



ORZECZNICTWO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO ZBIÓR URZĘDOWY

Seria A

Warszawa, dnia 1 października 2021 r.

Pozycja 51

POSTANOWIENIE z dnia 1 lipca 2021 r. Sygn. akt SK 15/17

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Michał Warciński – przewodniczący
Krystyna Pawłowicz – sprawozdawca
Bartłomiej Sochański
Jakub Stelina
Andrzej Zielonacki,

po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 1 lipca 2021 r., skargi konstytucyjnej G.A.L. i K.M.Ł. o zbadanie zgodności:

art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 2082, ze zm.) w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

p o s t a n a w i a:

umorzyć postępowanie.

Orzeczenie zapadło większością głosów.

UZASADNIENIE

I

1. W skardze konstytucyjnej z 21 marca 2017 r., wniesionej do Trybunału Konstytucyjnego 22 marca 2017 r. (data nadania) G.A.L. oraz K.M.Ł. (dalej: skarżący) wnieśli o stwierdzenie niezgodności art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 2082, ze zm.; obecnie: Dz. U. z 2020 r. poz. 1359, ze zm.; dalej: k.r.o.) w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji.

Skargę konstytucyjną wniesiono na tle poniżej opisanego stanu faktycznego:

Skarżący, zamierzając wstąpić w związek małżeński, udali się do urzędu stanu cywilnego (dalej: USC) w celu złożenia zapewnień, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie tego małżeństwa. Zgodnie bowiem z art. 76 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 2064; obecnie: Dz. U. z 2021 r. poz. 709; dalej: p.a.s.c.): „Osoba zamierzająca zawrzeć małżeństwo osobiście przedstawia dokument tożsamości wybranemu kierownikowi urzędu stanu cywilnego albo konsulowi, albo kierownikowi urzędu stanu cywilnego, który ma wydać zaświadczenie, o którym mowa w art. 4¹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, oraz składa: 1) pisemne zapewnienie, że nie wie o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie małżeństwa, zwane dalej «zapewnieniem»”. Natomiast zgodnie z art. 4 k.r.o.: „Małżeństwo przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego nie może być zawarte przed upływem miesiąca od dnia, kiedy osoby, które zamierzają je zawrzeć, złożyły kierownikowi urzędu stanu cywilnego pisemne zapewnienie, że nie wiedzą o istnieniu okoliczności wyłączających zawarcie tego małżeństwa. Jednakże kierownik urzędu stanu cywilnego może zezwolić na zawarcie małżeństwa przed upływem tego terminu, jeżeli przemawiają za tym ważne względy”.

Kierownik USC odmówił przyjęcia oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, powołując się na wymóg wystąpienia różnicy płci nupturientów, wynikający z art. 18 Konstytucji oraz art. 1 § 1 k.r.o.

Po otrzymaniu zawiadomień o odmowie przyjęcia oświadczeń, skarżący G.A.L. oraz skarżący K.M.Ł. oddzielnie wystąpili, na podstawie art. 89 ust. 2 p.a.s.c., do właściwego sądu rejonowego z wnioskiem o wydanie rozstrzygnięcia, że przyczyny odmowy przyjęcia przez Kierownika USC oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński są bezzasadne. W uzasadnieniu swoich stanowisk obaj skarżący zakwestionowali sposób wykładni art. 18 Konstytucji przyjęty przez kierownika USC. Argumentowali, że art. 18 Konstytucji nie wyklucza możliwości zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, lecz jedynie wskazuje, że małżeństwo kobiety i mężczyzny korzysta ze szczególnej ochrony. Zdaniem skarżących, wykładnia art. 18 Konstytucji powinna uwzględniać także treść art. 47 Konstytucji. W ocenie skarżących, pary jednopłciowe zasługują na taką samą jak pary heteroseksualne ochronę ich życia rodzinnego, którego jednym z aspektów jest możliwość zawarcia małżeństwa. Zdaniem skarżących, również art. 1 § 1 k.r.o. nie powinien stanowić przeszkody dla możliwości przyjęcia zapewnień od skarżących, ponieważ przepis ten konkretyzuje tylko jeden z wariantów zawierania związku małżeńskiego. Skarżący wskazali również, że przyczyny odmowy przyjęcia oświadczeń są sprzeczne z art. 8 ust. 1 w związku z art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.; dalej: konwencja). Skarżący odwoływali się również do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Sąd rejonowy oddalił wnioski skarżących, uznając jednocześnie, że przyczyny odmowy wskazane przez kierownika USC w sprawie przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński skarżącego G.A.L. oraz skarżącego K.M.Ł. uzasadniają odmowę dokonania czynności. W uzasadnieniu sąd rejonowy wskazał na treść art. 1 § 1 i art. 5 k.r.o. oraz art. 18 Konstytucji. Legalna definicja małżeństwa wyrażona w art. 18 Konstytucji nie pozostawia wątpliwości, że małżeństwem jest związek zawarty pomiędzy kobietą i mężczyzną.

W apelacjach złożonych od postanowienia sądu rejonowego skarżący podnieśli zarzuty naruszenia: 1) przepisów prawa materialnego art. 1 § 1 k.r.o. w związku z art. 18 Konstytucji przez przyjęcie, iż przepisy prawa stoją na przeszkodzie uznania prawa do zawarcia związku małżeńskiego przez dwie osoby tej samej płci, podczas gdy norma konstytucyjna stanowi wyraźną gwarancję ochrony życia rodzinnego również dla osób nieheteroseksualnych, a przez to nakłada na organy władzy publicznej, w tym władzy sądowniczej, obowiązek wypełnienia luki prawnej polegającej na braku regulacji prawnej jednoznacznie zezwalającej

osobom tej samej płci na zawieranie małżeństw poprzez stosowanie w drodze analogii przepisów zezwalających na zawieranie małżeństw osobom różnej płci; 2) przepisów prawa materialnego art. 1 § 1 k.r.o. w związku z art. 47 Konstytucji przez odmowę uznania, iż instytucja małżeństwa może mieć zastosowanie do sytuacji, w której dwie osoby tej samej płci chcą zawrzeć związek małżeński, a więc skarżący zostali pozbawieni gwarantowanego w Konstytucji prawa do ochrony życia rodzinnego, podczas gdy instytucja ta powinna być dostępna w drodze *analogiae legis* również do zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci z uwagi na konstytucyjne gwarancje ochrony życia rodzinnego również osób żyjących w związkach jednopłciowych, który to przepis konstytucyjny nakłada na organy władzy publicznej, w tym władzy sądowniczej, obowiązek wypełnienia luki prawnej polegającej na braku regulacji prawnej jednoznacznie zezwalającej osobom tej samej płci na zawieranie małżeństw przez stosowanie w drodze analogii przepisów zezwalających na zawieranie małżeństw osobom różnej płci; 3) przepisów prawa materialnego art. 1 § 1 k.r.o. w związku z art. 32 Konstytucji poprzez odmowę uznania, że na gruncie art. 18 i art. 47 Konstytucji osoby nieheteroseksualne mają prawo do ochrony życia rodzinnego w formie zinstytucjonalizowanej w formie małżeństwa, podczas gdy przepis ten ustanawia zakaz dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny, którą również nie może być orientacja seksualna; 4) przepisów prawa materialnego art. 1 § 1 k.r.o. w związku z art. 8, w związku z art. 14 konwencji przez nieuwzględnienie zasad wpływających ze wskazanych przepisów konwencji podczas wydawania orzeczenia.

Sąd okręgowy oddalił apelację skarżącego G.A.L. oraz skarżącego K.M.Ł., wskazując że nie podziela zarzutów apelacji, ponieważ art. 18 Konstytucji jednoznacznie określa, że tylko związek kobiety i mężczyzny jest małżeństwem. Powołując się na wyrok TK z 9 listopada 2010 r., sygn. SK 10/08, sąd okręgowy akceptująco przytoczył pogląd, że „jedyny element normatywny, dający się odkodować z art. 18 Konstytucji, to ustalenie zasady heteroseksualności małżeństwa”. W odniesieniu do art. 1 § 1 k.r.o. sąd drugiej instancji wskazał, że norma wynikająca z tego przepisu jednoznacznie stanowi, iż małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta złożą oświadczenia woli, że wступują ze sobą w związek małżeński, co wyklucza możliwość zawierania związku małżeńskiego przez osoby tej samej płci. Obowiązku państwa do przyznania osobom tej samej płci możliwości zawarcia małżeństwa nie można wywodzić z art. 32 i art. 47 Konstytucji. Obowiązku takiego nie można również wywodzić z art. 8 konwencji.

Postanowienie sądu okręgowego oddalającego apelację zostało doręczone wraz z pisemnym uzasadnieniem pełnomocnikowi skarżących 22 grudnia 2016 r. Skarżący nie wnieśli nadzwyczajnego środka zaskarżenia od prawomocnego postanowienia.

