

RADA FUNDACJI

Halina Bortnowska-Dąbrowska Marek Antoni Nowicki
Jerzy Ciemniowski Teresa Romer
Janusz Grzelak Mirosław Wyrzykowski
Michał Nawrocki

ZARZĄD FUNDACJI

Prezes: Danuta Przywara
Wiceprezes: Maciej Nowicki
Sekretarz: Piotr Kładoczny
Skarbnik: Elżbieta Czyż
Członek Zarządu: Janina A. Kłosowska

Warszawa, 30 maja 2016 r.

1075/2016/PSP/MSZ

Szanowny Pan
prof. dr hab. Andrzej Rzepliński
Prezes Trybunału Konstytucyjnego
Al. Jana Christiana Szucha 12a
00-918 Warszawa

sygn. K 13/15

Opinia amicus curiae

Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności art. 12 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy z art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

W nawiązaniu do pisma Dyrektora Sekretariatu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 2015 r. informującego o udzieleniu przez Trybunał Konstytucyjny zgody na przedstawienie przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (dalej jako: Fundacja, HFPC) opinii prawnej w niniejszej sprawie, pragniemy przedłożyć opinię *amicus curiae* w przedmiocie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności art. 12 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.) z art. 30 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

1. Uwagi ogólne

„Opinia przyjaciela sądu” (*amicus curiae*) to znana w praktyce orzeczniczej forma wyrażania przez organizacje pozarządowe poglądu w sprawie rozpatrywanej przed sądem lub trybunałem, któremu taka opinia jest przedstawiana. Opinia *amicus curiae* formułowana jest z uwzględnieniem szczególnej wiedzy oraz na podstawie badań prowadzonych w ramach działalności statutowej organizacji pozarządowej. Opinia ta ma w swoim założeniu pomóc organowi władzy sądowniczej w kompleksowym rozpatrzeniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które być może nie są przedstawiane przez strony postępowania, ale są ważne z punktu widzenia interesu publicznego. W tym sensie dla Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka „klientem” nie jest konkretny uczestnik postępowania sądowego, ale Konstytucja RP i obowiązujący na jej podstawie porządek prawny w kontekście konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych danej sprawy. „Opinie przyjaciela sądu” były już

wielokrotnie składane przez Helsińską Fundację Praw Człowieka w sprawach rozpoznawanych przed sądami powszechnymi, sądami administracyjnymi, Sądem Najwyższym, Trybunałem Konstytucyjnym oraz Europejskim Trybunałem Praw Człowieka.

Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16 stycznia 2006 r. w sprawie o sygn. akt SK 30/05 „brak dwuinstancyjności postępowania oraz zasada prawdy obiektywnej, jako podstawa postępowania przed TK, uzasadniają uwzględnianie w postępowaniu o kontrolę konstytucyjności ocen przedstawianych przez organizacje społeczne”. Korzystanie z takich ocen służy, zdaniem Trybunału, sformułowaniu opinii pozwalającej na bardziej wszechstronną ocenę analizowanego zagadnienia i zwiększenie społecznej akceptacji rozstrzygnięć Trybunału oraz społeczną kontrolę władzy. Ponadto, Trybunał zauważył w cytowanym powyżej wyroku, że działalność HFPC pozwala jej na zgromadzenie wiedzy i doświadczenia o funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, co stanowiło argument za uznaniem przez Trybunał przedstawienia poglądu prawnego jako *amicus curiae* przez Helsińską Fundację Praw Człowieka za pożądane.

2. Interes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

Helsińska Fundacja Praw Człowieka jest organizacją pozarządową, której statutowym celem jest ochrona praw człowieka, w tym ich przestrzegania przez organy władzy publicznej w Polsce. Jednym z priorytetów HFPC jest działanie na rzecz ochrony praw osób z niepełnosprawnością intelektualną. W ostatnich latach HFPC podejmowała liczne działania, zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym, nakierowane na realizację tego celu. Działania te obejmowały m.in. reprezentację w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka osób z niepełnosprawnością umieszczonych przymusowo w domach pomocy społecznej (wyroki: z 16 października 2012 r. w sprawie *Kędzior przeciwko Polsce*, skarga nr 45026/07 oraz z 25 listopada 2014 r. w sprawie *K.C. przeciwko Polsce*, skarga nr 31199/12), przedstawianie ETPC opinii w charakterze *amicus curiae* (sprawa *M.P. przeciwko Polsce*, skarga nr 20416/13) oraz zwracanie się z apelami do organów państwa o podjęcie konkretnych kroków na rzecz ochrony praw osób z niepełnosprawnością (np. wystąpienie do Rzecznika Praw Obywatelskich z 9 marca 2013 r. w sprawie procedury przymusowego umieszczania osób ubezwłasnowolnionych w DPS¹).

Niniejsza sprawa dotyczy problemu o fundamentalnym znaczeniu dla równej ochrony praw osób z niepełnosprawnością umysłową. Objęty wnioskiem RPO art. 12 § 1 i 2 k.r.o. w znaczącym stopniu ogranicza bowiem wolność zawarcia małżeństwa, stanowiącą jedną z podstawowych wolności człowieka gwarantowaną z mocy art. 12 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC) oraz – w kontekście osób z niepełnosprawnościami – art. 23 Konwencji o Ochronie Praw Osób Niepełnosprawnych (dalej: KPON).

Celem niniejszej opinii nie jest analiza konstytucyjności konkretnego przepisu zaskarżonego przez RPO, lecz przede wszystkim przedstawienie problematyki ochrony wolności osób z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa w świetle międzynarodowych standardów praw osób z niepełnosprawnością. Opinia składa się z trzech części. W pierwszej

¹ http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/DPS_-_RPO_skan.pdf

z nich została przedstawiona krótka analiza przepisów objętych wnioskiem RPO. Część druga jest poświęcona ochronie wolności zawarcia małżeństwa jako podstawowej wolności człowieka w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego USA i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Część trzecia dotyczy zaś dopuszczalności ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa wobec osób z niepełnosprawnością umysłową w świetle międzynarodowych standardów.

3. Analiza art. 12 § 1 i 2 k.r.o.

Ograniczenie wolności zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością było przewidziane we wszystkich polskich kodyfikacji prawa rodzinnego. Już projekt prawa rodzinnego z 1929 r. przewidywał bezwzględną przeszkodę małżeńską w postaci choroby psychicznej jednego z nupturientów. Podobne przepisy znajdowały się w regulacjach powojennych, tj. art. 7 pkt 6 dekretu z dnia 25 września 1945 r. – Prawo małżeńskie oraz ustawie z dnia 27 czerwca 1950 r. – Kodeks rodzinny.

W obecnym stanie prawnym wolność ta jest ograniczona na dwa sposoby. Po pierwsze, zgodnie z art. 11 § 1 k.r.o. zawrzeć małżeństwa nie mogą osoby ubezwłasnowolnione całkowicie. Jest to tzw. bezwzględna przeszkoda małżeńska, co oznacza, że osoby takie nie mogą zawrzeć małżeństwa w żadnym przypadku. Po drugie, stosownie do art. 12 § 1 k.r.o. „nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym”. Przepis ten wyraża jednak wyłącznie względną przeszkodę małżeńską, gdyż sąd może zezwolić takiej osobie na zawarcie małżeństwa, jeżeli jej stan zdrowia lub umysłu nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa i jeżeli nie została ona ubezwłasnowolniona całkowicie. To właśnie ten przepis oraz powiązany z nim art. 12 § 2 k.r.o., stosownie do którego unieważnienia małżeństwa z powodu choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego jednego z małżonków może żądać każdy z małżonków, jest przedmiotem kontroli w niniejszym postępowaniu.

Unormowania te wywołują szereg wątpliwości w doktrynie, zarówno co do swojego brzmienia i celu, jak i efektywności.

Po pierwsze, omawiane regulacje bywają krytykowane za swoją nieprecyzyjność. Ustawodawca nie zdefiniował bowiem pojęć „choroby psychicznej” i „niedorozwoju umysłowego”, w związku z czym trudno jest ustalić, jakiego rodzaju zaburzenia psychiczne objęte są zakresem art. 12. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie, oba te pojęcia nie są używane we współczesnej nauce psychiatrii.²

Po drugie, kwestionowana jest skuteczność analizowanych przepisów. M. Domański argumentuje, że „formalny system mający uniemożliwiać zawieranie małżeństw wadliwych jest (...) całkowicie niesprawny”. Niesprawność ta ma wynikać przede wszystkim z faktu, że osoby cierpiące na zaburzenia psychiczne bardzo często nie są świadome swojej niepełnosprawności lub jej nie akceptują, w związku z czym mogą składać pisemne zapewnienie, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa (art. 76 ust. 1 pkt. Prawa o aktach stanu cywilnego). W takiej sytuacji trudno wymagać od

² M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 216 i 224.

kierownika urzędu stanu cywilnego, aby samodzielnie był w stanie dokonać oceny stanu zdrowia psychicznego nupturientów – po pierwsze dlatego, że zazwyczaj urzędnicy ci nie mają wykształcenia z zakresu psychiatrii, a po drugie nie dokonują żadnego badania przyszłych małżonków.³

Po trzecie, wskazuje się, że bardzo trudne, o ile nie niemożliwe, jest na tyle precyzyjne przewidzenie przebiegu choroby psychicznej, aby w sposób niebudzący wątpliwości określić, czy stan zdrowia danej osoby będzie zagrażał małżeństwu.⁴ Podobne problemy odnoszą się do drugiej z przesłanek uzasadniających udzielenie przez sąd zgody na zawarcie małżeństwa, tj. zagrożenia zdrowa przyszłego potomstwa.

Z tego względu niektórzy przedstawiciele nauki prawa⁵ i medycyny⁶ postulują zmianę przepisów, wskazując na ich sprzeczność ze standardami ochrony praw człowieka. Pogląd ten nie jest jednak powszechnie akceptowany. Przykładowo, według Leszka Boska art. 12 k.r.o. nie narusza Konstytucji. Służy on bowiem realizacji wielu uzasadnionych konstytucyjnie celów – chroni zarówno interesy samych nupturientów, jak i ich przyszłych dzieci, co znajduje bardzo silne umocowanie w art. 72 Konstytucji, a także chroni interes publiczny, „związany z ochroną stosunku prawnego (instytucji) małżeństwa i jego celów”. Zdaniem L. Boska przepis nie jest również na tyle niejasny, by uzasadniać zarzut naruszenia art. 2 ustawy zasadniczej, gdyż jest on stosowany w orzecznictwie względnie jednolicie.⁷ Podobną opinię wyraził m.in. W. Borysiak.⁸

Niezależnie od zaznaczonych powyżej rozbieżności w doktrynie, co do oceny konstytucyjności analizowanego przepisu, należy uznać, że stanowi on głęboką ingerencję w wolność zawarcia małżeństwa. Całkowicie pozbawia on bowiem pewną kategorię osób możliwości zawarcia małżeństwa, zaś tych dotkniętych chorobą psychiczną lub niedorozwojem umysłowym, których „stan zdrowia lub umysłu nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa”, zmusza do ubiegania się przed sądem o uzyskanie zezwolenia, którego wydanie uzależnione jest od spełnienia nie w pełni jasnych i zrozumiałych przesłanek.

4. Wolność zawarcia małżeństwa jako wolność podstawowa człowieka

³ Ibid., s. 322-328.

⁴ Ibid. s. 326.

⁵ Zob. np. M. Domański, cyt. wyżej, s. 312-328; A. Zielonacki, komentarz do art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski, *Kodeks rodzinny opiekuńczy*, Warszawa 2013, s. 64-65; K. Pietrzykowski, komentarz do art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 162; Z. R. Kmieciak, *Zaburzenia psychiczne a małżeństwo w świetle prawa cywilnego i prawa kanonicznego*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 7-8, s. 26.

⁶ Zob. np. R. Rutkowski, E. Waszkiewicz, U. Ludwikowska, *Psychiatryczne aspekty nowej kodyfikacji prawa cywilnego w Polsce*, „Psychiatria Polska” 1989, t. XXIII, nr 3, 226 i n.; J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Cz. 2, Opiniowanie w postępowaniu cywilnym: podręcznik dla lekarzy i prawników*, Toruń 2007, s. 144; Z. R. Kmieciak, cyt. wyżej, s. 25.

⁷ L. Bosek, *W sprawie zgodności z Konstytucją RP przeszkody małżeńskiej określonej w art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011, nr 3, s. 42-60.

