

Mateusz Pilich^{a)}

Łączniki personalne osób fizycznych w prawie prywatnym międzynarodowym (zagadnienia wybrane)

Abstract: Subject matter of the analysis are the so called personal connecting factors for natural persons in the choice of law, which in particular stands for the criteria of nationality, domicile, and habitual residence. Choosing one of them as the basis for the designation of the law applicable to issues of the personal status, family law, or the law of successions has been discussed since the moment of the very birth of the modern conflict of laws. The paper compares the most important characteristics of personal connecting factors, taking into consideration a general evaluation of their location within the framework of the Polish conflict-of-law provisions. Every solution in this field has its advantages and disadvantages, so that it is not possible a priori to say that the domination of a particular criterion is better than any other. At the same time the nationality connecting factor in its pure, objective form is gradually eliminated from both the European and international rules on the conflict of laws. Admittedly, such a trend not necessarily is a guidance for the Polish lawgiver, yet it will surely have some influence on the content of the future amendments to the Law of 4 February 2011 on the Private International Law. The author criticizes a solution consisting in using both domicile and habitual residence as subsidiary personal connecting factors, whereas this role should be assigned only to the latter. New prospects of a wider use of habitual residence not only in the private international law, but also the substantive law have been opened up recently. The answer to the challenges of the contemporary international commerce is not looking for the mystic “Sorcerer’s stone” in the form of an ideal choice-of-law connection but rather a skillful mixture of various methods of designating and applying the appropriate rules of law, including among others a wider use of the parties’ autonomy in the field of the choice of law.

^{a)} Dr hab., Uniwersytet Warszawski.

Keywords: private international law, conflict of laws, choice of law, personal status of natural persons, connecting factors, nationality, domicile, habitual residence, EU law, Polish law, migrations

1. Wprowadzenie

Mniej więcej od czasów Friedricha Karla von Savigny'ego¹ — a więc od chwili, gdy doszło do naukowego opracowania podstaw kolizyjnoprawnej metody regulacji stosunków cywilnoprawnych w obrocie międzynarodowym opartej na koncepcji stanowienia norm kolizyjnych zupełnych² — kodyfikatorzy prawa prywatnego międzynarodowego, wspierani przez doktrynę, nieustannie pytają o dobór optymalnych kryteriów wskazania prawa właściwego. Wokół tej kwestii toczy się niekiedy zażarte spory, co jednak nie dziwi, gdyż dobór łączników³ dla określonego zakresu stosunków życiowych, stanowiącego element hipotezy normy kolizyjnej, przypomina balansowanie na linie. Uważa się, że wskazanie prawa właściwego za pośrednictwem norm kolizyjnych generalnie powinno odpo-

¹ F.K. von Savigny: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 8. Berlin 1849.

² Metoda, o której mowa, jest jednym z kilku możliwych rozwiązań legislacyjnych. Jego trudną do zakwestionowania zaletą jest godzenie różnych interesów jednostkowych i zbiorowych z zachowaniem wysokiej pewności prawa, co wynika z istnienia wyspecjalizowanych norm prawnych, systematycznie regulujących stosowanie zarówno prawa własnego, jak i obcego; szerzej zob. G. Droz: *Regards sur le droit international privé comparé: Cours général de droit international privé*. „Recueil des Cours” 1991-IV, vol. 229, s. 27 i nast.

³ Rozważania na temat pojęcia „łącznik” od wielu dziesięcioleci są jednym z podstawowych elementów podręczników prawa prywatnego międzynarodowego; zob. zwłaszcza M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 2. Katowice 1981, s. 61; M. Pazdan: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 15. Warszawa 2012, s. 49 i nast. Samo pojęcie „łącznik” jest dwupłaszczyznowe i może obejmować, zależnie od kontekstu wypowiedzi, zarówno okoliczność faktyczną „lokalizującą” stosunek życiowy, jak i jej syntetyczny opis w treści normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego; zamiast wielu zob. A. Mączyński: *Wskazanie kilku praw przez normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Józefowi Skąpskiemu*. Red. A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar. Kraków 1994, s. 231 i nast. Niestety, nie przyjęła się propozycja Jerzego Jakubowskiego, aby rozróżnić „łącznik” jako element budowy normy kolizyjnej od „okoliczności łączącej” („wskazującej”), która miałaby określać desygnat łącznika w konkretnej sytuacji faktycznej; J. Jakubowski: *Wpływ zainteresowanych na właściwość prawa merytorycznego w prawie prywatnym międzynarodowym*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1967, z. 4, s. 85.

wiadać dwóm celom: sprawiedliwości i pewności prawa⁴. System prawa kolizyjnego realizujący obie te wartości wymaga zatem dobrej polityki legislacyjnej i orzeczniczej, której zasady niestety mogą być formułowane jedynie na poziomie bardzo ogólnej refleksji⁵. Można jednak stwierdzić prawidłowość, polegającą na szerokim wykorzystaniu w przepisach prawa kolizyjnego kryteriów wskazania prawa nawiązujących do cech podmiotów stosunku lub sytuacji życiowej. Wytlumaczenie jest proste: skoro gros kwestii prawnych, dla których poszukuje się właściwego prawa, w ostatecznym rozrachunku dotyczy osób fizycznych, to jest oczywiste, że podstawą powiązania pomiędzy sytuacją życiową a systemem prawnym należy uczynić w pierwszej kolejności cechy podmiotu lub podmiotów danego stosunku⁶.

Kryteria wskazania prawa właściwego związane z okolicznościami dotyczącymi osoby fizycznej lub — szczególnie w dziedzinie międzynarodowego prawa małżeńskiego — dwójga osób fizycznych nazywane są w doktrynie **personalnymi (osobowymi)**. Obejmują one w omawianym zakresie następujące desygnaty: obywatelstwo, zamieszkanie oraz pobyt zwykły i prosty. Trzy pierwsze są użyte *explicite* w przepisach polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym, choć nie z równą intensywnością. Ustawa ta bowiem nadal pozostaje silnie przywiązana do kontynentalnej tradycji prawa kolizyjnego, przynależąc do „obozu zasady obywatelstwa”. Z kolei w prawie konwencyjnym reprezentacja łączników obywatelstwa i zamieszkania wykazuje stałą tendencję malejącą na korzyść łącznika zwykłego pobytu, który dominuje bardzo zdecydowanie w normach kolizyjnych prawa europejskiego. Wyjątkowa złożoność systemu źródeł współczesnego prawa kolizyjnego ma niebagatelny wpływ również na omawianą problematykę.

⁴ M. Czepelak: *Między Hagą a Brukselą — w poszukiwaniu współczesnej wizji unifikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2006, z. 96, s. 299—300.

⁵ W literaturze podkreśla się zwłaszcza konieczność poszukiwania „powiązań według istotności związku z danym systemem, nie zaś według z góry przyjętego schematu”; tak zwłaszcza M. Sośniak: *Zobowiązania nie wynikające z czynności prawnych w prawie prywatnym międzynarodowym*. Katowice 1971, s. 57; podobnie zob. J. Jakubowski: *Nowe drogi rozwoju międzynarodowego prawa prywatnego*. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1975, z. 12, s. 38—39. Dobór konkretnych łączników jest jednak dokonywany przez ustawodawcę w znacznej mierze uznaniowo. Jedynie dla niektórych jego rozstrzygnięć kolizyjnoprawnych wyznacza się bardziej konkretnie linie graniczne, np. takie, że zdolność prawna i do czynności prawnych może być poddana *legi patriae* lub *legi domicilii*, ale nie *legi rei sitae*, wtedy bowiem dochodziłoby do niekorzystnej relatywizacji statutu personalnego w wypadku położenia składników majątku osoby w kilku państwach; zob. M. Czepelak: *Między Hagą a Brukselą...*, s. 301.

⁶ Por. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym: zagadnienia podstawowe*. Warszawa 2015, s. 310.

Prawo wskazane przez normy kolizyjne za pośrednictwem wszystkich wspomnianych wyżej łączników nazywane bywa **prawem personalnym**. To określenie ma współcześnie znaczenie jedynie technicznoprawne⁷. Zakres stosunków życiowych poddanych prawu personalnemu obejmuje bowiem różnorodne kwestie, których katalog jest zrelatywizowany w aspekcie przestrzennym oraz czasowym⁸. Merytoryczny sens rozważania prawa personalnego jako abstrakcyjnego uniwersum kolizyjnoprawnego wskazania współcześnie traci na znaczeniu co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, stosunki osobiste, w jakich uczestniczy osoba od chwili narodzin aż do śmierci, są zawsze wpisane w bardziej kompleksowe ramy i jeden abstrakcyjny łącznik (obywatelstwo, zamieszkanie) nigdy nie wystarczy do rozstrzygnięcia wszelkich nasuwających się kwestii kolizyjnoprawnych⁹. Po drugie, charakterystyczne dla współczesnego prawa kolizyjnego jest nie tyle poszukiwanie jednego, idealnego rozwiązania, ile raczej dopasowanie modelu wskazania kolizyjnoprawnego do specyfiki konkretnej sytuacji życiowej.

Niekiedy w sposób zbliżony do pojęcia prawa personalnego używa się terminu „statut personalny”, chociaż zapewne poprawniej byłoby odnosić go jedynie do konkretnego zakresu stosunków życiowych, nie zaś do prawa wskazanego łącznikiem personalnym. Jedną z prawdopodobnych tego przyczyn wydaje się niejednoznaczność terminu *le statut personnel* w języku francuskim, który może oznaczać zarówno „statut”, jak i „status osobowy”¹⁰.

⁷ Inaczej mówiąc, w polskim systemie autonomicznych norm kolizyjnych określenie „prawo personalne” agreguje sumę wskazań na prawo ojczyste (*lex patriae*), prawo państwa zamieszkania (*lex domicilii*) oraz prawo państwa pobytu — zwłaszcza pobytu zwykłego (*lex habitationis*) — tutaj abstrahując od kwestii dotyczących osób prawnych. Ibidem, s. 185.

⁸ Przykładem zmian, jeśli chodzi o wskazanie prawa dla danego zakresu stosunków życiowych, jest statut deliktowy, w którym prawo personalne poszkodowanego, sprawcy lub ich wspólne prawa uważa się za najstarszy łącznik w dziedzinie odpowiedzialności (nie tylko zresztą cywilnej); jednak w toku rozwoju prawa rola wskazania prawa personalnego dla deliktów wyraźnie zmalała na rzecz prawa obowiązującego w miejscu popełnienia czynu szkodzącego lub wystąpienia szkody; szerzej zob. M. Sośniak: *Zobowiązania...*, s. 59 i nast.

⁹ G. Droz: *Regards sur le droit...*, s. 113—114.

¹⁰ W znaczeniu ścisłym jest to jedynie prawo właściwe dla zdolności osoby — szczególnie fizycznej; zob. M. Pazdan: *Prawo prywatne...*, s. 90; odnośnie do możliwości szerszego rozumienia tego terminu zob. A. Mączyński: *Statut personalny osób fizycznych. Refleksje „de lege lata i de lege ferenda”*. W: „*Leges sapere*”. *Studia i prace dedykowane profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*. Red. W. Uruszcak, P. Święcicka, A. Kremer. Kraków 2008, s. 310; na temat aspektów semantycznych zob. A.N. Makarov: *Personalstatut und persönlicher Status*. In: *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen des Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Heidelberg*. Hrsg. E. Wahl, R. Serick. Heidelberg 1967, s. 115.