2. Skarżący zarzucili, że w wyniku zastosowania art. 1 § 1 k.r.o. przez kierownika USC, a następnie przez sąd rejonowy i sąd okręgowy w ich sprawie, doszło do naruszenia praw gwarantowanych przez art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji. Naruszenie polega na nieproporcjonalnym ograniczeniu prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz prawa do decydowania o swoim życiu osobistym. Zdaniem skarżących, doszło także do naruszenia prawa do równego traktowania przez organy publiczne, zakazu dyskryminacji w życiu społecznym z jakiegokolwiek przyczyny oraz naruszenia godności skarżących. Skarżący, powołując się na doktrynę prawną, przedstawili pogląd, że art. 18 Konstytucji nie zawiera definicji małżeństwa, gdyż nie określa konstrukcyjnych cech tej instytucji. Przepis ten, zdaniem skarżących, nie przewiduje zakazu zawierania małżeństw bądź ustanowienia innych instytucjonalnych gwarancji dla związków tworzonych przez osoby tej samej płci.

Zdaniem skarżących, brak jednoznacznej regulacji zezwalającej na zawarcie związku małżeńskiego bądź też innego zinstytucjonalizowanego związku pomiędzy osobami tej samej płci, z jednoczesnym zagwarantowaniem osobom pozostającym w trwałych związkach jedno-

płciowych szeregu uprawnień w rozproszonych przepisach prawa, należy odczytywać jako pominięcie prawodawcze, podlegające kognicji TK, nie zaś jako – niepodlegające kognicji TK – zaniechanie prawodawcze. W ocenie skarżących, jest to sytuacja, w której w systemie prawnym brakuje określonego unormowania, niezbędnego dla ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki, a zatem jest to pominięcie prawodawcze.

Skarżący podnoszą, że normą prawną, która nie znajduje zastosowania do ich sytuacji prawnej, jest wskazany w *petitum* skargi art. 1 § 1 k.r.o. stanowiący, że jedną z przesłanek zawarcia małżeństwa jest różna płeć nupturientów. Zdaniem skarżących, ta norma ustawowa, określająca przesłanki dopuszczalności zawarcia małżeństwa, ma zbyt wąski zakres, ponieważ nie obejmuje nupturientów tej samej płci. Taka treść normy, uniemożliwiająca osobom pozostającym w związkach jednopłciowych zawarcie związku małżeńskiego bądź też w innej formie instytucjonalizację ich związku, stanowi źródło nieproporcjonalnego naruszenia przysługującego tym osobom prawa do poszanowania życia prywatnego, rodzinnego i decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji) w związku z naruszeniem zasady równości i zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji) oraz narusza godność człowieka (art. 30 Konstytucji).

Uzasadniając zarzut niezgodności art. 1 § 1 k.r.o. z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji, skarżący wskazali na nieproporcjonalność ograniczenia prawa do poszanowania życia prywatnego, życia rodzinnego i prawa do decydowania o swoim życiu osobistym przez osoby pozostające w trwałych związkach z osobami tej samej płci. Zdaniem skarżących, zawarcie małżeństwa jest realizacją wolności każdego człowieka do decydowania o życiu osobistym i emanacją prawa do prywatności oraz życia rodzinnego, które Konstytucja gwarantuje każdemu, bez względu na orientację seksualną. Prawo do zawarcia małżeństwa, a co najmniej innej formy instytucjonalizacji prawnej związku osób tej samej płci, na przykład w formie związku partnerskiego, pozostaje – w przekonaniu skarżących – pod ochroną art. 47 Konstytucji. Z przepisu tego skarżący wywodzą obowiązek władz publicznych do zapewnienia efektywnej ochrony ich praw w postaci wprowadzenia możliwości zawarcia małżeństwa lub co najmniej innego zinstytucjonalizowanego związku. Zdaniem skarżących, norma wyrażona w art. 1 § 1 k.r.o. jest sprzeczna z zasadą równości w prawie, ponieważ osoby pozostające w trwałych związkach z osobami tej samej płci pozbawione są możliwości zawarcia małżeństwa, podczas gdy osobom w trwałych związkach z osobami płci odmiennej prawo takie przysługuje. Zatem osoby pozostające w trwałych związkach z osobami tej samej płci są traktowane odmiennie od osób pozostających w związkach z osobami odmiennej płci, chociaż – jak podkreślają skarżący – w wypadku małżeństw bądź trwałych związków osób tej samej i różnej płci można mówić o jakościowej tożsamości obu relacji. Pomiedzy związkami osób tej samej i różnej płci zachodzi pełne podobieństwo, a zarazem te podobne związki traktowane są odmiennie przez ustawodawcę. W tej sytuacji przesłanką nierównego traktowania podmiotów podobnych jest wyłącznie orientacja seksualna osób tworzących dany związek.

Uzasadniając zarzut niezgodności art. 1 § 1 k.r.o. z art. 30 Konstytucji, skarżący podnieśli, że art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, narusza godność człowieka, pozostającą pod ochroną art. 30 Konstytucji. W przekonaniu skarżących, istnienie określonych prawnych, instytucjonalnych gwarancji dla tworzonego przez parę jednopłciowe związku jest niezbędne dla poszanowania ich godności i podmiotowości w systemie prawnym. Natomiast brak możliwości zawarcia małżeństwa bądź skorzystania z innych systemowych, prawnych gwarancji dla związków osób tej samej płci rodzi u skarżących poczucie, że nie są pełnoprawnymi członkami społeczeństwa.

3. W postanowieniu z 20 czerwca 2017 r., sygn. Ts 69/17, Trybunał Konstytucyjny nadał skardze konstytucyjnej dalszy bieg.

4. Zarządzeniem z 4 lipca 2017 r. sprawę o sygn. SK 15/17 dołączono do sprawy o sygn. SK 12/17.

5. W piśmie z 31 lipca 2017 r. Rzecznik Praw Obywatelskich poinformował, że nie zgłasza udziału w postępowaniu.

6. Prokurator Generalny w piśmie z 9 sierpnia 2017 r. przedstawił następujące stanowisko w sprawie (łącznie ze sprawą o sygn. SK 12/17): 1) art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, jest zgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji; 2) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

W uzasadnieniu Prokurator Generalny podkreślił znaczenie art. 18 Konstytucji jako *lex generalis* w stosunku do szczegółowych zagadnień wyrażonych przez ustrojodawcę w innych przepisach Konstytucji regulujących relacje rodzinne. W przekonaniu Prokuratora Generalnego, art. 18 Konstytucji zawiera legalną definicję małżeństwa. Wynika z niej, że małżeństwo ma charakter heteroseksualny i monogamiczny. Wola ustrojodawcy co do takiego określenia małżeństwa została wyraźnie wyrażona na etapie prac legislacyjnych, a następnie potwierdzona jako wola Narodu w referendum konstytucyjnym. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego również przyjmuje się, że zgodnie z art. 18 Konstytucji, małżeństwem jest wyłącznie związek osób różnej płci. Prokurator Generalny stwierdził następnie, że art. 1 § 1 k.r.o. jest zgodny z art. 18 Konstytucji w zakresie rozumienia małżeństwa jako sformalizowanego związku kobiety i mężczyzny. Chociaż skarżący nie wskazali art. 18 Konstytucji jako wzorca kontroli, to – zdaniem Prokuratora Generalnego – dla oceny sformułowanego przez skarżących zarzutu konieczne jest odczytywanie Konstytucji w całości, a interpretacja jej przepisów nie może prowadzić do wewnętrznej sprzeczności. Do takiej sprzeczności z art. 18 Konstytucji prowadziłoby przyjęcie poglądu skarżących, że z art. 47, art. 32 i art. 30 Konstytucji wynika ich prawo do zawarcia małżeństwa jednopłciowego.

Wniosek o umorzenie postępowania w zakresie badania zgodności zaskarżonego przepisu ze wskazanymi wzorcami kontroli w zakresie, w jakim „co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci”, Prokurator Generalny uzasadnił, powołując się na formalne wymagania wobec przedmiotu skargi konstytucyjnej. W szczególności chodzi o wymóg zaistnienia merytorycznego związku pomiędzy treścią zakwestionowanej normy prawnej a podjętym na jej podstawie rozstrzygnięciem oraz zarzucanym temu rozstrzygnięciu naruszeniem praw lub wolności konstytucyjnych. Skarżący starali się zalegalizować ich związek jedynie w formie małżeństwa. Zatem art. 1 § 1 k.r.o. może podlegać badaniu jedynie w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci. Drugą przesłankę umorzenia we wskazanym zakresie Prokurator Generalny wywiodł z wykładni systemowej art. 1 § 1 k.r.o., stwierdzając, że wbrew twierdzeniom skarżących zarzut pominięcia prawodawczego jest nietrafny. Brak uregulowania w art. 1 § 1 k.r.o. materii dotyczącej związków partnerskich lub innych form instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci jest efektem decyzji prawodawcy i należy go traktować jako zaniechanie legislacyjne, którego ocena pozostaje poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego.

