do paragrafu w art. 8, 9, 10 i 11 Konwencji*; jego zdaniem, *pozostawiony tu państwu margines oceny jest o wiele szerszy: mogą one reglamentować małżeństwo, jego celebrowanie i jego skutki, uwzględniając swe rozmaite tradycje*¹².

Słusznie zwraca uwagę van Dijk, że – odwołując się do prawa krajowego – art. 12 Konwencji *akceptuje możliwość różnienia się systemów prawnych Umawiających się Państw co do wchodzących w grę zagadnień, a zarazem nie przewiduje rozwiązania dla przypadków, w których zawarcie małżeństwa pozostaje w związku z różnymi systemami prawnymi; zatem, pozostawione to jest regułem prawa prywatnego międzynarodowego (prawa kolizyjnego) znajdującym zastosowanie w kraju, gdzie zawarcie małżeństwa ma miejsce*¹³. Mas – zwracając uwagę, że reguły prawa kolizyjnego *stanowią składnik prawa wewnętrznego Umawiających się Państw a w konsekwencji nic nie stoi na przeszkodzie stosowaniu w pewnych przypadkach ustaw obcych, do których reguły te się odwołują, pod warunkiem, że nie naruszają one art. 12 lub istotnego przepisu krajowego*¹⁴. Stosowanie reguł prawa kolizyjnego nie może również powodować dyskryminacji¹⁵.

Niestety, prawo to nie znalazło się w katalogu praw niederogowalnych, określonych w art. 15 ust. 2 Konwencji. Występuje więc swego rodzaju niekonsekwencja: z jednej strony, ma się wrażenie, że chodzi o prawo zbliżające się w swym charakterze do absolutnego; z drugiej strony, formalnie gwarancje absolutnego charakteru mu nie służą¹⁶. Warto więc w tym miejscu uświadomić i przypomnieć, że w katalogu praw niederogowalnych klauzuli derogacyjnej art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka znalazło się miejsce dla jej art.17: Prawa rodziny, obejmującego swoją substancją także prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny¹⁷. W sposób szczególny warto podkreślić, że – mocą art.233 ust.1 Konstytucji RP z 1997 r. – *w czasie stanu wojennego i wyjątkowego ustawa nie może ograniczyć m.in. art. 48 i art. 72 (rodzina i dziecko)*¹⁸.

¹² N. E. Mas, op.cit., s. 447.

¹³ P. van Dijk, op.cit., s. 845.

¹⁴ N.E.Mas, op.cit., s. 449. Por.: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 573–574.

¹⁵ N. E. Mas, op.cit., s. 451.

¹⁶ Por.: P. van Dijk, op.cit., s. 862; J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 572.

¹⁷ Tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, oprac. B. Gronowska, T. Jasudowicz, C. Mik, Toruń 1996, s. 311 i n.

¹⁸ *Konstytucja RP* z 2 kwietnia 1997 r. – Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483.

3. Analiza prawa z art.12 Konwencji

3.1. Prawo do zawarcia małżeństwa

Trzy podstawowe pojęcia użyte w art. 12 Konwencji wymagają wyjaśnienia: po pierwsze, *zawarcie małżeństwa*, a w jego ramach przede wszystkim pojęcie *małżeństwa*; po drugie, *założenie rodziny*, a w jego ramach w pierwszym rzędzie pojęcie *rodziny*; oraz po trzecie, *wiek matżeński*.

Zacznijmy od tego ostatniego pojęcia. Jest rzeczą charakterystyczną i zastanawiającą, że uznane komentarze w ogóle tego problemu nie dotyczą. Van Dijk ogranicza się w tym względzie do stwierdzenia, że *w kwestii, kiedy osoba osiąga wiek matżeński, nie musi być również odpowiedź udzielana w taki sam sposób we wszystkich umawiających się państwach*¹⁹. Dodaje przy tym na szczęście, że *Tak długo, jak długo zachowany jest rozsądny stosunek między taką granicą wieku a koncepcją „wieku matżeńskiego”, esencja tego prawa nie doznaje w stosunku do nich [tj. osób poniżej tej granicy wieku – T.J.] szwanku*²⁰.

W każdym razie Konwencja – choć wymóg wieku matżeńskiego wprowadza – zupełnie takiego wieku nie określa. Także w orzecznictwie strasburskim kwestia ta nie została precyzyjnie rozstrzygnięta. Wymóg ten – jak by nie było – wchodzi jednak do istoty komentowanego prawa i nie może być przez państwo–stronę zupełnie wyeliminowany. Warto przypomnieć, że pewne wnioski wynikają z postanowień art.1 /c/ i /d/ Konwencji Uzupełniającej w sprawie Zniesienia Niewolnictwa, Handlu Niewolnikami oraz Instytucji i Praktyk podobnych do Niewolnictwa z 7 września 1956 r.²¹ Konwencja w sprawie Zgody na Małżeństwo, Minimalnego Wiek Matżeńskiego oraz Rejestracji Małżeństw z 7 listopada 1962 r. zobowiązuje w art. 2 państwa–strony do podjęcia *działań ustawodawczych dla określenia minimalnego wieku matżeńskiego i wyklucza zawarcie małżeństwa przez osobę, która nie osiągnęła tego wieku, za wyjątkiem sytuacji, w których kompetentne władza udzieli – z poważnych powodów i w interesie przyszłych matżonków – dyspensy co do tego wieku*²². W szczególności, Konwencja w sprawie Wyeliminowania Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet z 18.XII.1979 r. w art. 16 ust. 2 wyklucza skutki prawne *przrzeczenia małżeństwa oraz małżeństwa dziecka i również przewiduje podjęcie działań celem określenia dolnej granicy wieku zdolności do zawarcia związku matżeńskiego*²³.

Pojęcie *małżeństwa* w rozumieniu art.12 dotyczy *mężczyzn i kobiet*, a zatem prawo do zawarcia małżeństwa przysługuje w zasadzie każdemu mężczyźnie i każdej kobiecie, wobec czego – jak to ujmuje Europejski Trybunał Praw

¹⁹ P. van Dijk, op.cit., s. 844.

²⁰ Ibidem, s. 845.

²¹ Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Zbiór dokumentów*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 102.

²² Tekst [w:] ibidem, s. 95 i n.

²³ Tekst [w:] ibidem, s. 48 i n.

Człowieka – chodzi tu o *tradycyjne małżeństwo między dwiema osobami przeciwstawnej płci biologicznej*²⁴. Już w 1979 r. Komisja w sprawie van Oosterwijck stwierdziła, że – *niezależnie od jakichkolwiek warunków substancjalnych nakładanych przez jakiekolwiek ustawodawstwo krajowe – małżeństwo wymaga istnienia relacji między dwiema osobami przeciwstawnej płci*²⁵. W sprawie Cossey Trybunał ponownie sprzeciwił się *jakiemukolwiek uchylaniu tradycyjnej koncepcji małżeństwa i powtórzył, że o przeszkodzie prawnej dotyczącej małżeństwa osób, które nie są przeciwstawnej płci biologicznej, nie da się powiedzieć, iżby godziła w samą esencję prawa do zawarcia małżeństwa*²⁶. W swej opinii odrębnej sędzieja Martens – chociaż zgodził się, że art. 12 odnosi się do dwojga osób przeciwstawnej płci – uważał, że wcale nie musi to oznaczać, iżby „płeć” w tym kontekście koniecznie musiała oznaczać „płeć biologiczną”. Zauważył przy tym, że: *Małżeństwo jest czymś o wiele więcej niż li tylko związkiem seksualnym, a zatem zdolność do pożycia seksualnego nie jest „istotna” dla małżeństwa. Osoby, które nie są albo przestały być zdolne do prokreacji albo utrzymywania pożycia seksualnego, również mogą chcieć zawierać i zawierają małżeństwa. Dzieje się tak dlatego, że małżeństwo jest czymś o wiele więcej niż li tylko związkiem, który legitymizuje życie seksualne i ma na celu prokreację; to instytucja prawna, która wytwarza trwałą relację prawną między obojgiem partnerów a stronami trzecimi (w tym – władzami); co więcej, to rodzaj jedności („togetherness”), w której więzi intelektualne, duchowe i emocjonalne są co najmniej tak istotne, jak więź fizyczna*.²⁷ Także w sprawie Sheffield i Horsham Trybunał potwierdził, iż *to przywiązanie do tradycyjnej koncepcji małżeństwa w art. 12 stanowi wystarczający powód dla dalszego przyjmowania przez państwo kryteriów biologicznych w celu określenia płci osoby z punktu widzenia małżeństwa w ramach kompetencji państwa do regulowania prawem krajowym korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa*²⁸.