Nie mniejsze znaczenie mają implikacje prawnohistoryczne, których jednak nie sposób szerzej omówić w ramach tego opracowania.

Plan dalszych rozważań zostanie podporządkowany następującemu schematowi. W pierwszej kolejności zostanie nakreślona charakterystyka głównych łączników personalnych osób fizycznych: obywatelstwa, zamieszkania oraz zwykłego pobytu, z uwzględnieniem generalnej oceny zasadności ich umiejscowienia w przepisach polskiego prawa kolizyjnego. Następnie wypada podjąć próbę odpowiedzi na pytanie o podstawowe tendencje w stanowieniu i stosowaniu norm zawierających łączniki personalne, które mają lub będą miały w najbliższych latach wpływ na rozwój polskiego i europejskiego prawa kolizyjnego.

2. Obywatelstwo a „zamieszkanie” — konflikt zasad w prawie kolizyjnym

Motywnym przewodnim dyskursu w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego ostatnich dwóch stuleci z pewnością pozostaje spór pomiędzy zwolennikami szeroko pojętych zasad „obywatelstwa” oraz „domicylu”. Dyskusja ta dotyczy przeważnie państw kontynentalnej Europy i najczęściej sprowadza się do pytania, czy w systemie prawa kolizyjnego przyszedł czas na symboliczne rozstanie z łącznikiem obywatelstwa i oparcie systemów kolizyjnoprawnych na łączniku zamieszkania — a bardziej współcześnie: zwykłego pobytu¹¹.

Dylemat, o którym mowa, nie jest dla nikogo rzeczą nową, jednak warto podkreślić, że wiodąca rola obywatelstwa jako łącznika kolizyjnoprawnego nigdy nie była w Polsce przedmiotem pogłębionej debaty. Przyczyn tego stanu rzeczy może być wiele, natomiast decydująca wydaje się droga historycznego rozwoju prawa polskiego: otóż podczas tworzenia pierwszej

¹¹ Zamiast wielu zob.: S. Braga: *Staatsangehörigkeitsprinzip oder Wohnsitzprinzip? Ein Beitrag zur Reform des internationalen Privatrechts*. Erlangen 1954; L.I. de Winter: *Nationality or Domicile? The Present State of Affairs*. „Recueil des Cours” 1969, N° 128, s. 347 i nast.; D. Henrich: *Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?* In: *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Hrsg. G. Hohloch, R. Frank, P. Schlechtriem. Tübingen 2001, s. 437 i nast.; zob. również H.-P. Mansel: *Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?* In: *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. Hrsg. E. Jayme. Heidelberg 2003, s. 119 i nast.

z polskich ustaw kolizyjnych z 1926 r.¹² dyskusja o łącznikach personalnych w Europie była zakończona, a nasi kodyfikatorzy po prostu zaakceptowali model ustalony w znanych im doskonale ustawodawstwach zaobcych oraz innych państw obcych¹³, zwłaszcza w kodyfikacji włoskiej, której głównym autorem był słynny uczonek i polityk Pasquale Stanislao Mancini¹⁴. Kolejne polskie ustawy kolizyjne — włącznie z obowiązującą ustawą z dnia 4 lutego 2011 r.¹⁵ — opierały się na podobnych założeniach, niezależnie od korekt podyktowanych duchem czasu lub zmianą wartości¹⁶. Wiodący łącznik nie uległ jednak zasadniczej zmianie.

Polska ustawa nie posługuje się zwrotem „obywatelstwo” w przepisach części szczegółowej. Wskazanie przez nią na „prawo ojczyste” osoby fizycznej musi być jednak rozumiane w taki właśnie sposób, zważywszy chociażby na rezultaty wykładni przepisów części ogólnej: ustawodawca operuje bowiem w kontekście wielopaństwowości oraz zastępczego statutu personalnego terminami: „obywatel polski” (art. 2 ust. 1 p.p.m.), „obywatele tego samego państwa” (art. 2 ust. 3 p.p.m.), „obywatelstwo” (art. 3 ust. 1 p.p.m.), a nadto „cudzoziemiec” (art. 2 ust. 2 p.p.m.), a przecież — jak wynika z wykładni systemowej — cudzoziemcem jest każdy, kto nie ma obywatelstwa polskiego. Tak więc prawem ojczystym jest *de lege lata* zawsze prawo tego państwa, z którym osobę fizyczną łączy odpowiedniego rodzaju więź o charakterze prawno-politycznym¹⁷. Nie może być wątpli-

¹² Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków prywatnych międzynarodowych (Prawo prywatne międzynarodowe). Dz.U. nr 101, poz. 1122 z późn. zm.

¹³ Z powszechnej skłonności do niekwestionowanego akceptowania łącznika obywatelstwa w dyskusji wyłamywał się w toku prac nad p.p.m. z 1926 r. jedynie Leon Pełczyński, głosząc podczas pierwszego czytania projektu ustawy, na posiedzeniu Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 25 marca 1920 r., pogląd, że łącznik domicylu jest rozwiązaniem lepszym i mniej skomplikowanym, gdyż strony, które może dawno już opuściły ojczyznę, z założenia lepiej znają prawo obowiązujące w miejscu zamieszkania. Głos ten, poparty przez kilku uczestników obrad, przepadł jednak w dalszej dyskusji pod naporem argumentów, że to sprzeciwiało się ówczesnym tendencjom rozwojowym prawa kolizyjnego, wyznaczanym przez konwencje haskie oraz ustawodawstwo czołowych państw kontynentu; por. *Protokoły obrad Sekcji Prawa Cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej Rzeczypospolitej Polskiej*. T. 1: *Prawo międzynarodowe i międzydzielnicowe prywatne*. Z. 1. Kraków 1920, s. 8 i nast.; zob. również M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 90.

¹⁴ Sylwetka oraz dorobek Manciniego w kontekście kodyfikacji włoskiego prawa kolizyjnego zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 56 i nast.

¹⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe. Dz.U. nr 80, poz. 432 z późn. zm.

¹⁶ A. Maczyński: *Polskie prawo prywatne międzynarodowe u progu XXI wieku*. W: *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*. Red. W. Czapliński. Warszawa 2006, s. 564.

¹⁷ Zob. również A. Maczyński: *Kodyfikacyjne zagadnienia części ogólnej prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowa-*

wości, że obywatelstwo jako łącznik personalny zawsze odnosi się do publicznoprawnego statusu jednostki¹⁸, gdy tymczasem pozostałe łączniki z omawianej grupy dotyczą faktycznych związków osoby z terytorium.

Powszechnie uważa się, że obywatelstwo jako łącznik kolizyjnoprawny wykazuje kilka ważnych zalet na tle innych¹⁹. Po pierwsze, nie sprawia zasadniczych trudności pod względem pojęciowym, ponieważ wszędzie jest rozumiane tak samo, czego nie można powiedzieć m.in. o miejscu zamieszkania²⁰. Po drugie, jest ono względnie łatwe do ustalenia zarówno dla osób trzecich, jak i sądu; dowodem *prima facie* posiadania obywatelstwa jest dokument tożsamości, zwłaszcza paszport. Po trzecie, z poprzednio wspomnianą cechą obywatelstwa jako łącznika wiąże się wysoka przewidywalność rezultatu wskazania prawa właściwego zarówno dla jednostki, o której obywatelstwo chodzi, jak i dla osób trzecich²¹. Po czwarte, obywatelstwo tworzy więc względnie intensywną i stabilną, która stosunkowo rzadko ulega zmianie²², co bywa istotną za-

na profesorowi Andrzejowi Całusowi. Red. A. Janik. Warszawa 2009, s. 418; Idem: *Kolizyjna problematyka nazwiska*. W: „*Aurea praxis-aurea theoria*”. *Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego*. Red. J. Gudowski, K. Weitz. Warszawa 2011, s. 2398. Trzeba jednocześnie zauważyć, że sam sposób rozumienia „państwa” na użytek norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego nie jest prostą kalką pojęć używanych przez inne dziedziny prawa — zwłaszcza przez prawo międzynarodowe publiczne — wobec czego można używać terminu „prawo ojczyste” w odniesieniu do osób będących „obywatelami” tzw. państw nieuznanych międzynarodowo (np. Tajwanu) oraz tworów geopolitycznych niesuwerennych (np. Portoryko, Wyspy Kajmańskie). Cechą charakterystyczną „państwa” w znaczeniu kolizyjnoprawnym jest bowiem przede wszystkim wysoki stopień wyemancypowania jego autonomicznego porządku prawnego względem systemów prawnych innych „państw”; zdolność do utrzymywania stosunków międzynarodowych nie musi mieć tutaj decydującego znaczenia.

¹⁸ Alternatywne, postmodernistyczne koncepcje obywatelstwa jako szeroko pojętych więzi ze społecznością, poczucia identyfikacji i wspólnej tożsamości, np. obywatelstwo etniczne czy też kulturowe, są póki co irrelewantne z punktu widzenia wskazania prawa państwa; na temat takich koncepcji rozumienia „obywatelstwa” zob. m.in. D. Pudzianowska: *Obywatelstwo w procesie zmian*. Warszawa 2013, s. 23—24; odnośnie do perspektywy socjologicznej zob. S. Sassen: *Towards Post-National and Denationalized Citizenship*. In: *Handbook of Citizenship Studies*. Eds. E.F. Isin, B.S. Turner. London—Thousand Oaks—New Dehli 2002, s. 277 i nast.

¹⁹ Ich zwięzłą analizę przedstawia zwłaszcza M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Red. M. Pazdan. Warszawa 2014, s. 219 i nast.

²⁰ Na tę kwestię zwraca uwagę M. Czepelak: *Stosunki majątkowe między małżonkami*. Kraków 2004, s. 53—54.

²¹ P. Mankowski: *Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 EuErbVO*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 2015, H. 1, s. 40.

²² K. Przybyłowski: *Prawo prywatne międzynarodowe: Część ogólna*. Lwów 1935, s. 110; Idem: *Nowe polskie unormowanie problematyki kolizyjnej prawa prywatnego mię-*

letą, zwłaszcza w dziedzinie stosunków prawnorodzinnych oraz prawa do nazwiska²³. Wreszcie po piąte, nie bez znaczenia pozostaje również identyfikacja jednostki z systemem prawnym państwa, którego jest ona obywatelem; teoretycznie to właśnie obywatelstwo najlepiej odzwierciedla „kulturowe zakorzenienie”²⁴, które znajduje uznanie również w międzynarodowej regulacji praw człowieka²⁵. Inne przyczyny, dla których obywatelstwu przypisywano podstawowe znaczenie na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego — a zwłaszcza respektowanie w ten sposób obcej jurysdykcji personalnej czy też ochronna funkcja prawa ojczystego w stosunku do jednostek — współcześnie albo stały się nieaktualne, albo też trudno je uważać za tak oczywiste, jak kiedyś²⁶.