7. Marszałek Sejmu w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w piśmie z 1 marca 2018 r. zajął stanowisko w sprawie (łącznie ze sprawą o sygn. SK 12/17), wnosząc o umorzenie postępowania ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. W wypadku nieumorzenia postępowania w całości, Marszałek Sejmu wniósł o stwierdzenie, że art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim uniemożliwia zawarcie małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci oraz nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, jest zgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 32 ust. 1 i 2, a także z art. 30 Konstytucji.

Marszałek Sejmu podkreślił, że z zaskarżonego przepisu organy stosujące prawo, powołując się również na art. 18 Konstytucji, wyprowadziły normę, zgodnie z którą osoby tej samej płci nie mogą zawrzeć małżeństwa. Zdaniem Marszałka Sejmu, źródłem przeszkody uniemożliwiającej zawarcie związku małżeńskiego przez jednopłciowe pary jest sama Konstytucja. Źródłem normy prawnej, na podstawie której organy sądowe wydały ostateczne rozstrzygnięcie, była sama Konstytucja. Przepis ustawy powtarza natomiast treść regulacji konstytucyjnej, wkomponowując ją w procedurę zawarcia małżeństwa. Skoro źródłem prawnej niemożności zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci był art. 18 Konstytucji, to skarżący nie mogą kwestionować go w drodze skargi konstytucyjnej, niezależnie od tego, czy został on powtórzony przez normę ustawową, czy też nie. To oznaczałoby kwestionowanie konstytucyjności normy konstytucyjnej, co prawnie jest niedopuszczalne.

W odniesieniu do zakresowego ujęcia przedmiotu zaskarżenia Marszałek Sejmu uznał, że wbrew twierdzeniom skarżących, w niniejszej sprawie nie zaistniało pominięcie prawodawcze, lecz zarzut skarżących może być ewentualnie rozpatrywany w kategoriach zaniechania prawodawczego, które jednak nie podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Na wypadek nieumorzenia postępowania w całości, Marszałek Sejmu przedstawił również argumentację uzasadniającą zgodność art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim uniemożliwia zawarcie małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci oraz nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 i w związku z art. 32 ust. 1 i 2, a także z art. 30 Konstytucji.

8. Zarządzeniem Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z 5 sierpnia 2020 r. sprawa o sygn. SK 15/17 została wydzielona ze sprawy o sygn. SK 12/17.

II

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Zakres zaskarżenia w niniejszej sprawie.

1.1. W skardze konstytucyjnej z 21 marca 2017 r., wniesionej do Trybunału Konstytucyjnego 22 marca 2017 r. (data nadania), G.A.L. oraz K.M.Ł. (dalej: skarżący) wnieśli o stwierdzenie niezgodności art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2020 r. poz. 1359, ze zm.; dalej: k.r.o.) w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji.

Zdaniem skarżących, z zaskarżonego przepisu wywiedziona jest norma prawna, zgodnie z którą jedną z przesłanek zawarcia małżeństwa jest różna płeć nupturientów. Ta ustawowa norma ma – w przekonaniu skarżących – zbyt wąski zakres, poza którym pozostają nupturienti tej samej płci. Taka treść normy uniemożliwiająca osobom pozostającym w związkach jednopłciowych zawarcie związku małżeńskiego bądź też w innej formie instytucjonalizację

ich związku stanowi źródło nieproporcjonalnego naruszenia przysługującego tym osobom prawa do poszanowania życia prywatnego, rodzinnego i decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji) w związku z naruszeniem zasady równości i zakazu dyskryminacji (art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji) oraz narusza godność człowieka (art. 30 Konstytucji).

1.2. Zgodnie z art. 1 § 1 k.r.o.: „Małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wступują ze sobą w związek małżeński”.

1.3. Jako wzorce kontroli konstytucyjności zaskarżonego przepisu skarżący powołali: art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji. Zgodnie z art. 47 Konstytucji, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Warunki dopuszczalności ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw określa art. 31 ust. 3 Konstytucji. A zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji, wszyscy są wobec prawa równi, wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. W art. 32 ust. 2 Konstytucji przewidziany jest zakaz dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny. Ostatni z powołanych wzorców – art. 30 Konstytucji – stanowi, że przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych.

2. Ocena dopuszczalności merytorycznego rozpoznania skargi.

2.1. Wykorzystanie skargi konstytucyjnej jako instrumentu ochrony konstytucyjnych wolności i praw jednostek uzależnione jest od spełnienia przesłanek określonych w Konstytucji (art. 79 ust. 1) oraz w ustawie z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: u.o.t.p.TK).

Skarga konstytucyjna podlega wstępnemu rozpoznaniu, w ramach którego Trybunał bada, czy odpowiada ona warunkom formalnym oraz czy nie jest oczywiście bezzasadna. Zakończenie tego etapu formalnej weryfikacji skargi nie wyłącza jednak dalszej oceny warunków jej wniesienia, dokonywanej na kolejnym etapie postępowania. Postanowienie o nadaniu skardze dalszego biegu nie przesądza więc ostatecznie o dopuszczalności jej merytorycznego rozpatrzenia. Trybunał ma obowiązek ustalania na każdym etapie postępowania, czy merytoryczna ocena zarzutów określonych w badanej skardze konstytucyjnej jest w ogóle dopuszczalna (por. postanowienie TK z 18 grudnia 2019 r., sygn. SK 71/19, OTK ZU nr A/2020, poz. 2).

Trybunał, rozpoznając sprawę, nie jest związany stanowiskiem zajęтым w zarządzeniu lub postanowieniu zamykającym wstępne rozpoznanie (zob. m.in. postanowienia TK z: 30 czerwca 2008 r., sygn. SK 15/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 98; 11 września 2012 r., sygn. SK 19/12, OTK ZU nr 8/A/2012, poz. 98). Kontrolując istnienie pozytywnych oraz brak ujemnych przesłanek procesowych, Trybunał może także dojść do wniosków odmiennych niż te, które zostały uprzednio wyrażone w postanowieniu wydanym na etapie wstępnego rozpoznania konkretnej skargi konstytucyjnej (zob. np. postanowienie TK z 3 grudnia 2020 r., sygn. SK 27/17, OTK ZU nr A/2020, poz. 68).

Ujemne przesłanki postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – również w odniesieniu do spraw zainicjowanych wniesieniem skarg konstytucyjnych – określa art. 59 u.o.t.p.TK.

Przed przystąpieniem do merytorycznej oceny zarzutów sformułowanych przez skarżących w skardze konstytucyjnej rozpatrywanej w niniejszym postępowaniu, Trybunał Kon-

stytucyjny był zobowiązany – również na obecnym etapie postępowania – zbadać, czy nie zachodzą ujemne przesłanki rozpoznania tej skargi.

2.2. Skarżący zarzucili niezgodność ze wskazanymi wzorcami konstytucyjnymi art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci. Jednakże, jak ustalił Trybunał na podstawie dokumentacji sprawy, skarżący podjęli działania zmierzające do zawarcia małżeństwa, nie zaś uzyskania jakiegokolwiek innej formy instytucjonalizacji tworzonego przez nich związku. Ostateczna decyzja w sprawie skarżących – postanowienie sądu okręgowego oddalające apelację – odnosiła się do kwestii możliwości zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci. W sprawie skarżących nie miała zastosowania norma dotycząca jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, której pominięcie zarzucają art. 1 § 1 k.r.o.

Nie został zatem spełniony wymóg – przewidziany w art. 79 ust. 1 Konstytucji oraz art. 53 ust. 1 pkt 1 u.o.t.p.TK – zaistnienia merytorycznego związku pomiędzy treścią zakwestionowanej normy prawnej a podjętym na jej podstawie rozstrzygnięciem, a także zarzucanym temu rozstrzygnięciu naruszeniem praw lub wolności konstytucyjnych. Wobec tego Trybunał Konstytucyjny, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK umorzył postępowanie w odniesieniu do badania, czy art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim „co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci”, jest zgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2.3. W odniesieniu do zarzutu skarżących, że art. 1 § 1 k.r.o. w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, jest niezgodny z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3, w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny rozważył dopuszczalność merytorycznego rozstrzygnięcia, ustalając, czy wskazany zarzut dotyczy pominięcia prawodawczego, czy też zaniechania prawodawczego.

2.3.1. Skarżący utrzymują, że brak ustawowej regulacji prawnej umożliwiającej zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci należy odczytywać jako pominięcie prawodawcze, podlegające kognicji Trybunału Konstytucyjnego, nie zaś zaniechanie prawodawcze, które kognicji Trybunału nie podlega.