⁸ W. Borysiak, komentarz do art. 18 Konstytucji RP [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Legalis 2016.

Choć Konstytucja RP nie konstruuje samodzielnej wolności zawarcia małżeństwa – ustanawiając jedynie zasadę ochrony małżeństwa przez państwo (art. 18) oraz przyznając jednostce „prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym” (art. 47) – to nie ulega wątpliwości, że wolność taka jest powszechnie uznawana za jedno z praw człowieka.

4.1. Wolność zawarcia małżeństwa w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA

Szczególnie istotną rangę wolność zawarcia małżeństwa odgrywa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych.⁹ Po raz pierwszy Sąd Najwyższy odniósł się do niej w wyroku z 12 czerwca 1967 r. w sprawie *Loving v. Virginia*.¹⁰ Sprawa ta dotyczyła zakazu zawierania związków małżeńskich pomiędzy osobami o różnym kolorze skóry, jaki obowiązywał na terenie stanu Virginia. Skarżący, czarnoskóra kobieta i biały mężczyzna, pobrali się w Waszyngtonie. Po powrocie do Virginii zostali oskarżeni o naruszenie powyższego zakazu i skazani na karę pozbawienia wolności w zawieszeniu. Sądy stanowe uznały, że zakaz zawierania związków małżeńskich pomiędzy osobami o różnym kolorze skóry nie narusza Konstytucji, argumentując m.in. że prawna regulacja małżeństwa stanowi wyłączną kompetencję stanów, a także, że ochrona „integralności rasowej” obywateli, zapobieganie „psuciu krwi” i promowanie idei „supremacji białej rasy” stanowiły uzasadnione interesy publiczne, którymi stan mógł się kierować. Władze Virginii wskazywały ponadto, że zakaz nie ma charakteru dyskryminacyjnego, gdyż karze podlegają oboje małżonkowie – zarówno osoba biała, jak i czarnoskóra. Sąd Najwyższy orzekł jednak, że tego rodzaju regulacja narusza nie tylko zakaz dyskryminacji zawarty w klauzuli równego traktowania (*Equal Protection Clause*) wyrażonej w 14. Poprawce do Konstytucji, ale i zawartą w tym samym przepisie klauzulę sprawiedliwego procesu (*Due Process Clause*), która zakazuje pozbawiania obywateli ich podstawowych wolności i praw bez zachowania odpowiednich gwarancji. SN podkreślił, że wolność zawarcia małżeństwa od zawsze była uznawana za jedno z praw kluczowych do poszukiwania szczęścia przez wolnych ludzi. Stanowi ona podstawowe prawo obywatelskie, fundamentalne dla egzystencji i przetrwania człowieka. Prawo decydowania o zawarciu bądź niezawieraniu małżeństwa należy do jednostki i stany nie mogą jej tego prawa odebrać. Pozbawienie tej podstawowej wolności w oparciu o prawo motywowane uprzedzeniami rasowymi stanowi oczywiście naruszenie 14. Poprawki do Konstytucji.

Zasady ochrony wolności zawarcia małżeństwa Sąd Najwyższy doprecyzował m.in. w późniejszym wyroku w sprawie *Zablocki v. Redhail*.¹¹ Dotyczył on konstytucyjności przepisów obowiązujących w stanie Wisconsin, które uzależniały prawo do zawarcia małżeństwa przez osoby zobowiązane do opłacania alimentów na rzecz dzieci, których nie wychowują, od zgody sądu. Zgoda taka nie mogła być wydana, jeśli osoba nie wywiązywała się z obowiązku alimentacyjnego. Sąd Najwyższy powołując się na powyższy wyrok w sprawie *Loving v. Virginia* przypomniał, że wolność zawarcia małżeństwa ma fundamentalne znaczenie dla każdego człowieka. Stanowi ona element chronionego z mocy konstytucji

⁹ Zob. np. C. R. Sunstein, *The Right to Marry*, „Cardozo Law Review” 2005, t. 26, nr 5, s. 2081-2098.

¹⁰ Wyrok z 12 czerwca 1967 r., 388 U.S. 1.

¹¹ Wyrok z 18 stycznia 1978 r., 434 U.S. 374.

prawa do prywatności, podobnie jak relacje rodzinne czy decyzja o posiadaniu potomstwa. Nie oznacza to wszakże, że niedopuszczalne są jakiegokolwiek ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa – SN podkreślił, że dopuszczalne są racjonalne regulacje, które nie ingerują z nadto w prawo jednostek do podjęcia decyzji o zawarciu związku małżeńskiego. Przepisy stanu Wisconsin ingerowały jednak w wolność zawarcia małżeństwa w sposób bezpośredni i poważny – osoby, które nie były w stanie ze względów finansowych wywiązywać się z obowiązku alimentacyjnego zostały bowiem całkowicie pozbawione możliwości wstąpienia w związek małżeński. SN przypomniał, że regulacje, które znacząco ingerują w prawa i wolności obywatelskie, są dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy służą realizacji „wystarczająco ważnego interesu publicznego” (*sufficiently important state interests*) oraz są „wąsko zakrojone”, tj. są ściśle powiązane z tym interesem, nie wychodząc poza to, co konieczne dla jego realizacji. Badane przepisy były nakierowane na realizację ważnego celu publicznego (m.in. ochrona prawa dzieci do środków utrzymania), ale nie były konieczne do jego osiągnięcia. Istnieje bowiem wiele innych przepisów, zarówno cywilnych, jak i karnych, które mogą być wykorzystane w przypadku uporczywej niealimentacji.

Po raz kolejny Sąd Najwyższy do wolności zawarcia małżeństwa odniósł się w sprawie *Turner v. Safley*.¹² W tym przypadku przedmiotem kontroli konstytucyjności były przepisy, które uzależniały prawo więźniów do zawarcia małżeństwa od zgody władz zakładu karnego. Co więcej, zgoda taka mogła być udzielona wyłącznie, jeśli przemawiały za nią ważne względy. SN wskazał, że prawo do zawarcia małżeństwa przez więźniów, choć poważnie ograniczone w związku z faktem pozbawienia wolności, podlega ochronie konstytucyjnej. Małżeństwo stanowi bowiem wyraz emocjonalnego wsparcia oraz podjęcia publicznych zobowiązań. Co więcej, wiele religii uznaje małżeństwo za mające wymiar duchowy, co oznacza, że dla niektórych więźniów zawarcie małżeństwa może mieć także znaczenie religijne. Ponadto, z zawarciem małżeństwa związane jest prawo do niektórych świadczeń społecznych czy uprawnień spadkowe. Mając na uwadze wyżej wymienione funkcje, które spełnia małżeństwo – istotne zarówno w warunkach wolnościowych, jak i więziennych – Sąd Najwyższy uznał, że kwestionowane przepisy były niezgodne z Konstytucją. Wbrew twierdzeniom władz więzienia, nie były one bowiem niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa w zakładzie karnym, ani do osiągnięcia celów resocjalizacyjnych.

Najnowszym orzeczeniem, w którym Sąd Najwyższy dokonał wykładni konstytucyjnej wolności zawarcia małżeństwa jest wyrok w sprawie *Obergefell v. Hodges*,¹³ dotyczący niemożności zawarcia małżeństwa przez pary osób tej samej płci. Rozważając znaczenie instytucji małżeństwa, SN podkreślił, że istnieje ona od tysiącleci we wszystkich cywilizacjach. Żaden związek międzyludzki nie jest bardziej doniosły niż małżeństwo, uosabiające ideały miłości, wierności, oddania, poświęcenia i rodziny. Służy ono realizacji najbardziej podstawowych potrzeb ludzkich i jest niezbędne do osiągnięcia najważniejszych potrzeb i aspiracji człowieka. Małżeństwo nadaje szlachetność i godność każdemu człowiekowi, niezależnie od jego pozycji społecznej. Piękno małżeństwa znajduje odzwierciedlenie w licznych tekstach religijnych i filozoficznych, przekraczających granice

¹² Wyrok z 1 czerwca 1987 r., 482 U.S. 78.

¹³ Wyrok z 26 czerwca 2015 r., 576 U.S.

czasu, kultury i wyznania. Jednocześnie, SN podkreślił, że instytucja małżeństwa ewoluowała wraz ze zmianami zachodzącymi w społeczeństwie. Zmiany te nie osłabiały jej, lecz wręcz przeciwnie – wzmacniały. Sąd Najwyższy wskazał, że za rozszerzeniem wolności zawarcia małżeństwa na pary jedнопłciowe przemawiają cztery cechy tej instytucji. Po pierwsze, wolność zawarcia małżeństwa jest niezbędna dla realizacji autonomii jednostki. Po drugie, małżeństwo jest unikalną konstrukcją promującą bliskość między dwojgiem ludzi. Daje małżonkom nadzieję towarzystwa i zrozumienia oraz zapewnienie, że dopóki druga osoba żyje, zawsze będzie istnieć ktoś, kto będzie o nich dbał. Po trzecie, małżeństwo chroni dzieci oraz życie rodzinne. W tym kontekście SN zwrócił uwagę, że wiele par homoseksualnych wychowuje dzieci, które wskutek pozbawienia ich rodziców możliwości zawarcia związku małżeńskiego oferującego uznanie prawne, stabilność i przewidywalność cierpią z powodu poczucia, że ich rodziny są gorsze od innych. Po czwarte, w tradycji amerykańskiej małżeństwo stanowi fundament porządku społecznego. Z tego względu, tak jak małżonkowie przyrzekają sobie wzajemne wsparcie, tak i społeczeństwo obiecuje wspierać związki małżeńskie poprzez ich formalne uznanie i przyznanie różnego rodzaju przywilejów. Sąd Najwyższy uznał więc, że parom tej samej płci przysługuje konstytucyjna wolność zawarcia małżeństwa, stanowiąca nieodłączną część wolności ludzkiej. W jego ocenie byłoby bowiem błędem uznanie, że pary homoseksualne dążą do deprecjacji instytucji małżeństwa – dążą jedynie do tego, by nie być skazanym na życie w samotności, w wykluczeniu z najstarszej instytucji cywilizacji.

Podsumowując, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wolność zawarcia małżeństwa stanowi konstytucyjne prawo obywatelskie. Oznacza to, że wszelka ingerencja w tę wolność powinna podlegać szczególnie skrupulatnemu badaniu (*strict scrutiny*) ze strony Sądu Najwyższego. Ingerencja taka musi zatem służyć realizacji przemożnego interesu państwa/stanu (*compelling state interest*), być „wąsko zakrojona” (*narrowly tailored*), a więc służyć ściśle realizacji tego celu i nie wykraczać poza ten cel. Musi także stanowić najmniej uciążliwy środek (*least restrictive means*), za pomocą którego można osiągnąć zaplanowany cel. SN nie jest jednak w pełni konsekwentny jeśli chodzi o restrykcyjność wymogów, jakie stawia badanemu przez siebie ustawodawstwu ograniczającemu wolność zawarcia małżeństwa.

4.2. Wolność zawarcia małżeństwa w orzecznictwie ETPC

W przeciwieństwie do Konstytucji USA czy Konstytucji RP, Europejska Konwencja Praw Człowieka przyznaje jednostkom *expressis verbis* wolność zawarcia małżeństwa. Stosownie do art. 12 EKPC: „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa.”.

