



Działając na podstawie art. 69 ust. 1 ustawy z 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (dalej: ustawa o TK)¹ Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris zwraca się z prośbą o wyrażenie zgody na udział w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie o sygn. SK 12/17 w charakterze przyjaciela sądu (*amicus curiae*). Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, możliwość przedkładania przez organizacje społeczne opinii prawnych w postępowaniu przed TK wynika z obowiązku wszechstronnego rozpatrzenia sprawy wyrażonego obecnie w przywołanym art. 69 ust. 1 ustawy o TK, a dawniej w art. 19 ustawy z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym².

W razie wyrażenia zgody, Instytut Ordo Iuris wnosi o:

- 1) dołączenie do akt sprawy załączonej opinii przyjaciela sądu;
- 2) rozpoznanie sprawy w pełnym składzie na podstawie art. 37 ust. 1 lit. e ustawy o TK, z uwagi na jej szczególną zawilżość związaną z istotnością zagadnienia prawnego konstytucyjnej dopuszczalności instytucjonalizacji związków jednopłciowych, która nie została jednoznacznie rozstrzygnięta w orzecnictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Uzasadnienie wniosku

Instytut Ordo Iuris dysponuje unikalną wiedzą ekspercką, która może okazać się przydatna dla wszechstronnego rozpatrzenia sprawy przez Trybunał Konstytucyjny. Instytut Ordo Iuris jest niezależnym, prawniczym think-tankiem, który lata swojej działalności zbudował międzynarodową renomę jednego z kluczowych ośrodków obrony kultury prawnej osadzonej w tożsamości cywilizacji europejskiej, wzniesionej na filarach greckiej filozofii, rzymskiego prawa i etyki chrześcijańskiej.

Do celów statutowych Instytutu Ordo Iuris należy m.in. działanie na rzecz praw człowieka (§7 pkt 1 statutu) oraz działanie na rzecz poszanowania małżeństwa, jako związku kobiety i mężczyzny, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa oraz promowanie rozwiązań prawnych służących ich ochronie (§7 pkt 3 statutu). Instytut realizuje te cele między innymi poprzez występowanie w charakterze przyjaciela sądu w postępowaniach przed takimi organami jak Sąd Najwyższy (np. w sprawie III CSK 307/13), Naczelny Sąd Administracyjny (np. w sprawie II

¹ Dz. U. z 2019 r. poz. 2393 ze zm.

² Dz. U. nr 102 poz. 643 ze zm. Zob. zwłaszcza wyrok TK z 17 lipca 2007 r., P 16/06. Zob. też inne orzeczenia, w których TK wielokrotnie dopuszczał opinie przyjaciela sądu składane przez organizacje pozarządowe – postanowienia z 5 czerwca 2013 r., SK 8/11 oraz z 26 kwietnia 2017 r., K 58/13; wyroki z: 6 listopada 2012 r., K 21/11 3 czerwca 2014 r., K 19/11; 9 marca 2016 r., K 47/15; 19 lipca 2016 r., Kp 3/15.

OSK 1330/17), Trybunał Konstytucyjny (w sprawie K 1/20) czy Europejski Trybunał Praw Człowieka (np. w sprawie *Andersen v. Polska, Maymulakhin i Markiv v. Ukraina, Mortier v. Belgia*). Instytut przekazywał swoje opinie także Komisji Weneckiej, Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy, Komisarzowi Praw Człowieka, Komisji Spraw Politycznych i Demokracji PACE czy Radzie Praw Człowieka ONZ. Instytut Ordo Iuris posiada także status konsultacyjny przy Radzie Gospodarczej i Społecznej Organizacji Narodów Zjednoczonych (ECOSOC) oraz organizacji akredytowanej przy Parlamencie Europejskim (zarejestrowanej pod numerem 206499215012-94).

Na wypadek szybkiego procedowania skargi konstytucyjnej w niniejszej sprawie, Instytut Ordo Iuris pozwala sobie od razu załączyć opinię przyjaciela sądu, jeszcze przed rozpatrzeniem niniejszego wniosku o zgodę na udział w postępowaniu.

adw. Rafał Dorosiński
Członek Zarządu

adw. Magdalena Majkowska
Członek Zarządu

Załączniki: 1. Opinia; 2. odpis z KRS

**Opinia Instytutu na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris
w sprawie toczącej się przed Trybunałem Konstytucyjnym pod sygn. SK 12/17**

1. Przedmiot zaskarżenia

W skardze konstytucyjnej z 29 grudnia 2016 r., sporządzonej przez pełnomocnika dwóch osób fizycznych zakwestionowano zgodność z Konstytucją art. 1 §1 ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: k.r.o.). Skarżące zarzuciły, że zakwestionowany przepis k.r.o. w zakresie, w jakim „nie umożliwia zawarcia małżeństwa przez dwie osoby tej samej płci, a co najmniej nie przewiduje jakiejkolwiek formy prawnej instytucjonalizacji związków tworzonych przez osoby tej samej płci”, jest niezgodny z art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 30 Konstytucji.

