

Maciej ZACHARIASIEWICZ*

 <https://orcid.org/0000-0002-2848-0216>

TRANSKRYPCJA AKTÓW URODZENIA DZIECI PAR JEDNOPŁCIOWYCH¹

(Streszczenie)

Polskie urzędy stanu cywilnego i sądy administracyjne odmawiały do niedawna transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych (biologicznych dzieci jednego z partnerów, adoptowanych lub urodzonych przy pomocy macierzyństwa zastępczego). Celem opracowania jest krytyczna analiza tej praktyki. W aktualnym stanie prawnym dzieci par jednopłciowych, którym odmawia się transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia, nie mają możliwości uzyskania w Polsce żadnych dokumentów potwierdzających ich tożsamość i polskie obywatelstwo. Odmowa transkrypcji powoduje zatem nie tylko formalno-dowodowe skutki w postaci braku polskiego aktu stanu cywilnego, ale naraża zainteresowanych na istotne trudności praktyczne. Aspekt ten umykał do niedawna polskim sądom i innym organom. Przełomowy jest jednak w omawianym zakresie wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 10 października 2018 r., w którym sąd ten nakazał dokonanie transkrypcji aktu urodzenia dziecka obywatelki polskiej i innej kobiety, wskazanej w akcie jako drugi z rodziców.

Autor argumentuje także, że z dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można wnosić, iż praktyka odmawiania transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych jest sprzeczna z Europejską Konwencją Praw Człowieka.

Słowa kluczowe: rejestr stanu cywilnego; związki homoseksualne; klauzula porządku publicznego; stosunki transgraniczne

* Dr hab., Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Katedra Prawa Cywilnego i Prawa Pracy; e-mail: zachariasiewicz@kozminski.edu.pl

¹ Artykuł powstał w oparciu o referat pt. *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka przysposobionego za granicą* wygłoszony na konferencji „Przysposobienie w sprawach z elementem obcym z perspektywy sędziego i kierownika USC” zorganizowanej na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego w dniu 9 marca 2018 r.

1. Wstęp

Związki par jedнопłciowych są współcześnie coraz szerzej akceptowane na świecie. Akceptacja ta wyraża się już nie tylko w ich tolerowaniu² oraz w zakazie dyskryminacji, ale także w ich prawnej instytucjonalizacji, tj. umożliwieniu osobom o orientacji homoseksualnej zawierania związków partnerskich lub małżeństwa, a także przysposobienia dziecka. Nie ma wątpliwości, że stanowi to radykalną zmianę społeczną i cywilizacyjną, która odbywa się dziś na naszych oczach.

Na przestrzeni ostatnich dwóch dekad ponad połowa państw Europejskich wprowadziła do swego ustawodawstwa jakąś formę zinstytucjonalizowanego związku par jedнопłciowych. W UE uczyniła to już zdecydowana większość państw. Bardzo wielu ustawodawców zdecydowało się także na otwarcie instytucji małżeństwa dla par homoseksualnych. Liczba takich państw rośnie z każdym rokiem. Proces ten nie dotyczy zresztą wyłącznie Europy, ale następuje także w innych krajach na świecie³. Także w Polsce dostrzega się coraz częściej potrzebę prawnej instytucjonalizacji związków jedнопłciowych – czy to w postaci związku partnerskiego⁴, czy małżeństwa⁵, choć art. 18 Konstytucji RP jest z reguły traktowany jako przeszkoda w tym względzie⁶.

² Na przestrzeni XX w. większość państw na świecie zrezygnowała z kryminalizacji stosunków homoseksualnych. W Polsce nastąpiło to już w 1932 r. wraz wejściem w życie nowego kodeksu karnego (Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1932 r., nr 60, poz. 571). Do dziś istnieją jednak kraje, w których stosunki homoseksualne są zagrożone sankcją karną, w tym gdzieś tam nawet karą śmierci. Dotyczy to części państw muzułmańskich i afrykańskich.

³ Poza Europą, małżeństwa jedнопłciowe można zawierać już w Australii, Argentynie, Brazylii, Kanadzie, Kolumbii, Meksyku, Nowej Zelandii, RPA, USA oraz w Urugwaju.

⁴ Zob. np. **J. Pawliczak**, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 1 i n.; **J. Pawliczak**, *Opinia prawna na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, www.ptpa.org.pl, pkt 47 i n.; **T. Litwin**, *Instytucja związków partnerskich w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku*, MHI 2014/13, s. 172.

⁵ **K. Gromek**, *Praxis. Prawo rodzinne dla sędziów i pełnomocników*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 14; **E. Łętowska, J. Woleński**, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, PiP 2013/6, s. 15 i n.

⁶ Przy czym najczęściej podnosi się, że art. 18 Konstytucji sprzeciwia się wprawdzie możliwości wprowadzenia małżeństw jedнопłciowych, ale nie stoi na przeszkodzie wprowadzeniu związków partnerskich. Tak np. **M. Wyrzykowski**, *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, w: **T. Giaro** (red.), *Interes publiczny*

Podobnie ma się rzecz z przysposobieniem dzieci przez pary jednopłciowe. Już w 17 krajach Europy dopuszczono wspólną adopcję dziecka przez parę homoseksualną (stan na 2018 r.). W kolejnych 4 krajach zezwala się natomiast na przysposobienie dziecka przez homoseksualnego partnera rodzica biologicznego dziecka. Na całym świecie wspólna adopcja dzieci przez pary homoseksualne możliwa jest w 26 krajach⁷. Zrównanie praw adopcyjnych uważane jest z reguły za naturalną konsekwencję otwarcia instytucji małżeństwa dla par jednopłciowych. Uprawnienia adopcyjne przyznaje się jednak niekiedy również jednopłciowym związkom partnerskim.

W związku z intensywną współcześnie mobilnością ludzi, polskie sądy i inne organy coraz częściej stykają się i będą się stykać – w najróżniejszych kontekstach – z jednopłciowymi małżeństwami i związkami partnerskimi, a także z dziećmi adoptowanymi przez takie pary. Należy sądzić, że szczególnie istotne będą przypadki, w których polscy obywatele, którzy przez lata żyli za granicą i tam zawarli związek jednopłciowy, względnie w takim związku adoptowali dzieci, powracają (na stałe lub tymczasowo) do kraju. W interakcji z polskim systemem prawnym rodzić się będą różne trudności.

W tym właśnie kontekście przedmiotem ożywionej dyskusji stało się zagadnienie transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego. Coraz częściej bowiem pary jednopłciowe składają wnioski o umiejscowienie w polskim re-

a interes prywatny w prawie, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2012, s. 215 i n.; **A. Jezusek**, *Możliwość instytucjonalizacji związku osób tej samej płci w świetle art. 18 Konstytucji RP*, Prz. Sejm. 2015/4, s. 350 i n.; **J. Pawliczak**, *Opinia*, pkt 60; **T. Litwin**, *Instytucja...*, s. 188; **L. Garlicki**, w: **L. Garlicki, M. Zubik**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, t. 1, komentarz do art. 18, pkt 8; **R. Piotrowski**, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Prz. Sejm. 2012/4, s. 182 i n. Por. stanowisko Komitetu Nauk Prawnych PAN z 23.04.2012 r. w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich, <http://www.knp.pan.pl>; stan na 28.02.2018 r. Odmiennie **E. Łętowska, J. Woleński**, *Instytucjonalizacja...*, s. 22–24, którzy argumentują, że art. 18 Konstytucji – obejmując małżeństwo heteroseksualne specjalną opieką – nie sprzeciwia się wprowadzeniu małżeństwa jednopłciowego do polskiego prawa. Jednakże są nawet zdania, że art. 18 Konstytucji RP nie pozwala na wprowadzenie żadnych form prawnej regulacji wspólnego życia dwojga ludzi, które byłyby małżeństwu podobne. Tak np. **B. Banaszekiewicz**, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, KPP 2013/3, s. 591 i n.; **W. Borysiak**, w: **M. Safjan, L. Bosek**, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, komentarz do art. 18, Nb 120 i n.; **A. Mączyński**, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, w: **M. Andrzejewski** (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, TNOiK, Toruń 2013, s. 772.

⁷ https://pl.wikipedia.org/wiki/Rodzicielstwo_os%C3%B3b_LGBT.

jestrze stanu cywilnego aktów stanu cywilnego dotyczących ich sytuacji rodzinnej wydanych w państwach, gdzie prawo sankcjonuje tego typu związki. Pary te podejmują m.in. starania o przeniesienie aktów urodzenia swoich dzieci (przysposobionych, biologicznych dzieci jednego z partnerów adoptowanych przez drugiego partnera/partnerkę bądź też urodzonych dzięki macierzyństwu zastępczemu i następnie uznanych lub adoptowanych przez parę homoseksualną). Jak dotąd kierownicy USC odmawiali transkrypcji takich aktów, a decyzje te były – do niedawna – utrzymywane w mocy przez sądy administracyjne⁸. Zagadnienie było przedmiotem dyskusji w doktrynie⁹, a także interwencji ze strony RPO¹⁰. Rok 2018 przyniósł jednak dwa precedensowe rozstrzygnięcia sądów administracyjnych w omawianym obszarze. W kwietniu 2018 r. WSA w Poznaniu dopuścił możliwość transkrypcji aktu urodzenia dziecka polskiej obywatelki, nakazując pozostawienie rubryki „ojciec” pustej w sytuacji, w której drugim rodzicem dziecka była – zgodnie z prawem angielskim – również kobieta¹¹. W październiku 2018 r. NSA nakazał natomiast dokonanie transkryp-

⁸ Wyr. NSA z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13 (odmowa transkrypcji aktu urodzenia dziecka urodzonego w Wielkiej Brytanii i przysposobionego przez obywatelkę polską połączoną węzłem małżeńskim z matką dziecka); wyr. WSA w Gliwicach z 6.04.2016 r., II SA/GL 1157/15 oraz wyrok WSA w Krakowie z 10.05.2016 r., III SA/Kr 1400/15 (odmowa transkrypcji aktu urodzenia w sytuacji, w której jako rodziców wskazano dwie kobiety).

⁹ Za transkrypcją aktów stanu cywilnego par jedнопłciowych opowiada się: **M.A. Zachariasiewicz**, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, PPPM 2012/11, s. 94–96; **M.A. Zachariasiewicz**, *Zawarcie małżeństwa w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne problemy (opinia przygotowana dla RPO, sierpień 2014 r., niepubl.)*, s. 19–20. Przeciwno takiej transkrypcji występuje natomiast: **M. Wojewoda**, w: **M. Pazdan** (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 20C, Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 598–599; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, KPP 2017/2, s. 349; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, KPP 2009/4, s. 1111 i n.; **M. Wojewoda**, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie zawierane za granicą*, KPP 2015/3, s. 712 i n. Warto zauważyć, że M. Wojewoda opowiedział się ostatnio za ujawnianiem informacji o małżeństwach jedнопłciowych i związkach partnerskich w polskim rejestrze stanu cywilnego, z wykorzystaniem instytucji przypisku umieszczanego przy akcie urodzenia osoby pozostającej w określonym związku na podstawie art. 25 ust. 1 PrASC. Zob. **M. Wojewoda**, *Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, SPE 2017, s. 133 i n.

