

Maria-Anna Zachariasiewicz*

Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci

Abstract: The Author describes the turbulent fate of the amendment to the 2011 PIL Act (O.J. of 15.04.2011, No 80, item 432) presented both in the Parliament and the Senate, concerning same-sex marriages and cohabiting couples. Pursuant to the amendment, those concerned that the conflict of laws rule provided in the article 48 of said act („The ability to conclude a marriage is determined towards each of the parties by the law of his or her nationality as of the day when the marriage is concluded”) would lead to a necessity of recognition of foreign homosexual relationships, opted for introduction of a legal definition of marriage understood as a relationship between a man and a woman, as well as for addition of a specific *ordre public* clause forbidding the application of any foreign rules of law on homosexual relationships.

As a matter of fact, such proposal's goal is to create a legal gap in the conflict of laws rules, as well as gaps in the provisions of the applicable systems of law, with an expectation that one may ignore foreign homosexual marriages and registered partnerships. The author criticizes the amendment, shows the irrationality of the idea of purposeful creation of legal gaps. She also explains why a conflict of laws act should not introduce substantive definitions of certain juridical concepts. Further, she objects the idea of “recognition” or “non-recognition” of foreign marriages or registered partnerships on the conflict of laws level, which is contradictory to the long-established approach of determining an applicable law for particular social situations and relationships. While showing the fundamentals of the *ordre public* idea, she stresses the inadmissibility of creating strict bans on application of specific provisions of foreign law, which do not take into account their contents and the consequences of their application in a particular case.

Keywords: same-sex marriages, same-sex registered partnerships, marriage-recognition rule, characterization of marriage, specific *ordre public* clauses

* Dr, Uniwersytet Śląski w Katowicach.

1. Uwagi wstępne

W toku prac sejmowych nad projektem ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym Klub Parlamentarny PiS-u, powołując się na sugestie profesora A. Mączyńskiego¹, zgłosił zastrzeżenia pod adresem art. 48 projektu, zgodnie z którym „o możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa”. Zdaniem autorów owych zastrzeżeń, przepis ten wprowadza do prawa polskiego, aczkolwiek „tylnymi drzwiami”, małżeństwa i związki partnerskie osób tej samej płci. Może się bowiem zdarzyć, że obce prawo ojczyście, które przyjdzie nam zastosować do oceny owej możliwości zawarcia małżeństwa lub związku partnerskiego przez cudzoziemca, zezwoli na jego zawarcie, a to oznaczać będzie „legalizację” związków tej samej płci, sprzeczną z polską Konstytucją. Broniąc się przed taką ewentualnością, należałoby uzupełnić art. 48—54 projektu o nowy przepis art. 54 a, złożony z dwóch zdań. W pierwszym zawarto definicję małżeństwa („Małżeństwem w rozumieniu niniejszej ustawy jest tylko związek mężczyzny i kobiety”), w drugim — ograniczono stosowanie prawa wskazanego jako właściwe („Nie stosuje się przepisów prawa obcego, regulujących związki pomiędzy osobami tej samej płci”). Sejm w dniu 4 lutego 2011 r. uchwalił ustawę², odrzucając zaproponowaną poprawkę niewielką przewagą głosów. Zapoczątkowało to burzę medialną, w której emocje wyparły argumenty merytoryczne. Ostatecznie jednak Senat, na posiedzeniu w dniu 3 marca 2011 r., przyjął ustawę bez poprawek.

Zwycięstwo argumentów racjonalnych nad emocjami może być powodem do zadowolenia.

Obawy autorów poprawki były bowiem zupełnie nieuzasadnione, sama poprawka zaś — wysoce szkodliwa. „Psuła” prawo prywatne międzynarodowe, niepotrzebnie narażała ustawodawcę na zarzut śmieszności i stanowiła przejaw homofobii.

Racje przemawiające za odrzuceniem poprawki można — jak sądzę — podzielić na trzy grupy. Pierwsza grupa argumentów związana jest z celem prawa prywatnego międzynarodowego i ze szczególnym charakterem norm kolizyjnych. Druga — dotyczy pomysłu zdefiniowania

¹ Por. A. Mączyński, *Opinia dla Biura Analiz Sejmowych z dnia 15.12.2010 r.*, s. 4: „[...] uzasadnione jest dodanie przepisu wyrażającego tzw. szczegółową klauzulę porządku publicznego, skierowaną przeciwko przepisom instytucjonalizującym związki osób tej samej płci”.

² Dz.U. nr 80, poz. 432.

małżeństwa na użytek norm kolizyjnych. Trzecia, ostatnia — odnosi się do idei „szczegółowych klauzul porządku publicznego”.

2. Cel i szczególny charakter norm kolizyjnych

Artykuł 48 nowej ustawy jest dokładnym powtórzeniem³ art. 14 ustawy z 1965 r. Podobne rozwiązanie (właściwość prawa ojczystego każdej ze stron) przyjęto także w większości⁴ ustaw o prawie prywatnym międzynarodowym innych państw⁵. Zasada oceny możliwości zawarcia małżeństwa przez prawo ojczyste danego nupturienta nie budziła dotąd żadnych zastrzeżeń przedstawicieli polskiej doktryny. Nikomu do tej pory nie przyszło do głowy, że ma ona cokolwiek wspólnego z „legalizacją” związków homoseksualnych. Podobnie nie twierdzono nigdy, że art. 14 ustawy z 1965 r. „legalizował” poligamię, chociaż wskazywał prawo właściwe do oceny możliwości zawarcia małżeństwa poligamicznego⁶. Oma-

³ Nie zmienia sensu przepisu dodanie zwrotu „z chwili zawarcia małżeństwa”. Taki sam subokreślnik temporalny był przyjmowany w drodze wykładni art. 14 ustawy z 1965 r. (Dz.U. nr 46, poz. 290 z późn. zm.).

⁴ Tak P. McEleavy: *Current Developments Private International Law*. „International and Comparative Law Quarterly” vol. 54, April 2005, s. 515. Właściwość prawa ojczystego przyjęto w większości państw europejskich, z wyjątkiem Szwajcarii, Holandii i Luksemburga.

⁵ Biorąc pod uwagę tylko ustawy wydane w ostatnich latach, można tu wymienić: § 17 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy austriackiej z 1978 r., art. 27 ustawy włoskiej z 1995 r., art. 46 zd. 1 ustawy belgijskiej z 2004 r., art. 34 ustawy słoweńskiej z 1999 r., art. 55 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy ukraińskiej z 2005 r., art. 18 zd. 1 ustawy rumuńskiej z 1992 r., art. 76 ust. 1 zd. 1 ustawy bułgarskiej z 2005 r., § 36 ust. 1 ustawy Koreańskiej Republiki Południowej z 2001 r., art. 13 ust. 1 tureckiego kodeksu prawa międzynarodowego prywatnego i procesowego z 2007 r. Właściwość prawa miejsca zamieszkania każdego z nupturientów przyjęto: w art. 21 ustawy Wenezueli z 1998 r., art. 3088 w zw. z art. 3083 k.c. Quebecu, § 56 ustawy estońskiej z 2002 r., natomiast właściwość prawa zwykłego pobytu każdego z przyszłych małżonków — w art. 48 w zw. z art. 30 k.c. Makao. Gdy chodzi o starsze ustawy o prawach prywatnych międzynarodowych, por. szczegółowe zestawienie K. Pietrzykowskiego: *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1985, s. 22 i nast.

⁶ Por. orzeczenia SN omawiane przez: K. Pietrzykowskiego: *Zawarcie...*, s. 55 i nast., M. Pazdana: *Prawo prywatne międzynarodowe*. Wyd. 13. Warszawa 2010, s. 239, przyp. 6 i 11; A. Mączyńskiego: *Działanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa z cudzoziemcem*. W: *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci profesora Jerzego Jodłowskiego*. Red. E. Łętowska. Wrocław 1989, s. 161 i nast. Por. także glosy: M. Tomaszewskiego (do orzec. SN z 26.08.1974 r., I CR 608/74. OSP 1976, nr 7—8, poz. 141) oraz J. Jakubowskiego (do

wianego rozwiązania nie kwestionowano także w odniesieniu do innych materialnych przesłanek ważności małżeństwa (np. możliwości zawarcia małżeństwa kazirodczego albo małżeństwa pomiędzy dziećmi)⁷. Zarzutu „legalizacji” obcych rozwiązań merytorycznych nie zgłaszano również pod adresem żadnych innych norm kolizyjnych, chociaż zdarzało się, że wskazane nimi prawo przewidywało regulacje budzące nasze zdziwienie lub odrazę.

Normy prawa prywatnego międzynarodowego mają bowiem szczególny charakter, odmienny od przepisów prawa merytorycznego. Wskazują jedynie prawo właściwe dla określonych sytuacji lub stosunków społecznych. Wskazanie to — określane mianem „skoku w ciemność”⁸ — nie zależy od treści przepisów merytorycznych potencjalnie właściwych systemów prawnych. Normy kolizyjne są aksjologicznie neutralne, obojętne na wartości i racje, od których zależy kształt prawa merytorycznego (w tym rodzinnego) poszczególnych państw. Nie ponoszą — przynajmniej zasadniczo — „współodpowiedzialności” za poszukiwanie sprawiedliwych i rozsądnych rozwiązań merytorycznych. Ciężar ten spoczywa niemal wyłącznie na normach prawa merytorycznego wskazanego jako właściwe. W prawie prywatnym międzynarodowym wielu państw obecna jest wprawdzie dyskusja na temat kierunków jego rozwoju, w tym zwłaszcza kwestii, czy może ono, i czy powinno, stopniowo odchodzić od tradycyjnego modelu czysto mechanicznego regulatora konfliktów praw w przestrzeni⁹. Co więcej, w różnych aktach prawa kolizyjnego (ustawach krajowych, rozporządzeniach unijnych lub konwencjach) pojawiają się szczegółowe rozwiązania uzależniające decyzję co do prawa właściwego od treści przepisów zaangażowanych porządków prawnych. Dopuszcza się je jednak na zasadzie wyjątków, w przypadkach szczególnie uzasadnionych. Ciągłe zdecydowanie przeważa tradycyjne podejście do zadań i kształtu prawa prywatnego międzynarodowego¹⁰.

uchwały SN z 22.06.1972 r., III CZP 34/72. „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 1974, z. 4, s. 166).

⁷ Na temat przeszkód do zawarcia małżeństwa por. w szczególności K. Pietrzykowski: *Zawarcie...*, s. 32 i nast. oraz cytowana tam literatura.

⁸ Tak L. Raape: *Internationales Privatrecht*. 5 Aufl. Berlin 1961, s. 90, cyt. w: M. Martinek, J. Poczubut: *Doświadczenia Niemiec i Szwajcarii w kodyfikacji prawa prywatnego międzynarodowego*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2003, z. 4, s. 745.

⁹ Por. w tej kwestii M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy w kolizjonistyce Stanów Zjednoczonych i ich wpływ na naukę europejską*. KPP 1995, z. 2, s. 181 i nast. oraz tam cytowaną literaturę.

¹⁰ Przeciwna metoda rozwiązywania kolizji, określana mianem analizy funkcjonalnej, przeważa natomiast w prawie kolizyjnym Stanów Zjednoczonych (por. M.A. Zachariasiewicz: *Nowe prądy...*, s. 181 i nast.).

Celem prawa kolizyjnego jest wyłącznie wskazanie prawa właściwego dla ujętych abstrakcyjnie sytuacji określonego typu. Wskazanie to nie pociąga za sobą ani inkorporacji przepisów obcego prawa do naszego systemu prawnego, ani żadnej innej formy ich materialnoprawnej akceptacji. Prawo obce — stosowane przez polski organ orzekający — pozostaje nadal prawem obcym. Nie może zatem podlegać takiej ocenie z punktu widzenia zgodności z polską Konstytucją, jaka ma miejsce w odniesieniu do polskiego prawa merytorycznego. W grę mogą wejść natomiast szczególne instytucje prawa prywatnego międzynarodowego mające na celu ochronę podstawowych zasad własnego porządku prawnego. Chodzi tu zwłaszcza o tzw. klauzulę porządku publicznego, pozwalającą na odmowę zastosowania prawa obcego wskazanego jako właściwe, jeżeli jego zastosowanie zrodziłoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (art. 6 ustawy z 1965 r., art. 7 nowej ustawy z 2011 r.).

Podstawowym założeniem decydującym o kształcie prawa prywatnego międzynarodowego jest poszanowanie zróżnicowanej struktury otaczającego nas świata. Jego normy muszą ułatwiać współpracę między narodami. Prawa wszystkich państw, bez względu na wielkość, system polityczny, poprawne relacje na arenie międzynarodowej, przynależność do kręgu „krajów cywilizowanych” (cokolwiek określenie to oznacza) itd., traktowane są równorzędnie. Nie ma porządków prawnych „lepszyc” lub „gorszych”, a własne prawo nie może być uprzywilejowane. Stosowanie własnego prawa tylko dlatego, że oceny dokonuje organ naszego państwa (sąd, notariusz, urzędnik stanu cywilnego) stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami, na których prawo prywatne międzynarodowe jest oparte. Sytuacje lub stosunki społeczne należy poddawać systemowi prawnemu, który pozostaje z nimi w najściślejszym związku, stanowiąc ich naturalną „siedzibę”. Ewentualne odstępstwa od tej zasady na rzecz właściwości własnego prawa powinny być traktowane jako zupełne wyjątki.

3. Definicja „małżeństwa” na użytek norm kolizyjnych

Normy prawa prywatnego międzynarodowego rozstrzygają kolizje między systemami prawnymi różnych państw, potencjalnie — wszystkich państw świata. Obejmują zatem swym zakresem — choć tylko w celu wskazania prawa właściwego — rozmaite sytuacje życiowe występujące

w różnych, także egzotycznych, systemach prawnych. Pojęciom zawartym w zakresach tych norm trzeba więc nadawać odpowiednio „pojemne” znaczenie. Nie są one, i nie mogą być, dokładnymi odpowiednikami pojęć występujących we własnym prawie merytorycznym. „Małżeństwa” z art. 48—54 ustawy o p.p.m. nie wolno sprowadzać do sposobu rozumienia tej instytucji w polskim prawie merytorycznym.

Wykładnia pojęć występujących w zakresie normy kolizyjnej, dokonywana w celu stwierdzenia, czy dana sytuacja życiowa (stan faktyczny) może być podporządkowana zakresowi tej normy kolizyjnej, w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego nosi nazwę „kwalifikacji pojęć”¹¹. Zagadnienie to, sporne i skomplikowane, trudno jest uregulować za pomocą prostych regułek lub wskazań. Nie jest nawet łatwo dokonać wyboru konkretnej metody kwalifikacji, która byłaby przydatna we wszystkich przypadkach. Za najtrafniejszą uważa się na ogół¹² (gdy chodzi o normy dwustronne, neutralnie określające prawo właściwe) metodę kwalifikacji funkcjonalnej¹³, zwaną także kwalifikacją według kolizyjnej *legis fori*¹⁴, a niekiedy po prostu kwalifikacją autonomiczną¹⁵, zgodnie z którą o sposobie rozumienia wyrażen zakresu decydować powinien cel danej normy kolizyjnej, w tym zwłaszcza jej funkcja „rozgraniczająca”, a nie znaczenie nadawane tym wyrażeniom w jakimkolwiek (własnym czy obcym) prawie merytorycznym.

Z powodów, o których mowa, unika się na ogół zamieszczania w ustawach o prawie prywatnym międzynarodowym różnych państw „definicji kwalifikacyjnych”, które przesądzałyby raz na zawsze sposób rozumienia określonych pojęć. Pojawiają się natomiast przepisy, w których ustawodawcy kolizyjni wyszczególniają — tytułem przykładów — kwestie należące do zakresu danej normy kolizyjnej¹⁶ albo w inny sposób za pomocą określeń opisowych rozgraniczają zakresy zastosowania dwóch lub kilku norm kolizyjnych. Zestawienia te lub określenia nie zmierzają jednak do narzucenia prawa kolizyjnego pojęć lub konstrukcji przyjmowanych we

¹¹ Por. bliżej M. Pazdan: *Prawo...*, s. 56 i nast.

¹² Por. *ibidem*, s. 59.

¹³ Nazwanej tak przez K. Przybyłowskiego: *Prawo prywatne międzynarodowe. Część ogólna*. Lwów 1935, s. 104.

¹⁴ Nazwę tę w doktrynie polskiej zaproponował M. Pazdan: *Prawo...*, s. 59. W literaturze obcej (zwłaszcza angielskiej) metoda ta bywa określana mianem kwalifikacji wedle *legis fori*, co sprawia, że bywa mylona z metodą wykładni wedle własnego prawa merytorycznego.

¹⁵ W taki sposób określa się np. zalecaną metodę wykładni wielu pojęć w rozporządzeniach unijnych. Por. wszakże M. Pazdan: *Prawo...*, s. 58—59 na temat różnicy między kwalifikacją autonomiczną a kwalifikacją wedle kolizyjnej *legis fori*.

¹⁶ W nowej ustawie o p.p.m. z 4 lutego 2011 r. znalazł się art. 17 ust. 3, w którym wyszczególniono zagadnienia należące do statutu personalnego osób prawnych.

własnym prawie merytorycznym. Wręcz odwrotnie, tworzone są w duchu założeń kwalifikacji autonomicznej i polegają na wskazaniu podstawowych cech charakteryzujących określone instytucje czy konstrukcje w prawach merytorycznych wielu różnych państw.