Z obywatelstwem w roli łącznika kolizyjnoprawnego wiążą się również niedogodności. Powszechnie przyjmuje się zasadę, że o tym, czym kto jest obywatelem, decyduje prawo danego państwa (zasada *legis causae*). Konsekwencją tego faktu mogą być sytuacje, w których dwa lub więcej państw uznaje tę samą osobę za obywatela²⁷. Podobnie jest w przypadku negatywnych kolizji prawa o obywatelstwie, gdy żadne z państw nie

dzynarodowego. „Studia Cywilistyczne” [Kraków] 1966, T. 8, s. 8; M. Sośniak: *Prawo prywatne międzynarodowe: skrypt dla studentów III roku prawa studiów dziennych i IV roku studiów zaocznych*. Wyd. 2. Katowice 1981, s. 63; Idem, w: B. Walaszek, M. Sośniak: *Zarys prawa międzynarodowego prywatnego*. Warszawa 1968, s. 65.

²³ E. Wierzbowski, w: M. Sośniak, B. Walaszek, E. Wierzbowski: *Międzynarodowe prawo rodzinne*. Warszawa—Wrocław—Kraków 1969, s. 88 i nast.; M. Pazdan: *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*. Red. J. Gołaczyński, P. Machnikowski. Warszawa 2010, s. 445 i nast.; D. Martiny: *Objectives and values of (private) international law in family law*. In: *International Family Law for the European Union*. Eds. J. Meeusen, M. Pertegás et al. Antwerpen—Oxford 2007, s. 86; G. Rossolillo: *Personal Identity at a Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law*. „Yearbook of Private International Law” 2009, vol. 11, s. 145 (w tym kontekście autorka zwraca uwagę zwłaszcza na łącznik obywatelstwa w konwencji nr 9 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego w sprawie prawa właściwego dla imion i nazwisk).

²⁴ Y. Nishitani: *Global Citizens and Family Relations*. „Erasmus Law Review” 2014, no. 3, s. 134 i nast.; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales Privatrecht*. Auflage 9. München 2007, s. 186 (autorzy wskazują zwłaszcza na interes osób czasowo ekspatriowanych, w tym aby ich sprawy nie były poddane obcemu dla nich prawu).

²⁵ Zob. zwłaszcza wyrok ETPC z dnia 4 października 2012 r., skarga nr 43631/09 *Harroudj przeciwko Francji*. „Revue critique de droit international privé” [dalej: Rev. crit.] 2013, s. 146 i nast., z głosem S. Corneloup (dotyczący zgodności respektowania przez państwo przyjmujące zakazu przysposobienia w prawie ojczystym imigrantki z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności).

²⁶ Zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 268—269, 277 i cytowane tam źródła.

²⁷ M. Pazdan: *Dziedziczenie ustawowe w prawie prywatnym międzynarodowym. Metody regulacji własności prawa*. Katowice 1973, s. 71.

„przyznaje się” do tego, że jest państwem ojczystym²⁸, lub też gdy ustalenie faktu posiadania obywatelstwa jest utrudnione, np. ze względu na brak odpowiednich dokumentów. W każdym z tych przypadków konieczne jest zastrzeżenie w ustawie szczególnych norm o charakterze posiłkowym, które zapewnią wskazanie odpowiedniego porządku prawnego²⁹. Rezultat stosowania tych norm w różnych państwach — głównie w przypadku wielopaństwowości, gdy tradycyjnie każde z państw jest skłonne preferować własne obywatelstwo jako łącznik — bynajmniej nie jest koherentny, co jest sprzeczne z ideałem dążenia do „międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć”. O ile właściwość prawa ojczystego jest korzystna dla państw emigracyjnych, umożliwiając im stosowanie własnego prawa w sprawach ekspatriowanych obywateli, o tyle jednak skłonność do wielkodusznego uwzględniania i stosowania obcego prawa ojczystego ewidentnie maleje wraz z nasileniem się imigracji; minimalizacji ryzyka potencjalnego stosowania prawa obcego sprzyja wówczas przejście do zasady zamieszkania lub zwykłego pobytu³⁰.

Omawiając inne niż obywatelstwo łączniki personalne, warto na wstępie poczynić obserwację, że rola kryterium miejsca zamieszkania w prawie prywatnym międzynarodowym w ostatnich dziesięcioleciach wyraźnie traci na znaczeniu³¹. Jest to szczególnie widoczne w najnow-

²⁸ Jak trafnie zauważa Andrzej Mączyński, norma kolizyjna posługująca się łącznikiem o tej podstawie nie może doprowadzić do ustalenia prawa właściwego, jeżeli w miarodajnej chwili żadne państwo nie traktowało danej osoby jako swojego obywatela; zob. A. Mączyński: *Zamieszkanie jako podstawa łącznika normy kolizyjnej*. „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego — Prace Prawnicze” [Kraków] 1978, z. 81, s. 46.

²⁹ Kwestia subsydiarnego łącznika personalnego może pozostać nieuregulowana dla części norm kolizyjnych; wówczas istniejące uregulowanie o charakterze częściowym można próbować rozciągnąć przez analogię na zakresy nim nieobjęte; A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 46. Całkowite pozostawienie wskazania prawa właściwego, np. w razie wielorakiego obywatelstwa, bez adekwatnego uregulowania ustawowego powoduje potrzebę ustalenia odpowiedniej normy w drodze zwyczajowej lub — częściej — przez ukształtowanie się odpowiedniej linii orzecznictwa. Interesującego przykładu dostarcza ewolucja niemieckiej kodyfikacji prawa kolizyjnego przed reformą EGBGB z 1986 r., szerzej zob. P. Mikat: *Zur Diskussion um die Lehre vom Vorrang der effektiven Staatsangehörigkeit*. Opladen 1983, s. 10 i nast.; J. Samtleben: *Mehrstaater im internationalen Privatrecht*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: RabelsZ] 1978, Nr. 42, s. 456 i nast.

³⁰ Na temat doświadczeń niemieckich w tym kontekście zob. zwłaszcza N. Dethloff: *Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität. Perspektiven für die Forschung*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” [dalej: ZEuP] 2007, s. 992; C. von Bar, P. Mankowski: *Internationales...*, s. 561.

³¹ Fakt wypierania łącznika zamieszkania przez łącznik zwykłego pobytu uznają nawet zwolennicy pozostawienia łącznika zamieszkania w obowiązującej ustawie polskiej, zob. M. Pazdan: *Statut spadkowy w świetle rozporządzenia spadkowego*. W: *Nowe europejskie prawo spadkowe*. Red. M. Pazdan, J. Górecki. Warszawa 2015, s. 97.

szych kodyfikacjach kolizyjnoprawnych na naszym kontynencie. W belgijskim kodeksie prawa prywatnego międzynarodowego z 2004 r.³² łącznik obywatelstwa w przypadku apatrydów, uchodźców oraz osób, których przynależności państwowej nie można ustalić, zastępuje się łącznikiem zwykłego pobytu (art. 3 § 3 i 4 belg. k.p.p.m.). Wprawdzie w tej samej ustawie zamieszkanie służy jeszcze jako łącznik w normach jurysdykcyjnych, jednak zupełnie zrezygnowano z jego wykorzystania w roli łącznika norm kolizyjnoprawnych — w tym znaczeniu kryterium zamieszkania zostało konsekwentnie zastąpione przez miejsce zwykłego pobytu, a definicja legalna tego ostatniego została ukształtowana w taki sposób, że można określić je jako równoważnik faktycznego miejsca zamieszkania osoby fizycznej (art. 4 § 2 belg. k.p.p.m.). Podobna tendencja do eliminacji miejsca zamieszkania i zastępowania go zwykłym pobytom lub do utożsamiania obu pojęć w przepisach kolizyjnych jest widoczna m.in. w ustawodawstwie niemieckim³³, bułgarskim³⁴, czeskim³⁵, poza Europą zaś — w prawie wenezuelskim³⁶.

Rozgraniczenia kolizyjnoprawnych pojęć zwykłego pobytu oraz miejsca zamieszkania nie ułatwia ich niewątpliwe pokrewieństwo: w ogólnym znaczeniu wyrażają właściwie tę samą kolizyjnoprawną zasadę „zamieszkania” (ang. *residence principle*), a to bardzo utrudnia wszelkie próby doprecyzowania ich wzajemnej relacji³⁷. Zamieszkanie zależy od faktycznego osiedlenia się w danym miejscu, a ponadto jest kwalifikowane wieloma dodatkowymi okolicznościami natury subiektywnej lub obiektywnej (brak zamiaru opuszczenia danego miejsca, trwanie pobytu przez pewien czas, uzyskanie zezwolenia władz, wpis do rejestru

³² S. van Bogaert, P. Tereszkiewicz: *Belgijskie prawo prywatne międzynarodowe*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2005, z. 3, s. 888 i nast.

³³ Począwszy od reformy z 1986 r.; jedyny przepis, w którym nadal znajduje się łącznik zamieszkania, tj. art. 26 niem. ustawy wprowadzającej kodeks cywilny (EGBGB), stanowi inkorporację normy konwencyjnej, w której został on wykorzystany; zob. M. Pilich: *Zasada obywatelstwa...*, s. 244 i tam uwagi w przyp. 745.

³⁴ Zob. P. Ptak: *Bułgarska kodyfikacja prawa prywatnego międzynarodowego*. KPP 2009, z. 1, s. 37, tłum. s. 251 i nast.

³⁵ Zákon č. 91/2012 ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém, <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-91>.

³⁶ Zob. art. 11–15 wen. ustawy z dnia 6 sierpnia 1998 r. o prawie prywatnym międzynarodowym; tłum. A. Marcinowska. KPP 2014, z. 3, s. 798 i nast. (ustawa definiuje kryterium „zamieszkania” osoby fizycznej właśnie jako miejsce jej zwykłego pobytu).

³⁷ Najlepszym tego dowodem wydaje się stanowisko Kurta Siehra, który wprawdzie uważa, że „the term »domicile« [...] may be defined and distinguished from the habitual residence”, jednak zarazem stwierdza, że to ostatnie pojęcie trudno zdefiniować; zob. K. Siehr: *General Problems of Private International Law in Modern Codifications — De Lege Lata and De Lege Europea* Ferenda. „Yearbook of Private International Law” 2005, vol. 7, s. 33.

mieszkańców itd.). Pozornie ta sama nazwa oznacza zupełnie co innego w systemach kontynentalnych i *common law*. Niejednolicie traktuje się zamieszkanie osób zależnych od woli innych (np. małoletnich), a także sytuacje, w których możliwe jest wyodrębnienie kilku miejsc zamieszkania³⁸. W doktrynie — po odrzuceniu dawniej dominujących koncepcji kwalifikacji pojęcia zamieszkania zbieżnie z prawem merytorycznym (według *legis fori* lub *legis loci*)³⁹ — obecnie często wyraża się pogląd o potrzebie posługiwania się swoistym pojęciem zamieszkania, które byłoby właściwe tylko prawu prywatnemu międzynarodowemu⁴⁰. Chodzi tu o zamieszkanie rzeczywiste, a więc raczej nieoparte na fikcji prawnej (np. pochodnego domicylu)⁴¹. Ten postulat wydaje się szczególnie istotny w procesie wykładni i stosowania ujednoliconych norm konwencyjnych, jednakże nawet w tym przypadku jego realizacja bywa utrudniona na skutek brzmienia przepisów samej umowy międzynarodowej. Nawet próby autonomizacji zamieszkania jako łącznika nie przekreślają faktu, że z uwagi na obciążenie tyloma różnymi znaczeniami jego schyłek w prawie prywatnym międzynarodowym wydaje się przesadzony⁴². Już tylko z tego powodu decyzja ustawodawcy, aby łącznik zamieszkania utrzymać w obowiązującej ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe musi być uznana za bardzo kontrowersyjną.