3.2. Prawo do założenia rodziny

Jeśli chodzi o pojęcie *założenia rodziny*, Trybunał uznał, że nie wchodzi w zakres art. 12 *sytuacje, które pod pewnymi względami są porównywalne z małżeństwem*, w tym sytuacja rodziców „nieprawowitego” dziecka²⁹. Komisja zaś odrzuciła dopatrywanie się naruszenia art. 12 w tym, że *dzieci nieprawowite redukują szanse ich matek na małżeństwo*³⁰. I przeciwnie, widziała

²⁴ Por. wyrok ETPC w sprawie *Rees v. the United Kingdom* z 17 października 1986 r., ser.A, nr 106, pkt 49.

²⁵ Por.: *Digest*, vol. 3, s. 573.

²⁶ *Cossey Case*, wyrok ETPC z 27 września 19980 r., pkt 46.

²⁷ *Ibidem*, *in fine*.

²⁸ *Sheffield and Horsham Case*, wyrok z 30 lipca 1998 r., pkt 66–67.

²⁹ *Marckx Case*, wyrok ETPC z 13 czerwca 1979 r., ser. A, nr 31, pkt 67.

³⁰ *Marckx Case*. Raport Komisji z 10 grudnia 1977 r., ser.B, nr 29, pkt 103. Por. w tejże sprawie – dec. o dopuszczalności z 29 września 1975 r., [w:] *Decisions and Reports (DR)* 3, s. 133.

problem z art. 12 w związku z wymaganiem od matki *dziecka nieprawowitego* – dla nadania mu takich samych praw jak dziecku prawowitemu – jego legitymizacji, a więc zawarcia małżeństwa³¹. Komisja uznała również, że – *choć prawo do założenia rodziny jest prawem absolutnym, w tym sensie, że żadne ograniczenia podobne do ograniczeń w par. 2 art. 8 Konwencji nie są wyraźnie przewidziane – nie oznacza to, iżby osobie w każdym czasie należało zapewnić autentyczną możliwość prokreacji jej potomków*³². W innej sprawie stwierdziła: *Aczkolwiek małżeństwo i rodzina faktycznie w Konwencji i w krajowych systemach prawnych są połączone, nie ma jednak niczego, co by wspierało wniosek, jakoby zdolność do prokreacji stanowiła istotny warunek małżeństwa bądź jakoby prokreacja była istotnym celem małżeństwa, wskazując wobec postoperacyjnego transseksualisty, że operacja, jaką przeszedł skarżący, pozbawiła go zdolności prokreacji, a więc to on sam uczynił się niezdolnym do korzystania z prawa do założenia rodziny, które art. 12 nierozdzielnie dołącza do prawa do zawarcia małżeństwa*³³.

Jak zauważa van Dijk, art. 12 nie implikuje pozytywnego zobowiązania do zagwarantowania społeczno-gospodarczego prawa np. do wystarczającego poziomu życia oraz wystarczających środków dla utrzymania rodziny, lecz w pierwszym rzędzie zawiera zakaz ingerowania władz w założenie rodziny, wobec czego ustawy krajowe nie mogą wykluczyć go zupełnie bądź ugodzić je w jego esencji, np. poprzez wprowadzenie przymusowego używania środków antykoncepcyjnych, zarządzanie niedobrowolnej sterylizacji lub aborcji albo tolerowanie ich dokonywania³⁴. Koncepcja rodziny w art. 12 ogranicza się do kręgu rodziców i dzieci, zaś zarzut dotyczący rzekomego uniemożliwienia skarżącym założenia większej rodziny dzięki posiadaniu wnuków, w sytuacji, gdy ich dzieci wybrały celibat, został uznany za niedopuszczalny *ratione materiae*, bowiem: *prawo do posiadania wnuków ani prawo do prokreacji nie są objęte przez art. 12*³⁵. Można powiedzieć, że chodzi tu o tzw. małą rodzinę, i to rodzinę opartą na małżeństwie³⁶.

Velu i Ergec silnie podkreślają, że *Prawo do założenia rodziny jest intymnie związane z prawem do zawarcia małżeństwa. Jak na to wskazuje spójnik „i”, art. 12 ma na myśli te dwa prawa jako prawa pojedyncze; drugie prawo prezentuje się w jakimś sensie jako odpowiednik pierwszego, a zatem rodzina zakłada istnienie związku małżeńskiego, w tym sensie, że osoba samotna nie może wywodzić z art. 12 prawa do adopcji dziecka*³⁷. Podobnie, zdaniem P. van Dijka, dwa prawa są w art. 12 złączone w jedno prawo, za pośrednictwem słów „korzystanie z tego prawa”, przy czym w tymże kierunku wskazują

³¹ Ibidem.

³² Skarga nr 6564/74. dec. o dopuszczalności z 21 maja 1975, DR 2. s. 106.

³³ *Van Oosterwijck Case*, raport Komisji z 1 marca 1979, ser. B, nr 36, pkt 59.

³⁴ P. van Dijk, op.cit., s. 853–854.

³⁵ Ibidem, s. 854.

³⁶ Por.: *Rees v. the United Kingdom*, wyrok ETPC, ser. A, nr 106, pkt 49; *Cossey Case*, pkt 43a.

³⁷ J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 574.

słowa „w wieku matżeńskim”; wobec tego – jak stwierdził Trybunał w sprawie Rees: Art. 12 jest w głównej mierze zainteresowany ochroną małżeństwa jako podstawy rodziny³⁸.

Jak by nie było, z zawarciem małżeństwa naturalnie i ściśle się kojarzy założenie rodziny, a zatem również prokreacja i prawo do prokreacji, którego w związku małżeńskim negować niepodobna. Oczywiście, nie jest to prawo absolutne; liczy się ono i musi się liczyć z naturalną zdolnością do prokreacji obojga i każdego z małżonków; wyklucza zarazem formy pożycia małżeńskiego angażując przemoc w ogóle, a gwałt w szczególności. Nie od rzeczy jest tu przypomnieć, że w dwóch sprawach brytyjskich z 1995 r. Trybunał – badając je z punktu widzenia art. 7 Konwencji, w związku z odejściem systemu brytyjskiego od tradycji tzw. immunitetu mężowskiego – wyraźnie podkreślił, że *pozostawało to w zgodzie nie tylko z cywilizowaną koncepcją małżeństwa, lecz także – nade wszystko – z fundamentalnymi celami Konwencji, samą istotą których jest poszanowanie ludzkiej godności i ludzkiej wolności*³⁹. Tym bardziej, wszelki przymus i przemoc ze strony państwa zakładający przymusowe używanie środków antykoncepcyjnych lub poronnych bądź sterylizację czy aborcję muszą być co do zasady wykluczone.

Nieuleczalny brak naturalnej zdolności do prokreacji, zwłaszcza po stronie małżonka, chociaż nie tylko, otwiera nas na problematykę medycznie wspomaganą prokreacji. Trybunał bez zdziwienia i bez oporów przyjmował do wiadomości dopuszczanie przez państwa–strony, a nawet finansowanie przez nie technik sztucznej prokreacji ludzkiej, aczkolwiek przypadków takich nie badał z perspektywy art.12 Konwencji, lecz raczej jej art.8 i art. 2. Akceptował więc przypadki realizacji tą metodą *prawa do założenia rodziny*.