Przykładem takiej definicji kwalifikacyjnej rozgraniczającej zakresy działania różnych norm kolizyjnych jest opisowe określenie „stosunków partnerskich”, zawarte w art. 58 belgijskiego kodeksu prawa prywatnego międzynarodowego z dnia 16 lipca 2004 r.: „Dla celów niniejszej ustawy termin »stosunek wspólnego pożycia« odnosi się do sytuacji wspólnego pożycia, która wymaga rejestracji przez organ władzy publicznej, ale nie rodzi więzi porównywalnej z małżeństwem”. Ma ono na celu kolizyjnoprawne rozróżnienie związków partnerskich „instytucjonalnych” (przypominających małżeństwo), związków rejestrowanych „typu kontraktowego”¹⁷ oraz umownych więzi partnerskich nierejestrowanych. Pierwsze podlegać będą (w celu wskazania prawa właściwego) normom kolizyjnym dotyczącym małżeństwa¹⁸, dla drugich stworzono osobną normę kolizyjną (art. 60 ustawy), posługującą się łącznikiem pierwszej rejestracji, natomiast zakwalifikowanie więzi partnerskich nierejestrowanych do zakresu odpowiedniej normy kolizyjnej zależeć zapewne będzie od ich charakteru i treści umowy pomiędzy partnerami. Miarodajne mogą się tu okazać normy kolizyjne dotyczące kontraktów, stosunków prawnorzeczowych, spadkowych, stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi, opieki lub przysposobienia, czy nawet normy określające statut personalny osób prawnych.

Warto jednak podkreślić, że ustawodawca belgijski (podobnie zresztą, jak i inni ustawodawcy kolizyjni) nie pokusił się o stworzenie definicji „małżeństwa”. O tym bowiem, jaki związek zostaje podniesiony do rangi „małżeństwa”, decydują wyłącznie prawa merytoryczne poszczególnych państw, natomiast rola normy kolizyjnej ogranicza się do wskazania, które z nich należy uznać za właściwe. Z tych samych zapewne powodów nie znajdujemy definicji małżeństwa w ujednoliconych normach kolizyjnych. Nie ma jej w konwencjach haskich z dnia 14 marca 1978 r.: konwencji o prawie właściwym dla małżeńskich ustrojów majątkowych

¹⁷ O charakterze związku, ocenianego w świetle prawa miejsca rejestracji, zadecydują jego cechy: skutki, jakie rodzi, w tym wpływ na stan cywilny, skutki majątkowe czy łatwość rozwiązania. Rozróżnienie, o którym mowa, będzie źródłem licznych kłopotów (P. McEleavy: *Current Developments...*, s. 517).

¹⁸ Obejmują one związki partnerskie typu skandynawskiego (P. McEleavy: *Current Developments...*, s. 516). W prawie belgijskim do zakresów norm kolizyjnych dotyczących małżeństwa tradycyjnie zaliczano wszelkie formy małżeństw, w tym: poligamiczne, pośmiertne lub retroaktywne, a obecnie — także małżeństwa homoseksualne (ibidem).

oraz w konwencji o zawieraniu i uznawaniu ważności małżeństw¹⁹, nie ma jej także w rozporządzeniu UE Nr 1259/2010 o prawie właściwym dla rozvodu i separacji²⁰, ani w projekcie rozporządzenia UE dotyczącego reżimów majątkowych małżeńskich²¹.

Wszelkie próby narzucenia zunifikowanej definicji małżeństwa byłyby sprzeczne z art. 9 Karty praw podstawowych UE²² i z podobnie brzmiącym art. 12 Konwencji Praw Człowieka²³. Oba przepisy chronią prawo do zawarcia małżeństwa w zgodzie z prawami krajowymi. Chodzi tu oczywiście o krajowe prawa merytoryczne. Oznacza to, że prawo ujednolicone (konwencje, prawo europejskie) nie może narzucić poszczególnym krajom sposobu definiowania małżeństwa. Oznacza to jednak również, że jeden kraj nie może narzucać drugiemu swojego stanowiska w tej kwestii. Nie powinien tego czynić ani bezpośrednio, ani pośrednio, przez wymuszanie „uznania” ważności zawartych na jego obszarze małżeństw (stwierdzenie to można odnieść także do związków partnerskich). Polski ustawodawca może zatem decydować o tym, jakie związki będą zawierane w polskich urzędach stanu cywilnego (lub w polskich urzędach konsularnych), nie powinien jednak ingerować w przeciwnie decyzje ustawodawców innych państw.

Podobny sposób rozumienia art. 12 Konwencji Praw Człowieka potwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu *Schalk und Kopf v. Austria*²⁴. Idea europejskiego konsensu w omawianej sprawie wymaga, zdaniem Trybunału, objęcia zakresem ochrony również małżeństw homoseksualnych (prawo kobiet i mężczyzn do zawierania małżeństw to także prawo zawarcia małżeństwa kobiety z kobietą albo

¹⁹ W rozdz. II konwencji dotyczącym uznawania ważności małżeństw wyłączono spod zakresu jej działania małżeństwa zawierane na pokładzie statków morskich i powietrznych albo przez pełnomocnika, małżeństwa pośmiertne i nieformalne (art. 8 konwencji). Ograniczenia te nie dotyczą norm kolizyjnych wskazujących prawo właściwe dla formy zawarcia małżeństwa, zamieszczonych w rozdz. I konwencji.

²⁰ Rozporządzenie Rady (UE) Nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozvodu i separacji prawnej. Dz. Urz. UE 2010 L 343/10. Rozporządzenie nie wiąże Polski.

²¹ Projekt rozporządzenia Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych z dnia 16 marca 2011. KOM (2011) 127/2.

²² „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw” (art. 9 Karty).

²³ „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa” (art. 12 Konwencji).

²⁴ Sprawa nr 30141/04, wyrok z dnia 24 czerwca 2010 r., dotycząca skargi pary gejów przeciwko Austrii o brak przepisów dopuszczających zawarcie małżeństwa homoseksualnego.

mężczyzny z mężczyzną), pod warunkiem, że dopuszcza je prawo danego państwa. O sposobie rozumienia małżeństwa decydują bowiem wyłącznie prawa krajowe. Zależy to od tradycji, kultury i aktualnych przekonań społeczeństwa w danym państwie.

Definiując małżeństwo jako „związek mężczyzny i kobiety”, autorzy projektu poprawki z art. 54 a zmierzali do wyłączenia małżeństw homoseksualnych spod zakresu działania art. 48—54 ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym. W ten sposób stworzyliby jednak lukę, którą w jakiś sposób trzeba byłoby wypełnić. Prawo kolizyjne musi być bowiem „zupełne”²⁵, zdolne do wskazania prawa właściwego dla każdego stanu faktycznego lub sytuacji życiowej, w tym także do oceny możliwości zawarcia, formy, unieważnienia, stosunków osobistych i majątkowych oraz rozvodu w odniesieniu do małżeństw homoseksualnych. W przeciwnym przypadku brak byłoby podstawy do stwierdzenia, że obywatel polski nie ma „możliwości” zawarcia takiego małżeństwa. Niemożliwe okazałoby się również stwierdzenie jego nieważności lub nieistnienia, ponieważ dotyczący tych kwestii art. 50 ustawy nie mógłby w ogóle znaleźć zastosowania do małżeństw osób tej samej płci.

Zamiar ograniczenia zakresu art. 48—54 ustawy wyłącznie do małżeństw heteroseksualnych („Małżeństwem w rozumieniu niniejszej ustawy jest tylko związek kobiety i mężczyzny”) pozostawał ponadto w sprzeczności ze zdaniem drugim poprawki, w którym zakazano stosowania przepisów prawa właściwego o związkach osób tej samej płci („Nie stosuje się przepisów prawa obcego, regulujących związki pomiędzy osobami tej samej płci”). Oba zdania poprawki wzajemnie się wykluczały. Wyłączenie określonych przepisów prawa wskazanego jako właściwe ma bowiem sens tylko wtedy, gdy prawo to wskazują właśnie te normy kolizyjne, do których wyłączenie takie zostaje przypisane. Jeżeli nie wolno nam stosować art. 48—54 ustawy do małżeństw homoseksualnych, to wyłączenie ze zdania drugiego poprawki staje się bezprzedmiotowe. Z kolei podporządkowanie małżeństw osób tej samej płci do zakresów innych norm kolizyjnych uwolni je automatycznie od wyłączenia, które towarzyszy tylko art. 48—54 ustawy. Dodanie wyłączenia, o którym mowa, do art. 48—54 wskazuje zatem, że właśnie zakresom tych norm kolizyjnych podlegają małżeństwa homoseksualne. Ściśle rzecz biorąc — powinniśmy im poddać także inne niż małżeństwo związki osób tej samej płci, skoro także o nich mowa w zdaniu drugim poprawki.

²⁵ M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*. PiP 2011, z. 2, s. 85: „Jednym z fundamentalnych założeń regulacji kolizyjnej jest jej zupełność”.

Wprowadzenie do ustawy definicji małżeństwa, połączonej na dodatek z zakazem stosowania przepisów prawa właściwego regulujących związki osób tej samej płci, stworzyłoby zatem zamęt, stając się źródłem trudnych do rozwikłania wątpliwości interpretacyjnych.

Jak starałam się wykazać powyżej, proponowana poprawka byłaby martwa, skoro przepisy zawarte w zdaniu pierwszym i drugim wzajemnie się wykluczają. Można jednak twierdzić, przywiązując znaczenie do występującego w zdaniu drugim zwrotu: „związki osób tej samej płci”, że poprawka miała dotyczyć wszelkich związków homoseksualnych, i że oparto ją na założeniu, iż zakresy art. 48—54 miały obejmować także inne związki niż małżeństwa. Wyraźne wyłączenie z tych zakresów małżeństw homoseksualnych (przez dodanie definicji małżeństwa) sprawiłoby, że przewidziany w zdaniu drugim zakaz stosowania przepisów prawa właściwego zachowałby swą aktualność jedynie w odniesieniu do pozostałych związków. Jest to przykład interpretacji *ad absurdum*. Ujawnia on jednak niski poziom legislacyjny propozycji.

Ostatecznie można rozważać jeszcze jeden sposób interpretacji art. 54 a, wedle którego oba zdania poprawki nie pozostawałyby z sobą w żadnym związku. Ze zdania pierwszego miało wynikać, że należy poszukiwać innych niż art. 48—54 norm kolizyjnych do oceny możliwości zawarcia, formy, unieważnienia, stosunków osobistych i majątkowych oraz rozwodu w odniesieniu do małżeństw homoseksualnych. Natomiast zakaz, o którym mowa w zdaniu drugim, powinien znaleźć zastosowanie bez względu na to, które normy kolizyjne ustawy wskazałyby prawo właściwe. Przedstawiony sposób interpretacji odzwierciedlałby, jak sądzę, intencje autorów poprawki. Problem polega jednak na tym, że odbiegłby on, i to znacznie, od treści przepisów, o których mowa. Byłaby to interpretacja zbyt dowolna.

I wreszcie, będąca następstwem wyłączenia małżeństw homoseksualnych spod zakresów art. 48—54 konieczność poszukiwania dla nich innych norm kolizyjnych wydaje się dziwaczna (żeby nie powiedzieć śmieszna), także z tego względu, że w zakresach art. 48—54 z powodzeniem mieszczą się małżeństwa poligamiczne, kazirodczne, małżeństwa dzieci albo małżeństwa pośmiertne, zawarte na czas oznaczony albo małżeństwa nieformalne, zawarte w formie zwyczajowej lub religijnej. Trudno zgadnąć, dlaczego akurat małżeństwa homoseksualne miałyby zostać „zaszczycone” poszukiwaniem dla nich osobnych norm kolizyjnych. Nie wiadomo też, czy konieczność poszukiwania „zastępczych” norm kolizyjnych miałyby mieć miejsce jedynie w odniesieniu do kwestii należących do zakresów art. 48—54 ustawy. Poprawka została bowiem usytuowana (jako art. 54 a) na końcu rozdziału poświęconego „sprawom małżeńskim”, zawarta w niej definicja małżeństwa miałyby być jednak aktualna dla

całej ustawy²⁶. Być może więc zabieg szukania „zastępczych” norm kolizyjnych miałby dotyczyć wszystkich sytuacji lub stosunków odnoszących się do małżeństw homoseksualnych (a więc także dziedziczenia, wspólnej adopcji, opieki, nazwiska, wpływu na stan cywilny, stosunków filialnych z dzieckiem drugiego małżonka itd.).

Zakazując stosowania norm kolizyjnych ustawy do sytuacji lub stosunków odnoszących się do małżeństw osób tej samej płci, autorzy poprawki nie pokusili się o wskazanie stosownych przepisów „zastępczych”. Zdaniem niektórych uczestników dyskusji sejmowych lub senackich, zaniechanie to było celowe, powstała w ten sposób luka miała bowiem stworzyć szansę ignorowania trafiających do sądu spraw z udziałem małżonków homoseksualnych²⁷. Zdaniem innych²⁸, zdefiniowanie pojęcia małżeństwa²⁹ na użytek art. 48 nowej ustawy „nie zamykałoby [...] definitywnie drogi do rozstrzygania spraw dotyczących związków osób tej samej płci. Rzecz jednak nie w tym, na podstawie jakich przepisów będzie możliwe w ogóle rozstrzyganie problematyki dotyczącej związków osób tej samej płci, ale w tym, na jakiej zasadzie nie należy rozstrzygać tych spraw. Otóż jeżeli dąży się do poszanowania Konstytucji, [...] należy tak sformułować treść art. 48 nowej ustawy, aby nie stanowił on bezpośrednio podstawy do rozstrzygania spraw dotyczących związków osób tej samej płci, ponieważ nie są one małżeństwem”. To, „że przepisy art. 48—54 nowej ustawy nie znajdują tutaj bezpośredniego zastosowania, [...] nie zamyka drogi do stosowania bardziej zawiłych metod wykładni”, na przykład [...] „wykładni wskazującej *ad casum* funkcjonalne podobieństwo do niektórych szczegółowych kwestii uregulowanych w nowej ustawie”. „Chodzi więc tutaj o potwierdzenie [...] zasady, że przepisy polskiego prawa kolizyjnego dotyczące spraw małżeńskich odnoszą się bezpośrednio tylko do spraw związanych ze sto-

²⁶ „Małżeństwem w rozumieniu **niniejszej ustawy** jest tylko związek mężczyzny i kobiety” (zdanie pierwsze poprawki).

²⁷ Por. np. opisane poniżej orzeczenie w sprawie *Christiansen v. Christiansen* o rozwiązanie małżeństwa homoseksualnego, zawartego w Kanadzie, między osobami zamieszkałymi w stanie Wyoming. Zdaniem *district court*, brak było jurysdykcji w sprawie z powodu braku przedmiotu sporu, ponieważ prawo stanu Wyoming definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Orzeczenie to skrytykował *Supreme Court*.

²⁸ Tak T. Sokołowski: *Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe* (druk senacki nr 1111), www.senat.gov.pl/k7/dok/opinia/2011/oe-168.pdf.

²⁹ T. Sokołowski zaproponował następujące brzmienie art. 48 ustawy o p.p.m.: „O możliwości zawarcia małżeństwa **przez kobietę i mężczyznę** rozstrzyga w stosunku do każdej z tych osób jej prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa”. Propozycję tę przyjęła Senacka Komisja Praw Człowieka.

sunkami prawnymi odpowiadającymi definicji małżeństwa znajdującej się w Konstytucji RP”³⁰.

Oba zaprezentowane stanowiska zdają się wynikać z niezrozumienia istoty prawa prywatnego międzynarodowego, przepisów o międzynarodowej jurysdykcji oraz podstawowych zasad, na jakich opiera się współżycie narodów. Wiara w to, że można — wyłączając spod zakresu normy kolizyjnej określone sytuacje — stworzyć sądowi podstawę do odmowy ich rozstrzygnięcia, jest — delikatnie rzecz ujmując — naiwna. Kompetencje sądów w dziedzinie stosunków cywilnoprawnych określają międzynarodowe lub krajowe przepisy jurysdykcyjne. Są one formułowane w taki sposób, aby zapewnić realizację zasady (podnoszonej powszechnie do rangi zasady konstytucyjnej) ochrony prawa osób do sądu. Odmowa rozstrzygnięcia sprawy przez sąd tylko dlatego, że dotyczy ona małżonków homoseksualistów stanowiłaby ponadto przypadek rażącej dyskryminacji. Jeżeli zaś przepisy jurysdykcyjne przewidują właściwość sądów polskich, a konkretna sprawa zostanie wniesiona do polskiego sądu, to sąd — zanim przystąpi do jej rozstrzygnięcia — musi (z urzędu) określić dla niej prawo właściwe. Musi zatem dysponować miarodajnym instrumentem kolizyjnym³¹.