2. Uwagi wprowadzające

Instytut Ordo Iuris wnosi o uznanie, że art. 1 §1 k.r.o. jest:

- 1) **zgodny** z art. 47 konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji
- 2) **zgodny** z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji;
- 3) **zgodny** z art. 30 Konstytucji.

Instytutowi Ordo Iuris wiadome jest, że w serii orzeczeń dotyczących tego samego problemu co skarga konstytucyjna w niniejszej sprawie, Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku, uznając że brak unormowania w art. 1 § 1 k.r.o. umożliwiającego zawieranie małżeństw przez osoby tej samej płci należy zakwalifikować jako zaniechanie prawodawcze³. Przyjęcie takiego stanowiska wiąże się jednak z podwójnym ryzykiem. Po pierwsze, może ono zostać zinterpretowane jako przyzwolenie dla ustawodawcy dla wprowadzenia w przyszłości zawierania małżeństw przez osoby tej samej płci. Po drugie, uznanie braku regulacji małżeństw jedнопłciowych za zaniechanie prawodawcze pozostawia szeroko otwartą furtkę do rewizji tego poglądu w przyszłości – postanowienia umarzające TK nie mają bowiem waloru ostateczności i mocy powszechnie wiążącej, co oznacza że przyszłe składy orzekające Trybunału nie będą nimi związane. W przyszłości TK będzie mógł zatem nawet w pomniejszonym składzie 5 sędziów (właściwym dla oceny konstytucyjności ustaw) zmusić ustawodawcę do instytucjonalizacji związków jedнопłciowych, uznając że jej brak stanowi naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (jak stwierdził to już Europejski Trybunał Praw Człowieka⁴) oraz zasady równości (jak stwierdził to już Trybunał Konstytucyjny Austrii⁵). Nie ma przy tym znaczenia, że w uzasadnieniach niektórych z postanowień umarzających Trybunał wyraźnie stwierdził, że *gdyby ustawodawca wprowadził regulację umożliwiającą zawieranie małżeństw jedнопłciowych, pozostawałoby to w sprzeczności z art. 18 Konstytucji, definiującym małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny*.⁶ Poglądy TK wyrażone w uzasadnieniu nie mają bowiem mocy wiążącej.

W ocenie Instytutu Ordo Iuris **konieczne jest odstąpienie przez TK od poglądu wyrażonego w cytowanych postanowieniach i wydanie w pełnym składzie wyroku potwierdzającego konstytucyjność art. 1 §1 k.r.o.** Wyrok stwierdzający konstytucyjność art. 1 §1 k.r.o. będzie miał walor ostateczności z mocy art. 190 ust. 1 Konstytucji - zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny, ostateczność orzeczeń w aspekcie ich niewzruszalności uniemożliwia odstąpienie przez TK od dotychczasowego poglądu prawnego rozumianego jako wynik oceny zgodności norm w oparciu o takie same argumenty, które były roztrząsane przez TK we wcześniejszym postępowaniu⁷. **Wydanie tego wyroku w pełnym składzie spowoduje z kolei, że odstąpienie przez TK od wyrażonego w nim poglądu o konstytucyjności braku regulacji związków jedнопłciowych będzie możliwe jedynie w równorzędnym, czyli pełnym składzie.** Na marginesie warto odnotować, że stanowisko o konieczności wydania merytorycznego rozstrzygnięcia w pełnym składzie zajął także sędzia Andrzej Zielenacki w zdaniu odrębnym do postanowienia w sprawie SK 15/17.

3. Charakter braku regulacji instytucjonalizacji związków jedнопłciowych

³ Postanowienia TK z 1 lipca 2021 r., SK 15/17 i SK 4/19; 15 grudnia 2021 r., SK 13/17, SK 14/17 i SK 9/19.

⁴ Wyroki ETPC z 21 lipca 2015 r., *Oliari i inni v. Włochy* oraz z 17 stycznia 2023 r., *Fedotova i inni v. Rosja*

⁵ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Austrii z 5 grudnia 2017 r., nr G 258/2017.

⁶ Cyt. wyżej post. SK 15/17.