ETPC podkreśla, że istotą wolności zagwarantowanej w art. 12 EKPC jest przyznanie jednostkom swobody zawarcia małżeństwa, które wywoła prawne, społeczne i osobiste konsekwencje.¹⁴ Małżeństwo na gruncie Konwencji rozumiane jest jako związek kobiety i mężczyzny, jednak ETPC uznaje, że choć decyzja o umożliwieniu jego zawarcia parom osób

¹⁴ Zob. wyrok z 14 grudnia 2010 r. w sprawie *O'Donoghue i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 34848/07.

tej samej płci należy do państw-stron EKPC, to gdy te zdecydują się na taką redefinicję instytucji małżeństwa, pary jedнопłciowe będą chronione z mocy art. 12 EKPC.¹⁵

Wolność zawarcia małżeństwa może być ograniczana przez prawo krajowe, co wynika zresztą z samego brzmienia przywołanego przepisu, jednak ograniczenia te nie mogą naruszać samej jej istoty. W przeciwieństwie np. do art. 8 EKPC, art. 12 Konwencji nie zawiera żadnej klauzuli limitacyjnej, która wymieniałaby np. przesłanki, w oparciu o które dopuszczalne byłoby ograniczenie wolności zawarcia małżeństwa. Analizując dane ograniczenie ETPC nie bada zatem przesłanki konieczności czy istnienia „silnej potrzeby społecznej” (*pressing social need*), lecz rozważa, czy mając na uwadze margines swobody przysługujący państwu, ograniczenie takie nie było nieproporcjonalne lub arbitralne.¹⁶

W swoim orzecznictwie ETPC wskazywał, że dopuszczalne są przepisy krajowe regulujące formalne czy ceremonialne aspekty zawarcia małżeństwa. Państwa mogą wprowadzać pewne ograniczenia o charakterze materialnym, uznawane powszechnie za konieczne dla ochrony interesu publicznego. Mogą one dotyczyć zdolności prawnej do wyrażenia zgody na zawarcie małżeństwa, dopuszczalnego stopnia pokrewieństwa między małżonkami czy zapobiegania bigamii. Państwa mogą podejmować też działania mające na celu zapobieganie zawieraniu fikcyjnych małżeństw mających służyć zalegalizowaniu pobytu przez imigrantów. Ograniczenia te nie mogą jednak pozbawiać osoby lub kategorii osób dysponujących pełną zdolnością do czynności prawnych prawa zawarcia małżeństwa z partnerem, którego wybiorą.¹⁷

Przykładu niedopuszczalnego ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa dostarcza wyrok w sprawie *Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*.¹⁸ ETPC analizował w nim regulację prawa brytyjskiego, które nie przewidywało możliwości zmiany płci w akcie urodzenia, nawet po przeprowadzeniu operacji zmiany płci. W konsekwencji, skarżąca, kobieta po operacji zmiany płci, nie mogła poślubić swojego partnera – w świetle prawa w dalszym ciągu była bowiem mężczyzną. ETPC wskazał, że w celu ustalenia, czy doszło do naruszenia art. 12 należy rozważyć, czy niemożność zmiany płci metrykalnej narusza samą istotę wolności zawarcia małżeństwa. We wcześniejszym orzecznictwie ETPC prezentował stanowisko, że państwa-strony Konwencji regulując prawo małżeńskie mogą dawać pierwszeństwo płci biologicznej. W wyroku w sprawie *Goodwin* odstąpił od tego poglądu wskazując, że doszło do ogromnych zmian w medycznym i społecznym postrzeganiu transpłciowości. Przemawiało to za zawężeniem marginesu swobody przysługującego państwu. Państwa mogą regulować prawne kwestie związane z procesem zmiany płci np. poprzez wskazanie warunków, jakie należy spełnić, aby taka zmiana została uznana za skuteczną, jak również nakładać na osoby transpłciowe zamierzające zawrzeć związek małżeński pewne obowiązki formalne, niemniej całkowite pozbawienie ich możliwości zawarcia małżeństwa byłoby niezgodne z Konwencją.

¹⁵ Zob. wyrok ETPC z 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, skarga nr 30141/04.

¹⁶ Zob. np. L. Garlicki, komentarz do art. 12 EKPC [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, s. 713-714.

¹⁷ Zob. np. *O'Donoghue przeciwko Wielkiej Brytanii*, cyt. wyżej.

¹⁸ Wyrok ETPC z 11 lipca 2002 r., skarga nr 28957/95.

Z kolei w sprawach *Frasik przeciwko Polsce*¹⁹ oraz *Jaremowicz przeciwko Polsce*²⁰ Trybunał rozpatrywał skargi polskich więźniów (odpowiednio: tymczasowo aresztowanego i odbywającego karę pozbawienia wolności), którym sądy penitencjarne i władze zakładów karnych nie udzieliły zgody na zawarcie małżeństwa. W obu sprawach ETPC podkreślił, że sam wymóg uzyskania przez osadzonego zgody na zawarcie małżeństwa w zakładzie karnym nie może zostać uznany za sprzeczny z art. 12 EKPC. Podejmując decyzję o udzieleniu lub odmowie wydania zgody, władze posiadają pewien margines uznaniowości i mogą uwzględniać nie tylko osobisty interes więźnia, ale takie czynniki, jak utrzymanie porządku, bezpieczeństwa i spokoju w zakładzie karnym, czy resocjalizacyjne aspekty pozbawienia wolności. Nie mogą jednak opierać swojej decyzji odmownej na czynnikach niezwiązanych z powyższymi aspektami, np. na ocenie głębi uczuć pomiędzy partnerami. ETPC wskazał także, że możliwość zawarcia związku małżeńskiego po opuszczeniu zakładu karnego w niczym nie usprawiedliwia arbitralności w decydowaniu o zgodzie na zawarcie go w więzieniu. Na werdykt ETPC stwierdzający naruszenie przez Polskę art. 12 EKPC duży wpływ miał również brak w ówczesnym polskim prawie jasnych regulacji proceduralnych dotyczących udzielania zgody na zawarcie małżeństwa w zakładzie karnym.

W sprawie *O'Donoghue i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²¹ ETPC rozpatrywał natomiast skargę dotyczącą brytyjskich regulacji odnoszących się do udzielania zgody na zawarcie małżeństwa przez imigrantów (osoby nieposiadające obywatelstwa UE lub pozwolenia na pobyt stały). Pod wpływem orzecznictwa sądów krajowych zasady ulegały częstym zmianom, niemniej wprowadzały one znaczące ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa. Początkowo uzyskanie zgody na zawarcie małżeństwa było uzależnione od rodzaju zezwolenia na pobyt, jakie posiadał cudzoziemiec, następnie rygor ten został złagodzony, lecz wnioskodawca musiał uiścić stosunkowo wysoką opłatę. Badając skargę ETPC podkreślił, że państwa mogą wprowadzać różnego rodzaju ograniczenia wolności zawierania małżeństw przez cudzoziemców w celu wyeliminowania możliwości zawierania fikcyjnych związków. Niemniej, regulacje brytyjskie nie służyły temu celowi – zgodę na zawarcie małżeństwa uzależniały bowiem nie od realności związku, lecz od posiadania zgody na pobyt przez cudzoziemca. Zdaniem Trybunału absolutny zakaz zawierania związków małżeńskich przez osoby nieposiadające ważnego zezwolenia na pobyt stanowi naruszenie samej istoty wolności zawarcia małżeństwa. Także wymóg uiszczenia wysokiej opłaty od wniosku o zgodę na zawarcie małżeństwa stanowił naruszenie art. 12 EKPC.

Jeszcze innego przykładu niedopuszczalnego ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa dostarcza sprawa *F. przeciwko Szwajcarii*.²² Dotyczyła ona specyficznej regulacji prawa szwajcarskiego, która pozwalała na orzeczenie w wyroku rozwodowym kilkuletniego zakazu zawarcia ponownego związku małżeństwa przez małżonka wyłącznie winnego rozpadu małżeństwa. ETPC uznał, że ograniczenie takie narusza samą istotę wolności zawarcia małżeństwa, gdyż było absolutnie nieproporcjonalne do celu, jakiemu miało służyć, a więc – jak twierdził rząd – ochronie partnera małżonka objętego zakazem.

¹⁹ Wyrok ETPC z 5 stycznia 2010 r., skarga nr 22933/02.

²⁰ Wyrok ETPC z 5 stycznia 2010 r., skarga nr 24023/03.

²¹ Cyt. wyżej.

²² Wyrok z 18 grudnia 1987 r., skarga nr 11329/85.

W sprawie *B. i L. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²³ ETPC uznał za niedopuszczalne ograniczenia uniemożliwiające zawarcie małżeństwa pomiędzy teściem a synową, dopóki ich poprzedni małżonkowie pozostawali przy życiu. Trybunał zauważył, że sam zakaz zawierania związków małżeńskich nie spowoduje, że pomiędzy powinowatymi nie będzie dochodziło do tworzenia związków. Prawo brytyjskie nie penalizowało zresztą tego typu relacji. ETPC zwrócił także uwagę, że w wyjątkowych przypadkach zgody na zawarcie małżeństwa między powinowatymi mógł udzielić parlament, jednak procedura ta nie była efektywna, a przesłanki, którymi kierował się Parlament były niejasne. Trybunał podkreślił także, że system, w którym osoby dorosłe i pełnosprawne umysłowo musiałyby poddawać się dogłębnemu dochodzeniu, w celu ustalenia, czy mogą zawrzeć małżeństwo, musiałby budzić poważne wątpliwości. Z tych względów ETPC orzekł, że doszło do naruszenia art. 12 Konwencji.

4.3. Wnioski

Podsumowując, zarówno w prawie amerykańskim, jak i europejskim, wolność zawarcia małżeństwa postrzegana jest jako jedno z praw człowieka. Nie ma ona charakteru nieograniczonego: władze mogą wprowadzać pewne ograniczenia nakierowane np. na ochronę bezpieczeństwa i porządku publicznego czy też odnoszące się do procedury zawarcia małżeństwa. Ograniczenia takie nie mogą jednak mieć charakteru arbitralnego i dyskryminującego, godzącego w samą istotę wolności zawarcia małżeństwa.

5. Zaburzenia umysłowe jako przesłanka ograniczająca wolność zawarcia małżeństwa²⁴

Ustalenie, że wolność do zawarcia małżeństwa ma charakter wolności podstawowej samo w sobie oczywiście nie przesądza, że niedozwolone jest jej ograniczanie wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną. Prawodawstwo wielu państw demokratycznych dopuszcza tego rodzaju ograniczenia, niemniej w ostatnim czasie, z uwagi na zdecydowane podwyższenie standardów ochrony praw osób z niepełnosprawnościami, są one poddawane coraz silniejszej krytyce jako nieracjonalne i oparte na uprzedzeniach, a nie realnej konieczności ochrony interesu publicznego.

5.1. Perspektywa prawno-porównawcza

Prawne ograniczenia wolności zawierania małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością związane są zazwyczaj z instytucją ubezwłasnowolnienia, choć zdarzają się i regulacje analogiczne do polskich, które pozbawiają możliwości zawarcia małżeństwa nawet osoby posiadające pełną zdolność do czynności prawnych.

W Niemczech wolność zawarcia małżeństwa związana jest ze zdolnością do czynności prawnych danej osoby. Zgodnie z art. 1304 niemieckiego kodeksu cywilnego („BGB”) małżeństwa nie może zawrzeć osoba nieposiadająca zdolności do czynności prawnych. Z kolei według art. 104 BGB zdolności do czynności prawnych nie posiada osoba cierpiąca na

²³ Wyrok z 13 września 2005 r., skarga nr 36536/02.

²⁴ W pracach nad poniższym fragmentem opinii wykorzystano analizę prawną sporządzoną na prośbę HFPC przez Constantina Cojocariu.

poważne zaburzenia umysłowe, uniemożliwiające świadome wyrażenie woli, chyba że stan taki ma charakter jedynie przejściowy. Osoba posiadająca częściową zdolność do czynności prawnych może zawrzeć małżeństwo, o ile rozumie jego istotę i jest w stanie wyrazić swoją wolę w tym zakresie, nawet jeśli nie posiada zdolności do czynności prawnych w odniesieniu do zawierania pewnych rodzajów umów.²⁵

Także we Francji zdolność do zawarcia małżeństwa powiązana jest ze zdolnością do czynności prawnych. Osoba znajdująca się pod kuratelą (*curatelle*) może zawrzeć związek małżeński wyłącznie za zgodą kuratora lub, gdy ten nie wyraża zgody, sądu opiekuńczego. Z kolei osoba znajdująca się pod tutelą (*tutelle*) może zawrzeć małżeństwo za zgodą sądu lub rady rodziny (*conseil de famille*), o ile taką powołano, po wysłuchaniu obojga nupturientów, a ponadto, o ile zajdzie taka potrzeba, po zasięgnięciu opinii ich przyjaciół i krewnych.²⁶ W 2012 r. Rada Konstytucyjna uznała wskazany przepis, w części dotyczącej osób znajdujących się pod kuratelą, za zgodny z Konstytucją, uzasadniając m.in., że unormowanie to nie formułuje wobec nich blankietowego, absolutnego zakazu zawierania związków małżeńskich, lecz nakazuje uwzględniać indywidualne okoliczności każdego przypadku, a ponadto gwarantuje takim osobom adekwatne gwarancje proceduralne.²⁷

Nieco inne rozwiązanie zawiera z kolei art. 56 hiszpańskiego *Código Civil*. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku powzięcia istotnych wątpliwości co do zdrowia psychicznego jednego z nupturientów, niezbędne jest przedstawienie opinii medycznej w przedmiocie jego zdolności do wyrażenia woli zawarcia małżeństwa.

