



Paulina Twardoch^{a)}

 <https://orcid.org/0000-0001-8941-0687>

Kolizyjnoprawne aspekty płci

Abstract: The article deals with legal gender from the conflict-of-laws perspective. Its aims are: to identify the law applicable to the establishment (upon birth) and change of legal gender under Polish private international law, to determine that law's scope of application, and to indicate the values that should be taken into account when considering the intervention of the *ordre public*. Given the gap existing in Polish PIL in matters of legal gender, the applicable law should be searched for on the basis of a generic rule of art. 67 of the Polish PIL Act. In my opinion, under that rule, it is the national law of a person that should be considered to be the law applicable to that person's legal gender. However, the establishment or change of legal gender that occurred abroad may be qualified as “a closed legal situation.” Thus, the law determined by the relevant rule of that situation's state of origin may be deemed the applicable one. The laws applicable to the potential impact of the legal gender's change on marriage, name and surname, filiation and succession should be searched for separately. If the change of legal gender is inadmissible under the applicable law, the public policy exception may be used in order to allow such change, based on the individual's right to respect for their sexual self-determination, which is one of the aspects of the right to respect for private life under the ECHR. However, the decision to apply the public policy exception should always be preceded by an assessment *in concreto*. This also concerns dealing with a foreign rule that provides for “the third gender” being assigned to a child. The child's best interests and the values related to the cross-border continuity of a personal legal status should be taken into account in this regard.

Keywords: the establishment of legal gender — the change of legal gender — third gender — applicable law — art. 67 of the PIL Act 2011 — “closed legal situation” — public policy exception — art. 8 of the ECHR

^{a)} Dr hab., prof. UŚ, Uniwersytet Śląski w Katowicach, paulina.twardoch@us.edu.pl.

1. Wprowadzenie

Postrzeganie płci w naszym kręgu kulturowym ewoluowało i wciąż ewoluuje w miarę rozwoju różnych dziedzin życia. Co interesujące, dopiero pod koniec XVIII w. myśliciele, na podstawie nowych odkryć naukowych, wskazywali z całą mocą na konieczność rozróżnienia w sposób zasadniczy płci żeńskiej i męskiej. W 1803 r. J.-L. Moreau w swym dziele *Historia naturalna kobiety* ogłosił, że płcie nie tylko są od siebie odmienne, ale — co więcej — odmienność ta dotyczy każdego aspektu ciała i ducha. Tak oto zatriumfowała zdecydowana koncepcja dymorfizmu. Wcześniej wszak, w związku z powszechnym poglądem, iż kobiety mają te same organy rozrodcze co mężczyźni, dominował tzw. *one sex model*, oparty na przekonaniu o istnieniu jednej tylko płci, męskiej, w ramach którego to modelu kobieta traktowana była jako niedoskonała wersja mężczyzny¹.

Istotne przemiany następowały także w podejściu do rozstrzygania wątpliwości zachodzących przy ustalaniu płci danej osoby. W szczególności, jak wynika z badań G. Maka, przez większą część XIX w. kierowano się w takich przypadkach ideą, że płeć to umiejscowienie w strukturze społecznej, ekonomicznej i duchowej, przy czym ową ideę przedkładało często nad pojmowanie płci jako odzwierciedlającej fizyczność osoby. Dopiero ok. 1900 r. pojawiła się po raz pierwszy w medycynie, w kontekście ustalania płci w razie wątpliwości, idea płci jako odzwierciedlenia indywidualnego poczucia tożsamości płciowej². Jeśli chodzi o stronę prawną, uwagę zwraca zwłaszcza Landrecht pruski z 1794 r.³, w którego §§ 19—23 zamieszczono przepisy dotyczące dzieci hermafrodytycznych (niem. *Zwitter*). Regulacja ta stanowiła, że takie dziecko powinno być wychowywane zgodnie z płcią określoną przez rodziców. Z chwilą gdy dana osoba osiągnęła wiek 18 lat, przysługiwała jej swoboda wyboru płci. Jednakże jeśli od płci tej osoby zależały prawa osoby trzeciej, ta ostatnia

¹ Zob. E. Badinter, *XY. De l'identité masculine*, Éditions Odile Jacob, Paris 1992, s. 19—21; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español*, „Revista Española de Derecho Internacional” 2023, vol. 75, núm. 2, s. 350, <https://doi.org/10.36151/REDI.75.2.13>. Zob. też T. Laqueur, *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, D.L., Madrid 1994, s. 257—258.

² Tak G. Mak, *Altérations des logiques du sexe. L'hermaphrodisme dans des cas médicaux et juridiques du XIX^e siècle*, « Cliniques méditerranéennes » 2017, n° 95(1), s. 21—34, <https://doi.org/10.3917/cm.095.0021>.

³ Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Tekst kodeksu dostępny na stronie: <https://opiniojuris.de/quelle/1622> [dostęp do wszystkich stron WWW przywołanych w artykule potwierdzono 11.11.2024].

mogła się domagać opinii biegłego. Jego ustalenia były decydujące, nawet w przypadku ich sprzeczności z wyborem dokonany przez osobę, której płeć podlegała ocenie, lub przez rodziców.

Współcześnie ustawodawcy i sądy w coraz większej liczbie państw podążają w ślad za rosnącym uwrażliwieniem społecznym na sytuację osób, których cechy biologiczne nie pozwalają na jednoznaczne zakwalifikowanie danej osoby do jednej z dwóch powszechnie przyjmowanych płci, tj. żeńskiej albo męskiej. I tak, dopuszcza się (tymczasowe) odstępianie od oznaczenia płci metrykalnej dziecka, a nawet zrywa się z binarnym podziałem na płeć żeńską i męską poprzez wprowadzenie do porządku prawnego tzw. trzeciej płci.

Jednocześnie rośnie liczba systemów prawnych, w których dopuszczalna jest zmiana prawna płci, rozumiana jako zmiana oznaczenia płci metrykalnej danej osoby lub — więcej — jako zmiana statusu prawnego danej osoby w zakresie płci.

W miarę jak prawodawcy ustanawiają kolejne rozwiązania normatywne odpowiadające na potrzeby osób interpłciowych⁴ czy transpłciowych, coraz częściej w obcej doktrynie ujmuje się płeć jako kategorię czy też kwestię prawną (ewentualnie mieszaną — faktyczno-prawną⁵), z uwzględnieniem konsekwencji takiego ujęcia, w szczególności tych dotyczących sfery kolizyjnoprawnej⁶. Podobnie w niniejszym szkicu, poświęconym zagadnieniom prawa prywatnego międzynarodowego, głównym przedmiotem analizy jest płeć jako koncept normatywny. Dalsze wywody koncentrują się zatem wokół „płci (w sferze) prawnej” i takiego też sformułowania w nich używam, inspirując się wyrażeniem dość już rozpowszechnionym

⁴ W ślad za ujęciem prezentowanym przez Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka należy wyjaśnić, że osoby interpłciowe rodzą się z cechami płciowymi (w szczególności w aspekcie dotyczącym anatomii płciowej, organów rozrodczych, gospodarki hormonalnej czy zestawu chromosomów), które nie wpisują się w typowe binarne definicje płci męskiej lub żeńskiej — zob. <https://www.ohchr.org/en/sexual-orientation-and-gender-identity/intersex-people>.

⁵ Tak w szczególności S.L. Goessl, *From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?*, „Journal of Private International Law” 2016, vol. 12, issue 2, s. 262—265, 280, <https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1202018>.

⁶ Zob. w szczególności S.L. Goessl, *From question...*, s. 265 i nn.; eadem, *Gender, identity and private international law*, in: *Research Handbook on International Family Law*, eds. J.M. Carruthers, B.W.M. Lindsay, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2024, s. 72—75; A. Dutta, W. Pintens, *Private International Law Aspects of Intersex*, in: *The Legal Status of Intersex Persons*, eds. J.M. Scherpe, A. Dutta, T. Helms, Intersentia, Cambridge 2018, s. 415 i nn.; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado de derecho internacional privado*, dirs. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, 2a ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, s. 1294 i nn.; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 345 i nn.

w literaturze obcej (ang. *legal sex*, *legal gender*, franc. *sexe juridique*, *sexe légal*, hiszp. *sexo legal*, niem. *rechtliches Geschlecht*)⁷. W ramach niektórych wątków sięgam również po określenie „płeć metrykalna”.

Przedstawiona poniżej analiza⁸ ukierunkowana jest, po pierwsze, na odszukanie prawa, któremu w świetle polskiego reżimu kolizyjnego podlegają zagadnienia wpisujące się w prawną problematykę płci, po drugie zaś — na wytyczenie zakresu zastosowania tego prawa. Wysuwam przy tym propozycje kwalifikacji kwestii granicznych, znajdujących się na styku statutu miarodajnego dla płci (w sferze) prawnej oraz innych statutów. Co naturalne w przypadku tematu badawczego o tak silnym pierwiastku aksjologicznym, moje rozważania obejmują także wątek ewentualnej interwencji klauzuli porządku publicznego, w kierunku zakazującym lub pozwalającym.

2. Potrzeba poszukiwania prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej

Jak trafnie zauważa K. Sznajder-Peron, „czynności urzędowe dokonywane przez urzędników stanu cywilnego powinny opierać się na prawidłowo ustalonych i zastosowanych normach prawa polskiego lub obcego”⁹, a „[o]bowiązek stosowania norm kolizyjnych i merytorycznych z urzędu

⁷ Zob. m.in. M. van den Brink, Ph. Reuß, J. Tigchelaar, *Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration: A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands*, „European Journal of Law Reform” 2015, vol. 17, no. 2, s. 282 i nn., <https://doi.org/10.5553/EJLR/138723702015017002006>; S.L. Goessl, *From question...*, s. 264; eadem, *Gender, identity...*, s. 72 i nn.; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 415 i nn.; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 343 i nn.; D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de'Sanna, M. Valentin, *Questions trans et droit de la famille : approches européennes comparatives*, « AJ Famille » 2023, n° 10, s. 503 i nn.; A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR — Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB*, IPRax 2024, H. 1, s. 28—32.

⁸ W tym miejscu pragnę złożyć podziękowania Pani Prof. dr hab. n. med. Aleksandra Jezeli-Stanek, specjalistce genetyki klinicznej, członkini Zespołu ds. Zaburzeń Rozwoju Płciowego w Górnośląskim Centrum Zdrowia Dziecka i Matki w Katowicach, za konsultację naukową w kwestiach dotyczących ustalania płci biologicznej w kontekście tzw. zróżnicowanego rozwoju płciowego. Wyrazy wdzięczności za cenne uwagi w zakresie prawa kolizyjnego składam mojej Koleżance, Pani Dr Agacie Koziół.

⁹ K. Sznajder-Peron, w: *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 537.

przez organy administracji publicznej jest konsekwencją zasady legalizmu wynikającej z art. 7 Konstytucji”¹⁰. Powyższe przemawia na rzecz tezy, że polski kierownik urzędu stanu cywilnego, na potrzeby dokonania w rejestrze stanu cywilnego wpisu o urodzeniu dziecka, które jest cudzoziemcem, a urodziło się w Polsce, powinien — w zakresie, w jakim chodzi o oznaczenie płci metrykalnej dziecka — przeprowadzić analizę kolizyjnoprawną mającą na celu odszukanie prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej. Zgodnie wszak z tym, co już zasygnalizowałam w ślad za ujęciem przyjmowanym w zagranicznej doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego, płeć w rozpatrywanym tutaj kontekście winna być traktowana jako kwestia materialnoprawna, podobnie jak ojcostwo czy nazwisko.

Norma, w myśl której akt urodzenia sporządza się na podstawie karty urodzenia (art. 53 ust. 1 p.a.s.c.)¹¹, nie wyklucza powinnościami poszukiwania prawa właściwego. Karta urodzenia, sporządzana przez podmiot wykonujący działalność leczniczą, zawiera bowiem dane o płci jako o jednej z okoliczności faktycznych (empirycznych). Określenie, jaką dana osoba ma płeć z prawnego punktu widzenia, a więc rozstrzygnięcie kwestii materialnoprawnej, powinno następnie zostać dokonane przez organ władzy publicznej w wyniku subsumcji okoliczności faktycznych pod miarodajną dla danego przypadku normę prawa właściwego dla płci (w sferze) prawnej.