⁷ J. Podkowik, A. Mączyński, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, Legalis 2016, kom. do art. 190, Nb. 71.

W ocenie Instytutu Ordo Iuris brak regulacji związków jedнопłciowych w art. 1 §1 k.r.o. nie stanowi zaniechania prawodawczego. Ów brak regulacji można zakwalifikować na dwa inne, alternatywne sposoby.

Po pierwsze, można go zakwalifikować jako pominięcie prawodawcze, polegające na zawężeniu kręgu osób uprawnionych do zawarcia małżeństwa do par osób odmiennej płci. **Trzeba przy tym podkreślić, że samo uznanie braku określonej regulacji za pominięcie prawodawcze nie oznacza, iż badany przepis jest niekonstytucyjny – jak słusznie się wskazuje w doktrynie, pominięcie określonych treści w przepisie jest jedynie przesłanką ewentualnego stwierdzenia niekonstytucyjności normy prawnej, a nie przedmiotem kontroli samym w sobie⁸.**

W orzecznictwie TK wielokrotnie zajmowano się pominięciem, w którym prawodawca określił zbyt wąsko krąg uprawnionych, przyznając dane uprawnienie tylko niektórym podmiotom, a pomijając inne podmioty, które w świetle norm wyższego rzędu powinny być potraktowane tak samo. W tym rodzaju pominięcia chodzi zatem o zróżnicowanie sytuacji podmiotów podobnych. Przykładowo Trybunał uznał za pominięcie prawodawcze: przepis regulujący prawo do świadczeń z opieki społecznej z pominięciem osób, które osiągnęły pełnoletniość w specjalnych ośrodkach wychowawczych⁹; przepis uzależniający przyznanie świadczenia pielęgnacyjnego opiekunom niepełnosprawnych w zależności od wieku osoby, w jakim powstała jej niepełnosprawność¹⁰; przepis ograniczający pomoc finansową do matki, ojca lub opiekuna faktycznego dziecka, a nieprzyznający prawa do takiej pomocy innym osobom opiekującym się innym niż dziecko członkiem rodziny¹¹. Pod tym względem art. 1 §1 k.r.o. jest podobny do wymienionych przepisów, bo zawęża krąg podmiotów uprawnionych do zawarcia małżeństwa – z tą różnicą, że owo zawężenie nie tylko nie narusza norm konstytucyjnych, ale je realizuje.

Po drugie, alternatywnie **brak regulacji związków jedнопłciowych w art. 1 §1 k.r.o. można zakwalifikować jako wyraz określonego modelu małżeństwa, który nie jest ani zaniechaniem, ani pominięciem** – jak na to wskazywał sędzia Jakub Stelina w zdaniu odrębnym do postanowienia TK w sprawie SK 15/17, a także, jak się wydaje, sędzia Andrzej Zielonacki. Z tego punktu widzenia Trybunał Konstytucyjny może ocenić, czy instytucja prawa rodzinnego, jakim jest małżeństwo, zostało ukształtowane z poszanowaniem prawa do ochrony życia prywatnego i rodzinnego oraz zasady równości.

Niezależnie od tego, czy za trafne uzna się stanowisko pierwsze, czy drugie, w obu przypadkach Trybunał Konstytucyjny powinien wydać merytoryczne orzeczenie.

4. Art. 1 k.r.o. a art. 47 Konstytucji RP

⁸ J. Podkowik, *Charakter i skutki prawne wyroków stwierdzających niekonstytucyjność pominięcia prawodawczego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” nr 2/2017, s. 23.

⁹ Wyrok TK z 13 listopada 2007 r., P 42/06.

¹⁰ Wyrok TK z 21 października 2014 r., K 38/13.

¹¹ Wyrok TK z 10 marca 2015 r., P 38/12.

Przy ocenie braku regulacji związków jedнопłciowych w art. 1 k.r.o. należy przyjąć rozróżnienie między prawem do ochrony życia prywatnego a prawem do ochrony życia rodzinnego. Tradycyjnie życie rodzinne definiuje się jako więzi oparte na stosunku pokrewieństwa (rodzeństwo, rodzice, dziadkowie, dzieci itd.) lub powinowactwa (małżonek, jego krewni, dzieci adoptowane)¹². Same więzi emocjonalne, choćby trwałe i głębokie, jeśli nie wyrażają się w pokrewieństwie lub powinowactwie, powinny być kwalifikowane jako życie prywatne. Życie rodzinne jest zatem szczególną odmianą życia prywatnego. Prawo do poszanowania życia rodzinnego, jako dotyczące relacji szczególnie istotnych dla jednostki, chronione jest silniej niż prawo do poszanowania życia prywatnego¹³. Silniejsza ochrona przejawia się w szczególności w obowiązku utworzenia przez państwo możliwości sformalizowania relacji rodzinnej, który nie występuje w przypadku relacji stricte prywatnych (takich jak przyjaźń czy przelotna relacja seksualna).

