

## STUDIA I ARTYKUŁY

Leszek Garlicki

### Związki monoseksualne a prawa człowieka – kształtowanie się europejskiego standardu?

1. Regulacja statusu prawnego związków monoseksualnych jest dziedziną wykazującą silną dynamikę, zwłaszcza w bieżącym dziesięcioleciu. Znajduje to wyraz zarówno w ustawodawczych decyzjach parlamentów, jak też w interpretacji przepisów konstytucyjnych dokonywanej przez sądy konstytucyjne bądź sądy najwyższe w wielu krajach świata. Jest też stałym przedmiotem orzecznictwa ponadnarodowych organów ochrony praw człowieka.

W dzisiejszej rzeczywistości prawnej – w każdym razie, gdy mowa o perspektywie Europy, obu Ameryk czy Australii – utrwaliło się przekonanie, że odmienność orientacji seksualnej wymaga poszanowania przez prawo. Punktem wyjścia były niegdyś kwestie depenalizacji konsensualnych kontaktów seksualnych pomiędzy dorosłymi osobami tej samej płci<sup>1</sup>, potem usuwanie tradycyjnych ograniczeń skoncentrowało się na dyskryminacji osób bądź związków homoseksualnych. Proces ten przybierał z reguły postać stopniowego odstępowania od nierówności traktowania, opartego o kryterium orientacji seksualnej, dotykając

---

1 Warto przypomnieć, że w Polsce dokonano tego jeszcze w okresie międzywojennym, podczas gdy niektóre państwa zachodnioeuropejskie zachowywały przepisy penalizacyjne aż do lat 60-tych ubiegłego stulecia. Także w Stanach Zjednoczonych sytuacja znalazła uniwersalne rozwiązanie dopiero z mocy wyroku federalnego SN z 2002 r.; zob. m.in. L. Garlicki, *Związki...*, s. 64 i n.

rozwiązań szczegółowych i często nabierając mocno przypadkowego charakteru. Stopniowo jednak – od początku XXI w. – doszło do pewnego uporządkowania, m.in. dzięki prawodawczym działaniom Unii Europejskiej, a także orzecznictwu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Usuwanie barier dyskryminacyjnych zawierało w sobie element prawnego uznania odmienności orientacji seksualnej, miało to jednak tylko charakter sektoralny (by nie powiedzieć – punktowy) i wykazywało znaczne wahania w zależności od regulowanej materii. O ile więc proces ten zarysował się już w sposób bardziej jednolity w sferze świadczeń socjalnych, to znacznie więcej rozbieżności ujawnia się w sferze prawa rodzinnego, m.in. adopcji.

Kolejny etap procesu emancypacji dotyczy generalnego uznania związków monoseksualnych przez prawo, czyli stworzenia pełnych ram prawnych wyznaczających kształt tych związków oraz prawa i obowiązki ich partnerów. Jak wiadomo, w wielu krajach przyjęto model „uznania równoległego”, polegającego na stworzeniu nowej instytucji (określanej jako związek partnerski czy unia cywilna) istniejącej obok tradycyjnej instytucji małżeństwa. Nie było (i nadal nie ma) przy tym jednolitości w ustaleniu czy i w jakim zakresie związki partnerskie mają być też dostępne dla par heteroseksualnych, a małżeństwo – także dla par monoseksualnych. W bieżącym dziesięcioleciu zarysowała się tendencja dla otwarcia instytucji małżeństwa dla par monoseksualnych, niemniej – zwłaszcza w Europie – budzi to silne kontrowersje i niemała grupa państw (nawet w ramach UE) odrzuca takie rozwiązanie.

2. W sytuacji dzisiejszej w Europie oraz innych kulturowo z nią powiązanych regionach geograficznych można już mówić o uformowaniu się pewnych modeli czy tendencji.

Pojawia się jednak pytanie, czy proces ten należy postrzegać przede wszystkim na tle ustawodawczych rozstrzygnięć parlamentów narodowych (podejmujących polityczne decyzje o dokonaniu regularyzacji statusu par monoseksualnych i ustaleniu jej formy prawnej), czy też znajduje on oparcie na poziomie wymagań ustalanych przez konstytucje narodowe bądź międzynarodowe traktaty o prawach człowieka. Odpowiedź ma zasadnicze znaczenie zarówno dla ustalenia zakresu samodzielności decyzyjnej czynnika parlamentarnego (więc – aktualnie

rzządzających większości politycznych), jak i dla natury (rangi) praw osób i związków monoseksualnych.

Trzeba od razu zauważyć, że – w większości tekstów konstytucyjnych i traktatowych – kwestia ta nie znajduje wyjaśnienia, nierzadko też teksty te sugerują raczej tradycyjne podejście, które przyjmuje wizję rodziny opartej na związku dwóch osób różnej płci. Prawda, że nowe instrumenty konstytucyjne i międzynarodowe nierzadko przyjmują wizję odmienną, formułując „neutralną” definicję małżeństwa oraz włączając kryterium orientacji seksualnej do listy „zakazanych” przesłanek różnicowania sytuacji prawnej<sup>2</sup>. Nie jest to jednak sytuacja typowa, bo większość konstytucji europejskich powstawała w okresach, gdy nie doszło jeszcze do artykułacji potrzeby szczególnej ochrony osób o odmiennej orientacji seksualnej. Ich autorzy – w Europie Zachodniej – kierowali się wizją tragicznych wydarzeń II wojny światowej, zaś w naszym regionie uzupełniali tę wizję doświadczeniami autorytaryzmu rządów jednopartyjnych. Taki stan uregulowań konstytucyjnych (a także unormowań zawartych w traktatach międzynarodowych) stawia pytanie o sposób ich interpretacji w dzisiejszym, niewątpliwie odmiennym kontekście kulturowym i społecznym. W warunkach państwa demokracji konstytucyjnej mogło to znaleźć wyjaśnienie tylko poprzez orzecznictwo sądów konstytucyjnych (i – odpowiednio – sądów ponadnarodowych).

3. Ograniczając się do perspektywy europejskiej trzeba raz jeszcze zaznaczyć, że ostatnie dwudziestolecie przyniosło zasadnicze przewartościowanie w podejściu do prawnej regularyzacji związków osób tej samej płci. W końcu minionego stulecia tylko nieliczne państwa Europy Zachodniej znały instytucję związków partnerskich<sup>3</sup>, a dopuszczenie małżeństwa jednopłciowego w 2001 r. w Holandii było pierwszym takim krokiem w skali globalnej. Natomiast na początku 2019 r. małżeństwa jednopłciowe stały się znane ustawodawstwu 16 państw europejskich, a w 12 dalszych państwach regularyzacja prawna przybrała postać związku partnerskiego. Regularyzacja ta stała się też częścią krajobrazu prawnego największych

2 Tak zwłaszcza w Karcie Praw Podstawowych UE. Przykładem tendencji odmiennej jest natomiast węgierska konstytucja z 2011 r.