2.3.2. Punktem wyjścia rozstrzygnięcia tego zagadnienia jest odróżnienie pominięcia prawodawczego od zaniechania prawodawczego. Zgodnie z art. 188 Konstytucji, w kompetencjach Trybunału Konstytucyjnego jest orzekanie w zakresie oceny hierarchicznej zgodności aktów normatywnych. W ramach tej kontroli Trybunał dopuszcza ocenę aktu normatywnego z punktu widzenia tego, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej danym aktem regulacji, może ona budzić wątpliwości natury konstytucyjnej – pominięcie prawodawcze (w orzecznictwie TK określane też pominięciem „ustawodawczym” lub „legislacyjnym”). Natomiast Trybunał konsekwentnie przyjmuje, że jego kognicji nie podlega badanie zaniechania prawodawczego, stąd tak istotne jest odróżnienie w orzecznictwie Trybunału pominięcia od zaniechania (por. postanowienie TK z 17 lipca 2019 r., sygn. SK 6/19, OTK ZU A/2019, poz. 38).

Trybunał przypomina, że „[z]aniechanie [prawodawcze] polega na tym, że ustawodawca pozostawia określoną kwestię w całości poza uregulowaniem prawnym. Ponieważ polski model właściwości Trybunału Konstytucyjnego nie przewiduje orzekania o zaniechaniach ustawodawcy, choćby obowiązek wydania danego aktu wynikał z norm konstytucyjnych, nie ma możliwości wnoszenia takich spraw do Trybunału. Od zaniechania ustawodawczego należy natomiast odróżnić pominięcie legislacyjne, czyli sytuację, gdy ustawodawca unormował

jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie. Od dawna w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtował się pogląd, że w razie dokonania regulacji częściowej o niepełnym charakterze, możliwe jest zakwestionowanie jej zakresu, w szczególności rozważenia jej na tle zasady równości (zob. m.in. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K. 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52, a także liczne późniejsze orzeczenia, w tym np. wyroki: z 6 maja 1998 r., sygn. K. 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33; z 30 maja 2000 r., sygn. K. 37/98, OTK ZU nr 4/2000, poz. 112; z 24 października 2000 r., sygn. SK 7/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 256 oraz z 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216) – (wyrok TK z 22 lipca 2008 r., sygn. K 24/07, OTK ZU nr 6/A/2008, poz. 110).

W kompetencjach Trybunału Konstytucyjnego jest zatem ocena, czy w zaskarżonych przepisach nie brakuje unormowań, bez których, w związku z naturą objętej aktem regulacji, może ona budzić wątpliwości konstytucyjne. „Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z Konstytucją, powinien był unormować. Prowadzi to do wniosku, że o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać dla normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, o tyle – skoro decyzja taka zostanie już podjęta – regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych. (...) Trybunał Konstytucyjny uznał, że linia demarkacyjna oddzielająca sytuacje «zaniechania ustawodawczego» oraz «regulacji fragmentarycznej i niepełnej» związana jest z odpowiedzią na pytanie, czy istotnie w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo) materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem” (wyrok TK o sygn. K 24/07).

2.3.3. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie zwracał uwagę na to, że „[w] praktyce określenie granicy między zaniechaniem a pominięciem prawodawczym może budzić wątpliwości. W orzecznictwie Trybunału wypracowano kryteria pomocne w odróżnieniu tych przypadków. Trybunał bierze pod uwagę *ratio legis* kwestionowanego przepisu, które może wskazywać, czy zarzucany brak określonej regulacji nie stanowi zamierzonego działania ustawodawcy, chcącego pozostawić określone zagadnienie poza regulacją prawną (zob. postanowienie z 14 stycznia 2015 r., sygn. P 9/14, OTK ZU nr 1/A/2015, poz. 6 wraz z przytoczonym w nim orzecznictwem oraz piśmiennictwem). Wystąpienie pominięć prawodawczych jest bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych (zob. np. wyrok z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123).

Kolejne kryterium wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo) materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem. Przy ocenie podobieństwa konieczna jest ostrożność, gdyż zbyt pochopne upodobnienie materii grozi postawieniem zarzutu o wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym (zob. postanowienia z: 13 czerwca 2011 r., sygn. SK 41/09; 5 marca 2013 r., sygn. K 4/12, OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 30). Pominięcie prawodawcze może zatem występować wtedy, gdy materia pominięta w przepisie oraz materia w nim uregulowana są jakościowo tożsame albo bardzo do siebie zbliżone. «Kryterium to jest szczególnie widoczne na tle spraw, w których kwestionowanemu przepisowi zarzuca się naruszenie konstytucyjnej zasady równości (zob. wyrok z 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01)» – (zob. postanowienia 17 października 2018 r., sygn. SK 11/17, OTK ZU A/2018, poz. 61; 5 grudnia 2018 r., sygn. SK 25/17, OTK ZU A/2018, poz. 76).

Innym kryterium jest źródło skierowanego do ustawodawcy nakazu regulacji danej materii; nakaz ten powinien wynikać z Konstytucji (zob. postanowienie TK z 1 marca 2010 r.,

sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29). Pominięcie może być badane przez Trybunał – jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje «norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej» (postanowienie TK z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób (zob. postanowienie TK z 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123)” – (postanowienie TK o sygn. SK 6/19).

2.3.4. Trybunał Konstytucyjny, po dokonaniu oceny zarzutu stawianego zakwestionowanej w skardze konstytucyjnej regulacji zgodnie z kryteriami, które są pomocne w rozstrzygnięciu, czy mamy do czynienia z pominięciem, czy z zaniechaniem prawodawczym, doszedł do wniosku, że brak unormowania w art. 1 § 1 k.r.o. umożliwiającego zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci należy zakwalifikować jako zaniechanie prawodawcze.

Po pierwsze, art. 1 § 1 k.r.o. wskazuje jednoznacznie, że warunkiem zawarcia małżeństwa jest jednoczesna obecność mężczyzny i kobiety składających przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wступują ze sobą w związek małżeński. Zdaniem Trybunału, nie ma wątpliwości, że *ratio legis* art. 1 § 1 k.r.o. było jednoznaczne określenie dopuszczalności zawierania małżeństwa jedynie przez osoby odmiennej płci. Norma wynikająca z art. 1 § 1 k.r.o. jest zgodna z art. 18 Konstytucji, określającym małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny.

Trybunał przypomina, że „[w] myśl art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną prawną. Artykuł ten jest podstawą formułowania przez Trybunał konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia rodzinnego obejmującego w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa” (wyrok TK z 26 listopada 2013 r., sygn. P 33/12, OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 123). „Małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym RP odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji, określonych w art. 235 tego aktu. W żadnym wypadku, także ze względów formalnoprawnych, zmiana charakteru czy statusu małżeństwa w polskim systemie prawnokonstytucyjnym nie mogłaby przyjąć formy ratyfikowanej umowy międzynarodowej (nawet: ratyfikowanej w sposób kwalifikowany)” – (wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 49).

Po drugie, w odniesieniu do wskazanego wcześniej kryterium, zgodnie z którym nakaz uregulowania w ustawie danej kwestii powinien wynikać z Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że Konstytucja nie zawiera kierowanego do ustawodawcy nakazu, zobowiązującego do wprowadzenia regulacji umożliwiającej zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci. Z analizy przepisów Konstytucji wynika wniosek wręcz przeciwny: gdyby ustawodawca wprowadził regulację umożliwiającą zawieranie małżeństw jedнопłciowych, pozostawałoby to w sprzeczności z art. 18 Konstytucji, definiującym małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny.

Po trzecie, w odniesieniu do kryterium wymagającego odpowiedzi na pytanie, czy w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo) materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skarżący nie wykazali owej jakościowej tożsamości. W skardze konstytucyjnej ograniczyli się jedynie do stwierdzenia, że – ich zdaniem – „w przypadku małżeństw bądź trwałych związków osób tej samej i różnej płci można mówić o jakościowej tożsamości obu relacji. Pomiedzy związkami osób tej samej i różnej płci zachodzi pełne podobieństwo” (s. 29). Skarżący nie wyjaśnili jednak, na czym to „pełne podobieństwo” polega. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, nie zostało wykazane przez skarżących spełnienie kryterium zachodzenia jakościowej tożsamości materii unormowanych

w art. 1 § 1 k.r.o. i tych pozostawionych poza jego zakresem. Skarżący nie wykazali tożsamości materii, której brak zarzucają (tj. brak możliwości zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci), oraz materii uregulowanej w zakwestionowanym przepisie, przewidującym możliwość zawarcia małżeństwa przez mężczyznę i kobietę.

