

Zmiana znaczenia pojęcia małżeństwa w niemieckiej ustawie zasadniczej.

O meandrach dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych



Paweł Łącki

Adwokat, doktor nauk prawnych, adiunkt na Uniwersytecie SWPS. Interesuje się m.in. filozoficznoprawnymi uwarunkowaniami ochrony praw człowieka.

✉ pawel.lacki@swps.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0002-6661-107X>

Change of the Concept of Marriage in the German Constitution. On Meanders of the Dynamic Interpretation of Constitutional Provisions

On July 20, 2017, the Bundestag has passed a law on the introduction of the right to marry by persons of the same sex. The adopted legislative solution is controversial regarding its compliance with the German Basic Law, i.e. with its art. 6 § 1: "marriage and family are under special protection of the State." The dispute concerns whether the necessary element of the constitutional concept of marriage was – and still is – a difference in the sex of the spouses. This paper has three basic objectives: first, the identification of the essential arguments raised in favour of amendment's compliance with the Basic Law; secondly, to examine whether the position on the compliance of this amendment with the Basic Law requires adoption of a dynamic interpretation of constitutional provisions; thirdly, assuming an affirmative answer to the second question, to identify the process that led to the change in the meaning of the Basic Law in respect to the concept of marriage.

Słowa kluczowe: małżeństwo, konstytucja, Niemcy, wykładnia dynamiczna, związki partnerskie, małżeństwo jedнопłciowe, prawa człowieka, prawa podstawowe, sądownictwo konstytucyjne

Key words: marriage, constitution, Germany, dynamic interpretation, civil unions, same-sex marriage, human rights, fundamental rights, constitutional adjudication

1. Wstęp

W dniu 20 lipca 2017 r. Bundestag uchwalił Ustawę o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa

przez osoby tej samej płci¹. Ustawa

¹ Bundesgesetzblatt z dnia 28 lipca 2017, cz. 1, s. 2787. Za przyjęciem

ta wprowadziła do niemieckiego Kodeksu cywilnego m.in. następującą regulację: „małżeństwo zostaje zawarte (...) przez dwie osoby różnej lub tej samej płci” (§ 1353 ust. 1 zd. 1). Przyjęte rozwiązanie legislacyjne budzi kontrowersje² dotyczące jego zgodności z niemiecką ustawą zasadniczą z 23 maja 1949 r., tj. z jej art. 6 ust. 1, w myśl którego „małżeństwo i rodzina znajdują się pod szczególną ochroną Państwa”³. Spór dotyczy tego, czy koniecznym elementem konstytucyj-

dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych; po trzecie, zakładając twierdzącą odpowiedź na drugie pytanie, próba uchwycenia procesu, który doprowadził do zmiany znaczenia ustawy zasadniczej w zakresie pojęcia małżeństwa – zarówno od strony instytucjonalnej, jak i struktury argumentacji prawniczej.

Za zasadnością rozważania tych pytań bynajmniej nie przemawia dążenie do rozwiązania partykularnego problemu dogmatycznego w ramach niemieckiego



Spór dotyczy tego, czy koniecznym elementem konstytucyjnego pojęcia małżeństwa była – i nadal jest – różnica płci małżonków.

nego pojęcia małżeństwa była – i nadal jest – różnica płci małżonków, a w konsekwencji czy ustawodawca zwykły miał kompetencje do zmiany definicji małżeństwa poprzez uznanie, że jest nim związek dwóch osób niekoniecznie odmiennej płci⁴.

Niniejszym rozważaniom, opartym na analizie orzecznictwa, wypowiedzi doktryny oraz materiałów legislacyjnych, przyświecają trzy zasadnicze cele: po pierwsze, identyfikacja podstawowych argumentów podnoszonych na rzecz zgodności (i odpowiednio – niezgodności) ww. nowelizacji z ustawą zasadniczą; po drugie, zbadanie, czy stanowisko o zgodności tej nowelizacji z ustawą zasadniczą wymaga przyjęcia

ustawy oddano 393 głosy, przeciw 226, przy 4 głosach wstrzymujących się.

2 Zestawienie stanowisk w: F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage derverfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 22.01.2018, s. 8, <https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachten-ehe-fuer-alle-prof.-wollenschlaeger-1.pdf> (dostęp: 15.07.2018).

3 Bundesgesetzblatt z dnia 23 maja 1949, cz. 1, s. 1. Brzmienie przepisu nie było nigdy zmieniane.

4 Zob. np. Ch. Schmidt, „Ehe für alle” – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?, „Neue Juristische Wochenschrift” 2017, nr 31, s. 2225.

konstytucjonalizmu, co raczej uznanie, iż wskazują one na teoretyczne zagadnienia związane z powszechnie występującym we współczesnej kulturze prawnej zjawiskiem, jakim jest dokonywanie dynamicznej wykładni postanowień konstytucyjnych⁵. O ile bowiem w nauce prawa (na tle różnych jurysdykcji), jak i orzecznictwie różnych sądów konstytucyjnych aprobata dla dokonywania wykładni dynamicznej wydaje się przeważać nad krytyką tego zjawiska, zarówno dla krytyków, jak i zwolenników takiej wykładni interesującym zagadnieniem jest pytanie o czynniki oraz kryteria, które miałyby decydować o ewolucji znaczenia aktów konstytucyjnych. Analiza uwarunkowań zmiany znaczenia pojęcia małżeństwa w konstytucji niemieckiej może być również interesująca w kontekście polskiej dyskusji o zasadności wprowadzenia instytucji związków partnerskich⁶.

5 Por. dyskusję wokół ujmowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako *living instrument* czy Konstytucji Stanów Zjednoczonych jako *living Constitution* – zob. np. K. Dzehtsiarou, C. O’Mahony, *Evolutive Interpretation of Rights Provisions. A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court*, „Columbia Human Rights Law Review” 2013, nr 44, s. 309–365.

6 Por. np. W. Borysiak, [Komentarz do art. 18] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 120–128.

2. Małżeństwo jedнопłciowe w świetle art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej

W świetle art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej „małżeństwo i rodzina traktowane są jako podstawowa komórka każdej ludzkiej społeczności, a ich znaczenia nie można porównywać z jakąkolwiek inną relacją ludzką”⁷. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem niemieckiej judykatury i doktryny normatywna treść art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej w odniesieniu do małżeństwa („małżeństwo [...] znajduj[e] się pod szczególną ochroną Państwa”) ma trzy aspekty. Obejmuje ona: (i) wolność zawarcia związku małżeńskiego; (ii) zagwarantowanie istnienia i ochrony instytucji małżeństwa; oraz (iii) podstawową zasadę o charakterze aksjologicznym⁸. W dyskusji dotyczącej ustawy wprowadzającej małżeństwa jedнопłciowe istotny wydaje się drugi i trzeci aspekt treści art. 6 ust. 1⁹.

W doktrynie niemieckiej można wyróżnić następujące stanowiska w zakresie oceny konstytucyjności ww. ustawy z 20 lipca 2017 r.: (i) ustawa ta jest niekonstytucyjna, jako że pojęcie małżeństwa w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej obejmowało i nadal obejmuje różnicę płci małżonków; (ii) ustawa nie budzi zastrzeżeń konstytucyjnych, jako że konstytucyjne pojęcie małżeństwa nigdy nie obejmowało różnicy płci małżonków, a zatem ustawodawca zwykł nie był ograniczony w decyzji o wprowadzeniu małżeństwa jedнопłciowego; (iii) ustawa nie budzi zastrzeżeń konstytucyjnych, jako że z czasem doszło do zmiany pierwotnego znaczenia pojęcia małżeństwa i obecnie nie obejmuje już ono różnicy płci małżonków¹⁰.

7 Wyrok FTK z dnia 17 stycznia 1957, BVerfGE 6, 55 (71).

8 Zob. np. H. Hofmann, [Art. 6 GG] (w:) B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2017, nb. 3.

9 Wprowadzona regulacja nie ogranicza bowiem swobody zawarcia małżeństwa dla par różнопłciowych. Por. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig. „Ehe für alle” nur per Verfassungsänderung*, „Neue Justiz” 2018, nr 1, s. 6.

10 Powyższe stanowiska nie wyczerpują możliwego spektrum poglądów. Przykładowo karnista T. Walter w publicystycznym tekście wyraził następującą opinię: „Nawet jeżeli obecnie konstytucyjne pojęcie [małżeństwa] nadal odnosi się do małżeństwa między mężczyzną i kobietą, prawodawca ma swobodę nazywać w ten sposób małżeństwo między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami. (...) Wówczas «małże-

2.1. Różnica płci małżonków jako stały element pojęcia małżeństwa?

Ustawa zasadnicza nie zawiera definicji pojęcia małżeństwa, niemniej wskazuje się, że w świetle stałego orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: FTK) oraz wypowiedzi przedstawicieli doktryny różnica płci małżonków stanowi strukturalny element instytucji małżeństwa, o której mowa w art. 6 ust. 1¹¹. Przykładowo, nawet w najnowszym orzecznictwie FTK kwestionującym dopuszczalność odmiennego traktowania przez ustawodawcę zwykłego małżonków i partnerów związków jedнопłciowych w poszczególnych dziedzinach prawa, podkreśla się różnicę płci jako element charakterystyczny dla małżeństwa¹².