Pojęcie życia rodzinnego w rozumieniu art. 47 Konstytucji należy interpretować systemowo, z uwzględnieniem innych przepisów odnoszących się do rodziny. Innymi słowy, konstytucyjną wizję rodziny można zrekonstruować w drodze analizy całokształtu przepisów Konstytucji, które odnoszą się do różnych aspektów funkcjonowania rodziny. Po pierwsze zatem, art. 18 Konstytucji obejmuje „ochroną i opieką” „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”, a także „rodzinę, macierzyństwo i rodzicielstwo” – pojęcie rodziny zostało więc wyraźnie powiązane z pojęciem małżeństwa, które zdefiniowano jako związek kobiety i mężczyzny, a także z pojęciem rodzicielstwa i macierzyństwa, a więc z płodzeniem potomstwa, do którego zdolny jest wyłącznie związek kobiety i mężczyzny. Co znamienne, art. 18 Konstytucji obejmuje „ochroną i opieką” wyłącznie różne formy życia rodzinnego (tj. więzi pokrewieństwa lub powinowactwa), natomiast nie odnosi się do żadnej formy życia prywatnego. Z tego punktu widzenia brak jest podstaw prawnych do uznania za życie rodzinne jakiegokolwiek formy życia prywatnego niewynikającej z pokrewieństwa lub powinowactwa. Użycie w art. 18 Konstytucji formuły „ochrony i opieki” wyraża intencję silniejszego zabezpieczenia relacji rodzinnych niż relacji stricte prywatnych, którym art. 47 Konstytucji gwarantuje jedynie „ochronę”. Po drugie, Konstytucja zawsze mówi o rodzinie w kontekście rodzicielstwa, mówiąc o prawach „rodziców” (art. 48 ust. 1, art. 53 ust. 3, art. 70 ust. 3), „dobru rodziny”, która ma prawo do szczególnej pomocy „zwłaszcza” gdy jest „wielodzietna” lub „niepełna” (art. 71 ust. 1) oraz prawie „matki” do szczególnej pomocy „przed i po urodzeniu dziecka” (art. 71 ust. 2). Wzmianka w art. 71 ust. 1 Konstytucji o „niepełnej rodzinie”, a w ust. 2 o „matce” wyraźnie sugeruje, że „pełną” rodziną w rozumieniu konstytucyjnym jest matka, ojciec i dziecko. Krótko mówiąc, z systemowej analizy Konstytucji jednoznacznie wynika, że rodziną jest wspólnota oparta na stabilnym związku kobiety i mężczyzny dążących do zostania rodzicami¹⁴. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do uznania, że Konstytucja za rodzinę uznaje również relacje

¹² P. Sarnecki, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2003, kom. do art. 47, uw. 6, s. 2.

¹³ M. Wild, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Legalis 2016, kom. do art. 47, Nb. 66.

¹⁴ Nie oznacza to oczywiście, że np. wdowa zajmująca się dzieckiem nie stanowi rodziny - stanowi rodzinę „niepełną” w rozumieniu art. 71 ust. 1 Konstytucji.

homoseksualne, które od rodziny odróżnia nie tylko brak odmienności płci, ale również niezdolność do prokreacji, a także – choć ta ostatnia kwestia jest mniej jednoznaczna – mniejsza stabilność związków.

Instytut Ordo Iuris świadom jest linii orzeczniczej ETPC zajmującej odmienne stanowisko, uznające trwałą i zaangażowaną więź emocjonalną – w tym homoseksualną - za formę życia rodzinnego¹⁵ – po pierwsze jednak, orzecznictwo strasburskie dotyczy wykładni art. 8 EKPC, a nie art. 47 Konstytucji RP, a więc nie ma bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie, a po drugie, wspomniana linia orzecznicza jest wysoce dyskusyjna z uwagi na jej niezgodność z rozumieniem życia rodzinnego wynikającym z art. 12 EKPC, art. 16 ust. 1 i 3 oraz art. 25 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ¹⁶.