2.3.5. W konkluzji Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że skarżący domagają się w istocie kontroli zaniechania prawodawczego, a nie – jak utrzymują – kontroli pominięcia prawodawczego. Ponieważ kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie podlega badanie zaniechania prawodawczego, postępowanie należało umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Zaniechanie prawodawcze oznacza świadome i celowe pozostawienie przez ustawodawcę danej kwestii bez uregulowania prawnego. W niniejszej sprawie ustawodawca związany jest jednoznacznie brzmieniem art. 18 Konstytucji, definiującego małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Bez zmiany Konstytucji nie jest dopuszczalne wprowadzenie w ustawodawstwie zwykłym instytucji małżeństwa homoseksualnego.

Z tych względów Trybunał Konstytucyjny postanowił jak w sentencji.

Zdanie odrębne

sędziego TK Jakuba Steliny
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 1 lipca 2021 r., sygn. akt SK 15/17

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: uotpTK) zgłaszam zdanie odrębne do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 1 lipca 2021 r., sygn. SK 15/17.

1. Nie podzielam przedstawionego przez skład orzekający stanowiska o konieczności umorzenia postępowania w niniejszej sprawie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania stwierdził, że „skarżący domagają się w istocie kontroli zaniechania prawodawczego, a nie – jak utrzymują – kontroli pominięcia prawodawczego. Ponieważ kognicji Trybunału Konstytucyjnego nie podlega badanie zaniechania prawodawczego, postępowanie należało umorzyć na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 u.o.t.p.TK, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku”. Uważam, że w sprawie tej nie zachodzi przypadek tzw. zaniechania ustawodawczego, uzasadniający umorzenie postępowania. Nie przesądzając kierunku rozstrzygnięcia wyrażam pogląd, że sprawa powinna zostać merytorycznie rozpoznana przez Trybunał.

2. Uzasadnienie mojego stanowiska wymaga przybliżenia dwóch osobnych, jednak ściśle powiązanych ze sobą zagadnień. Pierwsze z nich dotyczy rozumienia pominięcia prawodawczego, drugie – sposobu zakończenia postępowania w sytuacji, kiedy podmiot inicjujący postępowanie, w niniejszym przypadku – skarżący, sformułował zarzut pominięcia, a w szczególności jakiego rodzaju orzeczeniem powinno się skończyć merytoryczne rozpoznanie takiej sprawy.

3. Jeśli chodzi o pierwsze zagadnienie za konieczne uznaję odwołanie się do dotychczasowego sposobu rozumienia przez TK zaniechań i pominięć ustawowych. Problematyka ta była stosunkowo często podejmowana w orzecznictwie trybunalskim. W tym miejscu ograni-

część się do przedstawienia poglądów wyrażonych w uzasadnieniu wyroku z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11 (OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119), który uważam za reprezentatywną wypowiedź Trybunału w omawianej materii. W wyroku tym Trybunał wyraził pogląd, że rozróżnienie zaniechania legislacyjnego (prawodawczego) i pominięcia prawodawczego „nie jest oparte na tak precyzyjnych kryteriach, by w praktyce nie mogły występować trudności z zakwalifikowaniem określonych sytuacji jako zaniechania albo pominięcia (patrz: postanowienie TK z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98; postanowienie TK z 29 listopada 2010 r., sygn. P 45/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 125; wyrok TK z 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90, oraz P. Tuleja, *Zaniechanie ustawodawcze*, [w:] *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne. Księga jubileuszowa Prof. dr hab. Mariana Grzybowskiego*, Kraków 2007, s. 397 i n.)”. Rozróżnienie to ma jednak kluczowe znaczenie z punktu widzenia praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, gdyż zaniechania prawodawcze – w odróżnieniu od pominięć prawodawczych – nie podlegają jego kognicji. Wyjaśniając zatem ich istotę TK stwierdził, że „zaniechanie prawodawcze występuje niespornie wtedy, gdy na podmiocie wyposażonym w kompetencje prawodawcze spoczywa obowiązek uregulowania jakiejś dziedziny spraw aktem normatywnym, a prawodawca obowiązku tego nie spełnia: nie stanowi norm regulujących jakąś dziedzinę spraw. Ze względu na to, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sąd konstytucyjny nie jest upoważniony do badania zaniechań prawodawczych, to z punktu widzenia jego kognicji obojętne jest, czy obowiązek wydania aktu wyznacza norma konstytucyjna (tak zazwyczaj w przypadku ustaw), czy jest on wyznaczony przez akt niższej rangi (tak zazwyczaj w przypadku aktów wykonawczych)”.

Uzupełniając powyższy wywód można stwierdzić, że w takim znaczeniu zaniechania prawodawcze podobne są do tzw. luk aksjologicznych, które polegają na świadomym braku uregulowania danej materii jako – w ocenie działającego *hic et nunc* ustawodawcy – prawnie indyferentnej. Różnica między zaniechaniem a luką aksjologiczną sprowadza się do tego, że w tym drugim przypadku w ogóle nie ma prawnego obowiązku regulacji. System prawny może zatem obyć się bez tej regulacji. Ustawodawca może jednak zmienić zdanie i uznać, że uregulowanie danej kwestii – dotąd indyferentnej prawnie – jest potrzebne, a zatem – pomimo braku konstytucyjnego obowiązku – celowym jest uchwalenie stosownych przepisów. Będą one na zasadach ogólnych podlegać kognicji Trybunału Konstytucyjnego.

Na marginesie niniejszych rozważań można poczynić oczywiste stwierdzenie, że zaniechania prawodawcze i luki aksjologiczne nie dotyczą materii, których regulacja prawna jest niedopuszczalna z punktu widzenia standardów konstytucyjnych. Innymi słowy w jednym i drugim przypadku może chodzić wyłącznie o materie dopuszczalne do regulacji na poziomie ustawowym (wydaje się przy tym, że tzw. luki aksjologiczne – ze względu na założenia konstytucyjne systemu źródeł prawa – nie dotyczą materii regulowanej aktami wykonawczymi).

Jak chodzi o pominięcie prawodawcze to w wyroku K 21/11 TK wyraził pogląd, że „zachodzi [ono] niespornie wtedy, gdy prawodawca w wydanym przez siebie akcie normatywnym przewidział jakąś czynność konwencjonalną, lecz pominął reguły jej dokonywania – wszystkie lub tylko niektóre – w następstwie czego czynności konwencjonalnej <ważnie> dokonać się nie da. Jest to typowa sytuacja określana mianem luki tetycznej (konstrukcyjnej): prawodawca w akcie normatywnym daje wyraz woli wykreowania określonej czynności konwencjonalnej, ale czyni to konstrukcyjnie wadliwie (...). Z przypadkiem pominięcia, który w praktyce nastrocza najwięcej trudności, mamy do czynienia wtedy, gdy w rozważanej regulacji prawnej nie uwzględniono pewnych podmiotów czy sytuacji, co może być konsekwencją nietrafnego doboru cech relewantnych, ze względu na które jakieś inne podmioty lub sytuacje zostały wyróżnione, albo wprowadzenia nieuzasadnionego zróżnicowania”. Oznacza to, że pominięcia „są związane na ogół z niezapewnieniem właściwej realizacji konstytucyj-

nych wolności lub praw przysługujących danej kategorii podmiotów”, a więc dana regulacja jest obciążona wadą dotyczącą materialnych rozwiązań przewidzianych w akcie normatywnym, a nie wadą dotyczącą formy danego aktu. Jak przyjmuje Trybunał „wada ta ma charakter konstytucyjny: ukształtowana przez prawodawcę regulacja nie odpowiada standardom konstytucyjnym. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada, bo np. narusza konstytucyjną zasadę równości, nie zawiera norm koniecznych do realizacji konstytucyjnych uprawnień, kompetencji czy obowiązków, jest obciążona luką tetyczną, uniemożliwiającą dokonanie niezbędnych z punktu widzenia Konstytucji czynności konwencjonalnych”.

W konkluzji Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 21/11 wyraził pogląd, że „uprawione jest twierdzenie, że z zaniechaniem prawodawczym związany jest całkowity brak ingerencji prawodawcy w system prawa wtedy, gdy jest on do tego zobowiązany przez wiążącą go normę prawną. Inaczej jest w przypadku pominięcia: prawodawca tworzy przepisy prawne, dając wyraz temu, że normuje pewną dziedzinę spraw, lecz czyni to z punktu widzenia Konstytucji wadliwie. Jest przy tym obojętne, czy jego aktywność legislacyjna podjęta jest w następstwie wykonania ciężącego na nim obowiązku uregulowania jakichś spraw, czy też uczynił użytek z kompetencji prawodawczej, ponieważ uznał to za celowe. Trybunał stwierdził bowiem, że <o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie unormować w drodze ustawowej, to skoro decyzja taka zostaje już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymogów konstytucyjnych> (wyrok TK z 24 września 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216)”.