¹⁰ Zob. np. stanowisko RPO przedstawione w sprawie przed WSA w Krakowie, <https://www.rpo.gov.pl/pl/postepowania-strategiczne-rpo/transkrypcja-aktu-urodzenia-dla-dziecka-urodzonego-w-londynie-z-malzenstwa-jedнопłciowego>; stan na 8.08.2018 r.

¹¹ Wyrok WSA w Poznaniu z 5.04.2018 r., II SA/Po 1169/17 (zob. niżej pkt 6).

cji aktu urodzenia dziecka w podobnym przypadku, nie przesądzając jednak, w jaki sposób należy wypełnić rubryki w akcie urodzenia.

Choć problem dotyczy transkrypcji różnych aktów stanu cywilnego, w niniejszym opracowaniu koncentruję się na aktach urodzenia dzieci par jedнопłciowych.

2. Charakter prawny i wartość dodana transkrypcji

Natura prawna transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego była przez wiele lat przedmiotem sporów. Konkurowały ze sobą dwie koncepcje¹². Według pierwszej, określanej jako „rejestracyjna”, transkrypcja stanowi rejestrację zdarzenia z zakresu prawa osobowego lub rodzinnego, które zaszło za granicą, dokonywaną na podstawie wypisu zagranicznego aktu stanu cywilnego¹³. Według natomiast koncepcji drugiej transkrypcja ma jedynie charakter „reprodukcyjny”¹⁴, tzn. stanowi jedynie powielenie zagranicznego aktu stanu cywilnego w polskim rejestrze. Obecnie zdecydowanie dominuje pogląd drugi¹⁵. Potwierdza to orzecznictwo SN¹⁶, zwłaszcza uchwała składu siedmiu sędziów SN z 20.11.2012 r.¹⁷ Jak wyjaśnia SN, transkrypcja oznacza jedynie „przetransportowanie pod względem językowym i formalnym obcego aktu stanu cywilnego na obowiązujący w Polsce język urzędowy i w formie obowiązującej dla rejestracji urodzeń, małżeństw i zgonów”¹⁸.

¹² Zob. w szczególności **M. Wojewoda**, w: **M. Pazdan** (red.), *System. Tom 20C*, s. 593 i n.; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, *Metryka* 2016/2, s. 54; **A. Czajkowska**, w: **A. Czajkowska** (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 226.

¹³ Zob. zwłaszcza **P. Wypych**, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, *KPP* 2003/1, s. 192–193. Podobnie, jak się wydaje, **K. Weitz**, *Uznanie ex lege zagranicznych orzeczeń w prawie o aktach stanu cywilnego*, w: **P. Kasprzyk**, **P. Wiśniewski** (red.), *Prawo rodzinne w dobie przemian*, Tow. Nauk. KUL, Lublin 2009, s. 333.

¹⁴ Koncepcja ta przypisywana jest zwłaszcza **J. Litwinowi**, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1961, s. 522.

¹⁵ **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka...*, s. 340; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 54.

¹⁶ Post. SN z 8.08.2003 r., V CK 6/02, OSNC 2004, Nr 7–8, poz. 131; post. SN z 15.04.2011 r., III CZP 12/11; post. SN z 3.06.2011 r., III CSK 259/10.

¹⁷ III CZP 58/12.

¹⁸ Określenie to przeniknęło następnie do treści art. 104 ust. 2 PrASC.

Niezależnie od przyjętej koncepcji, wyjaśniającej naturę prawną transkrypcji, nigdy nie budziło, jak się wydaje, wątpliwości, że transkrypcja nie stanowi uznania stosunku, którego istnienie stwierdza obcy akt stanu cywilnego, czy też uznania rozstrzygnięcia obcego sądu, który o powstaniu (ustaniu bądź zmianie) danego stosunku orzekł. Transkrypcja nie pociąga za sobą skutków materialnoprawnych¹⁹. Okoliczności (stosunki) stwierdzone w transkrybowanym akcie nie są objęte powagą rzeczy osądzonej (*res iudicata*). Tytułem przykładu – transkrypcja aktu urodzenia dziecka przysposobionego za granicą nie oznacza uznania stosunku przysposobienia, który stał się podstawą dla sporządzenia tego aktu za granicą.

Należy dodać, że zgodnie ze współcześnie dominującym poglądem (potwierdzonym także uchwałą SN z 20.11.2012 r.) szczególna moc aktu stanu cywilnego przysługuje również nietranskrybowanym zagranicznym aktom stanu cywilnego²⁰. Nawet zatem jeżeli nie dokonano transkrypcji takiego aktu w Polsce, korzysta on ze wzmocnionej mocy dowodowej w rozumieniu art. 3 PrASC, tj. stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych.

Skoro nietranskrybowanemu zagranicznemu aktowi stanu cywilnego przysługuje w Polsce, z mocy art. 1138 k.p.c., taka sama moc dowodowa jak polskiemu, to można pytać, jaka jest „wartość dodana” transkrypcji, tj. jaką dodatkową korzyść uzyskują strony, których zagraniczny akt stanu cywilnego został umiejscowiony w polskim rejestrze. Ujawnia się ona w trzech elementach. Po pierwsze, posługiwanie się polskim aktem stanu cywilnego jest w praktyce obrotu prostsze. Jak zauważa M. Wojewoda, „odpada wówczas potrzeba przełamywania nieufności w stosunku do obcych dokumentów”²¹. Ponadto, strona może łatwo uzyskać kolejne odpisy aktu w dowolnym urzędzie stanu cywilnego²². Nie powstaje też konieczność dokonywania tłumaczenia zagranicznego aktu za każdym razem, gdy strona chce się nim posłużyć²³. Po drugie, brak transkrypcji za-

¹⁹ Tak **P. Wypych**, *Charakter...*, s. 196 i to pomimo, że autor przypisywał transkrypcji dalej idący skutek rejestracji (a nie jedynie reprodukcji).

²⁰ **M.A. Zachariasiewicz**, *Nowa ustawa...*, s. 93; **M. Wojewoda**, *Małżeństwa jedнопłciowe...*, s. 147; **M. Wojewoda**, w: **M. Pazdan** (red.), *System. Tom 20C*, s. 605.

²¹ **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 59.

²² *Ibidem*, s. 59.

²³ Por. uzasadnienie projektu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z 18.07.2014 r., druk sejmowy 2620, s. 50. Ta ostatnia okoliczność traci jednak na znaczeniu wobec coraz częstszego posługiwania się w obrocie wielojęzycznymi skróconymi odpisami aktów stanu cywilnego zgodnie z konwencją nr 16 z 8.09.1976 r. Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego, Dz.U. z 2004 r., nr 166, poz. 1735, oraz wielojęzycznymi formularzami wydawanymi zgodnie z przepisami rozporządzenia UE nr 2016/1191 w sprawie promowania swobodnego przepły-

granicznego aktu stanu cywilnego utrudnia osiągnięcie ważnych skutków prawnych, gdy transkrypcja jest obligatoryjna. Jest ona zaś obligatoryjna w dwóch grupach przypadków. Mianowicie, zgodnie z art. 104 ust. 5 PrASC transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego: 1) posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego, oraz 2) ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL.

Wreszcie po trzecie, transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego powoduje, że w polskim rejestrze stanu cywilnego pojawia się określony wpis stwierdzający elementy stanu cywilnego. Wpis ten jest widoczny dla kierownika USC i będzie determinował dopuszczalność określonych czynności z zakresu stanu cywilnego. W braku transkrypcji trzeba polegać wyłącznie na zagranicznych aktach stanu cywilnego, których ujawnienie (także wobec kierownika USC) zależy od strony.

3. Klauzula porządku publicznego jako podstawa dla odmowy transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego

Zgodnie z art. 107 pkt 3 PrASC kierownik USC odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli jest ona sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. Instrument ten określa się tradycyjnie jako klauzulę porządku publicznego. Ponieważ odmowa aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych następowała z powołaniem na klauzulę, uzasadnione jest jej przybliżenie w kilku słowach.

Klauzula porządku publicznego umożliwia ochronę podstawowych zasad własnego porządku prawnego w sprawach z elementem zagranicznym. Stanowi ona tradycyjne narzędzie prawa kolizyjnego²⁴, znane we wszystkich systemach

wu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 200 z. 26.07.2016 r., s. 1, którego stosowanie rozpocznie się 16.02.2019 r. Zob. **M. Wojewoda**, w: **M. Pazdan** (red.), *System. Tom 20C*, s. 595; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 58.

²⁴ Na temat klauzuli porządku publicznego w prawie kolizyjnym w ogólności zob. np.: **M. Sośniak**, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, PWN, Warszawa 1961; **M. Pazdan**, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 112 i n.; **M. Zachariasiewicz**, w: **M. Pazdan** (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 135 i n.; **M. Zachariasiewicz**, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.

prawnych na świecie. Klauzula umożliwia korygowanie rezultatów normalnych zasad stosowania prawa obcego²⁵ oraz uznawania i wykonywania zagranicznych orzeczeń²⁶ oraz dokumentów. Stanowi swoistą „klapę bezpieczeństwa”²⁷, ingerującą wyłącznie w wyjątkowych przypadkach. Powinna być stosowana ostrożnie²⁸. Według ujęcia przyjętego w orzecznictwie SN klauzula znajduje zastosowanie w zetknięciu z takimi uchybieniami, które godzą w samą zasadę obowiązującego porządku prawnego, konstytuowanego przez pryncypia ustrojowo-polityczne i społeczno-gospodarcze (zdefiniowane przede wszystkim w Konstytucji) oraz naczelną zasadę rządzącą poszczególnymi dziedzinami prawa²⁹, w tym prawa cywilnego³⁰.

Nie ma wątpliwości, że klauzula porządku publicznego wyrażona w art. 107 pkt 3 PrASC nawiązuje do klasycznego instrumentu prawa prywatnego międzynarodowego. Może być stosowana jedynie wyjątkowo w przypadkach, w których skutki transkrypcji byłyby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami porządku prawnego w Polsce.

Warto zwrócić uwagę, że w prawie prywatnym międzynarodowym i w międzynarodowym postępowaniu cywilnym stosowanie klauzuli porządku publicznego uzależnia się tradycyjnie od kilku przesłanek. Nie jest to jedynie proste pytanie o sprzeczność obcego prawa lub orzeczenia z własnym porządkiem prawnym. Stosowanie klauzuli wymaga uwzględnienia i oceny zmiennych o charakterze czasowym (aktualność porządku publicznego), terytorialnym (siła związku z forum, stopień skryształizowania sytuacji pod rządami obcego prawa), wartościującym (doniosłość chronionej zasady i jej „międzynarodowość”), a także wzięcia pod uwagę indywidualnych skutków zastosowania

²⁵ Zob. art. 7 PrPrywM, art. 21 rozporządzenia Rzym I oraz analogiczne przepisy w pozostałych unijnych rozporządzeniach z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego.