Wyrazem nieporozumień są również tezy zaprezentowane przez T. Sokołowskiego. Normy kolizyjne nie „rozstrzygają” — bezpośrednio czy też pośrednio — problematyki dotyczącej związków osób tej samej płci. Wskazują jedynie prawo właściwe dla określonych, ujętych abstrakcyjnie, sytuacji życiowych. Swym zakresem działania obejmują jednak wszelkie możliwe stany faktyczne i sytuacje. Sposób ich działania³² nie zależy od tego, czy kwestie, dla których wskazują prawo właściwe, znane są polskiemu prawu merytorycznemu. Pomysł, że mogą się one odnosić bezpośrednio wyłącznie do takich stosunków prawnych, które „odpowiadają” definicjom zawartym we własnej konstytucji, przekreśla sens całego prawa prywatnego międzynarodowego. Oznacza zamiar „narrzucenia” własnego porządku konstytucyjnego całemu światu. Sprawia też, że pozbawiamy się możliwości wskazania prawa właściwego dla sytuacji niemieszczących się w owym porządku. Pomysł taki miałby rację bytu, gdyby prawo kolizyjne składało się wyłącznie z norm jednostronnych, określających zakres działania prawa polskiego. Jeżeli jednak ma

³⁰ Tak T. Sokołowski: *Opinia...*, pkt VI, s. 5.

³¹ Por. K. Bagan-Kurluta: *Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe* (druk senacki nr 1111), www.senat.gov.pl/k7/dok/opinia/2011/oe-168.pdf: „[...] nie można ograniczać zastosowania norm kolizyjnych jedynie do instytucji znanych naszemu prawu, [...] oznaczałoby to pozbawienie znacznej grupy osób prawa do sądu” (pkt 10 opinii).

³² Stwierdzenie to nie dotyczy tzw. norm jednostronnych.

ono rozstrzygać kolizje pomiędzy systemami prawnymi przez neutralne wskazanie prawa właściwego (własnego lub obcego), to aparat pojęciowy służący do określenia zakresów norm powinien być dostosowany do porządków prawnych wszystkich państw. A co najmniej musi być on odezwany od własnych pojęć i definicji, nawet gdyby miały one rangę konstytucyjną.

Zadziwia także teza, jakoby normy kolizyjne mogły być stosowane „bezpośrednio” wyłącznie do sytuacji mających swoje odpowiedniki w definicjach polskiej Konstytucji, natomiast w pozostałym zakresie trzeba „sięgnąć do zawitych metod wykładni” opartych na ich „funkcjonalnym podobieństwie”. Nie wiadomo również, na czym miałyby polegać owe „zawite metody”, i czy „funkcjonalne podobieństwo” oznacza nakaz tworzenia *per analogiam* niepisanych norm kolizyjnych dla sytuacji podobnych, czy też po prostu chodzi tu o odwołanie się do metody funkcjonalnej kwalifikacji pojęć.

Zaskakująco brzmi wreszcie stwierdzenie, jakoby istotą rzeczy nie było poszukiwanie miarodajnej dla danej sytuacji normy kolizyjnej. Czym w takim razie, jeżeli nie wskazywaniem prawa właściwego dla danego stosunku lub sytuacji za pomocą konkretnej normy kolizyjnej, zajmuje się prawo prywatne międzynarodowe?

Uzupełnienie art. 48 nowej ustawy o definicję małżeństwa zaproponował także L. Wiśniewski³³. Stosowny przepis miał uzyskać następujące brzmienie: „[...] na terytorium Polski za małżeństwo uznaje się wyłącznie zalegalizowany zgodnie z prawem ojczystym małżonków związek jednej kobiety pełnoletniej z jednym pełnoletnim mężczyzną za obopólną zgodą małżonków”. Brak takiego zastrzeżenia oznaczałby, zdaniem L. Wiśniewskiego, że respektujemy małżeństwa homoseksualne, poligamiczne, nieletnich lub „inne zgodne z prawem ojczystym małżonków”³⁴. Autor propozycji godzi się zatem na jakieś (bliżej nieokreślone) uwzględnienie prawa ojczystego nupturientów, pod warunkiem jednak, że zostaną spełnione warunki przewidziane przez prawo polskie.

Trudno o przepis budzący więcej wątpliwości interpretacyjnych niż zaproponowane uzupełnienie. Nie wiadomo, czy ma to być norma kolizyjna przewidująca do oceny możliwości zawarcia małżeństwa kumulatywną właściwość praw ojczystych nupturientów i prawa polskiego, z którego

³³ L. Wiśniewski: *Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe* (druk senacki nr 1111), www.senat.gov.pl/k7/dok/opinia/2011/oe-168.pdf.

³⁴ Ibidem, s. 1.

definicja małżeństwa jest zaczerpnięta³⁵, czy też chodzi raczej o odwołanie się do jakiegoś systemu „uznawania” w Polsce małżeństw zawartych za granicą i „zalegalizowanych zgodnie z prawem ojczystym małżonków”. Nie jest także jasne, na czym owo „zalegalizowanie”³⁶ miałyby polegać, i czego miałyby dotyczyć „zgodność” z prawem ojczystym. Trudno zgadnąć, czy autorowi propozycji chodzi o spełnienie materialnych przesłanek ważności małżeństwa przewidzianych przez prawo ojczyste (przez jedno wspólne czy też kumulatywnie przez oba prawa ojczyste) nupturientów, o zachowanie wymagań dotyczących formy zawarcia, czy może o sam fakt zawarcia małżeństwa albo tylko o jego wpis do ksiąg stanu cywilnego w krajach ojczystych obu nupturientów.

Na ile można odgadywać intencję autora cytowanego przepisu, pragnie on zapewne zapobiec ewentualnej konieczności „uznawania” w Polsce małżeństw homoseksualnych zawartych za granicą. Nie bardzo jednak wiadomo, na czym owo „uznanie” miałyby polegać. Termin ten tradycyjnie dotyczy uznawania orzeczeń obcych organów orzekających oraz mocy dowodowej dokumentów urzędowych³⁷. Nie przewiduje się natomiast powszechnego i systemowego „uznawania” stosunków prawnych lub sytuacji powstałych pod rządami innego prawa, ani w znaczeniu gwarancji przeniesienia ich w tym samym kształcie na „teren” państwa, w którym takie uznanie miałyby nastąpić, ani w znaczeniu akceptacji przez to państwo skutków prawnych w postaci nadanej im przez prawo państwa „pochodzenia” stosunku lub sytuacji³⁸. Aktualna metoda koli-

³⁵ L. Wiśniewski w definicji wywiedzionej z prawa polskiego pomija możliwość zawarcia małżeństwa przez kobietę niepełnoletnią, która ukończyła 16 lat (art. 10 § 1 polskiego k.r.o.), zajmując stanowisko bardziej pryncypialne niż polski ustawodawca.

³⁶ Termin „legalizacja” dotyczy aktów i dokumentów, i oznacza czynność formalną, polegającą na poświadczeniu wiarygodności podpisu, funkcji osoby składającej taki podpis oraz autentyczności pieczęci lub stempla, jakim akt lub dokument jest opatrzony (tak np.: art. 1 konwencji nr 17 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego (CIEC) w sprawie zwolnienia od legalizacji niektórych aktów i dokumentów, sporządzonej w Atenach w 1977 r. Dz.U. 2003, nr 148, poz. 1446).

³⁷ Por. np. projekt rozporządzenia Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych z 16 marca 2011 r. KOM (2011) 127/2, w którym przewidziano uznawanie orzeczeń, dokumentów urzędowych i umów majątkowych małżeńskich zawartych w innym kraju członkowskim lub dokumentów potwierdzających zniesienie ustroju majątkowego. Wedle art. 32 ust. 2 projektu rozporządzenia, uznanie dokumentów urzędowych powoduje, że uzyskują one moc dowodową w zakresie ich treści, oraz że przysługują im zwykle domniemanie ważności. Tak samo brzmi art. 28 projektu rozporządzenia Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich (KOM (2011) 127).

³⁸ Por. na ten temat: A. Dorabalska: *Uznanie stosunku prawnego powstałego za granicą*. PiP 2012, z. 4, s. 54 i nast.; Eadem: *Między normą kolizyjną a instytucją zna-*

zyjna, przyjmowana w większości państw świata, polega po prostu na ocenie tych stosunków lub sytuacji wedle prawa wskazanego dla nich jako właściwe przez nasze własne normy kolizyjne. Nierzadko prawem tym będzie prawo innego państwa niż państwo ich „pochodzenia” (o ile to ostatnie można w ogóle ustalić). Zdarza się również, że poszczególne aspekty danego stosunku będą podlegać różnym prawom właściwym. Sytuacja taka ma właśnie miejsce w przypadku małżeństwa. Różne normy kolizyjne (art. 48—54 ustawy) wskazują prawo właściwe do oceny dopuszczalności zawarcia, formy, unieważnienia, stosunków majątkowych i osobistych oraz do rozwiązania małżeństwa. Ewentualny system „uznawania” małżeństw w znaczeniu akceptacji stosunku prawnego bądź jego określonych skutków w takim kształcie, jaki małżeństwu bądź jego skutkom nadało prawo państwa „pochodzenia”, bez względu na treść własnych norm kolizyjnych i prawo wskazane przez nie jako właściwe, stanowiłby odmienną metodę rozstrzygania kolizji, pozostającą w sprzeczności z aktualną metodą „lokalizacji” ocenianej sytuacji lub stosunku („poszukiwania jego siedziby”; „prawa najściślej z nim związanego”). Trudno jest obie metody połączyć w jeden logiczny i precyzyjnie działający mechanizm kolizyjny.

Przykładem takiego połączenia jest rozwiązanie przyjęte w konwencji haskiej o zawieraniu i uznawaniu ważności małżeństw z 14 marca 1978 r.³⁹ Konwencja określa prawo właściwe dla formy zawarcia małżeństwa, a także przewiduje uznanie ważności małżeństwa we wszystkich krajach konwencyjnych, jeżeli jest ono ważne w kraju miejsca jego zawarcia (art. 9 konwencji). Państwo konwencyjne może jednak odmówić uznania ważności małżeństwa, jeżeli — w chwili jego zawarcia — jeden z małżonków pozostawał już w związku małżeńskim, małżonkowie byli związani węzłem przysposobienia albo pokrewieństwa w linii prostej lub byli rodzeństwem, małżonek nie osiągnął przepisanego wieku, z powodu niedorozwoju nie miał zdolności do wyrażenia zgody, nie zło-

nia — nazwisko w orzecznictwie TS. „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 3 (marzec), s. 22 i nast.; M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 90—92; Idem: *Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. — Prawo prywatne międzynarodowe* (druk senacki nr 1111), www.senat.gov.pl/k7/dok/opinia/2011/oe-168.pdf, s. 5; Idem: *Die Anerkennung der quasi-ehelichen Verhältnisse in Polen aus der collisions- und europarechtlichen Perspektive*. „Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht. European Community Private Law Review. Revue de droit privé communautaire” (GPR) 2011, 4, s. 201 i nast.

³⁹ Nie weszły natomiast w życie podobne projekty konwencji opracowanych pod auspicjami Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego (CIEC): Konwencji nr 31 z 2005 r. o uznawaniu nazwisk oraz Konwencji nr 32 z 2007 r. o uznawaniu rejestrowanych związków małżeńskich.

zył swobodnego oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, albo z innych przyczyn uznanie małżeństwa byłoby oczywiście niezgodne z porządkiem prawnym państwa uznania (art. 11 i 14 konwencji). Konwencja weszła wprawdzie w życie 1 maja 1991 r., ale została ratyfikowana jedynie przez trzy państwa: Australię, Luksemburg i Holandię. Podpisały ją także, choć nie ratyfikowały: Egipt, Finlandia i Portugalia. Powodem niewielkiego zainteresowania konwencją były słabości przyjętego w niej rozwiązania: sprzeczność tradycyjnej metody kolizyjnej z metodą „uznawania” stosunków prawnych⁴⁰ oraz niejasności związane z pojęciem „uznanie ważności” małżeństwa⁴¹. Niemniej jednak przepisy konwencji stały się źródłem wątpliwości interpretacyjnych od kiedy w Holandii dopuszczono (1 kwietnia 2001 r.) małżeństwa osób tej samej płci. Skłoniły one nawet Parlament Australii do wprowadzenia do własnego prawa merytorycznego (*Marriage Act*, 1961) przepisu definiującego małżeństwo jako „związek mężczyzny i kobiety, zawarty dobrowolnie na całe życie”⁴², w nadziei, że uzasadni to ewentualną odmowę uznania ważności małżeństw homoseksualnych jako sprzecznych z australijskim *ordre public*.

Inspiracji dla metody „uznawania” małżeństw zawartych za granicą można poszukiwać w prawach Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, które wykształciły tzw. *comity-based marriage-recognition rule*⁴³.

⁴⁰ „Uznanie za ważne” małżeństwa zawartego w kraju miejsca zawarcia w istocie rzeczy oznacza zgodę na ocenę przez to prawo przesłanek formalnych, natomiast ocena materialnych przesłanek jego ważności będzie należeć do prawa wskazanego odpowiednią normą lub normami kolizyjnymi *legis loci celebrationis* (które wyprą w tym zakresie własne normy kolizyjne, co stanowi swoiste „odesłanie”). Wyniki zastosowania wskazanego w ten sposób prawa są jednak korygowane przez konwencyjne (ujednolicone) normy merytoryczne dotyczące materialnej ważności małżeństwa. Uznajemy zatem małżeństwa obce, ale tylko pod warunkiem, że są zgodne z naszymi (tu: konwencyjnymi) przesłankami ich zawarcia. Metoda nie zapewnia wewnętrznej harmonii rozstrzygnięć, przesłanki ważności materialnej małżeństw zawieranych we własnym kraju będą bowiem podlegały prawu wskazanemu własnymi normami kolizyjnymi.

⁴¹ Nie bardzo wiadomo, jakie mają być skutki owego uznania albo jego odmowy w kraju, w którym przyjmuje się metodę oceny materialnej i formalnej ważności małżeństwa wedle prawa lub praw wskazanych jako właściwe dla tych przesłanek przez własne normy kolizyjne.

⁴² „The union of a man and a woman to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life”. Bill Digest No. 155 2003-04: Marriage Legislation Amendment Bill 2004; <http://www.aph.gov.au/library/Pubs/bd/2003-04/04bd155.htm>.

⁴³ Sądy amerykańskie najczęściej stosują własne prawo. Obce regulacje prawne, traktowane jako fakt albo jak prawo nabyte, biorą pod uwagę zasadniczo tylko na wniosek strony, i to o tyle, o ile zostaną one wystarczająco udowodnione. Jest więc naturalne, że zamiast o prawie właściwym dla danego stosunku znacznie częściej mówią o „uznawaniu” istnienia lub o kontynuacji stosunku powstałego w innym kraju. Są to echa teorii

Małżeństwa ważnie zawarte w kraju miejsca ich zawarcia uznawane są za ważne także w kraju uznającym, chyba że naruszałoby to własny *ordre public* albo wyraźny przepis własnego prawa zakazujący takiego uznania⁴⁴.

Sposób działania *comity-based marriage-recognition rule* ilustrują orzeczenia sądów amerykańskich. W sprawie *Pinkhasov v. Petocz*⁴⁵ chodziło o uznanie ważności małżeństwa zawartego w formie religijnej. Ceremonia ślubna, zgodna z ortodoksyjnym rytuałem żydowskim, przed rabinem i w obecności świadków oraz ponad stu gości, miała miejsce w stanie Kentucky. W trakcie ceremonii doszło do uroczystego podpisania formalnego żydowskiego kontraktu małżeńskiego (*Ketubah*), przewidującego zapłatę na rzecz żony określonej sumy pieniężnej w przypadku rozwodu lub śmierci męża. Na prośbę nupturientów rabin opuścił jednak tę część ceremonii i te sformułowania, od których zależało „uznanie” małżeństwa przez prawo cywilne, i wydanie aktu małżeństwa. Nupturienci, jako imigranci, pragnęli bowiem zachować swobodę zawarcia małżeństw cywilnych z obywatelami amerykańskimi po to, by otrzymać obywatelstwo USA. Sąd pierwszej instancji uznał małżeństwo za zawarte *de facto*. Przeciwną decyzję podjął Sąd Apelacyjny, wychodząc z założenia, że własne prawo nie uznaje małżeństw zwyczajowych i religijnych. Decyzja sądu byłaby jednak inna, gdyby chodziło o małżeństwo ważnie zawarte w innym kraju.

Czasami sądy uznają nawet małżeństwa nieważne w świetle prawa miejsca ich zawarcia, jeżeli przyczyny owej nieważności mają charakter czysto formalny albo pozbawione są znaczenia w świetle własnego prawa. W sprawie *McPeck v. McCardle*⁴⁶ nupturienci zamieszkali w stanie Indiana małżeństwo zawarli w Ohio. Ponieważ *marriage license* został wydany w Indianie, wedle prawa Ohio małżeństwo było nieważne. *Supreme Court* stanu Indiana uznał jednak małżeństwo za ważne zawarte, ponieważ nie doszło do naruszenia *public policy* stanu Indiana, a jego interesy (oraz związek ze stanem faktycznym) były oczywiście ważniejsze od interesów stanu Ohio. Decyzja ta odpowiadała również usprawiedliwionym oczekiwaniom stron. Z kolei w sprawie *Akon* Sąd Apelacyjny stanu Washington

praw nabytych U. Hubera i A.V. Diceya oraz teorii terytorializmu w wydaniu *local law* W.W. Cooka, które, mimo ich krytyki, wycisnęły swe trwałe piętno.

⁴⁴ Przepisy takie (Defence of Marriage Act — DOMA) zostały przyjęte w niektórych stanach.

⁴⁵ Orzeczenie Sądu Apelacyjnego Kentucky, 331 S.W. 3d 285 (Ky. App. 2011), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2011: Twenty-Fifth Annual Survey*. „The American Journal of Comparative Law” 2012, vol. 60, Spring, s. 348.

