



KANCELARIA SENATU
BIURO ANALIZ I DOKUMENTACJI

Opinie prawne
o ustawie z dnia 4 lutego 2011 r.
– Prawo prywatne międzynarodowe
(druk senacki 1111)

OPINIE EKSPERTYZY

OE-168

LUTY 2011

BIURO ANALIZ I DOKUMENTACJI
Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych

**Opinie prawne o ustawie
z dnia 4 lutego 2011 r.
– Prawo prywatne międzynarodowe
(druk senacki nr 1111)**

OPINIE
i
EKSPERTYZY

OE-168

Kancelaria Senatu
Luty 2011

Materiał przygotowany przez Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych
Biura Analiz i Dokumentacji.

Biuro Analiz i Dokumentacji zamawia opinie, analizy i ekspertyzy sporządzone
przez specjalistów reprezentujących różne punkty widzenia.

Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autorów.

Korzystanie z opinii i ekspertyz zawartych w tym zbiorze bez zezwolenia Kancelarii Senatu
dopuszczalne wyłącznie w ramach dozwolonego użytku w rozumieniu ustawy
z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych
(Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.)

i z zachowaniem wymogów tam przewidzianych.

W pozostałym zakresie korzystanie z opinii i ekspertyz wymaga każdorazowego
zezwolenia Kancelarii Senatu.

© Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2011

Biuro Analiz i Dokumentacji

Dyrektor – Agata Karwowska-Sokołowska – tel. 22 694 94 32, fax 22 694 94 28,
e-mail: sokolows@nw.senat.gov.pl

Wicedyrektor – Ewa Nawrocka – tel. 22 694 90 53,

e-mail: nawrocka@nw.senat.gov.pl

Zespół Analiz i Opracowań Tematycznych tel. 22 694 92 04, fax 22 694 94 28

Redaktor prowadzący – Robert Stawicki

Opracowanie graficzno-techniczne, druk i oprawa
Biuro Informatyki, Dział Edycji i Poligrafii

**Opinia prawna na temat zgodności przepisów
zawartych w rozdziale 11
(Sprawy małżeńskie – art. 48–54) uchwalonej przez Sejm
w dniu 4 lutego ustawy
– Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji RP
(druk senacki nr 1111)**

1. Zakresem regulacji ustawy prawo prywatne międzynarodowe objęte są stosunki z zakresu prawa prywatnego związane z więcej niż jednym państwem. W odniesieniu do takich stosunków powszechnie akceptowane są koncepcje równouprawnienia ich podmiotów oraz równego traktowania wszystkich systemów prawnych. Koncepcje te mają fundamentalne znaczenie dla rozwiązań przyjętych w polskim prawie prywatnym międzynarodowym. Wiele jest konsekwencji ich akceptacji, między innymi: wprowadzenie metody wskazywania właściwości prawa za pomocą norm kolizyjnych, brak przyjęcia priorytetu własnego prawa i w końcu – brak możliwości powiązania stosunków prawnych tylko z własnym prawem.
2. W ustawie zawarte są normy kolizyjne. Ich funkcją jest wskazanie prawa właściwego – a więc określenie prawa jakiego państwa dana sytuacja będzie podlegała.
3. Regulacją kolizyjnoprawną posłużono się w projektowanym rozdziale dotyczącym spraw małżeńskich. Rozwiązania w nim zawarte zostały przeniesione z obecnie obowiązującej ustawy, uzupełniając je rozwiązaniami korzystnymi z punktu widzenia praktyki (a więc doprecyzowano pewne określenia, rozszerzono zakres zastosowania niektórych przepisów, zmieniono łączniki, dzięki którym możliwe jest wskazanie właściwości prawa). Różnice między obowiązującym stanem prawnym a zmianami wprowadzonymi przez nową ustawę wykazuje poniższa tabela:

Nowa ustawa	Przepisy obecnie obowiązującej ustawy
Rozdział 11 Sprawy małżeńskie	V. Małżeństwo
Przesłanki zawarcia małżeństwa	Przesłanki zawarcia małżeństwa
Art. 48. O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczy- ste z chwili zawarcia małżeństwa. (przesłanki materialne)	Art. 14. O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w sto- sunku do każdej ze stron jej prawo ojczy- ste. (przesłanki materialne)