We współczesnej Europie wzrasta natomiast znaczenie pojęcia zwykłego pobytu, w równej mierze modnego⁴³, jak i wielokształtnego. Źródłem jego niezwyklej kariery bez wątpienia jest międzynarodowy dorobek unifikacyjny Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego⁴⁴,

³⁸ A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 51.

³⁹ Kwalifikacja łącznika zamieszkania ostatecznie zależy od danego systemu prawnego oraz od tego, czy chodzi o normy pochodzenia krajowego, czy międzynarodowego lub europejskiego. W tych ostatnich bowiem pojęcie domicylu praktycznie bliskie jest pojęciu miejsca zwykłego pobytu; B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 204.

⁴⁰ A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 52—54. Teza ta jest prawomocna w odniesieniu do polskiego prawa prywatnego międzynarodowego, natomiast w przypadku uwzględnienia obcych norm kolizyjnych — chociażby przy odesłaniu — zamieszkanie należy rozumieć tak, jak to czyniłyby obce władze, stosując owe normy; tak chyba M. Pazdan: *Dziedziczenie...*, s. 84—88.

⁴¹ Tak zwłaszcza W. Popiołek: *Separacja w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: „*Valeat aequitas*”. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu. Red. M. Pazdan. Katowice 2000, s. 356—357.

⁴² A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 55.

⁴³ Takiego właśnie określenia użyła sama Komisja Europejska w Zielonej Księdze z dnia 1.03.2005 r. — Prawo spadkowe i testamenty {SEC(2005) 270}, COM(2005) 65 końcowy, s. 4, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:52005DC0065>.

⁴⁴ D. Baetge: *Der gewöhnliche Aufenthalt*. Tübingen 1994, s. 5 i nast.; D. Cavers: „*Habitual Residence*”: *A Useful Concept?* „*The American University Law Review*” 1972, vol. 21, s. 478—479.

a także wzrastająca mobilność społeczeństw, głównie na kontynencie⁴⁵. Można jednak zaobserwować tendencję do unikania jakichkolwiek definicji tego pojęcia, zarówno w samych konwencjach haskich, jak i w towarzyszących im dokumentach, przede wszystkim odzwierciedlających przebieg prac przygotowawczych nad ich tekstem⁴⁶.

Co można zatem powiedzieć na temat zwykłego pobytu? Obserwując doświadczenia innych państw w zakresie stosowania odpowiednich norm kolizyjnych⁴⁷ — polskie bowiem nadal są zbyt skromne — można dojść do wniosku, że gdy prawem personalnym osoby fizycznej jest sukcesywnie (kaskadowo) prawo miejsca zamieszkania, a następnie zwykłego pobytu, zamieszkanie oznacza silniejszą i bardziej stabilną więź z terytorium niż zwykły pobyt; gdy natomiast zamieszkanie — jak np. we współczesnej kodyfikacji niemieckiej — zostaje wyeliminowane jako łącznik kolizyjnoprawny, zwykły pobyt bliski jest autonomicznemu, umiędzynarodowionemu pojęciu domicylu⁴⁸. Innymi słowy, kwalifikacja łącznika jest inna,

⁴⁵ G. Hohloch: *Kollisionsrecht in der Staatengemeinschaft. Zu den Strukturen eines internationalen Privat- und Verfahrensrechts in der Europäischen Union*. In: *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*. Hrsg. G. Hohloch et al. Tübingen 2001, s. 548 i nast.

⁴⁶ Podobny brak definicji na ogół dotyczy prawa europejskiego oraz krajowego, zob. P. Mostowik: *Władza rodzicielska i opieka nad dzieckiem w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2014, s. 234; M. Pazdan: *Statut spadkowy...*, s. 97.

⁴⁷ Chodzi zwłaszcza o rozwiązania włoskie (zob. art. 19 włoskiej ustawy nr 218/1995 o reformie systemu prawa prywatnego międzynarodowego, dotyczący zastępczego statutu personalnego; tłum. K. Mironowicz. KPP 1999, z. 3, s. 649 i nast.), a w jeszcze większym stopniu o prawo szwajcarskie (art. 20 szwajcarskiego p.p.m.; tłum. J. Poczu-but: *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 1991, s. 116 i nast.). W świetle definicji szwajcarskiego prawa kolizyjnego, osoba fizyczna ma miejsce zwykłego pobytu w państwie, w którym żyje przez dłuższy czas (niem. *während längerer Zeit*; inaczej w tekście francuskim: *pendant une certaine durée* — przez pewien czas). Według niektórych opinii, zwykły pobyt w ustawie szwajcarskiej koresponduje zatem z prostym faktem fizycznej obecności przez dostatecznie długi czas; D. Mamejan: *La localisation des personnes physiques en droit international privé*. Genève 1994, s. 123; poglądy w tej kwestii jednak ewoluują, szerzej na ten temat zob. D. Baetge: *Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts. Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. In: *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Hrsg. D. Baetge, J. von Hein, M. von Hinden. Tübingen 2008, s. 80.

⁴⁸ Na podobnych założeniach opiera się zresztą uzasadnienie projektu rządowego obowiązującej polskiej ustawy — Prawo prywatne międzynarodowe. Druk sejmowy VII kadencji nr 1277, s. 8—9: „Przy ustalaniu zarówno miejsca zamieszkania, jak i miejsca zwykłego pobytu na użytek przepisów kolizyjnych uwzględniać należy dwa elementy: miejsce faktycznego osiedlenia się — czyli miejsce stanowiące centrum aktywności życiowej osoby (element obiektywny, tzw. *corpus*) oraz zamiar zamieszkiwania lub pobytu (element subiektywny, tzw. *animus*). Różnica dotyczy stopnia nasilenia obu tych elementów. Zwykły pobyt oznacza nieco słabsze powiązanie danej osoby z określonym państwem

gdy miejsce zwykłego pobytu odgrywa bardziej samodzielnią rolę w normach kolizyjnych, a inna w przypadku gdy dana norma (lub grupa norm) wskazuje kilka praw, wśród których znaleźć można zarówno zamieszkanie, jak i zwykły pobyt.

Dominujące stanowisko kojarzy pojęcie zwykłego pobytu z miejscem (państwem), w którym są skoncentrowane interesy życiowe jednostki (fr. *centre effectif de la vie*)⁴⁹. Owo podkreślanie momentów obiektywnych pozornie pomniejsza znaczenie woli podmiotu (*animus*) i pozwala skupić uwagę głównie na fakcie obserwowanego z zewnątrz związania osoby z danym miejscem czy też państwem za pośrednictwem różnorodnych czynników, które wskazują na ześrodkowanie czyichś „interesów życiowych” (posiadanie domu, gromadzenie majątku, życie rodzinne, edukacja, wykonywanie pracy, prowadzenie działalności gospodarczej, uzyskiwanie wykształcenia, nauka lub czynne używanie języka, a także zakup mieszkania lub domu itp.)⁵⁰. Mimo wszystko elementu subiektyw-

niż powiązanie określane mianem zamieszkania. Nie musi mu towarzyszyć zamiar osiedlenia się w tym państwie na stałe”; w literaturze por. M. Pazdan: *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 6, s. 27; K. Bagan-Kurluta: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 3. Warszawa 2011, s. 109; dawniej por. również A. Mączyński: *Zamieszkanie...*, s. 55 (jednak bez preferencji dla określonego sposobu rozumienia zwykłego pobytu); w literaturze obcej por. stanowisko D. Caversa: „*Habitual Residence*”..., s. 483: „[The habitual residence] may therefore be freed of the constraining rules designed to protect the headquarters function of the domicile. Consequently an habitual residence comes to an end when the resident no longer continues to use it »habitually« [...]. Or he may settle down in a community with a clear intention of departing from it soon as a fairly protracted task or period of service has been completed. In such a case, his frame of mind would jeopardize the territory's status as his domicile but would be quite consistent with »habitual residence«”.

⁴⁹ W doktrynie polskiej zamiast wielu zob. M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 233; w orzecznictwie zob. wyrok SN z dnia 13 marca 2014 r., I CSK 274/13. Lex nr 1530784; postanowienie SN z dnia 26 września 2000 r., I CKN 776/00. OSNC 2000, z. 3, poz. 38 (to ostatnie odnosi się do Haskiej Konwencji Prawa z 1980 r., dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę).

⁵⁰ Szczególnie silnie w tym kontekście brzmi stanowisko L. de Wintera, którego zdaniem, „habitual residence should obviously not be understood to mean a sojourn of short duration [...] but generally a long-term stay [...]. Should it be required in addition thereto that the person concerned intends to maintain his residence indefinitely at the place where he has settled [...] If this is required [...], many advantages incidental to connecting personal status with a factual situation capable of objective ascertainment, will be lost [...]. This does not mean that no importance may be attached to the intention of the person concerned, but it does signify that this intention is irrelevant [...] in so far as it is not recognizable or cannot be inferred from certain circumstances of the fact”; zob. L.I. de Winter: *Domicile or Nationality? The Present State of Affairs*. „Recueil des Cours” 1969-III, N° 128, s. 430—431. Również w literaturze polskiej podkreślano dotychczas m.in.: brak konieczności przypisania rozstrzygającego znaczenia zamiarowi ujmowanemu w kategoriach psychologicznych (A. Mączyński: *Kodyfikacyj-*

nego nie należy bagatelizować⁵¹. Według niektórych formuł spotykanych w piśmiennictwie, punktem wyjścia ustalenia miejsca zwykłego pobytu są cztery czynniki, które wymagają łącznego uwzględnienia: fizyczna obecność, odpowiednia trwałość, społeczna integracja, a także manifestowana na zewnątrz wola przebywania w danym państwie⁵². Z wymienionych powodów już dość dawno uznano zwykły pobyt za odpowiednik zamieszkania w prawie merytorycznym⁵³.

Elementem postrzeganym najczęściej jako najważniejszy jest trwałość więzi z danym terytorium prawnym. W ostatnich latach podjęto jednak dyskusję na temat roli elementu subiektywnego. W jednym z bardziej interesujących opracowań naukowych postawiono wręcz tezę, że element woli stanowi centralny punkt pojęcia zwykłego pobytu, tym samym łącznik ten staje się „młodszym bratem” autonomii woli w europejskim prawie prywatnym międzynarodowym. Zdaniem autora referowanego stanowiska, współczesne czasy charakteryzuje zmiana paradygmatu prawa kolizyjnego od statyki do dynamiki. Mobilność osób fizycznych koresponduje ze swobodami jednolitego rynku UE. Stąd miałyby wynikać potrzeba przeniesienia akcentu z długotrwałości pobytu (element obiektywny) na przejaw woli ustanowienia ośrodka życiowego (element subiektywny). Co więcej, ten sposób kwalifikacji łącznika ułatwiłby rozstrzyganie przypadków trudnych, np. przejściowego przebywania za granicą, „turystyki opiekuńczej” (niem. *Pflegeturismus*) czy też wahadłowego przemieszcza-

ne zagadnienia..., s. 421), potrzebę określania miejsca zwykłego pobytu przez pryzmat faktów, a nie elementów o charakterze prawnym (M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa jako źródło prawa prywatnego międzynarodowego*. Warszawa 2008, s. 487) czy też ustalanie zwykłego pobytu według „rzeczywistego zamieszkania”, o czym decyduje raczej „intersubiektywnie obserwowalny” zamiar osoby (P. Mostowik: *Prawo właściwe dla rozvodu i separacji w świetle rozporządzenia unijnego nr 1259/2010*. KPP 2011, z. 2, s. 376—377).