Przepisy ograniczające wolność zawarcia małżeństwa wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną zawiera także ustawodawstwo wielu państw Europy Środkowej i Wschodniej. Przykładowo, do 2014 r. w Czechach obowiązywała uchwalona jeszcze w czasach komunistycznych Ustawa o rodzinie (*Zákon o rodině*), której § 14 stanowił, że osoba pozbawiona zdolności do czynności prawnych nie mogła zawrzeć małżeństwa, natomiast osoba o ograniczonej zdolności do czynności prawnych mogła wstąpić w związek małżeński wyłącznie za zgodą sądu. Także osoba nieubezważnowolniona, lecz cierpiąca na zaburzenia umysłowe, które uzasadniałyby pozbawienie jej zdolności do czynności prawnych, nie mogła zawrzeć małżeństwa. Z kolei osoba nieubezważnowolniona cierpiąca na zaburzenia umysłowe, które uzasadniałyby jedynie ograniczenie jej zdolności do czynności prawnych, mogła zawrzeć małżeństwo za zgodą sądu, jeśli jej stan zdrowia nie był niezgodny z celem małżeństwa. W 2014 r. Ustawa o rodzinie została jednak uchylona, a sprawy z zakresu prawa rodzinnego przeniesiono do uchwalonego w 2012 r. i obowiązującego od początku 2014 r. nowego Kodeksu cywilnego (*Občanský zákoník*), którego § 673 stanowi, że nie może zawrzeć małżeństwa osoba, której zdolność do czynności prawnych ograniczono w tym zakresie. Zmiana ta powiązana jest z tym, że nowy Kodeks cywilny zniósł sztywną instytucję ubezważnowolnienia, zastępując ją bardziej elastycznymi mechanizmami wspierającym, a także zezwalając na ograniczenie zdolności do czynności

²⁵ Omówienie ustawodawstwa niemieckiego w tym zakresie zob. np. raport rządu Niemiec do Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych, 19 września 2011 r., sygn. CRPD/C/DEU/1.

²⁶ Zob. art. 460 *Code Civil*.

²⁷ Orzeczenie z 29 czerwca 2012 r., nr 2012-260 QPC.

prawnych jedynie w sferach określonych przez sąd opiekuńczy.²⁸ Bardzo podobne rozwiązania do regulacji obowiązujących w Czechach przed wejściem w życie nowego Kodeksu cywilnego obowiązują w Słowacji za sprawą § 12 Ustawy o rodzinie (*Zákon o rodine*). Z kolei Kodeks cywilny Rumunii formułuje bezwzględny zakaz małżeński wobec osób chorych psychicznie oraz poważnie niepełnosprawnych intelektualnie, od którego nie ma odstępstwa nawet w przypadku, gdy osoby te zawrą związek małżeński w okresie remisji choroby. Zakaz ten jest niezależny od tego, czy osoby dotknięte niepełnosprawnością zostały ubezwłasnowolnione czy też nie.²⁹

Ogółem, jak wskazał ETPC w orzeczeniu w sprawie *Lashin przeciwko Rosji* (zob. niżej), „z analizy prawnoporównawczej przepisów obowiązujących w 25 państwach członkowskich Rady Europy wynika, że w ponad połowie z nich (13 na 25) ubezwłasnowolnienie prowadzi do automatycznej utraty prawa do zawarcia małżeństwa. W ok. 1/3 państw (9 na 25) do zawarcia związku małżeńskiego przez osobę ubezwłasnowolnioną wymagana jest zgoda opiekuna prawnego. Bezpośrednie zakazy zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością umysłową obowiązują w 6 z 25 państw”.

Także w USA na terenie wielu stanów obowiązują przepisy uniemożliwiające osobom z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną uzyskanie zezwolenia na zawarcie małżeństwa lub przewidujące możliwość unieważnienia małżeństwa już przez nie zawartego.³⁰ Prawodawstwo poszczególnych stanów różni się m.in. co do definicji stopnia niepełnosprawności uzasadniającego zakazanie zawarcia małżeństwa, a także co do tego, czy zakaz ma charakter względny czy też bezwzględny. Przykładowo, zgodnie z prawem stanu Kentucky małżeństwo z osobą uznaną przez właściwy sąd za niepełnosprawną intelektualnie jest zakazane i nieważne.³¹ Z kolei według prawa stanowego Pensylwanii zezwolenie na zawarcie małżeństwa³² nie może być wydane, jeśli jedna z osób ubiegających się o jego wydanie jest niedorozwinięta, niepoczytalna, chora psychicznie lub została ubezwłasnowolniona ze względu na chorobę psychiczną, chyba że sąd orzeknie, że wydanie zezwolenia leży w interesie wnioskodawcy i społeczeństwa.³³ W Tennessee zezwolenie na zawarcie małżeństwa nie może zostać wydane, jeśli zachodzi podejrzenie, że oboje lub jeden z wnioskodawców jest chory psychicznie lub niedorozwinięty.³⁴ W Vermont³⁵ i Nowym Jorku³⁶ małżeństwo zawarte z osobą niepełnosprawną intelektualnie lub chorą psychicznie może z kolei zostać unieważnione. Należy przy tym nadmienić, że prawo stanowe zwykle nie

²⁸ Omówienie przepisów zob. np. Mental Disability Advocacy Center *Legal Capacity in Europe. Call to Action to Governments and to the EU*, Budapeszt 2013, s. 49, http://mdac.info/sites/mdac.info/files/legal_capacity_in_europe.pdf (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.).

²⁹ Art. 276 *Codul civil al României*; A. Gidro, *Comparison elements on the background conditions of Ancient Roman and contemporary Romanian marriage*, „Curentul Juridic” 2014, t. 58, nr 3, s. 15-16.

³⁰ Zob. np. J. Matloff, *Idiocy, Lunacy, and Matrimony: Exploring Constitutional Challenges to State Restrictions on Marriages of Persons with Mental Disabilities*, „American University Journal of Gender, Social Policy & Law” 2009, t. 17, nr 2, s. 497-520.

³¹ Art. 402.020 *Kentucky Revised Statutes*.

³² Obowiązek uzyskania od władz stanowych *marriage license* do zawarcia małżeństwa przewiduje ustawodawstwo wszystkich stanów.

³³ § 1304 lit. c *Pennsylvania Consolidated Statutes*.

³⁴ § 36-3-109 *Tennessee Code Annotated*.

³⁵ Tytuł 15, § 512 *The Vermont Statutes*.

³⁶ § 7 *New York Domestic Relations Law*.

definiuje precyzyjnie pojęć choroby psychicznej i niepełnosprawności intelektualnej uzasadniających zakazanie zawarcia małżeństwa, posługując się jednocześnie przestarzałą terminologią medyczną i psychologiczną, uważaną dziś niekiedy za obraźliwą (np. *imbecile, idiot, lunatic* itd.). Choć wskazane powyżej ustawodawstwo oceniane jest niekiedy w doktrynie amerykańskiej jako niekonstytucyjne³⁷, to warto zauważyć, że jedną z przyczyn, dla których w dalszym ciągu nie zostało ono formalnie derogowane może być fakt, że Sąd Najwyższy USA nie traktuje różnicowania ochrony wolności i praw konstytucyjnych w oparciu o przesłankę niepełnosprawności jako *per se* podejrzanego (*suspect* lub *quasi-suspect classification*), w przeciwieństwie do np. różnicowania w oparciu o kryterium rasy.³⁸

HFPC nie udało się odnaleźć w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw demokratycznych wyroków, które wprost uznawałyby ograniczenia zbliżone do omówionych powyżej za niezgodne z krajowymi konstytucjami. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest wyrok Sądu Konstytucyjnego Gruzji z 8 października 2014 r.,³⁹ w którym za niekonstytucyjne uznane zostało szereg przepisów regulujących instytucję ubezwłasnowolnienia.

Jednym z uchylonych mocą ww. wyroku przepisów był art. 1120 gruzińskiego Kodeksu Cywilnego, uniemożliwiający osobom ubezwłasnowolnionym zawarcie związku małżeńskiego. Analizując ten zakaz pod kątem zasady proporcjonalności, Sąd Konstytucyjny wskazał, że bez wątpienia służy on realizacji uzasadnionego celu, jakim jest ochrona osób pozbawionych zdolności do czynności prawnych. Niemniej, w ocenie sądu zabezpieczenie interesów takich osób mogło nastąpić poprzez zastosowanie mniej inwazyjnych środków, jak np. wprowadzenie wymogu uzyskania zgody sądu opiekuńczego na zawarcie małżeństwa czy ustanowienie obowiązku zawarcia małżeńskiej umowy majątkowej. Sąd Konstytucyjny podkreślił, że zdolność poszczególnych osób z niepełnosprawnością do zrozumienia majątkowych skutków zawarcia małżeństwa znacząco się różni. Niemniej, małżeństwo nie jest instytucją, która wywołuje wyłącznie skutki majątkowe. Jest bardzo ważną instytucją społeczną, której podstawowym celem jest publiczne uznanie związku między dwojgiem ludzi przez społeczeństwo. Ograniczając osobom z niepełnosprawnością prawo do zawarcia małżeństwa ustawodawca pozbawił je nie tylko skutków majątkowych płynących z małżeństwa, ale i wspomnianych konsekwencji niemajątkowych. Osoby pozbawione zdolności do czynności prawnych nie mogą uzyskać społecznego uznania związków, w jakich się znajdują – innymi słowy, państwo nie legitymizuje zawieranych przez nie związków uczuciowych. Jednocześnie prawo nie zabrania osobom pozbawionym zdolności do czynności prawnych wchodzenia w relacje intymne czy posiadania dzieci. Tym samym, na osobach takich mogą spoczywać istotne obowiązki prawne, moralne i finansowe związane z wychowaniem dzieci czy zapewnieniem im edukacji. Sąd Konstytucyjny wskazał także, że ocena możliwości jednostki do podejmowania decyzji w kwestii zawarcia małżeństwa czy założenia rodziny wymaga analizy jej zdolności emocjonalnych i psychospołecznych. Tymczasem, kwestie te nie są analizowane w trakcie postępowania w sprawie

³⁷ Zob. np. J. Matloff, cyt. wyżej.

³⁸ Wyrok SN USA z 23 kwietnia 1985 r. w sprawie *City of Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432.

³⁹ Sprawa *Citizens of Georgia Irakli Kemoklidze and David Kharadze v. the Parliament of Georgia*.

ubezwłasnowolnienia danej osoby – ani z brzmienia przepisów prawa, ani z analizy prawa nie wynika, by orzekając o pozbawieniu jednostki zdolności do czynności prawnych oceniane były jej umiejętności społeczne i zdolność do realizowania społecznych i moralnych obowiązków płynących z małżeństwa. Prawo nie uwzględnia zatem faktu, że niektóre ubezwłasnowolnione osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną mogą być zdolne do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny.⁴⁰

Jednocześnie, nadużyciem byłoby stwierdzenie, że w każdym państwie obowiązują analogiczne zakazy małżeńskie. Przykładowo, w Wielkiej Brytanii zdolność osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną do zawarcia małżeństwa zależy od indywidualnej oceny jej zdolności do świadomego wyrażenia woli, co jest rozumiane jako zdolność do zrozumienia istoty małżeństwa oraz obowiązków z niego wypływających. W sprawie *Sheffield City Council v E. and Another* Wysoki Trybunał (*High Court*) sprecyzował, że do uznania, że osoba jest w stanie skutecznie wyrazić wolę zawarcia małżeństwa nie musi ona dogłębnie rozumieć wszystkich aspektów prawnych małżeństwa, lecz jedynie zdawać sobie sprawę, że „małżeństwo (...) jest formalną umową. Nadaje ona stronom status męża i żony, a jej istotą jest porozumienie między kobietą i mężczyzną dotyczące wspólnego życia jako mąż i żona oraz do wzajemnej i wyłącznej miłości między mężem a żoną. Małżeństwo kreuje relację dwustronnych i wzajemnych obowiązków, polegających zwykle na wspólnym zamieszkiwaniu i prowadzeniu gospodarstwa rodzinnego oraz wzajemnego dotrzymywania sobie towarzysztwa, pomagania sobie i wspierania”. Co istotne, w ocenie Wysokiego Trybunału w przypadku ustalenia, że osoba z niepełnosprawnością pojmuje tak określone znaczenie małżeństwa i jest w stanie wyrazić wolę jego zawarcia, należy respektować jej decyzję, nawet jeśli obiektywnie może ona budzić kontrowersje ze względu na poprzednią karalność i skłonność do przemocy na tle seksualnym przyszłego małżonka.⁴¹ Podobnie w Irlandii, po uchynieniu z końcem 2015 r. Ustawy o szaleństwie (*Lunacy Regulation Act*) z 1871 r. oraz jeszcze starszej Ustawy o małżeństwach szaleńców (*Marriage Lunatics Act*) z 1811 r., które uniemożliwiały osobom ubezwłasnowolnionym (*wardship*) zawieranie związków małżeńskich, i zastąpieniu ich nową Ustawą o systemie wsparcia w podejmowaniu decyzji (*Assisted decision-making Act*) obowiązuje zasada indywidualnej oceny zdolności danej osoby do wyrażenia woli wstąpienia w związek małżeński.⁴²

Również w USA istnieją stany, w których kwestia zdolności osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną oceniana jest sposób zindywidualizowany. Przykładowo, w Minnesocie zezwolenie na zawarcie małżeństwa może zostać udzielone osobie, która ma zdolność kontraktową (*capable in law of contracting*).⁴³ W sprawie *In re*

⁴⁰ Omówienie wyroku sporządzono na podstawie tłumaczenia na język angielski wybranych fragmentów wyroku opracowanego przez organizację „Partnership for Human Rights” i udostępnionego HFPC przez Annę Arganashvili.