Z kolei geneza treści art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej ma wskazywać, iż dla twórców konstytucji różnica płci była elementem tak oczywistym, że nie wymagała podkreślenia. Dlatego pierwotne projekty tego postanowienia zawierające odniesienie do różnicy płci zostały przereklamowane i odpowiednio skrócone przez komisję redakcyjną: wymienienie, że małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety, uznano za *superfluum* – z podobnych względów pominięto również wskazanie na monogamiczność związku małżeńskiego¹³. Dla

stwo» w rozumieniu ustawy zasadniczej będzie miało węższy zakres znaczeniowy niż małżeństwo w rozumieniu – na przykład – kodeksu cywilnego”. Zob. *Das Grundgesetz ist nicht homophob*, Spiegel Online, 4.07.2017, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-das-grundgesetz-ist-nicht-homophob-gastbeitrag-a-1155700.html> (dostęp: 15.07.2018).

11 Por. np. J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG. Gutachtliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 17.09.2015, s. 4, <https://www.bundestag.de/blob/388314/658b499551362c677fd070f340529ed9/ipsen-data.pdf> (dostęp: 15.07.2018).

12 „Małżeństwo jako instytucja zarezerwowana jedynie dla związku między mężczyzną i kobietą korzysta z samodzielnej ochrony konstytucyjnej”. Zob. *Wyrok FTK z dnia 7 maja 2013*, BVerfGE 133, 377 (409), dotyczący wspólnego rozliczenia podatkowego dla partnerów w ramach zarejestrowanego partnerstwa życiowego.

13 Prace legislacyjne wskazują na to, że pierwotnie przepis dotyczący ochrony małżeństwa i rodziny miał być bardziej rozbudowany i wprost wskazywać na elementy definicyjne małżeństwa, takie jak monogamiczność, różnica płci czy

twórców konstytucji małżeństwo osób tej samej płci mieściło się poza horyzontem myślowym¹⁴.

Nadto podkreśla się systematyczne powiązanie, z perspektywy ustawodawcy konstytucyjnego, małżeństwa i rodziny. Redakcja art. 6 ust. 1 nie jest przypadkowa. Wskazuje ona, iż małżeństwo jest podstawą rodziny. Dla ustawodawcy konstytucyjnego reproduk-

rantowanymi wartościami zawartymi w art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej małżeństwo jest jedyną uprawnioną formą całościowej wspólnoty życiowej między mężczyzną i kobietą, a prawidłowy rozwój fizyczny i duchowy dziecka zakłada zabezpieczenie w pełnej wspólnocie rodzinnej z matką i ojcem, realizowanej jedynie w małżeństwie¹⁶.



Nawet w najnowszym orzecznictwie FTK kwestionującym dopuszczalność odmiennego traktowania małżonków i partnerów związków jednopłciowych podkreśla się różnicę płci jako element charakterystyczny dla małżeństwa.

cyjny potencjał małżeństwa stanowił rację dla prawnej ochrony tej instytucji¹⁵. W jednym z wyroków FTK podkreślił, że „zgodnie z konstytucyjnie gwa-

trwałość związku. Por. np. J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG*, dz. cyt., s. 3–4.

14 Również zmieniony ustawą z dnia 20 lipca 2017 § 1353 ust. 1 niemieckiego Kodeksu cywilnego nie wskazywał na różnicę płci; przepis ten brzmiał: „Małżeństwo zostaje zawarte na całe życie”. Różnica płci jako element definicyjny małżeństwa w prawie niemieckim (podobnie zresztą jak monogamiczność małżeństwa) stanowiła prawniczą oczywistość i dlatego ustawodawca zwykły, wprowadzając małżeństwo jednopłciowe, zdecydował się na następującą modyfikację brzmienia przepisu: „małżeństwo zostaje zawarte na całe życie przez dwie osoby różnej lub tej samej płci”.

15 Zob. np. J. Ipsen (w): *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, s. 26, <https://www.bundestag.de/blob/406982/ec2443bba04f1ae6c91824ace4127fec/protokoll-data.pdf> (dostęp: 15.07.2018). Por. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig...*, dz. cyt., s. 4. Podkreśla się przy tym, że chodzi o abstrakcyjnie pojęty charakter reprodukcyjny, właściwy małżeństwu jako rodzajowi wspólnoty życiowej; takiej natury instytucji małżeństwa nie wyklucza okoliczność, iż w konkretnym przypadku potencjał ten nie zostanie zakwalifikowany. Por. np. Ch. Seiler, [Art. 6 Abs. 1] (w:) W. Kahl,

Konsekwencją takiej wykładni art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej jest uznanie, iż wprowadzenie do porządku prawnego małżeństwa jednopłciowego wymaga uprzedniej zmiany ustawy zasadniczej¹⁷. Skoro elementem małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej była różnica płci, to bez formalnej zmiany brzmienia postanowień konstytucji nie może dojść do zmiany znaczenia tego pojęcia.

2.2. Różnica płci małżonków nigdy nie była elementem pojęcia małżeństwa?

W doktrynie reprezentowane jest także stanowisko, iż różnica płci małżonków nigdy nie należała do niezmiennych elementów konstytucyjnego pojęcia małżeństwa¹⁸. Konstytucja gwarantuje ochronę mał-

Ch. Waldhoff, Ch. Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, aktualizacja lipiec 2014, s. 44, 51–52.

16 *Wyrok z dnia 29 stycznia 1969*, BVerfGE 25, 167 (196).

17 Taki pogląd wyraził m.in. FTK w *Wyroku z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (348).

18 „Do konstytucyjnie niezmiennych cech małżeństwa nie należy (...) związek mężczyzny i kobiety (...). Skoro art. 6 ust. 1 UZ dopuszcza jako małżeństwa również pary jednopłciowe, nie pojawia się kwestia transformacji konstytucji”. Zob. F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen*

żeństwa jako instytucji odrębnej od rodziny – wymienienie tych instytucji w art. 6 ust. 1 („małżeństwo i rodzina pozostają pod szczególną ochroną”) nie oznacza koniecznego związku między nimi¹⁹. Małżeństwo, w rozumieniu ustawy zasadniczej, nie ma z założenia funkcji reprodukcyjnej. Racją dla tej ochrony jest specyficzna funkcja małżeństwa: równouprawnieni partnerzy w ramach tej instytucji dają sobie wzajemnie wsparcie i biorą za siebie odpowiedzialność. Taką funkcję mogą również spełniać związki osób tej samej płci²⁰.

W świetle tego stanowiska konstytucyjne pojęcie małżeństwa co do zasady podlega ukształtowaniu przez ustawodawcę zwykłego²¹. W związku z powyższym kwestia, czy małżeństwo może być również związkiem osób jednej płci, zależy od decyzji ustawodawcy zwykłego. Konstytucyjne pojęcie małżeństwa nie wymaga z konieczności uwzględnienia związków jedнопłciowych, ale jest na nie otwarte²². Jeżeli ustawodawca zwykły uwzględni w pojęciu małżeństwa związki jedнопłciowe, związki te będą wówczas objęte ochroną, jaką przewiduje art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej²³.

Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher-schutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015, 24.09.2015, s. 4, 5, https://www.bundestag.de/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf (dostęp: 15.07.2018). Por. również: „Metodologicznie nie chodzi tutaj (...) o transformację konstytucji, gdzie art. 6 ust. 1 przydana zostaje inna treść niż pierwotnie uregulowana przez ustawodawcę konstytucyjnego, ale o nową wykładnię art. 6 ust. 1 UZ w ramach obszaru normatywnego otwartego na taką wykładnię”. Zob. W. Hecker, „Ehe für alle” – Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Rechtslage in Deutschland, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 2018, nr 9, s. 622.

- 19 „Spójnik «i», znajdujący się w artykule 6 ust. 1 ZU (...) pełni funkcję wyliczenia, tak jak w wyrażeniu «lubię piłkę nożną i torty»”. Zob. F. Wapler (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 22.
- 20 F. Wapler (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 22; F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme...*, dz. cyt., s. 4, 11.
- 21 F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme...*, dz. cyt., s. 4.
- 22 F. Brosius-Gersdorf (w:) *Protokół 68 posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 36.
- 23 Tamże.

Przyznaje się, że do tej pory w orzecznictwie FTK definiowano małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety, niemniej takich definicji nie należy uważać za wyczerpujące²⁴. Również faktyczne wyobrażenia twórców ustawy zasadniczej nie są rozstrzygające dla rozumienia pojęcia małżeństwa: skoro kwestia małżeństw jedнопłciowych nie była poruszana w trakcie prac nad tekstem ustawy zasadniczej, nie można uznać, iż art. 6 ust. 1 ogranicza pojęcie małżeństwa do par różнопłciowych²⁵.