Potrzeba ustalenia miarodajnego statutu przez kierownika urzędu stanu cywilnego jest — wobec odejścia w szeregu systemów prawnych od dychotomii płci — szczególnie istotna w przypadku dzieci, u których występuje tzw. zróżnicowany rozwój płciowy (ang. *differences of sex development*, DSD), a więc których genetyczne, hormonalne, gonadalne lub anatomiczne cechy płci nie wpisują się w typowy model męski lub żeński. I tak, m.in. wedle prawa niemieckiego lub austriackiego płeć takiego dziecka może być przy dokonywaniu wpisu do rejestru zakwalifikowana do trzeciej kategorii lub pozostawiona bez oznaczenia. O tego rodzaju obcych rozwiązaniach merytorycznoprawnych oraz o ocenie — w świetle polskiego *ordre public* — dopuszczalności ustalenia przynależności danej osoby do tzw. trzeciej płci będzie jeszcze mowa. W tym miejscu należy zaś wskazać, że przeszkody do dokonania wpisu o urodzeniu obejmującego treść ukształtowaną w opisany wyżej sposób nie powinny stanowić

¹⁰ K. Sznajder-Peron, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 55. Por. M. Wojewoda, w: *System prawa prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 580—582.

¹¹ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. — Prawo o aktach stanu cywilnego (t.j. Dz.U. 2023, poz. 1378).

trudności techniczne wynikające ze struktury rubryk w rejestrze stanu cywilnego. Jak słusznie podnosi M. Zachariasiewicz, to wzór aktu stanu cywilnego „musi być dostosowany do wymagań prawa kolizyjnego, materialnego i procesowego — a także do rzeczywistości faktycznej — a nie odwrotnie”, zaś „trudności techniczno-prawne [...] w jakiś sposób trzeba rozwiązywać”¹². Podobnie struktura rubryk przewidzianych we wzorze karty urodzenia¹³ nie powinna stanowić przeszkody:

- 1) do zgodnego z rzeczywistością stwierdzenia na potrzeby rejestracji urodzenia, że płci biologicznej noworodka nie da się w danym przypadku jednoznacznie zakwalifikować jako żeńskiej lub męskiej, i w konsekwencji
- 2) do tego, by na podstawie właściwego prawa obcego oznaczyć płeć metrykalną dziecka w akcie urodzenia jako „inną” lub pozostawić ją bez oznaczenia.

Ponadto statut miarodajny dla określenia płci (w sferze) prawnej powinien zostać odszukany w sytuacji, gdy polski organ ma ocenić przynależność płciową, do której ustalenia w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) doszło za granicą, przy czym owo ustalenie nastąpiło inaczej niż poprzez rozstrzygnięcie podlegające uznaniu. Taka ocena może mieć miejsce, po pierwsze, w ramach rozstrzygania kwestii wstępnej. I tak, zagadnienie przynależności płciowej danej osoby może odegrać rolę kwestii wstępnej w szczególności względem takich kwestii jak możliwość zawarcia małżeństwa, rodzicielstwo, imię lub nazwisko czy też umowa o pracę¹⁴. Po drugie, przynależność płciowa, którą ustalono za granicą w okolicznościach określonych powyżej, może podlegać ocenie ze strony polskiego organu także jako kwestia główna. Może to mieć miejsce w szczególności wówczas, gdy na podstawie normy z art. 189 k.p.c.¹⁵ wytoczono powództwo w celu doprowadzenia do usunięcia ewentualnych wątpliwości co do skuteczności w Polsce ustalenia określonej przynależności płciowej, przy czym — należy to podkreślić — chodzi tu o ustalenie, którego dokonano za granicą w drodze aktu innego niż rozstrzygnięcie podlegające uznaniu.

¹² Wypowiedź tę autor sformułował w kontekście transkrypcji aktów stanu cywilnego — zob. M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111, s. 155, przyp. 49, <https://doi.org/10.26485/SPE/2019/111/8>.

¹³ Zob. wzór karty urodzenia według rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 grudnia 2023 r. w sprawie wzorów karty urodzenia i karty martwego urodzenia (Dz.U. 2023, poz. 2733), załącznik nr 1.

¹⁴ S.L. Goessl, *From question...*, s. 265, 276; eadem, *Gender, identity...*, s. 76; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 423—424; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. 2024, poz. 1568).

Podobnie w sprawach o prawną zmianę płci, obejmujących element obcy, polski sąd powinien odszukać prawo właściwe dla takiej zmiany. Jeśli tym ostatnim okaże się prawo obce, w grę wchodzi konieczność oceny ekwiwalentności, z jednej strony, pojęć takich jak „rejestr stanu cywilnego” / „rejestr cywilny” / „odpowiedni rejestr” czy „akty stanu cywilnego” / „akt urodzenia”, które występują w tym prawie w przepisach dotyczących zmiany oznaczenia płci metrykalnej, oraz, z drugiej strony, pojęć takich jak — odpowiednio — „rejestr stanu cywilnego” i „akty stanu cywilnego” / „akt urodzenia”, występujących w prawie polskim, które odgrywa rolę prawa rządzącego kwestiami proceduralnymi związanymi z polskim rejestrem stanu cywilnego. Konieczne może być też dostosowanie norm należących do tych systemów prawnych. Powyższe dotyczy w szczególności spraw, w których żądającym prawnej zmiany płci jest cudzoziemiec:

- 1) którego urodzenie zostało zarejestrowane w polskim rejestrze stanu cywilnego:
 - a) w związku z tym, że urodzenie to nastąpiło w Polsce, albo
 - b) w trybie przewidzianym w art. 99 p.a.s.c.¹⁶, bądź
- 2) którego akt urodzenia został przeniesiony do tego rejestru w drodze transkrypcji.

Przedstawione wcześniej uwagi dotyczące sytuacji, w których polski organ ma oceniać — w ramach czy to kwestii wstępnej, czy też kwestii głównej — przynależność płciową, do której ustalenia w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) doszło za granicą, należy odnieść odpowiednio do sytuacji, w których przedmiotem oceny ze strony polskiego organu miałyby być dokonana za granicą prawna zmiana płci.

3. Art. 67 p.p.m. Prawo ojcyste oraz koncepcja stanu faktycznego zamkniętego

W wielu obcych ustawodawstwach wprowadzono przepisy o prawnej zmianie płci kształtujące instytucję o swoistym charakterze, choć jednocześnie wpisującą się w problematykę stanu cywilnego czy też osobistego.

¹⁶ Przepis ten dotyczy rejestracji w polskim rejestrze stanu cywilnego: a) urodzenia albo zgonu, które nastąpiły poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i nie zostały tam zarejestrowane, oraz b) urodzenia, zawarcia małżeństwa albo zgonu, które nastąpiły poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej i nie zostały tam zarejestrowane, gdyż w państwie urodzenia, zawarcia małżeństwa albo zgonu nie jest prowadzona rejestracja stanu cywilnego.

Niemniej jeśli chodzi o polskie prawo (merytoryczne), zwraca uwagę fakt, że Sąd Najwyższy w sprawie o prawną zmianę płci stwierdził, że „poczucie przynależności do danej płci może być uznane za dobro osobiste (art. 23 k.c.¹⁷) i jako takie podlega ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c.”¹⁸. Jeśliby przyjąć także na potrzeby kwalifikacji kolizyjnoprawnej, iż polska instytucja prawnej zmiany płci jest środkiem ochrony dobra osobistego, należałoby tę instytucję przyporządkować do statutu dóbr osobistych (pragnę podkreślić, że mowa tu o kwalifikacji instytucji zmiany prawnej płci w postaci, w jakiej instytucja ta została ukształtowana w Polsce).

Niemniej upatrywanie istoty polskiej instytucji zmiany prawnej płci w ochronie dobra osobistego nie jest trafne. Warto w tym miejscu przywołać godne aprobaty stanowisko M. Safjana, że w przypadku żądania prawnej zmiany płci podpieranie się konstrukcją z art. 23 k.c. dla uzasadnienia powództwa wytaczanego na podstawie normy z art. 189 k.p.c., a w szczególności dla wykazania interesu prawnego, o którym mowa w tym ostatnim przepisie, nie wydaje się konieczne. Jak bowiem wskazuje ten autor, nie chodzi o „wyrok ustalający prawo osobiste powoda do ochrony poczucia przynależności do określonej płci”, ale o „orzeczenie ustalające płeć danej osoby”, w kontekście którego to orzeczenia interes prawny osoby transpłciowej polega na uzyskaniu prawidłowego ustalenia stanu osobistego¹⁹. Zatem w świetle zasadniczej funkcji, którą spełnia polska instytucja prawnej zmiany płci, a którą to funkcją jest umożliwienie zmiany stanu osobistego danej osoby w zakresie płci, winno się wykluczyć przyporządkowanie owej polskiej instytucji do kategorii kolizyjnoprawnej „ochrona dóbr osobistych”, a tym samym do statutu dóbr osobistych.

Trafne wydaje się natomiast przyjęcie na płaszczyźnie prawa kolizyjnego, że instytucja prawnej zmiany płci — nie tylko w postaciach, w jakich występuje w obcych prawodawstwach, lecz także w postaci ukształtowanej w Polsce — z uwagi na swoistą naturę wpisuje się w kategorię *sui generis*, jaką jest płeć²⁰ i do której zaliczyć należy również reguły materialnoprawne normujące ustalenie płci (w sferze) prawnej w sposób pierwotny, w związku

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. 2024, poz. 1061).

¹⁸ Postanowienie SN z 22.03.1991, III CRN 28/91, Legalis nr 27282. Zob. też wyrok SN z 6.12.2013, I CSK 146/13, Legalis nr 749262, w którym w kontekście sprawy o ustalenie płci osoby transpłciowej mowa o ochronie przynależności do płci realizowanej na podstawie art. 23 i 24 k.c. w związku z art. 189 k.p.c., oraz wyrok SA w Katowicach z 30.04.2004, I ACa 276/04, Legalis nr 65548, w którym w analogicznym kontekście stwierdzono, że płeć człowieka jest dobrem osobistym i z mocy normy z art. 23 k.c. podlega prawnej ochronie.

¹⁹ Zob. M. Safjan, *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 89.

²⁰ Oczywiście chodzi tu o płeć w sensie prawnym.

z urodzeniem. W odniesieniu do tak ujętej kategorii istnieje w polskim prawie prywatnym międzynarodowym luka. Miarodajnej w tym względzie reguły kolizyjnej nie ma jednak w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r.²¹, w innych aktach normatywnych pochodzenia krajowego, w konwencjach międzynarodowych, których Polska jest stroną, ani w prawie Unii Europejskiej. Regułą taką, wskazującą statut, który będzie określać mianem statutu płci, należy zatem wyprowadzić z ogólnej wskazówki służącej uzupełnianiu luk w prawie prywatnym międzynarodowym, zamieszczonej w art. 67 p.p.m.²² Oznacza to konieczność odszukania prawa, które z problematyką płci jest najściślej związane. Moim zdaniem takim prawem jest prawo ojczyście osoby, o której płeć chodzi. Za rozwiązaniem tym przemawiają następujące argumenty.

Otóż zgodnie z tradycją sawiniańską kwestie dotyczące osoby fizycznej i jej tożsamości podlegają prawu personalnemu. W tym kontekście należy zauważyć, że zagadnienia płci wpisują się właśnie w problematykę tożsamości człowieka²³. Ujmując rzecz inaczej: „płeć prawna stanowi jeden z kluczowych elementów tożsamości osoby”, „jest jedną z kategorii prawnych konstytuujących tożsamość osoby”²⁴, „kwestią ściśle związaną z osobą fizyczną”²⁵. Najbardziej miarodajna dla wyznaczenia statutu płci jest zatem reguła analogiczna do tej, która wyznacza statut personalny osoby fizycznej²⁶. Ten ostatni zaś rozumiany jest w polskim prawie prywatnym międzynarodowym jako prawo właściwe dla zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej, a określa go regulacja z art. 11 p.p.m., wskazująca jako zasadniczo właściwe prawo ojczyście danej osoby. Warto przy tym zwrócić uwagę na następujące spostrzeżenie przytaczane w piśmiennictwie niemieckim na rzecz rozwiązania polegającego na tym, aby w odniesieniu do płci prawnej i jej zmiany stosować w drodze analogii normę wyznaczającą prawo właściwe dla zdolności prawnej osoby fizycznej (art. 7(1) zd. 1 EGBGB)²⁷. Mianowicie zauważa się, iż jako

²¹ T.j. Dz.U. 2023, poz. 503.