²⁶ Zob. art. 1146 §1 pkt 7 k.p.c.; art. 45 ust. 1 lit. a rozporządzenia Bruksela I bis, oraz analogiczne przepisy w pozostałych unijnych rozporządzeniach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego.

²⁷ **M. Pazdan**, *Prawo...*, [2017], s. 105; **A. Nowicka**, w: **J. Poczubot** (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 214; **F. Mosconi**, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, Recueil des Cours 1989/217, s. 20.

²⁸ Zob. np. **J. Blom**, *Public Policy In Private International Law and Its Evolution In Time*, NTLR 2003/3, s. 388.

²⁹ Zob. np. wyr. SN z 9.09.2010 r., I CSK 535/09; wyr. SN z 3.09.2009 r., I CSK 53/09; wyr. SN z 11.05.2007 r., I CSK 82/07; post. SN z 9.03.2004 r., I CK 412/03; post. SN z 26.02.2003 r., II CK 13/03, OSNC, 2004, nr 5, poz. 80; wyr. SN z 26.09.2003 r., IV CK 17/02; wyr. SN z 11.07.2002 r., IV CKN 1211/00, OSNC, 2003, nr 9, poz. 125.

³⁰ Wyr. SN z 27.11.2007 r., IV CSK 239/07.

prawa obcego oraz interesów i wartości konkurujących z chronioną zasadą³¹. Przesłanki stosowania klauzuli precyzują kryteria jej ingerencji. Pozwalają one uelastyczyć reakcję własnego porządku publicznego. Dzięki temu możliwe jest zachowanie równowagi pomiędzy ochroną porządku prawnego *fori* a respektowaniem rozstrzygnięć obcych sądów i innych organów oraz poszanowaniem stanów prawnych ukształtowanych pod rządami obcego prawa.

Transkrypcja aktów stanu cywilnego wykazuje określoną specyfikę. Przedmiotem akceptacji ze strony polskiego systemu prawnego jest tu nie obce prawo lub orzeczenie sądowe, lecz zagraniczny dokument – akt stanu cywilnego. Skutkiem tej akceptacji jest zaś umiejscowienie tego aktu w polskim rejestrze stanu cywilnego i powstanie polskiego aktu stanu cywilnego, który ma szczególną moc dowodową. Podobnie jednak jak w prawie prywatnym międzynarodowym, transkrypcja zakłada określoną otwartość na zdarzenia prawne, które nastąpiły za granicą (tu: sporządzenie aktu stanu cywilnego). Podobnie też jak w ramach jej klasycznych funkcji, klauzula porządku publicznego jest wyjątkiem od wyjściowego założenia, jakim jest właśnie ta otwartość. W konsekwencji, również w kontekście transkrypcji zasadna jest analiza pod kątem klasycznych przesłanek stosowania klauzuli. W szczególności konieczne jest uwzględnienie indywidualnych skutków zastosowania prawa obcego oraz interesów i wartości konkurujących z chronioną zasadą.

Te ogólne zasady należy mieć także na względzie, rozstrzygając pytanie, czy dopuszczalne jest w Polsce transkrybowanie aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Szczegółowa analiza argumentów formułowanych w tym przedmiocie nastąpi w dalszej części opracowania.

4. Brak możliwości uzyskania polskich dokumentów tożsamości przez dzieci par jedнопłciowych

Uzyskanie przez polskiego obywatela polskich dokumentów tożsamości, w tym dowodu osobistego i paszportu, jak również numeru PESEL, możliwe jest wyłącznie na podstawie polskiego aktu stanu cywilnego (obligatoryjna transkrypcja; art. 104 ust. 5 PrASC). W każdym zatem przypadku ubiegania się o takie dokumenty konieczna jest transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywil-

³¹ Zob. szerzej M. Zachariasiewicz, w: M. Pazdan (red.), *Komentarz...* 2018, s. 142 i n.; M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 157 i n.

nego³² i to – jak podkreśla się w uzasadnieniu projektu PrASC – bez względu na okoliczność, czy osoba posiada, czy też nie wcześniejsze polskie akty stanu cywilnego³³.

Odmowa transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia polskiego obywatela skutkuje więc niemożnością uzyskania przez tego obywatela jakichkolwiek polskich dokumentów tożsamości (i numeru PESEL). Powyższe oznacza, że mające polskie obywatelstwo dzieci par homoseksualnych nie mogą uzyskać dokumentów potwierdzających to obywatelstwo. Należy zaś zwrócić uwagę, że na podstawie art. 34 ust. 1 Konstytucji RP³⁴ oraz art. 14–16 ustawy z 2.04.2009 r. o obywatelstwie polskim³⁵, dzieci par homoseksualnych mogą być (choć po-

³² Inaczej wydaje się postrzegać istotę obligatoryjności transkrypcji Naczelny Sąd Administracyjny w wydanym niedawno wyr. z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16. NSA czyni w tym względzie następującą uwagę: „[...] poza możliwością transkrypcji fakultatywnej, której organ może, jak wskazano powyżej, odmówić, ustawodawca celowo i świadomie wprowadził instytucję transkrypcji obligatoryjnej, aby uniemożliwić sytuacje, w których obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej nie zostaną wydane dokumenty poświadczające tożsamość”. W wyroku tym NSA wydaje się rozumieć obligatoryjność transkrypcji nie jako zaadresowany do zainteresowanego wymóg umiejscowienia zagranicznego aktu stanu cywilnego w polskim rejestrze, ale jako bezwzględny obowiązek organów władzy publicznej dokonania transkrypcji w przypadkach określonych w art. 104 ust. 5 PrASC. Transkrypcja nie jest więc przesłanką uzyskania dokumentów tożsamości, lecz koniecznym skutkiem, który musi nastąpić, gdy polski obywatel ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Ponadto, gdy transkrypcja jest z mocy art. 104 ust. 5 PrASC obligatoryjna, nie jest dopuszczalne jej odmawianie z powołaniem na klauzulę porządku publicznego (bo uniemożliwiałoby to realizowanie obowiązku wynikającego z tego przepisu). Przy takim rozumieniu obligatoryjności transkrypcji powstaje jednak wątpliwość, na jakiej podstawie kierownik USC, który obowiązkowo ma dokonać transkrypcji, może przyjąć, że zachodzi przypadek opisany w art. 104 ust. 5 PrASC *in fine*, tj. że polski obywatel ubiega się o polski dokument tożsamości lub numer PESEL. Czy wystarczy w tym zakresie oświadczenie zainteresowanego, czy też powinien on przedłożyć np. kopię złożonego już wniosku o wydanie dokumentu tożsamości lub nadanie numeru PESEL?

³³ Zob. uzasadnienie projektu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z 18.07.2014 r., druk sejmowy 2620, s. 49. Por. odpowiedź MSWiA z 15.09.2016 r. na pismo RPO z dnia z 24.08.2016 r., BMP-0790-3-12/2016/EW, które stwierdza, że polskie dokumenty tożsamości nie mogą zostać wydane na podstawie zagranicznego aktu stanu cywilnego z powołaniem na art. 1138 k.p.c. Co do obligatoryjności transkrypcji w tego typu przypadkach nie ma wątpliwości także doktryna. Zob. np. **A. Czajkowska**, w: **A. Czajkowska** (red.), *Prawo...*, s. 231–232; **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 56.

³⁴ Zgodnie z art. 34 ust. 1 Konstytucji RP: „Obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi. Inne przypadki nabycia obywatelstwa polskiego określa ustawa”.

³⁵ Dz.U. z 2017 r., poz. 1462 ze zm. (tekst jednolity).

wstają tu określone wątpliwości) z mocy prawa obywatelami polskimi. Ściślej, zgodnie z art. 14 ustawy o obywatelstwie: „Małoletni nabywa obywatelstwo polskie przez urodzenie, w przypadku gdy: 1) co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim”. Nie powinno zatem rodzic dyskusi, że dziecko urodzone przez polską obywatelkę nabywa *ex lege* obywatelstwo polskie³⁶ bez względu na to, z kim i w jakim formalnie związku z tą osobą matka pozostaje³⁷. W mojej ocenie, również dziecko, którego ojcem jest obywatel polski nabywa z mocy prawa polskie obywatelstwo i także tu bez znaczenia są stosunki osobiste ojca³⁸.

³⁶ Bez znaczenia jest przy tym, czy dziecko urodziło się w Polsce, czy za granicą. Tak **K. Kubuj**, w: **M. Safjan, L. Bosek** (red.), *Konstytucja RP. Tom 1. Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 874.

³⁷ Tak wyr. NSA z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16.

³⁸ W moim przekonaniu narusza uprawnienie obywatela polskiego do potwierdzenia jego obywatelstwa wynikającego z ustawy wyr. NSA z 6.05.2018 r., II OSK 2419/13. NSA odmówił w nim stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego dziecka urodzonego w Kalifornii w procedurze macierzyństwa zastępczego, którego prawnymi rodzicami – zgodnie z orzeczeniem kalifornijskiego sądu – było dwóch mężczyzn żyjących w jedнопłciowym związku, pomimo że ojcem biologicznym dziecka (dawcą materiału genetycznego) był obywatel polski. NSA powołał się m.in. na klauzulę porządku publicznego, a w jej ramach na art. 18 Konstytucji, dla uzasadnienia niemożności uznania w Polsce orzeczenia kalifornijskiego sądu, jak również kalifornijskiego aktu urodzenia dziecka. NSA podkreślił, że genetyczne pochodzenia dziecka nie ma znaczenia, ponieważ „pojęcie rodzica w rozumieniu przepisów ustawy o obywatelstwie polskim ma charakter prawny i decydujące znaczenie mają podstawowe zasady polskiego prawa rodzinnego dotyczące sposobu ustalenia pochodzenia dziecka”. W mojej ocenie wyrok ten zasługuje na krytykę. Rozstrzygnięcie NSA stanowi przykład nieuzasadnionego pozbawienia biologicznego (genetycznego) dziecka obywatela polskiego możliwości potwierdzenia jego polskiego obywatelstwa, tylko z tego powodu, że w akcie urodzenia dziecka sporządzonym w Kalifornii i w orzeczeniu kalifornijskiego sądu wskazano jako rodziców dwóch mężczyzn. Zauważmy, że gdyby z amerykańskiego aktu urodzenia wynikało, że matką jest kobieta, która dziecko urodziła (matka zastępcza), to ani stwierdzenie polskiego obywatelstwa, ani transkrypcja aktu urodzenia nie napotkałyby w Polsce na trudności (a dziecko mogłoby zostać następnie przysposobione – w USA – przez jedнопłciowego partnera ojca). Pokazuje to, że logika dobra dziecka (jego interesu w potwierdzeniu polskiego obywatelstwa) ustępuje tu pryncypialnemu sprzeciwowi polskiego systemu prawnego przeciwko związkowi jedнопłciowym i instytucji macierzyństwa zastępczego.