Konsekwencją takiego rozumienia art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej jest uznanie, że wprowadzenie małżeństwa jedнопłciowego nie wymaga dokonania zmiany brzmienia tego przepisu ani też nie oznacza transformacji jego dotychczasowego znaczenia²⁶.

2.3. Różnica płci małżonków nie jest obecnie elementem pojęcia małżeństwa?

Reprezentowane jest również stanowisko, zgodnie z którym pierwotnie małżeństwo w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej oznaczało związek mężczyzny i kobiety, ale z czasem doszło do zmiany znaczenia tego przepisu pomimo braku zmiany jego brzmienia²⁷, tak że „różnica płci nie stanowi już strukturalnego elementu pojęcia małżeństwa”²⁸. Z takiego założenia wyszli projektodawcy ustawy z 20 lipca 2017 r.

W uzasadnieniu projektu ustawy wprost przyznano, że „przez długi czas różnica płci stanowiła konieczną przesłankę małżeństwa w rozumieniu art. 6 ust. 1”²⁹, niemniej podkreślono zarazem, że „znaczenie normy konstytucyjnej może się zmienić bez zmiany tekstu”³⁰

24 Tamże, s. 28.

25 F. Brosius-Gersdorf, *Schriftliche Stellungnahme...*, dz. cyt., s. 8.

26 Tamże, s. 5.

27 Por. np. J. Wasmuth, *Ende einer langen staatlichen Diskriminierung. Die Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtlich orientierte Personen*, „Neue Justiz” 2017, nr 19, s. 353.

28 F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen...*, dz. cyt., s. 119, przy czym autor ten z rezerwą odnosi się do koncepcji „transformacji konstytucji”.

29 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665 [Projekt ustawy o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci], s. 7.

30 Tamże.

wyrażającego tę normę. Podkreślono również, iż instytucja małżeństwa była gwarantowana przez ustawę zasadniczą nie „abstrakcyjnie”, ale w kształcie, jaki „odpowiadał dominującym poglądom, znajdującym swój wyraz w uregulowaniach ustawowych”³¹.

Wskazując na postanowienie FTK z 4 października 1993 r.³², przyznano, że FTK odmówił wówczas „ze względów konstytucyjnych otwarcia małżeństwa na

mieniono wprowadzenie instytucji (jednopłciowego) partnerstwa życiowego do porządku prawnego ustawą z 16 lutego 2001 r., rozstrzygnięcia FTK kwestionujące – w oparciu o zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 3 ustawy zasadniczej – odmienne traktowanie w świetle prawa małżeństw i związków życiowych w określonych dziedzinach życia, oraz zmiany społeczne”³⁶.



Reprezentowane bywa stanowisko, zgodnie z którym pierwotnie małżeństwo w rozumieniu ustawy zasadniczej oznaczało związek mężczyzny i kobiety, ale z czasem doszło do zmiany znaczenia tego przepisu pomimo braku zmiany jego brzmienia.

homoseksualistów”³³; niemniej odnosząc się do użytego przez FTK stwierdzenia o braku „wystarczających wskazań świadczących o zasadniczej zmianie pojmowania małżeństwa w tym sensie, że różnica płci nie ma już decydującego znaczenia”³⁴, podkreślono, że „w ten sposób nie została wykluczona na przyszłość zmiana w pojmowaniu małżeństwa, które dopuszczaloby otwarcie małżeństwa na pary jednopłciowe”³⁵.

Jako czynniki decydujące o zmianie treści normy konstytucyjnej w zakresie pojęcia małżeństwa wy-

Argumentem za zmianą znaczenia konstytucyjnego pojęcia małżeństwa ma być również dokonana w orzecznictwie FTK zmiana znaczenia pojęcia rodziców w rozumieniu art. 6 ust. 2 zd. 1 ustawy zasadniczej („Opieka nad dziećmi i ich wychowanie są przyrodzonym prawem rodziców, a przede wszystkim ich powinnością”). W wyroku z 19 lutego 2013 r. FTK uznał, że dwie osoby tej samej płci mogą być rodzicami dziecka w rozumieniu ww. przepisu³⁷. Skoro zatem

31 Tamże.

32 *Postanowienie z dnia 4 października 1993*, 1 BvR 640/93.

33 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 7.

34 Odmawiając wówczas przyjęcia do rozpatrzenia skargi konstytucyjnej kwestionującej dopuszczalność ograniczenia małżeństwa do par różnopłciowych, FTK stwierdził: „Skarga konstytucyjna nie wskazuje żadnych istotnych nowych aspektów, które mogłyby stanowić okazję do ponownej analizy (...) orzecznictwa [podkreślającego, że małżeństwo jest związkiem mężczyzny i kobiety – uzup. aut.]. W szczególności brak jest wystarczających wskazań świadczących o zasadniczej zmianie pojmowania małżeństwa w tym sensie, że różnica płci nie ma już decydującego znaczenia”.

35 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 7.

36 Tamże, s. 8.

37 W wyroku tym wskazano m.in.: „Z uwagi na ówczesną kryminalizację i społeczną dezaprobatę homoseksualizmu w momencie tworzenia Ustawy Zasadniczej należy wprawdzie przyjąć, że przy opracowywaniu art. 6 ust. 2 Ustawy Zasadniczej myślano wyłącznie o zrodnicowanych płciowo rodzicach. W normie nie ma więc świadomego sprzeciwu wobec uznania rodziców tej samej płci; co więcej znajdowało się to poza ówczesnym horyzontem myślowym”. Zob. *Wyrok FTK z dnia 19 lutego 2013*, BVerfGE 133, 59 (79). Z drugiej strony należy pamiętać, że „w przeciwieństwie do małżeństwa, Federalny Trybunał Konstytucyjny nigdy nie uznawał rodzicielstwa jako gwarancji instytucji za przynależną mu różnicą płci jako elementem strukturalnym, który może zostać zmieniony poprzez zmianę konstytucji”.

mogło dojść do zmiany pojęcia rodziców, nie ma racji dla przyjmowania niezmienności pojęcia małżeństwa i uwzględnienia w nim par jednopłciowych³⁸. Wskazuje się również, iż w orzecznictwie FTK podano w wątpliwość, by reprodukcyjny aspekt małżeństwa oraz jego zdolność do stworzenia warunków do wychowania dzieci stanowiły podstawę do odmiennego traktowania związków jednopłciowych: „Po pierwsze, nie w każdym małżeństwie obecne są dzieci i nie każde małżeństwo jest ukierunkowane na dzieci. Po drugie, zdarza się coraz częściej, że dzieci są wychowywane w partnerstwie życiowym. (...) Również zarejestrowane partnerstwo życiowe umożliwia dorastanie dzieci w «bezpiecznych warunkach»”³⁹.

3. Różnica płci małżonków a pojęcie małżeństwa – próba oceny stanowisk

To, czy ustawa nowelizująca niemiecki Kodeks cywilny poprzez zmianę definicji małżeństwa jest zgodna z niemiecką konstytucją, w sposób *wiążący* rozstrzygnąć mógłby jedynie FTK⁴⁰. Rozstrzygnięcie to byłoby *wiążące*, ale niekoniecznie musiałyby być teoretycznie (argumentacyjnie) prawidłowe⁴¹.

Z perspektywy teoretycznej najmniej przekonujące wydaje się stanowisko uznające, że różnica płci nigdy nie stanowiła koniecznego elementu konstytucyjnego pojęcia małżeństwa. W ramach krytyki immanentnej

tego stanowiska można podnosić, iż skoro element różnicy płci podkreślany przez dziesięciolecia w orzecznictwie FTK i doktrynie nie stanowił strukturalnego elementu konstytucyjnego pojęcia małżeństwa, dlaczego pojęciu temu należałoby w ogóle przypisywać jakikolwiek trwałe elementy treściowe, który – co do zasady – nie podlegałby dyspozycji ustawodawcy zwykłego. Podobnie, skoro definicję konstytucyjnego pojęcia małżeństwa przytaczane do tej pory w orzecznictwie czy doktrynie uznaje się za niewyczerpującą (tj. definiowanie małżeństwa jako związek mężczyzny i kobiety nie wykluczałoby tego, że *tylko* takie związki mogą być małżeństwem w rozumieniu ustawy zasadniczej), nie ma żadnych ograniczeń dla „uzupełnienia” definicji małżeństwa innymi rodzajami związków. Również pogląd, iż to ustawodawca zwykły określa znaczenie tego pojęcia, budzi wątpliwości. Prowadzi on do podważenia spójności systemu prawnego i idei ochrony konstytucyjnej: ustawodawca zwykły mógłby wówczas manipulować zakresem zastosowania norm konstytucyjnych⁴². Podobnie nie wydaje się przekonującym argumentem wskazanie na okoliczność, iż twórcy konstytucji z 1949 r. nie dyskutowali o tym, czy pojęcie małżeństwa powinno obejmować pary jednopłciowe – twórcy konstytucji mieli bowiem określone pojęcie instytucji małżeństwa, którą chcieli chronić⁴³.