Podobnie, zwłaszcza Komisja, wielokrotnie stawiała wobec problematyki adopcji. W sprawie X. przeciwko Belgii i Holandii Komisja stwierdziła, że *prawo do adopcji nie jest jako takie włączone do zbioru praw gwarantowanych przez Konwencję*; Komisja uznała – co prawda – że *państwo nie może rozdzielić dwóch osób złączonych kontraktem adopcyjnym ani zakazać im spotkania się*, jednakże *nie można stąd wywodzić pozytywnego zobowiązania państwa do przyznania specjalnego statusu – statusu adopcyjnego – skarżącemu i osobie pod jego pieczę*⁴⁰.

W sprawie X. i Y. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Komisja nie zaakceptowała stanowiska rządu pozwanego, jakoby słowo „rodzina” w art. 12 nie mogło być interpretowane jako obejmujące osoby inne niż naturalne

³⁸ P. van Dijk, op.cit., s. 856. Por.: Rees..., pkt 49.

³⁹ *Case of S.W. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22 listopada 1995, ser. A, nr 335-B, pkt 44; *Case of C.R. v. the United Kingdom*, wyrok z tegoż dnia, ser. A, nr 335-C, pkt 42.

⁴⁰ *X. v. Belgium and the Netherlands*, dec. o dopuszczalności z 10 lipca 1975, DR 7, s. 77. Problem orzeczenia adopcyjnego sądu bez zgody matki biologicznej rozpatrywała Komisja z perspektywy art. 8 EKPC oraz Europejskiej Konwencji w sprawie Adopcji Dzieci z 1967 r. – por.: *X. v. the United Kingdom*, dec.o dopuszczalności z 11 lipca 1977, DR 11. s.165 i n.

dzieci związku małżeńskiego, zwracając uwagę na to, że o adopcji dziecka i jego integracji w rodzinie ze związkiem małżeńskim można – przynajmniej w niektórych okolicznościach – powiedzieć, iż stanowi założenie rodziny przez ten związek. Zupełnie zrozumiałym jest, że „rodzina” może w ten sposób zostać „założona”⁴¹. Zarazem, aczkolwiek mieści się dorozumienie w art. 12, iż gwarantuje on prawo do prokreacji dzieci, nie gwarantuje on jako takiego prawa do adoptowania bądź zintegrowania w rodzinie w inny sposób dziecka, które nie jest dzieckiem naturalnym tego związku. Zdaniem Komisji, prawu krajowemu pozostawione jest rozstrzygnięcie, czy bądź na jakich warunkach można dopuścić korzystanie z tego prawa w taki sposób⁴². W innej sprawie Komisja dodała, że koncepcja życia rodzinnego w znaczącej liczbie państw członkowskich upoważnia do poglądu, iż założenie rodziny w znaczeniu art. 12 ma na względzie nie tylko dzieci naturalne, ale także dzieci adopcyjne. Jak przewidyuje ten artykuł, korzystaniem z takiego prawa rządzą ustawy krajowe⁴³.

3.3. Prawo z art.12 Konwencji w interakcji z innymi prawami

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny pozostaje, oczywiście, w związku i interakcji z niektórymi innymi prawami umocowanymi w Konwencji. Przede wszystkim chodzi tu o jej art. 8, i to w aspekcie – jak to ujęła Komisja – szerszej koncepcji „życia rodzinnego”, gdyż można również powiedzieć o niektórych aspektach praw chronionych przez ten artykuł, iż tworzą część „życia rodzinnego” w art. 8⁴⁴. Gdy skarżący już pozostawali w związku małżeńskim i już założyli rodzinę, Komisja uznała, że *Ingerencja w życie rodzinne, która jest usprawiedliwiona na podstawie art. 8 ust. 2 Konwencji, nie może jednocześnie stanowić naruszenia art. 12*⁴⁵. W zasadzie, gdy istnieje już małżeństwo, ingerencja w życie małżeńskie dwojga osób jest problemem badanym na podstawie art. 8 Konwencji, nie zaś art. 12; zdarza się jednak, że oddzielnie będzie podlegał zbadaniu zarzut oparty na art. 12, gdy wchodzi w grę kwestia z zakresu prawa do założenia rodziny⁴⁶. P. van Dijk wskazuje,

⁴¹ *X. and Y. v. the United Kingdom*, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, DR 12, s. 34.

⁴² *Ibidem*. Odmowę uznania w W. Brytanii adopcji dokonanej w Indiach uznała Komisja za dającą się pogodzić z art. 12, ponieważ *odnośne ustawy krajowe nie dopuszczają korzystania z tego prawa w taki sposób*, a przy tym *nie było ingerencji w prawo pierwszego skarżącego i jego żony do prokreacji dzieci* – *ibidem*, s. 35.

⁴³ *X. v. the Netherlands*, dec. o dopuszczalności z 10 marca 1981, DR 24, s. 177–178. Chodziło o adoptowanie przez małżeństwo osób w podeszłym wieku dwojga dzieci polskich w wieku szkolnym, co przeczyło ustawowym kryteriom wieku przedszkolnego dzieci oraz różnicy wieku między adoptującymi a adoptowanymi. Komisja nie dopatrzyła się sprzeczności z art. 12, ponieważ *odnośne ustawy krajowe nie dopuszczają korzystania z tego prawa w sposób rozważany przez skarżącą i jej męża*.

⁴⁴ Skarga nr 98041/77, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 570.

⁴⁵ Skarga nr 8166/78, dec. o dopuszczalności z 3 października 1978, DR 13, s. 243–244.

⁴⁶ Por.: *E.P. v. Italy*, dec. o dopuszczalności z 7 września 2000; *Schober*, dec. o dopuszczalności z 9 listopada 1999 – patrz: P. van Dijk, op.cit., s. 841–842.

że „rodzina” w znaczeniu art. 8 jest koncepcją szerszą niż rodzina oparta na małżeństwie⁴⁷. Zajmując się relacją pomiędzy rodzicami a dziećmi, Trybunał uznał, że art. 8 ma być traktowany jako *lex specialis* i żadne odrębne zagadnienie nie powstaje na podstawie art. 12⁴⁸. Podobnie, art. 12 nie zajmuje się konsekwencjami rozwiązania małżeństwa, a takie problemy, jak piecza i kontakt z dziećmi, badane są na podstawie art. 8 Konwencji w aspekcie prawa do poszanowania życia rodzinnego⁴⁹.

I przeciwnie – zawarcia małżeństwa pod przymusem nie powinno się rozpatrywać z perspektywy naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego, jak to czynili Frowein i Peukert, a powtarzali za nimi Veli i Ergec⁵⁰. Moim zdaniem, wchodzi w takim przypadku w grę rażące naruszenie samego art. 12 Konwencji i szukanie „pomocy” w art. 8 jest całkowicie zbędne.

Rozpatrzyć też trzeba związek i interakcje pomiędzy art. 12a art. 9 Konwencji. Zdaniem Komisji, nie można wymagać od państwa uznania związku zawartego zgodnie ze specjalnymi rytuałami religijnymi, lecz z brakiem poszanowania norm cywilnych lub tradycyjnych norm religijnych. Nie można tego problemu postrzegać wyłącznie z perspektywy art. 9, bez równoczesnego uwzględniania art. 12. Jak to ujęła Komisja, *Małżeństwo nie jest po prostu formą wyrażenia myśli, sumienia lub religii, lecz rządzi się specyficznym postanowieniem art. 12. które odwołuje się do ustaw krajowych regulujących korzystanie z tego prawa*⁵¹.

Zarazem za usprawiedliwiony należy uznać postulat, by ustawodawstwo krajowe gwarantowało – obok formy świeckiej – uznanie religijnej formy zawarcia małżeństwa, bez szkody dla swej zasadniczej kompetencji w tym zakresie. Czas wyłącznie świeckiej formy ważnego małżeństwa w Polsce trwał o wiele dłużej niż sam system realnego socjalizmu. Dopiero – na warunkach szczegółowo określonych w art. 10 Konkordatu Polskiego z 28 lipca 1993 r. – ustalono, że *Od chwili zawarcia małżeństwo kanoniczne wywiera takie skutki, jakie pociąga zawarcie małżeństwa zgodnie z prawem polskim oraz że Celem wprowadzenia w życie niniejszego artykułu dokonane zostaną konieczne zmiany w prawie polskim*⁵².