⁴¹ Wyrok z 2 grudnia 2004 r., EWHC 2808 (Fam), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2004/2808.htm> (ostatni dostęp: 17 maja 2016 r.); zob. także R. Gaffney-Rhys, *Sheffield City Council v E and Another - Capacity to Marry and the Rights and Responsibilities of Married Couples*, „Child and Family Law Quarterly” 2006, t. 18, nr 1, s. 139-150.

⁴² Zob. F. Matthews, *Cognitive Impairment and the Capacity to Marry*, „Irish Journal of Legal Studies” 2015, t. 5, nr 2, s. 52-83.

⁴³ § 517.02 *Minnesota Statutes Annotated*.

*Guardianship of O'Brien*⁴⁴ stanowy Sąd Apelacyjny dla Minnesoty wyjaśnił, że zdolność osoby ubezwłasnowolnionej (*wardship*) do zawarcia małżeństwa jest uzależniona od tego, czy pojmuje ona znaczenie małżeństwa oraz prawa i obowiązki z nim związane. Podkreślił przy tym, że z uwagi na to, że osoba ubezwłasnowolniona zachowuje swoją konstytucyjną wolność zawarcia małżeństwa, należy stosować domniemanie, że posiada ona zdolność do wyrażenia woli wstąpienia w związek małżeński. A zatem, to na stronie przeciwnej będzie spoczywał ciężar dowodu wykazania, że osoba ubezwłasnowolniona jest niezdolna do zawarcia małżeństwa.

5.2. Argumenty mające uzasadniać uniemożliwienie osobom z zaburzeniami umysłowymi zawarcie związku małżeńskiego

Z powyższej krótkiej analizy wynika, że prawodawstwo wielu państw świata przewiduje daleko idące ograniczenia wolności zawierania małżeństw przez osoby z zaburzeniami umysłowymi, niekiedy wręcz zakazując im tego. Wprawdzie dominować zdają się regulacje wiążące zdolność do zawarcia małżeństwa z posiadaniem zdolności do czynności prawnych, niemniej przepisy ustanawiające zakazy małżeńskie wobec cierpiących na zaburzenia umysłowe osób nieubezwłasnowolnionych nie są całkowicie niespotykane. W ocenie HFPC, szeroka akceptacja tego rodzaju daleko idących ograniczeń podstawowych wolności człowieka uzasadniana jest zwykle trzema argumentami: po pierwsze ochroną samych osób z niepełnosprawnościami, po drugie ochroną małżeństwa i rodziny i po trzecie celami eugenicznymi.

Pierwszy z argumentów oparty jest na założeniu, że osoby z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną nie są w stanie w pełni zrozumieć istoty instytucji małżeństwa oraz obowiązków z nią związanych. W przypadku przyznania im wolności do zawarcia małżeństwa na równi z osobami pełnosprawnymi, mogłyby one być wykorzystywane czy manipulowane np. przez osoby chcące przejąć ich majątek czy wykorzystać małżeństwo do uzyskania prawa pobytu w kraju. Argument ten ma zatem charakter paternalistyczny i ma uzasadniać ograniczenie wolności osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną po to, by chronić je same.

Drugie uzasadnienie omawianych tu regulacji odwołuje się do niezdolności osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną do wywiązywania się z obowiązków związanych z małżeństwem: „Zakaz zawierania małżeństw jest (...) uzasadniony obawą tworzenia rodzin dysfunkcyjnych, a nawet dewiacyjnych. Zgodnie z tradycyjnymi poglądami osoby dotknięte chorobą psychiczną nie są zdolne do stworzenia wspólnoty małżeńskiej. Nie jest również możliwe stworzenie przez nie odpowiedniego środowiska wychowawczego dla dzieci, jak również istnieje silna obawa, że nie będą one zdolne do prawidłowej opieki nad dziećmi”.⁴⁵ Tego rodzaju pogląd wyraził m.in. J. Gajda: „(...) całkowite ubezwłasnowolnienie zostaje orzeczone wobec osoby, która wskutek choroby psychicznej, czy też znacznego niedorozwoju umysłowego, nie jest w stanie pokierować swoim postępowaniem. W takiej więc sytuacji niepodobna oczekiwać, aby ta osoba mogła w sposób

⁴⁴ Wyrok z 27 maja 2014 r., 847 N.W.2d 710.

⁴⁵ M. Domański, cyt. wyżej, s. 229.

prawidłowy realizować obowiązki wynikające z małżeństwa oraz dotyczące rodziny. Zawarcie małżeństwa przez taką osobę byłoby sprzeczne z celem małżeństwa”.⁴⁶

W ocenie HFPC, przytoczone powyżej argumenty, choć w pewnych przypadkach zapewne mogłyby uzasadniać ograniczenie przez ustawodawcę wolności zawierania małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną, nie mogą usprawiedliwiać wprowadzania daleko idących restrykcji wobec całej, zróżnicowanej wewnętrznie i nieprecyzyjnie zdefiniowanej kategorii osób z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną. Wszelkie uogólnienia na temat niezdolności osób z niepełnosprawnością do funkcjonowania w rodzinach oraz konieczności podejmowania przez państwo paternalistycznych interwencji w ich życie prywatne są nierzadko podyktowane niesprawiedliwymi i nieuzasadnionymi uprzedzeniami społecznymi względem takich osób. Jak słusznie wskazuje M. Domański: „Założenie takie zdaje się wynikać ze stereotypowego postrzegania osoby chorej psychicznie jako <<wariata>> zagrażającego sobie i otoczeniu, jak również z założenia modelu leczenia opartego na długotrwałej izolacji w szpitalach psychiatrycznych, co uniemożliwia stworzenie wartościowej społecznie rodziny”.⁴⁷

Warto przy tym zwrócić uwagę, że stereotypy na temat życia intymnego i potrzeb seksualnych⁴⁸ czy niezdolności do wywiązywania się z obowiązków rodzicielskich⁴⁹ osób z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną są w ostatnich latach coraz częściej skutecznie podważane. Podkreśla się w szczególności, że przy odpowiednim wsparciu instytucjonalnym niektóre osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną byłyby w stanie efektywnie spełniać się w rolach rodziców: „współczesne cywilizowane społeczeństwo nie może koncentrować się na brakach i niedostatkach [osób z niepełnosprawnością], ale powinno skupiać się na takim ich przewyżczeniu, które umożliwi pełne funkcjonowanie każdemu człowiekowi. Osoby z niepełnosprawnością (...) nie rzadziej i nie gorzej niż osoby pełnosprawne zdają egzamin z roli rodzica, zwłaszcza jeśli otrzymują dobre przygotowanie do rodzicielstwa oraz uzyskują pomoc i wsparcie w jego realizacji, w zależności od indywidualnych sytuacji życiowych, tak jak to jest w przypadku każdego

⁴⁶ J. Gajda, *Charakterystyka przeszkód małżeńskich* [w:] T. Smoczyński (red.), *System prawa prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 152-153.

⁴⁷ M. Domański, cyt. wyżej, s. 229.

⁴⁸ Jak zauważył R. Kijak: "(...) osoby niepełnosprawne intelektualnie mają prawo do podejmowania aktywności seksualnej oraz prawo i obowiązek bycia edukowanymi w zakresie konsekwencji podjęcia aktywności seksualnej, na takich samych prawach jak osoby pełnosprawne. Zaprzeczanie istnieniu seksualności osób niepełnosprawnych staje się problemem moralnym, bowiem zaprzeczanie istnieniu seksualności człowieka oznacza wyeliminowanie części jego osobowości" – R. Kijak, *W stronę rozumienia seksualności osób z głębszą niepełnosprawnością intelektualną*, „Forum Oświatowe” 2011, nr 1, s. 149; zob. także: M. Perlin, A. J. Lynch, „Love Is Just A Four-Letter Word”: *Sexuality, International Human Rights, and Therapeutic Jurisprudence*, „Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law” 2015, t. 1, nr 1, s. 9-48; S. Katalinić, V. Šendula-Jengiđ, M. Šendula-Pavelić, S. Zudenigo, *Reproductive Rights Of Mentally Retarded Persons*, „Psychiatria Danubina” 2012, t. 24, nr 1, s. 38-43.

⁴⁹ Zob. np. G. Llewellyn, *Parents With Intellectual Disability and Their Children: Advances in Policy and Practice*, „Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities” 2013, t. 10, nr 2, s. 82-85; A. Żyta, *Małżeństwa i rodzicielstwo osób z niepełnosprawnością intelektualną – wyzwania współczesności*, „Edukacja Dorosłych” 2013, nr 2, s. 59-71.

człowieka będącego rodzicem”.⁵⁰ Ponadto, nie można ignorować faktu, że bardzo wiele par osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną odczuwa potrzebę zawarcia związku małżeńskiego: „Badania przeprowadzone w Niemczech wykazały, że prawie połowa badanych osób z upośledzeniem umysłowym wyraziła chęć zawarcia związku małżeńskiego. Pojęcie <<ślubu>> kojarzyło się im z faktem bycia prawdziwą kobietą lub prawdziwym mężczyzną, z posiadaniem rodziny, z przyjemnością, z miłością, z nadzieją na zmianę sytuacji życiowej i wyprowadzeniem się z ośrodka”.⁵¹

Ponadto, postrzeganie osób z niepełnosprawnością jako niezdolnych do funkcjonowania w społeczeństwie i korzystania z wolności zawarcia małżeństwa, wynika z przyjęcia dominującej przez wiele lat medycznej koncepcji niepełnosprawności. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny „koncepcja medyczna przez niepełnosprawność rozumie każdą utratę sprawności lub nieprawidłowości w budowie czy funkcjonowaniu organizmu pod względem psychologicznym, psychofizycznym lub anatomicznym, będącą źródłem ograniczenia lub niemożności prowadzenia aktywnego życia w sposób lub w zakresie uznawanym za typowe dla człowieka.”⁵² W koncepcji medycznej niepełnosprawność jest więc postrzegana jako zaburzenie organizmu wymagające naprawy. W konsekwencji, osoby z niepełnosprawnością są postrzegane jako bierni odbiorcy opieki medycznej i społecznej, co prowadzi do ich marginalizacji i uprzedmiotowienia.⁵³ Zupełnie inaczej niepełnosprawność definiuje nowsza koncepcja społeczna, która to źródeł ograniczeń w swobodnym funkcjonowaniu osób z niepełnosprawnością w społeczeństwie upatruje nie tyle w dysfunkcjach ich organizmów, lecz niedostosowaniu instytucji społecznych do ich potrzeb. Innymi słowy, o ile koncepcja medyczna skupia się na leczeniu i opiece nad osobami niepełnosprawnymi, o tyle koncepcja społeczna zmierza do wyeliminowania dyskryminujących barier wykreowanych przez społeczeństwo.⁵⁴

Największe obawy muszą jednak wywoływać próby uzasadniania analizowanych tu zakazów małżeńskich argumentami natury eugenicznej. Według M. Domańskiego, argumenty eugeniczne polegają na przyjęciu założenia, że „(...) zasadniczo osoby dotknięte

⁵⁰ B. Górnicka, *Wybrane aspekty funkcjonowania osób z niepełnosprawnością w rolach rodzicielskich*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2015, t. XXVIII, nr 1, s. 127; zob. także U. Bartnikowska, K. Ćwirynkało, A. Chyła, *Niepełnosprawność a macierzyństwo – możliwości i bariery. Studium fenomenograficzne samotnych matek z niepełnosprawnością intelektualną*, „Studia nad rodziną” 2013, nr 2, s. 29-51; D. McConnell, J. Matthews, G. Llewellyn, R. Mildon, G. Hindmarsh, „Healthy Start.” *A National Strategy for Parents With Intellectual Disabilities and Their Children*, „Journal of Policy and Practice in Intellectual Disabilities” 2008, t. 5, nr 3, s. 195-196; E. Lightfoot, T. LaLiberte, *Parental Supports for Parents With Intellectual and Developmental Disabilities*, „Intellectual and Developmental Disabilities” 2011, t. 49, nr 5, s. 388-391.