Trudniejsze do rozstrzygnięcia mogą być natomiast przypadki, w których kobieta, która urodziła dziecko, jest obywatelką innego państwa i jest ona związana z Polką węzłem małżeńskim lub partnerskim. Polka – zgodnie z ustawodawstwem obcego państwa – uważana jest za rodzicę (na skutek ustalenia stosunku filiacyjnego w wyniku uznania dziecka lub w ramach procedury macierzyństwa zastępczego). Wreszcie może także chodzić o przypadek, w którym biologicznym ojcem dziecka jest obywatel obcy, ale na skutek wykorzystania procedury macierzyństwa zastępczego, także jego małżonek/partner – Polak, uważany jest – w świetle obcego prawa – za rodzicę.

Z kolei zgodnie z art. 16 ustawy o obywatelstwie: „Małoletni cudzoziemiec, przysposobiony przez osobę lub osoby posiadające obywatelstwo polskie, nabywa obywatelstwo polskie, jeżeli przysposobienie pełne nastąpiło przed ukończeniem przez niego 16 lat [...]”. Jeśli zatem polski obywatel lub obywatelka przysposobili dziecko swego małżonka lub partnera tej samej płci, zgodnie z ustawodawstwem państwa, które daje taką możliwość (orzekł o tym sąd tego państwa), to w mojej ocenie, w świetle art. 16 takie dziecko nabywa polskie obywatelstwo³⁹.

Jeśli dzieciom par jedнопłciowych, które na podstawie powyższych przepisów nabyły z mocy prawa obywatelstwo polskie odmawia się transkrypcji ich zagranicznego aktu urodzenia, to nie mogą one uzyskać w Polsce żadnych dokumentów tożsamości ani numeru PESEL. Państwo polskie odmawia zatem urzędowego potwierdzenia faktu, że znajdujące się w takiej sytuacji dzieci będące obywatelami polskimi istnieją jako podmioty prawa. Dzieci te mogą oczywiście posługiwać się w Polsce oryginalnym aktem urodzenia wydanym za granicą (i wywodzić z tego tytułu polskie obywatelstwo), ale nie sposób nie dostrzegać, że w praktyce obrotu nie jest to równoważne z posługiwaniem się polskim dowodem osobistym lub paszportem. Naraża to obywateli polskich, będących dziećmi par jedнопłciowych, na daleko idące trudności we wszystkich tych okolicznościach życiowych, w których polskie prawo lub praktyka uznaje za konieczne, lub chociażby przydatne, legitymowanie się polskimi dokumentami tożsamości⁴⁰. W mojej ocenie jest coś niemoralnego w systemie prawnym, który odmawia możliwości uzyskania dokumentu tożsamości własnym obywatelem tylko z tego powodu, że mieli to „nieszczęście” urodzić się w rodzinie tworzonej przez parę jedнопłciową bądź być przez taką parę przysposobionym.

³⁹ Warunkiem nabycia obywatelstwa polskiego na skutek przysposobienia wydaje się jednak uznanie w Polsce zagranicznego orzeczenia, na podstawie którego przysposobienie nastąpiło. Co do zasady, zagraniczne orzeczenia podlegają w Polsce uznaniu z mocy prawa (art. 1145 k.p.c.). Negatywną przesłanką uznania jest jednak okoliczność, że uznanie prowadziłoby do skutków sprzecznych z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP (art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c.). Jeżeli uznać, że nie może być w Polsce uznane zagraniczne orzeczenie o adopcji dziecka przez rodziców (rodzica) jedнопłciowych i że warunkiem nabycia obywatelstwa zgodnie z art. 16 ustawy o obywatelstwie polskim jest takie uznanie, to pojawi się oczywista trudność w przyjęciu, że dziecko przysposobione przez parę jedнопłciową nabywa polskie obywatelstwo. Taki wniosek wydaje się jednak godzić w dobro dziecka wyrażające się w nabyciu polskiego obywatelstwa niezależnie od tego, przez jaką rodzinę zostało adoptowane i w jakiej będzie się wychowywało. „Wypychanie” takich dzieci poza grono osób zaliczających się do obywateli RP razi, w mojej ocenie, niesprawiedliwością.

⁴⁰ Obszerny wywód w tym zakresie przeprowadził WSA w Poznaniu w wyr. z 5.04.2018 r., II SA/PO 1169/17 (zob. szczegółowo niżej).

5. Argumenty przeciwników i zwolenników transkrypcji aktów stanu cywilnego par jednopłciowych

Należy krótko przedstawić argumenty przeciwne dokonywaniu transkrypcji w omawianego rodzaju przypadkach. Orzecznictwo oraz przeciwnicy transkrypcji wskazują przede wszystkim, że zgodnie z art. 18 Konstytucji RP za małżeństwo w Polsce uważać można wyłącznie związek kobiety i mężczyzny⁴¹. Za niezgodną z polskim systemem prawa rodzinnego uważa się w związku z tym adopcję dzieci przez pary homoseksualne oraz inne sytuacje, w których dziecko ma rodziców jednej płci. Rodzicami dziecka mogą być bowiem jedynie kobieta i mężczyzna⁴². Ponadto, podnosi się, że transkrypcja aktów małżeństwa osób tej samej płci lub urodzenia dziecka mającego takich rodziców byłaby niekompatybilna z polskim systemem rejestracji stanu cywilnego⁴³, opartym na materialnych założeniach polskiego prawa rodzinnego⁴⁴ czy wręcz „rozsadzałyby” polski system aktów stanu cywilnego⁴⁵. Polski akt stanu cywilnego nie może potwierdzać instytucji tak mu obcej jak małżeństwa jednopłciowe czy rodzicielstwo takich osób⁴⁶, ponieważ byłoby to sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP⁴⁷. Wskazuje się wreszcie, że polski akt stanu cywilnego – według urzędowego wzoru – pozwala wyłącznie na wpisanie jednej kobiety i jednego mężczyzny⁴⁸. Brak tu po prostu odpowiednich rubryk przewidzianych przez polskie prawo⁴⁹.

⁴¹ Wyr. NSA z 28.02.2018 r., II OSK 1112/16, Legalis; wyr. WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r., III SA/Gd 835/15, Legalis.

⁴² Wyr. NSA z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13, Legalis.

⁴³ **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu urodzenia...*, s. 348–349 (autor podkreśla, że polski system rejestracji stanu cywilnego „sam w sobie stanowi istotny element porządku publicznego”).

⁴⁴ *Ibidem*, s. 349; **M. Wojewoda**, *Małżeństwa...*, s. 141.

⁴⁵ **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu urodzenia...*, s. 350; **M. Wojewoda**, *Małżeństwa...*, s. 146; **M. Wojewoda**, w: **M. Pazdan** (red.), *System. Tom 20C*, s. 600.

⁴⁶ Zob. wyr. NSA z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13, Legalis.

⁴⁷ Wyr. NSA z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13, Legalis; wyr. WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r., III SA/Gd 835/15, Legalis.

⁴⁸ Wyr. NSA z 17.12.2014 r., II OSK 1298/13, Legalis; wyr. WSA w Gdańsku z 14.01.2016 r., III SA/Gd 835/15, Legalis; wyr. WSA w Krakowie z 10.05.2016 r., III SA/Kr 1400/15, Legalis.

⁴⁹ **M. Wojewoda**, *Małżeństwa...*, s. 145. Argument o braku urzędowego wzoru w mojej opinii nie przekonuje. To wzór musi być dostosowany do wymagań prawa kolizyjnego, materialnego i procesowego – a także do rzeczywistości faktycznej – a nie odwrotnie. Przyjęcie dopuszczalności transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jednopłciowych rodzi jednak trudności techniczno-prawne, które w jakiś sposób trzeba rozwiązywać. Zob. niżej przyp. 66.

Z kolei za dokonywaniem w Polsce transkrypcji omawianego rodzaju aktów stanu cywilnego podnosi się przede wszystkim, że przepisy dotyczące transkrypcji (art. 104–107 PrASC) ze swojej istoty nakierowane są na zagraniczne akty stwierdzające istnienie stosunków poddanych prawu obcemu. Chodzi przecież o przenoszenie obcych aktów stanu cywilnego do polskiego rejestru. Takie akty z natury rzeczy mogą nie odpowiadać założeniom polskiego prawa rodzinnego, a już tym bardziej wzorom rubryk dostosowanym do polskich regulacji. Argument zatem, że małżeństwem w rozumieniu prawa polskiego (art. 18 Konstytucji RP i art. 1 KRO) jest wyłącznie stosunek kobiety i mężczyzny – i konsekwencji, że tylko oni mogą być rodzicami – jest chybiony, ponieważ w przepisach dotyczących transkrypcji chodzi o akty stanu cywilnego sporządzone za granicą, a nie w Polsce⁵⁰.

Ponadto, powołujący się na art. 18 Konstytucji RP przeciwnicy transkrypcji wydają się nie dostrzegać, że przepis ten dotyczy małżeństwa, a nie rodzicielstwa. Okoliczność, że rodzice dziecka pozostają w związku małżeńskim nie ma znaczenia dla potwierdzenia w akcie urodzenia ich rodzicielstwa. Brak wszakże przeszkód, aby jako rodziców ujawnić osoby sobie obce. Nawet zatem, jeżeli art. 18 Konstytucji RP można rozumieć jako sprzeciwiający się małżeństwom jednopłciowym (co nie jest pewne), to nie wynika z tego, że przepis ten wyklucza także rodzicielstwo osób tej samej płci.

W doktrynie podnoszono także, że samo uznanie mocy dowodowej obcego aktu stanu cywilnego jest niczym więcej niż potwierdzeniem prawdziwego stanu prawnego za granicą⁵¹. A ten jest taki, że określone osoby tej samej płci związane są węzłem rodzinnoprawnym z dzieckiem (powstałym za granicą). Stwierdzenie prawdy nie może zatem w żaden sposób naruszać polskiego porządku publicznego.

Wreszcie wskazuje się, że za dokonywaniem transkrypcji przemawia zasada niepodzielności stanu cywilnego⁵². Odmowa transkrypcji aktów urodzenia, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci, prowadzi bowiem do zwiększenia liczby wypadków, w których ta sama osoba może mieć różne stany cywilne (pochodzenie od różnych osób jako rodziców) pod rządami różnych systemów prawnych⁵³.

⁵⁰ M.A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa...*, s. 94.

⁵¹ *Ibidem*, s. 95.

⁵² Zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 95–96.

⁵³ Por. M. Wojewoda, *Małżeństwa...*, s. 140, który – przywołując zasadę niepodzielności stanu cywilnego – argumentuje jednak nie za transkrypcją omawianego rodzaju aktów stanu cywilnego, ale za informowaniem o nich w drodze przypisku na podstawie art. 25 PrASC. Warto

6. Potrzeba indywidualnej oceny skutków ingerencji za pomocą klauzuli porządku publicznego

W ocenie piszącego niniejsze słowa, podstawowym argumentem za dokonywaniem transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych w aktualnym stanie prawnym są praktyczne konsekwencje odmowy transkrypcji takiego aktu urodzenia.