Ciekawe refleksje nasuwa sprawa Selim przeciwko Cyprowi, rozstrzygnięta 16 lipca 2002 r. Skarżący chciał zawrzeć małżeństwo świeckie z Rumunką. Władze Nikozji powiadomiły go jednak, że ustawa o małżeństwie nie przewiduje możliwości zawarcia małżeństwa cywilnego przez tureckiego

⁴⁷ P. van Dijk, op.cit., s. 843. Por.: *Berrehab Case*, wyrok ETPC z 21 czerwca 1988, pkt 21.

⁴⁸ *P, C. and S. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 16 lipca 2002, pkt 142.

⁴⁹ P. van Dijk, op.cit., s. 853.

⁵⁰ J. A. Frowein, W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Strasbourg 1985, s. 205; J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 575.

⁵¹ Skarga nr 6167/73, dec. o dopuszczalności z 18 grudnia 1974, DR 1, s. 64–65. Por. M.E. Mas, op.cit., s. 448.

⁵² Tekst konkordatu [w:] *Wolność religii. Wybór materiałów. Dokumenty. Orzecznictwo*, oprac. T. Jasudowicz, Toruń 2001, s. 22 i n.

Cypryjczyka wyznającego islam. Musiał więc zawrzeć małżeństwo w Rumunii, a potem władze imigracyjne Cypru domagały się specjalnej opłaty, którą zwróciły dopiero po rocznym zamieszkiwaniu żony ze skarżącym⁵³. W sprawie tej doszło do polubownego załatwienia. Co więcej, Cypr powiadomił Trybunał o zmianach w ustawodawstwie, umożliwiających zawieranie małżeństw cywilnych przez tureckich Cypryjczyków, a Trybunał przyjął do wiadomości, iż nowa ustawa przewiduje zastosowanie dz. 279 Ustawy o małżeństwie do członków wspólnoty tureckiej, tym samym przyznając im prawo do zawarcia małżeństwa⁵⁴.

Większe komplikacje mogą powstać w związku z zawarciem małżeństwa zgodnie z rytuałami czy tradycjami jakiejś mniejszości. W wyroku z 8 grudnia 2009 r. w sprawie Munoz Diaz przeciwko Hiszpanii Trybunał stanął wobec zagadnienia tytułu żony do renty pośmiertnej po mężu, przy czym małżeństwo zawarte było zgodnie z rytuałami i tradycjami wspólnoty romskiej, bez przestrzegania obowiązującej w tym zakresie ustawy hiszpańskiej i bez jego zarejestrowania w wymaganym trybie. W czasie, gdy małżeństwo było zawierane, prawo hiszpańskie nie przewidywało żadnej innej formy poza rytuałami prawa kanonicznego Kościoła katolickiego. Gdy stosowne możliwości optowania na rzecz małżeństwa cywilnego w prawie hiszpańskim powstały, skarżąca i jej mąż z nich nie skorzystali, będąc przekonani, iż *małżeństwo celebrowane zgodnie z rytuałami i tradycjami romskimi wywoływało wszystkie skutki przynależne instytucji małżeństwa*⁵⁵. Trybunał uznał, że *aczkolwiek fakt przynależności do mniejszości nie tworzy wyjątku od przestrzegania ustaw małżeńskich, może on jednak mieć znaczenie dla sposobu, w jaki ustawy te są stosowane*⁵⁶. Według Trybunału, *dobra wiara skarżącej co do ważności jej małżeństwa, znajdując potwierdzenie w oficjalnym uznawaniu jej sytuacji przez władze, dawała jej prawowitą ekspektatywę uważania jej za matronkę M.D. i tworzenie z nim uznanego związku małżeńskiego; zatem, odmowa uznania skarżącej za matronkę z punktu widzenia renty pośmiertnej kłóciła się z poprzednim uznawaniem jej statusu przez władze*⁵⁷. Było więc dysproporcjonalnym to, że państwo hiszpańskie, które wydało skarżącej i jej romskiej rodzinie książeczkę małżeńską, przyznało im status wielkiej rodziny, udzielało opieki zdrowotnej jej samej i jej 6 dzieciom oraz pobierało składki ubezpieczenia społecznego od jej romskiego męża przez ponad 19 lat, teraz odmawiało skutków małżeństwa romskiego, gdy dochodzi do sprawy renty pośmiertnej⁵⁸.

Z drugiej strony, z perspektywy zarzutów opartych na art.12 Konwencji, w związku z jej art.14, Trybunał przypomniał, że *art.12 zapewnia mężczyźnie*

⁵³ *Case of Selim v. Cyprus*, wyrok ETPC z 16 lipca 2002, pkt 7–9.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 10–16.

⁵⁵ *Case of Munoz Diaz v. Spain*, wyrok ETPC z 8 grudnia 2009, pkt 58 *in fine*, w zw. z pkt 52–57.

⁵⁶ *Ibidem*, pkt 61.

⁵⁷ *Ibidem*, pkt 64.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 69.

*i kobiecie fundamentalne prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, korzystanie z którego rodzi konsekwencje społeczne, osobiste i prawne, a które podlega ustawom krajowym, przy czym wprowadzane przez nie limitacje nie mogą ograniczać czy redukować prawa w taki sposób bądź w takim zakresie, iż sama esencja prawa doznaje szwanku*⁵⁹. Trybunał uznał, że unormowanie małżeństwa cywilnego *nie zawiera żadnej dyskryminacji na podstawach religijnych lub innych. [...] Nie ma żadnego wymogu deklarowania swojej religii lub przekonań bądź przynależności do grupy kulturowej, lingwistycznej, etnicznej lub innej*⁶⁰. *Niektóre religijne formy wyrażania zgody [katolickie, protestanckie, muzułmańskie i żydowskie – T.J.] są na podstawie prawa hiszpańskiego akceptowane, jako że są one uznawane na mocy układów z państwem i dlatego wywołują takie same skutki jak małżeństwo cywilne, podczas gdy inne formy (religijne lub tradycyjne) nie są uznawane. [...] jest to rozróżnienie wywodzące się z przynależności religijnej, która w przypadku wspólnoty romskiej nie jest istotna i nic nie stoi na przeszkodzie ani nie zakazuje małżeństwa cywilnego, które stoi otworem przed Romami, na takich samych warunkach, jak przed osobami nie należącymi do ich wspólnoty [...]*⁶¹.

4. Refleksje na tle krajowego prawa rodzinnego

Ustawy krajowe regulujące korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny operują, oczywiście, różnorodnymi formalnościami, warunkami i wymogami. Można wśród nich wyróżnić przepisy formalne i substancjalne. Do pierwszych Trybunał zalicza np. publiczny charakter i celebrowanie małżeństwa. Jak już wyżej stwierdzono, państwo nie ma obowiązku uznawania specjalnych rytuałów religijnych lub innych, chyba że jest związane odpowiednimi układami z poszczególnymi kościołami lub związkami religijnymi. Ich uznanie może i powinno być uzupełnione obowiązkiem dopełnienia w takich przypadkach pewnych wymogów dla pełnego zintegrowania takich małżeństw w ramach prawa małżeńskiego i rodzinnego danego państwa⁶².

Przepisy substancjalne mogą się odnosić do zdolności do czynności prawnych, zgody i pewnych przeszkód małżeńskich⁶³. Jak podkreśla P. van Dijk, *formalności wymagane przez prawo krajowe dla zawarcia małżeństwa z reguły są akceptowane jako usprawiedliwione*⁶⁴. Mogą one dotyczyć np. zakazu

⁵⁹ Ibidem, pkt 78.

⁶⁰ Ibidem, pkt 79.

⁶¹ Ibidem, pkt 80. Sędzia Myjer w swej opinii odrębnej wyraźnie odrzucił tezę, zgodnie z którą *państwo ma pozytywny obowiązek adaptacji swoich ustaw małżeńskich do życzeń jednostek lub grup, kierując się szczególnym trybem życia, choćby nawet – jak Romowie w Hiszpanii – takie jednostki lub grupy stanowiły znaczny odsetek ludności.*

⁶² Por.: M. E. Mas, op.cit., s. 448. Por.też: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 572.