⁴⁶ Sprawa 888 N.E. 2d 171 (Ind. 2008), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2008: Twenty-Second Annual Survey*. „The American Journal of Comparative Law” 2009, vol. 57, Spring, s. 311.

uznał za ważne małżeństwo zawarte w Sudanie, przed lokalnym sultaniem, mimo że nie zostało ono zaaprobowane przez władze cywilne Sudanu z powodu niewypełnienia kontraktu małżeństwa. Pan młody wydał bowiem ojcu panny młodej jedynie 35 krów z 50 umówionych⁴⁷.

Kwestii uznania małżeństw homoseksualnych zawartych w Kanadzie dotyczą orzeczenia *Martinez v. County of Monroe*⁴⁸ oraz *Christiansen v. Christiansen*⁴⁹. W pierwszej ze spraw Sąd Apelacyjny stanu Nowy York przypomniał, że zasadniczo uznaje się wszelkie małżeństwa zagraniczne, ważne wedle prawa miejsca ich zawarcia, w tym także takie, które prawo stanu Nowy York uznaje za niedopuszczalne: małżeństwa między wujem a siostrzenicą, między nieletnimi, małżeństwa naturalne (*common-law marriages*) albo zawarte przez pełnomocnika, hinduskie małżeństwa zawarte w tradycyjnej formie religijnej albo małżeństwa irańskie między kuzynami pierwszego stopnia. Istnieje bowiem — zdaniem Sądu Apelacyjnego — zasadnicza różnica między kwestią dopuszczalności zawarcia małżeństwa we własnym kraju a kwestią uznania tego, co zdarzyło się za granicą. Odmowa uznania obcego małżeństwa, z powołaniem się na *public policy*, możliwa jest jedynie w przypadku małżeństw kazirodczych lub poligamicznych, są one bowiem sprzeczne z prawem naturalnym. Nie dotyczy to jednak małżeństw homoseksualnych. Okoliczność, że własne prawo dopuszcza jedynie małżeństwa heteroseksualne⁵⁰, nie może być automatycznie rozumiana jako wyraz własnego *public policy* w tym względzie. Nie sposób nie dostrzec, że uzasadnienie sądu utrzymane jest w duchu art. 9 Karty praw podstawowych UE oraz art. 12 Konwencji Praw Człowieka.

Nieco inne motywy swej decyzji przedstawił *Supreme Court* stanu Wyoming w sprawie *Christiansen v. Christiansen*, która dotyczyła rozwiązania małżeństwa homoseksualnego, zawartego w Kanadzie, między osobami zamieszkalymi w stanie Wyoming. Zdaniem *district court*, brak było przedmiotu sporu, ponieważ prawo (ustawa) stanu Wyoming definiuje małżeństwo jako kontrakt zawarty między kobietą i mężczyzną. Orzeczenie to zmienił *Supreme Court*, z powołaniem się na zasadę uznawania małżeństw ważnie zawartych w innym kraju. Wyjątki, wynikające z *com-*

⁴⁷ Sprawa 248 P. 3d 94 (Wash. App. Div. 3 2011), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2011...*, s. 347.

⁴⁸ Orzeczenie *New York's intermediate Court* (zaakceptowane przez nowojorski *Court of Appeals*), 850 N.Y.S. 2d 740 (N.Y. App. Div. 4th Dept. 2008), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of Law in the American Courts in 2008...*, s. 310.

⁴⁹ Sprawa 353 P. 3d 153 (Wyo. 2011), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2011...*, s. 345.

⁵⁰ Orzeczenie pochodzi z 2008 r.; aktualne prawo stanu New York zezwala na zawieranie małżeństw homoseksualnych.

mon law, dotyczą — zdaniem Supreme Court — małżeństw naruszających „prawo natury powszechnie uznawane w krajach chrześcijańskich”. Należą do nich małżeństwa poligamiczne i kazirodczne, ale już nie kanadyjskie małżeństwa jedнопłciowe, przynajmniej nie wtedy, gdy chodzi o ich rozwiązanie: „[...] uznanie ważności małżeństwa homoseksualnego jedynie na użytek postępowania rozwodowego nie ogranicza *law of policy* stanu Wyoming, sprzeciwiającego się zawieraniu takich małżeństw. Przyjęcie, że małżeństwo istnieje, nie jest niczym więcej niż warunkiem wstępnym dla orzeczenia rozwodu. Po spełnieniu takiego warunku stosuje się prawo właściwe dla rozwodu. Prawo właściwe dla małżeństwa nie odgrywa tu żadnej roli. [...] Strony nie chcą bowiem mieszkać w Wyoming jako małżonkowie. Nie domagają się uznania ich małżeństwa ani żadnego prawa wynikającego ze statusu małżeńskiego. Odwrotnie, dochodzą rozwiązania małżeństwa ważnie zawartego, zgodnie z prawem Kanady. Respektowanie prawa Kanady wyłącznie w celu stwierdzenia istnienia warunku wstępnego rozwodu nie jest równoznaczne z uznawaniem kontynuacji takiego małżeństwa. Nie dochodzi więc do naruszenia porządku publicznego stanu Wyoming”. Uzasadnienie to przypomina nasze rozważania na temat dopuszczalności stosowania klauzuli porządku publicznego w odniesieniu do kwestii wstępnej⁵¹.

Podobne obawy o konieczność „uznania” obcego małżeństwa homoseksualnego tylko na użytek postępowania rozwodowego, które ma się toczyć w kraju, w którym małżeństwo takie uważane jest za nieważne lub nieistniejące, spowodowały dodanie art. 13⁵² do Rozporządzenia UE Nr 1259/2010 w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej⁵³. Zgodnie z art. 13, przepisy rozporządzenia nie nakładają na sądy państw członkowskich obowiązku orzekania rozwodu w przypadkach, w których *lex fori* nie „uznaje małżeństwa za ważne” lub istniejące. Przepis ten,

⁵¹ Por. uwagi w pkt. 4 niniejszego artykułu.

⁵² „Żaden z przepisów niniejszego rozporządzenia nie nakłada na sądy uczestniczącego państwa członkowskiego, którego prawo nie przewiduje rozwodu lub nie uznaje danego małżeństwa za ważne do celów orzeczenia rozwodu, obowiązku orzekania rozwodu z **racji obowiązkiwania** [podkr. M.A.Z.] niniejszego rozporządzenia”. Zgodnie z wyjaśnieniem zawartym w pkt. 26 preambuły, „W przypadku gdy w niniejszym rozporządzeniu jest mowa o tym, że prawo uczestniczącego państwa członkowskiego, przed którego sądem wytoczono powództwo, nie uznaje takiego małżeństwa za ważne do celów postępowania rozwodowego, należy to interpretować między innymi w taki sposób, że małżeństwo takie nie istnieje w świetle prawa tego państwa członkowskiego. W takim przypadku sąd nie powinien mieć obowiązku orzekania rozwodu lub separacji prawnej na mocy tego rozporządzenia”.

⁵³ Z dnia 20 grudnia 2010 r. (Dz. Urz. UE 2010 L 343/10).

dodany w końcowym etapie prac legislacyjnych, uznaje się za niepotrzebny i uzasadniony wyłącznie politycznymi względami⁵⁴. Co więcej, można twierdzić, że jest on mylący. Sugeruje bowiem możliwość przyjęcia przez sąd, że w sprawie brak jest przedmiotu sporu. Tymczasem istnienie lub ważność małżeństwa (stanowiące kwestię wstępną) w żadnym razie nie mogą być oceniane wedle statutu rozwodowego (tj. prawa właściwego dla kwestii głównej)⁵⁵, a tym bardziej — wedle *legis fori*. Jak podkreśla A. Mączyński, autor dwu monografii poświęconych kolizyjnej problematyce rozwodów, „stosując prawo właściwe dla rozwodu, nie wolno nam wykraczać poza zakres jego zastosowania, wskazany miarodajną normą kolizyjną”. Przypadki małżeństw istniejących i/lub ważnie zawartych wedle prawa właściwego (lub praw właściwych) dla oceny istnienia lub ważności małżeństwa, a nieistniejących lub nieważnych wedle prawa właściwego dla rozwodu trzeba jednak, zdaniem A. Mączyńskiego, w jakiś sposób rozwiązać. „Należy istnienie i ważność małżeństwa oceniać wedle prawa wskazanego polskimi normami kolizyjnymi dla tych kwestii, natomiast do kwestii rozwiązania małżeństwa zastosować statut rozwodowy, mimo tego, że wedle tego prawa małżeństwo w ogóle nie istnieje. [...] Rezultat taki jest tylko na pozór paradoksalny. Każde z praw merytorycznych wskazanych miarodajną dla danych kwestii normą kolizyjną stosowane jest w zakresie wyznaczonym przez tę normę i nie powinno wkraczać w sferę objętą zakresami innych norm”⁵⁶. Tym bardziej pozbawione jest znaczenia stanowisko merytorycznego *legi fori*. Artykuł 13 rozporządzenia Nr 1259/2010 oznacza zatem, jak sądzę, tylko tyle, że z **samego faktu jego obowiązywania** nie wynikają jeszcze żadne wnioski czy wskazania dla omawianej kwestii. Każde z państw członkowskich przypadki, o których mowa, powinno się rozwiązywać w zgodzie z zasadami własnego prawa prywatnego międzynarodowego⁵⁷.

Do wątpliwości i nieporozumień związanych z „uznawaniem” stosunków lub sytuacji prawnych powstałych w kraju ich pochodzenia przyczyniają się ostatnio także orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE, dotyczące zwłaszcza swobody przedsiębiorczości⁵⁸ czy swobody przemiesz-

⁵⁴ Tak P. Mostowik: *Prawo właściwe dla rozwodu i separacji w świetle rozporządzenia unijnego Nr 1259/2010*. KPP 2011, z. 2, s. 375 i tam cytowana literatura.

⁵⁵ Tak A. Mączyński: *Rozwód w prawie prywatnym międzynarodowym*. Warszawa 1983, s. 50—52.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Dotyczy to również oceny istnienia i ważności małżeństwa jako „kwestii wyjściowej”, od której zależy możliwość sięgnięcia do norm kolizyjnych dotyczących rozwodu.

⁵⁸ Por. orzeczenia TS w sprawach: C-208/00, wyrok z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie *Überseering BV przeciwko Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*. „European Court Reports” [dalej: ECR] 2002, s. 9919; C-212/97, wyrok z dnia 9 marca 1999 r.

czania się osób i niedyskryminacji⁵⁹. Trybunał nie podważa jednak — jak się wydaje — przyjętej metody rozstrzygania kolizji (lokalizacji stosunku lub sytuacji) i nie próbuje jej zastąpić metodą polegającą na „przejmowaniu bez zmian” sytuacji lub stosunków ukształtowanych w kraju „pochodzenia” albo akceptowaniu skutków powstałych pod rządami prawa państwa „pochodzenia”. Co więcej, Trybunał (zasadniczo) nie ocenia krajowych rozwiązań kolizyjnych (łączników)⁶⁰, unikając pouczeń co do tego, które z nich zapewniają lepiej swobodę przepływu towarów, osób, usług czy kapitału, albo które lepiej chronią przed niebezpieczeństwem dyskryminacji. Nie chodzi zatem — jak można sądzić — o narzucenie obowiązku „uznawania”⁶¹ stosunków i sytuacji w kształcie nadanym przez prawo

w sprawie *Centros Ltd. przeciwko Erhvervsog Selskabsstyrelsen*. ECR 1999, s. 1459; C-167/01, wyrok z dnia 30 września 2003 r. w sprawie *Inspire Art. Ltd.* ECR 2003, s. 20122; C-210/06, wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie *Cartesio Oktató és Szolgáltatás Bt.* Dz. Urz. UE C 44 z 21.02.2009, s. 3, a także: J. Napierała: *Teoria siedziby a swoboda zakładania przedsiębiorstw w świetle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Überseering*. „Studia Prawnicze” 2003, nr 1, s. 89—105; W. Kłyta: *Wpływ orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Inspire Art z 30 września 2003 r. na europejskie prawo spółek*. W: *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*. Red. M. Szpunar, W. Popiołek, L. Ogiegło. Kraków 2005, s. 635—653; A.W. Wiśniewski: *Statut personalny spółek kapitałowych i uznanie spółek zagranicznych. Orzecznictwo Trybunału Wspólnot a reforma polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*. Red. A. Łazowski. Kraków 2005, s. 727 i nast.

⁵⁹ Chodzi zwłaszcza o orzeczenia dotyczące „uznania” nazwiska w postaci ukształtowanej pod rządami prawa pochodzenia: C-168/91, wyrok z dnia 30 marca 1993 r. w sprawie *Christos Konstantinidis przeciwko Stadt Allensteig i Landratsamt Calw-Ordnungsamt*. ECR 1993, s. I-01191; C-148/02, wyrok z dnia 2 października 2003 r. w sprawie *Carlos García Avello przeciwko Państwo Belgijskie*. ECR 2003, s. I-11613; C-353/06, wyrok z dnia 14 października 2008 r. w sprawie *Stefan Grunkin i Dorothee Regina Paul przeciwko Leonhard Matthias Grunkin-Paul i Standesamt Stadt Niebüll*. Zb. Orz. 2008, s. I-07639; C-208/09, wyrok z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie *Ilonka Sayn-Wittgenstein przeciwko Landeshauptmann von Wien*. <http://eur-lex.europa>. Por. także sprawę C-391/09, *Runevič-Vardyn*.

⁶⁰ W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Cartesio*, C-210/06, Trybunał wyraźnie podkreślił, że państwa członkowskie mają prawo określenia zarówno kryterium powiązania [łącznika], od którego zależy utworzenie spółki zgodnie z ich prawem krajowym, jak i kryterium wymaganego do utrzymania tego statusu w przyszłości.

⁶¹ O tym, że w sprawach *Garcia Avello*, *Grunkin-Paul* oraz *Konstantinidis* chodzi w istocie rzeczy o problem „uznania” nazwiska ukształtowanego pod rządem prawa innego państwa, pisze M. Pazdan: *Nazwisko w prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Współczesne problemy prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Edwarda Gniewka*. Red. P. Machnikowski, J. Gołaczyński. Warszawa 2010, s. 458. Por. także A. Tusiński: *Ustawa — prawo prywatne międzynarodowe w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wybrane zagadnienia obywatelstwa i prawa właściwego dla stosunków zobowiązaniowych*. „Palestra” 2007, 6—7, s. 31 i nast.; A. Ma-

państwa „pochodzenia”, lecz raczej o taki sposób stosowania prawa właściwego⁶² (wskazanego klasycznymi normami kolizyjnymi), który respektuje zasady i wartości prawa UE. Konstatacje zawarte w uzasadnieniach cytowanych orzeczeń TS zdają się przypominać argumentację towarzyszącą koncepcjom określanym w doktrynie prawa prywatnego międzynarodowego mianem „dostosowania”, „wstrzemięźliwego stosowania prawa właściwego” czy „przepisów ograniczających swoje zastosowanie”. O zastosowaniu konkretnych przepisów prawa właściwego powinny decydować ich cel i natura. To one przesądzą o tym, czy dany przepis znajdzie zastosowanie wyłącznie do sytuacji czysto krajowych, czy także obcych lub międzynarodowych. Podejmując decyzję o jego zastosowaniu, trzeba także uwzględnić niebezpieczeństwo zakłócenia harmonijnej współpracy międzynarodowej wskutek narzucenia regulacji prawnych niedostosowanych do specyfiki stosunków międzynarodowych.

O idei „uznawania” w Europie wspomina się w odniesieniu do stosunków lub stanów prawnych „udokumentowanych” przez wpis w odpowiednim rejestrze (małżeństw i stosunków filiacyjnych, adopcji, rejestrowanych związków partnerskich, imienia i nazwiska, zastawów lub innych ograniczonych praw rzeczowych oraz spółek)⁶³. Pytanie o to, co tak naprawdę jest przedmiotem owego „uznania”: sam stosunek prawny (np. istnienie i ważność małżeństwa) czy jedynie fakt dokonania określonego wpisu w obcym rejestrze, stawiane jest także w polskiej doktrynie, w związku z transkrypcją do polskich ksiąg stanu cywilnego zagranicznego aktu małżeństwa⁶⁴ (art. 73 § 1 pr.a.s.c.⁶⁵). Charakter prawny

czyński: *Uznanie nazwiska w świetle konwencji nr 31 Międzynarodowej Komisji Stanu Cywilnego z 2005 r.* In: *Ochrona danych osobowych wczoraj, dziś, jutro/Personal data protection yesterday, today, tomorrow*. Warszawa 2006) oraz A. Dorabalska: *Między normą...*, s. 22—23. Zdaniem A. Dorabalskiej, „w Konwencji przewidziano zasadę uznania nazwisk nadawanych w innych państwach, bez konieczności dokonania wskazania prawa właściwego za pomocą własnych norm kolizyjnych”. Trzeba jednak, jak sądzę, podkreślić, że „uznanie” to wiąże się nie tyle z samym faktem nabycia nazwiska, ocenianym w świetle prawa właściwego dla takiego nabycia, ile raczej z jego rejestracją w określonym kształcie w innym państwie konwencyjnym. Chodzi tu więc raczej o uznawanie obcych dokumentów urzędowych, a nie stosunków lub sytuacji w kształcie nadanym im przez prawo miejsca pochodzenia.

⁶² O określonym „sposobie stosowania prawa właściwego” wspomina także A. Dorabalska: *Między normą...*, s. 19.