⁵¹ M. Perechowska, *Problemy rodzin dzieci niepełnosprawnych intelektualnie*, „Pedagogia Christiana” 2008, nr 1, s. 151.

⁵² Wyrok TK z 7 lipca 2015 r., sygn. akt K 47/12.

⁵³ Zob. np. P. Bartlett, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, „Modern Law Review” 2012, t. 75, nr 5, s. 758; T. Degener [w:] R. Wolfrum (red.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law. Volume III*, Oxford 2012, s. 141.

⁵⁴ Zob. np. O. Lewis, *Legal Capacity in International Human Rights Law*, Leiden 2015 (praca doktorska na Leiden University), s. 212-213, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/33834/Oliver%20Lewis%20PhD%20thesis.pdf?sequence=3> (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.); M. A. Stein, P. J. S. Stein, P. Blanck [w:] S. Katz (red.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History. Volume 2*, New York 2009, s. 334-335.

wymienionymi zaburzeniami nie powinny posiadać potomstwa, ponieważ mogą <<przenieść>> na nie swoje choroby (...).⁵⁵ Niebezpieczeństwo tego typu poglądów wynika z rażącego nadużyć, do jakich w przeszłości prowadziło prawo mające realizować cele eugeniczne. Nadużycia te związane są m.in. z powstałą w XIX w. teorią degeneracji, w świetle której czynniki genetyczne i biologiczne odgrywają istotną rolę w powstawaniu ciężkich chorób psychicznych, a co więcej „choroby te nasilają się, przechodząc z pokolenia na pokolenie i powodując postępującą degenerację poszczególnych rodzin i całego społeczeństwa”.⁵⁶ T. Nasierowski wskazuje, że na początku XX w. zaczęły pojawiać się publikacje psychiatryczne, w których podnoszono tezy o bezwartościowości życia osób przewlekłe chorych psychicznie: „Tendencja ta wpisywała się w zdobywający coraz więcej zwolenników nurt przeceniania wagi czynnika dziedzicznego w powstawaniu zaburzeń psychicznych, którego podwaliny stanowiły teoria degeneracji Morela, idee eugeniczne Francisa Galtona (1822-1911) oraz darwinizm społeczny. Jej wyznawcy mieli nadzieję, że w wyniku wprowadzenia przymusowej sterylizacji nastąpi ograniczenie liczby chorych oraz dojdzie do likwidacji przepełnienia w szpitalach psychiatrycznych, co spowoduje zmniejszenie kosztów opieki”.⁵⁷

Do najbardziej radykalnej realizacji polityki eugenicznej doszło bez wątpienia w III Rzeszy, gdzie jeszcze przed wybuchem II Wojny Światowej przymusowej sterylizacji poddano ok. 400 tys. osób, zaś w trakcie wojny, m.in. w ramach akcji T-4, eksterminowano ok. 250 tys. osób z niepełnosprawnościami, uznanych za niegodnych życia (niem. *Lebensunwertes Leben*).⁵⁸ Nie należy jednak zapominać, że także w państwach uznawanych za demokratyczne dochodziło do rażących naruszeń praw człowieka uzasadnianych eugeniką. W wyroku z 1927 r. w sprawie *Buck v. Bell*⁵⁹ Sąd Najwyższy USA stanął na stanowisku, że przymusowa sterylizacja osób z niepełnosprawnością nie narusza Konstytucji. W uzasadnieniu sędzia Oliver Wendell Holmes stwierdził wręcz, że „Dla całego świata lepiej jest, aby społeczeństwo nie dopuszczało osób rażąco niepełnosprawnych do rozmnażania się, zamiast czekać na egzekucję jego zdegenerowanego potomstwa za zbrodnie, jakich się dopuści albo pozwalać mu na głodowanie ze względu na jego imbecylizm. (...) Trzy pokolenia imbecyli wystarczą”. W latach 40. XX w. aż 40 stanów dopuszczało przymusową sterylizację osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną.⁶⁰ Szacuje się, że na podstawie tych przepisów do lat 60. przymusowej sterylizacji poddano ponad 60 tys. osób.⁶¹

⁵⁵ M. Domański, *Zawieranie małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną w prawie polskim a Konwencja ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 2, s. 50; w tym kontekście zob. także pogląd A. Darnowskiej, wedle której *ratio legis* analizowanego tu zakazu małżeńskiego jest „troska o zdrowie psychiczne gatunku ludzkiego” – A. Darnowska, *Racje prawne wprowadzenia przeszkód małżeńskich funkcjonujących w kanonicznym prawie małżeńskim oraz polskim porządku prawnym*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2014, nr 1, s. 37.

⁵⁶ E. Shorter, *Historia psychiatrii: od zakładu dla obłąkanych po erę Prozacu*, Warszawa 2005, s. 111.

⁵⁷ T. Nasierowski, *Dzieje psychiatrii: główne wydarzenia, osoby i tendencje rozwojowe* [w:] J. Rybakowski, S. Pużyński, J. Wciórka (red.), *Psychiatria. Tom 1: Podstawy psychiatrii*, Wrocław 2010, s. 47-48.

⁵⁸ A. Scull, *Madness in civilization: a cultural history of insanity from the Bible to Freud, from the madhouse to modern medicine*, London 2015, s. 266-267.

⁵⁹ Wyrok z 2 maja 1927 r., 274 U.S. 200.

⁶⁰ A. Scull, cyt. wyżej, s. 266.

⁶¹ Zob. np. E. S. Scott, *Sterilization of Mentally Retarded Persons: Reproductive Rights and Family Privacy*, „Duke Law Journal” 1986, t. 35, nr 5, s. 806.

Niechlubną historię w kwestii przymusowej sterylizacji ma także Szwecja, w której między 1935 r. a 1976 r. zabiegowi temu poddano ponad 60 tys. osób.⁶² Jeszcze dłużej prawo zezwalające na przymusową sterylizację osób z niepełnosprawnością intelektualną obowiązywało w Japonii, gdzie zostało uchylone dopiero w 1996 r.⁶³

Argumenty odwołujące się do eugeniki muszą budzić wątpliwości także i z innych względów. Po pierwsze, zgodnie z ustaleniami medycyny: „Na podstawie badań kliniczno-rodzinnych schizofrenii uważa się, że czynniki genetyczne determinują tę chorobę w około 50%”.⁶⁴ Nie zawsze zatem, ani nawet nie w zdecydowanej większości przypadków, potomstwo osób dotkniętych chorobą psychiczną również będzie cierpiało z powodu zaburzeń umysłowych. Wiele czynników wpływających na zachorowalność na schizofrenię do dnia dzisiejszego pozostaje nieznanych⁶⁵, przy czym niebagatelną rolę w tym zakresie odgrywają nie tylko względy biologiczne, ale i psychospołeczne.⁶⁶ Po drugie, do zwiększonego ryzyka urodzenia dziecka z niepełnosprawnością intelektualną przyczyniają się czynniki także inne niż choroba psychiczna lub niepełnosprawność rodziców np. zaawansowany wiek matki.⁶⁷ Ustawodawca nie zakazuje jednak np. zawierania małżeństw przez osoby powyżej określonego wieku. Po trzecie, trudno uznać, że zakaz zawierania małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną może skutecznie zapobiegać rozmnażaniu się przez takie osoby. Zawarcie małżeństwa nie jest bowiem konieczne do posiadania potomstwa, podobnie jak i posiadanie potomstwa nie jest koniecznym następstwem zawarcia małżeństwa.

5.3. Wolność zawarcia małżeństwa w Konwencji o ochronie praw osób z niepełnosprawnościami

Pomimo tego, że ustawodawstwa wielu państw świata w dalszym ciągu dopuszczają ograniczanie wolności osób z niepełnosprawnością do zawarcia małżeństwa, na poziomie prawa międzynarodowego coraz wyraźniej postrzega się tego rodzaju regulacje jako niezgodne ze standardami ochrony praw człowieka. Jest to spowodowane m.in. tym, że z uwagi na wspomniane powyżej rażące naruszenia praw osób z niepełnosprawnością oraz ich długoletnią dyskryminację podyktowaną niejednokrotnie wyłącznie niezasadnymi uprzedzeniami wobec nich, osoby te są obecnie zaliczane są do tzw. *vulnerable groups*, a więc kategorii podmiotów szczególnie narażonych na naruszenia praw człowieka. Dokumentem międzynarodowym, który w najszerszym zakresie chroni prawa osób z

⁶² S. Hyatt, *A shared history of shame: Sweden's four-decade policy of forced sterilization and the eugenics movement in the United States*, „Indiana International & Comparative Law Review” t. 8, nr 2, s. 478.

⁶³ Zob. np. T. Tsuchiya, *Eugenic Sterilizations in Japan and Recent Demands for An Apology: A Report*, „Newsletter of the Network on Ethics and Intellectual Disability” 1997, t. 3, nr 1, s. 1-4.

⁶⁴ J. Rybakowski, *Etiopatologia i patogeneza zaburzeń psychicznych* [w:] A. Bilikiewicz, *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 2011, s. 52.

⁶⁵ Zob. np. E. Rees, M. C. O'Donovan, M. J. Owen, *Genetics of schizophrenia*, „Current Opinion in Behavioral Sciences” 2015, t. 2, s. 8.

⁶⁶ J. Rybakowski, *Etiologia i patogeneza...*, s. 55.

⁶⁷ W kontekście zespołu Downa zob. np. E. S. Tobias, M. Connor, M. Ferguson-Smith, *Genetyka medyczna*, Warszawa 2013, s. 250.

niepełnosprawnością, a także zmierza do całościowej zmiany postrzegania ich przez prawo i społeczeństwo, jest Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych (dalej: KPON).⁶⁸

Uchwalona w 2006 r. KPON już w swojej preambule rezygnuje z medycznego modelu niepełnosprawności na rzecz koncepcji społecznej: „niepełnosprawność wynika z interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowymi, które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami”.⁶⁹ Z podejściem tym związane jest kolejne *novum*, jakie przyniosła KPON, a mianowicie tzw. zmiana paradygmatu (ang. *paradigm shift*). Pojęciem tym określa się zmianę systemu prawnej regulacji osób z niepełnosprawnością poprzez odejście od modelu opartego na paternalizmie, dobroczynności i pomocy społecznej na rzecz postrzegania takich osób jako autonomicznych jednostek, którym należy się równy dostęp do wolności i praw człowieka oraz równa ochrona prawna.⁷⁰

Jedną z podstawowych zasad, na których opiera się KPON, jest absolutny zakaz wszelkiej dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. Pod pojęciem dyskryminacji, KPON rozumie „(...) jakiegokolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiegokolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami. Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym odmowę racjonalnego usprawnienia.” Tak pojmowana dyskryminacja jest, w świetle preambuły KPON, „pogwałceniem przyrodzonej godności i wartości osoby ludzkiej”.

W kontekście analizowanego tu zakazu małżeńskiego, najistotniejszymi przepisami KPON, poza cytowaną powyżej ogólną zasadą zakazu dyskryminacji w oparciu o niepełnosprawność, są art. 12 i 23.