⁵¹ N.A. Baarsma: *The Europeanisation of International Family Law*. The Hague 2011, s. 37. Ciekawe, chociaż zapewne kontrowersyjne, spostrzeżenie poczyniła jedna z autorek angielskich, której zdaniem, „the concept of habitual residence contains within itself a considerable subjective element which necessitates an investigation »into the minds of men«. The word »residence« in normal usage denotes something of one's »home«. This subjective consideration is an important part of the rules because it distinguishes residence from mere presence”; zob. P. Rogerson: *Habitual Residence: The New Domicile?* „The International and Comparative Law Quarterly” 2000, vol. 49, s. 90.

⁵² K. Hilbig-Lugani: *Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR*. „Zeitschrift für Privatrecht der Privatrecht der Europäischen Union” 2014, H. 1, s. 9.

⁵³ F.A. Mann: *Der „gewöhnliche Aufenthalt” im Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung*. „Juristenzeitung” 1956, H. 15—16, vol. 11, s. 466 i nast.

nia się z kraju A do kraju B i z powrotem (fenomen tzw. majorkańskich emerytów — niem. *Mallorca-Rentner*)⁵⁴.

To stanowisko na razie wydaje się zbyt jednostronne, chociaż do pewnego stopnia może znajdować potwierdzenie w poglądach doktryny oraz orzecznictwie TSUE⁵⁵. Nie przypadkiem jednak nawet w rozporządzeniu spadkowym⁵⁶ — które w preambule zawiera przynajmniej próbę przybliżenia niektórych elementów oceny, czy spadkodawca miał miejsce zwykłego pobytu w danym państwie⁵⁷ — nie wspomina się wyrażenie o potrzebie uwzględnienia przejawów woli spadkodawcy (wprawdzie może ona zaważyć na decyzji sądów, jednak gdyby to wola miała być najważniejsza, należałoby oczekiwać *explicite* odpowiedniej wskazówki). Wciąż trudno przewidzieć, w jakim kierunku będzie ewoluować pojęcie zwykłego pobytu w orzecznictwie TSUE, które właśnie w dziedzinie europejskiego międzynarodowego prawa spadkowego jest wyjątkowo ocze-

⁵⁴ M.-P. Weller: *Der „gewöhnliche Aufenthalt“ — Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff*. In: *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Hrsg. S. Leible, H. Unberath. Jena 2013, s. 293 i nast.

⁵⁵ Zob. zwłaszcza ibidem, s. 227; zob. również wyroki TSUE: z dnia 2 kwietnia 2009 r., C-523/07 *postępowanie wszczęte przez A*. Zb. Orz. 2009, s. I-02805, pkt 40 oraz z dnia 22 grudnia 2010 r., C-497/10 PPU *Barbara Mercredi przeciwko Richardowi Chaf'fe'owi*. Zb. Orz. 2010, s. I-14309, pkt 50.

⁵⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego. Dz.Urz. L 201 z 27.07.2012, s. 107.

⁵⁷ Zob. pkt. 23 i 24 rozporządzenia nr 650/2012: „(23) [...] Aby ustalić miejsce zwykłego pobytu, organ zajmujący się sprawą spadkową powinien dokonać ogólnej oceny okoliczności życia zmarłego w latach poprzedzających jego śmierć i w chwili jego śmierci, uwzględniając wszystkie istotne elementy faktyczne, w szczególności czas trwania i regularność obecności zmarłego w danym państwie oraz warunki i powody tej obecności. Tak ustalone miejsce zwykłego pobytu powinno wykazywać ścisły i stabilny związek z danym państwem, uwzględniając konkretne cele niniejszego rozporządzenia. (24) W niektórych przypadkach ustalenie miejsca zwykłego pobytu zmarłego może okazać się skomplikowane. Taka sytuacja może nastąpić w szczególności w przypadku, gdy zmarły z powodów zawodowych lub ekonomicznych wyjechał za granicę, aby tam pracować, czasem na długi okres, ale zachował ścisły i stabilny związek ze swoim państwem pochodzenia. W takim przypadku — w zależności od okoliczności danej sprawy — zmarłego można by uznać za nadal posiadającego miejsce zwykłego pobytu w państwie pochodzenia, w którym znajdował się ośrodek interesów jego życia rodzinnego i społecznego. Inne złożone przypadki mogą dotyczyć sytuacji, gdy zmarły mieszkał na zmianę w kilku kolejnych państwach, lub gdy podróżował między państwami, nie osiedlając się na stałe w żadnym z nich. Jeżeli zmarły był obywatelem jednego z tych państw lub wszystkie główne składniki jego majątku znajdowały się w jednym z tych państw, szczególnym czynnikiem w ogólnej ocenie wszystkich okoliczności faktycznych mogłoby być jego obywatelstwo lub położenie tych składników majątku”.

kiwane i niewątpliwie wniesie do dyskusji na temat łączników personalnych wiele nowych treści.

Mimo silnego nastawienia na badanie elementów zewnętrznych, zwykły pobyt niewątpliwie nie jest pojęciem czysto faktycznym (niem. *Tatsachenbegriff*), lecz ma charakter *stricte* prawny (niem. *Rechtsbegriff*)⁵⁸. Z uwagi na autonomię prawa prywatnego międzynarodowego sposób wykładni i kwalifikacji omawianego łącznika w prawie prywatnym międzynarodowym powinien być niezależny od dorobku innych dziedzin prawa (przede wszystkim merytorycznego), w których pojęcie to także bywa używane⁵⁹. Uwaga ta odnosi się również do prawa Unii Europejskiej, w którym pojęcie zwykłego pobytu stało się najpierw przedmiotem wykładni w sprawach dotyczących koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego⁶⁰. Przy przenoszeniu dorobku judykatury na płaszczyznę wykładni i stosowania przepisów o **współpracy sądowej w sprawach cywilnych** należy zatem zachować pewną ostrożność⁶¹. Dotychczasowe refleksje nad autonomią pojęciową prawa prywatnego międzynarodowego nie przeczą jednak potrzebie możliwie daleko idącego uzgodnienia pojęcia zwykłego pobytu w europejskich przepisach prawa kolizyjnego oraz międzynarodowego postępowania cywilnego — i to zwłaszcza tam, gdzie normy jurysdykcyjne i kolizyjnoprawne występują w ramach jednego aktu normatywnego, którego podstawowym założeniem jest paralelność jurysdykcji (*forum*) i prawa właściwego (*ius*)⁶². Orzecznictwo TSUE dotyczące zwykłego pobytu, którego większość stanowią na razie wypowiedzi

⁵⁸ D. Baetge: *Der gewöhnliche...*, s. 105 (autor słusznie podkreśla, że taką kwalifikację pojęcie zwykłego pobytu uzyskało m.in. w rezolucji Komitetu Ministrów Rady Europy nr 72(1) w sprawie standaryzacji pojęć prawnych „zamieszkania” i „pobytu”).

⁵⁹ Tak trafnie m.in. P. Mostowik: *Władza rodzicielska...*, s. 233—234. Krytycznie należy zatem ocenić stanowisko jednego z autorów angielskich, który próbuje wyraźnie „unarodowić” zwykły pobyt, powołując się na szereg orzeczeń dotyczących m.in. angielskiego prawa podatkowego, zob. P. Stone: *The Concept of Habitual Residence in Private International Law*. „Anglo-American Law Review” 2000, vol. 29, s. 342 i nast.

⁶⁰ Zob. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.Urz. UE 2004, L 166, s. 1; polskie wyd. specjalne rozdz. 5, T. 5, s. 72); w tym zakresie zob. zwłaszcza wyrok TS z dnia 25 lutego 1999 r. C-90/97 *Robin Swaddling przeciwko Adjudication Officer*. Zb. Orz. 1999, s. I-1075.

⁶¹ Za ostrożnością w tym zakresie opowiada się sam Trybunał Sprawiedliwości, podkreślając możliwe różnice pojęć występujących w poszczególnych aktach prawa UE; zob. wyrok w sprawie C-523/07 A, pkt 36; na ten temat zob. A. Dutta: *Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanization*. *RabelsZ* 2009, Nr. 73, s. 568.

⁶² Oprócz wspomnianego rozporządzenia nr 650/2012 (przyp. 52), należy wspomnieć o Konwencji haskiej o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci z dnia 19 października 1996 r. Dz.U. 2010, nr 172, poz. 1158.

w związku z jurysdykcją, może — aczkolwiek z ostrożnością uwarunkowaną możliwymi różnicami celów norm prawa procesowego i prywatnego międzynarodowego w znaczeniu ścisłym — być wykorzystane na gruncie kolizyjnoprawnym. Trzeba jednak zarazem dostrzegać jego wycinkowy, niepełny charakter: najbardziej kompletne wypowiedzi dotyczyły dotychczas spraw odpowiedzialności rodzicielskiej, a więc zasadniczo ustalenia miejsca zwykłego pobytu dzieci, a nie osób dorosłych. Sprawy tego rodzaju wykazują swoisty charakter.

Ostatnio wspomniana wykładnia celowościowa norm kolizyjnych uzasadnia postawienie innego ważnego problemu badawczego, jakim jest potrzeba ewentualnego różnicowania pojęcia zwykłego pobytu w zależności od charakteru stosunków, dla których poszukuje się właściwego prawa. Czy zatem łącznik zwykłego pobytu wymaga tożsamej kwalifikacji w każdych okolicznościach i w odniesieniu do każdej sytuacji życiowej, dla której przewiduje się właściwość *legis habitationis*, czy też osoba fizyczna może mieć różne miejsca zwykłego pobytu, jeśli chodzi np. o stosunki zobowiązaniowe, prawnospadkowe lub prawnorodzinne⁶³? Czy tak samo należy traktować łącznik kolizyjnoprawny i prawnoprocesowy? Czy zwykły pobyt należy kwalifikować tak samo zarówno wtedy, gdy stanowi łącznik obiektywny, jak i w przypadku gdy norma kolizyjna upoważnia do subiektywnego wskazania tego lub innego prawa jako statutu danego stosunku?