⁶³ Tak A. Dorabalska: *Uznanie stosunku...*, s. 56 i tam cytowana literatura.

⁶⁴ O „swoistym uznaniu zagranicznej rejestracji, które pozwala w efekcie na stworzenie polskiego aktu stanu cywilnego”, wspomina M. Wojewoda: *Transkrypcja aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*. KPP 2009, z. 4, s. 1093.

⁶⁵ „Akt stanu cywilnego sporządzony za granicą może być wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego na wniosek osoby zainteresowanej lub z urzędu” (art. 73 § 1 pr.a.s.c.).

transkrypcji opisywany jest za pomocą różnych sformułowań⁶⁶, nie budzi jednak wątpliwości, że jej celem jest jedynie uznanie mocy dowodowej zagranicznego aktu⁶⁷. Skutki prawne zdarzenia (zawarcia małżeństwa) nie wynikają z faktu dokonania transkrypcji. Wiążą się z samym zdarzeniem, ocenianym wedle prawa dlań właściwego⁶⁸. Dlatego też transkrypcji nie poprzedza badanie merytorycznej strony aktu⁶⁹, tj. analiza przesłanek ważności zawartego za granicą małżeństwa⁷⁰. Dokonanie transkrypcji nie jest więc potwierdzeniem ważności małżeństwa, nie stanowi również zobowiązania do respektowania jego skutków cywilnoprawnych. Potwierdza jedynie fakt istnienia zagranicznego aktu stanu cywilnego, dzięki czemu przysługuje mu w Polsce taka sama moc dowodowa w zakresie jego treści i uwzględnionych faktów oraz takie samo domniemanie ważności. Źródłem owego uznania mocy dowodowej jest jednak polski przepis art. 73 pr. a.s.c.

Rozważania na temat charakteru transkrypcji zyskały na aktualności w związku z pytaniem o dopuszczalność transkrypcji obcego aktu

⁶⁶ Jedni traktują ją jak rejestrację zdarzenia mającego miejsce za granicą, dokonaną na podstawie wypisu z zagranicznego aktu (P. Wypych: *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*. KPP 2003, z. 1, s. 192 i nast.; K. Gondorek, A. Ustowska: *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem*. Warszawa 1991, s. 306), natomiast inni (J. Litwin: *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*. Warszawa 1961, s. 520; A. Czajkowska, E. Pachniewska: *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz. Orzecznictwo. Wzory dokumentów i pism*. Warszawa 2009, uw. 20 do art. 73, s. 224) sprowadzają ją do językowej i formalnej „reprodukcji” obcego aktu stanu cywilnego. Podobne stanowisko zajął SN w postanowieniu z dnia 8.08.2003 r., V CK 6/02: „Transkrypcja aktu małżeństwa nie jest rejestracją zdarzenia zawarcia małżeństwa, lecz odzwierciedleniem zapisów tego aktu w polskiej księdze stanu cywilnego” (z uzasadnienia SN).

⁶⁷ Które i tak dzięki art. 1138 k.p.c. mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi (tak M. Wojewoda: *Transkrypcja...*, s. 1093 i nast. oraz cytowane tam pozycje literatury i orzeczenia SN).

⁶⁸ Podobnie ibidem, s. 1096; P. Wypych: *Charakter prawny...*, s. 196 i nast.

⁶⁹ Tak: A. Czajkowska, E. Pachniewska: *Prawo o aktach stanu cywilnego...*, uw. 16 do art. 73, s. 222: „Kierownik nie ustala, czy akt dotyczy małżeństwa bigamicznego lub małżeństwa, które nie zostało zawarte, chyba że uzyska w tej sprawie uprawdopodobnioną informację. W takiej sytuacji odmówi transkrypcji aktu zagranicznego, zawiadamiając prokuratora, w drugim zaś spowoduje sądowe unieważnienie aktu stwierdzającego zdarzenie, które nie nastąpiło [...]”. Zacytowane stwierdzenie, w części dotyczącej zawiadomienia polskiego prokuratora lub spowodowania unieważnienia aktu, nie wydaje się trafne. A. Czajkowska nie uwzględniła faktu, że chodzi o małżeństwa zawarte za granicą, być może w kraju, który dopuszcza małżeństwa u nas nieznanne. Nie jest też możliwe w Polsce unieważnienie aktu zagranicznego. Opinię podobną do przedstawionej przez wspomnianą autorkę wyraził także M. Wojewoda: *Transkrypcja...*, s. 1109).

⁷⁰ Powody wyłączające transkrypcję mogą mieć wyłącznie formalny charakter. Nie sięga się do prawa właściwego dla zdarzenia ani nie bada prawidłowości wpisu w akcie zagranicznym (M. Wojewoda: *Transkrypcja...*, s. 1112).

małżeństwa homoseksualnego. O sposobie rozumienia terminu „małżeństwo” na użytek art. 73 § 1 pr.a.s.c. rozstrzyga — jak sądzę — cel tego przepisu. Nie dotyczy on małżeństw zawieranych w Polsce, tzn. takich, o których mowa w art. 1 polskiego k.r.o. oraz w art. 18 polskiej Konstytucji. Chodzi w nim o małżeństwa zawarte za granicą, niekoniecznie ważne lub istniejące w świetle prawa, które byłoby wskazane jako właściwe do oceny owej ważności lub istnienia przez nasze normy kolizyjne. Liczy się wyłącznie sam fakt sporządzenia zagranicznego aktu małżeństwa, a dokładniej — istnienie zagranicznego odpisu takiego aktu.

Za niedopuszczalnością transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, który dotyczy małżeństwa homoseksualnego, opowiedział się w naszej literaturze M. Wojewoda⁷¹. Odmowę transkrypcji uzasadnia — jego zdaniem — klauzula porządku publicznego, w związku z art. 1 k.r.o., który wyraża jedną z jego podstawowych zasad. Pogląd ten budzi jednak wątpliwości. Zastosowanie klauzuli wymaga bowiem wskazania konkretnej podstawy normatywnej⁷². Przepis art. 7 ustawy p.p.m. z 2011 r. (art. 6 ustawy p.p.m. z 1965 r.) dotyczy jedynie przypadku stosowania prawa obcego, podczas gdy art. 73 pr.a.s.c. jest przepisem polskim⁷³. Nie dochodzi również w tym przypadku do uznania obcego orzeczenia sądowego, stanowiącego podstawę wpisu, którego odmowa mogłaby być usprawiedliwiona z uwagi na własny *ordre public*⁷⁴. Nawet

⁷¹ Ibidem, s. 1113—1115. Zakaz transkrypcji nie dotyczy jednak małżeństwa bigamicznego, ponieważ (między innymi) nie zapobiegnie on już skutkom zawartego małżeństwa (ibidem, s. 1119). Zasadne wydaje się pytanie, dlaczego ten sam argument nie może dotyczyć małżeństw homoseksualnych.

⁷² Na brak takiej podstawy zwraca uwagę M. Pilich (*Opinia prawna...*, s. 10; Idem: *Die Anerkennung...*, s. 203).

⁷³ Por. np. sprawę *Adar v. Smith* (639 F. 3d 146 (5th Cir. 2011), cert. denied, 132 S.Ct. 400 (U.S. 2011)), cyt. przez S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2011...*, s. 350. Partnerzy tej samej płci, którzy w Nowym Jorku adoptowali dziecko urodzone w Luizjanie, domagali się wydania nowego aktu jego urodzenia, w którym zapisane byłyby oba nazwiska adoptujących. *Registrar* stanu Luizjana odmówił zmiany certyfikatu, powołując się na przepis własnego prawa, zgodnie z którym zmieniony certyfikat z nazwiskami obojga rodziców mogą otrzymać wyłącznie pary małżeńskie, a już nie — pary partnerskie. Partnerzy wystąpili przeciwko *Registrar* do sądu federalnego, powołując się na klauzulę *Full Faith and Credit*. Sąd pierwszej instancji przyznał im rację, inaczej natomiast (choć nie jednomyślnie) orzekli sędziowie sądu odwoławczego, przedstawiając alternatywnie dwa uzasadnienia: po pierwsze, klauzula *Full Faith and Credit* wiąże jedynie sądy, a nie urzędy rejestracyjne, po drugie, nie chodzi tu o odmowę uznania orzeczenia nowojorskiego sądu o adopcji, lecz o interpretację własnego przepisu o osobach uprawnionych do żądania zmiany aktu urodzenia. Nie doszło również, zdaniem sądu, do naruszenia *Equal Protection clause*, przepis nie różnicuje bowiem uprawnionych ze względu na płeć.

⁷⁴ Por. np. dwa orzeczenia *Cour de Cassation* z 7 czerwca 2012 r. (conflictoflaws.net/2012/french-court-rules-gay-adoption-violates-public-policy), dotyczące uznania ob-

gdyby podstawę taką udało się odnaleźć w którymś z aktów pochodzenia międzynarodowego⁷⁵, pozostaje nadal wątpliwe, czy samo uznanie mocy dowodowej obcego aktu, niebędące przecież niczym więcej niż potwierdzeniem prawdy, może naruszać porządek prawny jakiegokolwiek państwa⁷⁶. Tym bardziej jeżeli źródłem owego uznania jest własny przepis art. 73 pr.a.s.c.

Można, jak się wydaje, pójść jeszcze dalej. Każdy wpis do rejestru w istocie rzeczy ma na celu ochronę porządku prawnego. Transkrypcja pośrednio potwierdza fakt zawarcia małżeństwa za granicą, a tym samym zapobiega zawarciu w Polsce powtórnego związku małżeńskiego przez któregoś z małżonków. Transkrypcja zagranicznego aktu małżeństwa homoseksualnego chroni potencjalnych nupturientów przeciwnej płci, na wypadek gdyby osoba związana takim małżeństwem chciała w Polsce wstąpić w nowy związek z osobą przeciwnej płci bez rozwiązania uprzedniego małżeństwa, korzystając niejako z faktu, że małżeństwa homoseksualne są w Polsce ignorowane. Transkrypcja zmniejszałaby ryzyko zaistnienia obok siebie dwóch równoległych związków małżeńskich, z których każdy zawdzięczałby swój byt innemu systemowi prawnemu,

cych orzeczeń sądów Quebecu i Wielkiej Brytanii o adopcji przez pary homoseksualne, potrzebnego do dokonania wpisów w rejestrze stanu cywilnego. Sąd Kasacyjny odmówił uznania obu obcych orzeczeń, powołując się na klauzulę porządku publicznego, ponieważ zasada, że osoby wpisane do rejestru jako rodzice muszą mieć różną płć ma charakter fundamentalny. Okolicznością przesądającą, jak wynika z uzasadnienia Sądu, okazał się jednak charakter adopcji, która (zarówno w przypadku Quebecu, jak i Wielkiej Brytanii) prowadzi do całkowitego zerwania stosunku filiacyjnego między dzieckiem a rodzicami biologicznymi. Można stąd wnosić, że decyzja sądu mogłaby być inna w przypadku adopcji niepełnej.

⁷⁵ W art. 46 rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r., dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającym rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, Dz. Urz. UE L. 338/1, zrównano wprawdzie uznawanie dokumentów urzędowych z uznawaniem orzeczeń, rozporządzenie dotyczy jednak wyłącznie rozwodu, separacji lub unieważnienia małżeństwa. Spraw stanu cywilnego nie obejmuje również rozporządzenie nr 44/2001, zwane Brukselą I. Stosowne przepisy, pozwalające na odmowę uznania mocy dowodowej obcego dokumentu urzędowego na podstawie klauzuli porządku publicznego (art. 28 i 32), znalazły się w dwóch projektach rozporządzeń Rady: rozporządzenia w zakresie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich (KOM (2011) 127) oraz rozporządzenia w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych (KOM (2011) 127/2), ale i one nie znajdują w przyszłości zastosowania do transkrypcji obcego aktu małżeństwa.

⁷⁶ Brak jest odwołania do klauzuli porządku publicznego w konwencji haskiej z 1961 r. o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz.U. 2005, nr 112, poz. 938) oraz w konwencji CIEC nr 17 w sprawie zwolnienia od legalizacji niektórych aktów i dokumentów, sporządzonej w Atenach w 1977 r. (Dz.U. 2003, nr 148, poz. 1446).

równocześnie stanowiąc małżeństwo nieważne wedle drugiego z zaangażowanych porządków prawnych (tzw. małżeństwa ułomne). Pomogłaby uniknąć albo przynajmniej ograniczyć komplikacje związane z powstaniem dwóch równoległych reżimów majątkowych małżeńskich, a w razie śmierci małżonka „bigamisty” — komplikacje z powodu dziedziczenia małżonków z dwóch różnych związków małżeńskich. I chociaż nie można całkowicie wyeliminować zjawiska „małżeństw ułomnych”⁷⁷, należy zmierzać, za pomocą regulacji prawnych z różnych dziedzin, do jego minimalizacji. Transkrypcja obcych małżeństw homoseksualnych — paradoksalnie — sprzyjałaby więc ochronie własnych obywateli, własnych domicylantów czy rezydentów, stanowiąc przejaw idei ochrony własnego porządku publicznego. Przedstawione rozumowanie przemawia — w moim odczuciu — za szerokim rozumieniem pojęcia „małżeństwo” w związku z transkrypcją obcego aktu małżeństwa. Obejmie ono wszelkie „małżeństwa” spotykane w świecie, jeżeli ich zawarcie zostało udokumentowane sporządzeniem aktu stanu cywilnego (lub wpisem do podobnego rejestru), choćby w Polsce uważane były one za niedopuszczalne, a więc także małżeństwa dzieci, poligamiczne, kazirodcze, pośmiertne, zawarte na czas określony⁷⁸ lub małżeństwa homoseksualne. To samo rozumowanie powinno — jak się wydaje — dotyczyć takich związków partnerskich, których powstanie zostało stwierdzone aktem stanu cywilnego.

Sposób rozumienia terminu „małżeństwo” nie może być oderwany od celu normy prawnej, która się nim posługuje. To oczywiste stwierdzenie dotyczy, co starałam się wykazać, nie tylko norm kolizyjnych, i nie tylko przepisów prawa wskazanego jako właściwe. Różne problemy interpretacyjne związane z pojęciem małżeństwa powstają także na tle norm polskiego prawa publicznego, np. na tle przepisów o dostępie do informacji o stanie zdrowia, przepisów podatkowych⁷⁹, o ubezpiecze-

⁷⁷ „Zjawisko »ułomnych małżeństw« jest nieuniknioną konsekwencją rozbieżności obowiązujących w poszczególnych państwach norm kolizyjnych p.p.m. i norm regulujących skuteczność orzeczeń zagranicznych” (A. Mączyński: *Działanie klauzuli...*, s. 163). Nie narusza ono, zdaniem autora, interesu państwa. Na temat „małżeństw ułomnych” zawartych przez cudzoziemca rozwodnika, którego prawo ojczyste nie uznaje rozwodu, i zgodności takich małżeństw z porządkiem publicznym, na tle doktryny i orzecznictwa państw zachodnich, por. K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 62 i nast., 123 i nast.

⁷⁸ Przeciwnie J. Litwin: *Prawo...*, s. 520; A. Czajkowska, w: A. Czajkowska, E. Pachniewska: *Prawo...*, s. 220, uw. 12 do art. 73 pr.a.s.c.; M. Wojewoda: *Transkrypcja...*, s. 1113.

⁷⁹ Francuskie Ministerstwo Finansów początkowo odmawiało przyznania przywileju wspólnego opodatkowania obcym małżeństwom homoseksualnym. Zmiana stanowiska nastąpiła w 2008 r. Przywilej ten przyznano zawartemu w Holandii małżeństwu obywa-

niach społecznych, o świadczeniach socjalnych, o nabyciu obywatelstwa, o przywilejach dyplomatycznych lub bankowych (kredyty dla młodych małżeństw), o prawie do odmowy zeznań, czy wspomnianych już przepisów prawa o aktach stanu cywilnego. Jedynie przez analizę treści lub celu danej normy prawnej możemy odpowiedzieć na pytanie, czy dotyczy ona wyłącznie „swoich”, czy także „obcych” małżeństw, i czy małżeństwa „swoje” to tylko związki zawarte w Polsce, czy również za granicą, ale powiązane z Polską miejscem zamieszkania albo miejscem zwyczajnego pobytu jednego lub obojga małżonków, względnie także związki obywateli polskich zamieszkałych za granicą. Podobnie treść lub cel danego przepisu pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy obejmuje on swym zakresem także małżeństwa poligamiczne, kazirodcze, nieletnich lub homoseksualistów, małżeństwa pośmiertne lub małżeństwa zawarte wyłącznie w formie wyznaniowej czy zwyczajowej. Z koniecznością wykładni terminu „małżeństwo” będziemy mieli wreszcie do czynienia w przypadku własnych lub obcych przepisów wymuszających swoje zastosowanie, np. przepisów chroniących prawo małżonka do mieszkania albo przepisów o tzw. małżeństwach pozornych⁸⁰. Przepisy, o których mowa, mogą również przewidywać określone warunki, od których zależeć będzie ich zastosowanie do obcych małżeństw. Może to być np. warunek legalizacji obcego aktu małżeństwa (lub aktu stwierdzającego zawarcie związku partnerskiego⁸¹).

Różnorodność celów norm prawnych, które zakresem swego zainteresowania obejmują małżeństwo, sprawia, że próba narzucenia jednoli-

teli holenderskich, którzy zamieszkali we Francji (ConflictofLaws.net/2008/french-tax-authorities-recognize-dutch-same-sex-marriage/).