To nie oznacza, że związkom jedнопłciowym nie przysługuje żadna ochrona prawna. Związek jedнопłciowy może jednak podlegać pewnej ochronie prawnej jako forma życia prywatnego. Konstytucyjna ochrona ogranicza się jednak do nieingerowania państwa w relacje homoseksualne (nieprzeszkadzanie w ich nawiązywaniu i przeżywaniu). Wykluczona jest natomiast „ochrona i opieka” relacji homoseksualnych w rozumieniu art. 18 Konstytucji, w sposób podobny do relacji między kobietą a mężczyzną. Zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny, art. 18 Konstytucji RP wyklucza możliwość ustanowienia alternatywnych wobec małżeństwa form instytucjonalizacji związku (niezależnie czy pomiędzy osobami tej samej, czy odmiennej płci), w tym również instytucjonalizacji związków jedнопłciowych¹⁷. Także w opinii Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego na temat projektu ustawy o umowie związku partnerskiego wskazano, że „instytucjonalizacja związku partnerskiego osób tej samej lub różnej płci pozostających we wspólnym pożyciu i przyznanie im większości (a tym bardziej wszystkich) przywilejów zastrzeżonych dla małżonków jest niedopuszczalna w świetle art. 18 Konstytucji”¹⁸.

Mniejszościowe, przeciwstawne stanowisko, wedle którego z przepisu tego wynika jedynie uprzywilejowany charakter małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, a nie wyklucza on możliwości stworzenia alternatywnej instytucji prawa rodzinnego o innej nazwie, przeinacza intencję ustrojodawcy¹⁹. Kierując się takim tokiem rozumowania, należałoby uznać, że art. 18 Konstytucji nie stoi również na przeszkodzie uregulowaniu w ustawodawstwie zwykłym

¹⁵ Zob. np. wyroki ETPC z 18 grudnia 1986 r., *Johnson v. Irlandia* oraz z 24 czerwca 2010 r., *Schalk i Kopf v. Austria*.

¹⁶ Zob. analizę Instytutu Ordo Iuris nt. wyroku Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Fedotova i inni v. Rosja*, dostępną na: https://ordoiuris.pl/sites/default/files/inline-files/Analiza_wyroku_Wielkiej_Izby_ETPC_ws_Fedotova_v_Rosja.pdf (21.2.2023).

¹⁷ A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, in: M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 83 i n.; Z. Strus, *Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra” nr 9/2014, s. 233 i n.; B. Banaszkiewicz, *„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” nr 3/2013, s. 620; W. Skrzydło, uwaga do art. 18, w: W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX 2013.

¹⁸ Opinia Biura Studiów i Analiz SN z 4 sierpnia 2011 r. o poselskim projekcie ustawy o umowie związku partnerskiego, druk sejmowy nr 4418/VI kadencja, s. 10.

¹⁹ E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, PiP nr 6/2013, s. 22.

związku poligamicznego czy nawet związku pomiędzy człowiekiem a zwierzęciem, byleby miały inną nazwę niż małżeństwo²⁰. Taka konkluzja zaś byłaby – delikatnie rzecz ujmując – trudna do zaakceptowania. Tym samym niedopuszczalność instytucjonalizacji związku jednopłciowego determinuje konstytucyjność przepisu ograniczającego możliwość zawarcia małżeństwa do par osób odmiennej płci.

Należy też zauważyć, że umiejscowienie art. 18 Konstytucji w rozdziale I zatytułowanym „Rzeczpospolita” powoduje, że małżeństwo i rodzina stają się fundamentalnymi instytucjami prawa ustrojowego, i jako takie zostają umieszczone w kontekście organizacji życia społecznego we właściwej hierarchii pomocniczości (rodzina – zrzeszenia/gospodarstwa rodzinne/samorządy/stowarzyszenia – gminy – powiaty – województwa – rząd). Na państwie ciąży zatem szczególnie obowiązek podejmowania pozytywnych działań na rzecz ochrony instytucji małżeństwa, w tym zwłaszcza poprzez zagwarantowanie poszanowania jego tożsamości. Obowiązek ochrony przez państwo życia rodzinnego wynikający z art. 47 Konstytucji nie może być interpretowany w sposób niweczący obowiązek ochrony przez państwo tożsamości małżeństwa wynikający z art. 18 Konstytucji.

Art. 1 §1 k.r.o. jest zatem zgodny z wyrażonym w art. 47 Konstytucji prawem do ochrony życia prywatnego i życia rodzinnego, ponieważ relacje homoseksualne nie stanowią życia rodzinnego w rozumieniu tego przepisu, a rezygnacja z instytucjonalizacji związków jednopłciowych stanowi realizację pozytywnego obowiązku państwa w zakresie ochrony tożsamości małżeństwa zagwarantowanej w art. 18 Konstytucji.