3 Na szczeblu narodowym instytucję tę przyjęto w Danii (1989), Islandii (1996), Holandii (1998) i Francji (1999), a poza Europą tylko w Kostaryce (1995).

państw obu Ameryk, a także Republiki Południowej Afryki, Australii, Nowej Zelandii oraz pewnej grupy państw mniejszych. Zarazem w dwudziestu państwach europejskich nie zdecydowano się na wprowadzenie jakiegokolwiek pełnej formy tej regularyzacji, podobne podejście dominuje też w Azji i w Afryce, gdzie jedynymi wyjątkami są RPA oraz Tajwan.

Europejski model regularyzacji prawnej przebiegał niemal wszędzie w sposób polityczno-parlamentarny. Zasadą było przyjmowanie odnośnych regulacji prawnych w drodze ustaw parlamentu, określających formę i szczegółowy kształt tej regularyzacji. Tą samą drogą decydowano o dalszych modyfikacjach przyjętego rozwiązania, zwłaszcza o uzupełnieniu (zastąpieniu) instytucji związku partnerskiego przez rozszerzenie dostępności instytucji małżeństwa. Akcentowało to sferę swobody politycznego uznania ustawodawcy krajowego, bo założeniem tego podejścia było przekonanie, że ani konstytucje narodowe, ani traktaty międzynarodowe nie wyznaczają w tym zakresie żadnego konkretnego i wiążącego standardu. Argumenty konstytucyjne (jak i „prawnoczwolnicze”) były oczywiście podnoszone w pracach parlamentarnych, ale stanowiły raczej tło generalne i nie traktowano ich jako wskazówki czy nakazu przeprowadzenia określonych zmian ustawodawczych.

Było to m.in. wynikiem pasywnego podejścia zarówno krajowych sądów konstytucyjnych, jak i trybunałów ponadnarodowych do omawianej kwestii<sup>4</sup>.

**4.** Orzecznictwo strasburskie odegrało poważną rolę w ochronie praw osób o „odmiennej” orientacji seksualnej, zarówno w kwestii depenalizacji jedнопłciowych kontaktów seksualnych, jak też eliminacji sektoralnych przejawów dyskryminacji. Pozwoliło to na uformowanie szeregu szczegółowych standardów, przestrzegania których wymaga się od wszystkich państw w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz).

Natomiast problem statusu par monoseksualnych stwarzał Trybunałowi znacznie więcej trudności. Podjęto go dopiero w sprawie *Schalk i Kopf*

---

<sup>4</sup> Warto przypomnieć, że w niektórych systemach pozaeuropejskich orzecznictwo sądowe odegrało bardziej samodzielną rolę, uznając konstytucyjną rangę praw związków monoseksualnych (zwłaszcza chodzi o Stany Zjednoczone, RPA, Kolumbię, Brazylię czy Tajwan). Istotna jest też Opinia Doradcza Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 24 listopada 2017 r.; zob. L. Garlicki, *Związki...*; L. Garlicki, *Ponadnarodowe...* oraz powołana tam literatura.

*p. Austrii*<sup>5</sup>, uznając, że relacje tych par wchodzą w sferę „życia rodzinnego” chronionego przez art. 8 EKPCz i dając do zrozumienia, że może to oznaczać konieczność wprowadzenia jakiejś ogólnej formy regularyzacji ich statusu. Ponieważ jednak w międzyczasie Austria wprowadziła ustawodawstwo o związkach partnerskich, Trybunał mógł ograniczyć się do akceptującego stwierdzenia tego faktu. Zarazem w sposób wyraźny wskazano, że regularyzacja może, ale nie musi przybierać formy małżeństwa. Argumentem decydującym było sformułowanie art. 12 EKPCz, nawiązujące do heteroseksualnej definicji małżeństwa<sup>6</sup>. Trybunał przyznał, że interpretacja Konwencji powinna przebiegać w oparciu o technikę „żyjącego instrumentu”, ale technika ta nie może prowadzić do pomijania wyraźnych uregulowań tego aktu. Innymi słowy, decyzja o dopuszczeniu jednopłciowych małżeństw pozostaje w sferze „marginesu uznania” państw członkowskich.

Stanowisko, że art. 12 Konwencji nie ustanawia pozytywnego obowiązku państw członkowskich do otwarcia parom jednopłciowym dostępu do instytucji małżeństwa, znalazło wyraźne potwierdzenie w dalszym orzecznictwie ETPCz. Otwarte pozostawało natomiast pytanie, czy z Konwencji można wyprowadzić pozytywny obowiązek państw do stworzenia parom jednopłciowym dostępu do instytucji „związku partnerskiego”. W 2013 r. Trybunał rozważył ten problem na tle zakazu dyskryminacji, wskazując, że jeżeli ustawodawca krajowy zdecyduje się na wprowadzenie instytucji związków partnerskich, to nie może ograniczyć ich dostępności tylko do par heteroseksualnych<sup>7</sup>. Dwa lata później w wyroku z 21 lipca 2015 r. w sprawie *Oliari i inni p. Włochom* uznano, że brak jakiegokolwiek formy regularyzacji statusu związków monoseksualnych stanowi naruszenie „pozytywnych obowiązków” państwa wynikających z art. 8 EKPCz. Trybunał potwierdził, że Konwencja nie nakazuje otwarcia tym związkom dostępu do małżeństwa. Ustawodawca krajowy może wybrać inną formę prawnego uznania, ale – i to było nowe

5 Wyrok ETPCz z 24 czerwca 2010 r.

6 „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

7 Wyrok z 7 listopada 2013 r., *Vallianatos i inni p. Grecji*. Zob. też wyrok z 26 października 2017 r., *Ratzenböck i Seydl p. Austrii* (trafnie skomentowany w: J. Pawliczak, *Zarejestrowanie...*, s. 143 i n.).

stwierdzenie o istotnym znaczeniu – musi ona „zapewniać odpowiedni stopień ochrony poprzez przyznanie »praw najważniejszych« [core rights] pozwalających partnerom na stabilny i zaangażowany związek, wolny od barier pozbawionych uzasadnienia” (par. 174).

Wyrok *Oliari* należy interpretować jako wskazanie generalnego europejskiego standardu, adresowanego także do tych wszystkich państw, które owej regularyzacji jeszcze nie dokonały. Z drugiej strony jednak Trybunał bardzo silnie akcentował specyfikę sytuacji włoskiej, a to zrodziło niejasność, czy i w jakim stopniu ustalenia te odnoszą się do państw, gdzie kulturowa i prawna sytuacja ma odmienny charakter. Toteż, choć ustawodawca włoski wprowadził w 2016 r. regulację związków partnerskich<sup>8</sup>, wyrok ETPCz nie znalazł przełożenia na przeprowadzenie podobnych reform w krajach Europy Centralnej i Wschodniej.