⁸⁰ Por. J. d'Oliveira: *The Artifact of „Sham Marriages”*, „Yearbook on Private International Law” [dalej: YPIL] 1999, vol. 1, s. 49 i nast., 62—63, na temat wymuszającego charakteru przepisów holenderskiej ustawy o małżeństwach pozornych, które „punktowo” chronią własny porządek publiczny. Znajdują one zastosowanie do małżeństw zawartych (także za granicą) przez obywateli holenderskich z obywatelami państw obcych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że zawarto je wyłącznie w celu uzyskania prawa pobytu w Holandii. Płeć małżonków jest w tym przypadku obojętna.

⁸¹ Począwszy od dnia 1.07.2012 r. Rejestr (stanu cywilnego) przy Sądzie Apelacyjnym w Metz zaprzestał wydawania *apostille*, od którego odpowiednie władze Luksemburga uzależniały przyznawanie francuskim związkom partnerskim (PACS) rozmaitych przywilejów, uznając, że konwencja CIEC nr 17 zniósła wymóg *apostille*. Zdaniem Ministra Sprawiedliwości Luksemburga, problem „legalizacji” francuskich PACS podlega jednak nie konwencji CIEC nr 17, lecz konwencji haskiej z 1961 r. o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych. Ta ostatnia zaś zniósła jedynie wymóg legalizacji, pozostawiając wymóg *apostille*. Rejestr przy Sądzie Apelacyjnym w Metz uznał tę argumentację i powrócił do praktyki wydawania *apostille* (ConflictofLaws.net).

tej i wspólnej definicji małżeństwa, bez względu na charakter przepisu i przynależność do określonej dziedziny prawa, skazana jest na niepowodzenie.

4. Szczegółowa klauzula porządku publicznego

Zdanie drugie zaproponowanej poprawki: „Nie stosuje się przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci”, miało postać tzw. szczegółowej klauzuli porządku publicznego. Dodanie takiej klauzuli uzasadniała — jak twierdził A. Mączyński — konieczność zapewnienia zgodności ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji: „[...] ustawodawca polski nie może ignorować tego, że prawa innych państw normują takie związki, tym bardziej, że prawa te dopuszczają stosowanie takiej regulacji nie tylko do związków łączących osoby mające obywatelstwo danego państwa”⁸². Ogólna klauzula porządku publicznego z art. 7 ustawy, zdaniem A. Mączyńskiego, „nie chroni polskiego porządku w sposób wystarczający, posługuje się bowiem blankietowym pojęciem podstawowych zasad porządku prawnego”, nie ma więc „pewności, czy zasada heteroseksualnego charakteru małżeństwa zostanie oceniona jako podstawowa zasada polskiego porządku prawnego”; ponadto „możliwe jest stanowisko [którego A. Mączyński nie podziela], iż zasada ta dotyczy tylko związków zawieranych w Polsce [...]”⁸³.

Tezy A. Mączyńskiego budzą mój zdecydowany sprzeciw. Proponując „uszytywnienie” heteroseksualnego charakteru małżeństwa w obawie, że Konstytucja RP może się tu okazać niewystarczająca, A. Mączyński pragnie być bardziej pryncypialny niż sama Konstytucja. Natomiast zakaz „zignorowania” faktu unormowania takich związków przez niektórych ustawodawców obcych brzmi tak radykalnie, że wydaje się sugerować próbę narzucenia tym ustawodawcom naszego własnego stanowiska w kwestii ich dopuszczalności. Byłoby to oczywiście sprzeczne z zasadami współżycia narodów i, będącymi wyrazem tych zasad, przepisami art. 9 Karty praw podstawowych i art. 12 Konwencji Praw Człowieka⁸⁴.

⁸² A. Mączyński: *Opinia prawna nt. zgodności art. 48 projektu ustawy zawartego w sprawozdaniu Komisji Sprawiedliwości i PC o rządowym projekcie ustawy Prawo prywatne międzynarodowe* (druki nr 1277 i 3675) z art. 18 Konstytucji [niepubl.].

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Por. przyp. 22 i 23.

Proponowana poprawka stanowi, w moim odczuciu, karykaturę idei ochrony własnego *ordre public*. Idea ta nie może być realizowana za pomocą sztywnego zakazu stosowania określonych przepisów obcego prawa, nieuwzględniającego ich treści i skutków zastosowania w konkretnej sprawie. Nie wolno także ignorować zmienności wyobrażeń na temat fundamentalnych wartości. Nie da się tu niczego zadekretować raz na zawsze. Chronić można wyłącznie aktualny porządek publiczny⁸⁵.

Dopuszczalność ochrony własnego porządku publicznego stanowi wyjątek od zasady równorzędnego traktowania systemów prawnych wszystkich państw, wchodzi więc w grę wyjątkowo⁸⁶, gdy przemawiają za tym szczególne racje. Klauzula porządku publicznego, podobnie jak klauzule generalne w systemach prawa merytorycznego, stanowi instrument słusznościowy. Ocena — zależna zawsze od okoliczności konkretnego przypadku — należy do organu orzekającego. To sąd „wypełnia” klauzulę porządku publicznego konkretną treścią. Spisanie czy utrwalenie katalogu zasad *ordre public* nie jest ani możliwe, ani pożądane. Sięgnięcie do klauzuli nie jest nigdy automatyczne i pewne, i niczego tu nie można przesądzać z góry⁸⁷. Spotykane w różnych państwach sformułowania określające istotę klauzuli porządku publicznego odwołują się do intuicyjnego odczucia sędziego. Naruszenie własnego *ordre public* to: „naruszenie najbardziej fundamentalnych wyobrażeń o moralności i sprawiedliwości”, „naruszenie takich zasad w sposób nie do zaakceptowania, godzący w poczucie sprawiedliwości”, a „prawo porządku publicznego to normy dotyczące podstawowych interesów państwa lub społeczności”, „porządku ekonomicznego lub socjalnego społeczeństwa”⁸⁸. Konsekwencje zastosowania obcego prawa byłyby „zbyt rażące, niedające się pogodzić z poczuciem prawnym wyrobionym na gruncie [własnego] porządku

⁸⁵ Klauzula jest zmienna w czasie i przestrzeni, stanowi funkcję czasu i miejsca (tak: K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 169; M. Sośniak: *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*. Warszawa 1961, s. 113; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 73—74; M. Pilich: *Związki quasi-matżeńskie...*, s. 93; M. Zachariasiewicz: *Klauzula porządku publicznego jako podstawa odmowy uznania lub wykonania orzeczenia sądu polubownego w polskim prawie arbitrażowym na tle prawnoporównawczym*. W: „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” [dalej: PPPM]. T. 6. Red. M. Pazdan. Katowice 2010, s. 73).

⁸⁶ Por. bliżej rozważania M. Sośniaka (*Klauzula...*, s. 232 i nast.) na temat owej wyjątkowości „filtru”, jakim jest klauzula porządku publicznego.

⁸⁷ K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 169; M. Sośniak: *Klauzula...*, s. 77 i nast.; M. Pilich: *Związki quasi-matżeńskie...*, s. 93; K. Bagan-Kurluta, M. Stus: *Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego*. „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 1—2, s. 242—246.

⁸⁸ Formuły te cytuję za M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 65 i nast. Por. obszernie uwagi historyczne na temat idei ochrony własnego *ordre public*: M. Sośniak: *Klauzula...*, s. 5 i nast., 42 i nast., 59 i nast., a także formuły cytowane na s. 236.

prawnego⁸⁹. „Chodzi tu o konflikty pomiędzy intuicyjnym prawem ludzi tutejszych a pozytywnym prawem obcym”⁹⁰.

Idea ochrony *ordre public* łączy się zasadniczo z własnym, a nie z międzynarodowym porządkiem publicznym. Jako „własne” chronimy jednak także zasady wspólne, oparte na nadrzędnych wartościach ogólnoludzkich, określane jako „międzynarodowy” lub „ponadnarodowy” porządek publiczny⁹¹. W tym znaczeniu na idee wyrażone w art. 9 Karty praw podstawowych i w art. 12 Konwencji Praw Człowieka można patrzeć, jak na zasady przynależne do polskiego porządku publicznego. O potrzebie ochrony „międzynarodowego porządku” mówi się też nierzadko w kontekście postulatu zapewnienia harmonijnego współżycia narodów przez upowszechnianie kurtuazji i tolerancji. Chroniąc własny porządek, musimy uwzględniać szczególną specyfikę stosunków i sytuacji o charakterze międzynarodowym. Postulat międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć nie jest więc całkowicie pozbawiony znaczenia w odniesieniu do klauzuli porządku publicznego⁹².

Ingerencję klauzuli uzasadniają zasady rzeczywiście podstawowe⁹³. Nie muszą być wyrażone za pomocą konkretnego przepisu własnego prawa, niemniej jednak konieczne jest stwierdzenie ich treści⁹⁴. Nie wystarczy enigmatyczne powołanie się na sam porządek publiczny. M. Sośniak⁹⁵ do podstawowych zasad prawa małżeńskiego zaliczał: swobodę zawierania małżeństw, zasadę monogamiczności, zasadę społecznej wartości małżeństwa i zasadę równorzędności praw obu płci.

⁸⁹ Tak K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 166.

⁹⁰ Tak L. Petrażycki: *Protokoły obrad sekcji prawa cywilnego Komisji Kodyfikacyjnej*, 66, cyt. za: K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 166, przyp. 1.

⁹¹ Ich wyrazem są np. Karta praw podstawowych, Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r., Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (M. Pazdan: *Prawo...*, s. 74; J. Jakubowski: *Pakty praw człowieka a prawo międzynarodowe prywatne*. PiP 1977, z. 11, s. 23; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 46; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 84, a w odniesieniu do prawa unijnego — M. Lijowska: *Klauzula porządku publicznego jako instrument kolizyjnoprawnej ochrony konsumenta*. KPP 2006, z. 3, s. 710—712).

⁹² K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 45; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 69 i 86.

⁹³ Por. przykłady owych zasad: M. Lijowska: *Klauzula...*, s. 709; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 76. Por. także przegląd orzeczeń SN w sprawie klauzuli w sprawach rodzinnych: A. Mączyński: *Działanie klauzuli...*, s. 157 i nast.; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 51, 55 i nast.

⁹⁴ Tak M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 93; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 71 i 85.

⁹⁵ M. Sośniak, w: M. Sośniak, B. Walaszek, E. Wierzbowski: *Międzynarodowe prawo rodzinne*. Wrocław—Warszawa—Kraków 1969, s. 32—38.

Naruszenie podstawowych zasad musi być także wyraźne i oczywiste⁹⁶. Dla stwierdzenia takiego naruszenia nie wystarczy jednak abstrakcyjna sprzeczność treści prawa obcego z zasadami własnego *ordre public*. Liczy się dopiero konkretny rezultat jego zastosowania w danej sprawie. Konieczne jest stwierdzenie konkretnego „uszczerbku”⁹⁷ z powodu zastosowania obcego prawa właściwego, nie wystarczy przewidywanie możliwości jego powstania w przyszłości. Klauzula nie zwraca się przeciwko prawu obcemu, by zapewnić przewagę własnego systemu, lecz przeciwko szczególnie rażącym skutkom jego zastosowania⁹⁸. Może się zdarzyć, że konkretne skutki zastosowania obcych przepisów o związkach homoseksualnych będą z punktu widzenia naszego porządku publicznego obojętne, a nawet z nim zgodne.

Na decyzję w kwestii ochrony własnego *ordre public* ma także — jak się wydaje⁹⁹ — wpływ istnienie wystarczającego związku między ocenianą sytuacją a systemem prawnym *fori*. Im chroniona zasada porządku publicznego jest bardziej fundamentalna lub bardziej ponadnarodowa (wspólna), tym mniejsze znaczenie przywiązuje się do przesłanki owego związku. I odwrotnie — im związek ten jest słabszy, tym ważniejsza (od własnych zasad porządku publicznego) wydaje się tolerancja i kurtuazja w stosunku do obcych obywateli, domicylantów, rezydentów lub obcych rozwiązań prawnych, przekonań czy wartości¹⁰⁰, albo tym większą wagę przywiązujemy do międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć. W przypadku małżeństw (lub związków partnerskich homoseksualnych) zawartych za granicą, jeżeli postępowanie o ich unieważnienie lub uznanie za nieistniejące toczyć się będzie w Polsce, a prawem właściwym do oceny możliwości ich zawarcia przez każdego z małżonków lub partnerów będzie prawo obce dopuszczające takie związki, o ewentualnym zastoso-

⁹⁶ Sformułowania takie znajdują się we wszystkich rozporządzeniach UE bądź ich projektach zawierających normy kolizyjne (Rzym I, II i III, rozporządzenie w sprawach spadkowych, projekty rozporządzeń w sprawach majątkowych małżeńskich oraz skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich).

⁹⁷ Tak K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 45, 54.

⁹⁸ M. Sośniak: *Klauzula...*, s. 189; M. Pazdan: *Prawo...*, s. 73; K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 169; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 45; A. Sapota: *Rozwód i separacja w normach kolizyjnych prawa europejskiego*. EPS 2010, nr 1, s. 36; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 85.

⁹⁹ Tak: K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 169; M. Sośniak: *Klauzula...*, s. 58; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 46—47; M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 94; Idem: *Opinia...*, pkt XI; M. Lijowska: *Klauzula...*, s. 707 oraz literatura niemiecka cytowana w przyp. 38.

¹⁰⁰ Por. podobne podejście: F. Fink: *Die Prinzipien des Internationalen Privatrecht und die Vorbehaltsklausel*. „Zeitschrift für Internationales Recht”. Hrsg. von Niemayer, XXIV 1914, s. 145; K. Przybyłowski: *Prawo...*, s. 169; M. Zachariasiewicz: *Klauzula...*, s. 72.

waniu klauzuli porządku publicznego zadecyduje zatem także intensywność powiązania ocenianej sytuacji z polskim porządkiem prawnym. Nie wystarczy istnienie więzi, która uzasadniła jurysdykcję sądu polskiego. W szczególności nie powinno się wykorzystywać klauzuli przeciwko prawom ojczystym cudzoziemców, jeżeli sprawa o stwierdzenie nieważności lub unieważnienie małżeństwa trafia do sądu polskiego właśnie po to, by obejść liberalne w tej kwestii prawa ojczyste małżonków. Jeszcze bardziej stanowcza w tej kwestii jest wypowiedź K. Pietrzykowskiego: „[...] stosowanie klauzuli do oceny stosunków powstałych za granicą powinno być szczególnie ostrożne, zwłaszcza gdy przedmiotem oceny sądu jest ważność małżeństwa zawartego przez cudzoziemców”. Ochrony małżeństwa już istniejącego wymaga, jego zdaniem, zasada *favor matrimonii*. „Rozumowanie to nie może jednak [jak zastrzega K. Pietrzykowski] dotyczyć małżeństw osób tej samej płci”¹⁰¹.

O braku wystarczającego związku (w innym znaczeniu niż powyżej) można mówić także w odniesieniu do tzw. kwestii wstępnej, jeżeli przedmiotem postępowania jest jakaś inna kwestia (główna), zależna od sposobu rozwiązania owej kwestii wstępnej. Zdaniem M. Sośniaka i K. Pietrzykowskiego, nie należy sięgać do klauzuli porządku publicznego, gdy istnienie lub ważność małżeństwa [związku partnerskiego] stanowi jedynie kwestię wstępną¹⁰². Nie wyłącza to możliwości oceny samej kwestii głównej, w świetle prawa dla tej kwestii właściwego, z punktu widzenia zgodności z podstawowymi zasadami własnego *ordre public*. Taką kwestią główną, uzależnioną od istnienia lub ważności małżeństwa, mogą być na przykład: stosunki osobiste i majątkowe pomiędzy małżonkami¹⁰³, skuteczność małżeńskiego ustroju majątkowego wobec osób trzecich, dziedziczenie, ograniczenie odpowiedzialności deliktowej (tzw. immunitet deliktowy małżonków), stosunki filiacyjne między małżonkiem a dzieckiem drugiego małżonka albo rozwiązanie małżeństwa lub późniejsza alimentacja. Stosując prawo właściwe dla danej kwestii głównej, nie wolno nam jednak wykraczać poza zakres jego zastosowania, wskazany miarodajną normą kolizyjną¹⁰⁴. Statut spadkowy decyduje wyłącznie o sposobie dziedziczenia małżonka, nie zaś o tym, kogo za małżonka wolno nam uważać. Rzecz wygląda podobnie w przypadku innych statutów obejmujących swym zakresem jakieś stosunki między

¹⁰¹ K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 47–48, 123 i nast. i tam cytowana bogata literatura i orzecznictwo państw zachodnich.

¹⁰² Tak: M. Sośniak: *Klauzula...*, s. 173; K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 54 i cytowana tam literatura obca.

¹⁰³ Podobnie M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 94.