<p>Art. 49. 1. Forma zawarcia małżeństwa podlega prawu państwa, w którym jest ono zawierane. 2. Jeżeli małżeństwo zawierane jest poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, wystarczy zachowanie formy wymaganej przez prawo ojczyście obojga małżonków albo przez wspólne prawo miejsca zamieszkania lub zwykłego pobytu małżonków z chwili zawarcia małżeństwa. (przesłanki formalne)</p>	<p>Art. 15. § 1. Forma zawarcia małżeństwa podlega prawu państwa, w którym jest ono zawierane. § 2. Jednakże, gdy małżeństwo jest zawierane poza granicami Polski, wystarczy zachowanie formy wymaganej przez prawa ojczyście obojga małżonków. (przesłanki formalne)</p>
<p>Nieważność, nieistnienie małżeństwa</p>	<p>Nieważność, nieistnienie małżeństwa</p>
<p>Art. 50. O skutkach braku możliwości oraz niezachowania formy zawarcia małżeństwa rozstrzyga odpowiednio prawo, o którym mowa w przepisach art. 48 i art. 49.</p>	<p>Art. 16. Do unieważnienia małżeństwa stosuje się prawo określone w art. 14 i 15.</p>
<p>Skutki zawarcia małżeństwa</p>	<p>Skutki zawarcia małżeństwa</p>
<p>Art. 51. 1. Stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają każdorazem wspólnemu prawu ojczyściemu. 2. W razie braku wspólnego prawa ojczyściego stosuje się prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zamieszkania, a w razie braku miejsca zamieszkania w tym samym państwie - prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zwykłego pobytu. Jeżeli małżonkowie nie mają miejsca zwykłego pobytu w tym samym państwie, stosuje się prawo państwa, z którym małżonkowie w inny sposób są wspólnie najściślej związani. Art. 52. 1. Małżonkowie mogą poddać swe stosunki majątkowe prawu ojczyściemu jednego z nich albo prawu państwa, w którym jedno z nich ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu. Wyboru prawa można dokonać także przed zawarciem małżeństwa. 2. Majątkowa umowa małżeńska podlega prawu wybranemu przez strony zgodnie z przepisem ust. 1. W razie braku wyboru prawa, do majątkowej umowy małżeńskiej stosuje się prawo właściwe dla stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami z chwili zawarcia umowy.</p>	<p>Art. 17. § 1. Stosunki osobiste i majątkowe między małżonkami podlegają ich każdorazem wspólnemu prawu ojczyściemu. Każdorazem wspólne prawo ojczyście stron rozstrzyga także o dopuszczalności zawarcia, zmiany lub rozwiązania majątkowej umowy małżeńskiej. § 2. Stosunki majątkowe wynikające z majątkowej umowy małżeńskiej podlegają wspólnemu prawu ojczyściemu stron z chwili jej zawarcia. § 3. W razie braku wspólnego prawa ojczyściego małżonków prawem właściwym jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zamieszkania, a gdy małżonkowie nie mają miejsca zamieszkania w tym samym państwie, właściwe jest prawo polskie.</p>

<p>3. Dokonując wyboru prawa dla stosunków majątkowych małżeńskich lub majątkowej umowy małżeńskiej wystarczy zachować formę przewidzianą dla majątkowych umów małżeńskich przez prawo wybrane lub prawo państwa, w którym do wyboru prawa doszło.</p> <p>Art. 53.</p> <p>1. Jeżeli małżonek i osoba trzecia będąca wierzycielem mają w chwili powstania zobowiązania miejsce zwykłego pobytu w tym samym państwie, prawo tego państwa stosuje się do oceny skuteczności małżeńskiego ustroju majątkowego wobec osób trzecich, chyba że osoba trzecia w chwili powstania zobowiązania знаła charakter i treść tego ustroju lub przy dołożeniu należytej staranności mogła je poznać albo zostały dopełnione wymagania dotyczące jawności i wpisów przewidziane w prawie właściwym dla małżeńskiego ustroju majątkowego lub – w odniesieniu do praw rzeczowych na nieruchomościach – w prawie państwa, na którego terytorium nieruchomość się znajduje.</p> <p>2. Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio do odpowiedzialności małżonka za zobowiązania zaciągnięte przez drugiego małżonka w sprawach wynikających z zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny.</p>	
<p>Rozwiązanie małżeństwa, separacja</p>	<p>Rozwiązanie małżeństwa, separacja</p>
<p>Art. 54.</p> <p>1. Rozwiązanie małżeństwa podlega wspólnemu prawu ojczystemu małżonków z chwili żądania rozwiązania małżeństwa.</p> <p>2. W razie braku wspólnego prawa ojczyste małżonków właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa miejsce zamieszkania, a jeżeli małżonkowie nie mają w chwili żądania rozwiązania małżeństwa wspólnego miejsca zamieszkania – prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mieli ostatnio miejsce wspólnego zwykłego pobytu, jeżeli jedno z nich ma w nim nadal miejsce zwykłego pobytu.</p> <p>3. W razie braku okoliczności rozstrzygających o właściwości prawa na podstawie przepisów ust. 1 i 2, do rozwiązania małżeństwa stosuje się prawo polskie.</p> <p>4. Postanowienia ust. 1–3 stosuje się odpowiednio do separacji.</p>	<p>Art. 18.</p> <p>Dla rozwodu lub separacji właściwe jest wspólne prawo ojczyste małżonków z chwili wystąpienia z żądaniem rozwodu lub separacji. W braku wspólnego prawa ojczystego małżonków właściwe jest prawo państwa, w którym oboje małżonkowie mają miejsce zamieszkania, a gdy małżonkowie nie mają miejsca zamieszkania w tym samym państwie, właściwe jest prawo polskie.</p>