W świetle dostępnych źródeł prawnych nie ulega wątpliwości, że konstytucyjne rozumienie małżeństwa obejmowało różnicę płci. W związku z powyższym trafny wydaje się pogląd, iż konstytucyjność ustawy z 20 lipca 2017 r. można jedynie uzasadnić, przyjmując dynamiczną wykładnię art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, tj. przyjmując, iż z czasem doszło do transformacji znaczenia pojęcia małżeństwa.

Zob. F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen...*, dz. cyt., s. 101.

38 M. Bruns, [Stanowisko przed komisją prawną], 28.09.2015, s. 21, <https://www.bundestag.de/blob/385490/75e885af41b4aa8f1b9ed84c44275840/bruns-data.pdf> (dostęp: 15.07.2018). Argument ten podnoszony jest również przez zwolenników stanowiska omówionego w pkt 2.2.

39 *Wyrok FTK z dnia 7 maja 2013*, BVerfGE 133, 377 (420).

40 Jest to jednak mało prawdopodobne w związku z rezygnacją ze strony rządu Bawarii z zapowiadanych wcześniej planów wszczęcia procedury abstrakcyjnej kontroli norm. Por. W. Hecker, *Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung*, „Neue Juristische Online-Zeitschrift” 2018, nr 18, s. 641.

41 Por. *bon mot* sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. Roberta H. Jacksona: „We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final”. Zob. *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540.

42 Respektowanie autonomicznego znaczenia pojęć konstytucyjnych jest szeroko akceptowanym postulatem we współczesnym konstytucjonalizmie. Por. np. uwagi M. Safjana dotyczące pojęć autonomicznych w Konstytucji RP oraz przywoływane przez niego orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*Wprowadzenie* [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 72–98).

43 Nie ulega wątpliwości, że znane im było zjawisko homoseksualizmu, i nic nie wskazuje, by chcieli objąć szczególną ochroną związki jednopłciowe.

Należy zarazem skonstatować brak wyraźnej granicy pomiędzy (i) stanowiskiem uznającym, że konstytucyjność ustawy z 2017 r. nie zakłada zmiany znaczenia art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, a (ii) stanowiskiem, iż konstytucyjność tej ustawy jest uwarunkowana zmianą

przyjazna prawu międzynarodowemu⁴⁵. Niezależnie od ewidentnej nietrafności tego argumentu (zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału art. 12 Konwencji zawiera tradycyjne pojęcie małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety)⁴⁶, sama próba odwołania



Konstytucyjność ustawy z 20 lipca 2017 r. można jedynie uzasadnić, przyjmując dynamiczną wykładnię art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, zakładając, że z czasem doszło do transformacji znaczenia pojęcia małżeństwa.

znaczenia tego przepisu. Argumentując, że nie doszło do ewolucji znaczenia ustawy zasadniczej, jako że art. 6 ust. 1 był i jest „otwarty” na „włączenie” w jego zakres związków jednopłciowych, *implicite* przyznaje się, że dotychczas, przy wykładni art. 6 ust. 1, takie związki znajdowały się poza zakresem przepisu.

Na zacieranie granicy pomiędzy tymi stanowiskami wskazuje również twierdzenie, podnoszone przez zwolenników tezy o braku ewolucji znaczenia art. 6 ust. 1, zgodnie z którym za uwzględnieniem w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej związków jednopłciowych miały przemawiać art. 12 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wyrażający prawo do zawarcia małżeństwa⁴⁴. Sformułowano bowiem argument, iż gwarantowane w art. 12 Konwencji prawo – w świetle interpretacji dokonanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* – nie ogranicza się do par różnopłciowych, ale otwarte jest na zawarcie małżeństwa przez pary jednopłciowe; z kolei wykładnia ustawy zasadniczej powinna być

się w tym zakresie do wykładni Konwencji przez Trybunał zakłada akceptację dynamicznej (ewolucyjnej) wykładni postanowień konwencyjnych⁴⁷. Odpowied-

44 Art. 12 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.): „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

45 F. Brosius-Gersdorf, *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2015, nr 49, s. 3559 oraz *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, s. 44.

46 Por. np. *Wyrok Wielkiej Izby z dnia 16 lipca 2014 w sprawie Hämäläinen p. Finlandii*, skarga nr 37359/09, pkt 96. Z kolei w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził: „Regard being had to Article 9 of the Charter [Charter of Fundamental Rights of the European Union], therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State. (...) Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage”. Zob. *Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 w sprawie Schalk i Kopf p. Austrii*, skarga nr 30141/04, pkt 61 i 63. Wywodzenie z tych twierdzeń, iż art. 12 Konwencji przemawia za „otwarcie” art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej na małżeństwa jednopłciowe jest bezzasadne.

47 Taka próba musi bowiem zakładać zmianę podejścia Trybunału w wyroku *Schalk i Kopf p. Austrii* do wykładni art. 12

nio argumentowanie, iż dynamicznie interpretowana Konwencja miałyby uzasadniać „włączenie” w zakres art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej związków jedнопłciowych zakłada dopuszczenie ewolucji znaczenia postanowień ustawy zasadniczej.

4. Proces transformacji pojęcia małżeństwa

Warto zwrócić uwagę, że w renomowanej publikacji z zakresu niemieckiego prawa publicznego z 2009 r. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (t. 7) stwierdzono, iż pogląd, jakoby różnica płci nie była istotnym elementem małżeństwa w rozumie-

W 1993 r. FTK odmówił rozpatrzenia skargi konstytucyjnej w sprawie odmowy zgody na zawarcie małżeństwa przez jedнопłciową parę, uznając, że złożona skarga „nie ma istotnego znaczenia prawnokonstytucyjnego”⁵⁰, oraz podkreślając, że w świetle swojego stałego orzecznictwa „małżeństwem w rozumieniu art. 6 ust. 1 [ustawy zasadniczej] jest związek mężczyzny i kobiety”. Wydaje się, że na moment wydania tego orzeczenia znaczenie pojęcia małżeństwa pozostawało niezmienione⁵¹.

W dniu 16 lutego 2001 r. została uchwalona przez Bundestag ustawa wprowadzająca instytucję partner-



W 1993 r. FTK odmówił rozpatrzenia skargi konstytucyjnej w sprawie odmowy zgody na zawarcie małżeństwa przez jedнопłciową parę, uznając, że złożona skarga „nie ma istotnego znaczenia prawnokonstytucyjnego”.

niu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, nie zasługuje na poważne potraktowanie w ramach nauki prawa, ale stanowi jedynie prowokację w debacie publicznej⁴⁸. Kiedy i w jaki sposób doszło zatem do radykalnej zmiany znaczenia konstytucyjnego pojęcia małżeństwa, której wyrazem jest – żywione przez część niemieckiej doktryny – przekonanie o konstytucyjności ustawy z 20 lipca 2017 r.⁴⁹

w stosunku do wcześniejszego orzecznictwa (por. np. „the right to marry guaranteed by Article 12 refers to the traditional marriage between persons of opposite biological sex”, *Wyrok z dnia 17 października 1986 w sprawie Rees v. the United Kingdom*, skarga nr 9532/81, pkt 49).

48 J. Ipsen, *Ehe und Familie* (w:) J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 7: *Freiheitsrechte*, Heidelberg 2009, s. 435.

49 Pytania te rozważane są w perspektywie prawnej. W związku z powyższym pominięte zostaną wskazywane w literaturze zmiany społeczne w Niemczech dotyczące zachowań sek-

stwa życiowego⁵². Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy jej celem było zlikwidowanie dyskryminacji

sualnych, zawierania i rozwiązywania małżeństw, rozpełszechnienia pożycia w ramach związków faktycznych itp.

50 *Postanowienie z dnia 4 października 1993*, 1 BvR 640/93.

51 Na ten judykant powołują się zwolennicy konstytucyjnej dopuszczalności małżeństw jedнопłciowych. Pogląd ten wydaje się jednak nadinterpretacją. Po pierwsze, orzeczenie to nie ma charakteru merytorycznego i nie ma mocy wiążącej (zob. Ch. von Coelln, *Wenn, dann richtig...*, dz. cyt., s. 7). Po drugie, w tym samym orzeczeniu FTK podkreślił reprodukcyjny charakter małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej: „zasadniczej zmiany koncepcji małżeństwa w sensie wskazywanym przez skarżących nie uzasadnia to, że zawarcie małżeństwa nie zależy od zdolności reprodukcyjnej partnerów (...). (...) małżeństwo jest przede wszystkim dlatego chronione konstytucyjnie, ponieważ ma na celu umożliwienie prawnego zabezpieczenia dla partnerów w zakładaniu rodziny ze wspólnymi dziećmi”.