⁶³ Por. wyrok w sprawie *F. v. Switzerland*, 18 grudnia 1987, ser.A, nr 128, pkt 32.

⁶⁴ P. van Dijk, op.cit., s. 844.

bigamii czy poligamii⁶⁵, niedopuszczalności zawarcia małżeństwa z osobą zmarłą⁶⁶, przeszkody bliskiego pokrewieństwa⁶⁷ itp.

W sprawie B. i L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której skarżący zarzucali niedopuszczalność zawarcia małżeństwa teścia z synową, Trybunał potwierdził, iż *Art. 12 przewiduje uregulowanie małżeństwa przez prawo krajowe, a z uwagi na wchodzące w grę sensytywne wybory moralne oraz znaczenie przypisywane ochronie dzieci i sprzyjaniu bezpiecznemu środowisku rodzinnemu, Trybunał nie może iść w kierunku zastępowania swym własnym osądem osądu władz, które znajdują się w lepszym położeniu dla oceny potrzeba społeczeństwa i udzielania odpowiedzi na nie*⁶⁸. Z drugiej strony, Trybunał zwrócił uwagę na *brak przepisów prawa karnego mających zapobiegać ustanowieniu stosunków pozamałżeńskich między teściami a synowymi/zięciami oraz na to, że zakaz małżeństwa przy tym stopniu powinowactwa nie ma charakteru absolutnego, nie służy w istocie ochronie rodziny przed szkodliwymi wpływami, wobec czego świadczy o naruszeniu art. 12 Konwencji*⁶⁹.

Może też wchodzić w grę problem dopuszczalności rozwodu i zawarcia ponownego małżeństwa po rozwodzie. W sprawie Johnstona Trybunał wyraźnie stwierdził, że *art. 12 nie zobowiązuje Umawiających się Państw do zapewnienia prawnych możliwości rozwiązania małżeństwa, a „travaux preparatoires nie przejawiają żadnego zamiaru włączenia do art. 12 jakiegokolwiek gwarancji prawa do rozwiązania więzi małżeńskich przez rozwód*⁷⁰. Na sugerowaną przez skarżących potrzebę ewolucyjnej interpretacji art. 12, potwierdzoną w sprawie Marckx, Trybunał wskazał, iż *nie może – za pomocą interpretacji ewolucyjnej – wywodzić z tych instrumentów prawa, które od początku nie było tam włączone. Jest tak zwłaszcza tutaj, gdzie pominięcie było umyślne*⁷¹. Na uwagę skarżącego, że zakaz rozwodu stanowiłby ograniczenie prawa do zawarcia małżeństwa, Trybunał odparł, że nawet gdyby tak było, ograniczenia takiego nie można by postrzegać jako godzącego w substancję prawa do zawarcia małżeństwa *w społeczeństwie wiernym zasadzie monogamii*⁷².

⁶⁵ Ibidem, s. 844–845. Por. ibidem, s. 852; M. E. Mas, op.cit., s. 443. Komisja nie dopatrzyła się naruszenia art. 12, w związku z odmową prawa do zawarcia małżeństwa Pakistańczykowi, który nie udowodnił rozwiązania poprzedniego małżeństwa w Pakistanie – skarga nr 3898/68, dec. o dopuszczalności z 22 lipca 1970, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 593. Por. też: skarga nr 8042/77, dec. o dopuszczalności z 15 grudnia 1977, DR 12, s. 206.

⁶⁶ Por.: *M. v. Germany*, skarga nr 10995/84, dec. o dopuszczalności z 13 grudnia 1984, DR 41, s. 261.

⁶⁷ Por. M. E. Mas, op.cit., s. 448.

⁶⁸ *Case of B. and L. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 13 września 2005, pkt 36. Trybunał zwrócił uwagę, że *wiele jest Umawiających się Państw, które w swoim prawie mają podobny zakaz*.

⁶⁹ Ibidem, pkt 41, w zw. z pkt 38–40.

⁷⁰ *Johnston Case*, wyrok ETPC z 18 grudnia 1986, pkt 52.

⁷¹ Ibidem, pkt 54.

⁷² Ibidem, pkt 52. P. van Dijk, op.cit., s. 852, wskazuje jednak, że *w wielu przypadkach możliwość rozwodu właśnie służy unikaniu sytuacji bigamii faktycznej*.

W sprawie F. przeciwko Szwajcarii Trybunał stanął wobec problemu czasowego zakazu zawarcia małżeństwa po uzyskaniu rozwodu. Wyraził wątpliwość, czy rozwiązanie takie rzeczywiście służy *ochronie stabilności rodziny*, a także pewność, że nie służy ono interesom przyszłej małżonki, zaś interesom dziecka pozamałżeńskiego wręcz ono szkodzi; kontekst więc był zupełnie inny niż w sprawie Johnston i Trybunał uznał, że: *Jeżeli ustawodawstwo krajowe dopuszcza rozwód, co nie stanowi wymogu konwencyjnego, art. 12 zapewnia osobom rozwiedzionym prawo do ponownego zawarcia małżeństwa bez nierozsądnych ograniczeń*⁷³. W innej sprawie Trybunał odrzucił zarzut zwłoki w postępowaniu dotyczącym separacji, jako że postępowanie w sprawie separacji nie prowadzi do rozwiązania małżeństwa i w konsekwencji nie dotyczy prawa do ponownego zawarcia małżeństwa⁷⁴. Jeszcze inny kontekst wystąpił w kolejnej sprawie przeciwko Szwajcarii. Argentynczyk, współżycjący ze Szwajcarką, domagał się możliwości zawarcia z nią małżeństwa, powołując się na swój wcześniejszy rozwód na podstawie prawa argentyńskiego. Trybunał zwrócił jednak uwagę, że *divorcio* nie oznaczało pełnego rozwodu i nie upoważniało do zawarcia drugiego małżeństwa, taki system miały niektóre państwa–strony, a art.12 Konwencji *nawet nie wymaga od samych Umawiających się Państw zorganizowania ich systemów małżeńskich w taki sposób, by zapewniać możliwość pełnego rozwodu, obejmującego rozwiązanie więzi prawnych małżeństwa*⁷⁵.

Zatem, z art. 12 Konwencji nie wynika żadne prawo do rozwodu. Mimo pewnych pryncypialnych wątpliwości, zgodzić by się trzeba z poglądem, że Trybunał także w tym zakresie pozostawia rozstrzygnięcie prawu krajowemu, widząc możliwości pogodzenia z jej art. 12 zarówno systemów wykluczających dopuszczalność pełnego rozwodu, jak i systemów pozwalających na stosunkowo łatwe jego uzyskanie.

5. W obliczu nowych tendencji

Specjalne problemy na tle interpretacji i stosowania art. 12 Konwencji stwarzały względy płci, a ściślej rzecz ujmując, problem dopuszczalności korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa przez homoseksualistów i przez transseksualistów. Co do tych pierwszych sprawa przedstawia się, moim zdaniem, wystarczająco jasno. Przyjęta przez orzecznictwo strasburskie zasada związku między dwiema osobami przeciwstawnej płci biologicznej nie pozostawia wątpliwości. Małżeństwo między homoseksualistami – tak między gejami, jak i między lesbijkami – jest wykluczone. W każdym razie nikt dopuszczalności takiego typu małżeństwa nie może wywodzić z art.12 Konwencji. Warto przypomnieć, że w wyroku Munoz Diaz z 8 grudnia 2009 r.

⁷³ *Case of F. v. Switzerland*, wyrok ETPC z 18 grudnia 1987, pkt 38.

⁷⁴ *Case of D.P. v. Italy* cyt. za: P.van Dijk, op.cit., s. 853.

⁷⁵ Skarga nr 9057/80, dec. o dopuszczalności z 5 października 1981, DR 26, s. 208.

Trybunał ponownie przypomniał, że *art. 12 zapewnia mężczyźnie i kobiecie [podkr. moje – T.J.] fundamentalne prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny*⁷⁶.