Sam Trybunał Konstytucyjny nie wypowiedział się jak dotąd w żadnym orzeczeniu merytorycznym wprost na temat dopuszczalności instytucjonalizacji związków jednopłciowych. Dotychczasowe wyroki dokonujące wykładni art. 18 Konstytucji ograniczały się do dość ogólnych stwierdzeń:

- Ochrona rodziny realizowana przez władze publiczne musi uwzględniać przyjętą w Konstytucji wizję rodziny jako trwałego związku mężczyzny i kobiety nakierowanego na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo (vide: art. 18 Konstytucji).²¹;

- 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).²²;

²⁰ Podobnie W. Borysiak, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Legalis 2016, kom. do art. 18, Nb 125.

²¹ Wyrok TK z 12 kwietnia 2011 r., SK 62/08.

²² Wyrok TK z 11 maja 2005 r., K 18/04.

-W myśl art. 18 Konstytucji małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną prawną. Wśród wartości chronionych w tym przepisie prawodawca konstytucyjny wysuwa na pierwszy plan małżeństwo i rodzinę opartą na małżeństwie. W świetle tego artykułu konstytucyjne prawo do prawnej ochrony życia rodzinnego obejmuje w szczególności odpowiednią ochronę małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa jako wartości o szczególnym znaczeniu dla społeczeństwa.²³;

*- W literaturze wskazuje się, że ogólnie można stwierdzić, że "rodziną" jest każdy trwały związek dwóch lub więcej osób, **zazwyczaj** oparty na małżeństwie oraz na więzach pokrewieństwa bądź powinowactwa (zob. L. Garlicki, [w:] Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, komentarz do art. 18 i art. 71 i powołana tam literatura). Taka definicja jest analogiczna do - powołanych przez sąd przedstawiający pytanie prawne - definicji zamieszczonych w słownikach języka polskiego. Rodzina (tak rozumiana) powinna zatem znajdować się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej (art. 18 Konstytucji), jej dobro powinno być uwzględniane w polityce społecznej i gospodarczej państwa (art. 71 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji), a życie rodzinne korzysta z konstytucyjnie gwarantowanej ochrony prawnej (art. 47 Konstytucji).²⁴*

W tym kontekście tym bardziej pożądana jest jednoznaczna wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego wyraźnie potwierdzająca niedopuszczalność instytucjonalizacji związków jednopłciowych z punktu widzenia art. 18 Konstytucji. Przy okazji wskazane byłoby doprecyzowanie granicy między życiem rodzinnym a życiem prywatnym, bo jak wskazuje ostatnie przytoczone orzeczenie, TK przyjął w nim rozumienie życia rodzinnego wykraczającego poza więzy pokrewieństwa i powinowactwa, co otwiera furtkę na poszerzenie go o „trwałe i zaangażowane więzi emocjonalne” w sposób analogiczny do linii przyjętej przez ETPC.

5. Art. 1 §1 k.r.o. a art. 32 Konstytucji

W ocenie Instytutu Ordo Iuris art. 1 §1 k.r.o. jest zgodny z art. 32 Konstytucji, ponieważ brak regulacji związków jednopłciowych nie stanowi w ogóle przejawu nierównego traktowania. Zasada równości zobowiązuje do równego traktowania podmiotów posiadających wspólne cechy relewantne świadczące o istniejącym między nimi podobieństwie. Tymczasem istnieją trzy różnice między parą kobiety i mężczyzny a parą osób odmiennej płci, mające fundamentalne znaczenie z punktu widzenia funkcji małżeństwa. Małżeństwo jest bowiem z definicji wspólnotą dwojga osób, opartą na trwałej więzi emocjonalnej, służącą prokreacji oraz wzajemnemu dbaniu o dobro współmałżonka.

²³ Wyrok TK z 16 lipca 2007 r., SK 61/06.

²⁴ Wyrok TK z 4 września 2007 r., P 19/07.

Po pierwsze, para kobiety i mężczyzny jest z natury zdolna do wspólnej prokreacji tzn. do poczęcia spokrewnionego z nimi genetycznie dziecka²⁵. Para osób odmiennej płci jest zaś do prokreacji niezdolna – osoby wchodzące w skład takiego związku mogą płodzić potomstwo jedynie indywidualnie, niezależnie od siebie nawzajem (np. korzystając ze sztucznych metod rozrodu), nigdy zaś wspólnie.