¹⁰⁴ Tak A. Mączyński: *Rozwód...*, s. 50–52.

małżonkami. Na tej samej zasadzie A. Mączyński¹⁰⁵ dopuszcza rozwiązanie małżeństwa na podstawie statutu rozwodowego, nawet wtedy, gdy prawo to traktuje małżeństwo jako nieistniejące lub nieważne¹⁰⁶. Ocena w świetle własnego *ordre public* nie dotyczy zatem samej dopuszczalności zawierania małżeństw homoseksualnych. Jej przedmiotem będzie wyłącznie sytuacja lub stosunek prawny stanowiący kwestię główną. Pojęcie do dziedziczenia¹⁰⁷, alimentacji lub stosunków majątkowych małżonków tej samej płci nie będzie zapewne tak pryncypialne, jak podejście do kwestii możliwości zawarcia takiego małżeństwa. Podobnie trudno się będzie dopatrzeć sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku publicznego, gdy przedmiotem rozstrzygnięcia będzie wpływ małżeństwa (lub związku partnerskiego) na stan cywilny małżonków, na przedstawicielstwo ustawowe, na zawieszenie biegu przedawnienia roszczeń jednego małżonka lub partnera przeciwko drugiemu małżonkowi lub partnerowi, na opiekę lub kuratelę jednego małżonka (lub partnera) nad drugim małżonkiem (lub partnerem) albo nad jego dzieckiem. K. Pietrzykowski opisuje orzeczenie francuskiego Sądu Kasacyjnego¹⁰⁸, w którym ten „odróżnia nabycie prawa we Francji od zezwolenia na wywołanie we Francji skutków przez prawo nabyte za granicą, bez obejścia prawa francuskiego, i w zgodzie z prawem właściwym, wskazanym przez francuską normę kolizyjną”. Klauzula może przeszkodzić w nabyciu prawa [czy w powstaniu stosunku prawnego], ale nie powinna ingerować, jeżeli prawo to [albo stosunek] już powstało, a przedmiotem oceny są jego dalsze skutki¹⁰⁹.

Trudno wreszcie rozważać zastosowanie klauzuli porządku publicznego, gdy „małżeństwo” (tu: homoseksualne) stanowi jedynie przesłankę

¹⁰⁵ Por. uwagi na temat art. 13 rozporządzenia UE Nr 1259/2010 powyżej.

¹⁰⁶ Por. orzeczenie *Supreme Court* stanu Wyoming w sprawie *Christiansen v. Christiansen* opisane w pkt. 3 niniejszego artykułu.

¹⁰⁷ Por. sprawę *Estate of Ranftle*, 917 N.Y. S. 2d 195 (N.Y.A.D. 1 st Dept. 2011), cyt. za: S.C. Symeonides: *Choice of law in the American Courts in 2011...*, s. 346. Sąd stanu Nowy Jork, w sprawie o dziedziczenie po zmarłym małżonku, w przypadku zawartego w Kanadzie małżeństwa homoseksualistów zamieszkałych w Nowym Jorku, odrzucił twierdzenie powoda, że małżeństwo jest nieważne z powodu naruszenia *public policy*. Prawo stanu Nowy Jork w tamtym czasie nie zawierało żadnych (zezwalających ani zakazujących) przepisów na temat uznawania małżeństw homoseksualnych zawartych za granicą. Brak taki, zdaniem Sądu, nie może być rozumiany jako przejaw *public policy* i nie uzasadnia wyjątku od *comity-based marriage-recognition rule*. Por. także orzeczenie *Martinez v. County of Monroe*, opisane w pkt. 3 niniejszego artykułu.

¹⁰⁸ Orzeczenie Cass. Civ. z dnia 17 kwietnia 1953 r. „Revue critique de droit international privé” [dalej: *Rev.crit.*] 1955, N° 2, s. 412—413 (K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 61, przyp. 155).

¹⁰⁹ Por. podobną uwagę M. Wojewody (*Transkrypcja...*, s. 119) w odniesieniu do małżeństw bigamicznych w związku z transkrypcją obcego aktu małżeństwa, o której mowa w art. 73 pr. a.s.c.

(konieczne założenie) zastosowania określonej normy kolizyjnej. Założenie, że małżeństwo istnieje, tkwi niejako w normach kolizyjnych dotyczących np.: rozvodu, stosunków osobistych i majątkowych małżeńskich albo wspólnego przysposobienia przez małżonków¹¹⁰. Mówimy w takim wypadku o „małżeństwie” jako kwestii pierwotnej lub wyjściowej¹¹¹.

Przedstawione zasady działania ogólnej klauzuli porządku publicznego nie stanowią w polskiej doktrynie przedmiotu kontrowersji. Podobna zgoda dotyczy negatywnego stosunku do idei szczegółowych klauzul porządku publicznego. Poddano ją powszechnej krytyce w związku z art. 12 ust. 2 ustawy p.p.m. z 1926 r., zgodnie z którym cudzoziemcy mający możliwość zawarcia małżeństwa zgodnie z własnym prawem ojczystym, nie mogli jednak zawrzeć małżeństwa w Polsce, jeżeli zachodziła nieusuwalna w drodze dyspensy przeszkoda pokrewieństwa lub powinowactwa, nastawania na życie małżonka z zawartego poprzednio związku małżeńskiego, różnicy religii, wyższych święceń kapłańskich lub ślubów zakonnych. Przepis rodził wiele wątpliwości interpretacyjnych, między innymi sporny był jego charakter¹¹², a także stosunek do ogólnej klauzuli porządku publicznego. Uważano też, że nawet w dziedzinie stosunków małżeńskich, tak silnie związanej z porządkiem publicznym, korzystanie z klauzuli powinno być wyjątkowe. Nadmierne i mechaniczne posługiwanie się klauzulą zakłócałoby współpracę międzynarodową¹¹³. We współczesnej literaturze polskiej ideę klauzul szczegółowych krytykuje zwłaszcza A. Mączyński, uznając za wystarczające działanie ogólnej klauzuli porządku publicznego¹¹⁴. Do krytyki tej można jeszcze dodać, że klauzule szczegółowe zaburzają proporcje między wartościami uznawanymi za podstawowe. Wszystkie pozostałe problemy tego świata (np. różnorodne formy dyskryminacji, zakazy zawierania małżeństw o podłożu

¹¹⁰ Tak A. Mączyński: *Rozwód...*, s. 51. Chodzi tu o pytanie, czy w ogóle można sięgać do normy kolizyjnej dotyczącej rozvodu, jeżeli wskazane nią prawo właściwe uznaje małżeństwo za nieistniejące.

¹¹¹ Por. M. Pazdan: *Prawo...*, s. 65—66; M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 92—93.

¹¹² Por. uwagi na temat propozycji L. Wiśniewskiego, zawarte w pkt. 3 niniejszego artykułu.

¹¹³ Por. bliżej K. Pietrzykowski: *Zawarcie małżeństwa...*, s. 43—45 i autorzy cytowani w przyp. 99.

¹¹⁴ Tak: A. Mączyński: *Stosunki rodzinne w projekcie nowej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*. W: *Zagadnień prawa rodzinnego i rejestracji stanu cywilnego*. Red. H. Cioch, P. Kasprzyk. Lublin 2007, s. 102—103; Idem: *Europejski kontekst rekodyfikacji polskiego prawa prywatnego międzynarodowego*. W: „*Finis legis Chrystus*”. Księga pamiątkowa dedykowana księdzu profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin. Red. ks. J. Wroceński, ks. J. Krawczyński. T. 2. Warszawa 2009, s. 1190.

rasowym, kastowym lub religijnym, małżeństwa dzieci, kazirodcze lub poligamiczne, brak równości kobiety w stosunkach osobistych i majątkowych, jednostronne listy rozwodowe, władza absolutna ojca nad dzieckiem, różne formy handlu ludźmi, dziećmi adoptowanymi, przeszczepami itd.) z powodzeniem mieszczą się w ramach ogólnej klauzuli porządku publicznego. Trudno pojąć, dlaczego nie może się w niej zmieścić także zakaz zawierania związków osób tej samej płci.

Niezależnie od krytyki samej idei klauzul szczegółowych, zastrzeżenia budziła również redakcja proponowanego przepisu. Jego zakres określony został bardzo nieprecyzyjnie. Można mieć wątpliwości, czy „związki osób tej samej płci” to tylko związki typu instytucjonalnego albo umowy przewidujące współżycie i wzajemną pomoc, czy także zwykłe umowy spółki cywilnej, łączące współwłaścicieli umowy o zarząd lub *quoad usum*, albo umowy alimentacyjne, jeżeli ich stronami będą osoby tej samej płci. Nie jest także jasne, czy pojęcie to miało obejmować „homoseksualne związki małżeńskie”, skoro małżeństwa takie (dzięki definicji małżeństwa zawartej w zdaniu pierwszym poprawki) miały być w ogóle wyłączone spod zakresu działania art. 48–54 ustawy. Nie wiadomo wreszcie, czy „przepisy regulujące związki osób tej samej płci” to tylko przepisy dopuszczające ich tworzenie lub przyznające im określone uprawnienia, czy także normy prawne wykluczające możliwość ich zawarcia albo wprowadzające określone zakazy lub ograniczenia, bądź także normy odsyłające do innych przepisów, np. o współwłasności lub o dziale spadku. Źródłem wątpliwości było wreszcie usytuowanie klauzuli szczegółowej w rozdziale 11 (dotyczącym dopuszczalności zawarcia małżeństwa, jego formy, nieważności lub nieistnienia, stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami oraz rozwiązania małżeństwa), sugerujące, że ograniczenie zakazu stosowania przepisów prawa obcego nie dotyczyło pozostałych sytuacji lub stosunków, mogących mieć związek z małżeństwem (lub związkiem) homoseksualnym (np. dziedziczenia, adopcji wspólnej, opieki, alimentacji, wpływu na nazwisko lub na stan cywilny czy stosunków filiacyjnych). Ponadto połączenie klauzuli szczegółowej z definicją małżeństwa skłaniało do przyjęcia wniosku, że oba zdania poprawki z art. 54 a wzajemnie się wykluczały¹¹⁵.

Najpoważniejszą wadę zaproponowanej formuły stanowił jednak jej sztywny charakter. Przewidywała ona mechaniczne wyłączenie określonych przepisów prawa obcego bez względu na to, jakie byłyby skutki ich zastosowania w konkretnym przypadku. Tymczasem skutki te mogłyby być obojętne lub wręcz pożądane z punktu widzenia polskiego porządku prawnego. Zastosowanie przepisów obcego prawa mogłoby np. umożliwić

¹¹⁵ Por. uwagi zamieszczone w pkt. 3 niniejszego opracowania.

stwierdzenie nieistnienia lub nieważności małżeństwa (związku) homoseksualnego, natomiast ich zignorowanie stworzyłoby dylemat, czy jeden z małżonków (partnerów) może obecnie wstąpić w nowy związek z osobą przeciwnej płci. Obecne przepisy o stosunkach majątkowych małżeńskich mogłyby pozwolić na sprawiedliwe zaspokojenie wierzyiciela jednego z małżonków z „majątku wspólnego”. Nie budziłyby też pewnie wątpliwości regulacje prawne przewidujące zakaz adopcji wspólnej przez pary homoseksualne albo regulacje odsyłające — w zakresie stosunków majątkowych między partnerami — do przepisów o współwłasności w częściach ułamkowych.

Celem poprawki z art. 54 a miało być stworzenie luki w przepisach kolizyjnych (zdanie pierwsze) i w przepisach merytorycznych (zdanie drugie poprawki). Luki mają jednak to do siebie, że trzeba je w jakiś sposób wypełniać. O kłopotach związanych z „luką kolizyjną” pisałam w pkt. 3 niniejszego opracowania. Jeszcze poważniejsze wydają się problemy wynikające z luki merytorycznej. Szczegółowa klauzula porządku publicznego może mieć sens w odniesieniu do przepisów zezwalających na zawarcie związku homoseksualnego. Rodzi jednak kłopoty w przypadku przepisów regulujących skutki prawne takich związków (stosunki majątkowe, rozwód, dziedziczenie itd.). Zasadniczo zakaz stosowania przepisów szczególnych obcego prawa oznacza konieczność sięgnięcia do jego regulacji prawnych o charakterze ogólnym, odnoszących się do stosunków najbardziej zbliżonych. Jeżeli przyjąć, że przepisy o związkach homoseksualnych mają charakter przepisów szczególnych w stosunku do przepisów o związkach heteroseksualnych, to do małżeństw osób tej samej płci powinniśmy (*per analogiam*) stosować przepisy o małżeństwach heteroseksualnych, do związków partnerskich gejów zaś — przepisy o związkach partnerskich osób różnej płci. I tak np., niedopuszczalność uwzględnienia obcych przepisów zakazujących adopcji wspólnej lub pozaustrojowego poczęcia w odniesieniu do par homoseksualnych sprawi, że pary te trzeba będzie traktować tak samo, jak małżeństwa lub związki partnerskie heteroseksualne. Stwierdzenia te, poprawne gdy chodzi o sposób funkcjonowania instrumentów chroniących własne *ordre public*, wydają się absurdalne z punktu widzenia celów, jakie chcieli osiągnąć autorzy poprawki z art. 54 a. Uzmysławiają one jednak niebezpieczeństwa związane z tworzeniem sztucznych luk prawnych. O wiele bardziej bezpieczne wydaje się porzucenie na możliwościach, jakie stwarza ogólna klauzula porządku publicznego. Jest ona instrumentem całkowicie wystarczającym.

Idei ochrony własnego *ordre public* dotyczy art. 18 projektu rozporządzenia Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie skutków majątkowych za-

rejestrowanych związków partnerskich¹¹⁶. Podczas gdy w ust. 1 art. 18 zawarto klasyczne sformułowanie wyrażające ogólną klauzulę porządku publicznego, w ust. 2 art. 18 znalazło się stwierdzenie: „Nie można uznać za sprzeczne z porządkiem publicznym państwa sądu orzekającego stosowania normy prawa wskazanego przez niniejsze rozporządzenie **tylko na tej podstawie** [podkr. M.A.Z.], że prawo państwa sądu orzekającego nie przewiduje instytucji zarejestrowanego związku partnerskiego”. Zastrzeżenie to nie stanowi — jak się może na pierwszy rzut oka wydawać — ograniczenia dopuszczalności stosowania klauzuli¹¹⁷. Jest raczej przypomnieniem, że sięgania do niej nie uzasadnia sama tylko abstrakcyjna sprzeczność treści prawa obcego z zasadami własnego *ordre public*. Takie same wnioski wynikają z art. 7 naszej ustawy o p.p.m. z 2011 r. Klauzula szczegółowa zaproponowana w zdaniu drugim poprawki z art. 54 a byłaby niewątpliwie niezgodna z art. 18 projektu rozporządzenia.

W pkt. 25 preambuły do projektu rozporządzenia w sprawie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich zamieszczono wskazówkę, że sądy nie powinny sięgać do klauzuli porządku publicznego, gdyby jej zastosowanie pozostawało w sprzeczności z Kartą praw podstawowych UE, w szczególności z jej art. 21, zakazującym wszelkich form dyskryminacji. Stwierdzenie to wydaje się oczywiste. Zakaz dyskryminacji stanowi także podstawową zasadę polskiego porządku prawnego. Wynika również z wielu wcześniej przyjętych przez Polskę konwencji międzynarodowych. Proponowana w zdaniu drugim poprawki klauzula szczegółowa naruszałaby jednak zakaz, o którym mowa.

5. Związki partnerskie

Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym nie zawiera osobnej normy lub norm kolizyjnych, które dotyczyłyby możliwości zawarcia, formy, unieważnienia, stosunków osobistych i majątkowych czy rozwiązywania związków partnerskich. Problematyka ta jest stosunkowo

¹¹⁶ KOM (2011) 127.

¹¹⁷ Przeciwnie P. Mostowik: *Kwestie kompetencji Unii Europejskiej oraz warunków pomocniczości i proporcjonalności prawodawstwa unijnego na tle projektów rozporządzeń o jurysdykcji, prawie właściwym i skuteczności zagranicznych orzeczeń w majątkowych sprawach małżeńskich i partnerskich*. „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011, nr 3 (31), s. 25.

nowa, a w doktrynie, także polskiej¹¹⁸, ścierają się bardzo różne poglądy na temat trafności możliwych sposobów wskazania prawa właściwego. Sytuacja nie dojrzała do regulacji ustawowej. Prawo kolizyjne rozwija się zresztą we własnym tempie i nie musi od razu (albo wcale) reagować na zmiany zachodzące w prawach merytorycznych poszczególnych państw. Ponadto związki partnerskie nie należą do tak ważnych stosunków cywilnoprawnych, aby stworzenie dla nich osobnej normy kolizyjnej jawiło się jako zadanie pierwszoplanowe. Wystarczy, jeżeli zostaną one wkomponowane w system istniejących norm kolizyjnych obecnej ustawy. Można rozważać jednolite podporządkowanie wszystkich typów partnerstwa albo zróżnicowanie ich zaszeregowania ze względu na ich charakter. Wybierać można zwłaszcza między stosowanymi odpowiednio normami kolizyjnymi dotyczącymi małżeństwa a art. 67 ustawy, który przewiduje — w braku wskazania prawa właściwego dla danego stosunku w ustawie, umowach międzynarodowych i prawie UE — właściwość prawa państwa, z którym stosunek ten jest najściślej związany. Nie jest także wykluczone powstanie jakiejś (choćby szczątkowej) regulacji unijnej. Trwają prace nad rozporządzeniem Rady w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych w zakresie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich¹¹⁹.

