

KAROLINA SONDEL-MACIEJEWSKA

Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Zawieranie przez obywateli polskich jedнопłciowych związków małżeńskich i partnerskich za granicą a ich skutki na terenie RP

Abstract

Same-Sex Marriage and Register Partnership Performed abroad and their Effects in Poland under Polish Law

According to art. 18 of the Constitution of the Republic of Poland the term “marriage” refers only to a legal union between man and woman. That constitutional and system-wide rule prohibits legalization of any same-sex marriage or registered partnership in Poland. Therefore Polish citizens of homosexual orientation get married or make registered partnerships in several countries where it is allowed. However, these unions remain not recognised in Poland, because of incompatibility of such recognition with the public policy of the state.

Keywords: registered partnership, marriage, same-sex marriage, Constitution of the Republic of Poland, policy clause, transcription of acts of civil status in Poland

Słowa kluczowe: zarejestrowany związek partnerski, małżeństwo, małżeństwo homoseksualne, Konstytucja RP, klauzula porządku publicznego, transkrypcja aktu stanu cywilnego w Polsce

Tylko w XX w. w Europie stosunek społeczeństwa do homoseksualizmu¹ ulegał głębokim przemianom – począwszy od penalizacji stosunków jedнопłciowych poprzez

¹ Termin „homoseksualizm” został użyty po raz pierwszy w 1869 r. przez pisarza i tłumacza węgierskiego Karla Marię Kertberry’ego (1824–1882), jako reakcja na § 175 pruskiego kodeksu karnego, który przewidywał karę do dwóch lat więzienia za stosunki seksualne między mężczyznami (o kobietach nie wspominał); Kertberry bezskutecznie domagał się jego uchylecia. Przepis ten został włączony do niemieckiego kodeksu karnego w 1871 r. i obowiązywał do 1967 r. w NRD oraz do 1969 r. w RFN. Pojęcie homoseksualizmu rozpowszechniło

represje i fizyczną eksterminację², a następnie społeczną obojętność, przyzwolenie, tolerancję, aż po ich całkowitą akceptację³. Za postępującą zmianą mentalności obyczajowej i światopoglądowej ludzi nastąpiły stosowne (i coraz dalej idące) zmiany legislacyjne. Ich pierwotnym i niewątpliwie słusznym celem było wprowadzenie zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Kolejnym postulatem (dodajmy, że w wielu państwach na świecie już zrealizowanym) było objęcie regulacją prawną wzajemnych praw i obowiązków par żyjących w związkach jedнопłciowych. Za dalszy etap należy uznać starania o całkowite zrównanie praw osób homo- i heteroseksualnych w zakresie zawierania małżeństw i – co jest tego naturalną konsekwencją – przyzobienia dzieci oraz dostępu do technik wspomaganego rozrodu.

Najczęściej wybraną formą pożycia na świecie (także w państwach członkowskich Unii Europejskiej) pozostaje cywilne małżeństwo kobiety i mężczyzny, ale coraz więcej systemów prawnych dopuszcza obecnie zawieranie związków o innej strukturze podmiotowej i innym reżimie prawnym. Pierwszym państwem na świecie, które umożliwiło parom tej samej płci prawną instytucjonalizację⁴ związku, była Dania, uchwalając w 1989 r. ustawę o zarejestrowanym partnerstwie. Wkrótce potem w ślad poszli ustawodawcy innych państw Europy. Były to kolejno: Szwecja (w 1995 r.), Islandia (w 1996 r.), Francja (w 1999 r.), Niemcy (w 2001 r.), Portugalia (w 2001 r.), Finlandia (w 2002 r.), Luksemburg (w 2004 r.), Wielka Brytania (w 2005 r.), Słowenia (w 2005 r.), Andora (w 2005 r.), Czechy (w 2006 r.), Szwajcaria (w 2007 r.), Węgry (w 2009 r.), Austria (w 2010 r.), Irlandia (w 2011 r.), Liechtenstein (w 2011 r.), Malta (w 2014 r.), Słowenia (w 2015 r.), Estonia (w 2016 r.) i Włochy (w 2016 r.)⁵.

O krok dalej jako pierwsza poszła Holandia, przyznając osobom tej samej płci prawo zawarcia związku małżeńskiego w 2001 r.⁶ Jako kolejne na to samo zdecydowały się:

się w środowiskach medycznych i naukowych pod koniec XIX w. Zob. G.E. Haggerty, *Gay Histories and Cultures. An Encyclopedia*, New York–London 2000, s. 451 i n.

² Taką politykę wobec osób homoseksualnych prowadziła III Rzesza w latach 1935–1945. Większość państw europejskich zniosła karalność stosunków homoseksualnych w drugiej połowie XX w. Według danych organizacji pozarządowych stosunki homoseksualne nadal są ścigane w ponad 70 krajach. W Arabii Saudyjskiej, Iranie, Mauretanii, Pakistanie, Sudanie, Jemenie i kilku stanach na północy Nigerii jest to przestępstwo zagrożone karą śmierci, por. http://ilga.org/downloads/02_ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2016_ENG_WEB_150516.pdf (dostęp: 30.11.2016).