Racje przeciwników transkrypcji mogą przekonywać na abstrakcyjnym poziomie ochrony integralności polskiego systemu rejestru cywilnego dostosowanego do polskiego prawa rodzinnego. Odwołanie się w tym zakresie do klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. 107 pkt 3 PrASC jest funkcjonalnie uzasadnione. Stanowisko to pochopnie jednak zakłada, że jedyną przesłanką stosowania klauzuli porządku publicznego jest abstrakcyjnie rozumiana ochrona systemu rejestracji stanu cywilnego w Polsce. Jest ono jednocześnie zamykaniem oczu na rzeczywistość prawną istniejącą w naszym kraju, a ta jest taka, że brak transkrypcji uniemożliwia uzyskanie dokumentów potwierdzających polskie obywatelstwo oraz tożsamość i numeru PESEL w związku z jej obligatoryjnością w świetle art. 104 ust. 5 PrASC. Ten aspekt problemu uznał za kluczowy także NSA w przełomowym wyroku z 10.10.2018 r.⁵⁴

Stosowanie klauzuli porządku publicznego powinno być oparte na zindywidualizowanej ocenie skutków dopuszczenia do głosu obcej regulacji, orzeczenia bądź dokumentu⁵⁵. Dotyczy to także transkrypcji aktu stanu cywilnego⁵⁶. W ramach stosowania klauzuli porządku publicznego przeciwko transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego jest miejsce na wzięcie pod uwagę spowodowanego polskimi przepisami rezultatu w postaci niemożności uzyskania

jednak zauważyć, że przypisek może znaleźć się jedynie przy już istniejącym, polskim akcie stanu cywilnego. Odmowa transkrypcji powoduje zatem, że nie wykorzystuje się okazji, aby powstał polski akt stanu cywilnego, który ujawniałby wcześniej nieujawnione w polskim rejestrze okoliczności, które potwierdzają pochodzenie osoby od określonych rodziców.

⁵⁴ II OSK 2552/16.

⁵⁵ Ta podstawowa reguła dotycząca klauzuli porządku publicznego jest w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego od lat niekwestionowana. Zob. np. **K. Zawada**, *Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym postępowaniu cywilnym*, NP 1979/5, s. 74; **M. Szpunar**, w: **M. Pazdan** (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 20A. Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 144 i n.; **K. Pietrzykowski**, *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985, s. 45; **M. Zachariasiewicz**, w: **M. Pazdan** (red.), *System. Tom 20A*, s. 494 i n.; **M. Zachariasiewicz**, *Klauzula...*, s. 192.

⁵⁶ Tak **M. Wojewoda**, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka...*, s. 350.

przez obywatela polskiego dokumentów tożsamości. W konsekwencji, z wartością, jaką jest integralność polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, zestawić należy indywidualne skutki, jakie nastąpią w rezultacie takiej odmowy. Polski organ władzy publicznej (kierownik USC, sąd) nie może zamykać oczu na stan polskiego ustawodawstwa z chwili orzekania i nie dostrzegać, że odmowa transkrypcji rodzi określone skutki dla polskiego obywatela wnioskującego o transkrypcję.

Wartością konkurującą z potrzebą ochrony integralności polskiego rejestru stanu cywilnego jest dobro dziecka. Dobro dziecka powinno mieć pierwszeństwo przed abstrakcyjnymi zasadami⁵⁷. Stanowi ono jedną z podstawowych, kierunkowych zasad naszego prawa⁵⁸ i ma swe źródło już w Konstytucji RP (art. 72) i aksjologii, na której się ona opiera⁵⁹. Jest ono także chronione prawem międzynarodowym, w szczególności Konwencją ONZ o prawach dziecka z 20.11.1989 r.⁶⁰, której stroną jest także Polska. W omawianego typu przypadkach dobro dziecka bez wątpienia zaś wymaga, aby uszanować jego prawo do uzyskania dokumentów potwierdzających tożsamość i obywatelstwo polskie. Ponadto, dobro dziecka leży także w potwierdzeniu stosunku filiacyjnego w odniesieniu do obydwójga rodziców⁶¹.

Wątek dobra dziecka pojawił się dopiero w najnowszym orzecznictwie sądów administracyjnych: w wyroku WSA w Poznaniu z 5.04.2018 r.⁶² oraz NSA

⁵⁷ Jak celnie ujął to czeski TK w wyr. z 27.07.2017 r., I US 3226/16 (ang. tłum. wyroku dostępne na stronie <https://www.usoud.cz>; stan na 18.05.2018). W podobnym duchu wyr. NSA z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16.

⁵⁸ Wyr. WSA w Poznaniu z 5.04.2018 r., II SA/Po 1169/17; wyr. NSA z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16.

⁵⁹ Zob. wyr. TK z 28.04.2003 r., K 18/02, OTK-A 2003, Nr 4, poz. 32; wyr. TK z 11.10.2011 r., K 16/10, OTK-A 2011, Nr 8, poz. 80; wyr. TK z 21.01.2014 r., SK 5/12, OTK-A 2014, Nr 1, poz. 2.

⁶⁰ Dz.U. z 1991 r., nr 120, poz. 526 z późn. zm. Przywołuje ją także NSA w wyr. z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16.

⁶¹ Zwracają na to uwagę sądy za granicą (zob. np. wyr. BGH z 10.12.2014 r., XII ZB 463/13; wyr. Cour d'Appel de Liège z 6.09.2010 r., Nr 2010/RQ/20), jak i Europejski Trybunał Praw Człowieka (zob. wyr. ETPCz z 26.06.2014 r. w sprawie *Menesson v. Francja*, nr 65192/11).

⁶² II SA/Po 1169/17. Matka dziecka – obywatelka RP – wniosła o umiejscowienie w polskim rejestrze stanu cywilnego aktu urodzenia dziecka sporządzonego w Wielkiej Brytanii. Ponieważ zgodnie z brytyjskim aktem urodzenia drugim rodzicem była również kobieta, wnioskodawczyni wystąpiła o pominięcie jej danych przy transkrypcji. Kierownik USC i wojewoda odmówili, powołując się na dotychczasową linię orzeczniczą sądów administracyjnych i klauzulę porządku publicznego, która sprzeciwia się ujawnianiu w polskim rejestrze stanu cywilnego

z 10.10.2018 r.⁶³ Poznański WSA celnie wskazuje, że dziecko, które nie może uzyskać dokumentów potwierdzających jego polskie obywatelstwo, miałyby m.in. ograniczony dostęp do polskiego systemu oświaty i polskiego systemu opieki zdrowotnej. Ponadto, jeśli nie jest ono jednocześnie obywatelem innego państwa to w ogóle nie mogłoby przekroczyć granicy, nawet w ramach Unii Europejskiej. Z kolei, nawet jeśli dziecko jest obywatelem innego państwa, ale jest to państwo spoza UE, to będące polskim i równocześnie unijnym obywatelem dziecko nie mogłoby korzystać ze swobody przemieszczania się i przebywania w krajach członkowskich Unii, które przysługuje mu zgodnie z art. 21 TFUE⁶⁴. Jest też oczywiste, że brak dokumentów tożsamości wiąże się z wieloma innymi jeszcze trudnościami w życiu codziennym, z których przynajmniej część bardzo trudno jest w praktyce pokonać, posługując się jedynie zagranicznym aktem urodzenia.

Podkreślając potrzebę rozpoznania kwestii transkrypcji z uwzględnieniem szerszego kontekstu indywidualnych skutków jej odmowy i konstytucyjnego nakazu podejmowania działań na rzecz dobra dziecka, poznański WSA w wyroku z 5.04.2018 r. oraz NSA w wyroku z 10.10.2018 r. zdecydowały o dopuszczalności dokonania transkrypcji aktów urodzenia dziecka, pomimo że jako rodziców wskazano w nich dwie kobiety⁶⁵. WSA w Poznaniu nakazał dokonanie transkrypcji z pominięciem danych drugiego rodzica – jedнопłciowej partnerki matki dziecka, przychylając się do tak sformułowanego wniosku matki dziecka. NSA natomiast kwestii tej nie rozstrzyga, tj. nie wyjaśnia, czy transkrypcja zagranicznego aktu ma nastąpić z pominięciem danych drugiej z matek, czy przyjąć należy jakieś inne rozwiązanie.

faktu jedнопłciowości rodziców dziecka, jednocześnie podnosząc, że transkrypcja w wybiórczym zakresie nie jest możliwa. WSA w Poznaniu uchylił tę decyzję, nakazując dokonanie transkrypcji aktu urodzenia z pozostawieniem rubryki ojciec pustyj.

⁶³ II OSK 2552/16. Podobnie jak w sprawie rozstrzyganej przez WSA w Poznaniu, także w tym przypadku chodziło o akt urodzenia sporządzony w Wielkiej Brytanii, w którym jako matkę wskazano obywatelkę polską, a jako drugiego z rodziców – inną kobietę, życiową partnerkę matki. Matka wniosła o transkrypcję tego aktu do polskiego rejestru stanu cywilnego. Kierownik USC i wojewoda wydali decyzję odmowną, która utrzymana została przez WSA w Krakowie.

⁶⁴ Por. argumentację podnoszoną przez RPO i Helsińską Fundację Praw Człowieka w postępowaniu przed NSA zakończonym wyr. z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16.

⁶⁵ Należy zauważyć, że wyrok z 10.10.2018 r. nie jest ostatecznym głosem NSA w omawianej kwestii. Wszakże postanowieniem z dnia 17.04.2019 r. (II OSK 1330/17) NSA – w analogicznej sprawie – postanowił przedstawić składowi siedmiu sędziów zagadnienie prawne budzące poważne wątpliwości, którego treścią jest pytanie o dopuszczalność transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci.

WSA w Poznaniu i NSA zestawiają dobro dziecka z zasadami prawa polskiego (heteroseksualny charakter małżeństwa w świetle art. 18 Konstytucji, potrzeba ochrony integralności rejestru stanu cywilnego, zasada wiernego re-produkowania zagranicznego aktu stanu cywilnego), dochodząc do słusznego wniosku, że dobro dziecka wyrażające się w konkretnych konsekwencjach dla jego życia jest ważniejsze. Zdaniem WSA w Poznaniu uzasadnia to transkrypcję aktu urodzenia z pominięciem rubryki „ojciec”. W moim przekonaniu, przedstawione argumenty uzasadniają jednak również dalej idący wniosek, tj. transkrypcję aktu urodzenia z ujawnianiem także drugiego z rodziców dziecka, nawet jeżeli oznacza to konieczność pokonania trudności techniczno-prawnych w sporządzeniu takiego aktu, wynikających z braku właściwych rubryk w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego⁶⁶.

Najnowsze rozstrzygnięcia WSA w Poznaniu i NSA należy przyjąć z zadowoleniem. Są one wyrazem tego, czego dotąd brakowało w praktyce organów administracji i w orzecznictwie sądów administracyjnych – uwzględniania indywidualnych, praktycznych skutków odmowy transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia.