Stosunek doktryny do tych kwestii nie został jeszcze jednoznacznie określony, jednak generalnie dopuszcza się zróżnicowanie — zwłaszcza co do czasu wymaganego do ustanowienia zwykłego pobytu — przynajmniej pomiędzy normami kolizyjnymi a jurysdykcyjnymi. Zwolennicy tego rozróżnienia podkreślają, że w tym ostatnim wypadku chodzi o dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w jego zaś interesie nie leży ograniczenie możliwości skutecznego uruchomienia postępowania przez zainteresowaną osobę, gdy tymczasem powiązanie kolizyjnoprawne powinno opierać się na podstawowej regule najściślejzego związku, a więc więź osoby z miejscem powinna być określana bardziej rygorystycznie. Również w przypadku norm kolizyjnych przewidujących ograniczony wybór prawa postuluje się łagodniejszą kwalifikację elementu „zwykłości” po-

⁶³ Na zasadność takiego zróżnicowania wcześniej zwracał już uwagę m.in. F. Schwind: *Der „gewöhnliche“ Aufenthalt im IPR*. In: *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*. Hrsg. A. Heldrich et al. Frankfurt am Main 1988, s. 425 (podając konkretny przykład islandzkiego malarza, w stałych odstępach czasu powracającego do Austrii w celach handlowych; zdaniem autora, dla celów stosowania norm kolizyjnych międzynarodowego prawa zobowiązań, wskazujących jako właściwe prawo miejsca zwykłego pobytu sprzedawcy, takie związki z Austrią wystarczają do ustalenia łącznika w tym kraju); krytycznie por. D. Masmejan: *La localisation...*, s. 157—158.

bytu, dzięki czemu strona lub strony uzyskują większą swobodę działania⁶⁴. W ramach prawa kolizyjnego należy jednak wychodzić od kluczowej dyrektywy konsekwencji terminologicznej i w miarę możliwości zachować to samo znaczenie pojęcia; ewentualne różnice mogą wynikać z wyrażonej woli prawodawcy, na co zwraca się uwagę zwłaszcza w kontekście rozporządzeń ujednolicających unijne prawo prywatne międzynarodowe. Mimo to, w trosce o transparentność rezultatów wykładni, możliwych różnic nie należy poszukiwać „na siłę”⁶⁵.

Wciąż nierozwiązanym problemem jest potencjalna wielość miejsc zwykłego pobytu, m.in. w przypadku tzw. migrantów wahadłowych⁶⁶, co dla polskiej praktyki prawnej będzie miało kapitalne znaczenie. Możliwe do przyjęcia są w tym przypadku dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, w jednym okresie można mieć tylko jedno miejsce zwykłego pobytu. Zgodnie z drugim, jednoczesne posiadanie wielu (najczęściej dwóch) miejsc zwykłego pobytu jest możliwe, lecz zbieg łączników należy eliminować, poszukując miejsca zwykłego pobytu o charakterze dominującym, a więc ściślej związanego z czyjąś sferą spraw życiowych. Dość łatwo zauważyć, że w pierwszej z tych sytuacji ustanowienie oraz późniejsza zmiana miejsca zwykłego pobytu będą łatwiejsze do przeprowadzenia. W sytuacji drugiej natomiast nasuwa się pytanie o kryterium, które powinno przesądzić o wskazaniu zwykłego pobytu. Gdyby miało to być np. pochodzenie danej osoby (czy to w znaczeniu faktycznych więzi rodzinno-etnicznych, czy też obywatelstwa), można byłoby mówić o swoistym zbliżeniu koncepcji zwykłego pobytu do anglosaskiego *domicile of origin*. Taki zabieg nie wydaje się jednak szczególnie pożądany⁶⁷.

Kwestii, o której mowa, nie sposób jednoznacznie przesądzić⁶⁸ i należy pozostawić możliwie wiele miejsca na swobodne kształtowanie się praktyki. Orzecznictwo TSUE niemal na pewno szybko zostanie zestawione z tym problemem (w sprawach spadkowych, z powodu masowości zjawiska „majorkańskich emerytów” z drugim domem w RFN). Migranci wahadłowi na ogół są ściślej związani z jednym państwem, co można w sposób stosunkowo pewny rozstrzygnąć, np. z uwagi na związki

⁶⁴ Por. K. Hilbig-Lugani: *Divergenz und Transparenz...*, s. 10—11.

⁶⁵ Ibidem, s. 14 i nast.

⁶⁶ Pojęcie to figuruje w nomenklaturze psychologii społecznej, socjologii czy też demografii na oznaczenie osób wielokrotnie i okresowo przenoszących się pomiędzy grupą pochodzenia a grupą przyjmującą; zamiast wielu zob. D. Niedźwiedzki: *Tożsamość społeczna migrantów wahadłowych jako wyzwanie badawcze*, <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-47afe8bb-8856-497e-b592-3dd9ad56f53d/c/tozsamosc.pdf> [Dostęp: 24.10.2017 r.].

⁶⁷ Szerzej zob. P. Mankowski: *Der gewöhnliche Aufenthalt...*, s. 45.

⁶⁸ Tak zwłaszcza M. Świerczyński, w: „System Prawa Prywatnego”. T. 20A..., s. 232—233.

rodzinne oraz kryterium tzw. efektywnego obywatelstwa⁶⁹. Stanowi to ciekawy przyczynek do obserwacji zjawiska swoście pojętego „roztopiania się” obywatelstwa w zwykłym pobycie, który w ten sposób staje się najbardziej kompleksowym ze wszystkich łącznikiem oraz istotnym wyrazem zasady *legis originis*. Z kolei przypadki najbardziej wątpliwe (idealnie symetrycznego podzielenia związków życiowych pomiędzy państwo A i państwo B) najłatwiej jest rozstrzygać kompromisowo — traktując każdoczesne przebywanie w konkretnym miejscu jako świadczące o ustanowieniu tam miejsca zwykłego pobytu aż do chwili dokonania zmiany elementu przebywania na drugie państwo.

3. Łączniki personalne w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. — próba oceny i przewidywania co do dalszej ewolucji

Z punktu widzenia kolizyjnoprawnej sprawiedliwości oraz uwzględniania interesów jednostkowych, obrotu prawnego oraz państw, oczywiście, żaden z łączników personalnych nie przedstawia większej wartości niż pozostałe. Z dotychczasowych rozważań wynika, że każdy z nich ma zarówno zalety, jak i wady. Tendencja do wypierania tradycyjnych łączników personalnych obywatelstwa i zamieszkania przez łącznik zwykłego pobytu na razie nie ma jeszcze bezpośrednich konsekwencji dla polskiego prawa kolizyjnego. W interesie publicznym (państwa) póki co leży pozostawienie w autonomicznym prawie kolizyjnym (ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. oraz w przepisach szczególnych) łącznika obywatelstwa. Jest to uzasadnione zarówno tradycją, jak i znaczną emigracją przy znikomej liczbie imigrantów. Liczba spraw z elementem obcym przed sądami wciąż jest na tyle statystycznie nieistotna, że łącznik obywatelstwa nie powoduje poważnego obciążenia dla organów wymiaru sprawiedliwości. Pozwala natomiast cudzoziemcom nieposiadającym obywatelstwa polskiego, którzy dochodzą swoich praw przed sądami, powoływać się na znane

⁶⁹ Por. G. Schulze: *Der engere gewöhnliche Aufenthalt?* IPRax 2012, H. 6, s. 536; szerzej na temat zasady najściślejszego związku w prawie kolizyjnym zob. F. Mänhardt: *Die Kodifikation des österreichischen Internationalen Privatrechts. Schwerpunktanalyse einer bemerkenswerten Gesetzesinitiative*. Berlin 1978, s. 32; w orzecznictwie zob. postanowienie niem. *Kammergericht* z dnia 26 kwietnia 2016 r., 1 AR 8/16, z głosem P. Man-kowskiego. „*Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*” 2016, H. 14, s. 1204 (dotyczy sporu o właściwość w sprawie spadkowej po niemieckim emerycie, kilka lat przed śmiercią zamieszkującym w Polsce).

im normy prawne państwa pochodzenia. Jediną wadą ustawy, która wymagałaby bardziej szczegółowej korekty, jest utrzymanie w niej obu łączników personalnych: zamieszkania i zwykłego pobytu, co może doprowadzić do rozbieżnej kwalifikacji w krajowym oraz międzynarodowym i europejskim prawie kolizyjnym. Do kwestii tej jeszcze powrócimy.

Stan rzeczy, który dzisiaj upoważnia do umiarkowanie pozytywnej oceny systemu łączników personalnych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym, w niedalekiej przyszłości może ulegać znacznym przeobrażeniom. Należy wziąć tu pod uwagę dwa istotne czynniki.

Pierwszym jest możliwa i coraz bardziej prawdopodobna zmiana kierunku przepływów ludności, co zapewne — jak już była mowa — skłoni ustawodawcę do ograniczenia ryzyka trudności z ustaleniem i stosowaniem prawa obcego na szerszą skalę. Drugim jest natomiast generalna zmiana paradygmatu prawa kolizyjnego pod wpływem prawa Unii Europejskiej. Prawo unijne nie zakazuje co prawda wykorzystywania łącznika obywatelstwa⁷⁰, jednak nie traktuje go jako pożądanego ze względów polityczno-prawnych, nie jest on bowiem zgodny z celami integracji UE⁷¹. Dotychczas dokonana, chociaż tylko częściowa, harmonizacja prawa kolizyjnego w wielu wypadkach prowadzi do nieakceptowalnego rozczłonkowania materii regulacyjnej. Odmienna struktura łączników w prawie unijnym (przychylnym zasadzie zwykłego pobytu) oraz krajowym (preferującym zasadę obywatelstwa) jest i pozostanie źródłem napięć i niezgodności rezultatów kolizyjnoprawnego wskazania, składając do nieprzewidzianych interwencji ustawodawczych⁷². Co prawda,

⁷⁰ W szczególności wskazanie na prawo ojczyste osoby fizycznej nie jest samo w sobie sprzeczne z unijnym zakazem dyskryminacji ze względu na obywatelstwo (art. 12 TFUE); na ten temat zob. zwłaszcza J. Basedow: *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne*. Rev.crit. 2010, N° 3, s. 427 i nast.; wyrok TSUE z dnia 14 października 2008 r., C-353/06 *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul*. Zb. Orz. 2008, s. I-07639, pkt. 19—20.

⁷¹ A. Dutta: *Succession and Wills...*, s. 565; M. Pilich: *Europeizacja prawa prywatnego międzynarodowego — cel, ograniczenia, wyzwania*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 12. Red. M. Pazdan. Katowice 2013, s. 72—73; również zdaniem Anny Sapoty, odejście w Europie od łącznika obywatelstwa na rzecz zwykłego pobytu jest zjawiskiem determinowanym „specyfiką Unii, która gwarantuje obywatelom swoich państw członkowskich swobodę przemieszczania się wewnątrz niej”; zob. A. Sapota: *Rozwód i separacja w normach kolizyjnych prawa europejskiego*. „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, z. 1, s. 33.