³ Na ten temat zob. D. Majka-Rostek, *Związki homoseksualne. Studium socjologiczne*, Warszawa 2008.

⁴ Termin „instytucjonalizacja” oznacza instytucjonalizację prawną (można też mówić o „instytucjonalizacji przez prawo”), czyli wprowadzenie regulacji prawnej dotyczącej omawianej relacji. Raczej nietrafne jest określenie „legalizacja”, które może sugerować usunięcie stanu niezgodnego z prawem. Por. B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, z. 2, s. 360. W literaturze wyrażono też opinię, że możliwe jest stosowanie terminu „jurydyzacja”, jako „odnoszącego się do transformacji tego, co zasadniczo nie podlega ograniczeniom ze strony prawa w sferę podległą regulacji prawnej”, E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 6, s. 15.

⁵ Zastrzeżenie możliwości zawierania związków partnerskich wyłącznie dla par jedнопłciowych przewidują systemy prawne Austrii, Danii, Finlandii, Niemczech, Irlandii, Zjednoczonego Królestwa, Czech, Słowenii, Szwecji, Węgier i Włoch. W Belgii, Francji, Luksemburgu i Holandii mogą je zawierać także osoby różnych płci.

⁶ Zagadnienie instytucjonalizacji związków partnerskich i małżeństw jedнопłciowych szeroko omawia J. Pawliczak, *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*, Warszawa 2014.

Belgia (w 2003 r.), Hiszpania (w 2005 r.), Kanada (w 2005 r.), RPA (w 2006 r.), Norwegia (w 2009 r.), Szwecja (w 2009 r.), Portugalia (w 2010 r.), Islandia (w 2010 r.), Argentyna (w 2010 r.), Dania (w 2012 r.), Francja (w 2013 r.), Brazylia (w 2013 r.), Wielka Brytania (w 2014 r.), USA (w 2015 r.), Irlandia (w 2015 r.), Finlandia (w 2017 r.), Niemcy (w 2017 r.), Malta (w 2017 r.) oraz Austria (od 2019 r.).

Mimo że w porównaniu do państw Europy zachodniej na terenie RP znacznie wcześniej zniesiono karalność stosunków płciowych pomiędzy osobami tej samej płci⁷ i od tamtej pory relacje homoseksualne nie stanowią naruszenia obowiązujących w Polsce norm prawnych, a dyskryminacja ze względu na orientację seksualną jest wyraźnie zakazana⁸, polski ustawodawca po dziś dzień nie zdecydował się na wprowadzenie jakiegokolwiek kompleksowej formy instytucjonalizacji związków jedнопłciowych⁹. Wszelkie próby zmiany tego stanu rzeczy kończyły się niepowodzeniem¹⁰. Jak dotąd nie wymusił jej suweren¹¹. Ponadto żadna z konwencji międzynarodowych, których stroną jest Polska, nie zawiera w tym względzie postanowień zobowiązujących ustawodawcę do wprowadzenia takich rozwiązań, a RP nie jest do tego zobligowana również przynależnością do organizacji międzynarodowych, w tym Rady Europy i Unii Europejskiej.

⁷ Karalność kontaktów seksualnych pomiędzy osobami tej samej płci zniósł kodeks karny z 1932 r. Nie dotyczyło to jedynie przypadków prostytucji homoseksualnej (zgodnie z art. 207 kodeksu „Kto z chęci zysku ofiarowuje się osobie tej samej płci do czynu nierządnego, podlega karze więzienia do lat 3”). Dla przykładu w Anglii i Walii stosunki jedнопłciowe pomiędzy mężczyznami (kobiety nie były karane), którzy ukończyli 21. rok życia, przestały być penalizowane na mocy ustawy o przestępstwach seksualnych (*Sexual Offences Act 1967*) z 1967 r.

⁸ Konstytucja RP w art. 32 wprowadza do zasad ogólnych obowiązujących w Polsce równość wszystkich wobec prawa oraz zakaz dyskryminacji w życiu społecznym, politycznym i gospodarczym. Z kolei art. 11³ kodeksu pracy zakazuje dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej w zatrudnieniu m.in. z uwagi na orientację seksualną.

⁹ W świetle polskiego prawa partnerom przysługują ograniczone uprawnienia wynikające z istniejących między nimi bliskich stosunków osobistych. Zależą one od „pozostawania faktycznie we wspólnym pożyciu” (art. 691 k.c.), bycia „osobą bliską” (art. 923 § 1 k.c.) lub „najbliższym członkiem rodziny” (art. 446 § 3 i 4 k.c.), por. M. Nazar, *Konkubinat; związek partnerski [w:] System prawa prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 994–1007.