52 *Bundesgesetzblatt* z dnia 22 lutego 2001, cz. 1, s. 266.

par jedнопłciowych. Projektodawcy nie zdecydowali się przy tym na zrównanie związków jedнопłciowych z małżeństwem; jak podkreślono: „projekt ustawy odróżnia zarejestrowane partnerstwo życiowe od małżeństwa, uwzględniając to, że małżeństwo – jako związek mężczyzny i kobiety zawierany dla stworzenia wspólnoty życiowej – znajduje się pod szczególną ochroną Państwa zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej”⁵³.

FTK badał zgodność tej ustawy z ustawą zasadniczą. Wnioskodawcy inicjujący postępowanie przed FTK argumentowali, iż małżeństwo zostaje pozbawione szczególnej ochrony przewidzianej w konstytucji

tymi instytucjami nie opiera się na ich oznaczeniu, ale na okoliczności, że w ramach partnerstwa życiowego wiążą się partnerzy o tej samej płci, a nie mężczyźni i kobiety”⁵⁵. Ta sama pleć partnerów odróżnia partnerstwo życiowe od małżeństwa i powoduje, że „partnerstwo życiowe nie jest małżeństwem w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej”⁵⁶. W związku z powyższym ustawa wprowadzająca instytucję partnerstwa życiowego nie umniejsza zakresu prawnej ochrony i wspierania małżeństwa ani nie będzie oddziaływać na „strukturalne, konstytucyjne zasady i ukształtowanie”⁵⁷ instytucji małżeństwa.



FTK wielokrotnie podkreślał, że wprowadzenie instytucji związków partnerskich nie stanowi zagrożenia dla instytucji małżeństwa.

w przypadku, gdy ustawodawca zwykły tworzy analogiczne instytucje dla innych wspólnot życiowych. Szczególna ochrona małżeństwa przewidziana w art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej wymaga utrzymania wyraźnego dystansu pomiędzy prawną formą małżeństwa i partnerstwa życiowego. Tymczasem ustawodawca zwykły zamierza w ustawie z 16 lutego 2001 r. skopiować małżeństwo⁵⁴.

W wyroku z 17 lipca 2002 r., uznającym zgodność ustawy z 16 lutego 2001 r. z art. 6 ust. 1 ustawy zasadniczej, FTK wielokrotnie podkreślił, że wprowadzenie instytucji związków partnerskich nie stanowi zagrożenia dla instytucji małżeństwa. W szczególności FTK podkreślił w tym kontekście istotność, a nie jedynie nominalną, różnicę instytucji małżeństwa i partnerstwa życiowego związaną z odmiennością płci, która stanowi strukturalny element małżeństwa: „Zarejestrowane partnerstwo życiowe (...) nie jest małżeństwem z fałszywą etykietką (...) ale czymś innym [*aliud*] w stosunku do małżeństwa. Różnica pomiędzy

FTK stwierdził również, że konstytucyjna ochrona małżeństwa nie zakazuje przyznania innym instytucjonalnym formom pożycia mniejszego zakresu uprawnień niż małżeństwu. O ile przyznano, iż konstytucyjna ochrona małżeństwa dopuszcza prawne uprzywilejowanie tej instytucji, jednocześnie podkreślono, że takie uprzywilejowanie nie jest konstytucyjnie nakazane⁵⁸. Co więcej, FTK uznał, że konstytucyjna ochrona małżeństwa nie wymaga tego, by inne instytucjonalne formy pożycia ukształtowane zostały w sposób zachowujący dystans w stosunku do małżeństwa i były opatrzone mniejszym zakresem uprawnień niż małżeństwo. Nadto zasygnalizowano, iż wprowadzenie instytucji związków partnerskich stanowi realizację konstytucyjnej zasady równości

53 BVerfGE 105, 313 (351).

56 BVerfGE 105, 313 (345 i 348).

57 BVerfGE 105, 313 (346).

58 BVerfGE 105, 313 (348). Zob. też: „W świetle prawa konstytucyjnego nie ma podstaw do przyjmowania, iż szczególna ochrona małżeństwa wymaga, by inne wspólnoty życiowe były ukształtowane z zachowaniem dystansu wobec małżeństwa i by wspólnotom tym przyznano mniej praw” (tamże).

53 Deutscher Bundestag, druk nr 14/3751, s. 1.

54 Zob. streszczenie argumentacji w Wyroku FTK z dnia 17 lipca 2002, BVerfGE 105, 313 (321–322).

wyrażonej w art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej („Wszyscy są równi wobec prawa”)⁵⁹.

W dniu 15 grudnia 2004 r. Bundestag uchwalił Ustawę o zmianie prawa dotyczącego partnerstwa życiowego⁶⁰. Ustawa przewidywała istotne upodobnienie prawa związków partnerskich do prawa małżeńskiego⁶¹. Zgodnie z intencją projektodawców należało „przewyciężyć sztuczne różnice pomiędzy małżeństwem i związkiem partnerskim”⁶². Co istotne, projektodawcy, przedstawiając taki cel regulacji, powołali się na wyrok FTK z 17 lipca 2002 r. Ich zdaniem wyrok ten „otworzył drzwi dla daleko idącego zrównania zarejestrowanego partnerstwa życiowego (...) z małżeństwem”⁶³. Ustawa wprowadzała dla partnerstwa życiowego rozwiązania z prawa małżeńskiego w takich aspektach jak: ustroje majątkowe, kwestie alimentacyjne, rozwiązanie partnerstwa życiowego, przysposobienie pasierba, wyrównanie roszczeń rentowych czy świadczenia na wypadek śmierci partnera.

Po uchwaleniu tej ustawy FTK wydał szereg orzeczeń, w których niejako kontynuował zamierzenie ustawodawcy zwykłego w zakresie zrównania partnerstwa życiowego z małżeństwem⁶⁴. W rozstrzyganych przez siebie sprawach FTK badał, czy odmienna sytuacja małżonków i partnerów w ramach partnerstwa życiowego w różnych obszarach prawa jest usprawiedliwiona w świetle art. 3 ust. 1 ustawy zasadniczej⁶⁵. We wszystkich tych sprawach FTK stwierdzał, że traktowanie związków partnerskich inaczej niż małżeństw narusza zasadę równości.

59 BVerfGE 105, 313 (346 i 348).

60 Bundesgesetzblatt, cz. 1, 2004, nr 69, s. 3396 i n.

61 Deutscher Bundestag, druk nr 15/3445, s. 1.

62 Tamże.

63 Tamże, s. 14.

64 Zob. Wyrok z dnia 7 lipca 2009, BVerfGE 124, 199 dotyczący świadczeń rentowych na wypadek śmierci pracowników służby publicznej; Wyrok z dnia 21 lipca 2010, BVerfGE 126, 400 dotyczący sytuacji partnerów na gruncie podatku od spadków i darowizn; Wyrok z dnia 19 czerwca 2012, BVerfGE 131, 239 dotyczący dodatków rodzinnych dla urzędników; Wyrok z dnia 19 lutego 2013, BVerfGE 133, 59 dotyczący prawa do następczej adopcji dziecka przysposobionego przez partnera; Wyrok z dnia 7 maja 2013, BVerfGE 133, 377 dotyczący wspólnego rozliczenia podatkowego dla małżonków.

65 J. Ipsen, *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG*, dz. cyt., s. 5.

W wyroku z 7 lipca 2009 r. FTK stwierdził, że jeżeli uprzywilejowaniu małżeństwa towarzyszy gorsze traktowanie innych form pożycia, pomimo tego, że są one porównywalne do małżeństwa pod względem regulowanych stanów faktycznych i celów regulacji, wówczas samo wskazanie na obowiązek ochrony małżeństwa nie może usprawiedliwiać różnego traktowania⁶⁶. W związku z powyższym „bez dodatkowego uzasadnienia art. 6 ust. 1 [ustawy zasadniczej] nie może usprawiedliwiać nierównego traktowania partnerstwa życiowego względem małżeństwa”⁶⁷. O ile zatem w wyroku z 2002 r. FTK stwierdził, iż brak jest *nakazu* uprzywilejowania małżeństwa względem innych form pożycia, to obecnie FTK zakwestionował *dopuszczalność* takiego uprzywilejowania⁶⁸.

Powyzsze rozumowanie powtarzane było w kolejnych wyrokach kwestionujących uprzywilejowanie małżonków wobec partnerów życiowych w poszczególnych sferach prawa. Odwołując się do tego orzecznictwa, projektodawcy ustawy z 2017 r. zmieniającej definicję małżeństwa podkreślili wiodącą rolę FTK w zakwestionowaniu nierównego traktowania partnerów i małżonków w świetle prawa⁶⁹. Taka ocena orzecznictwa FTK wydaje się trafna. Pomimo afirmowania w orzeczeniach dotyczących partnerstwa życiowego odmienności płci jako strukturalnego elementu małżeństwa w rozumieniu ustawy zasadniczej FTK zaakceptował argumentacyjne przesłanki, które stoją w sprzeczności z taką afirmacją⁷⁰. Konsekwentne eliminowanie różnic pomiędzy małżeństwem a part-

66 Wyrok z dnia 7 lipca 2009, BVerfGE 124, 199 (226).

67 Wyrok z dnia 7 lipca 2009, BVerfGE 124, 199 (211).

68 Por. Ch. Hillgruber, *Anmerkung zu BVerfG*, 1 BvR 1164/07 vom 7.7.2009, „Juristenzeitung” 2010, nr 1, s. 41.

69 „Prawne zrównanie zarejestrowanych związków partnerskich z małżonkami, które było celem ustawy o partnerstwie życiowym, zostało zrealizowane (...) w wielu dziedzinach prawa. Przy czym w wielu wypadkach to Federalny Trybunał Konstytucyjny kwestionowała nadal istniejące nierówne traktowanie”. Zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 8.