Bardziej skomplikowanie przedstawia się problem korzystania z tego prawa przez postoperacyjnych transseksualistów. Problem ten ma swoją dość długą historię i wyrazistą ewolucję. W sprawie van Oosterwijck Komisja zajęła dwuznaczne stanowisko; z jednej strony, stwierdziła, że *niezależnie od jakichkolwiek warunków substancjalnych nakładanych przez jakiekolwiek konkretne ustawodawstwo krajowe, małżeństwo wymaga istnienia związku między dwiema osobami przeciwstawnej płci*; z drugiej strony, zwróciła uwagę na to, że *skarżący posiada obecnie zewnętrzne fizyczne cechy płci męskiej, a faltoplastyka umożliwia mu utrzymywanie stosunków seksualnych, przy czym aczkolwiek małżeństwo i rodzina faktycznie są w Konwencji i w krajowych systemach prawnych złączone, [...] nie ma jednak nic, co by wspierało wniosek, iż zdolność prokreacji jest istotnym warunkiem małżeństwa albo że prokreacja stanowi istotny cel małżeństwa*⁷⁷. W kolejnych sprawach Trybunał odrzucał możliwość korzystania z art.12 przez transseksualistów, acz wskazywał na nie do końca wyjaśnione problemy istoty i charakteru transseksualizmu oraz odnotowywany w tym zakresie postęp nauki i medycyny. Tak było w sprawach Rees, Cossey oraz Sheffield i Horsham przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁷⁸.

Nie przyniosła przełomu sprawa X., Y. i Z. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, w której Trybunał nie zajmował się kwalifikacją związku między X. a Z. z perspektywy art.12 Konwencji, uznał natomiast – z perspektywy jej art. 8 – że w relacji X., Y. i Z. wchodziły w grę więzi rodzinne i *życie rodzinne* domagające się na podstawie Konwencji poszanowania, co jednak nie przesądzało formalnego uznania praw rodzicielskich ojca transseksualisty-z-kobiety-na mężczyznę⁷⁹. Prawdziwą rewolucją okazały się dwa wyroki Trybunału wydane w tymże dniu w 2002 r. W wyroku Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Trybunał zaproponował spojrzenie na problem *w świetle dzisiejszych warunków*, zwracając uwagę, że nie chodzi tu o *drobną niedogodność wynikającą z formalności*, lecz o *konflikt między rzeczywistością społeczną a prawem, który lokuje transseksualistę w nienormalnym położeniu, w którym może on doświadczać uczuć podrażnienia, poniżenia i niepokoju*⁸⁰. Trybunał nadal dostrzegał wątpliwości *co do przyczyn transseksualizmu, a w szczególności co do tego, czy jest to zjawisko w pełni psychologiczne, czy też potączone z dyferencjacją fizyczną w mózgu*⁸¹. Trybunał postanowił przypisywać

⁷⁶ *Case of Munoz Diaz v. Spain*, pkt 78.

⁷⁷ Por.: *Digest...*, vol. 3, s. 569, 572–573.

⁷⁸ Por.: P. van Dijk, op.cit., s. 846–849; M. E. Mas, op.cit., s. 443–444. W sprawie *B. v France* Trybunał w ogóle nie badał skargi z perspektywy art. 12, ograniczając się do problemu poszanowania życia prywatnego na podstawie art.8 Konwencji.

⁷⁹ *X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC z 22 kwietnia 1997, pkt 47 i 51.

⁸⁰ *Case of Christine Goodwin v the United Kingdom*, wyrok ETPC z 11 lipca 2002, pkt 77.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 81.

mniej znaczenia brakowi dowodu na wspólne podejście europejskie niż jasnemu i niekwestionowanemu dowodowi ciągłej tendencji międzynarodowej na korzyść już nie tylko wzrastającej akceptacji społecznej transseksualistów, ale też uznania prawnego nowej tożsamości seksualnej transseksualistów postoperacyjnych⁸². W rezultacie Trybunał uznał, że W dwudziestym pierwszym wieku prawo transseksualistów do osobistego rozwoju oraz do bezpieczeństwa fizycznego i moralnego, w pełnym zakresie realizowane przez inne osoby w społeczeństwie, nie może już być uważane za przedmiot kontrowersji, a niezadowolająca sytuacja, w jakiej żyją w strefie pośredniej postoperacyjni transseksualiści – jako niezupełnie należący do jednej bądź do drugiej płci – jest już nie do utrzymania⁸³.

Ostatecznie, Trybunał – niby powtarzając swoje wcześniejsze tradycyjne ustalenia – zarazem wyraził wątpliwość, czy pojęcia „mężczyzny” i „kobiety” muszą się odnosić do określania płci kryteriami czysto biologicznymi, uznając też, że negowanie dążeń skarżącej oznacza, iż sama istota jej prawa do zawarcia małżeństwa podlega naruszeniu⁸⁴. Trybunał nie pozostawił tego w sferze marginesu oceny państw–stron: *Byłoby to równoznaczne z ustaleniem, iż skala opcji stojących otworem przed Umawiającym się Państwem obejmuje skuteczny zakaz jakiegokolwiek korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Margines oceny nie może tak daleko się rozciągać*⁸⁵. Choć należy do kompetencji państw–stron regulowanie szczegółowych detali związanych z korzystaniem z tego prawa, Trybunał nie znajduje żadnego usprawiedliwienia dla zakazywania transseksualiście korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa bez względu na okoliczności⁸⁶.

6. Prawo z art.12 Konwencji w odniesieniu do osób pozbawionych wolności

Innym problemem budzącym wątpliwości, który w orzecznictwie strasburskim podlegał ewolucji, było korzystanie z prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny przez osoby pozbawione wolności. Komisja pierwotnie uznawała, że odmowa więźniowi prawa do zawarcia małżeństwa nie stanowiła naruszenia art.12 Konwencji⁸⁷. W sprawie Hamera jednak odnotowała ogólną tendencję w europejskich systemach prawnych w ostatnich latach w kierunku redukcji różnic pomiędzy życiem więziennym a życiem na wolności i wzmaganie akcentu na rehabilitację⁸⁸. Uznała więc, że osoba

⁸² Ibidem, pkt 85.

⁸³ Ibidem, pkt 90.

⁸⁴ Ibidem, pkt 104 *in fine*, w zw. z pkt 98–100. Por. *Case of L. v. the United Kingdom*, wyrok ETPC 1 lipca 2002, pkt 81 *in fine*.

⁸⁵ Ibidem, pkt 103. Por. L, pkt 83.

⁸⁶ Ibidem, *in fine*. Por. L, pkt 83 *in fine*.

⁸⁷ *X v. Germany*, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 569.

⁸⁸ *Hamer Case*, raport Komisji z 13 grudnia 1979, DR 24, s. 13.