Art. 12 ust. 2 KPON stanowi, że „Państwa Strony uznają, że osoby niepełnosprawne mają zdolność prawną, na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia.” Angielskojęzyczna wersja Konwencji posługuje się przy tym terminem *legal capacity*, który obejmuje zarówno zdolność prawną, jak i zdolność do czynności prawnych i tak też art. 12 KPON jest interpretowany przez Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych.⁷¹ Konsekwencją art. 12 KPON jest obowiązek zniesienia przez państwa wszelkich mechanizmów opartych na tzw. zastępczym podejmowaniu decyzji (ang. *substitute decision-making*), takich jak np. polska instytucja ubezwłasnowolnienia, i wprowadzenia na ich

⁶⁸ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., Dz. U. z 2012 r., poz. 1169.

⁶⁹ Zob. np. M. Zima-Parjaszewska, *Artykuł 12 Konwencji ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce*, „Studia Prawnicze” 2013, nr 2, s. 93; A. S. Kanter, *Disability Rights. Convention on the Rights of Persons with Disabilities* [w:] D. P. Forsythe, *Encyclopedia of Human Rights. Volume 2*, New York 2009, s. 47.

⁷⁰ Zob. np. S. Gurbai, *Ograniczanie czy respektowanie zdolności do czynności prawnych osób dorosłych z niepełnosprawnościami?* [w:] D. Pudziańska (red.), *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, Warszawa 2014, s. 69-70.

⁷¹ Zob. przede wszystkim: Komentarz Generalny Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych do art. 12 KPON, 19 maja 2014 r., CRPD/C/GC/1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement> (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.).

miejsce różnego rodzaju środków wspierających osoby z niepełnosprawnościami w korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych (ang. *supported decision-making*). Obowiązek wspierania przez państwo osób z niepełnosprawnościami wynika bezpośrednio z art. 12 ust. 3 i 4 KPON, stosownie do których „Państwa Strony podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności prawnej” oraz ustanowią „skuteczne zabezpieczenia w celu zapobiegania nadużyciom, zgodnie z międzynarodowym prawem praw człowieka. Zabezpieczenia zapewnią, że środki związane z korzystaniem ze zdolności prawnej będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby, będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, będą proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, będą stosowane przez możliwie najkrótszy czas i będą podlegały stałemu przeglądowi przez właściwe, niezależne i bezstronne władze lub organ sądowy. Zabezpieczenia powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim takie środki wpływają na prawa i interesy danej osoby.”

W kontekście wolności zawarcia małżeństwa, Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych podkreśla, że środki wspierające w rozumieniu art. 12 KPON nie mogą być wykorzystywane jako uzasadnienie dla ograniczania innych wolności i praw podstawowych osób z niepełnosprawnościami, a zwłaszcza prawa do zawarcia małżeństwa lub cywilnego związku partnerskiego, założenia rodziny, praw reprodukcyjnych czy praw rodzicielskich.⁷²

Jednocześnie w ocenie Komitetu poszanowanie prawa osób z niepełnosprawnością do pełnej zdolności do czynności prawnych jest nierozdzielnie związane z zagwarantowaniem takim osobom możliwości korzystania z innych wolności i praw zagwarantowanych w KPON m.in. art. 23. Zgodnie z tym przepisem „Państwa Strony podejmą efektywne i odpowiednie środki w celu likwidacji dyskryminacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków, na zasadzie równości z innymi osobami, w taki sposób, aby zapewnić (...) uznanie prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków”.

Opierając się na obu tych przepisach, Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych konsekwentnie wzywa państwa, rozpatrując przedkładane przez nie sprawozdania ze stanu implementacji KPON, do uchylecia wszelkich regulacji, które dyskryminują osoby z niepełnosprawnością w sferze wolności zawarcia małżeństwa. Przykładowo, w samym tylko

⁷² Ibid., s. 7.

2016 r. wytyczne tego rodzaju zostały sformułowane pod adresem Słowacji,⁷³ Litwy⁷⁴ czy Portugalii.⁷⁵

Podsumowując, w świetle KPON niedopuszczalne są jakiegokolwiek regulacje prawne dyskryminujące osoby z niepełnosprawnością w zakresie wolności zawarcia małżeństwa.⁷⁶ Interpretując KPON na potrzeby analizowanej tu sprawy należy jednak oczywiście mieć na uwadze fakt złożenia przez Polskę daleko idących zastrzeżeń zarówno do art. 12, jak i art. 23 KPON, które zezwalają na stosowanie dotychczasowych ograniczeń praw osób z niepełnosprawnością przewidzianych w prawie krajowym.⁷⁷

5.4. Wolność zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnościami w świetle orzecznictwa ETPC

Jak już zostało wskazane we wcześniejszej części niniejszej opinii, art. 12 EKPC *expressis verbis* przyznaje jednostkom wolność zawarcia małżeństwa. Jak dotychczas ETPC nigdy bezpośrednio nie sformułował zakazu ustanawiania ograniczeń tego prawa wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną. Wręcz przeciwnie, w starszym orzecznictwie niejednokrotnie wskazywał, że państwa muszą przedstawić wyjątkowo przekonujące uzasadnienie, aby usprawiedliwić ograniczenia wolności zawierania małżeństw przez osoby pełnoletnie i w pełni władz umysłowych,⁷⁸ co mogłoby *a contrario* sugerować, że większa swoboda przysługuje im w przypadku ustanawiania ograniczeń odnośnie do osób z niepełnosprawnością. Niemniej, w ostatnim okresie, pod niebagatelnym wpływem KPON, ETPC znacząco podwyższył standard ochrony praw osób z niepełnosprawnością, co znalazło swoje odzwierciedlenie także w orzecznictwie dotyczącym szeroko pojętego prawa do ochrony życia rodzinnego takich osób.

Analizując związki między KPON a EKPC należy zwrócić uwagę na ugruntowane w orzecznictwie ETPC stanowisko, wedle którego EKPC nie stanowi wyłącznych ram odniesienia przy dokonywaniu wykładni przepisów w niej zawartych. Wręcz przeciwnie, ETPC musi brać pod uwagę także zasady i przepisy prawa międzynarodowego znajdujące zastosowanie pomiędzy państwami-stronami. Ponadto, EKPC stanowi „żywy instrument”, który powinien być interpretowany przy uwzględnieniu aktualnych okoliczności, w związku z

⁷³ Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, *Concluding observations on the initial report of Slovakia*, 18 kwietnia 2016 r., CRPD/C/SVK/CO/1, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/SVK/CRPD_C_SVK_CO_1_23683_E.doc (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.).

⁷⁴ Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, *Concluding observations on the initial report of Lithuania*, 11 maja 2016 r., CRPD/C/LTU/CO/1, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/094/39/PDF/G1609439.pdf?OpenElement> (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.).

⁷⁵ Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, *Concluding observations on the initial report of Portugal*, 18 kwietnia 2016 r., CRPD/C/PRT/CO, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/PRT/CRPD_C_PRT_CO_1_23681_E.doc (ostatni dostęp: 16 maja 2016 r.).

⁷⁶ Zob. np. M. Domański, *Zawieranie małżeństw...*, s. 55-57.

⁷⁷ Zob. np. A. Błaszczak, *Zastrzeżenia i oświadczenie interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami* [w:] D. Pudzianowska, cyt. wyżej, s. 25-44.

⁷⁸ Zob. np. B. i L. *przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, cyt. wyżej.

czym w procesie wykładni wolności i praw w niej przewidzianych należy brać pod uwagę ewolucję norm prawa krajowego i międzynarodowego.⁷⁹

Jednym z pierwszych wyroków, w jakich ETPC odwołał się do KPON dokonując interpretacji wolności i praw konwencyjnych była sprawa *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*⁸⁰ dotycząca pozbawienia praw wyborczych osób ubezwłasnowolnionych. ETPC uznał, że regulacja taka jest nie do pogodzenia z art. 3 Protokołu nr 1 do EKPC. W uzasadnieniu orzeczenia wskazał, że przy ustanawianiu ograniczeń praw podstawowych wobec osób zaliczanych do kategorii podmiotów szczególnie narażonych na naruszenia praw człowieka (ang. *vulnerable groups*), poddawanych w przeszłości daleko idącej dyskryminacji, takich jak np. osoby z niepełnosprawnością intelektualną, margines swobody państwa jest znacząco zawężony. Jedynie wyjątkowo ważne przesłanki mogą uzasadniać ograniczenia wolności praw takich osób. ETPC wskazał, że grupy takie jak osoby z niepełnosprawnością w toku historii były traktowane w sposób pełen nieuzasadnionych uprzedzeń, co skutkuje ich społecznym wykluczeniem do dnia dzisiejszego. Uprzedzenia te mogą skutkować ustanawianiem przepisów opartych wyłącznie na negatywnych stereotypach, uniemożliwiających zindywidualizowaną ocenę zdolności i potrzeb poszczególnych jednostek. Z tego względu, wszelkie różnicowanie poziomu ochrony praw człowieka w oparciu o niepełnosprawność musi być *per se* uznane za podejrzane.

Jedynym wyrokiem, w którym ETPC częściowo odniósł się do wolności zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną było orzeczenie z 22 stycznia 2013 r. w sprawie *Lashin przeciwko Rosji*.⁸¹ Sprawa ta dotyczyła ubezwłasnowolnienia całkowitego mężczyzny cierpiącego na schizofrenię i umieszczenia go w szpitalu psychiatrycznym. Przebywając w zakładzie, mężczyzna wielokrotnie zwracał się do sądu o umożliwienie mu zawarcia małżeństwa z jego narzeczoną, jednak nie otrzymał nawet żadnej odpowiedzi. Zgodnie z ówczesnym art. 14 rosyjskiego Kodeksu Rodzinego osoba ubezwłasnowolniona nie mogła wstąpić w związek małżeński. Rozpatrując sprawę, ETPC uznał, że nie ma potrzeby analizować skargi pod kątem ewentualnego naruszenia art. 12 EKPC, gdyż niemożność zawarcia związku małżeńskiego przez skarżącego wynikała bezpośredniego z faktu pozbawienia go zdolności do czynności prawnych, w związku z czym kluczową kwestią było ustalenie, czy ubezwłasnowolnienie skarżącego jest zgodne z art. 8 EKPC. Odnosząc się do tej kwestii, ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 8 EKPC z uwagi na nieproporcjonalną ingerencję w życie prywatne skarżącego: choć bowiem bezsporne było, że cierpi on na poważne zaburzenia umysłowe, to nie wykazano, aby stanowił on poważne zagrożenie dla siebie lub innych. Ponadto, ówczesne prawo rosyjskie było zbyt sztywne i nie przewidywało innych form pomocy osobom z niepełnosprawnościami, niż ubezwłasnowolnienie całkowite.

Pomimo braku jednoznacznego orzecznictwa ETPC dotyczącego art. 12 EKPC, szczególną uwagę należy zwrócić uwagę na wyroki dotyczące praw rodzicielskich osób z niepełnosprawnością. Choć bowiem kwestia ta nie dotyczy bezpośrednio analizowanej tu

⁷⁹ Zob. np. wyrok ETPC z 12 listopada 2008 r., w sprawie *Demir i Baykara przeciwko Turcji*, skarga nr 34503/97.

⁸⁰ Wyrok z 20 maja 2010 r., skarga nr 38832/06.

⁸¹ Wyrok z 22 stycznia 2013 r., skarga nr 33117/02.

wolności do zawarcia związku małżeńskiego, to nie sposób abstrahować od tego, że jak wskazano powyżej, omawiane zakazy małżeńskie niejednokrotnie były podyktowane negatywnymi stereotypami na temat zdolności osób z niepełnosprawnością do funkcjonowania w rodzinie oraz wywiązywania się z obowiązków rodzicielskich.

Już w wyroku w sprawie *Kutzner przeciwko Niemcom*,⁸² wydanym 29 lutego 2002 r., a więc 4 lata przed uchwaleniem KPON, ETPC uznał, że pozbawienie praw rodzicielskich osób z niepełnosprawnością intelektualną stanowi nieproporcjonalną ingerencję w art. 8 EKPC. Skarżący byli osobami z niepełnosprawnością intelektualną, uczęszczającymi do szkoły dla dorosłych osób z trudnościami w uczeniu się. W 1997 r. sąd opiekuńczy, po niekorzystnym dla skarżących sprawozdaniu pracownika socjalnego, pozbawił ich praw rodzicielskich względem ich dwóch małoletnich córek. Sąd wskazał, że poziom intelektualny skarżących uniemożliwia im wychowywanie dzieci. W konsekwencji dzieci zostały umieszczone w domach opieki. Skarżącym przez długi czas uniemożliwiano nawet spotkanie się z nimi. ETPC uznał, że działania organów krajowych były nieproporcjonalne: zastosowano bowiem najdalej idący środek ingerencji w prawa rodzicielskie skarżących, choć bezsporne było, że skarżący nie znęcali się nad dziećmi, a ponadto zanim sąd pozbawił ich praw rodzicielskich, skarżący zgodnie współpracowali z organami ds. pomocy społecznej, pomagającymi im w wychowaniu i edukacji córek.