²² Wypada zaznaczyć, że luka w omawianej kwestii wyłania się także na tle konwencji bilateralnych.

²³ Zob. M. Audit, *Bioéthique et droit international privé*, in: *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 373, Brill—Nijhoff, Leiden 2015, pkt 98.

²⁴ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 344, 350. Wszystkie cytaty ze źródeł obcojęzycznych w tłumaczeniu autorki.

²⁵ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350. Zob. też S.L. Goessl, *From question...*, s. 270—271; A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 30.

²⁶ Zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 98.

²⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/>. Rozwiązanie to, w związku z wejściem w życie w Niemczech szczególnej regulacji kolizyjnej dotyczącej płci prawnej, straciło na znaczeniu.

atrybut osoby fizycznej płeć ma podobną fundamentalną rangę jak zdolność prawna²⁸. Z kolei w doktrynie hiszpańskiej, uzasadniając poddanie kwestii płci prawnej prawu wskazanemu normą z art. 9(1) k.c. hiszp., dotyczącą m.in. zdolności i stanu cywilnego, podnosi się, że płeć osoby fizycznej wpływa na zdolność i stan cywilny tej osoby²⁹, a także że kształtuje status prawny danej osoby jako podmiotu prawa, przez co należy do instytucji statusu osobowego³⁰. Wypada też wspomnieć o stanowisku przedstawionym w literaturze francuskiej, w myśl którego określenie płci osoby jest „elementem statutu personalnego” i jako takie podlega co do zasady prawu ojczystemu³¹.

Za przyjęciem w kwestii płci właściwości prawa personalnego (w polskim prawie kolizyjnym — ojczystego) przemawiają również spostrzeżenia nasuwające się w toku analizy obcego orzecznictwa oraz obcych skodyfikowanych szczególnych norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe do oceny zagadnień odnoszących się do płci.

I tak Sąd Apelacyjny w Paryżu w orzeczeniu z 14 czerwca 1994 r., w sprawie osoby mającej obywatelstwo argentyńskie i miejsce zwykłego pobytu we Francji, stwierdził, że co do zasady zmiana płci podlega prawu ojczystemu³². Podobnie Sąd w Mediolanie w orzeczeniu z 17 lipca 2000 r., dotyczącym żądania zmiany płci przez osobę o obywatelstwie peruwiańskim, której miejscem pobytu były Włochy, uznał za właściwe jej prawo ojczyste³³. Analogiczne stanowisko zajęła w decyzji z 24 stycznia 2005 r. hiszpańska Generalna Dyrekcja Rejestrów i Notariatu (Dirección General de los Registros y del Notariado)³⁴. Zgodnie z nim określenie i zmiana płci,

²⁸ A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 29. Na temat koncepcji, by w odniesieniu do płci prawnej stosować w niemieckim prawie prywatnym międzynarodowym na zasadzie analogii normę kolizyjną miarodajną dla osobowości prawnej i zdolności — zob. też M. van den Brink, Ph. Reuß, J. Tigchelaar, *Out of the Box...*, s. 289; A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 420.

²⁹ Zob. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1293. Autorzy ci opowiadają się za stosowaniem normy kolizyjnej z art. 9(1) k.c. hiszp. w odniesieniu zarówno do ustalenia, jak i do zmiany płci prawnej.

³⁰ Tak P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350. Również zdaniem tej autorki normę kolizyjną z art. 9(1) k.c. hiszp. należy stosować zarówno do ustalenia płci prawnej, jak i do jej zmiany.

³¹ Fasc. 7020: *Droit international privé. — Personnes*, in: *JurisClasseur Roulois — Encyclopédies*, 1.01.2021, dernière mise à jour: 15.10.2023, § 9.

³² CA Paris, 14.06.1994, *Osmar B.* (wyrok ten określa się też jako *arrêt Oswald*). Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 99; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

³³ Trib. Milano Sez. IX, 17.07.2000. Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 99; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

³⁴ Resolución de 24 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra el auto dictado por el Juez Encargado

jako kwestie dotyczące osoby, powinny być rozstrzygane według prawa personalnego tej ostatniej, to jest według jej prawa ojczystego. Podobną drogą podążył Tribunal Superior de Justicia de Andalucía w Sewilli w orzeczeniu z 23 stycznia 2023 r.³⁵, wydanym w sprawie oznaczenia płci w Centralnym Rejestrze Cudzoziemców w odniesieniu do osoby o nieokreślonej płci i obywatelstwie niemieckim. Sąd ten wskazał mianowicie na konieczność wzięcia pod uwagę prawa ojczystego, przy czym uzasadnił to dążeniem do uniknięcia rozbieżności w oznaczeniu płci w rejestrze hiszpańskim i rejestrze niemieckim³⁶. Z kolei Kammergericht w Berlinie w orzeczeniu z 12 stycznia 2021 r., odnosząc się do zagadnienia przynależności płciowej, wyprowadził właściwość prawa ojczystego z założenia o analogicznym stosowaniu w tym względzie reguły kolizyjnej z art. 7(1) EGBGB, wyznaczającej statut personalny osoby fizycznej (*vide ante*)³⁷.

Wśród norm skodyfikowanych na uwagę zasługuje norma kolizyjna z art. 34 § 1 ust. 1 w zw. z art. 35ter belg. kodeksu p.p.m.³⁸, w myśl której prawna zmiana płci podlega prawu ojczystemu osoby, o której płeć chodzi. Warto zaznaczyć, że belgijski ustawodawca uregulował właściwość prawa w tej kwestii poprzez nakaz stosowania prawa wskazanego jako właściwe dla stanu (franc. *l'état*) i zdolności osoby³⁹.

Podobnie nowa niemiecka regulacja kolizyjna, zamieszczona w obowiązującej od 1 listopada 2024 r. ustawie o samookreśleniu przynależności płciowej z 19 czerwca 2024 r. (dalej: nowa u. niem.)⁴⁰, wskazuje prawo ojczyste jako prawo właściwe dla przynależności płciowej osoby. Jednakże w unormowaniu tym dopuszcza się, by osoba mająca miejsce zwykłego

del Registro Civil de Barcelona, en el expediente sobre autorización de matrimonio civil entre un varón y un transexual, BOE-A-2005-4264. Tekst dostępny na stronie: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-4264.

³⁵ STSJ Andalucía de Sevilla, 83/2023 de 23 Ene. 2023, Rec. 2224/2019. Orzeczenie dostępne na stronie: https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAAXBMQ6AIAwAwN8wF4SgQwejk7O6E2lMEwKkIO_3jmPE4wIA77VzblGDpHHJePNLuZPittYqZVBEA2YCP62erVdPoiB76LSFRDkGwVM--gEQh4isTwAAAA==WKE.

³⁶ Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 351.

³⁷ KG, Beschluss vom 12.01.2021 — 1 W 1290/20, pkt 34.

³⁸ Loi du 16.07.2004 portant le code de droit international prive. Tekst dostępny na stronie: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/article.pl?language=fr&sum_date=&pd_search=2004-07-27&numac_search=2004009511&page=1&lg_txt=F&caller=list&2004009511=0&trier=promulgation&view_numac=2022b30600fx1804032130fr&dt=CODE+DE+DROIT+INTERNATIONAL+PRIVE&fr=f&choix1=ET.

³⁹ Na ten temat — zob. J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique : droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Belgique, 1er août 2017, § 21.

⁴⁰ Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 19. Juni 2024. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.recht.bund.de/bgb/1/2024/206/VO>.

pobytu w Niemczech wybrała prawo niemieckie w odniesieniu do zmiany przynależności płciowej⁴¹.

Warto też zwrócić uwagę, że zgodnie z regulacją kolizyjną z art. 37 szwajc. u. feder. o p.p.m. stosowaną w drodze analogii na podstawie normy z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m. ustalenie płci osoby, która ma domicyl w Szwajcarii, podlega prawu szwajcarskiemu, a osoby mającej domicyl za granicą — prawu wskazanemu przez reguły prawa prywatnego międzynarodowego państwa domicylu, przy czym osoba, o której płęć chodzi, może żądać zastosowania swojego prawa ojczystego. Zatem również ustawodawca szwajcarski posłużył się kryteriami odwołującymi się do więzi pomiędzy osobą a określonym obszarem prawnym, aczkolwiek, po pierwsze, zgodnie z preferencją charakterystyczną dla szwajcarskiego prawa kolizyjnego zasadniczą rolę w tym względzie odgrywa domicyl, po drugie, kryteria te wprzężono w bardziej złożone konstrukcje. Zmiana płci — w świetle normy z art. 38(3) stosowanej *per analogiam* na podstawie reguły z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m. — podlega jednak prawu szwajcarskiemu, bez względu na domicyl lub obywatelstwo osoby, o której płęć chodzi⁴².

Co do łączników personalnych innych niż obywatelstwo, warto dodać, że w piśmiennictwie niemieckim formuluje się argumenty na rzecz przyjęcia miejsca zwykłego pobytu jako głównego łącznika wyznaczającego statut płci⁴³. Niemniej należy pamiętać, że w polskim prawie kolizyjnym podstawowym łącznikiem w sferze prawa osobowego jest tradycyjnie obywatelstwo.

W obcych systemach prawnych można również dostrzec tendencję do przyznawania coraz większego znaczenia kolizyjnoprawnej autonomii woli w kwestiach dotyczących płci. W tym kontekście warto przywołać chociażby przytoczoną już szwajcarską normę z art. 37(2) w zw. z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m., posługującą się w odniesieniu do ustalenia płci konstrukcją właściwości prawa na żądanie. Z kolei we wspomnianej nowej niemieckiej ustawie osobom mającym miejsce zwykłego pobytu w Niemczech przyznano kompetencję do dokonania wyboru prawa (ograniczającą się do wyboru prawa niemieckiego). Ponadto postulaty wprowadzenia, w ograniczonym zakresie, kolizyjnoprawnej autonomii woli

⁴¹ Na temat ustawy, gdy była w fazie projektu — zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 30. Na tym etapie nie było w niemieckim systemie prawnym wyraźnej reguły kolizyjnej określającej prawo właściwe w odniesieniu do przynależności płciowej.

⁴² Zob. A. Bonomi, in: B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022, s. 209.

⁴³ Zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 31.

w kwestiach dotyczących określenia płci prawnej zgłaszane są w doktrynie hiszpańskiej⁴⁴.

Wracając do polskiego systemu prawnego, trzeba zauważyć, że dopuszczenie do głosu autonomii woli w ramach kolizyjnoprawnej regulacji kwestii płci sprzyjałoby poszanowaniu prawa osoby, o której płeć chodzi, do samookreślenia przynależności płciowej, które to prawo ujmowane jest jako jeden z aspektów prawa do poszanowania życia prywatnego (franc. *le droit au respect du droit à l'autodétermination sexuelle*; w wersji angielskiej wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) w sprawie *van Kück przeciwko Niemcom*⁴⁵ użyto sformułowania *right to respect for sexual self-determination*, oznaczającego 'prawo do poszanowania samookreślenia przynależności płciowej'). Innymi słowy: rozwiązanie takie pozwalałoby na urzeczywistnienie, w mniejszym lub większym stopniu, wolności określenia własnej przynależności płciowej, która to wolność stanowi jeden z najistotniejszych elementów prawa do samookreślenia (franc. *droit à l'autodétermination*)⁴⁶. Niemniej dopuszczenie wyboru prawa właściwego w kwestii płci czy też przyjęcie konstrukcji właściwości prawa na żądanie wymagałoby ustanowienia wyraźnej normy w tym przedmiocie (zob. w szczególności regułę z art. 4 p.p.m., zgodnie z którą wyboru prawa można dokonać w przypadkach przewidzianych w ustawie).