¹⁰ Pierwszy projekt ustawy o zarejestrowanych związkach partnerskich autorstwa Marii Szyszczkowskiej został przedstawiony w 2004 r. (zob. Druk Sejmu RP IV kadencji nr 3664 z 22 grudnia 2004 r.) i zatwierdzony przez Senat, jednak nie wprowadzono go do porządku obrad Sejmu, w związku z czym głosowanie nad nim się nie odbyło (zob. Druk Senatu RP V kadencji nr 942 z 28 kwietnia 2005 r.). Kolejne podejście do tematu uczyniono w 2011 r., składając projekt ustawy o umowie związku partnerskiego (zob. Druk Sejmu RP VI kadencji nr 4418 z 19 maja 2011 r.), który został poddany zdecydowanej krytyce Sądu Najwyższego ze względu na niezgodność z Konstytucją oraz niespójność z całością polskiego systemu prawnego (zob. opinia SN o poselskim projekcie ustawy „O umowie związku partnerskiego”). W styczniu 2013 r. Sejm odrzucił ten i dwa inne projekty ustaw o związkach partnerskich (projekt z 16 lutego 2012 r., zob. Druk Sejmu RP VII kadencji nr 552 oraz projekt z 22 maja 2012 r., zob. Druk Sejmu RP VII kadencji nr 554). Również w głosowaniu 26 maja 2015 r. odrzucono kolejny projekt (zob. Druk Sejmu RP VII kadencji nr 2381 z 29 stycznia 2013 r.). Na temat analizy prawnej projektów zob. M. Łączkowska, *Charakter prawny rejestrowanego związku partnerskiego w świetle polskich projektów regulacji [w:] Związki partnerskie. Debata na temat proponowanych zmian*, red. M. Andrzejewski, Toruń 2013, s. 171–208.

¹¹ Badania opinii publicznej wskazują, że w Polsce poparcie społeczne dla instytucjonalizacji związków jedнопłciowych jest dość niskie; jedynie 33% respondentów akceptuje możliwość sformalizowania relacji jedнопłciowej, a 60% nie zgadza się na nią. Jednocześnie 68% badanych jest przeciwnych zawieraniu małżeństw homoseksualnych, a 87% nie zgadza się na możliwość przysposobienia dzieci przez pary pozostające w homoseksualnym związku. Zob. Centrum Badania Opinii Społecznej, *Komunikat z badań. Stosunek do praw gejów i lesbijek oraz związków partnerskich*, Warszawa, luty 2013, dostępny na stronie internetowej http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_024_13.PDF (dostęp: 30.11.2016).

Artykuł 12 Europejskiej konwencji praw człowieka¹² stanowi wyraźnie, że „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”. Regułę wyrażoną w tym przepisie wielokrotnie potwierdzał Europejski Trybunał Praw Człowieka¹³ i choć w wydanym niedawno orzeczeniu w sprawie *Oliari i inni przeciwko Włochom*¹⁴ odstąpił on od swego dotychczasowego stanowiska, *de facto* nakazując temu państwu prawną instytucjonalizację homoseksualnych związków partnerskich, wątpliwe jest, by mógł te same argumenty przywołać w postępowaniu przeciwko Polsce¹⁵.

Także Unia Europejska nie ma stosownych kompetencji w tym zakresie, a tym samym nie może wymagać tego od ustawodawców państw członkowskich¹⁶. W świetle zasady kompetencji powierzonych, o której mowa w art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 2 TUE¹⁷, prawodawstwo dotyczące materialnego prawa rodzinnego, w tym także przesłanek zawarcia małżeństwa, pozostaje w wyłącznej gestii państw członkowskich. Z kolei Karta Praw Podstawowych UE¹⁸ w art. 9 zatytułowanym „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny” stanowi, że „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw”¹⁹. Wynika z tego, że prawodawca unijny ani nie nakazuje ani nie zakazuje państwom członkowskim instytucjonalizacji związków pomiędzy osobami tej samej płci, ale w pełni szanuje ich suwerenność w tym zakresie²⁰.

¹² Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

¹³ Zob. orzeczenie w sprawach *Shalk i Kopf przeciwko Austrii* z dnia 24 czerwca 2010 r. (sygn. 30141/04) oraz *Gas i Dubois przeciwko Francji* z dnia 15 marca 2012 r. (sygn. 25951/07).

¹⁴ Zob. orzeczenie z dnia 21 lipca 2015 r. (sygn. 18766/11 i 36030/11), które stało się ostateczne na mocy art. 44 § 2 lit b EKPCz z dnia 21 października 2015 r. Zdanie odrębne do wyroku złożyło trzech sędziów. Zwraca uwagę, że prawo do zawierania związków partnerskich przez obywateli Włoch ETPCz wyprowadził nie z art. 12, ale z art. 8 EKPCz, w którym mowa o prawie do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

¹⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka powoływał się m.in. na sondaże opinii publicznej we Włoszech, z których wynikać miało poparcie większości obywateli Włoch dla przyjęcia takiego ustawodawstwa (w Polsce poparcie opinii publicznej dla instytucjonalizacji związków partnerskich par jednopłciowych jest znacząco niższe, zob. przyp. 11) oraz symboliczną, niewywołującą żadnych skutków prawnych możliwość rejestracji jednopłciowych związków partnerskich w niektórych włoskich gminach (podczas gdy w RP nie prowadzi się żadnych rejestrów związków homoseksualnych, nawet do celów statystycznych).