Kolizyjnoprawne zaszeregowanie związków partnerskich, podobnie jak znalezienie optymalnego powiązania z prawem dla nich właściwym, sprawia trudności przede wszystkim z powodu znacznego zróżnicowania ich charakteru w prawach merytorycznych poszczególnych państw. Na ogół wyróżnia się dwa zasadnicze modele związków partnerskich: związki typu instytucjonalnego, zbliżone do małżeństwa¹²⁰, oraz związki typu kontraktowego¹²¹, niezmierzające do stworzenia więzi rodzinnej między

¹¹⁸ K. Bagan-Kurluta: *Stosowanie klauzuli...*, s. 227 i nast.; M. Pilich: *Związki quasi-małżeńskie...*, s. 84 i nast.; P. Twardoch: *Kolizyjnoprawna regulacja rejestrowanych związków partnerskich we Francji i Belgii*. PPPM 2010, T. 7, s. 109 i nast.; P. Mostowik: *Jak nie ujednolicać międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego, czyli o projektach rozporządzeń unijnych dotyczących majątkowych ustrojów małżeńskich i skutków związków partnerskich*. EPS 2011, nr 11, s. 12 i nast.; Idem: *Kwestie kompetencji...*, s. 21 i nast.; A. Dorabialska: *Uznanie stosunku...*, s. 60 i nast. Por. także P. Šarčević: *Private International Law Aspects of Legally Regulated Forms of Non-Marital Cohabitation and Registered Partnerships*. YPIL 1999, vol. 1, s. 37 i nast.

¹¹⁹ KOM (2011) 127.

¹²⁰ Model ten, powstały w Danii w 1989 r., przyjęto w krajach skandynawskich, w Austrii, Niemczech i Szwajcarii, Holandii, na Węgrzech, w Słowenii, w Wielkiej Brytanii i Irlandii.

¹²¹ Wprowadzone w Belgii w 1998 r. i we Francji w 1999 r. (choćż francuska nowelizacja z 2007 r. zbliża partnerstwo do małżeństwa). Model kontraktowy przyjęto także w Luksemburgu i w niektórych regionach Hiszpanii.

partnerami. Czasami regulacje prawne obejmują na równi związki hetero-, jak i homoseksualne, kiedy indziej są one odmienne dla obu rodzajów związków¹²². Partnerstwo homoseksualne zbliżone jest do małżeństwa, natomiast partnerstwo heteroseksualne, stanowiąc konkurencję dla instytucji małżeństwa, ma charakter kontraktowy. Niekiedy przepisy, o których mowa, regulują wyłącznie związki rejestrowane, kiedy indziej — także związki faktyczne. Na podziały te nakładają się w niektórych krajach małżeństwa homoseksualne¹²³, które w stosunku do osób tej samej płci zastąpiły instytucję związków partnerskich. Stan prawny w dziedzinie związków partnerskich nie jest zresztą utrwalony. Trwa spór o rozumienie zadań państwa w tym zakresie. Zdaniem jednych, należy respektować autonomię partnerów¹²⁴, którzy — odmawiając zawarcia małżeństwa — tym samym odrzucają związaną z nim ochronę prawną. Zdaniem innych, wybór odmiennej formy współżycia nie oznacza rezygnacji z wszelkiej ingerencji państwa. Prawo powinno chronić także owe odmienne formy współżycia, łącząc z ich zaistnieniem określone skutki prawne¹²⁵.

Przyjmowane w poszczególnych krajach rozwiązania kolizyjne nierzadko stanowią odbicie własnego ujęcia materialnoprawnego. Gdy związki partnerskie mają charakter instytucjonalny, na gruncie kolizyjnym proponuje się odpowiednie stosowanie do nich norm kolizyjnych dotyczących małżeństwa¹²⁶. Natomiast w krajach, w których związki partnerskie przypominają bardziej kontrakty niż instytucję prawa rodzinnego, preferuje się raczej, i to w odniesieniu do obu typów partnerstwa, jednolite poddanie istnienia i ważności związku, jak również jego treści i rozwiązania prawu miejsca jego (pierwszej) rejestracji¹²⁷.

¹²² W Wielkiej Brytanii reżim partnerstwa rejestrowanego (*Civil Partnership Act* 2004) dotyczy związków homoseksualnych; przewiduje się jednak przyjęcie regulacji prawnej także dla związków heteroseksualnych (por. opis różnych form partnerstwa jako kombinacji idei autonomii oraz idei ochrony instytucjonalnej, R. Probert: *The Treatment of Cohabitants in England and Wales: Autonomy or Imposition?* In: *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*. Eds. A.L. Verbeke, J.M. Scherpe, Ch. Declerck, T. Helms, P. Senaeve. Cambridge—Antwerp—Portland, Liber Amicorum Walter Pintens, 2012, s. 1131 i nast.).

¹²³ Małżeństwa homoseksualne, jeśli chodzi tylko o kraje europejskie, dopuszczono: w Holandii (od 1.04.2001 r.), Belgii (od 30.01.2003 r.), Hiszpanii (od 2.07.2005 r.), Norwegii (od 11.06.2008 r.), Szwecji (od 1.04.2009 r.), Portugalii (od 17.05.2010 r.), Islandii (od 27.06.2010 r.), Francji (2013). Rozważa się ich dopuszczenie także w Słowenii i Albanii.

¹²⁴ Autonomia ta nie dotyczy partnerów homoseksualnych, chyba że odpowiednie prawo właściwe zezwala im na zawieranie zarówno małżeństw, jak i związków partnerskich.

¹²⁵ R. Probert: *The Treatment...*, s. 1133 i nast.

¹²⁶ Tak w Szwajcarii, Holandii, Austrii, w krajach skandynawskich i na Węgrzech.

¹²⁷ Tak we Francji i w Niemczech. W Belgii art. 60 kodeksu p.p.m. nie dotyczy partnerstwa instytucjonalnego rodzącego więc podobną do małżeństwa.

Oba rozwiązania mają swoje wady i zalety. Odpowiednie stosowanie norm kolizyjnych dotyczących małżeństwa może prowadzić do kłopotliwych napięć w przypadku, gdy prawa właściwe dla poszczególnych aspektów partnerstwa (dopuszczalności zawarcia, formy, stosunków osobistych i majątkowych, rozwiązania) zawierają niedające się usunąć sprzeczności, podczas gdy łącznik miejsca rejestracji zapewnia istnienie spójnej regulacji materialnoprawnej¹²⁸. Odpada dzięki temu konieczność ewentualnego poszukiwania substytutów partnerstwa w systemach prawnych, które nie znają związków partnerskich, jak też niebezpieczeństwo, że takim substytutem okaże się małżeństwo. Łącznik miejsca rejestracji może być natomiast przypadkowy¹²⁹, podobnie jak przypadkowe stało się dziś miejsce zawarcia małżeństwa, utworzenia spółki czy zawarcia umowy w formie aktu notarialnego. Niekoniecznie prowadzi on do zastosowania prawa, z którym związana jest oceniana kwestia, to jest do prawa państwa, na obszarze którego związek partnerski rzeczywiście funkcjonuje. Możliwe jest także różne rozumienie rejestracji (powstania) związku. Za wadę bądź zaletę (zależnie od podejścia) uznaje się to, że łącznik miejsca rejestracji zapewnia (albo wręcz wymusza) respektowanie związku partnerskiego w innych krajach¹³⁰, co z jednej strony zmniejsza niebezpieczeństwo zawierania „ułomnych” związków partnerskich¹³¹,

¹²⁸ Takich samych argumentów używają zwolennicy amerykańskich koncepcji określanych mianem *better-rule*. Istnienie w danym prawie merytorycznym „lepszego, bardziej nowoczesnego, wyspecyfikowanego” regulacji prawnej powinno przesądzić wątpliwości na rzecz właściwości tego prawa. W Europie tradycyjnie odrzuca się metody *a posteriori*, opierające się na rozwiązaniach typu „skok w ciemność”. Norma kolizyjna powinna mieć charakter neutralny, natomiast poszukiwanie sprawiedliwego i słusznego rozwiązania należy wyłącznie do prawa materialnego wskazanego jako właściwe. Znalezienie takiego rozwiązania jest możliwe na tle każdego, choćby najbardziej prymitywnego, systemu prawnego, nie można zresztą *a priori* ustalić, który system jest lepszy, bardziej nowoczesny, sprawiedliwy lub racjonalny (por. np. krytykę H. Batiffola: Głosa do orzeczenia *Cour de Cassation* z 29 października 1974 r. w sprawie *National Commercial Bank c. soc. Enterprise Jean Lefebvre*. *Rev. crit.* 1976, N° 1, s. 91—93, w którym sędziowie uznali prawo francuskie za właściwe z tego powodu, że jest ono lepiej rozwinięte od prawa Arabii Saudyjskiej; por. także Idem: *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*. „Recueil” 1973, vol. 2, s. 103).

¹²⁹ O swoistej turystyce w celu zawarcia związku partnerskiego pisze P. Mostowik: *Kwestie kompetencji...*, s. 23. Przeciwnie A. Dorabalska: *Uznanie stosunku...*, s. 61, przyp. 31: „[...] poza niemieckim systemem prawnym, porządku państw europejskich pozwalają na rejestrację związków przez osoby powiązane z danym systemem przez miejsce zamieszkania lub obywatelstwo”, [...] „podejście to pozwala również na uwzględnienie [...] autonomii woli stron [...]”.

¹³⁰ P. Mostowik (*Kwestie kompetencji...*, s. 23—24) traktuje to jako wadę łącznika miejsca rejestracji.

¹³¹ Por. propozycję jednolitego poddania różnych aspektów małżeństw ułomnych prawu miejsca ich powstania, krytykowaną przez A. Mączyńskiego: *Rozwód...*, s. 52, jako

z drugiej jednak wydaje się niezgodne z duchem¹³² art. 9 Karty praw podstawowych oraz art. 12 Konwencji Praw Człowieka. Przypomina myślenie w kategoriach metody „uznawania” stosunków powstałych pod rządami jednego prawa przez inne systemy prawne, w kształcie stworzonym przez prawo państwa ich pochodzenia, która to metoda przeciwstawiana jest systemowi neutralnej lokalizacji ocenianej kwestii.

Zalety obu rozwiązań mogą być wykorzystane w ramach elastycznej formuły „prawa najściślej związanego”, przyjętej w art. 67 nowej ustawy z 2011 r. Elastyczne sposoby wskazania prawa właściwego sprawdzają się szczególnie w przypadku stosunków, które dopiero się rozwijają, i których rozwój jest tak bardzo zróżnicowany. *De lege lata* wykorzystanie art. 67 ustawy wydaje się więc rozwiązaniem optymalnym, z zastrzeżeniem pierwszeństwa ewentualnych, przyszłych przepisów prawa UE lub ratyfikowanych konwencji. Formuła „najściślejszego związku” pozwala dostosować decyzję w kwestii prawa właściwego do charakteru konkretnego związku partnerskiego.

Poszukując prawa najściślej związanego, trzeba, jak sędzę, wyważyć dwa, czasami sprzeczne, zalecenia. Powinno to być prawo państwa, na obszarze którego związek partnerski rzeczywiście funkcjonuje, ale także prawo, które pozwoli nadać mu merytoryczny sens¹³³ zgodny z oczekiwaniami partnerów. W przypadku związków instytucjonalnych, zbliżonych do małżeństwa, prawa właściwego można poszukiwać w podobny sposób, jak to ma miejsce w przypadku poszczególnych aspektów małżeństwa (istnienia, ważności formalnej i materialnej, stosunków osobistych i majątkowych, rozwiązania). Natomiast związki rejestrowane typu kontraktowego mogą być w całości poddane — w zależności od okoliczności konkretnego przypadku — prawu miejsca ich powstania (rejestracji) albo prawu wspólnego domicylu lub zwykłego pobytu partnerów, jeżeli miejsce rejestracji było czysto przypadkowe.

Przedmiotem wątpliwości będzie również zakres reguł kolizyjnych dotyczących związków partnerskich. Reguły tworzone *per analogiam*

nadmierne i nieuzasadnione rozszerzenie zakresu stosowania tego prawa. Nie zawsze też łatwo jest wskazać prawo odpowiedzialne za powstanie małżeństwa. Samo miejsce jego zawarcia nie wydaje się tu najważniejsze (*ibidem*).

¹³² Ale już nie z literą tych przepisów, dotyczą one bowiem tylko małżeństwa.

¹³³ Stwierdzenie to jest kontrowersyjne. Z reguły uważa się, że proces poszukiwania prawa „najściślej związanego” nie obejmuje porównania treści zaangażowanych porządków prawnych. Nie ma znaczenia, który z nich zawiera „lepsze” normy prawne, przewiduje bogatszą, lepiej dostosowaną na potrzeby danego stosunku regulację normatywną. Niemniej jednak fakt istnienia spójnej regulacji materialnoprawnej bywa brany pod uwagę przy wyborze odpowiedniego łącznika na etapie tworzenia sztywnych norm kolizyjnych (np. dla osób prawnych). Czasami też stanowi argument na rzecz kwalifikacji pojęć wedle *legis causae*.

do norm kolizyjnych dotyczących małżeństwa będą miały podobne do nich zakresy zastosowania, natomiast reguły tworzone z myślą o jednolitym prawie właściwym dla całego stosunku partnerstwa obejmą zapewne materialne i formalne przesłanki istnienia i ważności związku, treść partnerskich stosunków osobistych i majątkowych oraz jego rozwiązanie¹³⁴. Swoim własnym statutom podlegać będą natomiast takie samodzielne stosunki czy kwestie związane z partnerstwem, jak: dziedziczenie, stan cywilny i nazwisko, umowa spółki cywilnej partnerów, założona przez nich osoba prawna, czyn niedozwolony wyrządzony drugiemu partnerowi (np. naruszenie jego dóbr osobistych), przedawnienie roszczeń między partnerami, nabycie przez partnera lub partnerów, treść oraz jawność praw rzeczowych, stosunki filiacyjne między partnerem a dzieckiem drugiego partnera, przysposobienie wspólne przez partnerów albo przysposobienie dziecka drugiego partnera, opieka nad drugim partnerem lub jego dzieckiem.

Zgodnie z art. 15 projektu rozporządzenia Rady w zakresie skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich, do oceny owych skutków przewidziano właściwość prawa państwa, w którym związek partnerski został zarejestrowany, nie dopuszczając możliwości dokonania przez strony wyboru innego prawa. Trzeba się więc liczyć z tym, że rozporządzenie to, o ile wejdzie w życie, w swoim zakresie działania pozbawi znaczenia rozwiązania kolizyjne przyjmowane na podstawie polskiej ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym.

Projekt rozporządzenia dotyczy związków partnerskich rozumianych jako: 1) związki cywilne, 2) dwóch (nie więcej) osób (obojętne jakiej płci), 3) usankcjonowane prawem (a więc nie związki faktyczne), 4) podlegające rejestracji przez 5) organ władzy publicznej. Nie ma natomiast znaczenia konkretny kształt i charakter związku partnerskiego.

Norma kolizyjna z art. 15 projektu rozporządzenia obejmie swym zakresem stosunki majątkowe, rozumiane jako ogół zasad dotyczących stosunków majątkowych między partnerami oraz stosunków między nimi a osobami trzecimi, powstałe w wyniku zarejestrowania związku partnerskiego, w tym kwestie bieżącego zarządzania majątkiem partnerów, jak i ustania tych stosunków w wyniku śmierci partnera, unieważnienia związku partnerskiego albo jego rozwiązania. Z zakresu rozporządze-

¹³⁴ Por. np. art. 60 zd. 2 belgijskiego kodeksu p.p.m. z 2004 r., zgodnie z którym prawu miejsca pierwszej rejestracji podlegają w szczególności warunki ustanowienia „relacji wspólnego pożycia”, jej skutki majątkowe oraz przyczyny i warunki jej ustania. Rejestracja owej „relacji” może nastąpić w Belgii jedynie wówczas, gdy obie strony mają w chwili jej zawarcia swój zwykły pobyt w Belgii (art. 59 zd. 2 belgijskiego kodeksu p.p.m.).

nia (art. 1 projektu) wyraźnie wyłączono skutki cywilnoprawne związku partnerskiego, zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnych partnerów, obowiązki alimentacyjne¹³⁵ oraz darowizny¹³⁶, dziedziczenie między partnerami¹³⁷, spółki przez nich zawarte, jak również prawa rzeczowe obciążające przedmioty majątkowe oraz ich jawność.

Trudnym do rozwiązania problemem wydaje się kwalifikacja więzi osobistych i majątkowych powstających między partnerami w związkach faktycznych (konkubinatach). Nie dotyczy ich projektowane rozporządzenie unijne. Istnieje pokusa, aby — na tle polskiej ustawy z 2011 r. — poszukiwać dla nich prawa najsilniej związanego (przez art. 67). Być może jednak właściwsze będzie traktowanie konkubentów jak osoby sobie obce. Kolizyjnoprawne zaszeregowanie powstających między nimi więzi zależy będzie od ich charakteru i treści. Mogą to być umowy obligacyjne (np. darowizny *inter vivos*, umowy o wsparcie typu alimentacyjnego, umowy spółki cywilnej) albo stosunki prawnorzeczowe (np. dotyczące współwłasności, podziału *quoad usum* lub zarządu).

¹³⁵ Podlegające Rozporządzeniu (WE) nr 4/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń oraz współpracy w zakresie zobowiązań alimentacyjnych (Dz. Urz. UE 2009 L 7/1).

¹³⁶ Podlegające przepisom rozporządzenia Rzym I.

¹³⁷ Dziedziczenie partnera podlega statutowi spadkowemu. Por. w tym względzie art. 23 lit. b Rozporządzenia 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. UE L 201/107).