70 Niespójność stanowiska FTK podkreślana jest w literaturze – por. np. S. Rixen, *Das Ende der Ehe? – Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts*, „Juristenzeitung” 2013, nr 18, s. 871.

nerstwem życiowym spowodowało, że różnica pomiędzy tymi instytucjami stała się jedynie nominalna, co z kolei doprowadziło do kwestionowania zasadności szczególnej ochrony małżeństwa jako (jedynie) związku mężczyzny i kobiety⁷¹.

W dniu 26 listopada 2015 r. została uchwalona Ustawa o uregulowaniu prawa partnerów życiowych⁷², która przewidywała dalsze upodobnienie instytucji partnerstwa życiowego do małżeństwa na gruncie różnego rodzaju przepisów rangi ustawowej i pod-

ustawowej⁷³. W dniu 1 października 2017 r. weszła w życie Ustawa o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci.

5. Uwagi krytyczne

Ustawa z 2017 r. zmieniająca definicję małżeństwa, w oczach projektodawców, ma stanowić dopełnienie realizacji celu zamierzonego ustawą z 2001 r. wprowadzającą partnerstwo życiowe, tj. zniesienie dyskryminacji par jedнопłciowych. Uniemożliwienie parom



Konsekwentne eliminowanie różnic pomiędzy małżeństwem a partnerstwem życiowym spowodowało, że różnica między tymi instytucjami stała się jedynie nominalna.

71 Por. pogląd, iż wyciągając wnioski z orzecznictwa FTK, „można argumentować, że (...) daleko idące zrównanie małżeństwa i zarejestrowanego związku życiowego oraz relatywizacja racji dla szczególnej ochrony (różnopłciowego) małżeństwa w stosunku do (jednopłciowego) zarejestrowanego partnerstwa życiowego nie może pozostać bez konsekwencji dla rozumienia instytucjonalnej gwarancji małżeństwa. Jeżeli instytucja prawna, taka jak małżeństwo, znajduje się «pod szczególną ochroną porządku państwowego» (...), oznacza to, że szczególnie chroniona instytucja prawna musi odróżniać się od innych instytucji, aby było możliwe uzasadnienia tej ochrony”. Zob. F. Wollenschläger, *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen... dz. cyt.*, s. 53. Z kolei ewent. stanowisko podkreślające „ścisle rozdzielenie konstytucyjnej pojęcia małżeństwa i kwestii równego traktowania małżeństwa i zarejestrowanego związku życiowego” (tamże) wydaje się mało przekonujące.

72 Bundesgesetzblatt z dnia 25 listopada 2015, cz. 1, s. 2010. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazywano następujący problem, który miała rozwiązać ustawa: „W niektórych przepisach prawa cywilnego i prawa procesowego, a także w innych przepisach prawa publicznego, małżeństwo i partnerstwo życiowe traktowane są w odmienny sposób pomimo tego, że brak ku temu przekonujących racji”. Zob. Deutscher Bundestag, druk nr 18/5901, s. 1.

jednopłciowym zawarcia związku małżeńskiego ma bowiem stanowić „konkretną i symboliczną dyskryminację ludzi ze względu na ich tożsamość seksualną”⁷⁴.

Stwierdzenie to jest oczywiście paradoksalne, jeśli zestawi się je z uwarunkowaniami ustawy wprowadzającej związki partnerskie i twierdzeniami FTK zawartymi w wyroku uznającym jej zgodność z ustawą zasadniczą: projektodawcy ustawy nie zdecydowali się wówczas na zrównanie związków jedнопłciowych z małżeństwem, ponieważ nie pozwalała na to konstytucyjna ochrona małżeństwa⁷⁵; z kolei FTK w wyroku z 17 lipca 2002 r. zastrzegł, że wprowadzenie partnerstwa życiowego nie będzie oddziaływać na elementy strukturalne małżeństwa, powołując się

73 M.in. w przepisach procedury administracyjnej, procedury cywilnej, prawie upadłościowym, Kodeksie karnym, Kodeksie cywilnym.

74 Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665, s. 1.

75 Niewykluczone, że projektodawcom przyświecało myślenie strategiczne, tj. dążenie do zmiany znaczenia normy konstytucyjnej przy pominięciu właściwej ku temu procedury prawnej; zob. np. J. Braun, „Ein neues familienrechtliches Institut”. *Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes*, „Juristenzeitung” 2002, nr 1, s. 26–27.

przy tym na istotową różnicę między małżeństwem a partnerstwem życiowym.

Podkreślanie odrębności małżeństwa i partnerstwa życiowego miało miejsce na etapie oceny konstytucyjności ustawy wprowadzającej partnerstwo życiowe. Po udzieleniu jej konstytucyjnego „błogosławieństwa” nastąpił natomiast konsekwentny proces upodobniania partnerstwa życiowego do małżeństwa⁷⁶.

uzasadnienia zastąpienie jego pierwotnego znaczenia innym znaczeniem; w konsekwencji doszło do zastąpienia konstytucyjnej aksjologii innymi wartościami. Co istotne, dokonało się to wobec instytucji, która zgodnie z rozstrzygnięciem ustawodawcy konstytucyjnego miała być objęta „szczególną” ochroną.

W świetle argumentacyjnych przesłanek prowadzących do tego rezultatu można rozważyć: (i) za-



Poczynania ustawodawcy zwykłego i FTK, można retrospektywnie postrzegać jako swoisty *coup d'état* w odniesieniu do znaczenia ustawy zasadniczej i jej aksjologicznej struktury.

Zakładając, że ustawa z 2017 r. zostanie uznana za konstytucyjną, poczynania ustawodawcy zwykłego i FTK, począwszy od uchwalenia ustawy z 2001 r. i wydania wyroku potwierdzającego jej konstytucyjność, można retrospektywnie postrzegać jako swoisty *coup d'état* w odniesieniu do znaczenia ustawy zasadniczej i jej aksjologicznej struktury⁷⁷. Ustawodawca zwykły, *dążąc do celu, którego realizacji sprzeciwiała się* ustawa zasadnicza (w świetle jej powszechnie akceptowanego znaczenia), przy kluczowym współdziałaniu FTK doprowadził, krok po kroku, do zmiany tego znaczenia, tak aby możliwe było osiągnięcie zamierzonego celu. W tym świetle dynamiczna wykładnia konstytucji jawi się nie jako harmonijny rozwój znaczenia aktu prawnego, ale jako arbitralne i pozbawione prawnego

kwestionowanie nie tylko *nakazu* uprzywilejowania małżeństwa, ale również *dopuszczalności* takiego uprzywilejowania i powiązaną z tym (ii) zmianę postrzegania relacji art. 3 ust. 1 (zasady równości) do art. 6 ust. 1 (ochrony małżeństwa).

W doktrynie niemieckiej wyrażono pogląd, iż proces zainicjowany przez ustawodawcę zwykłego i FTK, który doprowadził do zmiany znaczenia pojęcia małżeństwa, oparty był na uznaniu priorytetu zasady równości wobec ochrony małżeństwa, a zatem na zakwestionowaniu tego, iż art. 6 ust. 1 stanowi *lex specialis* wobec art. 3 ust. 1. Doprowadziło to – w sposób nieuchronny – do przekonania, iż nie ma podstaw, by w jakimkolwiek zakresie małżeństwo było prawnie uprzywilejowane w stosunku do związku partnerskiego. To z kolei doprowadziło do uznania, iż nie ma podstaw do utrzymywania różnych instytucji prawnych⁷⁸.

76 Por. Ch. Hillgruber, *Anmerkung zu BVerfG, 1 BvR 1164/07 vom 7.7.2009*, dz. cyt., s. 42.

77 Por. „W swoim dziesięcioletnim orzecznictwie dotyczącym zarejestrowanego partnerstwa życiowego Federalny Trybunał Konstytucyjny przekroczył granice interpretacji postanowień konstytucyjnych. (...) Doszło do zmiany pojęcia małżeństwa w samym jego rdzeniu”. Zob. G. Gade, Ch. Thiele, *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft. Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? – 10 Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, „Die Öffentliche Verwaltung” 2013, nr 4, s. 151.