¹⁶ Nie oznacza to, że nie podejmuje żadnych kroków w tym kierunku, jest to jednak zagadnienie wykraczające poza ramy niniejszego artykułu.

¹⁷ Zgodnie z art. 4 ust. 1 TUE wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich, natomiast w myśl art. 5 ust. 2 TUE Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez Państwa Członkowskie w Traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów.

¹⁸ Karta Praw Podstawowych jest opublikowana w Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569 (s. 15621–15636), a także w Dz.Ur. UE, C 83 z 30 marca 2010 r., s. 389–403. W Dz.U. z 2009 r. na s. 15637–15655 opublikowane zostały również „Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych”, o których mowa w art. 6 ust. 1 akapit 3 TUE. Mają być one „należycie uwzględniane” przy interpretacji postanowień Karty.

¹⁹ W wersji angielskiej przepis ten brzmi: „The right to marry and to found a family shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights”.

²⁰ W art. 51 ust. 2 Karty potwierdzono natomiast zasadę wynikającą z art. 4 ust. 1 TUE: „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach”. Zob. C. Mik. *Karta Praw*

Z przytoczonych przepisów wynika więc jasno, że ustawodawca państwa członkowskiego UE nie ma obowiązku stanowienia prawa regulującego zawieranie związków jednopłciowych²¹. Sama okoliczność, że wraz z zachodzącymi w jednym państwie zmianami społecznymi nadano ramy prawne nieregulowanej dotychczas relacji międzyludzkiej, a znaczenie „małżeństwa” przypisano całkiem nowej instytucji, na pewno nie może zobowiązywać do tego innych państw członkowskich²². Nie jest to w końcu jedyna dziedzina, w której występują pomiędzy nimi różnice legislacyjne.

Co ważniejsze, za przekonujący należy uznać pogląd, iż w świetle obowiązującej ustawy zasadniczej instytucjonalizacja związków innych niż małżeństwo kobiety i mężczyzny jest w ogóle niemożliwa. Zgodnie bowiem z art. 18 Konstytucji RP: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Wprowadzeniu do ustawy zasadniczej postanowienia tej treści towarzyszyła ze strony jej twórców kategoryczna wola, by zapobiec możliwości wprowadzenia do polskiego systemu prawnego ewentualnych regulacji dotyczących homoseksualnych związków małżeńskich²³. Różnica płci małżonków zyskała tym samym rangę zasady konstytucyjnej. Ustrojodawca polski wykazał się tu zaskakującą dalekowzrocznością. Skutkiem tego

*Podstawowych Unii Europejskiej. Zagadnienia podstawowe [w:] Traktat nicejski, red. A. Podraza, Lublin 2011, s. 71, 81–83. Pewne obawy o zachowanie istniejącego stanu rzeczy wiązano z wejściem w życie traktatu lizbońskiego w grudniu 2009 r., który spowodował nadanie Karcie Praw Podstawowych wiążącej mocy prawnej. Doprowadziły one do przystąpienia przez Polskę (obok Zjednoczonego Królestwa) do Protokołu nr 30 w sprawie stosowania Karty Praw Podstawowych do Polski i Zjednoczonego Królestwa (Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569, s. 15347–15348; Dz.Urz. UE, C 83 z 30 marca 2010 r., s. 313–314). To zastrzeżenie doktryna uznawała za niepotrzebne, także z uwagi na literalne brzmienie art. 9 Karty. Por. K. Kowalik-Bañczyk, *Konsekwencje przyjęcia protokołu polsko-brytyjskiego dotyczącego stosowania Karty Praw Podstawowych [w:] Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym, red. A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 142–143 oraz R. Kownacki, Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa? [w:] Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym, red. A. Wróbel, Warszawa 2009, s. 387 i 390.**

²¹ Na ten temat zob. P. Mostowik, *Brak „strasburskiego” bądź „luksemburskiego” obowiązku instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci oraz regulacji związku partnerskiego kobiety i mężczyzny [w:] Związki partnerskie..., s. 209–242; tenże: Kilka uwag o ochronie małżeństwa na tle Konstytucji i prawa międzynarodowego [w:] Wokół problematyki małżeństwa w aspekcie materialnym i procesowym, red. J. Łukasiewicz, A. Arkuszewska, A. Kościółek, Toruń 2017, s. 40–61.*

²² Z pozostałych państw Unii Europejskiej instytucjonalizacji związków jednopłciowych nie przewidują systemy prawne Bułgarii, Litwy, Łotwy, Rumunii i Słowacji.