Jak już zatem stwierdzono powyżej, w świetle reguły z art. 67 p.p.m. rolę statutu płci powinno, moim zdaniem, odgrywać prawo ojczyście osoby, o której płeć chodzi. Należy przy tym kierować się obywatelstwem:

- 1) z chwili urodzenia, ewentualnie, jeśli dotąd płci (w sferze) prawnej nie ustalono, a ustalenie ma nastąpić po długim czasie od urodzenia — z chwili żądania ustalenia;
- 2) w przypadku rozstrzygnięcia o żądaniu prawnej zmiany płci — z chwili żądania owej zmiany.

W odniesieniu zaś do sytuacji, w których prawna zmiana płci nastąpiła za granicą, przy udziale organu władzy publicznej, w drodze aktu niebędącego orzeczeniem ani innym rozstrzygnięciem podlegającym uznaniu, uzasadnione może być posłużenie się koncepcją stanu faktycznego

⁴⁴ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 350—352.

⁴⁵ Wyrok ETPCz z 12.06.2003 w sprawie *van Kück c. Allemagne*, nr 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897.

⁴⁶ Zob. *van Kück c. Allemagne*, pkt 73, 78. Zob. też wyrok ETPCz z 10.03.2015 w sprawie *Y.Y. c. Turquie*, 14793/08, ECLI:CE:ECHR:2015:0310JUD001479308, pkt 102. Zob. też: A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295; V.J. Navarro Marchante, *La autodeterminación de género en la legislación trans en España*, „Teoría y Realidad Constitucional” 2023, n.º 51, s. 417—439.

zamkniętego⁴⁷. Dotyczy to oceny takiej prawnej zmiany płci, która wykazuje silne powiązanie z państwem, w którym doszło do owej zmiany. Właściwość prawa należy wówczas ustalać za pomocą norm kolizyjnych obowiązujących w państwie, w którym zmiana została dokonana, jako państwie pochodzenia rozpatrywanego stanu faktycznego zamkniętego⁴⁸. Opisane rozwiązanie pozwoli na realizację postulatu zachowania ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci⁴⁹. Można też rozważać podobne podejście — w sytuacjach gdy nie miała miejsca prawna zmiana płci — w odniesieniu do przynależności płciowej ustalonej w związku z urodzeniem, jeśli ustalenie to nastąpiło za granicą i spełnione są pozostałe kryteria analogiczne do tych wymienionych powyżej⁵⁰.

4. Zakres zastosowania statutu płci

Statut płci rozstrzyga o:

- 1) zagadnieniach dotyczących ustalenia płci (w sferze) prawnej (dokładnie — pierwotnego ustalenia, tj. takiego, które następuje w związku z urodzeniem), mianowicie zaś o:

⁴⁷ Koncepcję stanu faktycznego zamkniętego wysunął w polskiej doktrynie M. Pazdan — zob. M. Pazdan, *Stany faktyczne zamknięte z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, w: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberk, J. Grykiel, K. Mularski, C.H. Beck, Warszawa 2022, s. 525—536.

⁴⁸ Por. rozwiązanie z art. 39 w zw. z art. 40a szwajc. u. feder. o p.p.m., polegające na nakazie uznania w Szwajcarii zmiany płci, która nastąpiła za granicą, jeśli zmiana ta „jest ważna” w państwie domicylu lub w państwie ojczystym osoby, o której płeć chodzi.

⁴⁹ Zob. A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 32; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 353. Zob. też wyrok TSUE z 4.10.2024 w sprawie C-4/23 *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:845, dotyczący uznania w państwie członkowskim zmiany imienia i tożsamości płciowej uzyskanej zgodnie z prawem w innym państwie członkowskim.

⁵⁰ W podobnym duchu A. Dutta, W. Pintens, *Private International...*, s. 424—426. Autorzy ci, w ramach rozważań na temat osób interplciowych, wysuwają postulat, by w odniesieniu do płci zarejestrowanej w związku z urodzeniem (czy inaczej: w odniesieniu do statusu w zakresie płci, który dana osoba nabyła przez rejestrację w związku z urodzeniem) wprowadzić — przynajmniej w obrębie UE — obowiązek uznania. Przywołują przy tym orzeczenie TSUE w sprawie *Grunkin i Paul*, wskazując na konieczność zapewnienia swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich UE. Jako instrument, poprzez który wspomniane uznanie może następować, proponują normę kolizyjną stanowiącą, iż płeć prawna zarejestrowana przez właściwy organ podlega prawu państwa, w którym płeć ta została (po raz pierwszy) w odniesieniu do danej osoby zarejestrowana. Zob. też S.L. Goessl, *Gender, identity...*, s. 81, 85.

- a) sposobie, w jaki owo ustalenie następuje, w szczególności o tym, czy w razie wątpliwości płeć ustalana jest w drodze orzeczenia sądowego⁵¹;
- b) rodzajach płci (w sferze) prawnej, w szczególności o tym, czy rozróżnia się jedynie płeć żeńską i płeć męską, czy również trzecią płeć / płeć neutralną/niebinarną/inną (zob. normę z § 22(3) niem. u. o stanie cywilnym⁵², która dopuszcza oznaczenie płci dziecka w rejestrze urodzeń za pomocą określenia „inna”⁵³; orzeczenie austriackiego Sądu Konstytucyjnego z 15 czerwca 2018 r.⁵⁴, w którym przyjęto wykładnię normy z § 2(2)(3) austr. u. o stanie cywilnym⁵⁵ zrywającą z podziałem jedynie na płeć męską i żeńską i dopuszczono w ten sposób tzw. trzecią płeć, która może być określona m.in. jako „inna” lub „inter”⁵⁶; przepis art. 6 u. isl.⁵⁷, dopuszczający rejestrację płci z oznaczeniem „neutralna”);
- c) dopuszczalności nieoznaczenia płci metrykalnej⁵⁸ w ogóle lub przez określony czas (zob. normę z § 22(3) niem. u. o stanie cywilnym, zgodnie z którą, jeśli nie można ustalić przynależności dziecka do płci żeńskiej lub męskiej, dopuszcza się pominięcie oznaczenia jego płci w rejestrze urodzeń; zob. też wspomniane już orzeczenie austriackiego Sądu Konstytucyjnego; przepis art. 1:19d k.c. niderl.; przepis art. 74(2) hiszp. u. 4/2023⁵⁹, który dopuszcza

⁵¹ Zob. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294; A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 209.

⁵² Personenstandsgesetz (PStG). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>.

⁵³ Na ten temat — zob. P. Dunne, J. Mulder, *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?*, „German Law Journal” 2018, vol. 19, issue 3, s. 627—648.

⁵⁴ VfGH G 77/2018, 15.06.2018. Orzeczenie dostępne na stronie: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFR_20180615_18G00077_01/JFR_20180615_18G00077_01.html.

⁵⁵ Personenstandsgesetz 2013. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20008228>.

⁵⁶ J. Gesley, *Austria: Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female*, Library of Congress, 2018, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>. Zob. też oficjalny informator dostępny na stronie: [https://www.oesterreich.gv.at/en/themen/persoenliche_dokumente_und_bestaeatigungen/aenderung-der-geschlechtszugehoerigkeit.html#:~:text=The%20case%2Dlaw%20of%20the,\(%20VfSlg%2020258%2F2018\)](https://www.oesterreich.gv.at/en/themen/persoenliche_dokumente_und_bestaeatigungen/aenderung-der-geschlechtszugehoerigkeit.html#:~:text=The%20case%2Dlaw%20of%20the,(%20VfSlg%2020258%2F2018)).

⁵⁷ Lög um kynrænt sjálfræði nr. 80/2019. Tekst ustawy w języku angielskim dostępny na stronie: https://www.government.is/library/04-Legislation/Act%20on%20Gender%20Autonomy%20No%2080_2019.pdf.

⁵⁸ Zob. A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 210.

⁵⁹ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>.

nieoznaczenie — przez okres nieprzekraczający 1 roku — płci metrykalnej dziecka będącego osobą interplciową, jeśli żądają tego, za wzajemnym porozumieniem, rodzice dziecka; przepis art. 57(2) k.c. franc., zgodnie z którym, gdy niemożliwe jest określenie płci dziecka w dniu wystawienia aktu urodzenia, prokurator Republiki może zezwolić urzędnikowi stanu cywilnego na odstąpienie od natychmiastowego oznaczenia płci dziecka w akcie urodzenia, przy czym wpis płci stwierdzonej medycznie następuje wówczas w terminie nieprzekraczającym 3 miesięcy liczonych od dnia zgłoszenia urodzenia; przepis art. 48 k.c. belg., ustanawiający w odniesieniu do przypadków, gdy płeć dziecka jest niejednoznaczna, trzymiesięczny termin, w ciągu którego ojciec, współmatka lub matka mogą zadeklarować płeć dziecka);

2) zagadnieniach dotyczących zmiany płci (w sferze) prawnej czy też — inaczej mówiąc — prawnej zmiany płci, tj. o:

a) dopuszczalności takiej zmiany;

b) sposobie prawnej zmiany płci, w szczególności o tym, czy zmiana taka następuje:

— w drodze orzeczenia sądu (tak np. w prawie francuskim, gdzie zgodnie z normami z art. 61-6 oraz 61-7 k.c. franc. następuje ona w drodze orzeczenia sądowego nakazującego zmianę oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego, przy czym orzeczenie to jest wzmiankowane na marginesie aktu urodzenia; zob. też normę z art. 31(5) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r.⁶⁰); aczkolwiek sąd polski, jeśli tylko uzasadniona jest jego jurysdykcja, może w zasadzie działać także wówczas, gdy obce prawo właściwe przewiduje prawną zmianę płci w inny sposób niż poprzez orzeczenie sądu⁶¹;

— w drodze aktu innego organu niż sąd (tak np. przepis art. 8 u. irl.⁶², w którym mowa o decyzji Ministra Ochrony Społecznej [Minister for Social Protection] w przedmiocie wydania tzw. certyfikatu uznania płci) czy też przy udziale organu innego niż sąd, polegającym na wydaniu określonego aktu (zob. regulację

⁶⁰ Decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150: Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69. (11G0192). Tekst dekretu dostępny na stronie: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2011/09/21/011G0192/sg>.

⁶¹ Zob. uwagi M. Pazdana w odniesieniu do rozwiązania małżeństwa przez inny organ państwowy niż sąd lub przez sąd wyznaniowy — M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 306.

⁶² Gender Recognition Act 2015. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://revised.acts.lawreform.ie/eli/2015/act/25/revised/en/html#SEC18>.

z art. 135/1 k.c. belg., w której mowa o sporządzeniu aktu zmiany oznaczenia płci metrykalnej [franc. *l'établissement de l'acte de modification de l'enregistrement du sexe*] przez urzędnika stanu cywilnego);

- na podstawie oświadczenia osoby, o której płeć chodzi (tak regulacja z art. 30b k.c. szwajc. oraz art. 135/1 k.c. belg., kształtująca reżim prawny oświadczenia wyrażającego wolę zmiany oznaczenia płci metrykalnej w związku z istnieniem u osoby, która składa oświadczenie, (stałego) przekonania, że nie przynależy ona do płci wskazanej w rejestrze stanu cywilnego / że płeć wskazana w akcie urodzenia nie odpowiada poczuciu tożsamości płciowej tej osoby);
- c) legitymacji do żądania prawnej zmiany płci / kwalifikacjach personalnych wymaganych po stronie składającego oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci metrykalnej, w szczególności o tym:
 - jaki jest wymagany wiek oraz czy w przypadku osób małoletnich wymaga się działania poprzez / za zgodą / przy udziale przedstawiciela ustawowego (zob. regulację z art. 43 hiszp. u. 4/2023, w świetle której z żądaniem zmiany oznaczenia płci może samodzielnie wystąpić do Rejestru Cywilnego osoba, która ukończyła 16 lat, lub osoba młodsza, która ukończyła 14 lat, przy czym wymaga się, by tej ostatniej towarzyszyli w postępowaniu jej przedstawiciele ustawowi, w przypadku zaś osoby między 12. a 14. rokiem życia wymagane jest zezwolenie sądowe na zmianę oznaczenia płci w rejestrze⁶³; normy z art. 4 i 5 argent. u. 26.743⁶⁴, stanowiące, iż osoba żądająca zmiany oznaczenia płci w rejestrze powinna być w wieku co najmniej 18 lat, a jeśli jest młodsza, jej żądanie powinno zostać wniesione poprzez jej przedstawicieli ustawowych i za jej wyraźną zgodą; normę z art. 61-5 k.c. franc., w myśl której zmianę oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego może uzyskać osoba pełnoletnia lub małoletnia uppełnoletniona; normę z art. 1(1) u. Zjedn. Król.⁶⁵, zgodnie z którą żądanie wydania certyfikatu uznania płci może wnieść osoba w wieku co najmniej 18 lat; normy z art. 135/1 § 1 i § 10 k.c. belg., według których oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci może złożyć osoba pełnoletnia,

⁶³ Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 354—355.