1. Rozdział dotyczący spraw małżeńskich reguluje materialne i formalne przesłanki zawarcia małżeństwa, skutki braku możliwości oraz niezachowania formy zawarcia małżeństwa, skutki zawarcia małżeństwa oraz rozwiązanie małżeństwa i separację.
2. Najistotniejsze zmiany względem istniejącego stanu prawnego wprowadzono w odniesieniu do skutków małżeństwa, natomiast pozostałe przepisy zostały po prostu zmodyfikowane, w celu usprawnienia ich stosowania w praktyce (również, gdy poszukuje się prawa wspólnego dla obojga małżonków).
3. W związku z powyższym należy zatrzymać się na art. 48 (czyli obecnym art. 14 ustawy z 1965 r.), który odnosi się do tzw. możliwości zawarcia małżeństwa. Pod tym terminem kryją się materialne przesłanki zawarcia małżeństwa – czyli warunki, które nupturient musi spełnić, aby móc zawrzeć związek małżeński (lub inaczej brak okoliczności wykluczających zawarcie małżeństwa). Poddano je prawom ojczystym nupturientów z chwili zawarcia małżeństwa. Na podstawie tych praw należy z osobna ocenić, czy każde z nich może wstąpić w związek małżeński z drugim nupturientem. Oznacza to w praktyce, że jeśli polska obywatelka będzie miała zamiar wstąpić w związek małżeński z obywatelem Republiki Czeskiej – wówczas do oceny jej możliwości zawarcia małżeństwa będzie stosowane prawo polskie, a jego – prawo czeskie. Zmiana jaka została wprowadzona względem obecnie obowiązującej regulacji doprecyzowuje wskazanie właściwości prawa pod względem czasu (a więc chodzi tu o prawo wskazane za pomocą powiązania w postaci obywatelstwa z chwili zawarcia małżeństwa).
4. Nie zmienia się również zakres zastosowania tego przepisu – stosowany jest on do oceny materialnych przesłanek zawarcia małżeństwa – bez względu na to w jaki sposób jest ono definiowane w prawie materialnym jakiegoś państwa. Wobec tego przepis ten odnosi się do małżeństwa w rozumieniu polskich przepisów, ale również do małżeństw inaczej pojmowanych – i regulowanych prawem innych państw (małżeństw homoseksualnych). To samo można powiedzieć o wszystkich przepisach zawartych w rozdziale dotyczącym spraw małżeńskich (a więc regulujących również formę, skutki oraz rozwiązanie małżeństwa).
5. Wątpliwość może powstać w odniesieniu do stosowania tych przepisów do związków formalnych, które małżeństwami nie są. Wynikać może ona z dwóch względów: pierwszym jest sama intencja partnerów pozostających w konkubinacie do ewidentnego odróżnienia swojego związku od małżeństwa, drugim: brak rodzinno-prawnych skutków zawarcia związku partnerskiego.
6. O ile zatem wątpliwości nie budzi stosowanie obecnie obowiązujących przepisów do małżeństw homoseksualnych, taką wątpliwość budzi ich stosowanie do konkubinatów. Zatem gdy wystąpi konieczność rozstrzygnięcia dwóch spraw, jednej dotyczącej małżeństwa homoseksualnego i drugiej – konkubinatu, pierwsza z nich zostanie rozstrzygnięta (za pomocą normy kolizyjnej) a druga nie (gdyż brak jest normy kolizyjnej, którą można zastosować). Wziąwszy pod uwagę również wątpliwości natury moralnej, to rozwiązanie budzi zdziwienie.
7. Ponieważ normy kolizyjne stosowane są do oceny stosunków z elementem zagranicznym (lub inaczej stosunków o charakterze międzynarodowym), to nie można

ograniczać ich zastosowania jedynie do instytucji znanych naszemu prawu. Jeżeli by tak przyjąć, pokaźna ilość spraw nie mogłaby być rozstrzygnięta – oznaczałoby to pozbawienie znacznej grupy osób prawa do sądu (nie chodzi tu tylko o kwestie instytucji szokujących z punktu widzenia ich odbioru społecznego, ale przede wszystkim o instytucje inne niż uregulowane w naszym prawie).

8. Zawarte w ustawie rozwiązanie nie rozstrzygając wspomnianych wyżej wątpliwości, umożliwia jednak rozstrzygnięcie sprawy, która z racji na lukę w ustawie (ale również w innym źródle prawa prywatnego międzynarodowego) nie mogłaby być rozstrzygnięta. Biorąc pod uwagę treść art. 67 nowej ustawy (*W razie braku wskazania prawa właściwego w niniejszej ustawie, przepisach szczególnych, obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej ratyfikowanych umowach Międzynarodowych i prawie Unii Europejskiej, do stosunku objętego zakresem niniejszej ustawy należy stosować prawo państwa, z którym stosunek ten jest najściślej związany*) możliwe staje się również rozstrzygnięcie spraw, w których uzasadnione wątpliwości rodziłoby stosowanie przepisów dotyczących małżeństwa.
9. W normach kolizyjnych brak jest elementów wartościujących obce prawo, one jedynie wskazują jakie prawo ma być zastosowane. Brak jest też możliwości definiowania instytucji, aby ograniczyć zakres stosowania przepisów tylko do tych wywodzących się z własnego prawa. Oznaczałoby to ograniczenie możliwości rozstrzygania spraw, a co za tym idzie – wprowadzenie ograniczeń w prawie do sądu. Ponadto w ten sposób w wątpliwość poddany zostałby międzynarodowy charakter tego prawa, które choć jest elementem porządku wewnętrznego państwa, to rozstrzyga sprawy o charakterze międzynarodowym.
10. Błędem byłoby zatem mówić, że posłużenie się w ustawie terminem „małżeństwo” oznacza przypisanie mu znaczenia takiego, jak instytucji zdefiniowanej w polskim prawie (w art. 18 Konstytucji jako związek kobiety i mężczyzny, w art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego - jako związek zawarty przez mężczyznę i kobietę). Oznacza to tylko, że do grupy pewnych sytuacji (którym można przypisać określenie małżeństwo, choć z punktu widzenia naszego prawa one małżeństwem nie są) zastosowane będzie pewne prawo.
11. Oznacza to także, że nie można mówić o sprzeczności takich przepisów z konstytucją, ponieważ nie ma nic sprzecznego z konstytucją w dość mechanicznym wskazywaniu właściwości prawa.
12. Zważywszy, że ustawa kolizyjna nie definiuje małżeństwa, trudno mówić o sprzeczności z jego definicją zawartą w art. 18 Konstytucji.
13. Nie oznacza to jednak akceptacji stosowania obcych przepisów pozwalających na stosowanie instytucji szokujących z punktu widzenia naszego prawa. Tak w ustawie obecnej (art. 6), jak i w tekście nowej ustawy (art. 7) umieszczony został przepis zawierający klauzulę porządku publicznego.
14. W jego świetle prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Pol-

skiej. Oznacza to, że już po wskazaniu właściwości prawa za pomocą polskiej normy kolizyjnej możliwe jest wyeliminowanie stosowania obcych przepisów prawnych, o ile skutki ich zastosowania w rażący sposób godziłyby w podstawowe zasady naszego porządku prawnego. Eliminacja stosowania tych przepisów odbywa się w każdym z przypadków z osobna (a więc nie za pomocą zabiegu legislacyjnego, który uniemożliwia rozstrzygnięcie sprawy), nie wstrzymując procesu rozstrzygnięcia sprawy i nie pozbawiając stron prawa do sądu.

Dr Mateusz Pilich
Katedra Międzynarodowego
Prawa Prywatnego i Handlowego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego

Opinia prawna w sprawie konstytucyjności **ustawy z dnia 4 lutego 2011 r.** **– Prawo prywatne międzynarodowe** **(druk senacki nr 1111)**

I. Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza zgodności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (zwanej dalej - p.p.m. z 2011 r.)¹ z przepisami Konstytucji RP. Reguluje ona właściwość prawa dla stosunków z zakresu prawa prywatnego związanych z więcej niż jednym państwem (art. 1 p.p.m. z 2011 r.). Zakres opinii obejmuje ocenę zgodności przepisów rozdziału 11 (art. 48-54) z art. 18 Konstytucji RP. Wymienione przepisy p.p.m. z 2011 r. wskazują prawo właściwe dla: możliwości zawarcia małżeństwa (art. 48), formy zawarcia małżeństwa (art. 49), skutków naruszenia przesłanek zawarcia małżeństwa (art. 50), stosunków osobistych i majątkowych między małżonkami (art. 51), stosunków majątkowych regulowanych umownie (art. 52), skutków małżeńskiego ustroju majątkowego wobec osób trzecich (art. 53), rozwiązania małżeństwa i separacji między małżonkami (art. 54). Będący wzorcem oceny art. 18 Konstytucji stanowi, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej.

II. Na wstępie pragnę zwrócić uwagę na fakt, że rozdział 11 p.p.m. z 2011 r. nie zawiera przepisów, które odbiegałyby w istotnym zakresie od jeszcze obowiązujących przepisów rozdziału V „Małżeństwo” (art. 14-18) ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (zwanej dalej p.p.m. z 1965 r.)². W związku z powyższym, gdyby uznać niekonstytucyjność nowej ustawy, to te same zarzuty musiałyby dotyczyć także ustawy dotychczasowej. Zaznaczam jednak w już tym miejscu, że nie uważam za uzasadniony poglądu o potrzebie dostosowania opinionowanej ustawy do standardów art. 18 Konstytucji, gdyż w mojej ocenie, ten przepis nie doznaje żadnego uszczerbku zarówno ze strony obowiązującej jak i opinionowanej ustawy³.

III. Chociaż opiniowana ustawa zawiera przepisy, w których występują terminy: „małżeństwo” oraz „małżonkowie”, to jednak jej przedmiot, jak wynika jasno z art. 1 p.p.m. z 2011 r., nie obejmuje regulacji małżeństwa jako określonej instytucji prawnej; podobnie nie obejmuje on regulacji np. umów zobowiązaniowych, własności czy też dziedziczenia. Treść i charakter przepisów opinionowanej ustawy różnią się bardzo zasadniczo od takich ustaw, jak np. kodeks cywilny, kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz od innych ustaw o systemowym znaczeniu dla polskiego merytorycznego prawa prywatnego. Prawo prywatne międzynarodowe bywa nazywane także „prawem kolizyjnym” (ang. *law of the conflict of laws*, niem. *Kollisionsrecht*, fr. *droit des conflits de lois*), gdyż zajmuje się ono tylko jednym — rozgraniczaniem sfer zastosowania praw różnych państw⁴. Przy tym nie chodzi o prawa w ogóle, tzn. o regulacje prawne dla wszelkich stosunków prawnych, lecz tylko o uniknięcie kolizji (zderzenia) praw dla stosunków należących do sfery prywatnoprawnej, zachodzących pomiędzy równorzędnymi

podmiotami, jak np. umowy, własność, dziedziczenie, małżeństwo i inne stosunki rodzinne. Każde prawo składa się z norm (wypowiedzi ustawodawcy o nakazanym, zakazanym bądź dozwolonym zachowaniu się adresatów, tj. osób i organów, do których kieruje się tę wypowiedź) i tak jest również w przypadku, który nas interesuje. Przy tym jednak, jak powiedziano wcześniej, norma prawa prywatnego międzynarodowego (inaczej: „norma kolizyjna”) różni się znacznie od typowej normy prawnej – np. normy prawa rodzinnego – bowiem niczego ona merytorycznie nie „reguluje”. Odpowiednia część normy kolizyjnej (tzw. łącznik) ma tylko wskazać sądowi prawo państwa, które zajmie się załatwieniem danej sprawy (nazywa się je „statutem”). Niektórzy uważają, że chodzi o wszystkie sprawy i stosunki cywilne w ogóle⁵, aczkolwiek większość doktryny, nie mówiąc o orzecznictwie sądowym, obejmuje zakresem zainteresowania prawa prywatnego międzynarodowego wyłącznie tzw. stosunki „transgraniczne”⁶, a więc takie, w których stan faktyczny zawiera w sobie jakiś element zagraniczny *ratione materiae* lub *ratione personae* (np. małżeństwo między obywatelami różnych państw, umowa zawarta za granicą, nieruchomości w posiadaniu samoistnym osoby niemającej stwierdzonego obywatelstwa itp.). Podsumowując, możemy powiedzieć, że prawo prywatne międzynarodowe jest tylko pośrednikiem między sądem a właściwym prawem i choć jest częścią własnego porządku prawnego państwa (tj. Polska, tak jak inne państwa, ma swoje własne prawo prywatne międzynarodowe), to jednak w pewnym sensie jest „ponad” wszystkimi porządkami prawnymi⁷.

IV. Z uwag w pkt III wynika, że charakter norm prawa prywatnego międzynarodowego jest zasadniczo inny niż norm merytorycznych. Mają one wskazać prawo właściwe w pewnych sytuacjach faktycznych, które stanowią podłoże sprawy zawisłej przed sądem lub innym organem, który ma rozstrzygnąć o stosunku z zakresu prawa prywatnego. Opis owych sytuacji, wynikający z przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, nazywa się zakresem. Oczywiście jest, że ze względu na jasność przepisów, które nie mogą być ani nadmiernie długie, ani nie powinny być przesadnie kazuistyczne, konieczne jest syntetyczne nazywanie zakresu w przepisie prawa kolizyjnego. Z braku lepszej metody, czyni się to za pomocą określeń, które przywodzą na myśl instytucje i stosunki merytorycznego (tutaj: „małżeństwo” – art. 48-50 p.p.m. z 2011 r., „małżonkowie” – art. 51 i nast. p.p.m. z 2011 r.). Jednak w przeciwieństwie do norm wywiedzionych z Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (k.r.i.o.), wcale nie chodzi w interesującym nas przypadku o stany prawne. Wyrażenia, o których mowa, tylko zwięźle obrazują stany faktyczne; choć skojarzenia z własnym prawem cywilnym, rodzinnym, handlowym itp. są niemal nieuniknione, to jednak w żadnym wypadku „małżeństwo” w zakresie np. art. 48 p.p.m. z 2011 r. nie pokrywa się z „małżeństwem” w rozumieniu art. 1 i nast. k.r.i.o.⁸

V. Spór o rozumienie pojęć prawa prywatnego międzynarodowego nie jest rzeczą specjalnie nową, toczy się bowiem od około 110 lat⁹. Ten problem, opisywany mianem „kwalifikacji pojęć prawnych”, ma oczywisty wymiar praktyczny, gdyż wykładnia pojęć zawartych w tzw. zakresach norm kolizyjnych decyduje *de facto* o tym, którą z nich w danej sprawie zastosować. Jedni uważają, że przepisy kolizyjne należy zawsze wyklądać tak, jak to wynika z własnego prawa sądu orzekającego, gdyż prawo kolizyjne jest jego częścią tak samo jak np. prawo cywilne (tzw. kwalifikacja według *legis fori*); inni z kolei twierdzą, że aby uniknąć zniekształcenia obcego prawa właściwego, należy oddać głos temu prawu, które ma zostać zastosowane w danej sprawie (kwalifikacja według *legis causae*). Jeszcze inni uważają – i ten pogląd jest mi osobiście bliski – że ze względu na specyficzną funkcję prawa prywatnego międzynarodowego, nie ma sensu uzgadnianie pojęć p.p.m. z prawem merytorycznym. Tak czy inaczej, dobór właściwej metody jest i raczej pozostanie kontrowersyjny. Każda z tych metod ma bowiem zarówno zalety, jak i poważne wady. Rozumiejąc to, ustawodawcy kolizyjni zwykle tego zagadnienia nie regulują.

VI. Nie podzielam stanowiska, iż wskazanie prawa właściwego dla związków jednopłciowych na podstawie ustawy musi nastąpić bezwarunkowo w oparciu o przepisy dotyczące statutu małżeństwa, przewidziane w art. 48 i nast. p.p.m. z 2011 r.¹⁰ Chociaż jest to jedna z możliwości wykładni, której istotnie nie wykluczałbym (zob. dalsze uwagi), to jednak w mojej ocenie ewolucja praktyki sądowej będzie zupełnie inna. Nie sądzę, aby sądy polskie zaakceptowały zastosowanie do tych stosunków przepisów rozdziału 11 opiniowanej ustawy; niemal na pewno w ramach zabiegów kwalifikacyjnych w sprawach dotyczących związków quasi-mażeńskich, będą one kierować się treścią art. 18 Konstytucji. Dla porównania warto zwrócić uwagę, że choć w prawie niemieckim od kilku już lat obowiązuje ustawa o związkach partnerskich, podczas gdy małżeństw jednopłciowych nadal nie dopuszcza się, z uwagi na art. 6 ust. 1 konstytucji RFN (*Grundgesetz*) przewidujący ochronę małżeństwa, wskazuje się dość powszechnie na niedopuszczalność kwalifikacji kolizyjnej zagranicznych małżeństw homoseksualnych pod zakresy norm prawa prywatnego międzynarodowego ustanowionych dla „małżeństw”¹¹. Podobnie w prawie francuskim, któremu znana jest przeciwieństwo instytucja *sui generis* zarejestrowanego związku partnerskiego (pakt cywilny solidarności – fr. *pacte civil de solidarité*), wyklucza się raczej stosowanie norm kolizyjnych dotyczących małżeństw do związków quasi-mażeńskich, a także do zagranicznych małżeństw jednopłciowych. Doktryna francuska uważa, że należy tutaj przyjmować kwalifikację według *legis fori*, a więc rozróżniać zagraniczne małżeństwa homoseksualne – a tym bardziej zarejestrowane związki partnerskie – od małżeństwa tradycyjnego w taki sam sposób, jak w prawie merytorycznym¹².

VII. Jednakże nawet w razie przyjęcia odmiennej interpretacji – a mianowicie włączenia tzw. związków quasi-mażeńskich do zakresu pojęcia „małżeństwo” w prawie prywatnym międzynarodowym - naruszenie art. 18 Konstytucji nie jest możliwe. Jak wyjaśniłem wcześniej, funkcje prawa prywatnego międzynarodowego nie pokrywają się z funkcjami prawa merytorycznego. Ścisłe rozumiane p.p.m. nie zawiera żadnej regulacji merytorycznej dla stosunków prywatnoprawnych z elementem międzynarodowym. Zarówno regulowanie, jak i definiowanie tych stosunków należy do funkcji prawa merytorycznego. W polskim systemie prawnym uznano definicję małżeństwa za tak ważną, że objęto ją regulacją konstytucyjną w art. 18. Jest to definicja wystarczająca z punktu widzenia ochrony pozycji małżeństwa w polskim prawie rodzinnym. Nabiera ona – o czym będzie jeszcze mowa – istotnego znaczenia na etapie stosowania prawa wskazanego jako właściwe dla stosunków rodzinnych, zobowiązując do uwzględnienia jej „rdzenia normatywnego” przy dekodowaniu przez sąd jednej z podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Natomiast, jako źródło normy merytorycznej, art. 18 Konstytucji nie może decydować o kwalifikacji w prawie prywatnym międzynarodowym. Kwalifikacja kolizyjnoprawna to zabieg „neutralny aksjologicznie”. Decyduje ona wyłącznie o tym, jakiego państwa prawo zostanie zastosowane, a nie o tym, z jakim skutkiem zostanie ono zastosowane¹³. Kwalifikacja zagranicznych związków jednopłciowych jako „małżeństwa” w p.p.m. w istocie nie zagrażałaby wcale rozumieniu i stosowaniu art. 18 Konstytucji.

VIII. Ustawodawca polski, stanowiąc normy prawa prywatnego międzynarodowego, nie powinien z góry oceniać ani negować wartości obcego prawa merytorycznego. Prawo prywatne międzynarodowe nie klasyfikuje bowiem porządków prawnych, które mogą być wskazane przez jego normy, jako *a limine* „lepszyc” lub „gorszych”, godnych i niegodnych stosowania przez sądy. Gdyby tak było, stanowiłoby to niewątpliwą i poważną przeszkodę do współpracy międzynarodowej; zachęcałoby do stosowania – dziś już praktycznie zarzuconej w prawie prywatnym międzynarodowym – zasady wzajemności (tj. do wzajemnego niestosowania praw merytorycznych różnych państw). Jeżeli mamy tego uniknąć, to trzeba przyjąć do wiadomości, że wszystkie prawa merytoryczne, wraz z regulowanymi przez nie instytucjami, muszą być

przez polski sąd uznawane. Należy jednak wyjaśnić, że owo uznanie nie polega bynajmniej na automatycznym przyznaniu skutków prawnych wszystkim stosunkom prawnym, jakie tylko powstały pod rządami obcego prawa. Uznawane jest obce prawo, ale już nie obcy stosunek prawny jako taki. To, czy dany stosunek (w gruncie rzeczy nie „prawny”, lecz „faktyczny”) zostanie jakoś „uznany” w naszym państwie, zależy od tego, czy zastosowane zostanie do niego w jakimś zakresie obce prawo, wskazane jako właściwe przez normę kolizyjną. Trzeba podkreślić, że w rozumieniu prawa prywatnego międzynarodowego, poza granicami państwa „pochodzenia” każdy stosunek prawny traci swój przymiot i staje się tylko sytuacją faktyczną. Rolą prawa prywatnego międzynarodowego jest na nowo nadać mu pewne atrybuty sytuacji prawnej. Jednak to swoiste, ponowne „podniesienie” stosunku faktycznego do rangi stosunku prawnego nie oznacza automatycznego uzyskania przez jego uczestników takiego statusu prawnego, jaki mają w państwie „pochodzenia”. Prawo kolizyjne nie gwarantuje wcale podmiotom, które zawarły jakiś stosunek za granicą, że ich sytuacja prawna zostanie na polski obszar prawny w prosty sposób przeniesiona. Stąd w nauce prawa prywatnego międzynarodowego używa się specyficznego określenia: „sytuacja życiowa”¹⁴. Taką sytuacją życiową, ale nie stosunkiem prawnym, jest dla prawa kolizyjnego zagraniczne (i to nawet monogamiczne oraz heteroseksualne) małżeństwo. Zatem sytuacja stron zagranicznego związku przypominającego małżeństwo, choć niemającego jego wszystkich cech (quasi-małżeńskiego) będzie się kształtowała różnie, bo norma kolizyjna prawa prywatnego międzynarodowego będzie powoływana każdorazowo przez sąd w konkretnej sprawie cywilnej i za każdym razem jednostkowo będą badane skutki zastosowania prawa właściwego do danej sytuacji. Prawo właściwe, wskazane przez miarodajną normę kolizyjną, może *in casu* wcale nie być prawem państwa „pochodzenia” owego – odrzucanego przez polskie prawo rodzinne i konstytucyjne – związku osobistego osób fizycznych. Prawem tym może być prawo polskie lub obce, ale niekoniecznie to, pod którego rządami dany stosunek został ukształtowany.

IX. Nawiązując do odrzuconej przez Sejm poprawki polegającej na dodaniu w opiniowanej ustawie nowego art. 54a należy bardziej konkretnie zastanowić się nad tym, czy niekonstytucyjność przepisów rozdziału 11 opiniowanej ustawy zachodziłaby w razie przyjęcia dla zakresów norm kolizyjnych art. 48 i nast. takiego pojęcia małżeństwa, które byłoby szersze od pojęcia konstytucyjnego. Wstępnie przyjmijmy za fakt, że prawu każdego suwerennego państwa przypisany jest pewien terytorialny zasięg obowiązywania. Ustalony przez państwo ład prawny ma jednak swoje granice. Żaden prawodawca nie jest zdolny narzucić uniwersalnego respektowania swojej aksjologii innym państwom i społeczeństwom, gdyż w przeciwnym razie naruszyłby zasadę suwerenności, przewidzianą w prawie międzynarodowym publicznym. Pojęcie małżeństwa jest w prawie polskim dostatecznie zdefiniowane i zapobiega wprowadzeniu związków osób tej samej płci do polskiego prawa rodzinnego. Natomiast trudno wyobrazić sobie, aby do naruszenia art. 18 Konstytucji mogło dojść w prawie kolizyjnym, które ma odmienny cel oraz spełnia odmienną funkcję i dlatego nie definiuje charakteru oraz treści jakichkolwiek stosunków. Nie jest to po prostu materia prawa kolizyjnego ze względu na jego rozgraniczającą funkcję. To prawo ma za zadanie umożliwić sądowi w sprawie cywilnej wskazanie właściwego prawa, nawet choćby prawo to w danej sprawie miało nie być stosowane z uwagi na jego skutki. Może więc paradoksalnie zdarzyć się tak, że włączenie do zakresu norm rozdziału 11 p.p.m. z 2011 r. nawet stosunków homoseksualnych jest konstytucyjnie konieczne. Załóżmy, że dwie osoby tej samej płci – Polak i Holender – chciałyby w Polsce zawrzeć związek małżeński. W takim razie, odmawiając im tej możliwości, kierownik urzędu stanu cywilnego powoła się właśnie na art. 48 opiniowanej ustawy. Prawo polskie, wskazane przez ten przepis jako statut możliwości zawarcia małżeństwa (dla Polaka wprost, a dla Holendra przez tzw. odesłanie zwrotne, które następuje z mocy art. 5 ust. 1 p.p.m. z 2011 r., z uwagi na