²³ Pierwotny projekt Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego z 16 stycznia 1997 r. nie przewidywał definicji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Eksperti KKZN wyrażali przekonanie, że takie uściślenie nie jest potrzebne. Jak argumentował P. Winczorek: „Rozumiem, że chodzi o to, by wykluczyć inne małżeństwa niż związek kobiety i mężczyzny. Czy jednak inny związek mógłby być nazwany małżeństwem? Jest to bowiem pojęcie zastane, funkcjonujące w kulturze prawnej od czasów rzymskich. Jeśli więc trzymać się pojęć zastanych, to nie sądzę, aby mogło być małżeństwo inne niż między mężczyzną a kobietą”. Zob. *Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn, Warszawa 1995, s. 31.* Twórcy Konstytucji zareagowali niniejszym na przemiany, które zaczęły w tamtym czasie zachodzić w państwach europejskich, zresztą żadna inna okoliczność nie tłumaczy decyzji ustrojodawcy o zamieszczeniu sformułowania o tak zdecydowanej treści. Zob. A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych [w:] Związki partnerskie..., s. 72.*

na gruncie naszego prawa poprzez zastany termin „małżeństwo” można rozumieć jedynie związek jednej kobiety i jednego mężczyzny²⁴.

Trybunał Konstytucyjny, badając zgodność z Konstytucją traktatu akcesyjnego, podkreślił z kolei, że: „Małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym RP odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji określonych w art. 235 tego aktu. W żadnym wypadku, także ze względów formalnoprawnych, zmiana charakteru czy statusu małżeństwa w polskim systemie konstytucyjnym nie mogłaby przyjąć formy ratyfikowanej umowy międzynarodowej (nawet ratyfikowanej w sposób kwalifikowany)”²⁵.

Warto zwrócić uwagę na to, że art. 18 został zamieszczony w rozdziale I Konstytucji RP dotyczącym podstaw ustroju Rzeczypospolitej (a nie w rozdziale II, w którym unormowano wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela)²⁶. Nie zostały tam natomiast uregulowane inne zasady małżeńskie, jak np. zasada monogamii lub swobody zawarcia małżeństwa. Oznacza to, że zasada różnicy płci małżonków ma charakter nie tylko konstytucyjny, ale wręcz ustrojowy²⁷. Ciężko zatem odeprzeć twierdzenie, że zawarcie na terenie Polski małżeńskiego czy *quasi*-małżeńskiego związku jedнопłciowego jest nie tylko w świetle prawa niemożliwe z uwagi na brak stosownej regulacji w naszym systemie prawnym, ale wręcz zakazane i to zakazane przez akt prawny najwyższego rzędu – Konstytucję. Zgodnie z obowiązującą ustawą zasadniczą nie można zatem nadawać uprzywilejowanego charakteru małżeństwa związkom jedнопłciowym, podobnie zresztą jak i innym niż małżeństwo związkom kobiety i mężczyzny²⁸. Konstytucyjna ochrona małżeństwa polega zatem na nieprzyznawaniu innym związkom takich samych uprawnień i obowiązków jak te, które przysługują małżonkom²⁹. Dotyczy to zarówno małżeństw homoseksualnych, jak i rejestrowanych związków partnerskich, zarówno jedno-, jak i różнопłciowych. Należy tu zarazem wskazać, iż nie oznacza to, że z tak rozumianej konstytucyjnej ochrony małżeństwa wynikają jakiegokolwiek sankcje karne.

²⁴ Na to, że termin „małżeństwo” jest pojęciem zastanym, już od czasów Cesarstwa Rzymskiego oznaczającym związek kobiety i mężczyzny, oprócz P. Winczorka (zob. przypis powyżej) zwracają uwagę m.in.: B. Banaszkiewicz „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2013, z. 3, s. 597 i n.; A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 765; T. Smyczyński, *Małżeństwo – konkubinaty – związek partnerski* [w:] *Związki partnerskie...*, s. 72.

²⁵ Wyrok z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK ZU A, 2005 poz. 49.

²⁶ Ostateczna decyzja o umieszczeniu przepisu tej treści w I rozdziale Konstytucji zapadła na końcowym etapie prac nad jej tekstem na wniosek ówczesnej posłanki UW H. Suchockiej. Zob. *Posiedzenie podkomisji stałych Komisji Konstytucyjnej z 9 października 1996 r.*, „Biuletyn KKZN” 1996, nr 39, s. 128–130.

²⁷ A. Mączyński, *Opinia w sprawie zgodności projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, opublikowana na stronie internetowej Biura Prasowego Kancelarii Sejmu pod adresem: <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1277> (dostęp: 30.11.2016).

²⁸ Por. L. Garlicki, *Artykuł 18, Uwaga 5* [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, s. 3.

²⁹ Jak słusznie wskazuje 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” 2011, z. 3, s. 31.

Korzyści homoseksualistów wynikające ze sformalizowania związków – w sferze zarówno ekonomicznej, podatkowej, jak i symbolicznej – nie budzą jednak wątpliwości, inaczej przecież nie zabiegaliby oni o przyznanie im tego przywileju. W obliczu niemożności dokonania tego w Polsce, zdarza się, iż obywatele polscy czynią to poza granicami ojczystego kraju w państwach, których ustawodawcy na to zezwalają (regulacje dotyczące związków osób tej samej płci w poszczególnych systemach prawnych raczej nie stawiają wymogu, aby obie osoby zawierające taki związek miały obywatelstwo danego państwa, często nie wymagają także, by miała je choć jedna z nich)³⁰. Tu jednak powstaje pytanie, czy będą one miały jakiegokolwiek skutki w świetle prawa RP. Z problemem tym, zapewne statystycznie niezbyt częstym³¹, ale o dużym znaczeniu dla rozwoju linii orzeczniczej i przyszłej legislacji, muszą zmierzyć się polskie urzędy i sądy.