⁶⁴ Ley 26.743. 9.05.2012. Tekst dostępny na stronie: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

⁶⁵ Gender Recognition Act 2004. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>.

- małoletnia upełnoletniona albo osoba małoletnia nieupełnoletniona, która osiągnęła wiek 16 lat i która jest zdolna do działania z rozeznanie, przy czym w przypadku tej ostatniej wymaga się, by przy składaniu oświadczenia towarzyszyli jej rodzice lub przedstawiciel ustawowy);
- czy osoba pozostająca w związku małżeńskim lub zarejestrowanym związku partnerskim może żądać prawnej zmiany płci (zob. normę z dawnego art. 9(2)(b) u. irl., która wyłączała takie osoby z kręgu osób legitymowanych do żądania wydania certyfikatu uznania płci⁶⁶);
- d) materialnoprawnych przesłankach uwzględnienia żądania prawnej zmiany płci / skutecznego złożenia oświadczenia zmierzającego do zmiany oznaczenia płci metrykalnej, w szczególności zaś o tym:
- czy wymagane jest wystąpienie u danej osoby dysforii płciowej (tak np. normy z art. 2(1)(a) u. Zjedn. Król. oraz z art. 4(1)(a) dawnej hiszp. u. 3/2007⁶⁷);
 - czy wymagana jest uprzednia terapia psychologiczna (zob. normę z art. 4(3) argent. u. 26.743, która wyraźnie wyłącza taki wymóg);
 - czy wymagana jest uprzednia zmiana wyglądu lub funkcjonowania ciała poprzez ingerencję medyczną (w szczególności chirurgiczną lub hormonalną), w tym sterylizację (zob. art. 44(3) hiszp. u. 4/2023, gdzie wyraźnie zakazano uzależniania wykonania prawa do uzyskania zmiany oznaczenia płci w rejestrze od tego typu zmian fizycznych; podobnie: przepis art. 61-6 k.c. franc., wprowadzony ustawą z 2016 r.⁶⁸, która zniosła wszelkie wymagania polegające na konieczności poddania się ingerencji medycznej określonego wyżej rodzaju⁶⁹; norma z art. 4(3) argent. u. 26.743; przepis art. 31(4) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r. w interpretacji włoskiego Sądu Kasacyjnego oraz

⁶⁶ Norma ta została uchylona przez Marriage Act 2015 w związku z usunięciem w prawie irlandzkim przeszkody do zawarcia małżeństwa polegającej na braku różnicy płci między nupturientami.

⁶⁷ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5585>.

⁶⁸ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033418805>.

⁶⁹ G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil : actes de naissance, actes de reconnaissance, procédure de mariage*, JurisClasseur Civil Code > Synthèse, dernière mise à jour: 10.06.2023, § 26.

- włoskiego Sądu Konstytucyjnego⁷⁰; por. art. 4(2)(b) dawnej hiszp. u. 3/2007, w którym ustanowiono wymóg, by osoba żądająca zmiany oznaczenia płci w rejestrze przeszła co najmniej dwuletnią terapię medyczną mającą na celu dostosowanie występujących u tej osoby cech fizycznych do cech „żądaney płci”);
- czy wymaga się — na podobnej zasadzie jak w przypadku posiadania stanu cywilnego — by z całokształtu okoliczności wynikało, że płeć metrykalna nie odpowiada płci, na przynależność do której dana osoba publicznie się powołuje, gdy się przedstawia, i jako przynależna do której osoba ta jest znana otoczeniu (tak art. 61-5 k.c. franc.)⁷¹;
 - czy wystarczającą podstawą złożenia oświadczenia zmierzającego do zmiany oznaczenia płci metrykalnej (w przypadkach gdy prawna zmiana płci następuje poprzez takie oświadczenie) jest istnienie u danej osoby (stałego) przekonania, że płeć metrykalna nie odpowiada poczuciu tożsamości płciowej tej osoby / nie odpowiada płci, do której przynależność osoba ta odczuwa (zob. art. 135/1 § 1 k.c. belg. oraz art. 30b k.c. szwajc.);
 - czy wymaga się, by występujący z żądaniem wiódł życie jako osoba odmiennej płci przez określony czas poprzedzający wystąpienie z żądaniem (tak norma z art. 2(1)(b) u. Zjedn. Król., w myśl której wymagany okres to 2 lata);
 - czy wymaga się, by występujący z żądaniem miał zamiar wieść życie jako osoba odmiennej płci do chwili śmierci (tak norma z art. 2(1)(c) u. Zjedn. Król.; podobnie norma z art. 10(1)(f)(ii) u. irl., która wymaga złożenia przez daną osobę oświadczenia, iż ma ona trwałą i poważny zamiar, by żyć przez resztę życia jako osoba płci mającej wynikać z żądanego certyfikatu uznania płci);
- e) głównym skutku:
- zmiany oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego / we właściwym rejestrze,
 - decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
 - wydania certyfikatu uznania płci,
- którym to skutkiem jest zmiana płci (w sferze) prawnej;
- f) odwracalności prawnej zmiany płci czy też dopuszczalności ponownej prawnej zmiany płci, a jeśli właściwy system prawny stoi na

⁷⁰ Zob. D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de'Sanna, M. Valentin, *Questions...*, s. 503 i nn., pkt 2.1.

⁷¹ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26.

stanowisku odwracalności zmiany / dopuszcza ponowną zmianę — o tym:

- czy wymagany jest upływ określonego terminu od czasu (poprzedniej) zmiany (zob. np. normę z art. 47 hiszp. u. 4/2023, ustanawiającą w odniesieniu do przywrócenia poprzedniego oznaczenia płci w Rejestrze Cywilnym wymóg upływu 6 miesięcy od zmiany, o której odwrócenie chodzi);
- czy liczba dopuszczalnych zmian jest ograniczona (zob. np. przepis art. 9 chil. u. 21.120⁷², który dopuszcza jedynie dwukrotną zmianę oznaczenia płci metrykalnej);
- czy wymaga się zezwolenia sądu (zob. np. regulę z art. 8 argent. u. 26.743 oraz regulę z art. 47 hiszp. u. 4/2023, w świetle której zezwolenie sądu wymagane jest do dokonania zmiany oznaczenia płci w Rejestrze Cywilnym w sytuacji, gdy miała już miejsce zmiana oznaczenia, a następnie przywrócono poprzednie oznaczenie; zob. też normę z dawnego art. 62bis § 10 ust. 2 k.c. belg., która wprowadzie dopuszczała — jako wyjątek od ustanowionej w ust. 1 zasady nieodwołalności zmiany — ponowną zmianę oznaczenia płci metrykalnej, ale wymagała w takim przypadku zezwolenia sądu rodzinnego⁷³).

Natomiast ewentualny wpływ:

- zmiany oznaczenia płci metrykalnej,
 - decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
 - wydania certyfikatu uznania płci
- na (dalsze) istnienie wcześniej zawartego małżeństwa podlega statutowi miarodajnemu dla bytu prawnego małżeństwa (zob. np. normy z art. 11A (1)-(2) u. Zjedn. Król, w myśl których zmiana płci wynikająca z wydania pełnego certyfikatu uznania płci nie wpływa na dalsze istnienie małżeństwa⁷⁴; zob. też normę wyprowadzaną w doktrynie z przepisu art. 61-8 k.c. franc., w myśl której zmiana oznaczenia płci metrykalnej nie

⁷² Ley 21.120. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>.

⁷³ Na ten temat — zob. D. Tomsej, D. Paternotte, *L'adoption de la « loi trans* » du 25 juin 2017. De la stérilisation et la psychiatisation à l'autodétermination*, « Courrier hebdomadaire du CRISP » 2021, n° 2505, s. 8, <https://doi.org/10.3917/cris.2505.0005>. Zob. też orzeczenie belgijskiego Sądu Konstytucyjnego z 19.06.2019 nr 99/2019, pkt B.8.8—B.8.9. Tekst orzeczenia dostępny na stronie: <https://www.const-court.be/public/f/2019/2019-099f.pdf>.

⁷⁴ W Zjednoczonym Królestwie dopuszczalne są małżeństwa tej samej płci. Aczkolwiek należy zauważyć, że wydanie pełnego certyfikatu uznania płci uzależnione jest od wyrażenia przez współmałżonka zgody na kontynuację małżeństwa po wydaniu takiego certyfikatu.

podważa małżeństwa wcześniej zawartego przez osobę, o której płeć chodzi⁷⁵). W tym względzie wchodzi w grę statut unieważnienia małżeństwa lub statut rozwodowy. W szczególności skutek orzeczenia nakazującego zmianę oznaczenia płci metrykalnej polegający na rozwiązaniu małżeństwa podlega statutowi rozwodowemu (zob. przepis art. 31(6) wł. dekretu z mocą ustawy nr 150 z 2011 r.⁷⁶; trzeba przy tym zauważyć, że zgodnie z normą wyrażoną w zd. 1 tego przepisu orzeczenie o zmianie oznaczenia płci nie oddziałuje wstecz). Podobnie powinno się zakwalifikować skutek zmiany oznaczenia płci metrykalnej polegający na powstaniu po stronie współmałżonka uprawnienia do żądania rozwiązania małżeństwa (skutek taki przewiduje norma z art. 19 chil. u. 21.120⁷⁷). Rozgraniczając prawo właściwe dla unieważnienia małżeństwa i statut rozwodowy, warto mieć na uwadze pogląd W. Popiołka, zgodnie z którym w kontekście normy kolizyjnej z art. 50 p.p.m., wyznaczającej prawo właściwe dla unieważnienia małżeństwa, chodzi co do zasady o okoliczności (wadliwość) istniejące w chwili jego zawarcia. Jeśli zaś dana okoliczność zaistniała po zawarciu małżeństwa, to — według wspomnianego autora — w grę wchodzi statut rozwodowy⁷⁸.

W podobny sposób należy podchodzić do kolizyjnoprawnej oceny ewentualnego wpływu:

- zmiany oznaczenia płci metrykalnej,
- decyzji sądu bądź innego organu nakazującej taką zmianę lub
- wydania certyfikatu uznania płci

na (dalsze) istnienie zarejestrowanego związku partnerskiego (zob. np. normę z art. 1(26) wł. u. o związkach partnerskich⁷⁹, zgodnie z którą orzeczenie nakazujące zmianę oznaczenia płci we właściwym rejestrze pociąga za sobą rozwiązanie *unione civile* między osobami tej samej płci⁸⁰; por. normę z art. 11B u. Zjedn. Król.). Za miarodajny trzeba uznać w tej kwestii statut zarejestrowanego związku partnerskiego, wyznaczony na podstawie normy kolizyjnej odszukanej za pomocą wskazówki z art. 67 p.p.m.⁸¹

⁷⁵ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26. Prawo francuskie dopuszcza małżeństwa osób tej samej płci.

⁷⁶ Prawo włoskie nie dopuszcza małżeństw osób tej samej płci.

⁷⁷ Ley 21.120. Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>.

⁷⁸ W. Popiołek, w: *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz...*, s. 457.

⁷⁹ Legge 20 maggio 2016, n. 76 — Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (16G00082). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2016-05-20;76>.

⁸⁰ Wedle prawa włoskiego wyłącznie osoby tej samej płci mogą zawrzeć zarejestrowany związek partnerski.

⁸¹ Na temat prawa właściwego dla zarejestrowanego związku partnerskiego — zob. P. Twardoch, *O poszukiwaniu prawa właściwego do oceny spraw majątkowych*

Wedle tego statutu winno się również oceniać skutek zmiany oznaczenia płci metrykalnej polegający na konwersji małżeństwa na zarejestrowany związek partnerski (skutek taki przewiduje w szczególności norma z art. 1(27) wł. u. o związkach partnerskich; powstaje on automatycznie w sytuacji, gdy małżonkowie wyrazili wolę nierozwiązywania małżeństwa w następstwie zmiany oznaczenia płci we właściwym rejestrze⁸²).