pozbawiona wolności na podstawie art. 5 zachowuje w zasadzie tytuł do prawa do zawarcia małżeństwa, a jakiegokolwiek ograniczenie czy unormowanie korzystania z tego prawa nie może być tego rodzaju, by godziło w jego substancję⁸⁹. Zwróciła przy tym uwagę, że Wolność osobista nie jest konieczną przesłanką korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa. Pozwalanie więźniom na zawarcie małżeństwa w praktyce państw – czy to w więzieniu, czy też podczas przepustki pod eskortą – wykazuje, iż nie są konieczne żadne szczególnie uciążliwe czy skomplikowane rozwiązania⁹⁰. Dla nadania temu prawu skuteczności niezbędne mogą się okazać pewne rozwiązania administracyjne i pewne działania pozytywne; [...] tam, gdzie więźniowi odmawia się w takich przypadkach niezbędnego zezwolenia czy udogodnień, jego niezdolność do skorzystania z tego prawa nie może być postrzegana jako wynikająca z samego faktu, iż znajduje się on w więzieniu, ani z jego własnego postępowania, gdyż chodzi tu raczej o ingerencję władz w odnośne prawo konwencyjne, która może się dawać bądź nie dawać usprawiedliwić na podstawie Konwencji⁹¹. Nie ma przy tym rozstrzygającego znaczenia fakt, iż więzień nie będzie mógł zamieszkać za swoją żoną ani – odbywając wyrok – skosztować swego małżeństwa; Zdaniem Komisji, istotą prawa do zawarcia małżeństwa jest ukształtowanie prawnie wiążącego związku między mężczyzną a kobietą. Do nich należy decyzja, czy życzą sobie czy też nie życzą zawrzeć taki związek w okolicznościach, w których nie będą mogli wspólnie mieszkać⁹². Wszelki wchodzący ewentualnie w grę substancjalny okres zwłoki będzie na ogół postrzegany jako godzący w samą substancję prawa do zawarcia małżeństwa⁹³. W sprawie *Drapera* Komisja dodała: Jest to w istocie prawo do ukształtowania relacji prawnej, do nabycia statusu. Korzystanie z niego przez więźniów nie rodzi żadnego zagrożenia dla bezpieczeństwa więzienia ani dla należytego porządku [...]. W szczególności, ceremonia zawarcia małżeństwa może mieć miejsce pod nadzorem władz więziennych⁹⁴. Nie godzi to w żaden interes publiczny; przeciwnie, małżeństwo może mieć wpływ stabilizacyjny i rehabilitacyjny, co dotyczy również więźniów skazanych na dożywocie⁹⁵.

Inaczej rzecz się przedstawia, jeśli chodzi o korzystanie przez więźniów z prawa do założenia rodziny. Komisja uważała, że takie same rozumowanie, jak związane z ograniczeniami z art. 8 ust. 2 Konwencji, równie dobrze może być zastosowane do ograniczeń, jakie detencja z konieczności nakłada na korzystanie z praw przezeń [tj. przez art. 12 – T.J.) gwarantowanych⁹⁶. Nie dopatrzyła się też naruszenia art. 12, nawet zakładając, iż postanowienie to znajduje zastosowanie do osoby, która już ma związek małżeński i dzieci,

⁸⁹ Ibidem, s. 14–15.

⁹⁰ Ibidem, s. 15.

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem, s. 15–16.

⁹³ Ibidem, s. 16.

⁹⁴ *Drapeer Case*, raport Komisji z 10 lipca 1980, DR 24, s. 81.

⁹⁵ Ibidem, s. 81–82.

⁹⁶ Skargi nr 5269/71 i 5277/71, dec. o dopuszczalności z 5 lutego 1973, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 590.

ponieważ: *Aczkolwiek prawo do założenia rodziny jest prawem absolutnym, w tym sensie, że żadne ograniczenia podobne do tych zawartych w art. 8 ust. 2 Konwencji nie są wyraźnie przewidziane, nie oznacza to, iż osobie trzeba w każdym czasie zapewnić autentyczną możliwość prokreacji jej potomków*⁹⁷. Jak komentuje P. Van Dijk, Komisja zda się rozróżniać tu między możliwością założenia rodziny w ogóle a taką możliwością w danym momencie i – jej zdaniem – *środki, wskutek których osoba jest czasowo niezdolna do założenia rodziny albo powiększenia jej rodziny, nie stanowią naruszenia art. 12, ponieważ co do całości osoba ta nie zostaje pozbawiona tego prawa*⁹⁸.

Ustalenie to stosuje się także wówczas, gdy oboje małżonkowie przebywają w tym samym więzieniu. Zajmując się tego typu skargą przeciwko Szwajcarii, Komisja wzięła pod uwagę ogólną praktykę państw–stron i Standardowe Reguły Minimalne Traktowania Więźniów z 1973 r. i stwierdziła, że *na ogół uważa się za usprawiedliwione dla zapobiegania zamieszkom w więzieniu nie dopuszczać do stosunków seksualnych związków małżeńskich w więzieniu, co odnosi się również do małżonków przetrzymywanych w tym samym więzieniu*⁹⁹. Zdaniem Komisji, *bezpieczeństwo i należyty porządek w więzieniu faktycznie mogłyby zostać poważnie zagrożone, gdyby wszystkim osobom w związkach małżeńskich zezwolić na utrzymywanie w więzieniu pożycia małżeńskiego. W takich przypadkach poszanowanie prywatności wymagałoby wyrzeczenia się przez władze więzienne ich prawa do stałego nadzoru. Niekontrolowane wizyty czy kontakty mogłyby inter alia umożliwić wymianę sekretnych informacji, szmuglowanie towarów, takich jak narkotyki, czy nawet broń. W szczególności, w stosunku do osób tymczasowo aresztowanych, które mogą być przetrzymywane, gdy istnieje niebezpieczeństwo, iż mogłyby one uciec i/lub zniszczyć dowody, gdyby zostały zwolnione, sam cel ich detencji wymaga ścisłego nadzoru nad ich kontaktami z osobami odwiedzającymi lub współoskarżonymi), przy czym ingerencja w życie rodzinne, która jest usprawiedliwiona na podstawie art. 8 ust. 2, nie może jednocześnie stanowić naruszenia art. 12*¹⁰⁰. Zdaniem P. van Dijka, *Komisja otworzyła drzwi dla dynamicznego rozwoju, wyraźnie i z aprobatą odwołując się do „reformatorskiego” ruchu w niektórych krajach europejskich, jeśli chodzi o poprawę warunków uwięzienia i możliwości kontynuowania w ograniczonym zakresie przez osoby zatrzymane ich pożycie małżeńskiego*¹⁰¹.

W sprawie o charakterze raczej wyjątkowym chodziło o zarzut odmowy umożliwienia pożycia małżeńskiego w sytuacji, gdy żona więźnia wymagała operacji dla uzyskania zdolności poczęcia dziecka, przy czym szanse takie istniałyby, gdyby wkrótce po operacji miało miejsce poczęcie. Komisja wzięła pod uwagę fakt, że w tym czasie możliwe było sztuczne zapłodnienie, odrzu-

⁹⁷ Skarga nr 6564/74, dec. o dopuszczalności z 21 maja 1975, DR 2, s. 106.

⁹⁸ P. van Dijk, op.cit., s. 860.

⁹⁹ *X. and Y. v. Switzerland*, dec. o dopuszczalności z 3 października 1978, DR 13, s. 243.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 244.

¹⁰¹ P. Van Dijk, op.cit., s. 861.

cając twierdzenie skarżących, że – jako praktykujący katolicy – z takiej opcji skorzystać nie mogą: *Art. 9 Konwencji, który chroni wolność manifestowania przekonań religijnych, nie gwarantuje prawa do wyłączenia spod działania norm, które znajdują powszechne i neutralne zastosowanie, takich jako normy zakazujące „wizyt małżeńskich” w więzieniu*¹⁰². P. van Dijk uważa, że *Komisja kładzie zbyt silny akcent na usprawiedliwienie ingerencji na podstawie art. 8, wziętego oddzielnie; jego zdaniem, Powinna ona przynajmniej pozostać otworem pewną możliwość, by ocena tego usprawiedliwienia dawała inny wynik, gdy zbada się ją w związku z art. 12 i 9*¹⁰³.

7. Prawo z art. 12 Konwencji w kontekście wydalenia lub ekstradycji

Art. 12 Konwencji może mieć pewne znaczenie w kontekście wydalenia i ekstradycji. W jednej ze spraw Komisja nie dopatrzyła się naruszenia art. 12, ponieważ skarżący *nie wyjaśnił, z jakiego powodu jego żona nie mogła dotrzeć do niego w Republice Federalnej Niemiec dla umożliwienia życia małżeńskiego*¹⁰⁴. W innej sprawie, gdzie skarżący zarzucał naruszenie jego *prawa do zawarcia małżeństwa*, Komisja zwróciła uwagę, że *powinien on przynajmniej dostarczyć precyzyjnych informacji o swojej narzeczonej, by udowodnić, że jego „prawo do zawarcia małżeństwa” doznało jakiegoś szwanku w wyniku odmowy władz administracyjnych, [...] nie wykazał wiarygodności swego zaangażowania ani nie ustalił, jakoby jego wydalenie uniemożliwiło mu zawarcie małżeństwa i prowadzenie życia małżeńskiego z osobą, z którą chce się on ożenić, poza Niemcami*¹⁰⁵. Komisja nieraz podkreślała, iż – ponieważ do zawarcia małżeństwa doszło po wydaniu orzeczenia o wydaleniu – skarżący *powinni zatem takie ryzyko uwzględnić*¹⁰⁶.