Jak wiadomo, instytucji zarejestrowanego związku partnerskiego polski system prawny nie zna³², natomiast kwestie związane z zawarciem za granicą małżeństwa (podobnie jak i inne stosunki z zakresu prawa prywatnego związane z terytorium więcej niż jednego państwa) regulują przepisy ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 4 lutego 2011 r.³³ Zgodnie z art. 48, o możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste³⁴. W przypadku obywateli polskich będzie to zatem prawo polskie, a więc wspomniany art. 18 Konstytucji oraz art. 1 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁵, który stanowi, że do skutecznego zawarcia małżeństwa, niezbędne jest łączne spełnienie trzech przesłanek: różnicy płci przyszłych małżonków, ich jednoczesnej obecności podczas składania oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński oraz odebrania tych oświadczeń przez osobę uprawnioną. Oznacza to, że nawet w przypadku zawarcia przez obywatela RP małżeństwa z osobą tej samej płci w państwie, którego prawodawca na zawieranie takich związków zezwala, zdarzenie to nie wywoła żadnych skutków w świetle prawa polskiego³⁶.

Zasadnicze znaczenie dla oceny tej sytuacji ma zawarta w art. 7 p.p.m. klauzula porządku publicznego, w myśl której prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Występujące w tym przepisie pojęcie „podstawowych zasad porządku prawnego” ma

³⁰ Na ten temat zob. P. Knut, A. Kwaśniewska, J. Lenzion, *Związki osób tej samej płci w Europie*, Warszawa 2015.

³¹ W badaniach najczęściej wskazuje się, że osoby homoseksualne stanowią w danym społeczeństwie ok. 5% populacji. Zob. J. Mizielińska, M. Abramowicz, A. Stasińska, *Rodziny z wyboru w Polsce. Życie rodzinne osób nieheteroseksualnych*, Warszawa 2014, s. 11 i cytowana tam literatura.

³² Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego niedopuszczalne jest stosowanie – także *per analogiam* – przepisów dotyczących prawa małżeńskiego (w tym odnoszących się do wspólności majątkowej), do innych niż małżeństwo relacji, por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNC 1987, nr 1, poz. 2; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 32/00, OSNC 2000, nr 12, poz. 222; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 grudnia 2007 r., IV CSK 301/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 29. Zawarty poza granicami Polski związek partnerski na terytorium RP będzie miał, co do zasady, status „non existens”.

³³ Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432. (dalej w skrócie: p.p.m.).

³⁴ Jeżeli ustalenie treści prawa ojczystego lub obywatelstwa nupturienta jest niemożliwe, a także jeżeli nupturient jest bezpaństwowcem lub uchodźcą, znajduje zastosowanie art. 3 p.p.m., zgodnie z którym decydujące znaczenie ma prawo miejsca zamieszkania, a w razie jego braku – prawo miejsca stałego pobytu.

³⁵ Dz.U. z 1964 r. Nr 9, poz. 59 ze zm.

³⁶ Pojęcie „uznania” w tym wypadku odnosi się do przyjęcia skutków w zakresie stanu cywilnego partnerów.

charakter blankietowy, a jego konkretyzacja następuje w orzecznictwie w trakcie stosowania art. 7 p.p.m. przez sądy. Sąd Najwyższy trafnie scharakteryzował je jako „nie tylko podstawowe zasady ustroju społeczno-politycznego (zasady konstytucyjne), ale także naczelną zasadę rządzącą poszczególnymi dziedzinami prawa, w tym także prawa rodzinnego”³⁷. W chwili obecnej³⁸ nie ulega wątpliwości – i polskie sądy są co do tego zgodne – że należą do nich normy zawarte zarówno w art. 18 Konstytucji, jak i art. 1 k.r.o.³⁹

Reguła wyrażona w tych przepisach musiała więc znaleźć potwierdzenie w ustawie z 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁴⁰, która w art. 76 reguluje tryb wydawania zaświadczeń o braku przeszkód do zawarcia małżeństwa za granicą. Zgodnie z tym przepisem obywatel polski lub zamieszkały w Polsce cudzoziemiec niemający obywatelstwa żadnego państwa może otrzymać zaświadczenie stwierdzające, że zgodnie z polskim prawem może zawrzeć małżeństwo. Wzór zaświadczenia określa załącznik nr 28 do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego⁴¹. Przewiduje on wpisanie do treści zaświadczenia danych przyszłego współmałżonka dotyczących jego nazwiska, imienia (imion), daty urodzenia, miejsca urodzenia, obywatelstwa, a także płci⁴². Zaświadczenie to stanowi dowód stanu cywilnego oraz treści prawa ojczystego, a także oznacza, że osoba ubiegająca się o nie może zawrzeć małżeństwo według prawa ojczystego z osobą w nim wskazaną jako przyszły współmałżonek. Jeżeli będzie to osoba tej samej płci co wnioskodawca, wniosek o wydanie zaświadczenia spotka się z odmową. Oczywiście w praktyce może się zdarzyć i taka sytuacja, że kierownik USC zostanie wprowadzony w błąd co do płci przyszłego współmałżonka (zwłaszcza gdy ten będzie nosił obco brzmiące imię), ale takie zachowanie stanowi złamanie prawa ze wszystkimi tego konsekwencjami⁴³.