Możliwość zawarcia małżeństwa lub zarejestrowanego związku partnerskiego przez osobę, której płeć uległa zmianie w sferze prawnej, podlega — odpowiednio — statutowi możliwości zawarcia małżeństwa lub statutowi zarejestrowanego związku partnerskiego (zob. np. normę z dawnego art. 18(3)(a) u. irl., stanowiącą, że osoba, która uzyskała certyfikat uznania płci, może zawrzeć małżeństwo jedynie z osobą płci przeciwnej względem płci oznaczonej w certyfikacie⁸³, oraz normę z dawnego art. 18(3)(b) u. irl., zgodnie z którą osoba legitymująca się certyfikatem uznania płci mogła zawrzeć zarejestrowany związek partnerski jedynie z osobą tej samej płci, co płeć oznaczona w certyfikacie⁸⁴).

Z kolei kwestia wpływu prawnej zmiany płci na sferę imienia i nazwiska osoby, o której płeć chodzi, objęta jest hipotezą normy kolizyjnej z art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m.⁸⁵ Norma ta, nakazując stosowanie „prawa właściwego do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do [...] zmiany imienia lub nazwiska”, wskazuje w rozpatrywanym kontekście na właściwość statutu płci.

I tak, jako prawo wskazane normą z art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m., statut płci obejmuje:

— ewentualne szczególne reguły materialnoprawne rządzące zmianą imienia lub nazwiska w związku z prawną zmianą płci, w tym te dotyczące kompetencji osoby, o której płeć chodzi, do wyboru nowego imienia lub imion, a w przypadku niektórych systemów prawnych — także nazwiska (zob. np. normę z art. 30b(2) k.c. szwajc., stanowiącą, iż osoba składająca oświadczenie zmierzające do zmiany oznaczenia płci

zarejestrowanego za granicą związku partnerskiego według polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 10, s. 71—115. Zob. też A. Koziół, w: *System prawa prywatnego*, t. 20C..., s. 527—529.

⁸² Zob. D. Eskenazi, S. Williams, M.L. de’Sanna, M. Valentin, *Questions...*, s. 503 i nn., pkt 2.1.1.

⁸³ Zob. przyp. 66.

⁸⁴ Norma ta została uchylona przez Marriage Act 2015 w związku ze zniesieniem w prawie irlandzkim dopuszczalności zawierania związków partnerskich. Ta ostatnio wspomniana zmiana wiązała się z kolei z otwarciem instytucji małżeństwa na osoby tej samej płci.

⁸⁵ Zgodnie z tą normą do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska stosuje się prawo właściwe do oceny skutków zdarzenia, które prowadzi do nabycia albo zmiany imienia lub nazwiska.

metrykalnej może wybrać nowe imię lub imiona⁸⁶; normę z art. 44(4) hiszp. u. 4/2023, zgodnie z którą osoba żądająca zmiany oznaczenia płci metrykalnej powinna wybrać nowe imię, chyba że chce zachować dotychczasowe i jest ono zgodne z zasadami swobodnego wyboru imienia przewidzianymi w przepisach o Rejestrze Cywilnym; normy z art. 10(1)(b) oraz art. 13(1)(a) u. irl., odnoszące się do wyboru imienia i nazwiska przez osobę występującą z żądaniem wydania certyfikatu uznania płci; zob. też normy z § 8(2) i § 9(3) zd. 2 u. niem.⁸⁷ oraz z § 2(3) nowej u. niem., a także normę z art. 1:28b(2) k.c. niderl.);

- ewentualne szczególne reguły dotyczące dopuszczalności/konieczności dostosowania formy nazwiska — w związku z prawną zmianą płci — do płci wynikającej ze zmiany (zob. chociażby prawo szwajcarskie — pod jego rządami nazwisko rodowe, którego forma odzwierciedla płeć, np. słowiańskie, zakończone na „-ska”/„-ski”, dostosowywane jest do nowo oznaczonej płci⁸⁸).

Natomiast o tym, czy prawna zmiana płci wpływa na stosunki filiacyjne, rozstrzyga statut miarodajny dla pochodzenia dziecka. Owym statutem są więc objęte ewentualne reguły wyłączające taki wpływ:

- na więzi filiacyjne ustalone, zanim po stronie rodzica nastąpiła prawna zmiana płci (tak norma z art. 61-8 k.c. franc.⁸⁹), czy też
- na więzi filiacyjne z dziećmi urodzonymi przed ową zmianą (tak regulacja z art. 135/2 § 1 k.c. belg., która stanowi również wyraźnie, że wszelkie powództwa dotyczące tych więzi mogą jeszcze być wytaczane po wystawieniu aktu zmiany oznaczenia płci metrykalnej), czy też
- na status danej osoby jako ojca lub matki dziecka urodzonego przed wydaniem certyfikatu uznania płci (tak norma z art. 19 u. irl.).

W statucie filiacyjnym poszukiwać należy także odpowiedzi na pytania:

- Jak ustala się rodzicielstwo osoby, która urodziła dziecko po prawnej zmianie płci z żeńskiej na męską?

⁸⁶ Na temat tego rozwiązania — zob. 19.081: Message concernant la révision du code civil suisse (Changement de sexe à l'état civil) du 6 décembre 2019, s. 790, 815—816. Tekst dostępny na stronie: <https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/129/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-129-fr-pdf-a.pdf>; M. Montini, in: *Code civil I. Art. 1—456 CC. Commentaire*, coord. P. Pichonnaz, B. Foëx, Ch. Fountoulakis, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2023, s. 392.

⁸⁷ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz — TSG). Tekst ustawy dostępny na stronie: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-%C3%BCber-die-%C3%A4nderung-der-vornamen-und-die-feststellung-der/213211>.

⁸⁸ Zob. 19.081: Message..., s. 790; M. Montini, in: *Code civil I...*, s. 392.

⁸⁹ Zob. G. Launoy, M.-Ch. Le Boursicot, *Actes de l'état civil...*, § 26.

- Jak ustala się rodzicielstwo osoby, której męskie gamety posłużyły do (naturalnego) poczęcia dziecka, jeśli dziecko urodziło się po prawnej zmianie płci tej osoby z męskiej na żeńską?
- Czy osoba taka — w związku z ustaleniem jej rodzicielstwa — uzyskuje status (współ)matki czy ojca, czy może neutralny płciowo status rodzica?⁹⁰

Szczególną uwagę w tym względzie zwraca prawo belgijskie i niemieckie, gdzie kwestie te przesądzono — odpowiednio — w art. 135/2 § 2 k.c. belg. oraz w § 11 nowej u. niem.⁹¹

Wypada jednak wyjaśnić, że o tym, jakiej płci z prawnego punktu widzenia jest dana osoba będąca rodzicem, rozstrzyga statut płci⁹². Może to stwarzać napięcia na styku statutu filiacyjnego i statutu płci, np. jeśli z postanowień pierwszego wynika, że jako rodzic dana osoba ma status matki, z postanowień drugiego zaś — że osoba ta w sensie prawnym jest płci męskiej⁹³. W takich przypadkach jako środek zaradczy wchodzi w grę zabieg zwany dostosowaniem.

Z kolei o tym, czy prawna zmiana płci jako taka wywiera wpływ na powołanie danej osoby do dziedziczenia, decyduje ogólny statut spadkowy. Dotyczy to zarówno dziedziczenia *ab intestato*, jak i na podstawie rozrządzenia na wypadek śmierci. Natomiast ewentualne rozwiązanie małżeństwa na skutek prawnej zmiany płci, stanowiące w kontekście dziedziczenia kwestię wstępną, podlega statutowi rozwodowemu (*vide ante*).

⁹⁰ Zob. wypowiedź A. Schulz aprobującą założenie, by kwestię wpływu zmiany płci prawnej na stosunki filiacyjne kwalifikować do statutu pochodzenia dziecka — A. Schulz, *Geschlechtliche Selbstbestimmung...*, s. 32.

⁹¹ Na tle prawa francuskiego — zob. orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Tuluzie — CA Toulouse, 9 févr. 2022, n° 20/03128. Sprawa dotyczyła osoby, której płeć uległa zmianie w sferze prawnej z męskiej na żeńską. Po tej zmianie transpłciowa kobieta poczęła dziecko ze swą małżonką. Prokreacja naturalna była możliwa, ponieważ ta pierwsza zachowała swoje męskie organy rozrodcze. W opisywanym orzeczeniu sąd uznał prawo kobiety transpłciowej do oznaczenia jej jako „matka” w akcie urodzenia jej biologicznego dziecka. Zob. S. Paricard, *La parenté transgenre : une décision inédite*, Dalloz Actualité, 1.03.2022, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parente-transgenre-une-decision-inedite>. Na tle prawa szwajcarskiego — zob. M. Montini, in: *Code civil I...*, s. 393.

⁹² W podobnym duchu: wspomniane już orzeczenie Kammergericht w Berlinie z 12.01.2021, dotyczące transpłciowego mężczyzny mającego obywatelstwo austriackie, który urodził dziecko po zmianie płci, oraz A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1297.

⁹³ Na temat orzeczenia wydanego w kontekście czysto krajowym przez SA we Wrocławiu 7.03.2016 (I ACa 1830/15, niepubl.), które dotyczyło treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez transpłciowego mężczyznę — zob. M. Szeroczyńska, *Miedzy dobrem dziecka a literą prawa — ustalenie treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez trans-ojca. Rozważania na tle postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, „Ius Novum” 2017, t. 11, nr 3, s. 182—197.

5. *Ordre public*

5.1. W obliczu prawa niedopuszczającego prawnej zmiany płci

W sytuacji gdy obce prawo właściwe nie dopuszcza prawnej zmiany płci, w grę wchodzi zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Mowa tu o działaniu w kierunku pozwalającym. Trzeba w tym miejscu przypomnieć, że w świetle wykładni przyjętej przez ETPCz jednym z aspektów przewidzianego w art. 8 EKPCz⁹⁴ prawa do poszanowania życia prywatnego jest prawo do samookreślenia przynależności płciowej⁹⁵. Ponad wszelką wątpliwość postanowienia Konwencji są jednym ze źródeł podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w rozumieniu przepisów o klauzuli porządku publicznego, w szczególności przepisu art. 7 p.p.m.⁹⁶ Tym samym reguła tzw. porządku strasburskiego nakazująca respektowanie prawa do samookreślenia przynależności płciowej stanowi element polskiego *ordre public*. Aby zatem zapewnić poszanowanie owej reguły, może być konieczne zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Z takim właśnie przypadkiem możemy mieć do czynienia w obliczu wynikającej z prawa właściwego niedopuszczalności zmiany płci (w sferze) prawnej. Przesłanki interwencji *ordre public*, do której miałyby dojść na podstawie przepisu art. 7 p.p.m., powinno się jednak zawsze oceniać *in concreto*. Innymi słowy: interwencja taka nigdy nie może być automatyczna. Tytułem porównania warto wspomnieć, że automatyzm działania klauzuli porządku publicznego wpisany jest w istotę rozwiązania belgijskiego ustanowionego w art. 35ter ust. 2 belg. kodeksu p.p.m. W myśl tego unormowania nie stosuje się przepisów prawa właściwego dla prawnej zmiany płci, które zakazują takiej zmiany czy też — jak wyjaśnia J.-L. Van Boxstael — z których wynika zakaz „zmiany płci w sposób równie łatwy, jak pozwala na to prawo belgijskie”⁹⁷. Jest to tzw. szczegółowa klauzula porządku publicznego⁹⁸.

⁹⁴ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284).

⁹⁵ Zob. wyrok ETPCz w sprawie *van Küch c. Allemagne*, pkt 78. Na temat sformułowania użytego w wersji angielskiej — *vide ante*, rozdział 3.

⁹⁶ Zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa, 2018, s. 343.

⁹⁷ J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique...*, § 21.