Argumentując za brakiem konieczności transkrybowania aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, można podnieść, że zasadniczy problem niemożności uzyskania dokumentów tożsamości przez te dzieci można byłoby rozwiązać

⁶⁶ Niestety zabrakło jakichkolwiek sugestii, w jaki sposób trudności te pokonać w wyr. NSA z 10.10.2018 r., II OSK 2552/16. Można tu zasugerować co następuje. Po pierwsze najwłaściwsza byłaby zmiana urzędowych wzorów aktów urodzenia, która dopuszczałaby możliwość dokonania – w ramach transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego – zapisów umożliwiających ujawnienie obydwójga jedнопłciowych rodziców dziecka (tj. np. poprzez zdefiniowanie rubryk jako: „rodzic 1 – rodzic 2”). Tak określone rubryki mogłyby dotyczyć wyłącznie przypadków jedнопłciowości rodziców, tj. nie pozbawiałyby prawa par heteroseksualnych do ujawnienia w akcie urodzenia dziecka tradycyjnych ról rodzicielskich – matka i ojciec (zamiast neutralnie płciowego rodzic 1 – rodzic 2). Wskazana zmiana wymagałaby zmiany przepisów regulujących wzory aktów stanu cywilnego tj. Rozporządzenia MSWiA z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego, Dz.U. z 2015 r., poz. 194. Drugim sposobem pokonania wspomnianych trudności jest wpisywanie w rubryce ojciec – imienia i nazwiska drugiej z kobiet będącej rodzicem dziecka (lub ewentualnie *vice versa*: imienia i nazwiska mężczyzny w rubryce matka). Nie da się ukryć, że rozwiązanie to ma charakter „ratunkowy”. Skoro jednak brak innej możliwości ujawniania w akcie urodzenia drugiego z rodziców, to w mojej ocenie bardziej zasadnym jest dokonanie takiego wpisu – nawet jeśli *prima facie* jest mylący co do płci tego rodzica – niż odmowa transkrypcji. Decyzję co do tego, czy dokonać takiego właśnie wpisu, czy też pozostawić pustą rubrykę „ojciec” (jak sugeruje WSA w Poznaniu w wyr. z 5.04.2018 r.), można by pozostawić wnioskodawcy. Kwestii tej nie rozstrzyga NSA w wyr. z 10.10.2018 r.

poprzez wykreślenie odpowiedniego fragmentu przepisu art. 104 ust. 5 PrASC. Wystarczyłoby, według tego poglądu, zrezygnować z obligatoryjnej transkrypcji jako przesłanki uzyskania dokumentów potwierdzających polskie obywatelstwo. Argument ten nie jest pozbawiony racji. Po pierwsze jednak, wymagałoby to zmiany ustawy PrASC, na co nie ma, jak się wydaje, widoków. Łatwiejsze wydaje się dostosowanie urzędowych rubryk w odpisach aktów stanu cywilnego, które uregulowane są przepisami podustawowymi – rozporządzeniem MNiSW⁶⁷. W każdym razie, dopóki przepis art. 104 ust. 5 PrASC pozostaje niezmieniony, rozstrzygnięcia w przedmiocie transkrypcji powinny brać pod uwagę skutki wynikające ze sformułowanego tam wymogu. Po drugie, taka zmiana – choć rozwiązywałaby problem dostępu polskiego obywatela do dokumentów tożsamości – nie pozwalałaby zainteresowanym stronom ujawniać w polskim rejestrze stanu cywilnego łączącego ich pokrewieństwa. Pokrewieństwo to można by było wykazywać jedynie na podstawie zagranicznego aktu stanu cywilnego⁶⁸.

7. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka

W przekonaniu piszącego te słowa, praktyka polegająca na odmawianiu transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, skutkująca odmową wydawania dokumentów tożsamości obywatelom polskim w związku z obligatoryjnością transkrypcji, narusza art. 8 EKPCz. Czynnikiem naruszającym Konwencję jest tu nie tyle sama odmowa transkrypcji, co skumulowane działanie polskich przepisów oraz praktyki administracyjnej i orzeczniczej, które mają takie skutki.

Wedle wiedzy autora, nie zapadło jak dotąd orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), w którym miałby on okazję wypowiedzieć się odnośnie do ustawodawstwa i praktyki urzędniczej, która dokładnie odpowiadałaby omawianej tu polskiej praktyce⁶⁹. ETPCz orzekał jednak w wielu sprawach, z których wynika obowiązek państwa strony Konwencji uznania sto-

⁶⁷ Zob. wyżej przyp. 66.

⁶⁸ Co w praktyce nie jest tym samym co posługiwanie się polskim dokumentem stanu cywilnego.

⁶⁹ Warto jednak zauważyć, że przeciwko Polsce zostały wniesione skargi do ETPCz przez osoby, którym odmówiono transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia z powodu jedнопłciowości rodziców. Zob. <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/878760,para-lesbijek-skarzy-polske-do-strasburga.html>; stan na 13.08.2018 r.

sunku pochodzenia lub przysposobienia ukształtowanego w innym państwie, a także w sprawach dotyczących praw osób homoseksualnych i zakazu dyskryminacji z uwagi na orientację homoseksualną. Orzecznictwo to jest relewantne dla oceny zgodności polskiej praktyki odmawiania transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Analiza tego orzecznictwa – nawet skrótowa⁷⁰ – pozwala, w mojej ocenie, na wypracowanie wniosku, że odmowa transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych narusza art. 8 EKPCz.

Po pierwsze, z orzecznictwa ETPCz wynika, że odmowa uznania przysposobienia ukształtowanego na terenie innego państwa może stanowić naruszenie prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego chronionego artykułem 8 EKPCz⁷¹.

Po drugie, ETPCz orzekł w kilku wyrokach, że odmowa zarejestrowania aktu urodzenia dziecka urodzonego w procedurze surogacji (tudzież odmowa uznania ustalenia stosunku filiacyjnego) może być uznana za sprzeczną z art. 8 EKPCz (naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego dziecka)⁷².

W mojej ocenie, wynikający z EKPCz obowiązek uznania stosunku filiacyjnego powstałego na skutek surogacji dotyczy zarówno przypadków, w których rodzice są parą heteroseksualną, jak i homoseksualną. Potwierdza to – zdaniem

⁷⁰ Tylko taka możliwa była w ramach niniejszego opracowania.

⁷¹ Wyr. ETPCz w sprawie *Wagner i J.W.M.L. v. Luksemburg*, nr 76240/01; wyr. ETPCz z 3.05.2011 r. w sprawie *Négrépontis-Giannissis v. Grecja*, nr 46759/08.

⁷² Wyroki w sprawach: *Mennesson v. Francja* oraz *Labassee v. Francja* z 26.06.2014 r. (nr 65192/11 i nr 65941/11); *Foulon i Bouvet v. Francja* z 21.07.2016 r. (nr 9063/14 i nr 10410/14) oraz *Laborie v. Francja* z 19.01.2017 r., nr 44024/13. Trybunał dopuszcza wprawdzie, aby państwa członkowskie EKPCz – dysponując określonym marginesem swobody oceny – uregulowały kwestię macierzyństwa zastępczego wedle swej woli. Jeżeli jednak stosunek filiacyjny został już ukształtowany za granicą – na terenie państwa, gdzie macierzyństwo zastępcze jest legalne, to dobro dziecka wymaga, aby stan ten uszanować. Odmowa uznania stosunku filiacyjnego (rejestracji aktu urodzenia) stanowi naruszenie prawa dziecka do życia prywatnego (art. 8 EKPCz). Por. jednak wyrok ETPCz w sprawie *Paradiso and Campanelli v. Włochy*, Nr 25358/12, w którym Trybunał (11-stoma głosami do 6-ciu) przyjął, że nie doszło do naruszenia art. 8 EKPCz przez włoskie organy, które odmówiły uznania stosunku filiacyjnego pomiędzy włoskim małżeństwem (heteroseksualnym) i dzieckiem urodzonym przez surogatkę w Rosji i zarejestrowania aktu urodzenia dziecka we Włoszech. Dla rozstrzygnięcia znaczenie miał brak biologicznych więzi rodziców z dzieckiem, krótki okres trwania faktycznej relacji pomiędzy rodzicami i dzieckiem oraz niepewność co do prawnego stosunku, jaki ukształtowany został pomiędzy rodzicami i dzieckiem. Warto także zauważyć, że jak okazało się w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez włoskie organy, rodzice podali nieprawdziwe fakty dotyczące ich relacji z dzieckiem (m.in. niezgodnie z prawdą podali, że skarżący był biologicznym ojcem dziecka – dawcą nasienia).

niektórych komentatorów⁷³ – wyrok w sprawie *Foulon i Bouvet v. Francja*⁷⁴, w której skarżącymi byli mężczyźni – ojcowie dzieci urodzonych przez surogatki w Indiach. Mężczyźni ci pozostawali w homoseksualnych związkach i choć w aktach urodzenia dziecka wskazano jako matki kobiety – surogatki, to było jasne, że dzieci będą wychowywać się w związkach homoseksualnych⁷⁵. Zdaniem Trybunału, również w takim wypadku odmowa uznania ukształtowanego stosunku rodzinnoprawnego i rejestracji aktu urodzenia dziecka stanowi naruszenie jego prawa do życia prywatnego. Rozstrzygające jest tu dobro dziecka, które leży w odzwierciedleniu na poziomie prawa rzeczywistości (tj. faktu, że dziecko wychowuje się w takiej, a nie innej rodzinie)⁷⁶.

Po trzecie, należy wskazać na stanowisko strasburskiego Trybunału dotyczące przysposobienia dzieci w kontekście uprawnień, jakimi dysponują pary homoseksualne. W świetle orzecznictwa ETPCz można stwierdzić, że z Konwencji nie wynika obowiązek umożliwienia parom homoseksualnym adopcji dzieci. Jednakże z orzecznictwa Trybunału można wnosić, że jeżeli państwo przyznaje określone uprawnienia adopcyjne (małżeństwom, związkom partnerskim, samotnym osobom), to nie można odmówić takich samych uprawnień osobom homoseksualnym. Takie działanie stanowi bowiem dyskryminację zakazaną art. 14 EKPCz⁷⁷.

⁷³ **D. Straughen**, *ECHR finds failure to recognise parents of children born as a result of international commercial surrogacy violates the right to privacy*, 21.07.2016, <https://www.hrlc.org.au>; stan na 2.01.2019 r.

⁷⁴ Wyrok ETPCz z 21.07.2016 r. (nr 9063/14 i nr 10410/14).

⁷⁵ Kwestia jednopłciowości rodziców, którzy mieli wychowywać dzieci, pozostawała w omawianych sprawach ukryta. W aktach urodzenia dzieci jako matki wpisano bowiem kobiety, które dzieci urodziły (surogatki).