W świetle tego przepisu niemożność zawarcia za granicą małżeństwa z osobą tej samej płci przez obywatela polskiego istnieje więc zasadniczo *ex ante*, ale – co z uwagi na dotychczasowe rozważania może wydawać się dziwne – ustawodawca polski pozostawił jednak zainteresowanym otwartą furtkę. W sytuacji odmowy wydania zaświadczenia

³⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 26 lutego 2003 r., sygn. II CK 13/03.

³⁸ Istotą porządku publicznego jest to, że nie jest stały i niezmienny, ale tak jak potrzeby społeczeństwa, ulega zmianom w czasie i przestrzeni, co z kolei przekłada się na odpowiednie zmiany legislacyjne. Zob. M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1961, s. 113 i n.

³⁹ Por. wyrok NSA z dnia 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 14 stycznia 2016 r., III SA/Gd 835/15.

⁴⁰ Dz.U. z 2014 r., poz. 1741 (dalej w skrócie: pr.a.s.c.).

⁴¹ Dz.U. z 2015 r., poz. 194.

⁴² Rzecznik Praw Obywatelskich [zob. wystąpienie do Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 15 marca 2011 r., *Informacja o pracy Rzecznika Praw Obywatelskich, styczeń–marzec 2011*, s. 47 dostępne na stronie internetowej https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Informacja_kwartalna_o_pracy_RPO_styczen_%E2%80%93marzec_2011_r.pdf (dostęp: 30.11.2016)] i Pełnomocnik Rządu do spraw Równego Traktowania [zob. pismo do Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 20 listopada 2013 r. – kopia dostępna na stronie internetowej http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_zaswiadczenia_11_2013.pdf (dostęp: 30.11.2016)] postulowali zmianę obowiązującego wzoru zaświadczenia poprzez usunięcie z jego treści informacji odnoszących się do przyszłego współmałżonka.

⁴³ Powoduje odpowiedzialność karną na podstawie art. 272 k.k.

o braku przeszkód małżeńskich, mogą oni bowiem uzyskać jego substytut w postaci zaświadczenia o stanie cywilnym⁴⁴. Ta niekonsekwencja ustawodawcy w zasadzie umożliwia, a przynajmniej znacząco ułatwia obywatelom polskim wstępowanie za granicą w jedнопłciowe związki małżeńskie, a także partnerskie⁴⁵, mimo iż zarazem nie zmienia faktu, że w świetle prawa RP pozostają one niedopuszczalne. Jeżeli więc homoseksualni małżonkowie lub partnerzy zdecydują się podjąć starania o rejestrację ich związku w Polsce na podstawie wystawionego w innym państwie aktu stanu cywilnego, wniosek taki spotka się z decyzją odmowną na podstawie art. 107 pkt. 3 pr.a.s.c.⁴⁶ Zgodnie z tym przepisem kierownik USC odmawia bowiem dokonania transkrypcji, jeżeli byłaby ona sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Podstawowe zasady, o których mowa w tym przepisie, są tożsame z tymi, o których mowa w art. 7 p.p.m. Klauzula porządku publicznego ma zatem znaczenie nie tylko dla oceny materialnoprawnych skutków zawartego zgodnie z prawem obcym jedнопłciowego małżeństwa, ale – zważywszy na fakt, że zdarzenia cywilnoprawne są podstawą dokonywania wpisów w aktach stanu cywilnego – także do oceny stosowania przepisów, na podstawie których zostało ono zawarte przy sporządzaniu aktu stanu cywilnego i w konsekwencji odmowy jego transkrypcji⁴⁷. W tym miejscu należy także zwrócić uwagę na wzór aktu małżeństwa, wprowadzony na mocy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych⁴⁸, który w części pierwszej, przeznaczonej na dane osób, które zawarły małżeństwo zawiera dwie rubryki: pierwszą oznaczoną jako „mężczyzna” i drugą oznaczoną jako „kobieta”. Transkrypcja aktu homoseksualnego małżeństwa doprowadziłaby do sytuacji kuriozalnej, gdy jeden z mężczyzn zostałby wpisany w rubryce „kobieta” lub odwrotnie. Sporządzenie przez kierownika USC aktu stanu cywilnego tej treści byłoby nie tylko niezgodne z obowiązującym w Polsce porządkiem prawnym, ale mogłoby powodować jego odpowiedzialność karną z tytułu poświadczenia przez funkcjonariusza publicznego nieprawdy⁴⁹.

⁴⁴ Umożliwia to art. 49 pr.a.s.c. Taka alternatywa nie była dopuszczalna na gruncie obowiązującej poprzednio ustawy z 1986 r. (Dz.U. z 1986 r. Nr 36, poz. 180).

⁴⁵ Na ten temat zob. Instytut Ordo Iuris, *Uwagi do rządowego projektu ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego (druk 2620)*, dostępne na stronie internetowej pod adresem: <http://www.ordoiuris.pl/uwagi-dorządowego-projektu-ustawy-prawo-o-aktach-stanu-cywilnego--druk-2620--3471,analiza-prawna.html> (dostęp: 30.11.2016). Z doniesień medialnych wynika, że urzędnicy rzeczywiście proponują takie rozwiązania wnioskującym o wydanie zaświadczenia o możliwości zawarcia małżeństwa za granicą z osobą tej samej płci. Zob. M. Urbaniak, *Osobom homoseksualnym oferuje się obchodzenie prawa. Jakub Urbanik: Dlaczego mam to robić?* – artykuł dostępny na stronie internetowej: http://weekend.gazeta.pl/weekend/1,152121,17717506,Osobom_homoseksualnym_oferuje_sie_obchodzenie_prawa_.html (dostęp: 30.11.2016).

⁴⁶ Możliwość taką wprowadziła ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego z 2014 r. Zgodnie z art. 107 lit. c kierownik USC odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. W poprzednim stanie prawnym stosowano w drodze analogii art. 1146 k.p.c., por. M. Wojewoda, *Transkrypcja aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, z. 4, s. 1114.

⁴⁷ Por. M. Pazdan, *Nowa polska ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 6, s. 28.

⁴⁸ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego, Dz.U. z 2015 r., poz. 194.

⁴⁹ Tak NSA w wyroku z dnia 17 grudnia 2014 r. (sygn. II OSK 1298/13), por. także wyrok WSA w Krakowie z dnia 25 maja 2016 r. (sygn. III SA/Kr 1400/15), wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 kwietnia 2016 r.

Zawarte za granicą jednopłciowe związki małżeńskie lub partnerskie w świetle prawa polskiego mają zatem, co do zasady, charakter *non existens*. Jednocześnie w gruncie rzeczy nic nie stoi na przeszkodzie, by zainteresowani w polskich urzędach i sądach przedstawiali zagraniczny akt stanu cywilnego. Doktryna i orzecznictwo są zgodne, że akt stanu cywilnego sporządzony za granicą ma na terenie Polski taką samą moc dowodową jak polskie akty stanu cywilnego i stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych, nawet gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego⁵⁰. Odpowiedź na pytanie, czy wywoła on jakiegokolwiek skutki na terenie RP w zakresie praw lub obowiązków powinna być oczywiście przecząca, niemniej każda taka sytuacja będzie wymagać oddzielnej analizy i oceny pod kątem zgodności z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP, co zresztą jest utrwaloną regułą przy stosowaniu klauzuli porządku publicznego. W bieżących sprawach życia codziennego, np. w szpitalu czy na poczcie, niewątpliwie decydować będzie głównie dobra wola i życzliwość lekarza czy urzędnika. Na zakończenie tych krótkich z konieczności rozważań warto zwrócić uwagę na to, że może znalezienie rozwiązania właśnie dla tych powszednich problemów powinno być rzeczywistym wyzwaniem dla polskiego ustawodawcy⁵¹.

(sygn. akt II SA/GI 1157/15). Więcej na ten temat zob. P. Mostowik, *O postulatach zaświadczenia przez kierownika urzędu stanu cywilnego o możliwości zawarcia za granicą małżeństwa bez względu na płeć drugiego nupturienta* [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego, własności intelektualnej i prawa prywatnego międzynarodowego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Bogusławowi Gawlikowi*, red. J. Pisuliński, P. Tereszkievicz, F. Zoll, Warszawa 2012, s. 467–486.

⁵⁰ W świetle art. 1138 k.p.c., „zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi”. Przepis ten ma oczywiście zastosowanie wyłącznie do postępowania cywilnego (w myśl art. 1 k.p.c.), ale przyjmuje się stosowanie go w drodze analogii do zagranicznych aktów stanu cywilnego także w innych postępowaniach, w których ustala się stan cywilny. Por. P. Wypych, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, z. 1, s. 189, postanowienie SN z dnia 8 sierpnia 2003 r., V CK 6/02, OSNC 2004/8/131, uchwała 7 sędziów SN z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12.

⁵¹ Na temat braku potrzeby instytucjonalizacji związków partnerskich zob. np. K. Michałowska, *Uzasadnienie braku obowiązku instytucjonalizacji upowszechniających się zjawisk społecznych na przykładzie projektów ustaw dotyczących związków partnerskich*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2014, z. 2, s. 105–121. Godny uwagi wydaje się natomiast pomysł Prezydenta Andrzeja Dudy, który w wywiadzie prasowym wyraził wolę wprowadzenia do polskiego prawa statusu osoby najbliższej. Zob. R. Mazurek, *Jestem energetycznym wampirem*, „Plus Minus” z 31 maja 2015 r. dostępny na stronie internetowej: <http://www.rp.pl/artukul/1204807-Jestem-energetycznym-wampirem.html> (dostęp: 30.11.2016).