⁹⁸ J.-L. Van Boxstael, Fasc. 60 : *Belgique...*, § 21; M. Audit, *Bioéthique...*, pkt 104. Warto też zwrócić uwagę na rozwiązanie z art. 50 hiszp. u. 4/2023. Zgodnie z nim cudzoziemcy, w razie wykazania niemożności prawnej lub faktycznej doprowadzenia w swoim

W odniesieniu do postanowienia art. 8 EKPCz warto dodać, iż odwołał się do niego Sąd Apelacyjny w Paryżu we wzmiarkowanym już orzeczeniu z 14 czerwca 1994 r. w sprawie *Oswaldo*. Sprawa dotyczyła osoby transpłciowej mającej obywatelstwo argentyńskie i zamieszkałej we Francji. Osoba ta domagała się przed francuskim sądem nowego oznaczenia swojej płci w oficjalnych dokumentach. Sąd Apelacyjny przyjął, że żądanie jest dopuszczalne, mimo że ówczesne prawo argentyńskie, uznane przez tenże sąd za właściwe dla zmiany płci, nie dopuszczało takiej zmiany. Jednakże do klauzuli porządku publicznego odwołano się w orzeczeniu tylko subsydiarnie⁹⁹. Poszanowanie postanowienia art. 8 EKPCz starano się bowiem zapewnić, stosując je bezpośrednio¹⁰⁰.

Na uwagę w kontekście *ordre public* zasługuje również przywołane już orzeczenie Sądu w Mediolanie z 17 lipca 2000 r. Zastosowano w nim klauzulę porządku publicznego przeciwko zakazowi zmiany płci wynikającemu z prawa peruwiańskiego, będącego prawem ojczystym osoby występującej z żądaniem¹⁰¹. Podobnie we wspomnianej wcześniej decyzji z 24 stycznia 2005 r. hiszpańska Generalna Dyrekcja Rejestrów i Notariatu uznała za konieczną interwencję klauzuli porządku publicznego wobec prawa kostarykańskiego, niedopuszczającego zmiany płci w żadnym przypadku¹⁰².

Jednocześnie należy zauważyć, że zastosowanie klauzuli porządku publicznego skutkujące dopuszczeniem prawnej zmiany płci sprzyja powstaniu tzw. płci kulejącej (franc. *sexe boiteux*)¹⁰³. Zjawisko to zachodzi

państwie pochodzenia do zmiany oznaczenia płci w rejestrze i przy spełnieniu przesłanek legitymacji przewidzianych w hiszpańskiej ustawie, wyłączwszy obywatelstwo, mogą żądać przed właściwym organem zmiany oznaczenia płci w dokumentach, które się im wydaje. Na ten temat — zob. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 361—362.

⁹⁹ Na ten temat — zob. Y. Lequette, *Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France. Cour d'appel de Paris (1re Ch. C).* — 14 juin 1994, Osmar B. c. Procureur général près la cour d'appel de Paris, « Revue critique de droit international privé » 1995, s. 308 i nn.; Y. Lequette, *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? : cours général de droit international public*, in: *Recueil des cours — Académie de Droit International de La Haye*, tome 387, Brill—Nijhoff, Leiden 2017, pkt 244; J. Guillaumé, Fasc. 40 : *Ordre public international. — Notion d'ordre public international*, JurisClasseur Civil Code > Art. 3, Première publication: 2.05.2018, § 30.

¹⁰⁰ Na temat metody bezpośredniego stosowania postanowień EKPCz — zob. M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 354.

¹⁰¹ Na ten temat — zob. M. Audit, *Bioéthique...*, przyp. 192; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

¹⁰² Zob. przyp. 34. Na ten temat — zob. też D. Fernández-Arroyo Giménez, A. Rodríguez Benot, Fasc. 60 : *Espagne. — Droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Espagne, Première publication: 6.01.2021, § 62; A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1295.

¹⁰³ Zob. Y. Lequette, *Recevabilité...*, s. 308 i nn.; Y. Lequette, *Les mutations...*, pkt 245.

w szczególności wówczas, gdy płeć danej osoby wynikająca z takiej zmiany nie jest następnie uznawana w państwie ojczystym tej osoby. Okoliczność tę trzeba wziąć pod uwagę, wążąc w danej sprawie argumenty za zastosowaniem klauzuli i przeciwko niemu.

Z interwencją polskiego *ordre public* — w tym przypadku w kierunku zakazującym — należy liczyć się również wtedy, kiedy prawo właściwe dopuszczałoby prawną zmianę płci wbrew woli osoby, o której płeć chodzi.

5.2. W obliczu prawa dopuszczającego ustalenie przynależności do trzeciej płci

W rozpatrywanym kontekście wyłania się też pytanie o zastosowanie klauzuli porządku publicznego w obliczu normy prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci (*vide ante*). Trzeba w tym względzie rozważyć dwa rodzaje sytuacji:

- 1) gdy polski sąd miałby oceniać przynależność danej osoby do trzeciej płci ustaloną za granicą — chodzi tu o przypadki, gdy obcy organ, w szczególności państwa urodzenia / państwa ojczystego / państwa zamieszkania danej osoby, ustalił przynależność płciową tej osoby w sposób pierwotny (w związku z urodzeniem) inaczej niż poprzez orzeczenie lub inne rozstrzygnięcie podlegające uznaniu;
- 2) gdy polski organ miałby dokonać pierwotnego określenia płci (w sferze) prawnej w związku z urodzeniem się w Polsce dziecka będącego cudzoziemcem.

Istotna jest przy tym kwestia rangi, jaką należy przypisać przyjętemu w polskim systemie prawnym zupełnemu i rozłącznemu podziałowi na dwie płcie, męską i żeńską. Otóż nie wydaje się, by podział ten miał w Polsce rangę fundamentalnej zasady porządku publicznego. Jeśliby jednak uznać, że owa dychotomia jest taką zasadą, to podjęcie rozstrzygnięcia co do uruchomienia mechanizmu *ordre public* z powołaniem się na tę dychotomię powinno zostać poprzedzone porównaniem skutków, do jakich w konkretnej sytuacji doprowadzi odstępianie od zastosowania normy obcego prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci, oraz skutków, jakie zaistnieją *in casu* w razie, gdy taka obca norma zostanie zastosowana. Oceny owych skutków należy dokonywać w szczególności:

- przez pryzmat wartości, jaką — zwłaszcza w kontekście zapewnienia swobody przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich UE — stanowi zachowanie transgranicznej stabilności i ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci (tak, gdy

polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą — *vide ante*, pkt 1);

— jeśli osoba, o której płeć chodzi, jest dzieckiem — przez pryzmat dobra dziecka.

I tak: trzeba zauważyć, że wówczas gdy polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą (*vide ante*, pkt 1), dopuszczenie przezeń do głosu normy prawa właściwego przychyłnej ustaleniu przynależności do trzeciej płci niewątpliwie sprzyjałoby zachowaniu wspomnianej stabilności i ciągłości statusu prawnego¹⁰⁴. W grę wchodzi przy tym odwołanie się do koncepcji *l'effet atténué*, której istotą jest powściągliwość w stosowaniu klauzuli porządku publicznego w odniesieniu do sytuacji prawnej powstałej (skrystalizowanej) w oddaleniu czasowo-przestrzennym, na obcym terytorium i pod rządami obcego prawa¹⁰⁵.

Jeśli zaś w danym przypadku chodzi o płeć dziecka, względy ochrony jego interesów powinny przeważać nad ewentualnymi konkurencyjnymi wartościami, również tymi związanymi z dychotomicznym podziałem płci¹⁰⁶.

Przypomnijmy, że w sytuacji, o której mowa w pkt 2, polski organ — w szczególności kierownik urzędu stanu cywilnego lub sąd w trybie przewidzianym w art. 40 p.a.s.c.¹⁰⁷, na potrzeby dokonania w polskim rejestrze stanu cywilnego wpisu o urodzeniu w odniesieniu do obcego obywatela urodzonego w Polsce — miałby określić przynależność płciową w sposób pierwotny. Jeśli wówczas zastosowanie normy prawa właściwego miałoby prowadzić do ustalenia przynależności danej osoby do trzeciej płci,

¹⁰⁴ W podobnym duchu — na tle prawa hiszpańskiego, któremu trzecia kategoria płci nie jest znana — A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹⁰⁵ Na temat tej koncepcji — zob. w szczególności M. Zachariasiewicz, *Klauzula...*, s. 243, 402—403.

¹⁰⁶ Prymat ochrony interesów dziecka nad innymi wartościami w razie ich konkurencji kwestionuje J. Gajda — zob. J. Gajda, *Klauzula porządku publicznego w sprawach z zakresu rejestracji stanu cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2024, s. 33. Zob. jednak postanowienie art. 3 ust. 1 Konwencji ONZ o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. Zgodnie z nim: „We wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka”. Zasada ta stanowi element polskiego *ordre public*.

¹⁰⁷ Przepis ten przewiduje ustalenie treści aktu stanu cywilnego przez sąd w postępowaniu nieprocesowym. Ustalenia takiego sąd dokonuje w szczególności na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika urzędu stanu cywilnego, jeżeli akt urodzenia nie został sporządzony i nie może go sporządzić kierownik urzędu stanu cywilnego. Na podstawie orzeczenia sporządza się następnie akt stanu cywilnego, który w doktrynie określany jest jako „akt — rejestracja orzeczenia”. Zob. J. Pawliczak, w: *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, red. M. Domański, J. Słyk, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2024, kom. do art. 40, pkt 4.

należałoby rozważyć — poza odwołaniem się do dychotomii płci, przy założeniu fundamentalnej rangi tej zasady — jeszcze jeden argument, który mógłby przemawiać na rzecz interwencji klauzuli porządku publicznego w kierunku zakazującym. Otóż, jak wskazuje M. Wojewoda, polski system rejestracji stanu cywilnego sam w sobie stanowi istotny element porządku publicznego¹⁰⁸. Z wartością, jaką jest integralność polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, powinno się jednak zestawić skutki, jakie w konkretnym przypadku zaistnieją w razie wyłączenia wynikającej z prawa właściwego dopuszczalności ustalenia przynależności danej osoby do trzeciej płci. Co więcej, zgodnie z tym, co sygnalizowano już powyżej, jeśli w danym przypadku z abstrakcyjną zasadą ochrony integralności polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego konkurowałby interes dziecka, z którego oceny przeprowadzonej *in concreto* wynikałoby, że przemawia on za ustaleniem przynależności dziecka do trzeciej płci, to potrzeba uwzględnienia tego interesu powinna przeważać¹⁰⁹. Należałoby zatem wówczas wykluczyć zastosowanie klauzuli porządku publicznego (na temat konieczności pokonania trudności technicznych na etapie wpisu trzeciej płci do polskiego rejestru — zob. uwagi przedstawione w rozdziale 2).

Warto przy tym zwrócić uwagę na pogląd wyrażony na tle prawa hiszpańskiego, które — podobnie jak polskie — nie zna trzeciego rodzaju płci. Mianowicie podnosi się, że jeżeli dana osoba interplciowa urodziła się na terytorium hiszpańskim, a jej prawo ojcyste, np. niemieckie czy austriackie, dopuszcza ustalenie przynależności do trzeciej płci, to płeć tej osoby należy oznaczyć w hiszpańskim rejestrze cywilnym zgodnie z tym, co wynika z prawa ojcystego, a więc wychodząc poza schemat binarny. Jak wyjaśnia P. Orejudo Prieto de los Mozos, w odniesieniu do cudzoziemców niełatwo w tym kontekście uzasadnić interwencję porządku publicznego lub zastosowanie — jako *loi de police* — normy z art. 170 hiszp. rozporządzenia o rejestrze cywilnym¹¹⁰, w myśl której w ramach wpisu urodzenia wskazuje się, czy dana osoba jest płci żeńskiej czy męskiej. Wszak — tu autorka sięga po analogię — mimo że hiszpańska norma prawa rejestrowego odwołuje się do „nazwisk” w liczbie mnogiej, to w przypadku cudzoziemca ustala się, jeśli jego prawo ojcyste tak stanowi, tylko jedno nazwisko. Bardziej uzasadniona — z uwagi na siłę powiązania sytuacji

¹⁰⁸ M. Wojewoda, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za graphicę*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2, s. 348.

¹⁰⁹ Zob. wypowiedź M. Zachariasiewicza w kontekście transkrypcji aktów urodzenia dzieci par tej samej płci — M. Zachariasiewicz, *Transkrypcja...*, s. 158.