3. Dotychczasowy dorobek Trybunału w przedmiocie zaniechań i pominięć prawodawczych, w szczególności poglądy wyrażone w wyroku K 21/11, które podzielałam, prowadzą do następujących wniosków. Z zacytowanej wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego wynika, że źródłem trudności w rozróżnianiu zaniechań i pominięć prawodawczych jest to, że w obu przypadkach mamy do czynienia z różnym stopniem braku regulacji. Jednak brak regulacji stanowi istotną przeszkodę dla Trybunału Konstytucyjnego w sprawowaniu kontroli konstytucyjności, zwłaszcza w kontekście przypisywanej mu roli tzw. negatywnego ustawodawcy. Bez wątplenia brak obowiązkowej regulacji (zaniechanie) narusza standard wynikający z ustawy zasadniczej, nie zmienia to jednak faktu, że nie jest możliwe wyeliminowanie z systemu prawnego zakwestionowanej normy, z tego powodu, że norma taka nie została ustanowiona (nie jest też możliwe wydanie wyroku zakresowego). Oczywiście zaniechanie możemy kwalifikować jako naruszenie przez ustawodawcę obowiązku konstytucyjnego, ale sankcjonowane za pomocą środków pozaprawnych (np. politycznych). W przypadku pominięcia sytuacja wygląda nieco inaczej. Utrwalone orzecznictwo trybunalskie wypracowało bowiem koncepcję tzw. wyroków interpretacyjnych, które mogą odnosić się także do brakujących części istniejących regulacji prawnych. Jeśli więc w pewnym uproszczeniu przyjmiemy, że zaniechanie ma miejsce, gdy prawodawca mimo nałożonego nań obowiązku w ogóle nie ustanowił norm prawnych w danym obszarze relacji społecznych, a pominięcie zaś dotyczy sytuacji, kiedy prawodawca wprowadził regulację niekompletną, to w konsekwencji otwieramy w ten sposób możliwość kontroli przez Trybunał Konstytucyjny.

Przyjmując hipotetyczny kształt brakującej regulacji, można stwierdzić, że w przypadku zaniechania byłyby to samodzielne (autonomiczne) przepisy (normy) prawne, natomiast w przypadku pominięcia chodziłoby o:

- brakujące elementy, które powinny wchodzić w skład obowiązujących norm, lub
- brakujące normy, które powinny wchodzić w skład wyznaczonej obowiązującym prawem instytucji prawnej albo zespołu norm ściśle ze sobą powiązanych.

Trybunał Konstytucyjny przy tej ocenie powinien być konsekwentny i kierować się precyzyjnymi przesłankami.. Brak jasnych reguł może prowadzić do tego, że TK będzie dowolnie dopuszczał określone sprawy do orzekania merytorycznego, a inne, podobne sprawy, umarzał.

4. Jak wynika z dotychczasowych rozważań, w tym przytoczonego wyżej fragmentu z uzasadnienia wyroku w sprawie K 21/11 („z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada”), przy badaniu pominięcia oceniamy ukształtowany w prawie pozytywnym model prawny danej instytucji. Oznacza to, że inaczej niż przy zaniechaniu prawodawczym, pominięcie może dotyczyć także materii objętej swobodą regulacyjną ustawodawcy a nie obowiązkiem konstytucyjnym, niemniej jednak muszą się one mieścić w standardach konstytucyjnych. Z tego powodu podlegają one kognicji TK także w zakresie brakujących, a koniecznych, jej elementów.

5. Na gruncie niniejszej sprawy nie ulega wątpliwości, że instytucja małżeństwa została w naszym prawie uregulowana w sposób kompleksowy, tzn. uwzględniający wszystkie zasadnicze elementy składające się na jej konstrukcję prawną. Przepisy rangi ustawowej (k.r.o.) określają podmioty, przesłanki i procedurę zawierania i ustania małżeństwa, jak również prawa i obowiązki małżonków. Stopień szczegółowości regulacji, jak również ukształtowanie poszczególnych elementów konstrukcyjnych instytucji małżeństwa wyznaczają jej prawny model. Zdaniem skarżących kodeks rodzinny i opiekuńczy w sposób nieuprawniony nie przewiduje zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. Jest to, ich zdaniem, pominięcie ustawodawcze, które oznacza naruszenie wskazanych przez nich wzorców kontroli konstytucyjności. Mamy tu zatem do czynienia z zarzutem co do zgodności konkretnych przepisów wyznaczających model prawny instytucji małżeństwa z określonymi standardami konstytucyjnymi.

Należy zauważyć, że w sprawie nie został powołany, jako wzorzec kontroli, art. 18 Konstytucji. Choć przepis ten, jak i kwestionowany art. 1 § 1 k.r.o. dotyczą podobnego przedmiotu – kwestii zawarcia małżeństwa, to jednak ocena konstytucyjności tego drugiego przepisu była w niniejszej sprawie dopuszczalna. Różnica semantyczna pomiędzy tymi przepisami – z jednej strony – oraz wykładnia art. 1 § 1 k.r.o. w powiązaniu z pozostałymi przepisami dotyczącymi zawarcia małżeństwa na poziomie ustawowym – z drugiej strony – uniemożliwiają uznanie kontrolowanego przepisu ustawy za proste powtórzenie regulacji konstytucyjnej. Uważam, że jako taki nie może być oceniany jako pominięcie (jak chcą skarżący) albo zaniechanie (jak uznał skład orzekający w niniejszej sprawie).

6. Moim zdaniem – co znalazło wyraz w zgłoszeniu niniejszego zdania odrębnego – wskazane wyżej okoliczności zobowiązują Trybunał Konstytucyjny do merytorycznego rozpoznania sprawy. W niniejszym postępowaniu Trybunał lakonicznie stwierdził, że skoro nie ma pominięcia to jest zaniechanie, a więc postępowanie powinno być umorzone. Stanowisko takie nie jest w moim przekonaniu uzasadnione. Uważam, że w razie istnienia ukształtowanego modelu określonej instytucji prawnej, obowiązującej normy prawnej lub zespołu obowiązujących norm prawnych, zadaniem Trybunału jest przeprowadzenie merytorycznej oceny trafności tego zarzutu. A zatem niniejsza sprawa powinna zostać rozpoznana merytorycznie.

Z uwagi na powyżej przedstawione okoliczności postanowiłem złożyć zdanie odrębne do postanowienia TK o sign. SK 15/17.

Zdanie odrębne
sędziego TK Andrzeja Zielonackiego
do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego
z 1 lipca 2021 r., sygn. akt SK 15/17

Na podstawie art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393) zgłaszam zdanie odrębne do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 1 lipca 2021 r. (sygn. SK 15/17) oraz do jego uzasadnienia.

Nie zgadzam się z większością składu orzekającego, że w niniejszej sprawie zachodziła podstawa do umorzenia postępowania. W mojej ocenie należało merytorycznie rozpoznać skargę konstytucyjną i wydać wyrok.

UZASADNIENIE

1. Przedmiotem sprawy o sygn. SK 15/17 było zbadanie, w wyniku rozpoznania skargi konstytucyjnej, zgodności art. 1 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 2082, ze zm.; obowiązujący tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 1359, ze zm.; dalej: k.r.o.) w zakresie, w jakim nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiegokolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci, z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny postanowił umorzyć postępowanie, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U. z 2019 r. poz. 2393; dalej: uotpTK).

2. Nie zgadzam się z takim rozstrzygnięciem. Moim zdaniem nie było podstaw do umorzenia postępowania, a Trybunał powinien był rozpoznać sprawę merytorycznie – i to w pełnym składzie – ze względu na charakter materii poruszanej w rozpatrywanej skardze.

3. Głównym argumentem przemawiającym – zdaniem większości składu orzekającego – za umorzeniem postępowania jest to, że „skarżący domagają się w istocie kontroli zaniechania prawodawczego, a nie – jak utrzymują – kontroli pominięcia prawodawczego” (cz. II pkt 2.3.5 akapit pierwszy uzasadnienia). Taką konkluzję wyciągnięto po przywołaniu wybranych poglądów z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie zaniechania i pominięcia prawodawczego (cz. II pkt 2.3.2 uzasadnienia) oraz postawieniu trzech ogólnych tez (cz. II pkt 2.3.4 akapity drugi, czwarty i piąty uzasadnienia).

4. Stanowisko o zaniechaniu prawodawczym uważam za nieuzasadnione, a ponadto jest ono niespójne z argumentacją przedstawioną w uzasadnieniu postanowienia (cz. II pkt 2.3.4 oraz pkt 2.3.5 akapit drugi).

4.1. W pierwszej kolejności konieczne jest odniesienie się do stwierdzenia, że „[z]aniechanie prawodawcze oznacza świadome i celowe pozostawienie przez ustawodawcę danej kwestii bez uregulowania prawnego. W niniejszej sprawie ustawodawca związany jest jednoznacznym brzmieniem art. 18 Konstytucji definiującym małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Bez zmiany Konstytucji nie jest dopuszczalne wprowadzenie w ustawo-

dawstwie zwykłym instytucji małżeństwa homoseksualnego” (cz. II pkt 2.3.5 akapit drugi uzasadnienia).