⁷² Na przykład przystąpienie RFN do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji, ustanowionej rozporządzeniem Rady (UE) nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej (Dz.Urz. L 343 z 29.12.2010, s. 10), spowodowało potrzebę zmiany art. 17 niem. ustawy wprowadzającej k.c. Jednak — jak słusznie zauważa jedna z autorek niemieckich — tego rodzaju

unifikacja prawa prywatnego międzynarodowego w Unii Europejskiej bardzo straciła na intensywności, lecz mimo to w przyszłości — jeżeli przezwyciężony zostanie poważny kryzys instytucjonalny — będą jeszcze szanse na jej intensyfikację⁷³. Ewentualne przystępowanie Polski do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa prywatnego międzynarodowego (czego nie należy na zawsze wykluczać tylko na podstawie obserwacji bieżących wydarzeń politycznych) miałyby dla polskiego ustawodawcy doniosłe konsekwencje. Wymusiłoby bowiem odwrócenie i uproszczenie kaskady łączników personalnych w międzynarodowym prawie małżeńskim, zarówno gdy chodzi o aktualne wskazanie prawa dla stosunków majątkowych małżonków oraz — w konsekwencji — ich stosunków osobistych (art. 51—52 p.p.m.), jak i w zakresie uregulowań statutu rozwodowego (art. 54 p.p.m.). W obu tych obszarach wskazanie prawa właściwego powinno być względnie spójne, gdyż to właśnie łączniki przyszłego rozporządzenia wskażą prawo właściwe dla wpływu rozvodu na stosunki majątkowe nawiązane między małżonkami podczas trwania małżeństwa⁷⁴.

Głębszą refleksję nad łącznikami personalnymi w polskim międzynarodowym prawie rodzinnym dodatkowo uzasadnia uregulowanie swobodnego przepływu orzeczeń w sprawach małżeńskich w ramach Unii Europejskiej. Mimo że jeśli chodzi o międzynarodowe rozwody i separacje Polska wciąż nie zdecydowała się na przystąpienie do wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa kolizyjnego, to przecież jest objęta rozporządzeniem Bruksela II *bis*, przewidującym automatyczne uznanie oraz ułatwione wykonywanie orzeczeń rozwodowych i separacyjnych⁷⁵. Jaki

punktowe korektury nie zaspokajają potrzeb wynikających z braku powiązania ogółu stosunków osobistych jednolitym względnie systemem łączników. Reakcja ustawodawcy krajowego na harmonizację prawa kolizyjnego w Unii Europejskiej być może powinna być wyprzedzająca, a nie opóźniona; por. B. Rentsch: *Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt*. ZEuP 2015, H. 2, s. 291—295.

⁷³ Wyrazem tego kryzysu jest niewątpliwie niepowodzenie (już drugie po wprowadzeniu wzmocnionej współpracy w sprawach rozwodowych) inicjatywy ustanowienia rozporządzenia w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych; zob. wnioski Komisji: KOM(2011) 126 z 16.03.2011 r. wersja ostateczna oraz Decyzja Rady upoważniająca do podjęcia wzmocnionej współpracy w obszarze jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w zakresie ustrojów majątkowych par międzynarodowych, obejmującej zarówno małżeńskie ustroje majątkowe, jak i skutki majątkowe zarejestrowanych związków partnerskich. COM(2016) 108 *final* z 2.03.2016 r.

⁷⁴ Por. A. Mączyński: *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1983, s. 130—131.

⁷⁵ Zob. art. 21 i nast. rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające-

zatem sens ma utrzymywanie w Polsce norm prawnych operujących kompletnie różnymi od charakterystycznych dla sąsiadujących z nią państw członkowskich łącznikami kolizyjnoprawnymi, jak w Niemczech czy na Litwie? Ten fakt, jak słusznie zauważono w literaturze, może prowokować zjawisko określane jako *forum shopping*⁷⁶. W interesie stabilności obrotu prawnego leży, jeśli nie przystąpienie do wzmocnionej współpracy ustanowionej rozporządzeniem 1259/2010, to przynajmniej autonomiczna decyzja ustawodawcy polskiego o przybliżeniu treści art. 54 p.p.m. do norm prawa europejskiego. Oznaczałaby ona istotne osłabienie roli obywatelstwa jako łącznika kolizyjnoprawnego w polskim międzynarodowym prawie rodzinnym.

Uregulowania polskiej ustawy z 2011 r. nasuwają jeszcze inne, bardziej szczegółowe refleksje. Pierwszą z nich stanowi pytanie, czy zbieg obywatelstw powinien być zawsze i jednoznacznie rozstrzygany na korzyść obywatelstwa *fori* (tj. obywatelstwa polskiego), tak jak to obecnie jest uregulowane w art. 2 ust. 1 p.p.m. Jest to odwieczny dylemat wszystkich państw, które posługują się kolizyjnoprawną zasadą obywatelstwa. Prostych odpowiedzi nie ma. Na jednej szali z reguły kładzie się interes publiczny, który przemawiałby za tym, aby taką preferencję zachować. Ułatwia ona bowiem obrót prawny⁷⁷, a także — co istotne w państwach o wysokim wskaźniku imigracji — „prewencyjnie” zapobiega stosowaniu norm prawnych obcego państwa ojczystego, których treść zasadniczo sprzeciwia się zasadom lokalnego porządku prawnego⁷⁸. Trudno zaprzeczyć, że państwa kontynentalnej Europy, w których nie obowiązywałaby reguła preferencji, o jakiej mowa, nadal są w ogromnej mniejszości⁷⁹. Jed-

go rozporządzenie (WE) nr 1347/2000. Dz.Urz. L 338 z 23.12.2003, s. 1; pol. wyd. specjalne rozdz. 19, T. 6, s. 243 z późn. zm.

⁷⁶ Tak trafnie P. Mostowik: *Prawo właściwe dla rozvodu i separacji...*, s. 337 i nast.

⁷⁷ Taki argument pojawił się w projekcie nowelizacji niem. u.w.k.c. z 1986 r., gdzie wskazuje się na większą jasność prawa i praktycyzm (*Rechtsklarheit und Praktikabilität*) owego rozwiązania, zwłaszcza z punktu widzenia krajowych urzędów stanu cywilnego; zob. *Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, Drucksache* [druk Bundestagu] nr 10/504 z dnia 20 października 1983 r., s. 40—41; w nauce francuskiej zob. P. Lagarde: *Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987)*. Rev.crit. 1988, N° 1, s. 37.

⁷⁸ P. Lagarde: *Vers une approche...*, s. 38: „Un pays comme la France est fondé à refuser qu'un Français possédant aussi la nationalité d'un État musulman se prévale en France, au stade de la création d'un droit, de son statut musulman étranger au motif que son autre nationalité serait plus effective que sa nationalité française”.

⁷⁹ Do takich państw zaliczyć można Holandię, natomiast za preferencją obywatelstwa *fori* opowiada się m.in. prawo niemieckie, belgijskie czy też włoskie; na ten temat m.in. A. Mączyński: *Statut personalny...*, s. 315 (przyt. 24); szerzej zob. M. Pazdan: *O spo-*

nakże ten stan rzeczy oznacza potencjalne ignorowanie uzasadnionych interesów życiowych pluripatrydy w każdym z jego państw ojczystych⁸⁰ oraz jest niezgodny z autonomią prawa prywatnego międzynarodowego, dla którego podstawowe znaczenie mają zasady równej wartości i uznania wszystkich porządków prawnych oraz najściślejszego związku.

O ile więc całkowite porzucenie opisanej zasady z punktu widzenia polskiego ustawodawcy byłoby obecnie nadmiernym altruizmem, o tyle należy dążyć przynajmniej do ograniczenia negatywnych skutków zasady preferowania własnego obywatelstwa. Najprostszym środkiem realizacji tego celu byłaby zmiana brzmienia art. 2 ust. 1 p.p.m., przynajmniej w kierunku domniemania najściślejszego związku polskiego wielopaństwowca z prawem polskim, któremu towarzyszyłaby odpowiednia klauzula korekcyjna: „Jeżeli ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, domniemywa się, że obywatel polski jest najściślej związany z prawem polskim, chyba że z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika ściślejszy związek z innym państwem ojczystym”. Za tą propozycją przemawiają poważne argumenty, a mianowicie dążenie do systemowej spójności pomiędzy prawem kolizyjnym pochodzenia krajowego i międzynarodowego oraz zgodność z europejskim prawem pierwotnym. Należy również zwrócić uwagę, że art. 2 ust. 1 p.p.m., zgodnie z orzecznictwem i doktryną, nie stosuje się, gdy wskazanie prawa ojczystego następuje na podstawie normy kolizyjnej w umowie międzynarodowej⁸¹. Zróżnicowane traktowanie własnych obywateli w zakresie stosowania norm pochodzenia krajowego i międzynarodowego nie ma zatem merytorycznego uzasadnienia⁸². Również w świetle prawa europejskiego, które zakazuje dyskryminacji ze względu na obywatelstwo i preferuje wskazanie opcyjne, należy to ocenić niezwykle krytycznie⁸³.

sobach usuwania kolizji wynikających z wielorakiego obywatelstwa w prawie prywatnym międzynarodowym. „Studia Iuridica Agraria” [Białystok] 2005, T. 5, s. 164—165.

⁸⁰ Na przykład w zakresie uznania nazwiska zob. M. Margoński: *Problem rozbieżnego brzmienia imion i nazwisk obywateli Polski i Niemiec w praktyce notarialnej*. „Rejent” 2007, z. 4, s. 104 i nast.

⁸¹ W orzecznictwie polskim zob. postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2011 r., III CSK 223/10. OSNC 2012, z. 1, poz. 13; w piśmiennictwie zob. M. Czepelak: *Umowa międzynarodowa...*, s. 464, 467; we Włoszech podobne stanowisko jest reprezentowane zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze Najwyższego Sądu Kasacyjnego (*Corte Suprema di Cassazione*); zob. M. Raiteri: *Citizenship as a Connecting Factor in Private International Law for Family Matters*. „Journal of Private International Law” 2014, H. 2, vol. 10, s. 323—324.

⁸² Uzasadnieniem — raczej formalnym i tym samym bardzo słabym — jest jedynie charakter źródła prawa stanowiącego normę prawa kolizyjnego.