78 Por.: „Zmiana nastąpiła w momencie, gdy Federalny Trybunał Konstytucyjny postawił art. 3 UZ ponad art. 6 UZ i stwierdził: Artykuł 6 UZ nie wystarczy nam już jako argument uzasadniający odmienne traktowanie. (...) W ten sposób został uruchomiony *Slippery Slope*, tak, że obecnie (...) nie widać w ogóle powodów, które mogłyby uzasadnić to, że małżeństwo może być w jakimkolwiek sposób traktowane

Można pokusić się o dwa uzupełnienia powyższej diagnozy⁷⁹. Po pierwsze, wydaje się, że istotne przesunięcie w postrzeganiu relacji art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 1 dokonuje się już wówczas, gdy – zgodnie z intencją ustawodawcy zwykłego – brak prawnego uregulowania związków jednopłciowych uznaje się za ich dyskryminację w sensie konstytucyjnym (odpowiednio – wprowadzenie instytucji związków partnerskich uznaje się za realizację wymogu zasady równości⁸⁰). Już w tym momencie, w sensie teoretycznym, dochodzi do uruchomienia dynamiki *nieuchronnie* prowadzącej do zmiany pojęcia małżeństwa⁸¹. Wprowadzenie instytucji partnerstwa życiowego będzie bowiem uznane jedynie za początek wyeliminowania dyskryminacji – zwińczeniem tego celu może być wyłącznie zrównanie prawnego statusu instytucji partnerstwa życiowego z małżeństwem; przy czym nie wystarczy samo zrównanie uprawnień partnerów i małżonków; niezbędne będzie usunięcie „symbolicznej dyskryminacji”⁸² przejawiającej się w utrzymaniu różnych instytucji. Sąd

lepiej lub inaczej niż jednopłciowe partnerstwo. (...) Kiedy dojdzie się już do tej zasady równości, nie ma już żadnych granic”. Zob. J. Benedict (w): *Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28.09.2015*, dz. cyt., s. 29.

79 Należy przy tym pamiętać, iż opisywany proces zmiany znaczenia konstytucji nie ma uzasadnienia prawnego, jako że nie jest motywowany aksjologią wyrażoną w postanowieniach ustawy zasadniczej, tj. hierarchicznie najwyższego aktu normatywnego.

80 Por.: „Zarejestrowane partnerstwo życiowe (...) przyznaje prawa parom jednopłciowym. Ustawodawca uwzględni (...) art. 3 ust. 1 (...) UZ przez to, że (...) znosi dyskryminację”. Zob. *Wyrok FTK z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (346).

81 W postępowaniu o zbadanie konstytucyjności *Ustawy o zakończeniu dyskryminacji jednopłciowych wspólnot: partnerstw życiowych z 16 lutego 2001*, wnioskodawcy argumentowali: „Już sam tytuł ustawy wskazuje, że ma ona doprowadzić do zrównania związku partnerskiego z małżeństwem”. Zob. *Wyrok FTK z dnia 17 lipca 2002*, BVerfGE 105, 313 (321). Natomiast projektodawcy *Ustawy o wprowadzeniu małżeństw jednopłciowych* podkreślali: „(...) pomimo wprowadzenia instytucji zarejestrowanego partnerstwa życiowego w 2001 roku, sytuacja par jednopłciowych w wielu aspektach prawnych nadal jest gorszej niż sytuacja małżeństwa”. Zob. *Deutscher Bundestag*, druk nr 18/6665, s. 1.

82 Tamże.

też trudno odmówić racji stanowisku upatrującemu „transformacji konstytucji dokonanej w ramach sądownictwa konstytucyjnego” już w kontekście wyroku FTK z 17 lipca 2002 r.⁸³

Po drugie, uznanie dyskryminacji związków jednopłciowych w stosunku do małżeństwa (związków opartych na różnicy płci) uzależnione jest od określonego sposobu zidentyfikowania racji dla uprzywilejowania przez ustawodawcę małżeństwa i pojmowania jego istoty. U podstaw bowiem stosowania – wydawałoby się formalnej – zasady równości zawsze znajdują się oceny o charakterze substancjalno-aksjologicznym: „przy każdym stosowaniu zasady równości należy mieć na uwadze, że pojęcie «równość» w sposób nieunikniony zawiera światopoglądowe (...) przesady i kryteria”⁸⁴.

Jeżeli przyjmie się, że racją uprzywilejowania małżeństwa jest uznanie, iż *w ramach tego związku*, o charakterze intymnym, *dwie osoby* podejmują decyzję o wzięciu *za siebie* odpowiedzialności i zobowiązują się do partnerskiego wsparcia – wówczas nasuwa się wniosek o braku uzasadnienia dla *różnicowania* prawnego statusu związków jednopłciowych i opartych na różnicy płci. Natomiast jeżeli uzna się, przykładowo, że prawna ochrona małżeństwa istotowo oparta jest na wartościującym uchwyceniu pewnego – mówiąc językiem Herberta L.A. Harta – fundamentalnego antropologicznego truizmu i jego konsekwencji dla ludzkiej koegzystencji w ramach społeczeństwa⁸⁵, jeżeli ochronę tę ujmie się w świetle społecznego celu, jakim jest maksymalizacja szans na to, by dzieci były wychowywane przez ich biologicznych rodziców złączonych trwałym węzłem⁸⁶, wówczas nie ma podstaw

83 K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 4/1, München 2006, s. 490.

84 B. Rütters, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2016, s. 116 (z powołaniem się na G. Radbrucha).

85 Por. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1994, s. 193–200; sam H.L.A. Hart, pozostając na płaszczyźnie opisowej, zwrócił uwagę na truizmy wyjaśniające – inne niż prawo rodzinne – uniwersalne aspekty porządku prawnego.

86 Por. J. Roberts, zdanie odrębne do *Wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 26 czerwca 2015 w sprawie Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. ___ (2015), s. 5.

dla dopatrywania się dyskryminacji w odmiennym potraktowaniu par jedнопłciowych i małżeństwa⁸⁷.

W konsekwencji u źródeł procesu, który doprowadził do transformacji pojęcia małżeństwa w Niemczech, można nie tyle upatrywać przyjęcia priorytetu konstytucyjnej zasady równości wobec konstytucyjnej ochrony małżeństwa, co raczej zmiany pojmowania istoty małżeństwa i racji dla jego prawnej ochrony. Zilustrować to może zestawienie opisywanego procesu w Niemczech z podobną sytuacją, która miała miejsce w Austrii – co istotne, w konstytucji austriackiej brak jest postanowienia o szczególnej ochronie małżeństwa.

bunał uznał, że związki jedнопłciowe (których dotyczy instytucja zarejestrowanego partnerstwa) oraz związki różнопłciowe (których dotyczy instytucja małżeństwa) „w swojej *istocie* (...) są zasadniczo równe” i „opierają się na tych samych *wartościach*”⁹⁰. Mimo że austriacki trybunał konstytucyjny nie wyjaśnia szerzej, na czym polega ta istota i te wartości, niewątpliwie wyjaśnieniem odmiennych rozstrzygnięć w 2003 i 2017 r. musi być zmiana stanowiska dotycząca tej płaszczyzny. Osobną kwestią jest to, co stanowi dla Trybunału kryterium czy źródło poznania istoty małżeństwa i racji jego ochrony. Wydaje się, że rozstrzygnięcia w tym zakresie mają cha-



U źródeł procesu, który doprowadził do transformacji pojęcia małżeństwa w Niemczech, można nie tyle upatrywać przyjęcia priorytetu zasady równości wobec konstytucyjnej ochrony małżeństwa, co raczej zmiany pojmowania istoty małżeństwa i racji dla jego prawnej ochrony.

W wyroku z 12 grudnia 2003 r. austriacki Trybunał Konstytucyjny uznał, że zasada równości nie nakazuje tego, by małżeństwo – które co do zasady ukierunkowane jest na możliwość rodzicielstwa – było rozszerzone na związki innego rodzaju⁸⁸. Tymczasem w wyroku z 4 grudnia 2017 r. Trybunał uznał, że prawne uregulowanie małżeństwa jako związku opartego na różnicy płci i nierozszerzenie go na związki jedнопłciowe, nie jest „dzisiaj” dopuszczalne w świetle zasady równości⁸⁹. Try-

rakter pozaprawny, jako że należą one do płaszczyzny etycznej czy antropologicznej – ta z kolei powinna raczej stanowić domenę ustawodawcy konstytucyjnego, a nie Trybunału Konstytucyjnego.

87 *A minori ad maius*: tym bardziej jeśliby przyjąć rozbudowaną koncepcję prawnonaturalną w rodzaju tej zaproponowanej przez J. Finnis. Por. J. Finnis, *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, t. 3, Oxford–New York 2011, s. 317–333.

88 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (*Verfassungsgerichtshof*) z dnia 12 grudnia 2003, sygn. akt B777/03.

89 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2017, sygn. akt G258/2017.