W przytoczonym cytacie zdanie drugie w sposób ewidentny jest sprzeczne w sensie logicznym i konstytucyjnym ze zdaniem pierwszym, albowiem jeżeli ustrojodawca przesądza jakąś kwestię w sposób kategoriyczny (jak ma to miejsce m.in. w art. 18 Konstytucji), to brak odnośnej regulacji na poziomie podkonstytucyjnym, która kolidowałaby z unormowaniem Konstytucji, nie może być traktowany jako zaniechanie ustawodawcy. Jest to po prostu powstrzymanie się od czynnego naruszenia ustawy zasadniczej, a więc zupełnie inna kategoria zachowania prawodawcy. Niemniej jednak skarżący nie zarzucili niezgodności art. 1 § 1 k.r.o. z art. 18 Konstytucji, lecz z normą wywiedzioną z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 ustawy zasadniczej – i do tak postawionego zarzutu należało się odnieść merytorycznie.

4.2. Odnośnie do tezy: „Zdaniem Trybunału, nie ma wątpliwości, że *ratio legis* art. 1 § 1 k.r.o. było jednoznaczne określenie dopuszczalności zawierania małżeństwa jedynie przez osoby odmiennej płci. Norma wynikająca z art. 1 § 1 k.r.o. jest zgodna z art. 18 Konstytucji, określającym małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny” (cz. II pkt 2.3.4 akapit drugi uzasadnienia) należy przypomnieć, iż w 1964 r. – kiedy uchwalano k.r.o. – obowiązywała Konstytucja lipcowa z 1952 r. (milcząca w ogóle na temat definicji małżeństwa), a homoseksualizm (abstrahując od jego ocen moralnych i religijnych) był ujęty w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych Światowej Organizacji Zdrowia z 1948 r. (ICD-6) oraz z 1955 r. (ICD-7) jako zaburzenie psychiczne; tak też było w klasyfikacjach z 1965 r. (ICD-8) oraz z 1975 r. (ICD-9); dopiero od klasyfikacji z 1990 r. (ICD-10) homoseksualizm nie jest kwalifikowany jako zaburzenie chorobowe. Tym samym trudno jest przypisywać ówczesnemu ustawodawcy intencje, których mieć nie mógł (zob.: *Projekt kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz przepisów wprowadzających kodeks rodzinny i opiekuńczy*, Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 1962, załączony do pisma Prezesa Rady Ministrów z 4 marca 1963 r., znak: RM.111-131-62/Pt, Sejm PRL III kad. – IV sesja, druki sejmowe nr 127 i 128; *Sprawozdanie stenograficzne z 26. posiedzenia Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w dniu 25 lutego 1964 r.*, Sejm PRL III kad. – VI sesja, Warszawa 1964, s. 8-104); innymi słowy, w latach sześćdziesiątych XX w. racjonalny ustawodawca nie miał nawet podstaw do rozważania małżeństw jednopłciowych w sytuacji, gdy orientacja homoseksualna była uznawana wyłącznie za jednostkę chorobową. Niemożliwe też było wówczas – co oczywiste – kierowanie się przez ustawodawcę wytycznymi Konstytucji z 1997 r.

4.3. Przechodząc do przywołanych przez większość składu orzekającego dwóch cytatów z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie małżeństwa (cz. II pkt 2.3.4 akapit trzeci uzasadnienia), wymaga podkreślenia, że wypowiedzi te dotyczyły spraw jakościowo odmiennych od niniejszej, tj. w których nie formułowano zarzutów w odniesieniu do regulacji wyłączającej osobom tej samej płci możliwość zawarcia związku małżeńskiego w Rzeczypospolitej Polskiej.

Przywołana teza z wyroku TK z 26 listopada 2013 r. o sygn. P 33/12 (OTK ZU nr 8/A/2013, poz. 123) – w brzmieniu: „W myśl art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną prawną. Artykuł ten jest podstawą formułowania przez Trybunał konstytucyjnego prawa do prawnej ochrony życia rodzinnego obejmującego w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa” – choć w pełni prawdziwa, stanowi jednak fragment większej całości (zob. cz. III

pkt 2 uzasadnienia tego orzeczenia). Odnosi się bowiem do kwestii filiacji w związku z przedmiotem rozpatrywanych wówczas dwóch pytań prawnych w sprawie zgodności:

a) art. 71 k.r.o. w zakresie, w jakim uznaje za niedopuszczalne zaprzeczenie ojcostwa po śmierci dziecka również wówczas, gdy powództwo w tej sprawie wytoczone zostało jeszcze za życia dziecka lub równocześnie z powództwem o ustalenie ojcostwa innej osoby,

b) art. 456 § 3 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, ze zm.) w zakresie, w jakim nakazuje umorzenie postępowania w sprawie o zaprzeczenie ojcostwa w razie śmierci dziecka również wówczas, gdy powództwo w tej sprawie wytoczone zostało jeszcze za życia dziecka lub równocześnie z powództwem o ustalenie ojcostwa innej osoby,

– z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 oraz w związku z art. 18 Konstytucji oraz z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.) i tak też powinna być interpretowana.

Również teza z wyroku pełnego składu TK z 11 maja 2005 r. o sygn. K 18/04 (OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 49) – w brzmieniu: „Małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym RP odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji, określonych w art. 235 tego aktu” – w pełni prawdziwa, stanowi fragment większej całości (zob. cz. III pkt 16 uzasadnienia tego orzeczenia). Odnosi się bowiem do zarzutu niezgodności art. 12 i art. 13 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 – zał. nr 2, t. II, s. 613, ze zm.; obecnie: art. 18 i art. 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) z art. 6 i art. 18 Konstytucji i tak też powinna być interpretowana.

4.4. W odniesieniu do twierdzeń zawartych w cz. II pkt 2.3.4 akapity czwarty i piąty uzasadnienia należy podnieść, że zarzut sformułowany przez skarżących względem art. 1 § 1 k.r.o. (wyłączenie osobom tej samej płci możliwości zawarcia związku małżeńskiego) – zwłaszcza, że w doktrynie istnieje spór co do konstytucyjnego pojęcia małżeństwa – mógł i powinien być zostać rozpoznany merytorycznie, albowiem:

– w wyroku pełnego składu z 24 października 2001 r. o sygn. SK 22/01 (OTK ZU nr 7/2001, poz. 216) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać dla normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych. Jednym z takich wymagań jest nakaz poszanowania zasady równości, oznaczający m.in. zakaz stanowienia regulacji, które dyskryminują lub w sposób nieuzasadniony uprzywilejowują poszczególne grupy adresatów. Jeżeli więc **przepis ustawy enumeruje sytuacje, do których ustawa ta może mieć zastosowanie, to tym samym wyklucza zastosowanie tej ustawy do sytuacji pozostałych. Tego typu rozstrzygnięcie ustawodawcy podlega kontroli Trybunału Konstytucyjnego z punktu widzenia poszanowania zasady równości, która – najogólniej rzecz biorąc – nakazuje, by sytuacje podobne były traktowane w sposób podobny** [podkr. wł. – A.Z.]” (cz. III pkt 2.B uzasadnienia);

– w wyroku z 15 grudnia 2020 r. o sygn. SK 12/20 (OTK ZU A/2021, poz. 2) Trybunał stwierdził, że „o dopuszczalności orzekania merytorycznego w sprawie zainicjowanej skargą konstytucyjną nie decyduje objętość jej uzasadnienia, lecz **zasadność (trafność) poruszonego przez skarżącego problemu** [podkr. wł. – A.Z.] (...). Trybunał Konstytucyjny jest zaś obowiązany samodzielnie uzasadnić określone rozstrzygnięcie, nie ograniczając się do weryfikacji stanowisk uczestników postępowania, co wynika z niekwestionowanej na gruncie naszej kultury prawnej zasady *iura novit curia* oraz normy wyrażonej w art. 69 ust. 1

uotpTK, nakazującej Trybunałowi w toku postępowania zbadać wszystkie istotne okoliczności w celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy” (cz. III pkt 2.2.2.3 uzasadnienia).