⁸³ Wyrok TS z dnia 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02, *Carlos Garcia Avello przeciwko Państwu Belgijskiemu*. Zb. Orz. 2003, s. I-11613; M. Bogdan: *The EC Treaty and The Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in In-*

Analogicznej kwestii dotyczy także spór, jaki w naszej doktrynie powstał wokół subiektywnego wskazania prawa ojczystego w przypadku dokonania wyboru prawa przez wielopaństwowców. Mianowicie, chodzi o to, czy wybór, na jaki pozwala ustawa, jest wówczas ograniczony za pośrednictwem odpowiednio ust. 1 i 2 w art. 2 p.p.m., czy też można dokonać wyboru któregośkolwiek prawa, na jakie wskazuje łącznik obywatelstwa. Zdania na ten temat są podzielone. Jedni autorzy uważają, że uregulowanie art. 2 ust. 1 i 2 p.p.m. odnosi się bez różnicy do wszystkich przypadków, w których przewidziany w ustawie jest łącznik obywatelstwa. Ustawa musiałaby wprost wyłączać stosowanie art. 2 w wypadku dokonania wyboru. Takiego zastrzeżenia niestety brakuje w art. 4 p.p.m., regulującym ogólne zagadnienia wyboru prawa właściwego. Co więcej, w przepisach przewidujących wybór prawa właściwego, m.in. w art. 52 ust. 1, ustawodawca posłużył się, podobnie jak w art. 2 ust. 1 i 2, terminem „prawo ojczyste”, mimo że mógł użyć bardziej neutralnego określenia „obywatelstwo”⁸⁴. Z kolei inni autorzy argumentują — i to stanowisko wydaje się bardziej przekonujące — że w przypadku subiektywnego wskazania prawa ojczystego (nawet gdy wybór jest ograniczony) chodzi o wskazanie nie bezpośrednio „przez ustawę”, lecz przez stronę bądź strony oznaczonego stosunku życiowego np. majątkowych stosunków małżeńskich (art. 52 ust. 1 p.p.m.); nie zachodzi zatem „kolizja” obywatelstw, która uzasadnia stosowanie art. 2 ust. 1 lub 2 p.p.m.⁸⁵ W interesie podmiotów uprawnionych do dokonania *professionis iuris* należy przeprowadzić teleologiczną redukcję hipotezy norm wywiedzionych z przepisów ustawy dopuszczających ograniczony wybór prawa. W przyszłości natomiast konieczne byłoby wyraźne rozstrzygnięcie tej

ternational Family Law. In: *International Family Law for the European Union*. Eds. J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans, F. Swennen. Antwerpen—Oxford 2007, s. 313—314 (autor stawia tezę, że wyroku w sprawie *Garcia Avello* nie można interpretować inaczej, jak tylko jako zakazu stosowania konkretnego prawa ojczystego wbrew woli zainteresowanej osoby fizycznej); M. Raiteri: *Citizenship...*, s. 325; na ograniczenie sfery dyskrejonalności decyzji państw członkowskich w obrocie wewnątrzwspólnotowym przez orzecznictwo TSUE nakazujące uznanie nazwiska zwraca uwagę O.W. Vonk: *Dual Nationality in the European Union*. Leiden—Boston 2012, s. 158 i nast. (jego zdaniem, zamiast preferowania prawa ojczystego *fori* należy kierować się zasadą „efektywności” obywatelstwa).

⁸⁴ A. Wysocka-Bar: *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*. Warszawa 2013, s. 197—199; A. Maczyński: *Nowa regulacja międzynarodowego prawa rodzinnego*. W: *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*. Red. A. Dańko-Roesler et al. Warszawa 2014, s. 238—239.

⁸⁵ J. Pazdan: *Wybór prawa w sprawach spadkowych w ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym z 2011 roku*. PPPM 2011, T. 9, s. 18; por. M. Pazdan: *Dziedziczenie ustawowe...*, s. 165.

kwestii w ustawie, chyba że rozwój prawa europejskiego przyczyni się do jej dezaktualizacji.

Kolejnym dyskusyjnym zagadnieniem jest kształt kaskady łączników personalnych zarówno w przepisach ogólnych (art. 3 ust. 1 p.p.m.), jak i w rozdziałach szczegółowych ustawy (m.in.: art. 49 ust. 2, art. 51 ust. 2, art. 54 ust. 2, art. 57 ust. 2 p.p.m.). Ustawodawca zdecydował się utrzymać łącznik zamieszkania, obok łącznika zwykłego pobytu, mimo że tendencje światowe w prawie prywatnym międzynarodowym zmierzają — jak ustalono — do wyeliminowania tej niewygodnej koegzystencji na rzecz tego ostatniego. Argument, że jest to działanie podyktowane, po pierwsze, dążeniem do pełniejszego wyrażenia zasady najściślejszego związku, a po drugie, charakterem samego łącznika zwykłego pobytu jako „młodszego brata” zamieszkania niezbyt przekonuje. Należy powtórzyć, że to właśnie zwykły pobyt jest faktycznym, umiędzynarodowionym zamieszkaniem⁸⁶. Co więcej, należy zadać pytanie, czy współcześnie nie następuje zmiana paradygmatu zamiaru pozostania (*animi manendi*)? Człowiek XXI w. jest jednostką mobilną, gotową do wyruszenia w drogę (*homo viator*), która zawsze zakłada, że jej przyszłe przebywanie w określonym państwie może okazać się tymczasowe. Nie ma już społeczeństw prawdziwie osiadłych. Z tego względu posługiwanie się pojęciem zamieszkania traci swój sens. Jest bardzo prawdopodobne, że w ciągu najbliższych kilkunastu lat pojęcie zwykłego pobytu przeniknie do prawa merytorycznego, tak jak dzisiaj powoli — głównie pod wpływem europejskiego prawa kolizyjnego — zaczyna pojawiać się w prawie procesowym (nawet poza częścią międzynarodowego postępowania cywilnego k.p.c.)⁸⁷.

Ustawodawca polski nie w pełni wykorzystuje metody wskazania wielu praw, zwłaszcza wskazanie korygujące. Krytycznie należy ocenić np. art. 55 p.p.m., wskazujący statut filiacyjny: zarówno w ust. 1, jak i w ust. 2 wykorzystano łącznik obywatelstwa dziecka, różnicując łącznik jedynie co do subokreślnika temporalnego, a zachowując ten sam określić nominalny (zamiast chwili urodzenia chwila ustalenia pochodzenia). Jest to mało przekonujące rozwiązanie. Trudno zrozumieć, dla-

⁸⁶ Chociaż pojęcie „zamieszkanie” w starszych konwencjach międzynarodowych — np. w konwencji genewskiej z 1951 r. dotyczącej statusu uchodźców — doktryna niemiecka rozumie jako pojęcie autonomiczne, zbliżone właśnie do zwykłego pobytu; zob. B. von Hoffmann, K. Thorn: *Internationales...*, s. 204. Kwalifikacja łącznika może być inna tylko wówczas, gdy konwencja (jak to czyni chociażby art. 1 al. 3 konwencji dotyczącej kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń testamentowych, sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. Dz.U. 1969, nr 34, poz. 284) wyraźnie nakazuje stosować w tym celu przepisy prawa merytorycznego określonego państwa, zwłaszcza *legis loci*.

⁸⁷ Zob. art. 1 pkt. 1 i 3 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, ustawy — Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1137), zmieniający brzmienie art. 39 i art. 628 k.p.c.

czego obok obywatelstwa nie użyto korygującego wskazania na państwo zwykłego pobytu dziecka, który jednostka uzyskuje częściej i szybciej niż obywatelstwo w państwie przyjmującym. W innych wypadkach podstawa obywatelstwa wydaje się chybiona z uwagi na brak wymaganego najściślejszego związku. W art. 16 ust. 1 p.p.m. łącznikiem dla dóbr osobistych osoby fizycznej jest obywatelstwo, tymczasem — co nasuwa m.in. lektura wyroku TSUE w sprawach połączonych *eDate* i *Martinez* — o wiele właściwsze byłoby wskazanie na państwo zwykłego pobytu jako to, w którym jednostka cieszy się godnością, czcią i renomą w swoim otoczeniu społecznym.

Abstrahując od dotychczasowych rozważań, warto dostrzec symptomy nowych prądów, które świadczą o tym, że spór o „optymalny” łącznik personalny w prawie prywatnym międzynarodowym realnie traci na znaczeniu. Przyszłość prawa prywatnego międzynarodowego to bowiem wyraźny wzrost znaczenia środków służących koordynacji łączników personalnych, przede wszystkim zaś subiektywnego wskazania prawa personalnego (*professio iuris*)⁸⁸, dalsza indywidualizacja i uelastycznienie struktury norm kolizyjnych oraz w efekcie pogłębiająca się erozja klasycznej, sawiniańskiej metody kolizyjnoprawnej.

Obecna praktyka prawna zarówno państw Europy kontynentalnej, jak i *common law* zdaje się potwierdzać te obserwacje. W doktrynie europejskiej dyskutuje się o zaadaptowaniu amerykańskiej „teorii danych” (niem. *Datumtheorie*, ang. *data theory*), która polega na uwzględnianiu i stosowaniu prawa obcego nie tylko na podstawie klasycznego wskazania kolizyjnoprawnego, lecz na kolejnym poziomie również jako elementu stanu faktycznego sprawy w zakresie, w jakim jest to możliwe np. na podstawie klauzul generalnych systemu prawnego, który został wskazany jako właściwy. W ten sposób interesy stron mogą zostać lepiej zrealizowane⁸⁹. Na podobnej zasadzie angielski *Court of Appeal (Civil Division)*, w wydanym kilka lat temu wyroku w sporze pomiędzy członkami diaspory bangladeskiej w Wielkiej Brytanii, oddalił roszczenie o zwrot tradycyjnego daru ślubnego, dając wiarę opinii sporządzonej przez biegłego z zakresu prawa koranicznego, którego zdaniem prywatny rozwód stron — notabene nigdy niepozostających w związku małżeńskim według pra-

⁸⁸ A.E. von Overbeck: *La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé*. In: *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*. T. 2. Gent 1965, s. 1085 i nast.; w literaturze polskiej zob. zwłaszcza M. Pazdan: „*Professio iuris*” w szwajcarskim i niemieckim międzynarodowym prawie spadkowym. W: *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego...*, s. 321 i nast.

⁸⁹ M.-P. Weller: *Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationalen Familienrecht — Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie*. IPRax 2014, H. 3, s. 229—230; Y. Nishitani: *Global Citizens...*, s. 143.

wa angielskiego — nie dawał podstaw do wystąpienia przez męża ze stosownym żądaniem⁹⁰. W niektórych państwach zachodnich (np. w Anglii czy Kanadzie) podjęto nawet realizację swoistego eksperymentu prawnego, polegającego na zgodzie na polubowne rozstrzyganie sporów między członkami mniejszości etniczno-religijnych przez wyspecjalizowane instytucje (rady szariackie). Niemal natychmiast wywołał on poważne wątpliwości dotyczące przestrzegania podstawowych zasad porządku prawnego, prowadzące wprost do inicjatywy ustanowienia szczególnych klauzul porządku publicznego, przewidujących kontrolę ugód i orzeczeń arbitrażowych pod kątem przestrzegania w nich zasady równości płci⁹¹.

Na wyzwania wielokulturowości i migracji państwa usiłują odpowiedzieć, tworząc niezwykle różnorodne (choć nie zawsze skuteczne) instrumentarium do zarządzania chaosem świata indywidualnych wartości i interesów. Choć dziewiętnastowieczny model prawa prywatnego międzynarodowego należy już do przeszłości, przyszłość prawa prywatnego międzynarodowego nie wydaje się dostatecznie jasno sprecyzowana. Dyscyplina ta — jak rynki w kryzysie — poszukuje dzisiaj nowego punktu równowagi. Może go zapewnić jedynie większa elastyczność prawa kolizyjnego i zmniejszenie roli łączników obiektywnych na rzecz łączników personalnych oraz autonomii woli stron. Pytanie, na które człowiek XXI w. musi odpowiedzieć, brzmi dziwnie znajomo: *Qua lege vivis?*

⁹⁰ Zob. wyrok *Court of Appeal (Civil Division)* z dnia 21 października 2009 r. w sprawie *Uddin v Choudhury & Ors.* [2009] EWCA Civ 1205.

⁹¹ Y. Nishitani: *Global Citizens...*, s. 145; szerzej na temat doświadczeń angielskich zob. R.E. Maret: *Mind the Gap: The Equality Bill and Sharia Arbitration in the United Kingdom*. „Boston College International & Comparative Law” 2013, vol. 36, s. 255 i nast.