Jednym z nowszych wyroków, w których ETPC odniósł się do praw rodzicielskich osób z niepełnosprawnością intelektualną jest orzeczenie z 29 marca 2016 r. w sprawie *Kocherov i Sergeyeva przeciwko Rosji*.⁸³ Skarżącymi byli mężczyzna z lekką niepełnosprawnością intelektualną oraz jego małoletnia córka. Skarżący, przebywający od ponad 20 lat w domu pomocy społecznej, poznał ubezwłasnowolnioną ze względu na niepełnosprawność intelektualną kobietę i w 2007 r. zawarł z nią związek małżeński, które zostało jednak uznane za nieważne z uwagi na brak zdolności do czynności prawnych kobiety. Wkrótce potem parze urodziła się córka, druga skarżąca w sprawie. Po narodzinach dziewczynka została od razu umieszczona w domu dziecka. Skarżący wyraził zgodę na pobyt córki w domu dziecka do momentu, gdy będzie w stanie się nią zaopiekować. Przez cały ten okres skarżący utrzymywał z dzieckiem regularny kontakt, odwiedzał je, kupował zabawki. W lutym 2012 r. mężczyzna opuścił dom pomocy społecznej i przeprowadził się do własnego mieszkania. Nie mógł jednak zamieszkać ze swoją córką, gdyż sąd opiekuńczy, na wniosek domu dziecka, ograniczył jego władzę rodzicielską względem niej. Sąd wskazał, że niepełnosprawność intelektualna ojca, jak i ubezwłasnowolnionej matki, która często go odwiedzała, nie tworzą bezpiecznego środowiska do wychowania dziecka. Kilka miesięcy później uchylono ubezwłasnowolnienie całkowite partnerki skarżącego, dzięki czemu para mogła zawrzeć ponownie, tym razem już w pełni ważny, związek małżeński. Dopiero w maju 2013 r. sąd przywrócił skarżącemu władzę rodzicielską uzasadniając swą decyzję m.in. bardzo silnymi związkami emocjonalnymi między ojcem i córką. Dzięki temu dziewczynka w końcu mogła zamieszkać ze swoimi rodzicami. Analizując sprawę pod kątem art. 8 EKPC, ETPC zwrócił uwagę na fakt, że sądy krajowe, orzekając w przedmiocie ograniczenia władz rodzicielskiej skarżącego, nie dokonały tak naprawdę indywidualnej analizy jego rozwoju

⁸² Wyrok ETPC z 26 lutego 2002 r., skarga nr 46544/99.

⁸³ Skarga nr 14390/05.

emocjonalnego i intelektualnego oraz zdolności do wychowania dziecka. Wręcz przeciwnie, uznając skarżącego za niezdolnego do wychowania dziecka, sądy oparły się wyłącznie na fakcie jego długotrwałego pobytu w zakładzie psychiatrycznym, a w świetle EKPC okoliczność ta sama w sobie nie może uzasadniać ograniczenia praw rodzicielskich i zbyt długiego okresu przebywania dziecka w domu opieki. Nie wykazano także, aby stan zdrowia psychicznego skarżącego uniemożliwiał mu wychowanie córki lub zagrażał jej bezpieczeństwu. ETPC stwierdził ponadto, że również częste odwiedziny skarżącego przez ubezwłasnowolnioną matkę jego córki nie mogły uzasadniać ograniczenia jego praw rodzicielskich. Niedopuszczalne było bowiem przyjęcie założenia, że z samego faktu pozbawienia kobiety zdolności do czynności prawnych wynikało, że stwarzała ona niebezpieczeństwo dla dziecka. Ubezwłasnowolnienie nie sprawia automatycznie, że osoba staje się groźna dla innych. Należało zatem w sposób przekonujący wykazać, że zachowanie partnerki skarżącego stwarzało lub mogło stwarzać zagrożenie dla dziewczynki w takim stopniu, że zamieszkiwanie córki z ojcem byłoby niemożliwe. Tego jednak organy krajowe nie uczyniły.

Uznając, że doszło do naruszenia art. 8 EKPC, ETPC jednocześnie odmówił rozpatrzenia zarzutu naruszenia art. 14 EKPC, wskazując, że nie ma potrzeby analizowania, czy w sprawie doszło do dyskryminacji skarżącego w oparciu o jego niepełnosprawność. Z takim stanowiskiem nie zgodził się sędzia Keller, który złożył zdanie odrębne do wyroku. Podkreślił w nim, że w sprawie było oczywiste, że działania organów krajowych były podyktowane negatywnym stereotypem, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną *ex definitione* są niezdolne lub mniej zdolne do wychowywania dzieci. Taka generalizacja w sposób niesprawiedliwy spłaszcza i ujednolica zdolności doświadczenia wszystkich osób zakwalifikowanych do kategorii osób z niepełnosprawnością. Jest to niedopuszczalne tym bardziej, że z uwagi na długoletnią historię dyskryminacji osób z niepełnosprawnością, są one zaliczane do *vulnerable groups*. Sędzia uznał więc, że ETPC powinien był zbadać zarzut naruszenia art. 14 EKPC, gdyż kwestia dyskryminacji miała podstawowe znaczenie dla sprawy.

Podsumowując tę część rozważań, z orzecznictwa ETPC trudno byłoby na dzień dzisiejszy wywieść jednoznaczny wniosek o sprzeczności analizowanego tu zakazu małżeńskiego z EKPC, istnieje jednak wiele argumentów mogących świadczyć o takiej niezgodności. ETPC stoi bowiem na stanowisku, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną należą do jednej z *vulnerable groups*, a zatem wszelkie przypadki negatywnego różnicowania poziomu ochrony ich wolności i praw wymagają szczególnie ważkiego uzasadnienia. W konsekwencji, ETPC uznaje za niezgodne z EKPC zbyt sztywne regulacje, uniemożliwiające wzięcie pod uwagę indywidualnych okoliczności, takich jak stan zdrowia czy zdolności intelektualne jednostek. Brzmienie prawa oraz jego stosowanie w praktyce nie może opierać się na negatywnych stereotypach i uogólnieniach na temat zdolności osób z niepełnosprawnością do funkcjonowania w rodzinie czy wychowania dzieci.

6. Podsumowanie

Sprawa zawisła przed Trybunałem Konstytucyjnym w niniejszym postępowaniu ma bez wątpienia charakter precedensowy – w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw

demokratycznych czy też międzynarodowych sądów praw człowieka brakuje bowiem rozstrzygnięć, które wprost odnosiłyby się do ograniczeń wolności osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną do zawarcia małżeństwa.

W ocenie HFPC punktem wyjścia dla analizy regulacji zakwestionowanych przez RPO powinno być spostrzeżenie, że w świetle prawa międzynarodowego wolność zawarcia małżeństwa stanowi jedną z podstawowych wolności człowieka. Jest ona niezbędna do realizacji wolności osobistej, prawa do ochrony życia rodzinnego, czy też po prostu – posługując się terminologią amerykańską – prawa każdego człowieka do dążenia do szczęścia.⁸⁴ Wolność zawarcia małżeństwa, tak jak i wszystkie inne prawa podstawowe, przysługuje każdemu człowiekowi, niezależnie od rasy, płci, pochodzenia, statusu majątkowego, czy stanu zdrowia.

Nie znaczy to, rzecz jasna, że ma ona charakter absolutny i nie podlega żadnym ograniczeniom – w pewnych przypadkach, także w kontekście osób z poważną niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną, ingerencja ustawodawcy może być konieczna po to, by chronić inne istotne wartości konstytucyjne, takie jak moralność publiczna, ochrona praw i wolności innych osób czy ochrona dzieci.

Zagrożenia, eliminacji których służyć mają ograniczenia wolności zawarcia małżeństwa, muszą mieć przy tym charakter realny, a nie wynikać jedynie z uprzedzeń wobec danej grupy społecznej. Negatywne skutki, do jakich mogą doprowadzić regulacje prawne oparte na niesprawiedliwych uogólnieniach i stereotypach pokazuje historia dyskryminacji osób z niepełnosprawnościami, które na przestrzeni lat były izolowane w zamkniętych zakładach psychiatrycznych w warunkach urągających godności ludzkiej, poddawane przymusowym inwazyjnym zabiegom medycznym czy sterylizowane wbrew własnej woli.

W wielu państwach do dnia dzisiejszego obowiązują przepisy pozbawiające osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną wszelkich praw do decydowania o sobie, w tym prawa do zawarcia małżeństwa. Są one zwykle motywowane przekonaniem, że jednostki takie są podatne na wykorzystywanie przez inne osoby, niezdolne do funkcjonowania w rodzinie, a także, co wydaje się trudne do zaakceptowania w dzisiejszych czasach, względami eugenicznymi. W ostatnim czasie jednak, za sprawą KPON oraz ewoluującego orzecznictwa ETPC, w prawie międzynarodowym coraz wyraźniej zarysowuje się tendencja do traktowania tego typu regulacji jako *per se* podejrzanych. Art. 12 i art. 23 KPON wyrażają bezwzględny zakaz ustanawiania ograniczeń wolności zawarcia małżeństwa w oparciu o kryterium niepełnosprawności. Bardziej umiarkowane jest podejście ETPC, który do tej pory nigdy *expressis verbis* nie uznał zakazów małżeńskich bazujących na przesłance niepełnosprawności intelektualnej lub psychicznej za niezgodne z art. 12 lub art. 8 EKPC. Z najnowszego orzecznictwa można jednak wywieść tezę, że ograniczenia praw osób z niepełnosprawnością do ochrony życia rodzinnego, z uwagi na zaliczenie tych podmiotów do kategorii tzw. *vulnerable groups*, nie powinny mieć sztywnego, blankietowego charakteru, lecz umożliwiać wszechstronną ocenę indywidualnych okoliczności sprawy i stanu zdrowia

⁸⁴ „Uważamy następujące prawdy za oczywiste: że wszyscy ludzie stworzeni są równymi, że Stwórca obdarzył ich pewnymi nienaruszalnymi prawami, że w skład tych praw wchodzi prawo do życia, wolność i dążenie do szczęścia” – Deklaracja Niepodległości USA z 4 lipca 1776 r.

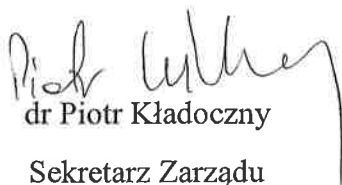
psychicznego jednostek. Niedopuszczalne w świetle orzecznictwa ETPC byłoby uznanie, że z samego tylko faktu choroby psychicznej, niepełnosprawności intelektualnej lub ubezwłasnowolnienia wynika, że osoba jest niezdolna do zbudowania relacji rodzinnych lub stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa dzieci.


W takim ujęciu, alternatywę dla przepisów wprost ograniczających wolność zawarcia małżeństwa przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną lub pozbawiających je tej wolności, mogłyby stanowić przepisy umożliwiające zindywidualizowaną ocenę każdego przypadku pod kątem zdolności danej osoby do świadomego wyrażenia woli wstąpienia w związek małżeński przy obowiązywaniu silnego domniemania istnienia takiej zdolności, na wzór wspomnianych wcześniej regulacji brytyjskich czy irlandzkich. Domniemanie to musiałyby się zapewne przejawiać w konstrukcji przenoszącej ciężar dowodu na organ dowodzący niezdolności danej osoby to zawarcia małżeństwa – to nie osoba z niepełnosprawnością dowodziłaby, że jest w stanie zawrzeć związek małżeński, lecz właśnie organ musiałby wykazać przed sądem, że osoba pragnąca zawrzeć związek małżeński znajduje się w stanie wyłączającym możliwość swobodnego i świadomego wyrażenia woli w tym zakresie.

Projekt niniejszej opinii sporządził Marcin Szwed, LL.M.

*Pomocy w gromadzeniu materiału prawnoporównawczego udzielili Anna Arganashvili,
Constantin Cojocariu oraz Tirza Leibowitz*

W imieniu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,


dr Piotr Kładoczny
Sekretarz Zarządu


Danuta Przywara
Prezes Zarządu