Po drugie, warunkiem dbałości o dobro współmałżonka jest trwałość więzi między osobami związanymi węzłem małżeńskim. Tymczasem z badań socjologicznych wynikają istotne różnice między trwałością związków między kobietą a mężczyzną a trwałością związków jedнопłciowych. Osoby homoseksualne rzadziej tworzą trwałe związki²⁶, a nawet gdy je tworzą, to często praktykują poliamorię (ok. 40-50% homoseksualistów utrzymuje relacje seksualne z więcej niż jednym partnerem równolegle, podczas gdy ten sam problem dotyczy zaledwie 2-5% osób heteroseksualnych)²⁷.

Po trzecie, jak wynika z badań przeprowadzonych przez naukowców z amerykańskiego Uniwersytetu Texas w Austin, dzieci wychowywane przez pary jedнопłciowe częściej doświadczają problemów psychicznych, molestowania seksualnego, a także trudności w zachowywaniu wierności partnerowi²⁸.

Przeciętna para osób tej samej płci zachowuje pewne podobieństwa co do przeciętnej pary osób odmiennej płci (istnienie więzi emocjonalnej), ale oprócz tego istnieją fundamentalne różnice, która powodują, że tylko tej ostatniej przysługuje prawo do zawarcia małżeństwa. W tym kontekście nie można mówić – jak wskazuje się w skardze – o *jakościowej tożsamości obu relacji*.

Na koniec tej części rozważań należy podkreślić, że małżeństwo jako instytucja konstytucyjna zdefiniowana wyklucza uznanie jej za sprzeczną z ustawą zasadniczą, co również wskazuje na konieczność wykładni zasady dyskryminacji na korzyść małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Innymi słowy, nie może być naruszeniem zasady równości (czy jakiegokolwiek innej zasady konstytucyjnej) norma stanowiąca bezpośrednią realizację innej normy konstytucyjnej. Definicja małżeństwa w art. 1 §1 k.r.o. co do istoty powtarza definicję małżeństwa zawartą w art. 18 Konstytucji. Jeśli przyjęta w art. 1 §1 k.r.o. definicja małżeństwa stanowi nierówne traktowanie, to należałoby uznać, że także art. 18 Konstytucji jest sprzeczny z art. 32 Konstytucji, co byłoby logicznym absurdem.

²⁵ Oczywiście istnieją pary małżeńskie niezdolne do poczęcia dziecka z powodu niepłodności, które nadal będą mogły być uznane za rodzinę – jest to jednak wyjątek od reguły, bowiem niezdolność do poczęcia dziecka nie wynika w tym przypadku z natury, lecz z choroby, którą zazwyczaj można leczyć.

²⁶ D. Allen, J. Price, *Stability rates of same-sex couples: With and without children*, „Marriage & Family Review” 56 (2020), Nr 1, s. 51–71.

²⁷ Według badań przeprowadzonych przez San Francisco State University z 2010 r. 50% homoseksualnych mężczyzn utrzymuje relacje więcej niż jednym partnerem jednocześnie. Według badań Hunter College z 2013 r. – 43%. Z kolei według badania Gay Therapy Center z 2020 r. – 30%. Te dość duże rozbieżności świadczą o pewnej niejednoznaczności wyników badań, dlatego kwestia ta wymaga dalszych analiz.

²⁸ Badanie przeprowadzono na podstawie 2988 pełnych ankiet Amerykanów w przedziale wieku od 18 do 39 lat. Zob. omówienie wyników - M. Regnerus, *How different are the adult children of parents who have same-sex relationships? Findings from the New Family Structures Study*, Social Science Research, 41 (2012), s. 752-770.

Ścisła wykładnia art. 18 Konstytucji, wykluczająca redefinicję małżeństwa w drodze ustawy zwykłej, uzasadniona jest dodatkowo zasadą ochrony kultury zakorzenionej w chrześcijańskim dziedzictwie narodu wyrażoną w preambule. Fundamentalnym elementem tej kultury jest małżeństwo stanowiące centrum podstawowej komórki społeczeństwa, jaką jest rodzina. W tym punkcie dochodzi do zazębienia norm konstytucyjnych z normami kulturowymi. Realizując konstytucyjny obowiązek otoczenia małżeństwa „ochroną i opieką” państwo nie może abstrahować od genezy tej instytucji, która wywodzi się z kultury rzymskiej i chrześcijańskiej i zawsze była rozumiana jako związek kobiety i mężczyzny.