8. Standardy prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny spoza systemu Rady Europy

Gwarancji z art. 12 Konwencji odpowiada ściśle postanowienie art. 23 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: *Uznaje się prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa*

¹⁰² *H. and H. v. the United Kingdom*, skargi nr 32094/96 i 32568/96, pkt 2.

¹⁰³ P. Van Dijk, op.cit., s. 862. Por. T.Jasudowicz, [w:] *Prawa człowieka i ich ochrona...*, s. 435.

¹⁰⁴ *X. v. Switzerland*, dec. o dopuszczalności z 12 lipca 1976, DR 6, s. 126. Z wcześniejszych spraw por.: skarga nr 5269/71, dec. o dopuszczalności z 8 lutego 1972; skarga nr 5301/71, dec. o dopuszczalności z 3 października 1972, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 581–582.

¹⁰⁵ *X. v. Germany*, dec. o dopuszczalności z 12 lipca 1976, DR 6, s. 139–140.

¹⁰⁶ Por.: skarga nr 2535/65, dec. o dopuszczalności z 16 lipca 1965, [w:] *Digest...*, vol. 3, s. 580.

i założenia rodziny. Ono samo jest jakby podwójnie uboższe od gwarancji z Konwencji Europejskiej, jako że nie jest sformułowane w postaci typowej dla skutecznego prawa podmiotowego ani nie wskazuje na pierwszorzędną rolę ustaw krajowych¹⁰⁷ drugiej strony, postanowienie art. 23 ust. 3 Paktu wprowadza wymóg *dobrowolnej i pełnej zgody przyszłych małżonków*, a ponadto art. 23 ust. 4 dodaje obowiązek *zapewnienia równych praw i obowiązków małżonków*, zaś art. 23 ust.1 zawiera fundamentalną gwarancję, zgodnie z którą *Rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i Państwa*. Jeśli dodamy do tego, że art. 24 Paktu umocowuje prawa dziecka, jasne się staje, że gwarancje Paktu mają o wiele szerszy zakres substancjalny. Istotnych wyjaśnień – także co do prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny – dostarczają Uwagi Ogólne Komitetu Praw Człowieka ONZ z 24 lipca 1980 r.¹⁰⁸

Ciekawych refleksji dostarcza Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r. Jej art. 17 *Prawa rodziny* w ust. 2 i 3 niemal powtarza postanowienia art. 23 ust. 2 i 3 Paktu, tyle, że *prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny uzupełnione jest zastrzeżeniem: jeżeli odpowiadają oni warunkom wymaganym przez prawo krajowe, przy czym warunki te nie naruszają zasady niedyskryminacji ustanowionej w niniejszej Konwencji*. Co więcej, mocą art. 27 ust. 2 Konwencji art. 17 jest zaliczony do praw niederogowalnych, co obejmuje również *zasadnicze gwarancje sądowe dla ochrony takich praw*¹⁰⁹. Zatem, status badanego prawa w systemie amerykańskim jest wyraźnie wzmocniony.

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny nie mieściło się w kompetencjach Wspólnot Europejskich¹¹⁰. W Deklaracji Podstawowych Praw i Wolności z 12 kwietnia 1989 r. Parlament Europejski w ogóle nie wyodrębnił tego prawa, ograniczając się w jej art.7 do ogólnikowego postanowienia o ochronie rodziny¹¹¹.

Komentarza wymaga natomiast art. 9 *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny* Karty Praw Podstawowych UE z 7 grudnia 2000 r., który głosi: *Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny będzie gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw*. Sformułowanie to radykalnie się różni od postanowienia art. 12 Konwencji. Wyeliminowano bardzo istotne sprecyzowanie podmiotowe *mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim*. Zamiast zwrotu końcowego *korzystanie z tego prawa*

¹⁰⁷ Por.: J. Velu, R. Ergec, op.cit., s. 571.

¹⁰⁸ Zwłaszcza pkt 4 i 5. Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...Zbiór...*, s. 36 i n.

¹⁰⁹ Tekst [w:] *Prawa człowieka. Dokumenty...*, s. 311 i n.

¹¹⁰ Szerzej na ten temat: C. Mik, *Ochrona rodziny w europejskim prawie wspólnotowym*, [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych. Materiały Krajowej Konferencji Naukowej (...)*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1999, s. 135 i n.

¹¹¹ Tekst [w:] *Prawa rodziny – prawa w rodzinie...Zbiór...*, s. 298 i n.

użyto wcale nie równoznacznego zwrotu *korzystanie z tych praw*. Zerwano w ten sposób – i to świadomie – z założeniem o jedności tego prawa; w rezultacie, prawo do zawarcia małżeństwa oraz prawo do założenia rodziny jawią się jako dwa odrębne, autonomiczne prawa. Likwidacja podmiotowego kształtu tego prawa „rozbraja” substancję międzynarodowo chronioną i pozostawia na placu boju „zwycięskie”(?) ustawy krajowe. Następuje zerwanie z istotą prawa umocowaną w art.12 Konwencji.

Kłóci się to z zapewnieniem specjalnie wpisanym w postanowienie art. 52 ust. 3 Karty, mocą którego w przypadku *praw, które odpowiadają prawom chronionym przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, znaczenie i zakres tych praw będą takie same jak ustalone przez rzeszoną Konwencję*. Moim zdaniem, formuła art. 9 Karty daleko odbiega od formuły art. 12 Konwencji, ale musi być interpretowana i stosowana tak, by jej *znaczenie i zakres* były zgodne ze *znaczeniem i zakresem* nadawanym formule art. 12 Konwencji – m.in. i zwłaszcza – przez orzecznictwo strasburskie. Zapewnienie przez prawo Unii *ochrony bardziej rozległej* nie może być postrzegane jako odejście od istoty prawa z art. 12 Konwencji, w tym przede wszystkim jako uznanie małżeńskiego i rodzinnego statusu związków homoseksualnych. Przede wszystkim zaś, nie wolno wobec krajów, które za takimi „nowoczesnymi” tendencjami nie podążają, stosować restrykcji i nacisków wymuszających uznanie przez nie równego małżeństwom statusu związków homoseksualnych.

Konstytucja RP w swym art. 18 gwarantuje *ochronę i opiekę Rzeczypospolitej Polskiej [...] rodzinie, macierzyństwu i rodzicielstwu*, a przede wszystkim *małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny*. To bardzo istotne, że tego typu gwarancja znalazła się już w rozdz. I *Rzeczypospolita*. Szkoda natomiast, że w rozdz. II *Konstytucji Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela* zabrakło miejsca dla wyrażenia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Niejedyny to brak w naszej Konstytucji istotnych elementów z katalogu międzynarodowo chronionych praw człowieka; tym bardziej istotne są gwarancje bezpośredniej zastosowalności w polskim porządku prawnym gwarancji wynikających ze standardów międzynarodowych, w tym z art.12 EKPC.

THE RIGHT TO MARRY AND TO FOUND A FAMILY UNDER THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

Keywords: European Convention of Human Rights, right to marry and to found a family, rights of transgender people, right to assisted procreation

Summary

The Article provides a detailed analysis of the right to marry and to found a family under Article 12 of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms. It discusses regular understanding of the right in new contextual perspective involving applicability of the right to prisoners, its implications for extradition and deportation procedures and interaction with other rights protected under the European Convention. The analysis also addresses new tendencies concerning implementation of the right to marry and to found a family under national laws including Article 12's applicability to transgender people and admissibility of claims to assisted procreation. The Article contains extensive analysis of the Convention's *travaux préparatoires* as well as multiple references to the European Court and European Commission of Human Rights case law in addition to comparative study of the right in the universal, non-European regional and national systems of human rights protection.