W perspektywie dzisiejszej można mieć wrażenie, że aktywizm ETPCz uległ w omawianej materii pewnemu zahamowaniu, co koresponduje zresztą z ogólniejszymi tendencjami aktualnego orzecznictwa strasburskiego. Pozostawia to nadal niemały „margines oceny” dla ustawodawcy krajowego.

5. Sformułowania generalnego standardu regularyzacyjnego trudniej jest oczekiwać od orzecznictwa luksemburskiego. Choć bowiem baza prawna dla uznania związków monoseksualnych jest znacznie silniejsza w prawie unijnym, to zasadnicza bariera wynika z ujęcia kompetencji (zakresu działania) UE. Zagadnienia statusu cywilnego, a zwłaszcza prawa małżeńskiego, znajdują się poza tymi kompetencjami. Ogranicza to interwencje TSUE do szczegółowych sytuacji, gdy krajowe unormowania pozycji par monoseksualnych zahaczają o przepisy prawa unijnego, np. rodząc dyskryminacyjny skutek w dostępie do świadczeń socjalnych lub zatrudnienia<sup>9</sup>, albo w swobodzie przemieszczania się między państwami członkowskimi<sup>10</sup>.

6. Zapewnia to większe pole decyzyjne ustawodawcy narodowemu, nie wyklucza jednak, by swoboda jego działania została poddana

---

8 Zob. np. M. Cipriani, *Unioni...*, s. 343 i n.

9 Tak np. w wyroku z 25 kwietnia 2013 r., *Asociatia Accept* (C-81/12), dotyczącym Rumunii.

10 Tak ostatnio w wyroku z 5 czerwca 2018 r., *Coman* (C-673/16), dotyczącym Rumunii.  
Zob. A. Szczerba-Zawada, *Pochodne...*

konstytucyjnym ograniczeniom ustalonym w orzecznictwie narodowych sądów konstytucyjnych. Standardy wynikające z ETPCz oraz (w zasadzie) z prawa UE mają tylko charakter koniecznego minimum i nie sprzeciwiają się ustaleniu silniejszej ochrony praw jednostki przez sędziego konstytucyjnego. Sytuacje zaś, gdy sędzia ten uznał, że przepisy konstytucyjne stwarzają „fundamentalne prawo” par monoseksualnych do małżeństwa bądź do innej postaci regularyzacji prawnej znane są praktyce orzeczniczej państw pozaeuropejskich<sup>11</sup>. Nie trzeba dodawać, że takie rozstrzygnięcia mogą wywoływać natychmiastowe skutki prawne<sup>12</sup>, a w każdym razie rodzą konstytucyjny obowiązek ustawodawcy do podjęcia określonych działań.

Jest jednak zjawiskiem charakterystycznym, że sądy konstytucyjne w Europie zachowują znacznie większą powściągliwość w adresowaniu problemu regularyzacji. Jak już wspomniałem, typową drogą wprowadzania tej regularyzacji stało się ustawodawstwo parlamentarne (niekiedy powiązane też z procedurami referendalnymi). Sądy konstytucyjne nie są na ogół skłonne do samodzielnego działania, a raczej nadają swym rozstrzygnięciom charakter potwierdzający konstytucyjność istniejących rozwiązań ustawodawczych. Porównanie orzecznictwa sześciu wiodących jurysdykcji konstytucyjnych w Europie potwierdza, iż powściągliwość sądów należy traktować jako zasadę.

Niemniej przybiera ona różne nasilenie i waha się od potwierdzającej deferencji wobec aktualnych rozwiązań ustawodawczych (Francja, Portugalia), poprzez orzeczenia potwierdzające, ale sygnalizujące też pewne ograniczenia dla przyszłych rozstrzygnięć ustawodawcy (Niemcy, Hiszpania), orzeczenia „ostrzegające”, bo wskazujące na niekonstytucyjność istniejących rozwiązań, ale powstrzymujące się od ich anulowania (Włochy), aż do – wyjątkowo – orzeczeń o niekonstytucyjności (anulowaniu) obowiązującego ustawodawstwa (Austria)<sup>13</sup>.

7. Portugalia i Francja mogą stanowić dobrą ilustrację dla podejścia o przede wszystkim deferencyjnym charakterze. W obu państwach

11 Zob. przyp. 4.

12 Tak zwłaszcza wyrok SN USA z 26 kwietnia 2015 r., *Obergefell*; zob. L. Garlicki, *Związki...*, s. 69 i n.

13 Zob. m.in. S. Ragone, V. Volpe, *An Emerging...*, s. 451 i n.

przepisy kodeksu cywilnego wykluczały odniesienie instytucji małżeństwa do związków monoseksualnych. W obu krajach konstytucyjność tego wykluczenia została najpierw zakwestionowana przed sądem konstytucyjnym, ale sąd ten potwierdził dopuszczalność utrzymania tradycyjnej definicji małżeństwa<sup>14</sup>.

Portugalski Trybunał Konstytucyjny<sup>15</sup> zauważył, że Konstytucja z 1976 r. przyjmuje neutralne pojęcie „małżeństwa”<sup>16</sup>, ale trudno przy jej wykładni pomijać kontekst prac nad jej tworzeniem. Autorzy konstytucji mieli na względzie tradycyjny koncept małżeństwa i rodziny, zakładali, że znajdzie on stosowne rozwinięcie w ustawodawstwie, a nie zamierzali rozszerzać dostępności związków małżeńskich. Gdyby intencją ustrojodawcy było oderwanie się od pojęć tradycyjnych i dopuszczenie małżeństw monoseksualnych, to ustaliliby to w wyraźny sposób (par. 10). Zarazem Trybunał wskazał, że przepisy konstytucyjne nie ustanawiają zakazu rozszerzenia „małżeństwa” na pary jedнопłciowe. Taka decyzja musi jednak być podjęta przez parlament, stosownie do jego bezpośredniego powiązania z „wolą Narodu”. Trybunał nie ma kompetencji do zastępowania w tym parlamencie, bo kolidowałoby to z zasadą, iż polityczne decyzje powinny być podejmowane przez legalnie wybranych reprezentantów narodu (par. 12).

Francuska Rada Konstytucyjna oparła swoje rozstrzygnięcie<sup>17</sup> na konstytucyjnych zasadach rozgraniczenia uprawnień prawodawczych. Art. 34 Konstytucji z 1958 r. zastrzega „regulację małżeństwa” dla właściwości parlamentu. Nie ma też żadnego innego postanowienia konstytucyjnego, które można by odczytywać jako nakaz rozszerzenia dostępności małżeństwa poza pary o płci odmiennej. Materia ta pozostaje więc w sferze ustawodawczych wyborów dokonywanych przez parlament. Jednocześnie Rada odrzuciła zarzut, iż utrzymywanie tradycyjnej definicji małżeństwa stanowi naruszenie zasady równości. Wskazano, że status par monoseksualnych

---

14 Zarazem w obu krajach istniała już w tym czasie odrębna instytucja związków partnerskich (francuski PACS oraz portugalskie uniao de facto).