Ponadto wydanie wyroku w niniejszej sprawie przecięłoby ostatecznie spory co do rozumienia małżeństwa na poziomie konstytucyjnym, a tym samym miałoby walor stabilizujący dla obrotu prawnego. Jest to o tyle istotne, że w Stanach Zjednoczonych Ameryki było rozstrzygane podobne zagadnienie prawne – w wyroku z 26 lipca 2015 r. w połączonych sprawach *James Obergefell, et al., Petitioners, v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* (№ 14-556), *Valeria Tanaco, et al., Petitioners v. Bill Haslam, Governor of Tennessee, et al.* (№ 14-562), *April DeBoer, et al., Petitioners v. Rick Snyder, Governor of Michigan, et al.* (№ 14-571) oraz *Gregory Bourke, et al., Petitioners v. Steve Beshear, Governor of Kentucky* (№ 14-574) federalny Sąd Najwyższy, mimo że w przypadku stanów Michigan, Kentucky i Tennessee małżeństwo zdefiniowane jest w ich konstytucjach stanowych jako związek kobiety i mężczyzny, uznał większością głosów, iż na podstawie sekcji 1 XIV Poprawki do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (ang. „*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”) osoby tej samej płci mają prawo do zawierania ze sobą związków małżeńskich, a prawodawstwo stanowe w żadnej mierze nie może się temu sprzeciwiać (ang. „*[...] those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex. [...] The Court, in this decision, holds same-sex couples may exercise the fundamental right to marry in all States. It follows that the Court also must hold – and it now does hold – that there is no lawful basis for a State to refuse to recognize a lawful same-sex marriage performer in another State on the ground of its same-sex character*”). *Nota bene* nie sposób nie zauważyć tu pewnej analogii: jak w Stanach Zjednoczonych prawo do małżeństwa jedнопłciowego wywiedziono z konstytucyjnej gwarancji równej ochrony prawnej życia prywatnego i wolności osobistej, tak skarżący w niniejszej sprawie próbują to powtórzyć – świadomie odwołując się do niemal identycznej normy konstytucyjnej.

Nawet objęcie instytucji małżeństwa (rozumianego jako związek kobiety i mężczyzny) ochroną przez ustrojodawcę na poziomie ogólnopaństwowym (jak w Polsce oraz np. w Niemczech) nie przesądza jeszcze o niemożliwości takiego wyłożenia odnośnego przepisu ustawy zasadniczej, które występowałyby wbrew jego literalnemu (podstawowemu) brzmieniu.

Już podczas prac nad obowiązującą Konstytucją jeden z ekspertów Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego – prof. dr hab. Kazimierz Działocha (sędzia Trybunału Konstytucyjnego w latach 1985-1993), odnosząc się do art. 54 ust. 2 projektu (czyli obecnego art. 18 ustawy zasadniczej), uznał, iż treść normatywna proponowanej (i ostatecznie przyjętej) regulacji „sprowadza się do tego, że państwo otacza ochroną małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Tak rozumiane małżeństwo znajduje się pod ochroną państwa”, zaś „**dogmatyczna wykładnia ust. 2 nie wyklucza innego małżeństwa. Jeżeli małżeństwo rozumieć przede wszystkim jako kontrakt cywilny między dwiema osobami – kobietą i mężczyzną, to jednak inne małżeństwo nie jest wykluczone** [podkr. wł. – A.Z.]” („Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” 1995, t. 17, s. 34).

Po 2000 r., a więc już po wydaniu klasyfikacji z 1990 r. (ICD-10), około trzydziestu państw w różnej formie (legislacyjnej lub poprzez orzecznictwo sądowe) zalegalizowało małżeństwa lub inne formalne związki osób tej samej płci. Na tym tle w polskiej literaturze

prawnej zaczęto formułować poglądy, że Konstytucja – „stosownie” („dynamicznie”) interpretowana – nie sprzeciwia się instytucjonalizacji związków osób homoseksualnych (zob. np.: E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” nr 6/2013, s. 23 i n., których zdaniem art. 18 ustawy zasadniczej „nie wyklucza małżeństw o innej podmiotowej strukturze” i nie wynika z niego ani z jego umiejscowienia „żaden zakaz przyznawania prawnej ochrony związkom konkurencyjnym czy alternatywnym, zarówno na poziomie konstytucyjnym, jak i tym bardziej na poziomie ustaw zwykłych”; A. Jezusek, *Możliwość instytucjonalizacji związku osób tej samej płci w świetle art. 18 Konstytucji RP*, „Przegląd Sejmowy” nr 4/2015, s. 68 i n.; J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2013, s. 350 i n.; zob. także w odniesieniu do kwestii transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego, w których figurują osoby tej samej płci: M.A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11, s. 94-96; M.A. Zachariasiewicz, *Zawarcie małżeństwa w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne problemy. Opinia przygotowana dla Rzecznika Praw Obywatelskich*, mps., sierpień 2014, s. 19-20). Odnotować również należy stanowisko zajęte w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 8 stycznia 2019 r., sygn. akt IV SA/Wa 2618/18 (CBOSA), wedle którego „[z]godnie z art. 18 Konstytucji RP małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo pozostają pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem Sądu, zgodzić można się ze Skarżącymi, iż z powyższej zasady konstytucyjnej wynika nie tyle konstytucyjne rozumienie instytucji małżeństwa, co gwarancja objęcia szczególną ochroną i opieką państwa instytucji małżeństwa, ale tylko w założeniu, że chodzi o związek mężczyzny i kobiety. Z tego względu treść art. 18 Konstytucji nie mogłaby stanowić samoistnej przeszkody do dokonania transkrypcji zagranicznego aktu małżeństwa, gdyby w porządku krajowym instytucja małżeństwa jako związku osób tej samej płci była przewidziana. Powyższy przepis nie zabrania przy tym ustawodawcy, by ten mocą ustaw zwykłych zinstytucjonalizował status związków jednopłciowych lub też różnopłciowych, które z sobie wiadomych przyczyn nie chcą zawrzeć małżeństwa w jego tradycyjnym rozumieniu. Sąd zwraca jednak uwagę, że decydująca w tym zakresie jest wola ustawodawcy, który jako jedyny właściwy do tego podmiot jest uprawniony realizować postanowienia Konstytucji, stanowiąc w tym celu odpowiednie prawo w formie aktów niższego rzędu. Aktualnie jednak polski prawodawca nie zdecydował się na ustanowienie tego typu rozwiązań, trzymając się niejako pewnego granicznego minimum wyznaczonego treścią art. 18 Konstytucji RP [podkr. wł. – A.Z.], czego wyrazem są powoływane już wcześniej przepisy ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, jak również przepisy zawarte w dziale I Tytułu I Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego dotyczące zawarcia związku małżeńskiego na terytorium Polski, wyraźnie stanowiące, że aktualnie prawnie skutecznym małżeństwem na gruncie krajowego porządku prawnego jest wyłącznie związek kobiety i mężczyzny”.

Znamienny jest tutaj także przykład niemiecki. Zgodnie z art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, BGBl. Nr 1, S. 1) małżeństwo i rodzina znajdują się pod szczególną ochroną porządku państwowego (niem. „*Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*”).

Choć w wyroku z 17 lipca 2002 r., sygn. akt 1 BvF 1/01 i 1 BvF 2/01 (BVerfGE 105, S. 313) Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał, że wprowadzenie do niemieckiego porządku prawnego instytucji zarejestrowanych związków partnerskich dla osób tej samej płci nie narusza art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, albowiem nie podważa szczególnej ochrony małżeństwa, przeciwnie – jest to instytucja dla osób, które nie mogą zawrzeć związku małżeńskiego (niem. „*Die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft für*

gleichgeschlechtliche Paare verletzt Art. 6 Abs. 1 GG nicht. Der besondere Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG hindert den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich oder nahe kommen. Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können”), to już w wyroku z 7 lipca 2009 r., sygn. akt 1 BvR 1164/07 (BVerfGE 124, S. 199) stwierdził, że jeżeli uprzywilejowaniu małżeństwa towarzyszy gorsze traktowanie innych form pożycia, pomimo tego, iż są one porównywalne do małżeństwa pod względem regulowanych stanów faktycznych i celów regulacji, to wówczas samo wskazanie na obowiązek ochrony małżeństwa nie może usprawiedliwiać odmiennego traktowania związku partnerskiego względem małżeństwa, o którym mowa w art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej (niem. „*Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG eine solche Differenzierung nicht*”).

W oparciu o tę ewolucję rozumienia przepisu konstytucyjnego ustawodawca niemiecki zdecydował się na wprowadzenie małżeństw jedнопłciowych (zob. *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juni 2017*, BGBl. Nr. 52, S. 2787).

4.5. Reasumując, umorzenie postępowania w sprawie SK 15/17 jest – moim zdaniem – niedopuszczalnym uchYLENIEM się przez Trybunał Konstytucyjny od rozstrzygnięcia istotnego zagadnienia prawnego. Uważam, że należało wydać wyrok i orzec w przedmiocie zgodności art. 1 § 1 k.r.o. z art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji. Z uwagi jednak na to, że moje zdanie odrębne stanowi sprzeciw wobec niezasadnego umorzenia postępowania, poprzestałem na odniesieniu się wyłącznie do motywów, jakimi kierowała się większość składu orzekającego przy wydaniu tej decyzji procesowej.

Z powyższych przyczyn zdecydowałem się na zgłoszenie zdania odrębnego.