⁷⁶ Przypadek, w którym chodziłoby o uznanie stosunku rodzinnoprawnego pomiędzy dzieckiem urodzonym w procedurze macierzyństwa zastępczego i rodzicami jednopłciowymi, gdzie akt urodzenia wskazywałby tę okoliczność wyraźnie, nie był – jak dotąd – rozstrzygany przez Trybunał. Zważywszy jednak na zakaz dyskryminacji z uwagi na orientację seksualną (art. 14 EKPCz) oraz, przede wszystkim, na fakt, że istotą omawianego tu orzecznictwa jest naruszenie prawa do życia prywatnego dziecka (a nie rodziców), nie wydaje się, aby decyzja ETPCz w takim przypadku mogła być inna – przynajmniej jeżeli istniałaby biologiczna więź pomiędzy dzieckiem i jednym z rodziców, a faktyczny stosunek rodzinny byłby skryształizowany.

⁷⁷ I tak w wyr. z 22.01.2008 r. w sprawie *E.B. v. Francja*, Nr 43546/02 Trybunał stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 8 EKPCz. Naruszenie miało miejsce, ponieważ Francja odmówiła przysposobienia dziecka Francuzce, przy czym głównymi powodami odmowy była homoseksualna orientacja wnioskującej i brak ojcowskiego wzorca w gospodarstwie domowym, w którym wychowywać miało się dziecko. Należy jednak zwrócić uwagę, że we wcześniejszym wyroku z 26.02.2002 r. w sprawie *Fretté v. Francja*, Nr 36515/97 Trybunał zaakceptował odmowę przez Francję możliwości adoptowania dziecka przez homoseksualnego męż-

Wreszcie po czwarte, pośrednio znaczenie dla omawianego zagadnienia ma także linia orzecznicza ETPCz dotycząca praw par homoseksualnych do zalegalizowania ich związku (w znaczeniu – prawnego uregulowania łączącej ich relacji) oraz prawa do transkrypcji aktu małżeństwa zawartego w innym państwie. Ostatnie lata przyniosły zaś w tym obszarze istotne rozstrzygnięcia strasburskiego Trybunału. W szczególności, w wyroku w sprawie *Oliari v. Włochy*⁷⁸ ETPCz orzekł, że Włochy naruszyły art. 8 EKPCz, zaniechawszy ustanowienia jakiegokolwiek możliwości instytucjonalizacji związków homoseksualnych. Konwencja nie zobowiązuje wprawdzie państw członkowskich do umożliwiania parom homoseksualnym zawarcia małżeństwa⁷⁹ (kwestia ta, zgodnie z art. 12 EKPCz, pozostaje w gestii państw członkowskich), ale wymaga, aby pary homoseksualne miały możliwość uregulowania swojego wspólnego życia w postaci związku partnerskiego.

Ponadto, w wyroku w sprawie *Orlandi v. Włochy*⁸⁰, ETPCz orzekł, że Włochy dopuściły się naruszenia art. 8 EKPCz, odmawiając jedнопłciowym małżeństwom zawartym poza terytorium Włoch transkrypcji ich aktów małżeństwa we Włoszech. Trybunał podkreślił, że Włochy nie wyjaśniły przekonująco, dlaczego niedopuszczalność transkrypcji aktów małżeństwa par jedнопłciowych miałaby być konieczna dla ochrony istotnych interesów społecznych⁸¹. Odmo-

czynną. Trybunał podkreślił, że państwo dysponuje w ustalaniu kryteriów przysposobienia określonym marginesem swobody oceny. W sprawie tej orientacja seksualna wnioskodawcy nie była jednak jedyną przyczyną odmowy możliwości adoptowania dziecka. Z kolei w wyr. z 19.02.2013 r. w sprawie *X i inni v. Austria* (Nr 19010/07) Trybunał stwierdził naruszenie Konwencji poprzez odmowę przez Austrię możliwości adopcji dziecka jedнопłciowej partnerki. Austriackie prawo pozwalało wszakże partnerowi/partnerce pozostającym w heteroseksualnym związku na przysposobienie dziecka swego partnera/partnerki. Związek małżeński ani formalny partnerski nie był tu wymagany. Prawo austriackie odmawiało jednak takiej samej możliwości parom homoseksualnym. Trybunał stwierdził, że stanowiło to dyskryminację z uwagi na orientację seksualną i w konsekwencji naruszenie art. 14 w związku z art. 8 EKPCz. Warto jednocześnie przypomnieć, że w wyr. z 12.03.2012 r. w sprawie *Gas i Dubois v. Francja*, Nr 25951/07 ETPCz orzekł, że nie narusza Konwencji państwo, które odmawia osobie homoseksualnej pozostającej w zarejestrowanym związku partnerskim prawa do adopcji dziecka drugiego z parterów, o ile prawa takiego nie posiadają także osoby heteroseksualne pozostające w takim związku partnerskim. Osoby o różnych orientacjach seksualnych traktowane są tu bowiem równo.

⁷⁸ Wyr. ETPCz z 21.07.2015 r. w sprawie *Oliari i inni v. Włochy*, Nr 18766/11 i 36030/11.

⁷⁹ Zob. wyr. ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf v. Austria*, Nr 30141/04; wyr. ETPCz z 9.06.2016 r. w sprawie *Charpentier v. Francja*, Nr 40183/07; wyr. ETPCz z 12.03.2012 r. w sprawie *Gas i Dubois v. Francja*, Nr 25951/07.

⁸⁰ Wyr. ETPCz z 14.12.2018 r. w sprawie *Orlandi i inni v. Włochy*, Nr 26431/12, 26742/12, 44057/12 i 60088/12.

⁸¹ *Ibidem*, pkt 199–200.

wa transkrypcji tych aktów powodowała natomiast, że skarżący znajdowali się w prawnej próżni, doznając licznych trudności w dniu codziennym. Ich związek nie był w żaden sposób sankcjonowany przez prawo (ani jako małżeństwo zawarte w innym kraju, ani jako związek partnerski⁸²).

Dla kompletności wywodu należy tu poczynić wyjaśnienie, że zarzut „prawnej próżni” nie dotyczy z taką samą mocą małżonków jedнопłciowych w Polsce, ponieważ mogą oni posługiwać się w obrocie w naszym kraju swym zagranicznym aktem małżeństwa. W świetle art. 1138 k.p.c. nadaje się mu taką samą moc dowodową jak polskiemu aktowi stanu cywilnego. Zarzut „prawnej próżni” *per analogiam* dotyczy jednak takich sytuacji, jakie są przedmiotem niniejszego opracowania, tj. odmowy transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych. Brak bowiem transkrypcji uniemożliwia takim dzieciom uzyskanie dokumentów potwierdzających ich polskie obywatelstwo, umieszczając je tym samym w „prawnej próżni”.

Podsumowując powyższe uwagi, można stwierdzić, że z orzecznictwa strasburskiego Trybunału wynika co następuje.

Po pierwsze, należy szanować skryształizowane sytuacje rodzinne, ukształtowane na terenie innego państwa zgodnie z prawem tam obowiązującym. Obejmuje to także stosunki rodzinne wynikające z przysposobienia czy urodzenia dziecka z wykorzystaniem macierzyństwa zastępczego. Po drugie, co do zasady, zakazana jest dyskryminacja ze względu na orientację seksualną, a więc różnicowanie praw par jedнопłciowych i różнопłciowych. Po trzecie, naruszenie Konwencji stanowi także pozbawienie par jedнопłciowych jakiegokolwiek możliwości instytucjonalizacji ich życia. Po czwarte, Trybunał podkreśla znaczenie indywidualnej oceny sytuacji rodziny jedнопłciowej w świetle istniejącej społecznie rzeczywistości. W orzecznictwie Trybunału ocena konkretnych skutków działań podejmowanych przez państwo i jego zaniechań przeważa nad ocenami o charakterze abstrakcyjnym. Po piąte, niezależnie od uprawnień osób homoseksualnych, które wynikają z Konwencji, osobno chronione jest prawo dzieci do ustalenia ich rodzinnego pochodzenia. Jednocześnie, oczywiste jest, że ocena ewentualnego naruszenia prawa dziecka do życia rodzinnego i prywatnego (art. 8 EKPCz) dokonywana jest przez pryzmat konkretnych skutków, jakich dziecko to doznaje. Wreszcie po szóste, choć państwa – strony Konwencji mogą niekiedy ograniczać korzystanie z praw gwarantowanych EKPCz, to ograniczenia te muszą być uzasadnione⁸³.

⁸² Dotyczy to okresu sprzed 2016 r., gdy Włochy wprowadziły do swego prawa krajowego możliwość zawarcia związku partnerskiego przez osoby homoseksualne.

⁸³ Trybunał akceptuje wprawdzie wolę państwa zachowania tożsamości tradycyjnego, heteroseksualnego małżeństwa (*Orlandi i inni v. Włochy*, Nr 26431/12, 26742/12, 44057/12

Polska praktyka odmawiania transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych godzi w prawo dzieci do potwierdzenia za pomocą polskiego dokumentu stanu cywilnego ich pochodzenia (przysposobienia) ukształtowanego zgodnie z obcym prawem. Działa zatem przeciwko skryształizowanej sytuacji rodzinnej. Co więcej, skutkuje ona dotkliwymi, negatywnymi konsekwencjami w postaci niemożności uzyskania dokumentów tożsamości, co naraża te dzieci na dalsze jeszcze trudności (np. dostęp do opieki medycznej czy oświaty). Należy też podkreślić, że polska praktyka różnicuje pomiędzy uprawnieniami par jedнопłciowych i różнопłciowych, skoro te drugie nie mają żadnych trudności w transkrypcji aktów urodzenia swoich dzieci. Nadto, różnicowanie to nie tyle rodzi skutki dla samych osób homoseksualnych, ale przede wszystkim dla ich dzieci. Dzieci są zatem stawiane w gorszej sytuacji z tego tylko powodu, że mają jedнопłciowych rodziców.

W mojej ocenie jest mało prawdopodobne, aby ETPCz przyjął za uzasadnione argumenty, które podnoszone są przez przeciwników transkrypcji w omawianego typu przypadkach. Nie będzie tu wystarczającym argument o ochronie polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego – w każdym razie nie w sytuacji, w której odmowa transkrypcji rodzi skutek w postaci niemożności uzyskania polskich dokumentów tożsamości. Nie sądzę też, aby Trybunał zaakceptował argument, że polska praktyka uzasadniona jest obroną tożsamości heteroseksualnego charakteru małżeństwa, wyrażonego w art. 18 Konstytucji. Nie wydaje się bowiem, aby ochrona tradycyjnego małżeństwa i rodziny w Polsce wymagała zanegowania możliwości uzyskania przez dzieci par jedнопłciowych – urodzonych lub przysposobionych za granicą – polskich dokumentów tożsamości.