15 Wyrok z 9 lipca 2009 r.; zob. wersję angielską: < [www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20090359.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20090359.html) >, dostęp: 6 lipca 2019 r.

16 Art. 36 ust. 1: „Wszyscy mają prawo założyć rodzinę i zawrzeć małżeństwo na zasadzie całkowitej równości”.

17 Decyzja nr 2010–92 QPC z 28 stycznia 2011 r.



został już uznany w instytucji PACS, a konstytucja nie zakazuje różnicowania prawnych form uznawania związków hetero- i monoseksualnych.

Niedługo później w obu krajach dokonano (2010 i 2013) nowelizacji kodeksu cywilnego i dopuszczono małżeństwa monoseksualne. Konstytucyjność tych zmian została zakwestionowana przez ich przeciwników, ale oba sądy nie miały problemu z uznaniem ich zgodności z konstytucją. Trybunał portugalski<sup>18</sup> potwierdził swe stanowisko z 2009 r. i uznał, że ustawodawca jest władny do redefiniowania pojęcia „małżeństwa”. Także francuska Rada Konstytucyjna<sup>19</sup> potwierdziła, że regulacja statusu małżeńskiego należy do parlamentu. Skoro zaś nie ma żadnego postanowienia konstytucyjnego, które ustanawiałoby wymóg heteroseksualności małżeństwa, Rada nie jest właściwa do ingerowania w decyzje polityczne dokonywane przez ustawodawcę (zwłaszcza par. 22).

8. Niemiecki FTK już w 2002 r. badał konstytucyjność ustawy o związkach partnerskich<sup>20</sup>. Trybunał nie podzielił zarzutu, że kształt prawny związku partnerskiego jest praktycznie identyczny z kształtem instytucji małżeństwa, a tym samym narusza szczególnie status małżeństwa wynikający z art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej<sup>21</sup>.

Uznano, że z art. 6 ust. 1 nie rodzi po stronie ustawodawcy ani zakazu traktowania małżeństwa w sposób uprzywilejowany wobec innych form wspólnego pożycia dwóch osób, ani zakazu przyznania związkom partnerskim takich praw i obowiązków, które są równe lub podobne do statusu związku małżeńskiego. Konstytucyjna pozycja instytucji „małżeństwa” nie może być wymierzana przez ilościowe porównywanie praw i obowiązków. Czynnikiem decydującym jest jedynie to, że tylko „małżeństwu” przysługuje ustanowiona konstytucyjnie ochrona i opieka ze strony państwa (par. 79–80). Dopóki więc związkom partnerskim nie przyzna się sytuacji uprzywilejowanej wobec związków małżeńskich

18 Wyrok nr 121/2010 z 8 kwietnia 2010 r.; wersja angielska: < [www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20100121.ht](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20100121.ht) >, dostęp: 6 lipca 2019 r.

19 Decyzja nr 2013–669 DC z 17 maja 2013 r.: *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

20 Wyrok z 17 lipca 2002 r., 105 BverfGE 313 (2002); zob. m.in. D.P. Kommers, R.A. Miller, *The Constitutional...*, p. 606–611.

21 „Małżeństwo i rodzina pozostają pod szczególną ochroną państwa”.

i dopóki regulacje te nie ustanowią przeszkód dla zawierania małżeństw przez pary heteroseksualne, decyzja o przyznaniu pełnego uznania prawnego związkom jedнопłciowym pozostaje w sferze uznania parlamentu. Co więcej (par. 88 *in fine*), szerokie zakreślenie praw i obowiązków uczestników związku partnerskiego znajduje też wsparcie w innych przepisach konstytucyjnych, przede wszystkim w prawie do swobodnego rozwoju osobowości (art. 2 ust. 1 UZ) oraz w zakazie dyskryminacji (art. 3). Było to ważne stwierdzenie, gdyż można je było rozumieć jako ustanawiające szerszą bazę konstytucyjną dla istnienia „prawa” par monoseksualnych do jakiejś formy prawnej regularyzacji ich statusu<sup>22</sup>.

Zarazem Trybunał potwierdził aktualność definicji „małżeństwa” ustalonej w jego wcześniejszym orzecznictwie. Choć art. 6 ust. 1 UZ przyjmuje definicję „neutralną”, to jednak – w świetle całościowego kontekstu powstawania i funkcjonowania Ustawy Zasadniczej – nie straciło aktualności ustalenie, że „małżeństwo” należy rozumieć jako „związek jednej kobiety i jednego mężczyzny zawarty na podstawie ich swobodnej decyzji, mający na celu stworzenie permanentnej wspólnoty i cieszący się wsparciem ze strony państwa” (par. 87). Potwierdzenie tej definicji można było rozumieć jako swego rodzaju sygnał lub ostrzeżenie sugerujące ustawodawcy, że konstytucyjnie niedopuszczalne byłoby otwarcie instytucji małżeństwa dla par monoseksualnych. Dobrze odzwierciedlało to poglądy typowe dla wczesnego okresu regularyzacji sytuacji związków partnerskich i być może było wynikiem kompromisu wewnątrz składu orzekającego.

Nie miało to znaczenia dla wyraźnego potwierdzenia konstytucyjności ustawy o związkach partnerskich, ale problem ujawnił się w 2017 r., gdy ustawodawca niemiecki przyjął ustawę dopuszczającą zawieranie małżeństw jedнопłciowych. Nie toczy się jak na razie żadne postępowanie przez FTK (choć czyniono już po temu próby), ale prędzej lub później Trybunał będzie musiał wskazać, czy jego tradycyjne rozumienie „małżeństwa” nadal zachowuje swą treść.

Podobną, choć skierowaną w odmiennym kierunku, technikę sygnałów (ostrzeżeń) przyjął hiszpański Trybunał Konstytucyjny, gdy badał

22 Podejście to znalazło zdecydowanie potwierdzenie w dalszym orzecznictwie FTK, który szereg razy uznawał niekonstytucyjność regulacji dyskryminujących sytuację związków monoseksualnych.

ustawę z 2005 r. dopuszczającą małżeństwa monoseksualne. Do wydania wyroku doszło w 2012 r.<sup>23</sup>, więc hiszpański Trybunał podjął m.in. ocenę kulturowego kontekstu, jaki uformował się na tle funkcjonowania nowej regulacji. Zadanie Trybunału było natomiast o tyle skomplikowane, że art. 32 ust. 1 Konstytucji z 1978 r. przyjmował heteroseksualne pojęcie „małżeństwa”<sup>24</sup>. Nie przeszkodziło jednak w potwierdzeniu konstytucyjności ustawy z 2005 r., a Trybunał wskazał m.in., że „nie jest jego zadaniem podejmowanie oceny mądrości wyborów dokonywanych przez ustawodawcę, ani ustalanie, czy przyjęto najlepszy bądź najbardziej odpowiedni wariant. Jest bowiem obowiązkiem Trybunału, by respektować wszelkie opcje przyjęte przez parlament, o ile tylko pozostają one w zgodzie z konstytucją” (par. 11 *in fine*).

Trybunał wskazał, że konstytucyjne pojęcie „małżeństwa” ma dwuwymiarowy charakter. Z jednej strony konstytucja nadaje mu postać obiektywnej instytucji porządku konstytucyjnego, co m.in. oznacza, iż ustawodawcy nie wolno przyjmować regulacji, „które przekształciłyby małżeństwo w instytucję nierozpoznawalną, więc konstytucyjnie zdeformowaną” (par. 9). Taka sytuacja nie pojawiła się jednak na tle ustawy z 2005 r. Konstytucja podlega bowiem interpretacji pozwalającej na jej dostosowywanie do realiów nowoczesności, niezbędnej dla zachowania przez nią relewantności i legitymizmu. Drugim wymiarem pojęcia „małżeństwa” jest jego rozumienie jako podstawowego prawa jednostki, a to wymaga m.in. poszanowania „istoty” tego prawa. W przekonaniu Trybunału nie doszło do naruszenia owej „istoty”. Nowe ustawodawstwo ani nie ograniczyło swobody par różnopłciowych do wstępowania w związki małżeńskie, ani nie usunęło żadnego z podstawowych elementów składających się na „prawo do małżeństwa” (par. 11). Sformułowanie art. 23 ust. 1 Konstytucji należy rozumieć jako ustalenie minimalnie wymaganego zakresu dostępu do małżeństwa. Ani jednak historia prac konstytucyjnych, ani dalsza ewolucja hiszpańskiego społeczeństwa nie

23 Wyrok nr 198/2012 z 6 listopada 2012 r.; wersja angielska: < <https://www.tribunalconstitucional.es/ResolucionesTraducidas/198-2012%20of%20November%206.pdf> >, dostęp: 6 lipca 2019 r.

24 „Mężczyzna i kobieta mają prawo zawrzeć związek małżeński przy poszanowaniu pełnej równości prawnej”.

dają podstaw, by w przepisie tym odnajdować zakaz otwarcia małżeństwa dla innego typu związków między dwoma osobami.

Wyrok z 2012 r. potwierdził konstytucyjność ustawodawczej decyzji parlamentu i z tej perspektywy może być traktowany jako kolejny przykład deferencyjnego stanowiska europejskich trybunałów. Zarazem jednak Trybunał musiał wykazać się większym stopniem kreatywności i pogodzić istnienie małżeństw monoseksualnych ze sformułowaniami art. 32 ust.1 Konstytucji. Wymagało to od Trybunału nawiązania do koncepcji kreatywnej interpretacji konstytucji, traktującej ten dokument jako „żyjący instrument”, który musi nadążać za zmianami kontekstu społecznego<sup>25</sup>. Niemniej deferencyjna natura wyroku zwolniła Trybunał od zajęcia jasnego stanowiska co do rangi prawa par monoseksualnych do wstępowania w związki małżeńskie. Wyraźnie wskazano tylko, że konstytucja – w sposób bezwzględny – nakazuje zagwarantowanie parom heteroseksualnym dostępu do małżeństwa. Natomiast gdy chodzi o pary jedнопłciowe, konstytucyjnie oczywiste jest tylko ich prawo do prawnej regularyzacji statusu. Można też stanowisko Trybunału odczytywać jako pozostające w logice „jednokierunkowości ruchu”: skoro ustawodawca przyznał parom monoseksualnym dostęp do związków małżeńskich (choć – być może – nie było to jego konstytucyjnym obowiązkiem), to nie wolno mu już dokonywać istotnych modyfikacji czy ograniczeń owego dostępu. Innymi słowy, wyrok hiszpański, podobnie jak niemiecki, tworzy pewną bazę wskazań czy sygnałów istotnie wykraczających poza proste potwierdzenie swobody ustawodawczych decyzji w omawianym zakresie. Skoro jednak zasadniczą treścią oby wyroków było stwierdzenie konstytucyjności badanych regulacji, można było owe sygnały ująć w bardziej mglistą formę prawną.

**9.** Inna była sytuacja włoskiego Trybunału Konstytucyjnego, bo tamtejszy parlament nie decydował się na przyjęcie ustawodawstwa regularyzacyjnego. Generowało to sprawy przed sądami, w których pary monoseksualne opierały swoje żądania na założeniu, że konstytucja włoska (a także – EKPCz) stwarza im „prawo” do takiej regularyzacji.

---

<sup>25</sup> Trybunał *expressis verbis* przywołał tu koncepcję pojmowania konstytucji jako „żyjącego drzewa”, rozwiniętą przez Sąd Najwyższy Kanady w orzeczeniu z 2004 r. potwierdzającym dopuszczalność wprowadzenia małżeństw między osobami tej samej płci.

Ani Trybunał Konstytucyjny, ani tym bardziej pozostałe sądy, nie były jednak gotowe do prostego uznania niekonstytucyjności tradycyjnych przepisów o heteroseksualności małżeństwa. Zarazem jednak dały one w dość jasny sposób wyraz przekonaniu, że brak regularyzacji nie daje się już pogodzić z wymaganiami konstytucyjnymi. W wyroku z 2010 r.<sup>26</sup> Trybunał Konstytucyjny zauważył, iż związki monoseksualne mogą być postrzegane jako „formacje społeczne” w rozumieniu art. 2 Konstytucji, musi im więc przysługiwać odpowiedni zakres konstytucyjnej ochrony (par. 7)<sup>27</sup>. Trybunał sformułował więc wyraźny sygnał, że status związków monoseksualnych ma wymiar konstytucyjny, a to oznaczało, że zgodność aktualnej regulacji (a raczej jej braku) z konstytucją może nasuwać wątpliwości.

Zarazem Trybunał wprowadził dwa istotne zastrzeżenia do swego rozumowania. Po pierwsze, zaznaczył, że poza jego możliwościami kompetencyjnymi pozostaje rozwiązanie tego problemu np. przez zastosowanie „kreatywnej interpretacji” przepisów konstytucyjnych. Rozwiązanie to należy do ustawodawcy jako jedynego decydenta zdolnego do zapewnienia adekwatnej ochrony parom jedнопłciowym<sup>28</sup>. Po drugie, wskazał, że konstytucyjne zobowiązanie ustawodawcy do zapewnienia tej ochrony nie oznacza, że regularyzacja musi się dokonywać w formie związku małżeńskiego. Ustawodawca może wybrać inny mechanizm instytucjonalny, który może okazać się wystarczający dla spełnienia wymagań konstytucyjnych<sup>29</sup>.

Wyrok z 2010 r. można traktować jako kolejny przykład deferencji sądu konstytucyjnego wobec istniejącego stanu prawnego, bo Trybunał ani nie zadeklarował istnienia konstytucyjnego „prawa do monoseksualnego małżeństwa”, ani nie anulował żadnego z badanych przepisów. Odmienne jednak niż pierwsze wyroki we Francji i Portugalii, włoskie orzeczenie wskazało w dość wyraźny sposób, że brak regularyzacji statusu

26 Wyrok nr 138/2010 z 15 kwietnia 2010 r.

27 Art. 2: „Republika uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka, zarówno jako jednostki, jak i uczestnika grup społecznych, w których rozwija on swoją osobowość i wymaga wypełniania nie dających się uchylić obowiązków solidarności politycznej, ekonomicznej i społecznej”.

28 Zwłaszcza par. 7 wyroku. Zob. S. Ragone, V. Volpe, *An Emerging...*, s. 454–455.

29 Stanowisko to znalazło potwierdzenie w dalszym orzecznictwie włoskiego TK; zob. omówienie w wyroku ETPCz w sprawie *Oliari*, par. 45.

par monoseksualnych jest sprzeczny z konstytucją i że ustawodawca jest konstytucyjnie zobowiązany do wypracowania adekwatnego rozwiązania. Innymi słowy, deferencja wobec ustawodawcy nie sięgnęła, jak gdzie indziej, do potwierdzenia konstytucyjności aktualnej sytuacji prawnej. Trybunał postanowił odczekać, ale – w wymiarze materialnym – jego rozstrzygnięcie zawierało w sobie stwierdzenie niekonstytucyjności.

Mogło to być odczytane jako wskazówka dla pozostałych sądów, co znalazło odzew w orzecznictwie Trybunału Kasacyjnego, także wskazującego na wątpliwą konstytucyjność istniejącego stanu rzeczy. Sąd ten, rozważając kwestie uznania małżeństwa zagranicznego, doszedł do wniosku, że małżeństwo takie należało uznać za prawnie istniejące, ale nie wywołujące skutków prawnych we Włoszech<sup>30</sup>. Zarazem Trybunał ten „potwierdził godność socjalną związków jedнопłciowych i wykluczył interpretację, że jedнопłciowy charakter małżeństwa zawartego w innym porządku prawnym, daje dostateczną podstawę dla przywołania klauzuli porządku publicznego”<sup>31</sup>.

Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego stało się też jednym z argumentów przywołanych przez ETPCz w wyroku *Oliari*. Trybunał strasburski uznał, iż poglądy włoskich sądów stanowią istotne wskazanie wad istniejącego systemu prawnego i potwierdzają potrzebę jego zmian (par. 180–181). Była to elegancka artykulacja roli „dialogu między sądami”, ale też dodatkowo relatywizowało to argumentację ETPCz. Nie we wszystkich przecież państwach, gdzie brakuje przepisów regularyzacyjnych, orzecznictwo sądowe jest gotowe do sygnalizowania niekonstytucyjności istniejącego stanu rzeczy.

**10.** Austria jest jedynym europejskim przykładem, gdy ustabilizowany sąd konstytucyjny samodzielnie stwierdził niekonstytucyjność badanych przepisów oraz zadekretował wprowadzenie odpowiednich zmian do systemu obowiązującego prawa.

Należy przypomnieć, że ustawodawca austriacki wprowadził w 2009 r. instytucję związków partnerskich, a stało się to w kontekście toczącego się przed ETPCz postępowania w sprawie *Schalk and Kopf*. Status tych

---

<sup>30</sup> Zob. szerzej M. Winkler, *A Case...*, s. 275.

<sup>31</sup> N. Cipriani, *Unioni...*; autor ten wskazuje m.in. wyrok Trybunału Kasacyjnego z 15 marca 2012 r.

związków odbiegał w kilku istotnych kwestiach od statusu związków małżeńskich, co m.in. doprowadziło do dwukrotnego (2013 r. i 2014 r.) stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności kilku przepisów nowej ustawy<sup>32</sup>. Nadal jednak istniały kontrowersje odnośnie dopuszczenia małżeństw jednopłciowych, co znajdowało wyraz także w skargach kierowanych do Trybunału.

W końcu 2017 r. Trybunał orzekł<sup>33</sup>, że pozbawienie par monoseksualnych dostępu do instytucji małżeństwa stanowi naruszenie zasady równości w rozumieniu art. 7 ust. 1 Konstytucji z 1920 r.<sup>34</sup> Przypomniano, że celem wprowadzenia instytucji związków partnerskich było stworzenie parom monoseksualnym jakiejś formy prawnego uznania. Decyzja ta opierała się na założeniu, iż konstytucyjnie dopuszczalne jest zróżnicowanie tej formy w zależności od orientacji seksualnej partnerów, gdyż instytucja małżeństwa w tradycyjnej formie znajduje zakorzenienie w jej społecznym i kulturowym kontekście (pkt III.2.3 wyroku). Teraz Trybunał stwierdził, iż: „zróżnicowanie na dwie odrębne instytucje prawne nie daje się dziś usprawiedliwić w sposób, który nie będzie się opierał na dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej” (pkt III.2.4). Trybunał wskazał, że związki partnerskie, mimo zasadniczego podobieństwa do instytucji małżeństwa, w pewnych sytuacjach stawiają jednak partnerów w gorszej (dyskryminującej) sytuacji prawnej. Doprowadziło to Trybunał do konkluzji, iż „ustawowe rozdzielenie relacji heteroseksualnych i monoseksualnych na dwie oddzielne instytucje prawne naruszyło, wynikający z zasady równości, zakaz dyskryminacji opartej na cechach statusu personalnego” (par. III.2.6). Trybunał odroczył wejście w życie swojego orzeczenia, co miało pozwolić na działania ustawodawcze. Wobec ich niepodjęcia, orzeczenie Trybunału nabrało mocy z dniem 1 stycznia 2019 r.<sup>35</sup>

32 Wyrok z 11 grudnia 2014 r. (G 119–120/2014–12) dotyczył ograniczenia zdolności adopcyjnej par monoseksualnych i został wydany na tle wyroku ETPCz w sprawie *X p. Austria* (10 lutego 2013 r.). Dokonane zmiany ustawodawcze usunęły te ograniczenia.

33 Wyrok z 4 grudnia 2017 r., G 258–259/2017–9.

34 „Wszyscy obywatela są równi wobec ustawy”.

35 Niejako przy okazji Trybunał usunął też rozwiązanie dające możliwość zawierania związków partnerskich tylko przez pary monoseksualne, a pozbawiające tej możliwości pary heteroseksualne. Warto wspomnieć, że to rozwiązanie było wcześniej przedmiotem oceny ETPCz, który nie dopatrywał się w nim naruszenia Konwencji; zob. szerzej L. Garlicki, *Ponadnarodowe...*

Rozstrzygnięcie austriackie jest szczególnie interesujące przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, jak już wspomniano, odbiega ono od „typowych” reakcji europejskich sądów konstytucyjnych, bo Trybunał skorzystał ze swoich kompetencji by usunąć bariery w dostępie par monoseksualnych do instytucji małżeństwa. Nawet jeżeli odroczenie wejścia w życie tego orzeczenia można uznać za ślad podejścia deferencyjnego, to – inaczej niż np. we Włoszech – był to ślad o zupełnie marginalnym charakterze. Po drugie, Trybunał austriacki oparł swoje rozstrzygnięcie na ustaleniu, że rozdzielenie statusu związków partnerskich i związków małżeńskich wprowadza inherentną sytuację nierówności opartej na kryterium orientacji seksualnej i stygmatyzuje związki osób tej samej płci. Nadaje to problemowi zupełnie nowy wymiar konstytucyjny, bo skoro naruszenie zasady równości wynika z samego istnienia dwóch różnych instytucji, to usunięcia niekonstytucyjności nie można dokonać w drodze upodobnienia praw i obowiązków partnerów oraz małżonków. Jedynym rozwiązaniem staje się dopuszczenie małżeństwa jedнопłciowego, a więc uznanie, że parom monoseksualnym przysługuje konstytucyjnie chronione „prawo” do zawierania małżeństw. Jest to interpretacja idąca znacznie dalej niż sygnały formułowane przez inne europejskie trybunały. Przyjmuje natomiast analogiczny tok rozumowania jak wspomniana już opinia doradcza Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka z 24 listopada 2017 r.

**11.** Kilka uwag podsumowujących można sformułować na tle zarysowanych wyżej orzeczeń.

Po pierwsze, sądy w Europie zachowują znaczną dozę powściągliwości w kwestiach statusu związków monoseksualnych. Problem jest uważany za politycznie i kulturowo tak delikatny, iż sądy nie czują się należycie umocowane do narzucania własnych rozwiązań. Raczej uważają, że należyta legitymację do podejmowania decyzji ma przede wszystkim (a może nawet wyłącznie) ustawodawca narodowy, najbliższy „woli narodu”. Podejście to znajduje wsparcie w aktywności legislacyjnej parlamentów. Tam więc, gdzie przyjmowały one nowe ustawodawstwo regularyzacyjne, sądy konstytucyjne nie widziały potrzeby jego kwestionowania. Tam zaś, gdzie tego ustawodawstwa brakowało (jak we Francji czy Portugalii), niechęć sądów do ingerencji trzeba widzieć w kontekście toczących się już prac



legislacyjnych. Nawet we Włoszech, gdzie inercja ustawodawcy przybrała ostrzejszy charakter, wspólne działania sądów krajowych i ETPCz doprowadziły do wydania stosownej ustawy. Odmienna sytuacja wystąpiła jedynie w Austrii – co więcej, powstaje pytanie, czy wyrok z 2017 r. nie stworzył zupełnie nowego wymiaru regularyzacji.

Po drugie, trudno zaprzeczyć, że powściągliwość sądów konstytucyjnych nie wpłynęła ograniczająco na ewolucję realnego poziomu ochrony. We wszystkich omawianych krajach „timing” i treść nowego ustawodawstwa zapewniły ową ochronę, zarazem – czego nie mogłyby zrobić sądy – podbudowując ją silną legitymacją demokratyczną. Z drugiej jednak strony oddanie decyzji w gestię ustawodawcy zatarło wyrazistość konstytucyjnych aspektów regularyzacji. Potwierdzający charakter orzeczeń sądowych nie wymagał jasnego określenia jakie konstytucyjne prawa i zasady determinują status związków monoseksualnych, a w szczególności, czy istnieje – odrębnie definowalne i cieszące się rangą konstytucyjną – „prawo” do regularyzacji, czy wręcz „prawo” do małżeństwa. Kontrastuje to z sytuacją w tych krajach pozaeuropejskich, przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych, gdzie sądy wyraźnie uznały, że konstytucja gwarantuje osobom tej samej płci dostęp do „małżeństwa”.

Po trzecie, sądy narodowe są tylko częściowo wspomagane przez orzecznictwo obu europejskich trybunałów. Trybunał luksemburski nie może ignorować ograniczeń wynikających z ogólnego zakresu prawa unijnego. Trybunał strasburski wykazuje zaś wyraźną deferencję wobec krajowego „marginesu oceny” i nie jest skłonny odejść od literalnej wykładni art. 12 Konwencji.

Czy można wobec tego mówić o uformowaniu się już „standardu europejskiego” określającego status związków monoseksualnych? Przede wszystkim wydaje się, że nadal brak jest kulturowego i politycznego konsensu w tej kwestii. Choć liczne instrumenty europejskie (przyjmowane zarówno w ramach Rady Europy, jak i Unii Europejskiej) zajmują jasne stanowisko co do uniwersalności obowiązku szanowania i uznawania związków o obu orientacjach seksualnych, nadal nie mała grupa państw europejskich nie tylko nie jest gotowa do dopuszczenia jednopłciowych małżeństw, ale także sprzeciwia się wszelkiej prawnej regularyzacji. Można powiedzieć, że wśród państw europejskich zarysowały

dwa przeciwstawne obozy. Rosnąca zaś rola ruchów populistycznych, widoczna też na zachodzie Europy, nie stwarza dobrego klimatu dla przewycięzania tego pęknięcia, w pewnej mierze zresztą odtwarzającego granice dawnego „obozu socjalistycznego”. Utrudnia to formułowanie standardów generalnych i zniechęca sądy do podejmowania bardziej zdecydowanych interwencji.

Niemniej orzecznictwo narodowych sądów konstytucyjnych oraz obu trybunałów europejskich pozwala już na zdefiniowanie pewnych standardów o uniwersalnym charakterze, tak w systemie państw Rady Europy, jak i państw Unii Europejskiej.

Przynajmniej kilka z nich nabrało już na tyle ugruntowanego charakteru, iż można im przypisywać imperatywną naturę.

Po pierwsze, niedopuszczalne jest ustanawianie penalizacji (w szerokim rozumieniu tego pojęcia) konsensualnych kontaktów seksualnych między dorosłymi osobami tej samej płci.

Po drugie, przyjmowanie uregulowań bądź praktyk wprowadzających sektoralne zróżnicowania oparte (bezpośrednio lub pośrednio) na kryterium orientacji seksualnej traktować należy jako zakazaną dyskryminację.

Po trzecie, trwale istniejące związki między osobami tej samej płci muszą być traktowane jako forma „życia rodzinnego” i podlegać ochronie prawnej m.in. z uwagi na wymagania stawiane przez zasadę godności i autonomii decyzyjnej każdej jednostki ludzkiej.

Po czwarte, na zaawansowanym etapie kształtowania znajduje się uniwersalność uznania, że istnieje pozytywny obowiązek ustawodawcy do ustanowienia prawnej regularyzacji statusu związków monoseksualnych. Forma tej regularyzacji (małżeństwo bądź odrębny „związek partnerski”) pozostaje (jeszcze) w sferze uznania ustawodawcy krajowego. Ustawodawca musi jednak zapewnić całościowy charakter uznania (wymikowe uznanie dotyczące poszczególnych dziedzin życia społecznego nie jest już wystarczające) i musi zapewnić pewne minimum praw i obowiązków, nawiązujących do wskazania TSUE, iż konieczne jest zapewnienie możliwości prowadzenia „normalnego życia rodzinnego”.

Po piąte, nie doszło jeszcze do uformowania się standardu traktującego dostęp do związków małżeńskich jako odrębne „prawo” związków monoseksualnych (ich partnerów). Najbliższy osiągnięciu poziomu

takiego standardu jest tylko fragment tego problemu, mianowicie ustalenie, że heteroseksualna definicja małżeństwa (zawarta w konstytucji narodowej bądź traktacie międzynarodowym) nie daje dziś podstawy do interpretacji *a contrario*, więc do uznawania zakazu wprowadzania małżeństw monoseksualnych<sup>36</sup>.

Niezależnie jednak od tego, gdzie zakreślona zostanie granica pomiędzy standardami już ukształtowanymi (wiązącymi) a standardami pozostającymi w procesie kształtowania, niewątpliwe wydaje się istnienie tendencji (trendu) nie tylko do ustanawiania prawnej regularyzacji statusu związków monoseksualnych, ale także – zwłaszcza w bieżącej dekadzie – do otwierania im dostępu do związków małżeńskich. Można więc zastanawiać się, czy sytuacja nie dojrzała już do zajęcia jednoznacznego stanowiska przez ETPCz w tym zakresie, a zatem – inaczej mówiąc – do dokonania jasnej interpretacji ustaleń zawartych w wyroku *Oliari*.

Prawda, że istnienie „trendu” nie jest tym samym co uformowanie się „europejskiego konsensusu”. Ale wiadomo też, że istnienie „tylko” trendu wystarczyło kiedyś, by ETPCz sformułował europejski standard dotyczący statusu osób transseksualnych (także w kontekście ich prawa do zawierania związków małżeńskich)<sup>37</sup>. Nie ma powodu, by Trybunał zapominał dzisiaj o tym dorobku.

### **Same-sex couples and human rights – the emergence of a European standard?**

Protection of persons of „different” sexual orientation constitutes today one of the prominent fields in the human rights jurisprudence on the supranational as well as on the national level in Europe. The initial stages of this process were focused on de-criminalization of sexual contacts and on the removal

---

36 Gdyby doszło do ugruntowania się tego podejścia (a – w skali europejskiej – bardzo istotne znaczenie będzie miała, gdy kiedyś do niej dojdzie, wypowiedź niemieckiego FTK o konstytucyjnych aspektach jednopłciowego małżeństwa), nowego spojrzenia wymagać będzie sposób interpretowania art. 18 Konstytucji RP. Dotknie to nie tylko pozytywnego obowiązku instytucjonalizacji związków monoseksualnych (zob. L. Garlicki, w: *Konstytucja...*, s. 500), ale też postawi przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym problem reinterpretacji dotychczasowego orzecznictwa w sprawie heteroseksualnej ekskluzywności instytucji małżeństwa (L. Garlicki, w: *Konstytucja...*, s. 494–495).

37 Wyrok z 11 lipca 2002 r., *Christine Goodwin p. Zjednoczonemu Królestwu*.

of classifications based on sexual orientation. Since the late 1990s, the problem of legal recognition of same-sex couples begun to play a central role. Today, the majority of the European countries (28) allow same-sex marriages or other forms of civil unions (registered partnerships). At the same time, however, Europe remains divided as several post-communist countries are opposing any form of regularization.

This article offers a brief presentation of the most interesting judicial decisions on the matter and attempts to define some emerging European standards concerning the legal status of same-sex couples. The legal regularization of same-sex couples is mostly regarded as a legislative matter. Accordingly, the national courts remain deferential to the legislative choices and are not ready to develop the constitutional dimension of the problem. A similar approach is visible in the case-law of both European courts, whereas the Luxembourg Court (CJEU) seems nowadays to be more open to the full recognition of same-sex couples than the Strasbourg Court (ECtHR). Nevertheless, there is a visible trend to recognize a positive obligation of all European countries to provide some form of legal recognition to same-sex couples, which may, but not has to, take the form of a regular marriage.

**Keywords:** human rights, same-sex couples, constitutional courts, European courts, same-sex marriage, registered partnership, constitutions

**Leszek Garlicki** – prof. dr hab., Uniwersytet Warszawski (*profesor emeritus*), sędzia Trybunału Konstytucyjnego (1993–2001) i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (2002–2012). Doktor h.c. Uniwersytetu Gdańskiego. Autor licznych publikacji z dziedziny prawa konstytucyjnego i praw człowieka. *Visiting professor* w szeregu uczelniach w USA, Izraelu, Francji i Hong Kongu.

## Bibliografia

- Cipriani M., *Unioni civili. Same-sex partnerships law in Italy*, „The Italian Law Journal” 2017, no. 2.
- Garlicki L., *Ponadnarodowe standardy ochrony związków monoseksualnych*, w: *Księga Jubileuszowa dla Profesora Witolda Góralskiego* (w druku).
- Garlicki L., w: *Konstytucja RP. Komentarz, t. I*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.

- Garlicki L., *Związki monoseksualne w najnowszym orzecznictwie SN USA i ETPCz o prawach jednostki*, w: *Wokół wybranych problemów konstytucjonalizmu. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Bałabana*, red. J. Ciapała, P. Mijał, Warszawa 2017.
- Kommers D.P., Miller R.A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham and London 2012
- Pawliczak J., *Zarejestrowanie związku partnerskiego przez osoby różnej płci*, PiP 2019, nr 4.
- Ragone S., Volpe V., *An Emerging Right to a „Gay” Family Life?*, „German Law Journal” 2016, no. 3.
- Szczerba-Zawada A., *Pochodne prawo pobytu współmałżonka obywatela Unii Europejskiej tej samej płci – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 5.06.2018 r., C-673/16, Relu Adrian Coman i in.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2018, nr 11.
- Winkler M., *‘A Case with Peculiarities’: Mixed Same-Sex Marriages before the Supreme Court*, „The Italian Law Journal” 2018, no. 1.