¹¹⁰ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Tekst dekretu aprobującego rozporządzenie dostępny na stronie: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>.

z prawem hiszpańskim — może się okazać, zdaniem P. Orejudo Prieto de los Mozos, interwencja *ordre public* przeciwko przynależności do trzeciej płci, którą ustalono za granicą w odniesieniu do obywatela hiszpańskiego. Niemniej, jak konstatuje przywołana badaczka, klauzula porządku publicznego powinna być stosowana absolutnie wyjątkowo i nie powinna przeważać nad dążeniem do tego, by nie stwarzać trudności w korzystaniu ze swobód wspólnotowych¹¹¹.

Na wzmiankę zasługuje też pogląd A. Bonomiego, przedstawiony na tle prawa szwajcarskiego, które również zna tylko dwie płcie. I tak, autor ten, odnosząc się krytycznie do restrykcyjnego stanowiska Rady Federalnej, twierdzi, że wpis w szwajcarskim rejestrze stanu cywilnego wskazujący na przynależność do trzeciej płci nie wydaje się sprzeczny z którąkolwiek z fundamentalnych zasad szwajcarskiego porządku prawnego¹¹².

6. Rekapitulacja głównych wniosków

Z uwagi na istnienie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym luki w kwestii właściwości prawa dla ustalenia i zmiany płci (w sferze) prawnej miarodajną w tym względzie normę kolizyjną należy wyprowadzić z ogólnej wskazówki zamieszczonej w art. 67 p.p.m., odwołującej się do zasady najściślejszego związku. W świetle tej ostatniej rolę statutu płci powinno, moim zdaniem, odgrywać prawo ojczyste osoby, o której płeć chodzi, przy czym za doniosłe w kontekście (pierwotnego) prawnego ustalenia płci należy co do zasady uznać obywatelstwo z chwili urodzenia, natomiast w przypadku rozstrzygania o żądaniu prawnej zmiany płci — z chwili żądania owej zmiany. Jednakże w przypadkach, w których zmiana płci (w sferze) prawnej nastąpiła za granicą, przy udziale organu władzy publicznej, w drodze aktu niebędącego orzeczeniem ani innym rozstrzygnięciem podlegającym uznaniu, w grę przy ocenie takiej zmiany wchodzi posłużenie się koncepcją stanu faktycznego zamkniętego. Podobne podejście można rozważać w odniesieniu do przynależności płciowej ustalonej za granicą w sposób pierwotny, przy założeniu, że spełnione są pozostałe kryteria analogiczne do tych wspomnianych powyżej.

Poza szczegółowo wymienionymi przeze mnie w toku analizy zagadnieniami dotyczącymi samego ustalenia oraz samej zmiany płci (w sferze)

¹¹¹ P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La identidad...*, s. 351—353. Por. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, en: *Tratado...*, s. 1294.

¹¹² A. Bonomi, in: *Droit international...*, s. 210.

prawnej statutu płci obejmuje swoim zakresem zastosowania także wpływ owej zmiany na imię i nazwisko osoby, o której płeć chodzi (art. 15 ust. 2 zd. 1 p.p.m.). Natomiast skutki, jakie w związku z prawną zmianą płci mogą wystąpić, gdy chodzi o (dalsze) istnienie wcześniej zawartego małżeństwa lub związku partnerskiego, o możliwość zawarcia małżeństwa lub związku partnerskiego, o stosunki filiacyjne lub o powołanie do dziedziczenia, podlegają odrębnym statutom, miarodajnym dla tych materii.

W sprawach o prawną zmianę płci, w których właściwe prawo obce nie dopuszcza takiej zmiany, uzasadnione może być zastosowanie klauzuli porządku publicznego w kierunku pozwalającym. Za interwencją *ordre public* w tego rodzaju przypadkach przemawia nakaz respektowania prawa do samookreślenia przynależności płciowej, wynikający z przyjętej przez ETPCz wykładni postanowienia art. 8 EKPCz. Należy jednak pamiętać, że nim sięgnie się po klauzulę porządku publicznego, trzeba zbadać, do jakich skutków w konkretnej sytuacji doprowadzi odstępianie od zastosowania obcej normy ustanawiającej zakaz prawnej zmiany płci oraz jakie skutki zaistnieją *in casu* w razie, gdy taka obca norma zostanie zastosowana.

Podobnie przeprowadzenie oceny *in concreto* jest konieczne w przypadku rozstrzygania o interwencji polskiego *ordre public* — tym razem w kierunku zakazującym — wobec normy prawa właściwego dopuszczającej ustalenie przynależności do tzw. trzeciej płci. Nie wydaje się przy tym, by przyjęty w polskim prawie dychotomiczny podział na płeć żeńską i męską miał rangę fundamentalnej zasady porządku publicznego. Jednocześnie trzeba pamiętać, że w sprawach dotyczących przynależności płciowej dziecka należy kierować się imperatywem ochrony jego dobra. Jeśli zaś polski sąd miałby oceniać przynależność do trzeciej płci ustaloną za granicą, winien mieć na względzie wartość, jaką stanowi zachowanie transgranicznej stabilności i ciągłości statusu prawnego danej osoby w zakresie płci.

7. Uwagi końcowe

Na marginesie przedstawionej analizy warto zwrócić uwagę na potrzebę, po pierwsze, by uregulować na poziomie Unii Europejskiej właściwość prawa w kwestii płci (w sferze) prawnej; po drugie, by dopuścić w polskim prawie merytorycznym oznaczenie płci metrykalnej jako „nieustalonej”, „innej” albo przy użyciu innego odpowiednio dobranego określenia — tak, gdy chodzi o noworodki, których płci biologicznej nie da się jednoznacznie

zakwalifikować jako męskiej lub żeńskiej. Zagadnienia te zasługują na omówienie w odrębnych publikacjach.

Bibliografia

- Audit M., *Bioéthique et droit international privé*, in: *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, vol. 373, Brill—Nijhoff, Leiden 2015.
- Badinter E., XY. *De l'identité masculine*, Éditions Odile Jacob, Paris 1992.
- Bonomi A., in: B. Dutoit, A. Bonomi, *Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 6^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2022.
- van den Brink M., Reuß Ph., Tigchelaar J., *Out of the Box? Domestic and Private International Law Aspects of Gender Registration: A Comparative Analysis of Germany and the Netherlands*, „European Journal of Law Reform” 2015, vol. 17, no. 2, s. 282—293, <https://doi.org/10.5553/EJLR/13872370201501700> 2006.
- Calvo Caravaca A.-L., Carrascosa González J., en: *Tratado de derecho internacional privado*, dirs. A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, 2^a ed., tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2022.
- Domański M., Słyk J. (red.), *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa, 2024.
- Dunne P., Mulder J., *Beyond the Binary: Towards a Third Sex Category in Germany?*, „German Law Journal” 2018, vol. 19, issue 3, s. 627—648.
- Dutta A., Pintens W., *Private International Law Aspects of Intersex*, in: *The Legal Status of Intersex Persons*, eds. J.M. Scherpe, A. Dutta, T. Helms, Intersentia, Cambridge 2018.
- Eskenazi D., Williams S., de'Sanna M.L., Valentin M., *Questions trans et droit de la famille : approches européennes comparatives*, « AJ Famille » 2023, no 10, s. 503—514.
- Fernández-Arroyo Giménez D., Rodríguez Benot A., Fasc. 60 : *Espagne. — Droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V^o Espagne, Première publication: 6.01.2021.
- Gajda J., *Klauzula porządku publicznego w sprawach z zakresu rejestracji stanu cywilnego*, C.H. Beck, Warszawa 2024.
- Gesley J., Austria: *Court Allows Intersex Individuals to Register Third Gender Other Than Male or Female*, Library of Congress, 2018, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2018-07-06/austria-court-allows-intersex-individuals-to-register-third-gender-other-than-male-or-female/>.
- Goessl S.L., *From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?*, „Journal

- of Private International Law” 2016, vol. 12, issue 2, s. 261—280, <https://doi.org/10.1080/17441048.2016.1202018>.
- Goessl S.L., *Gender, identity and private international law*, in: *Research Handbook on International Family Law*, eds. J.M. Carruthers, B.W.M. Lindsay, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2024.
- Guillaumé J., Fasc. 40 : *Ordre public international*. — *Notion d'ordre public international*, JurisClasseur Civil Code > Art. 3, Première publication: 2.05.2018.
- Laqueur T., *La construcción del sexo. Cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Cátedra, D.L., Madrid 1994.
- Launoy G., Le Boursicot M.-Ch., *Actes de l'état civil : actes de naissance, actes de reconnaissance, procédure de mariage*, JurisClasseur Civil Code > Synthèse, dernière mise à jour: 10.06.2023.
- Lequette Y., *Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? : cours général de droit international public*, in: *Recueil des cours — Académie de Droit International de La Haye*, tome 387, Brill—Nijhoff, Leiden 2017.
- Lequette Y., *Recevabilité de la demande en rectification d'état civil d'un transsexuel argentin résidant en France. Cour d'appel de Paris (1re Ch. C). — 14 juin 1994, Osmar B. c. Procureur général près la cour d'appel de Paris*, « Revue critique de droit international privé » 1995.
- Mak G., *Altérations des logiques du sexe. L'hermaphrodisme dans des cas médicaux et juridiques du XIX^e siècle*, « Cliniques méditerranéennes » 2017, n° 95(1), s. 21—34, <https://doi.org/10.3917/cm.095.0021>.
- Montini M., in: *Code civil I. Art. 1—456 CC. Commentaire*, coord. P. Pichonnaz, B. Foëx, Ch. Fountoulakis, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn, Bâle 2023.
- Navarro Marchante V.J., *La autodeterminación de género en la legislación trans en España*, „Teoría y Realidad Constitucional” 2023, n.º 51, s. 417—439.
- Orejudo Prieto de los Mozos P., *La identidad de género en el Derecho Internacional Privado español*, „Revista Española de Derecho Internacional” 2023, vol. 75, núm. 2, s. 346—366, <https://doi.org/10.36151/REDI.75.2.13>.
- Paricard S., *La parenté transgenre : une décision inédite*, Dalloz Actualité, 1.03.2022, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/parente-transgenre-une-decision-inedite>.
- Pazdan M., *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. 16, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Pazdan M. (red.), *Prawo prywatne międzynarodowe. Komentarz*, red. M. Pazdan, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Pazdan M., *Stany faktyczne zamknięte z kolizyjnoprawnego punktu widzenia*, w: *Ius civile vigilantibus scriptum est. Księga jubileuszowa Profesora Adama Olejniczaka*, red. J. Haberko, J. Grykiel, K. Mularski, C.H. Beck, Warszawa 2022, s. 525—536.
- Pazdan M. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 20A, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Pazdan M. (red.), *System prawa prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

- Safjan M., *Glosa do postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91*, „Przegląd Sądowy” 1993, nr 2, s. 78—90.
- Schulz A., *Geschlechtliche Selbstbestimmung im IPR — Auf dem Weg zu einem neuen Art. 7a EGBGB*, IPRax 2024, H. 1, s. 28—32.
- Szeroczyńska M., *Między dobrem dziecka a literą prawa — ustalenie treści aktu urodzenia dziecka urodzonego przez trans-ojca. Rozważania na tle postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, „Ius Novum” 2017, t. 11, nr 3, s. 182—197.
- Tomsej D., Paternotte D., *L'adoption de la « loi trans* » du 25 juin 2017. De la stérilisation et la psychiatisation à l'autodétermination*, « Courrier hebdomadaire du CRISP » 2021, n° 2505, s. 5—50, <https://doi.org/10.3917/cris.2505.0005>.
- Twardoch P., *O poszukiwaniu prawa właściwego do oceny spraw majątkowych zarejestrowanego za granicą związku partnerskiego według polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 10, s. 71—116.
- Van Boxstael J.-L., Fasc. 60 : *Belgique : droit international privé*, JurisClasseur Droit comparé > V° Belgique, 1er août 2017.
- Wojewoda M., *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2017, nr 2, s. 337—361.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M., *Transkrypcja aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2019, t. 111, s. 143—190, <https://doi.org/10.26485/SPE/2019/111/8>.