Jak słusznie wskazano w cytowanej powyżej opinii Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, szczególne unormowania odnoszące się do małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny „nie mogą być kwestionowane z powołaniem na inne normy Konstytucji, w szczególności art. 32 Konstytucji (zasada równości, zakaz dyskryminacji, dlatego że z art. 18 Konstytucji wynika (i jest to zasada ustrojowa!) przyznanie heteroseksualnej parze małżeńskiej ochrony i udogodnień, jakie nie przysługują parom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa.”²⁹

6. Art. 1 §1 k.r.o. a art. 30 Konstytucji

Art. 30 Konstytucji ustanawia zasadę poszanowania godności ludzkiej, której istotą jest zakaz uprzedmiotawiania człowieka – sprowadzania go do roli środka do osiągnięcia celu, podczas gdy to człowiek powinien być zawsze celem samym w sobie³⁰. W skardze konstytucyjnej nie wykazano, że brak możliwości uzyskania uprawnień małżeńskich przez parę jedнопłciową prowadzi do jej uprzedmiotowienia. Wskazano jedynie, że *osoby pozostające w trwałych związkach z osobami tej samej płci zmuszone są poszukiwać i stosować rozmaite protezy prawne, które będą gwarantować im chociaż częściową, prawną ochronę ich związku (aczkolwiek praktycznie wyłącznie na zasadzie skutku inter partes) lub przynajmniej w sposób symboliczny potwierdzać znaczenie relacji, w której się znajdują. Zdaniem Skarżących, konieczność stosowania takich protez prawnych, w miejsce przepisów prawa powszechnie obowiązującego, jest upokarzająca*. W skardze nie sprecyzowano, o jakie „protezy prawne” chodzi, można jednak się domyślać, że skarżący mają na myśli takie instytucje prawa cywilnego pozwalające na uregulowanie wzajemnych relacji w sposób podobny do relacji małżeńskich takie jak testament czy pełnomocnictwo medyczne. W ocenie Instytutu Ordo Iuris faktu korzystania przez pary jedнопłciowe z instytucji prawa cywilnego, z których powszechnie korzystają wszyscy obywatele w celu regulacji wzajemnych stosunków, bez względu na orientację seksualną, nie można uznać za upokorzenie. Jeśli korzystanie z instytucji prawa cywilnego jest upokarzające dla par jedнопłciowych, to logicznie rzecz biorąc należałoby uznać, że jest upokarzające także dla osób odmiennej płci żyjących w konkubinacie czy grupie przyjaciół. Niektóre z tych „protez” są używane także przez małżonków, czego przykładem jest pełnomocnictwo medyczne, które musi zostać udzielone jednemu małżonkowi przez drugiego, jeśli chce uzyskiwać informacje na temat jego stanu zdrowia (prawo polskie nie

²⁹ Opinia BSiA SN, *op. cit.*, s. 8.

³⁰ L. Bosek, w: M. Safjan, L. Bosek (red.), *op. cit.*, kom. do art. 30, Nb. 61.

przyznaje bowiem żadnych praw małżonkowi w tym zakresie). Samo subiektywne poczucie „upokorzenia” skarżących, na które powołują się w skardze, nie świadczy o naruszeniu ich godności.

Na marginesie warto odnotować, że w skardze konstytucyjnej na poparcie tego zarzutu przytacza się fragmenty komentarza Mikołaja Wilda i Leszka Boska, którzy nigdy nie wywodzili z art. 30 Konstytucji prawa do instytucjonalizacji związku jednopłciowego.

7. Konkluzja

W ocenie Instytutu Ordo Iuris skarga konstytucyjna w sprawie SK 12/17 powinna zostać rozpoznana merytorycznie oraz w pełnym składzie, zgodnie z sugestiami wskazanymi w zdaniach odrębnych sędziów Jakuba Steliny oraz Andrzeja Zielonackiego do postanowienia SK 15/17. W kontekście niedawno ugruntowanej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Prawa Człowieka uznającej instytucjonalizację związków jednopłciowych za obowiązek państw wypływający z prawa do poszanowania życia rodzinnego, konieczne jest jednoznaczne stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, wyraźnie rozdzielające art. 8 EKPC od art. 47 Konstytucji.

W ocenie Instytutu Ordo Iuris z interpretowanego systemowo art. 47 Konstytucji RP jasno wynika, że rodziną jest wyłącznie wspólnota oparta na trwałym związku kobiety i mężczyzny dążących do zostania rodzicami. Z tego punktu widzenia brak w art. 1 §1 k.r.o. normy umożliwiającej formalizację związku dwóch mężczyzn lub dwóch kobiet nie stanowi zaniechania ustawodawcy, lecz realizację pozytywnego obowiązku państwa ochrony tożsamości małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny.