

KS. TOMASZ RAKOCZY
Instytut Prawa Ordo Iuris, Warszawa
ORCID: 0000-0001-5820-5437

RACJE SKŁANIAJĄCE USTAWODAWCĘ NIEMIECKIEGO DO UCHYLENIA PRZESŁANKI RÓŻNICY PŁCI DO ZAWARCIA MAŁŻEŃSTWA

Treść: Wstęp. – 1. Pierwotne stanowisko niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego i doktryny prawa. – 2. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego relatywizujące linię orzeczniczą. – 3. Stanowisko doktryny o legalności małżeństw osób homoseksualnych. – 4. Argumenty społeczne za zniesieniem przesłanki odmienności płci. – 5. Etapowość w odejściu od przesłanki różnicy płci. – Wnioski.

Ustrojodawca niemiecki w art. 6 Konstytucji Niemiec (Grundgesetz, dalej: GG) głosi, że: „Małżeństwo i rodzina znajdują się pod szczególną ochroną porządku państwowego”¹. Tak sformułowany przepis prawny nie zawiera definicji legalnej pojęcia małżeństwa ani rodziny. W szczególności nie wskazuje, kto tworzy małżeństwo i tym samym nie definiuje małżeństwa jako związku osób odmiennej płci. Ten fakt doprowadził do radykalnej zmiany. Od 1 października 2017 roku w Niemczech nie obowiązuje przesłanka różnicy płci do zawarcia małżeństwa. Zmiana dokonała się decyzją ustawodawcy, przez nowelizację kodeksu cywilnego. Przedstawiciele niemieckiej doktryny prawa wiodą spór czy przedmiotowa zmiana jest zgodna

¹ Art. 6 Grundgesetz: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949, BGBl. IS 1, zuletzt geändert durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21 Juli 2010, BGBl. IS. 944.

z Konstytucją. Warto krytycznie prześledzić ścieżkę i racje, które doprowadziły do przedmiotowej zmiany.

1. Pierwotne stanowisko niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego i doktryny prawa

Zdaniem sędzi niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego (Bundesverfassungsgericht, dalej: BVerfG) Karin Graßhof, wyrażonym w grudniu 2015, treść małżeństwa w prawie niemieckim, mimo przemian społecznych i towarzyszących im zmian, nie uległa modyfikacji. Jej zdaniem, małżeństwo w wykładni BVerfG oznacza związek jednego mężczyzny i jednej kobiety, zawarty na czas wymaganej prawnie wspólnoty małżeńskiej, na podstawie wolnej decyzji obu stron, przy współdziałaniu państwa, w którym mężczyzna i kobieta pozostają wzajemnie w równym partnerstwie i mogą decydować o kształcie ich wspólnego życia. Przywołana sędzia stoi także na stanowisku, że brak definicji konstytucyjnej małżeństwa, nie daje bynajmniej prawa ustawodawcy, aby taką definicję skonstruował². Stanowisko o konieczności zachowania odmienności płci małżonków jest także nierzadko wskazywane przez aktualne komentarze do niemieckiej Konstytucji, uznające, że niemałżeńskie i podobne małżeństwom związki nie są małżeństwami w sensie konstytucyjnym³.

Ponadto, poszukując podmiotów, które konstytuują małżeństwo, nie należy lekceważyć wykładni systemowej, a więc innych przepisów konstytucyjnych, a w szczególności art. 1 i 20 GG⁴. Odwołują się

² K. GRABHOF, *Ehe als geschütztes Rechtsgut*, w: Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, K. Graßhof (herausg.), 192 Aktualisierung NBVerfG, C.F. Müller, Dezember 2019, s. 11-12.

³ G. ROBBERS, *Die Ehe*, w: Grundgesetz. Band 1. Kommentar, P. Huber, A. Vosskuhle (ed.), C.H. Beck, München 2018, s. 758; GROEGER, HOFMANN, *Art. 6 GG – Ehe, Familie, nichteheliche Kinder*, w: GG. Kommentar, Dombusch (herausg.), Luchterhand Verlag 2019, <https://research.wolterskluwer-online.de/document/01ea5cc0-4203-39f4-865a-3218d3ea0005>, p. B.

⁴ Art. 1: „(1) Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem wszelkich władz państwowych. (2) Naród niemiecki uznaje dlatego nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za

one do elementów kulturowych, wskazujących tożsamość Narodu Niemieckiego. Do nich, zdaniem Hofmanna, należy zaliczyć obok obowiązku ochrony równouprawnienia, ochronę niedziel i dni świątecznych, zakaz ustanowienia Kościoła państwowego, a także ochronę prawną małżeństwa, które tworzyć może właśnie tylko mężczyzna i kobieta, a dokładniej tylko jeden mężczyzna i jedna kobieta⁵. Małżeństwo pod rządami poprzednio obowiązującego kodeksu cywilnego z 1900 roku, w ówczesnym § 1306, było rozumiane jako związek dwóch osób odmiennej płci. Równość płci małżonków była w sposób oczywisty wykluczana⁶.

Ważne znaczenie dla rozważenia konstytucyjnej wykładni struktury małżeństwa ma także klauzula porządku publicznego (*Öffentliche Ordnung*), zawarta w art. 6 prawa prywatnego międzynarodowego (*Internationales Privates Recht*, dalej: IPR). Stanowi ona, że: „Norma prawna państwa obcego nie może mieć zastosowania, jeśli jej aplikacja prowadziłaby do wniosku, że jest niepołączalna w sposób oczywisty z istotnymi zasadami prawa niemieckiego. W szczególności nie można jej włączyć, jeśli stosowanie jest niepołączalne z prawami podstawowymi”⁷. Przez istotne zasady prawa niemieckiego należy rozumieć uregulowania, które stanowią rdzeń (*Kernbestand*) prawa

podstawę każdej społeczności ludzkiej, pokoju i sprawiedliwości na świecie. (3) Poniższe prawa podstawowe jako prawo bezpośrednio obowiązujące wiążą ustawodawstwo, władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości”; art. 20a: „Państwo, w poczuciu odpowiedzialności wobec przyszłych pokoleń, chroni w ramach porządku konstytucyjnego naturalne warunki życia i zwierzęta poprzez ustawodawstwo, a stosownie do ustaw i prawa, przez władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości”.

⁵ H. HOFMANN, *Art. 6 Grundgesetz*, w: GG. Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, B. SCHMIDT-BLEIBTREU, F. KLEIN, Carl Heymanns Verlag 2011, s. 271.

⁶ A. ROTH, *Wirkungen der Ehe im Allgemeinen*, w: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, E. KOCH (herausg.), C.H. Beck, 8. Auflage, München 2019, s. 228.

⁷ „Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist“.

wewnętrznego. Ów rdzeń obejmuje prawa podstawowe, które wywodzą się z ustawodawstwa państwa (zwykle zwane jako „cel prawa niemieckiego”), a także z wartości podzielanych przez społeczeństwo (zwykle zwane jako „dobre obyczaje”). Przez prawa podstawowe należy natomiast rozumieć doniosłe wartości konstytucyjne. Wskazana klauzula, nie pozwala więc zastosować w prawie niemieckim, ani tym bardziej nie pozwala ustawodawcy włączyć do porządku prawnego takich konstrukcji państw obcych, które stoją w jawnej sprzeczności z fundamentami prawa⁸. Kluczowe dla analizowanej kwestii jest stanowisko doktryny w sprawie małżeństw osób tej samej płci. Niestety nie jest ono jednolite. Niektórzy z autorów uważają, że małżeństwo zawarte przez osoby tej samej płci stanowi naruszenie istotnych zasad prawnych⁹, a inni – powołując się na ustawę umożliwiającą zawarcie małżeństwa osobom tej samej płci – że przedmiotowa regulacja nie stanowi takiego naruszenia¹⁰.

W tym aspekcie warto przywołać różnicę w kształcie analogicznego przepisu, który zawierała Konstytucja Weimarska w art. 119. Ustrojodawca głosił w nim, że: „Małżeństwo jako podstawa życia rodzinnego oraz ochrona i podstawa powiększenia Narodu, znajduje się pod szczególną ochroną Konstytucji”. Przywołany przepis wykładano, postrzegając małżeństwo jako podstawę prokreacji, służące fizycznemu utrzymaniu i powiększeniu Narodu. Porównując normy obu przepisów konstytucyjnych, Hofmann dochodzi do wniosku, że aktualny ustrojodawca dokonał zmiany paradygmatu rodzinno-politycznego¹¹.

⁸ J. MÖRSDORF, *Öffentliche Ordnung*, w: Prütting, Wegen, Weinreich, BGB Kommentar, Luchterhand Verlag 2019, Quelle: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/ef18e9b8-48fb-362a-894b-03a65d97630c>, p. 1-13; S. LORENZ, *Öffentliche Ordnung*, w: H. Bamberger u.a., *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Band 5, München 2020, s. 1470.

⁹ J. MÖRSDORF, *Öffentliche Ordnung ...*, p. 20.

¹⁰ J. HEIN, *Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft*, in: J. Hein, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 11, München 2018, s.562.

¹¹ Art. 119 WRV: „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung“.

2. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego relatywizujące linię orzeczniczą

Za pierwsze naruszenie linii orzeczniczej BVerfG można uznać jego wypowiedź z 1982 roku (BVerfGE 62, 323, 329), dotyczącą tzw. małżeństw kulawych (Hinkende Ehen), a więc związków, które zostały zawarte za granicą Niemiec i z powodu określonych braków formalnych nie mogły zostać uznane za małżeństwa. Trybunał stwierdził, że główny akcent przepisu art. 6 GG spoczywa na trosce państwa o małżeństwa i rodziny, a nie na definiowaniu ich struktury. Przywołany przepis, zdaniem BVerfG należy, więc głównie analizować pod kątem konsekwencji, które spoczywają na państwie wobec istniejących w Niemczech małżeństw i rodzin, a nie na wskazywaniu, kto je tworzy lub posiada uprawnienie do ich tworzenia¹².

Tym samym, przywołana wypowiedź BVerfG dała impuls ku rozszerzonej wykładni definicji małżeństwa, przez które należy rozumieć związki zawarte na całość długości życia, a w każdym przypadku na wymaganą prawem długość trwania małżeństwa, jako stosunku prawnego (tzn. do momentu jego rozwiązania albo przez rozwód, albo przez śmierć). Z tak rozumianej wykładni przepisu, gwarantującego ochronę małżeństwa, wyłączona jest z pewnością poligamia i związki zawarte na określony czas. W szczególności, poligamii nie uznaje Zachodnia tradycja prawa, choć orzecznictwo niemieckie jest skłonne uznać kolejną żonę, jako członka rodziny i także roztoczyć nad nią ochronę prawną. Inne „niemażeńskie wspólnoty życia”, jak i „podobne małżeństwom wspólnoty życiowe” (*nichteheliche und eheähnliche Lebensgemeinschaften*) chociaż nie stanowią małżeństwa w rozumieniu orzecznictwa konstytucyjnego, nie są jednakże prawnie zakazane. Uznaje się je za podobne małżeństwom, zwłaszcza, jeśli chodzi o trwanie (wymaganej przez przepis konstytucyjny) wspólnoty życiowej. Tym samym wymagają one ochrony prawnej¹³.

H. HOFMANN, *Art. 6 Grundgesetz ...*, s. 270.

¹² G. ROBBERS, *Die Ehe ...*, s. 759.

¹³ TAMŻE s. 756-757.

Kolejnym, niezwykle ważnym orzeczeniem, mającym wpływ na rozszerzenie wykładni art. 6 GG było stanowisko BVerfG z jego posiedzenia kameralnego z 4 października 1993. Orzeczenie odwołało się do derogacji przestępstwa czynów homoseksualnych w Niemczech w 1969. Trybunał stwierdził mianowicie, że: „Nie przedstawiono żadnych dowodów wskazujących, że dokonała się zmiana rozumienia małżeństwa w tym zakresie, że różnica płci nie ma już istotnego znaczenia. Stąd Trybunał odrzuca możliwość konstytucyjnego otwarcia małżeństwa dla związków homoseksualnych, ale jednocześnie nakazuje ustawodawcy zainicjowanie dalszych kroków w celu prawnego uznania związków par homoseksualnych. Analogiczne stanowisko BVerfG zajmował wielokrotnie (BVerwG, NVwZ 1997, 190; BVerfG, NJW 1993, 3058)¹⁴.

Kolejnym wartym uwagi orzeczeniem Trybunału jest jego wyowiedź z 27 maja 2008 (BVerfGE 121, 175 (189ff)), w której odniósł się on do małżeństw osób transseksualnych. W stanie faktycznym, chodziło o to, że po zawarciu małżeństwa, jeden z małżonków dokonał zmiany płci. Mimo to, małżonkowie deklarowali chęć pozostania w swoim małżeństwie. BVerfG uznał, że w małżeństwie nastąpiło naruszenie wymagania zachowania jednolitego stanu rodzinnego względem ogólnego prawa personalnego i art. 6 GG. Orzeczenie Trybunału zmusiłoby małżonków albo do rozwodu, albo do powstrzymania się od zmiany stanu personalnego. Jednocześnie BVerfG wskazał, że ustawodawca winien wykazać podobny interes legislacyjny w utrzymaniu małżeństwa osób odmiennej, jak i tej samej płci. Trybunał wskazał, że ustawodawca winien rozstrzygnąć czy należy umożliwić prawne trwanie małżeństwa małżonkom, którzy po zawarciu małżeństwa, odkryli czy też ujawnili swoją transseksualność i z powodu tej głębokiej zmiany ich relacje małżeńskie nie zostały zniszczone, a tym samym nadal chcą utrzymać swoje małżeństwo. W odpowiedzi ustawodawca niemiecki w dniu 17 lipca 2009 derogował § 8 ust. 1

¹⁴ F WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Perspektive*, Tübingen 2018, s. 11.

nr 2 ustawy o zmianie imion i stwierdzeniu i przynależności do płci w szczególnych przypadkach (Transsexuellen gesetz), głoszący, że zmiana imienia po zawarciu małżeństwa jest wykluczona¹⁵. Tym samym otworzył możliwość dalszego trwania tego rodzaju małżeństw. Przedmiotowa zmiana została przyjęta jako krok ku uznaniu małżeństw osób tej samej płci, a jednocześnie otworzyła nową wykładnię przepisu art. 6 GG. Tym samym uznano, że art. 6 GG chroni zarówno małżeństwo jako instytucję prawną, w której mężczyzna i kobieta tworzą wspólnotę życiową, jak i małżonków, którzy w wolności kształtują swoje życie małżeńskie, a w nim dalsze ich interesy. W doktrynie wskazuje się, że przywołanego orzeczenia BVerfG nie należy rozumieć jako dowodu na dokonanie gruntownej zmiany w rozumieniu istoty małżeństwa, ale jako ukazanie konfliktu między tradycyjnym rozumieniem małżeństwa, a prawem osób transseksualnych i treścią ich małżeństwa¹⁶.

Aktualnie podnosi się, że najprostszym sposobem przecięcia toczącej się dyskusji nad konstytucyjnością małżeństw osób tej samej płci byłoby wniesienie do BVerfG skargi o zbadanie zgodności z Konstytucją ustawy. Taką możliwość Konstytucja daje, według art. 93 ust. 1 nr 2 w przypadku różnicy zdań lub (nawet) wątpliwości, co do formalnej i materialnej zgodności prawa federalnego z Ustawą Zasadniczą: rządowi Niemiec, rządowi kraju związkowego lub grupie jednej czwartej członków Bundestagu¹⁷. W stanie faktycznym, żaden z uprawnionych podmiotów, jak dotąd nie skorzystał z przysługującego uprawnienia. Angela Merkel, zapytana w czerwcu 2017 czy umożliwienie parom homoseksualnym zawierania małżeństwa wymagać będzie zmiany Konstytucji czy też wystarczająca jest zmiana w kodeksie cywilnym

¹⁵ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtzugehörigkeit in besonderen Fällen von 10 September 1980, BGBl. I S 1654.

¹⁶ F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle...*, s. 41-44.

¹⁷ Art. 93 Abs. 1 nr 2 GG: „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages“.

(Bürgerliches Gesetzbuch), dalej: BGB, odpowiedziała, że nie zamierza rozwijać odpowiedzi na to pytanie¹⁸.

W literaturze odnotowuje się kilka wypowiedzi i argumentacji trybunałów konstytucyjnych innych państw w tej kwestii, stanowiących zapewne argumentację pomocniczą. Podnosi się wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego Austrii, który w orzeczeniu z dnia 4 grudnia 2017 przyjął dynamiczną wykładnię terminu „małżeństwo”. Uznał tym samym, że wykluczenie osób homoseksualnych z możliwości zawarcia małżeństwa i przyznanie im jedynie możliwości zawierania związków partnerskich, stanowi wyraz ich dyskryminacji¹⁹. Podobnie orzekł Trybunał Konstytucyjny w Tajwanie z dnia 24 maja 2017, który uznał wykluczenie par homoseksualnych z możliwości zawarcia małżeństwa za niezgodne z Konstytucją, a także za naruszenie zakazu dyskryminacji i wolności zawarcia małżeństwa. W szczególności Trybunał wskazał, że rola prokreacyjna nie stanowi przesłanki funkcjonowania małżeństwa. Jednocześnie ustawodawca zwykły uzyskał okres dwóch lat na wypracowanie ram prawnych umożliwiających zawarcie małżeństwa parom jedнопłciowym²⁰.

3. Stanowisko doktryny o legalności małżeństw osób homoseksualnych

Wobec bezpośredniego braku wypowiedzi BVerfG w zakresie konstytucyjności małżeństw dla osób tej samej płci i co gorsza jednoczesnego braku perspektyw dla wyłonienia podmiotu zainteresowanego zgłoszeniem przedmiotowego wniosku, jedynie doktrynie pozostaje dokonywać analizy i wieść spór czy konstrukcja małżeństwa (a także związków partnerskich) dla osób tej samej płci jest zgodna z niemiecką Konstytucją. W niniejszym dyskursie podnosi się argumenty za i przeciw. Jeśli chodzi o argumenty sugerujące brak zgodności, a tym

¹⁸ A. ERBARTH, *Die bürgerliche Ehe für Personen gleichen Geschlechts – keine Ehe für alle*, Familien-Rechtberater 11 (2017), s. 430.

¹⁹ H. MAUTNER, *Ehe und Familie für alle? Die sexuelle Orientierung als zivilrechtliches Problem*, Graz 2018, s. 195-197.

²⁰ F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle...*, s. 239.

samym odnoszące się do zniesienia przedmiotowej możliwości, podnosi się m.in., że: stanowisko BVerfG sięgające dziesiątek lat zgodnie uznawało istotę małżeństwa (Kernelement) za związek mężczyzny i kobiety. Wykładnia celowościowa małżeństwa prowadzi do uznania jedynie związku osób odmiennej płci, bo tylko taki daje gwarancję zrodzenia i wychowania dzieci i zapewnia trwałości Narodowi. Stąd, otwarcie możliwości do zawarcia małżeństwa dla osób tej samej płci stanowiłoby zmianę strukturalną małżeństwa i domagałoby się zmiany Konstytucji, a nie jedynie wprowadzenia nowelizacji ustawy²¹.

Z drugiej strony, doktryna podnosi argumenty za konstytucyjnością otwarcia małżeństwa dla osób tej samej płci. Uważa, że dyskusję w tej kwestii zapoczątkowały wypowiedzi Trybunału odnośnie do osób heteroseksualnych, jak i zasada równości, w której (jak się podnosi) mieści się prawo osób homoseksualnych do zawarcia małżeństwa. Zwolennicy utrzymania małżeństw dla osób tej samej płci wywodzą swoje racje z wykładni przepisu art. 6 GG, zgłaszając, że podlega ona ewolucji, że nie może być „skamieniała” i przy powstających ważnych argumentach musi podlegać rewizji. Wykładnia ścisła przedmiotowego przepisu prowadzi ich zdaniem jedynie do obowiązku nałożonego na ustrojodawcę, aby ten zapewnił ochronę związku małżeńskiego, bez definiowania jego struktury personalnej. Tym samym, *a contrario*, niezgodne z niemiecką Konstytucją, byłoby jedynie umożliwienie zawiązywania związków czasowych lub poligamicznych. Kluczowe cechy małżeństwa, o których mowa jest w innych przepisach Konstytucji, jak: trwałość czy wzajemna odpowiedzialność za siebie małżonków mogą być równie dobrze chronione w paralelnej instytucji prawnej, którą mogą tworzyć osoby tej samej płci. Jeśli chodzi natomiast o dobro dzieci, to zdaniem zwolenników rozszerzenia definicji małżeństwa, może ono być równie dobrze realizowane w związkach partnerskich, jak i (co także ma miejsce obecnie), gdy dzieci są pozbawione rodziców w ogóle. Wynika stąd, że realizacja

²¹ TAMŻE, s. 127-131.

zasady dobra dziecka nie wymaga obecności rodziców przy dzieciach, ani także obecności rodziców odmiennej płci²².

4. Argumenty społeczne za zniesieniem przesłanki odmienności płci

W zgłoszonym uzasadnieniu do projektu ustawy o wprowadzeniu prawa do zawarcia małżeństwa osób tej samej płci podniesiono między innymi nową wykładnię przepisu art. 6 GG. Uznano, że bez konieczności zmiany brzmienia przepisu, jego nową wykładnię wymusza zmiana wartości preferowanych przez współczesne społeczeństwo. Wskazano, że aktualnego przepisu art. 6 GG nie należy wyklądać, jak analogicznego przepisu z Konstytucji Weimarskiej, który rozumiał małżeństwo jako podstawę rodziny i gwarancję prokreacji Narodu. Współczesne małżeństwo ma stanowić wsparcie i odpowiedzialność wspólnoty, którą tworzy i to niezależnie od rodziny, która może z niego powstać, a także niezależnie od tego czy małżeństwo konstytuują osoby różnej czy tej samej płci²³. Stąd w ochronie konstytucyjnej mieszczą się także małżeństwa homoseksualne i niemające dzieci. Jak wykazano na podstawie aktualnego orzecznictwa BVerfG, rodzicielstwo biologiczne bynajmniej nie wyprzedza rodzicielstwa prawnego i socjalnego. Istotne znaczenie dla otwarcia małżeństwa na osoby tej samej płci miało przekonanie społeczne. Dowodzą go sondaże, które wykazują poparcie dla rozszerzenia małżeństwa na związki osób tej samej płci. Dla ludzi współczesnych nie ma różnicy między małżeństwem, a rodziną; między zawarciem małżeństwa, a wstąpieniem w związek partnerski. Społeczeństwo jest zdania, że małżonkowie, jak i partnerzy mają te same prawa i obowiązki²⁴. Podnosi się w końcu, że zakaz zawierania małżeństw dla osób homoseksualnych stanowi ich dyskryminację, a z tą trzeba skończyć²⁵.

²² TAMŻE, s. 128-129.

²³ A. ERBARTH, *Die bürgerliche Ehe ...*, s. 431.

²⁴ F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle...*, s. 10-11.

²⁵ H. GRZIWOTZ, *Rechtsprechungsübersicht zur eingetragener Lebenspartnerschaft*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 23 (2015), s. 2014.

Zdaniem zwolenników rozszerzenia definicji małżeństwa, istotne są także wcześniejsze zmiany społeczne, które prowadziły do liberalizacji instytucji małżeństwa, pokazując tym samym coraz bardziej idące odejścia od pierwotnych ram. Wskazano na odejście od zakazu zawierania małżeństw w Ameryce między przedstawicielami różnych ras tak, że ostatecznie umożliwiono zawarcie małżeństwa między białymi i czarnoskórymi Amerykanami. Kuriozalnie powołano się także na odejście Kościoła od zakazu zawierania małżeństwa między katolikami, a osobami innych wyznań²⁶.

Innym argumentem orędującym za rozszerzeniem kręgu podmiotów tworzących małżeństwo są wreszcie stanowiska innych państw, wprowadzających prawo do zawierania związków małżeńskich dla osób tej samej płci, w bliskim czasie odnośnie do sytuacji w Niemczech. Stało się tak m.in. w: Holandii (2001), Belgii (2003), Hiszpanii (2005), Szwecji (2009), Portugalii (2010), Danii (2012), Francji (2013), Anglii i Walii (2013), Szkocji (2014), Luxemburgu (2015), Irlandii (2015)²⁷.

Wprowadzeniu możliwości zawierania związków partnerskich, a następnie małżeństw dla par homoseksualnych sprzyjał także faktyczny stan funkcjonowania społeczeństwa w Niemczech. Budowała go przede wszystkim akceptacja stanowiska, że pozostawanie w związkach małżeńskich nie stanowi jedynej formy życia wspólnego. W 1999 roku w związkach niezawartych pozostawało 2,1 miliona par, a w 2015 liczba ta wzrosła do 2,8 miliona. Według danych podanych przez Niemiecki Urząd Statystyczny (das Statistische Bundesamt) w 2010 roku we wspólnym pożyciu pozostawało 63 000 par homoseksualnych. W roku 2011 zostało zawartych 34 000 związków partnerskich. Natomiast w roku 2015 w związku faktycznym pozostawało 94 000 takich par, z czego 43 000 zdecydowało się na formalny związek. W 2017 (od stycznia do września) zawarto 407 466 małżeństw oraz 5.918 związków partnerskich. Analiza liczby rozwodów pokazuje, że we wskazanym czasie roku 2017 rozwiązano 153 501 małżeństw

²⁶ F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle...*, s. 13.

²⁷ TAMŻE, s. 239.

i 1.243 związków partnerskich. Na podstawie wskazanych danych, zdaniem Kleinwegenera, o związkach partnerskich można mówić jako o instytucji prawnej z racji na to, że ich trwałość wykazuje większą tendencję niż małżeństw²⁸.

5. Etapowość w odejściu od przesłanki różnicy płci

Pierwszym istotnym krokiem prawodawcy niemieckiego w uchyleniu przesłanki różnicy płci stało się promulgowanie ustawy z dnia 1 sierpnia 2001 roku o zakończeniu dyskryminacji społeczności jedнопłciowej²⁹, wraz z powiązaną z nią ustawą z dnia 16 lutego 2001 o związkach partnerskich. Jej § 1 stanowił, że: „Dwie osoby tej samej płci, które wobec urzędnika państwowego osobiście i przy równoczesnej obecności zapewnią, że chcą prowadzić między sobą związek na cały czas życia (partnerka lub partner) zawierają związek partnerski. Zapewnienie nie może zostać złożone pod warunkiem lub określeniem czasowym”³⁰. Projekt przedmiotowej ustawy został wniesiony do parlamentu niemieckiego w lipcu 2000 roku przez ówczesną rządową koalicję SPD i ugrupowania 90 posłów Grünen. Był rozumiany jako zakończenie dyskryminacji związków jedнопłciowych i prawne zapewnienie prowadzonych przez takie pary związków, w ich seksualnej tożsamości. Projekt bardzo szeroko normował uprawnienia związków partnerskich, ponieważ obok regulacji rodzinno-prawnych przewidywał rozległe unormowania w zakresie socjalnym, podatkowym, urzędowym i w prawie międzynarodowym. Tak szerokie unormowanie związków partnerskich nie zostało jednak przyjęte

²⁸ J. KLEINWEGENER, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, w: K. Schitzler, Münchener Anwalts Handbuch. Familienrecht, C.H. Beck 2020, s. 1465.

²⁹ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften vom 1 August 2001, GBGI I 266.

³⁰ 1. Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gegenüber dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen (Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner) begründen eine Lebenspartnerschaft. 2. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden, Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (LPartG) vom. 16. Februar 2001 (BGBl. I 266).

przez ustawodawcę niemieckiego. Projekt został podzielony na dwie części. Pierwsza – Prawo o zakończeniu dyskryminacji wspólnot homoseksualnych, łącznie z przepisami dotyczącymi wprowadzenia związków partnerskich wraz ze złączonymi z nimi istotnymi prawami (LPartDisBG) została przyjęta przez parlament. Natomiast część druga – prawo o uzupełnieniu związków partnerskich i innych praw (LPartGErgG) nie uzyskała aprobaty parlamentu³¹.

Po wejściu w życie ustawy o związkach partnerskich wypowiedział się w sprawie jej zgodności z Konstytucją BVerfG dnia 17 lipca 2002³². Wskazał, że przedmiotowe związki nie pozostają w sprzeczności z art. 6 GG i że stanowią odmienną formę wobec małżeństwa. Związki partnerskie nie są „małżeństwami z fałszywą etykietą”. Obie formy mają odmiennych adresatów i nie pozostają wobec siebie w konkurencji³³. Uznał także, że treść przepisu art. 6 GG jest wystarczająca i nie potrzeba jej zmieniać w celu wskazania innych form życiowych względem małżeństwa. W późniejszych orzeczeniach Trybunał podkreślał, że aktualna podstawa prawna małżeństwa uzasadnia także inne formy życiowe³⁴.

Ustawodawca niemiecki nie poprzestał na wprowadzeniu do porządku prawnego przedmiotowej ustawy i postąpił dalej, promulgując dwie kolejne ustawy, coraz bardziej przybliżające status prawny związków partnerskich do małżeństw. Z dniem 1 stycznia 2005 weszła w życie Ustawa o rewizji ustawy o związkach partnerskich³⁵, zapewniająca związkom partnerskim dalsze uprawnienia. Dotyczyły

³¹ D. HAHN, *Begründung der Lebenspartnerschaft*, w: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. Band 4, H. Bamberger, W. Hau, H. Roth, R. Poseck (herausg.), C.H.Beck, München 2019, s. 2446; D. KAISER, *Gleichgeschlechtliche Ehe – nicht ganz gleich und nicht für alle*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 23 (2017), s. 1889.

³² BVerfGE 105, 313, D. HAHN, *Begründung der Lebenspartnerschaft ...*, s. 2446.

³³ D. KAISER, *Gleichgeschlechtliche Ehe ...*, s. 1890.

³⁴ BVerfGE 126, 400; BVerfGE 131, 329; D. HAHN, *Begründung der Lebenspartnerschaft ...*, s. 2446.

³⁵ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15 Dezember 2004, BGBl. I. s. 3396.

one prawa majątkowego, alimentacji, rozwiązania związku, prawa do opieki, renty rodzinnej. Dalsze zrównania uprawnień związków partnerskich z małżeństwami zostały wprowadzone przez kolejny akt prawny, tj. ustawę o zrównaniu prawa partnerów życiowych³⁶, która weszła w życie z dniem 26 listopada 2015. W innych kwestiach dotyczących braku równości w uprawnieniach między małżeństwami a związkami partnerskimi wypowiadał się niemiecki BVerfG na korzyść związków partnerskich, np. w zakresie prawa spadkowego, zasiłku rodzinnego czy rozłamu życia partnerskiego. Istotną różnicą pozostała jednak wciąż kwestia adopcji³⁷.

Ostatnim krokiem ustawodawcy niemieckiego stała się decyzja parlamentu z dnia 30 czerwca 2017 roku, kiedy to przegłosowano ustawę umożliwiającą zawarcie małżeństwa osobom tej samej płci. Przedmiotowa ustawa z dnia 20 lipca 2017³⁸ weszła w życie 1 października 2017. Kluczową regulacją przywołanej ustawy było zniesienie przesłanki różnicy płci do zawarcia małżeństwa w BGB. Odtąd w Niemczech stało się głośne hasło: „Ehe für alle” (małżeństwo dla wszystkich). Aktualny § 1353 BGB, który dotąd stanowił o przesłance różnicy płci w zawarciu małżeństwa, od 1 października 2017 roku głosi, że: „1. Małżeństwo może zostać zawarte przez dwie osoby odmiennej lub tej samej płci na czas długości życia. Małżonkowie są wzajemnie zobowiązani do zachowania małżeńskiej wspólnoty życiowej; ponoszą wzajemną odpowiedzialność”³⁹. Jednocześnie, wraz z wejściem w życie przedmiotowej ustawy została uchylona ustawa o związkach partnerskich. Od wskazanej cezury czasowej (30 wrześ-

³⁶ Gesetz zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner vom 20. November 2015, BGBl. I S. 2010.

³⁷ Por. Orzeczenia przywołane w niniejszych zakresach w: F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle...*, s. 7-8.

³⁸ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20 Juli 2017, BGBl. I S 2787, in Kraft getreten am 1. 10. 2017.

³⁹ § 1353 BGB: „1. Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung.“; zob. F. WOLLENSCHLÄGER, D. COESTER-WALTJEN, *Ehe für Alle ...*, s. 9.

nia 2017) w Niemczech nie można zawrzeć związku partnerskiego, lecz jedynie małżeństwo. Osoby żyjące w związkach partnerskich mogą przekształcić swój związek w małżeństwo. Nie są jednak do tego zmuszone ani tym bardziej nie stają się one małżeństwami z mocy samego prawa. Zawarte przez nich związki partnerskie pozostają w mocy⁴⁰.

Wnioski

1. Ustrojodawca niemiecki nie podał definicji małżeństwa. Stan taki *de lege lata* uznać należy za niewłaściwy. Początkowo nie była ona potrzebna, ponieważ przepis w momencie jego konstruowania był jasny. Małżeństwo zarówno dla autorów Konstytucji Weimarskiej, jak i Konstytucji aktualnie obowiązującej oznaczał związek mężczyzny i kobiety. Co prawda ustawodawca w kodeksie cywilnym ustanowił przesłankę odmienniej płci dla kandydatów do zawarcia małżeństwa, ale ten argument stał się niewystarczający w konfrontacji z aktualnymi wydarzeniami społecznymi.
2. Odejście od ścisłej wykładni przepisu art. 6 GG rozpoczęło się od zwrócenia uwagi na małżeństwa kulejące, jak i następnie na małżeństwa heteroseksualne po zmianie płci. Orzecznictwo konstytucyjne wskazywało, że także i takie małżeństwa (czy raczej związki) podlegają trosce państwa. Podkreślano, że chociaż nie każdy związek ludzki stanowi małżeństwo, to jednak państwo winno wypracować mechanizmy pomocy wszelkim wspólnotom.
3. Aktualnie przedmiotowy przepis konstytucyjny wykląda się celowościowo, wskazując, że określa on obowiązek ustawodawcy, by wspierał małżeństwa i rodziny, a nie zajmował się definiowaniem ich struktury. Dalej można mówić już tylko o niebezpiecznym rozwoju wykładni. Odstąpiono od wykładni

⁴⁰ D. HAHN, *Begründung der Lebenspartnerschaft ...*, s. 2445; J. KLEINWEGENER., *Die eingetragene Lebenspartnerschaft ...*, s. 1474-1476; D. KAISER, *Gleichgeschlechtliche Ehe ...*, s. 1890; A. ERBARTH, *Die bürgerliche Ehe ...*, s. 435.

historycznego prawodawcy i racji, którymi on się kierował, uważając za niezmiennie, a przyjęto wykładnię aktualnego prawodawcy, uwzględniającego racje aktualne w rozumieniu prawa. Stanowiły je nowe zdarzenia i przemiany społeczne, które raczej zakłócają niż modyfikują życie społeczne. Wśród nich należy wskazać zwłaszcza odejście od instytucjonalnego małżeństwa na rzecz wolnych związków (na początku heteroseksualnych). Potem dołączono niesłusznie inne fakty, pozostające na zupełnie innej płaszczyźnie (równouprawnienie rasy czarnej w Ameryce, czy umożliwienie małżeństw katolików z nie-katolikami). Dodatkowo sytuację pogłębiła akceptacja ruchów homoseksualnych, która doprowadziła do wniosku, że brak uznania wobec nich możliwości zawarcia małżeństwa stanowi nieuprawnioną dyskryminację.

4. Skoro termin „małżeństwo” został zmodyfikowany wskutek włączenia aktualnych zdarzeń, doktryna prawa niemieckiego zadaje ważne pytania o wykładnię innych (nowych) terminów, wprowadzonych do obiegu prawnego przez ustawodawcę. W szczególności istotne jest pytanie, czym jest płeć kandydata do zawarcia małżeństwa⁴¹? Skoro przez płeć rozumie się nie tyle biologiczną, co raczej prawnie ustaloną, a w przypadku niektórych mężczyzn interseksualnych, którzy są raczej kobiety niż mężczyźni, nie można mówić o płci w ogóle. Do tej pory istniejący system wyróżniał podział jedynie binarny: mężczyźni i kobiety. Nie wyróżnia się płci trzeciego rodzaju. Tym samym osoby, w nim się mieszczące, ściśle są wykluczone z możliwości zawarcia małżeństwa, ponieważ prawo cywilne przewiduje możliwość zawarcia małżeństwa (jedynie) między osobami „legitymizującymi się” jakąś płcią⁴². W kwestii płci rodzi się kolejne pytanie o to, czy jej ujawnienie lub określenie po zawarciu małżeństwa, które spowodowałoby dyskomfort drugiego partnera, może stanowić przesłankę

⁴¹ J. KLEINWEGENER, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft ...*, s. 1474.

⁴² D. KAISER, *Gleichgeschlechtliche Ehe ...*, s. 1897-1898.

do rozwiązania małżeństwa? Tej kwestii nowa regulacja nie przewiduje⁴³. Błędne konsekwencje pokazują błędne rozstrzygnięcia u podstaw.

Reasons of the German legislator to remove the premise of sex difference to contracting marriage

From the October the 1st 2017 two people of the same sex can contract marriage in Germany. The key problem is that the German Constitution does not contain a legal definition of marriage. This legal fact opened discussion about model and subjects of marriage. Originally, both the Constitutional Court and the doctrine of German law stated that only a woman and man could contract marriage. Later, it was recognized that the constitutional provision only imposed on the state the obligation to protect marriage and the family, and thus the legislator was not entitled to define marriage in the scope of its members.

The strict interpretation was chanced by certain judgments of the Tribunal and social events. In particular, the Court ruled on lame and heterosexual marriages as well as civil partnerships. He decided that they all do not fall within the definition of marriage, but that the legislator should provide them with legal protection. At the same time, a number of changes took place in society: the non-marital common life of free unions was accepted, and there was demand to end discrimination against homosexuals. For these reasons, the first law on civil unions was introduced in Germany. Subsequently, the same-sex premise in the Civil Code was introduced, creating the possibility of marriage for homosexuals.

The existing legal status raises doubts as to compliance with the Constitution. However, there is no entity interested in submitting the application. The existing legal status also gives rise to ambiguities regarding the understanding of gender.

⁴³ D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 16 (2017), s. 1286.

SŁOWA KLUCZOWE: prawo niemieckie; płeć; małżeństwo; Trybunał Konstytucyjny

KEYWORDS: german law; sex; marriage; Constitutional Court

NOTA O AUTORZE

KS. TOMASZ RAKOCZY – dr hab. nauk prawnych w zakresie prawa kanonicznego, ekspert Instytutu Prawa *Ordo Iuris* w Warszawie w zakresie prawa małżeńskiego i rodzinnego.