8. Zakończenie

Charakter prawny transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego jest obecnie w zasadzie niesporny. Istnieje zgoda, że stanowi ona jedynie reprodukcję zagranicznego aktu w polskim rejestrze stanu cywilnego. Sporna jest natomiast funkcja transkrypcji w polskim systemie prawnym. Spór ten dotyczy najbardziej elementarnej roli, jaką transkrypcja pełni. Zdaniem jednych, transkrypcja – jako skierowana na zagraniczne akty stanu cywilnego – stanowi wyłącznie formę ujawniania w Polsce tychże zagranicznych aktów bez względu na to, co one stwierdzają. Nie może być tu zatem mowy o jakiegokolwiek ocenie, czy i na ile treść tych aktów jest zgodna, czy dopasowana do polskiego prawa. Tran-

i 60088/12), ale nie akceptuje argumentu, że jedнопłciowe związki partnerskie stanowią zagrożenie dla tradycyjnego małżeństwa (*Oliari i inni v. Włochy*, Nr 18766/11 i 36030/11).

skrypcja odzwierciedla bowiem jedynie fakt, że za granicą powstał określony akt stanu cywilnego⁸⁴. Zdaniem drugich, transkrypcja ma wprawdzie charakter reprodukcyjny, ale jednak reprodukcja ta musi uwzględniać podstawowe założenia polskiego prawa osobowego i rodzinnego (z naczelnym miejscem zasad konstytucyjnych). Zasadniczo transkrybujemy zatem zagraniczne akty stanu cywilnego, ale nie wszystkie, bo polski system rejestracji nie może udzielać formy czemuś fundamentalnie sprzecznemu z polskim porządkiem prawnym⁸⁵. Wedle tego poglądu, nie można zatem np. transkrybować aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych, bo to „rozsadzałoby” polski system rejestracji stanu cywilnego.

Nie chciałbym przesądzać powyższego dylematu. Być może funkcja transkrypcji zagranicznych aktów stanu cywilnego nie jest jeszcze w pełni odkryta i tylko dłuższa praktyka może pozwolić na ukształtowanie się w tym zakresie jednolitego teoretycznego wyjaśnienia. Wnioski, które płyną z prowadzonych w tym miejscu rozważań, są natomiast inne i bardziej szczegółowe.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że pomimo iż zdaniem SN nietranskrybowane zagraniczne akty stanu cywilnego mają moc prawną na równi z polskimi aktami stanu, to jednak w rzeczywistości strona posługująca się jedynie zagranicznym aktem nie może osiągnąć wielu skutków, które mogłaby osiągnąć gdyby zagraniczny akt został transkrybowany. Ma to związek zarówno z aspektami jurydycznymi (obligatoryjna transkrypcja i niemożność uzyskania polskich dokumentów tożsamości w braku transkrypcji), jak i praktycznymi (posługiwanie się zagranicznym dokumentem w Polsce). Wartość dodana transkrypcji jest zatem *de facto* znacząca. Stąd, choć argumentacja o niekompatybilności aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych (i aktów małżeństwa takich par) z polskim systemem rejestracji opartym na polskim prawie rodzinnym jest logiczna i może wydawać się przekonująca, to jednak ignoruje ona realne skutki, jakie odmowa transkrypcji oznacza dla zainteresowanych osób w aktualnym stanie prawnym.

Po drugie (i w związku z pierwszym), bezsprzecznie istotna część trudności tkwi w wymogu obligatoryjności transkrypcji koniecznej dla uzyskania dokumentów potwierdzających polskie obywatelstwo. Likwidacja tego wymogu jest niezbędna⁸⁶. Umożliwi to dzieciom par jedнопłciowych, mających polskie obywatelstwo, uzyskanie polskich dokumentów i wiążących się z tym skutków i korzyści. Nie rozwiązuje to jednak wszystkich problemów, w szczególności zaś praktyki dnia codziennego, w której posługiwanie się zagranicznym aktem stanu cywilnego nie jest tym samym, co posługiwanie się polskim aktem.

⁸⁴ Taki pogląd wyraża M.A. Zachariasiewicz (zob. publikacje cyt. wyżej).

⁸⁵ Stanowisko to właściwe jest dla M. Wojewody (zob. publikacje cyt. wyżej).

⁸⁶ Tak również **M. Wojewoda**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 56.

Po trzecie, w mojej ocenie polski system prawny nie może zamykać się na współczesny rozwój innych porządków prawnych, zwłaszcza ten następujący w kręgu europejskiej kultury prawnej. Choć zasady właściwe naszemu systemowi mogą być inne i niekiedy uzasadniona jest ingerencja w ich ochronie także za pomocą klauzuli porządku publicznego, to jednak zmiany zachodzące w Europie i na świecie w obszarze prawa, moralności i obyczajowości nie powinny być ignorowane.

Po czwarte, Rzeczpospolita Polska nie jest samotną wyspą, lecz przynależy do wspólnoty międzynarodowej i działa na rzecz jej dobra⁸⁷. Wymaga to poszanowania (choć oczywiście nie bezwzględnego) stanów prawnych ukształtowanych na terenie obcych państw. Nie można zaś tracić z oczu, że mamy tu do czynienia ze stosunkami o charakterze transgranicznym. W tym miejscu nie zajmuję się tym, co dopuszczalne na tle polskiego prawa, lecz wyłącznie tym, czy i na ile uwzględnić należy skutki zdarzenia powstałego za granicą (tj. czy transkrybować zagraniczny akt stanu cywilnego).

Wreszcie po piąte, poszanowania stosunków rodzinnoprawnych ukształtowanych za granicą wymaga od nas nie tylko nasza własna kultura prawna i tradycja prawa prywatnego międzynarodowego, ale także EKPCz. W świetle zaś orzecznictwa Trybunału w Strasburgu nie budzi, w mojej ocenie, wątpliwości, że praktyka odmawiania transkrypcji aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych i uniemożliwiania im uzyskania dokumentów potwierdzających polskie obywatelstwo stanowi naruszenie art. 8 Konwencji. Sprzeczne z EKPCz jest tu nie tyle sama odmowa transkrypcji, lecz skumulowane działanie polskich przepisów i praktyki skutkujące dalece negatywnymi konsekwencjami dla zainteresowanych stron.

Dobrze się stało, że w wyroku z 10 października 2018 r. Naczelny Sąd Administracyjny dostrzegł wreszcie realne problemy, przed jakimi stawia dzieci par jedнопłciowych odmowa transkrypcji ich zagranicznych aktów urodzenia. Doprowadziło go to do trafnego wniosku, że akt urodzenia dziecka obywatelki polskiej i innej kobiety, wskazanej w akcie jako drugi z rodziców, powinien zostać umiejscowiony w polskim rejestrze stanu cywilnego, bez względu na okoliczność, że mamy tu do czynienia z sytuacją nieznaną polskiemu prawu rodzinnemu, tj. jedнопłciowością rodziców dziecka.

⁸⁷ Por. Preambułę Konstytucji RP.

Bibliografia

- Banaszkiewicz Bogusław**, *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, KPP 2013/3.
- Blom Joost**, *Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time*, NTLR 2003/3.
- Czajkowska Alicja** (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Garlicki Leszek, Zubik Marek**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom 1, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Gromek Katarzyna**, *Praxis. Prawo rodzinne dla sędziów i pełnomocników*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Jezusek Andrzej**, *Możliwość instytucjonalizacji związku osób tej samej płci w świetle art. 18 Konstytucji RP*, Prz. Sejm. 2015/4.
- Litwin Jan**, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1961.
- Litwin Tomasz**, *Instytucja związków partnerskich w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku*, MHI 2014/13.
- Łętowska Ewa, Woleński Jan**, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, PiP 2013/6.
- Mączyński Andrzej**, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, w: Marek Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie. Debata na temat projektowanych zmian prawnych*, TNOiK, Toruń 2013.
- Mosconi Franco**, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, Recueil des Cours 1989/217.
- Pawliczak Jakub**, *Opinia prawna na temat potrzeby oraz dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich osób tej samej płci (w świetle prawa cywilnego oraz konstytucyjnego)*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, www.ptpa.org.pl
- Pawliczak Jakub**, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Pazdan Maksymilian**, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Pazdan Maksymilian** (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Pazdan Maksymilian** (red.), *System Prawa Prywatnego, t. 20C, Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Pietrzykowski Krzysztof**, *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985.
- Piotrowski Ryszard**, *Opinia w sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich*, Prz. Sejm. 2012/4.
- Poczobut Jerzy** (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Saffjan Marek, Bosek Leszek**, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Sośniak Mieczysław**, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, PWN, Warszawa 1961.
- Weitz Karol**, *Uznanie ex lege zagranicznych orzeczeń w prawie o aktach stanu cywilnego*, w: Piotr Kasprzyk, Piotr Wiśniewski (red.), *Prawo rodzinne w dobie przemian*, Tow. Nauk. KUL, Lublin 2009.
- Wojewoda Michał**, *Małżeństwa jednopłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, SPE 2017.
- Wojewoda Michał**, *Transkrypcja aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, KPP 2009/4.

- Wojewoda Michał**, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, KPP 2017/2.
- Wojewoda Michał**, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, Metryka 2016/2.
- Wojewoda Michał**, *Zaświadczenie o stanie cywilnym a małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie zawierane za granicą*, KPP 2015/3.
- Wypych Przemysław**, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, KPP 2003/1.
- Wyrzykowski Mirosław**, *Publiczne a prywatne w wykładni konstytucyjnej na przykładzie art. 18 Konstytucji RP*, w: Tomasz Giaro (red.), *Interes publiczny a interes prywatny w prawie*, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji UW, Warszawa 2012.
- Zachariasiewicz Maciej**, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz Maria-Anna**, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, PPPM 2012/11.
- Zachariasiewicz Maria-Anna**, *Zawarcie małżeństwa w prawie prywatnym międzynarodowym – aktualne problemy (opinia przygotowana dla RPO, sierpień 2014 r., niepubl.)*.
- Zawada Kazimierz**, *Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym postępowaniu cywilnym*, NP 1979/5.

Maciej ZACHARIASIEWICZ

TRANSCRIPTION OF THE BIRTH CERTIFICATES OF THE CHILDREN OF SAME-SEX COUPLES

(Summary)

Until very recently the Polish civil registry offices and administration courts refused to transcribe foreign birth certificates of the children of homosexual couples (biological children of one of the partners, adopted children or children born in surrogacy). The aim of the article is to critically analyze this practice. As Polish law stands today, the children who are refused transcription of their birth certificates have no possibility to obtain Polish documents confirming their Polish citizenship (such as passport or ID). Therefore, the refusal of transcription does not only result in formal and evidentiary consequences, being lack of a Polish certificate of civil status, but also creates important practical consequences for the interested parties. This result was until recently largely ignored by Polish courts and other authorities. The groundbreaking judgment was, however, rendered by the Supreme Administrative Court on 10 October 2018, in which the Court has ordered to transcribe the birth certificate of a child, which identified as a mother a Polish citizen and another woman as a second parent.

The author submits, moreover, that the existing case law of the European Court of Human Rights suggests that the practice of refusing to transcribe the birth certificates of the children of homosexual couples violates the European Convention of Human Rights.

Keywords: civil status registry; homosexual couples; public policy clause; cross-border relationship