90 Trybunał, w zakresie rodzicielstwa par jedнопłciowych, powołał się na możliwość adopcji i korzystania ze wspomaganej prokreacji. Należy jednak zauważyć, że prawna dopuszczalność adopcji i korzystania ze wspomaganej prokreacji nie powoduje, że związki jedнопłciowe są równe związkom różнопłciowym jeśli chodzi o „możliwość rodzicielstwa”. Por.: „W swojej zdolności do bycia źródłem następstwa pokoleń, małżeństwo zasadniczo odróżnia się od partnerstwa życiowego. Ponieważ partnerstwo życiowe jest ograniczone do par tej samej płci, z takiego związku nie mogą zrodzić się wspólne dzieci”. Zob. Wyrok FTK z dnia 21 lipca 2010, BVerfGE 126, 400 (427).

* * *

Jakie wnioski płyną z analizy ewolucji pojęcia małżeństwa na gruncie niemieckiej ustawy zasadniczej i sposobu, w jaki się ta ewolucja dokonała? Wprowadzenie w Niemczech instytucji partnerstwa życiowego, motywowane wyeliminowaniem dyskryminacji par jednopłciowych, doprowadziło do głębokiej, strukturalnej zmiany konstytucyjnego pojęcia małżeństwa. Zmiana ta została przeprowadzona w stosunkowo krótkim czasie, poprzez działania ustawodawcy zwykłego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Doświadczenia niemieckie stawiają pod znakiem zapytania tezę, zgodnie z którą zarejestrowany związek partnerski może być samodzielną instytucją prawną, współistniejącą obok małżeństwa i niestanowiącą dla niego zagrożenia. Dla niektórych, z racji utożsamiania się z celami przyświecającymi niemieckiemu ustawodawcy zwykłemu, proces, jaki dokonał się w Niemczech, może stanowić przykład do naśladowania. Z kolei dla tych, którzy przywiązują wagę do rozstrzygnięć aksjologicznych ustawodawcy konstytucyjnego, koherencji myślenia prawniczego oraz służebnej roli Trybunału Konstytucyjnego wobec konstytucji, doświadczenia niemieckie powinny być przestrogą.

Bibliografia

- Borysiak W., [Komentarz do art. 18] (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016.
- Braun J., „Ein neues familienrechtliches Institut”: *Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes*, „Juristenzeitung” 2002, nr 1, s. 23–31.
- Brosius-Gersdorf F., *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2015, nr 49, s. 3557–3561.
- Coelln Ch. von, *Wenn, dann richtig: „Ehe für alle” nur per Verfassungsänderung*, „Neue Justiz” 2018, nr 1, s. 1–7.
- Dzehtsiarou K., O’Mahony C., *Evolutive Interpretation of Rights Provisions: A Comparison of the European Court of Human Rights and the U.S. Supreme Court*, „Columbia Human Rights Law Review” 2013, nr 44, s. 309–365.
- Finnis J., *Human Rights and Common Good. Collected Essays*, t. 3, Oxford–New York 2011.
- Gade G., Thiele Ch., *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft: Zwei namensverschiedene Rechtsinstitute gleichen Inhalts? – 10 Jahre Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, „Die Öffentliche Verwaltung”, 2013, nr 4, s. 142–151.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford 1994.
- Hecker W., „Ehe für alle” – *Zur aktuellen Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs und der Rechtslage in Deutschland*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 2018, nr 9, s. 621–624.
- Hecker W., *Ehe für alle – Ende des Streits über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung*, „Neue Juristische Online-Zeitschrift”, 2018, nr 18, s. 641–643.
- Hillgruber Ch., *Anmerkung zu BVerfG*, 1 BvR 1164/07 vom 7.7.2009, „Juristenzeitung”, 2010, nr 1, s. 37–44.
- Hofmann H., [Art. 6 GG] (w:) B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, H.-G. Henneke (red.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2017.
- Ipsen J., *Ehe und Familie* (w:) J. Isensee, P. Kirchhof (wyd.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 7: *Freiheitsrechte*, Heidelberg 2009, s. 431–476.
- Rixen S., *Das Ende der Ehe? – Neukonturierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts*, „Juristenzeitung” 2013, nr 18, s. 864–873.
- Rüthers B., *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen 2016.
- Safjan M., *Wprowadzenie* (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP*, t. 1: *Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, nb. 1–113.
- Schmidt Ch., „Ehe für alle” – *Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch?* „Neue Juristische Wochenschrift” 2017, nr 31, s. 2225–2228.
- Seiler Ch., [Art. 6 Abs. 1] (w:) W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter (red.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, aktualizacja lipiec 2014, s. 1–162.
- Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 4/1, München 2006.
- Walter T., *Das Grundgesetz ist nicht homophob*, Spiegel Online, 4 lipca 2017, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/ehe-fuer-alle-das-grundgesetz-ist-nicht-homophob-gastbeitrag-a-1155700.html> (dostęp: 15 lipca 2018 r.).
- Wasmuth J., *Ende einer langen staatlichen Diskriminierung: Die Erweiterung des Ehebegriffs auf gleichgeschlechtlich orientierte Personen*, „Neue Justiz” 2017, nr 19, s. 353–360.
- Wollenschläger F., *Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, 22 stycznia 2018 r., <https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachten-ehe-fuer-alle-prof.-wollenschlaeger-1.pdf> (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Akty normatywne oraz materiały z prac legislacyjnych (chronologicznie)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Bundesgesetzblatt z 23 maja 1949 r., cz. 1, s. 1.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.).

Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG), Deutscher Bundestag, druk nr 14/3751 z 4 lipca 2000 r.

Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften. Vom 16. Februar 2001, Bundesgesetzblatt z 22 lutego 2001 r., cz. 1, s. 266.

Entwurf eines Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, Deutscher Bundestag, druk nr 15/3445 z 29 czerwca 2004 r.

Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts. Vom 15. Dezember 2004, Bundesgesetzblatt z 20 grudnia 2004 r., cz. I, s. 3396.

Ipsen J., *Der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG. Gutachtliche Stellungnahme zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 17 września 2015 r., s. 1–10, <https://www.bundestag.de/blob/388314/658b499551362c677fd0f340529ed9/ipsen-data.pdf>, (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Brosius-Gersdorf F., *Schriftliche Stellungnahme zu der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015*, 24 września 2015, s. 1–13, https://www.bundestag.de/blob/389170/0f4dca827f7a9226ec0419093c33dd8c/brosius_gersdorf-data.pdf (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Wortprotokoll der 68. Sitzung. Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz. Berlin, den 28. September 2015 [Protokół 68. posiedzenia Komisji prawnej i ochrony konsumentów z 28 września 2015 r.], <https://www.bundestag.de/blob/401100/2abf98cc60216588674f75e52d8aa4e0/wortprotokoll-data.pdf> (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Bruns M., [Stanowisko przed komisją prawną Bundestag], 28 września 2015 r., s. 1–26, <https://www.bundestag.de/blob/385490/75e885af41b4aa8f1b9ed84c44275840/bruns-data.pdf> (dostęp: 15 lipca 2018 r.).

Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), Deutscher Bundestag, druk nr 18/5901 z 1 października 2015 r.

Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, Deutscher Bundestag, druk nr 18/6665 z 11 listopada 2015 r.

Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner. Vom 20. November 2015, Bundesgesetzblatt z 25 listopada 2015 r., cz. 1, s. 2010.

Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts. Vom 20. Juli 2017, Bundesgesetzblatt z 28 lipca 2017 r., cz. 1, s. 2787.

Orzecznictwo

Orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (*das Bundesverfassungsgericht*)

Wyrok z dnia 17 stycznia 1957 r., BVerfGE 6, 55.

Wyrok z dnia 29 stycznia 1969 r., BVerfGE 25, 167.

Postanowienie z dnia 4 października 1993 r., 1 BvR 640/93.

Wyrok z dnia 17 lipca 2002 r., BVerfGE 105, 313.

Wyrok z dnia 7 lipca 2009 r., BVerfGE 124, 199.

Wyrok z dnia 21 lipca 2010 r., BVerfGE 126, 400.

Wyrok z dnia 19 czerwca 2012 r., BVerfGE 131, 239.

Wyrok z dnia 19 lutego 2013 r., BVerfGE 133, 59.

Wyrok z dnia 7 maja 2013 r., BVerfGE 133, 377.

Orzeczenia austriackiego Trybunału Konstytucyjnego (*der Verfassungsgerichtshof*)

Wyrok z dnia 12 grudnia 2003 r., sygn. akt B777/03.

Wyrok z dnia 4 grudnia 2017 r., sygn. akt G258/2017.

Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Wyrok z dnia 17 października 1986 r. w sprawie *Rees v. the United Kingdom*, skarga nr 9532/81.

Wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf p. Austrii*, skarga nr 30141/04.

Wyrok Wielkiej Izby z dnia 16 lipca 2014 r. w sprawie *Hämäläinen p. Finlandii*, skarga nr 37359/09.

Orzeczenia Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (*the Supreme Court of the United States*)

Wyrok z dnia 9 lutego 1953 r., w sprawie *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443.

Wyrok z dnia 26 czerwca 2015 r. w sprawie *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015).