przyjęcie w ojczyństwie holenderskim drugiego z nupturientów łącznika miejsca zawarcia małżeństwa także dla przesłanek merytorycznych związku), wymaga różnicy płci stron. Ten bardzo prosty przykład przekonuje o niecelowości przyjmowania jakiegokolwiek definicji legalnej małżeństwa w opiniowanej ustawie. Do tego wątku jeszcze powrócę.

X. Potencjalna możliwość zastosowania prawa, które przewiduje związki homoseksualne jako uznane prawnie, sama przez się nie oznacza naruszenia art. 18 Konstytucji. Jest do pewnego stopnia naturalne, że obce prawo merytoryczne może obejmować różne instytucje sprzeczne z treścią, a nawet z aksjologią prawa polskiego (choćby małżeństwa poligamiczne), skoro jednak obowiązuje ono w obcym państwie tak samo, jak polskie, to musi być uznane przez sąd polski, gdyż norma kolizyjna może je wskazać tak samo, jak własne prawo sądu. Normy kolizyjne pierwszego stopnia (wskazujące bezpośrednio właściwe prawo merytoryczne) nie rozróżniają prawa wskazanego ich łącznikami na własne i obce. Natomiast w pewnych okolicznościach sąd polski może właściwego prawa obcego nie zastosować. Jestem przeciwny stanowieniu przepisów z góry i generalnie określających sztywne powiązanie pewnych stosunków z prawem polskim, nawet ze względów motywowanych ochroną jakichś bardzo ważnych wartości dla polskiego porządku prawnego. Takie przepisy, określane niekiedy mianem „szczegółowych klauzul porządku publicznego”, niewiele mają wspólnego z klauzulą porządku publicznego jako taką. Ta ostatnia została przewidziana w art. 7 p.p.m. z 2011 r. (odpowiednik art. 6 p.p.m. z 1965 r.). Jest ona, w moim głębokim przekonaniu, absolutnie wystarczającym instrumentem dla przeciwdziałania ewentualnej, niekorzystnej „aktywności” obcego prawa na naszym terytorium. Klauzula porządku publicznego jest normą elastyczną, dopasowującą się do okoliczności danej sprawy, która opiera się nie na całościowym porównaniu obcego porządku prawnego z treścią własnego prawa, ale jedynie na ocenie skutków zastosowania obcego prawa przez organ orzekający w danej sprawie. Wypracowanie takiego, a nie innego instrumentu jest wynikiem kilkunastuletniej refleksji uczonych, popartej doświadczeniami praktycznymi. Nie należy, jak sądzę, bez dostatecznej refleksji usiłować poprawiać tego, czego skuteczność jest potwierdzona. W licznych przypadkach obowiązywanie normy art. 18 Konstytucji doprowadzi wszak do zastosowania klauzuli porządku publicznego w taki sposób, że zawarty za granicą związek homoseksualny w Polsce w ogóle nie wywrze skutku. Godzi się także zauważyć, że stan cywilny obywateli polskich – nawet w razie tzw. wielorakiego obywatelstwa – będzie generalnie podlegał prawu polskiemu jako właściwemu, a to wyklucza uwzględnienie w Polsce skutków dotyczących sfery osobistej praw i obowiązków osoby fizycznej, która ma polską przynależność państwową. Z kolei uznaniu takich skutków za granicą nie jesteśmy w stanie przeciwdziałać, gdyż będą one oceniane przez organy innych, suwerennych państw. Pragnę wyrazić pogląd, że przepis art. 54a, zaproponowany w poprawce Komisji, mógł stworzyć niebezpieczną dla obrotu międzynarodowego pokusę dodawania do p.p.m. kolejnych tzw. szczegółowych klauzul porządku publicznego, co w efekcie komplikowałoby międzynarodowy obrót prawny, rozbijałoby spójność głównego instrumentu ochronnego w postaci „ogólnej” klauzuli art. 7 p.p.m. z 2011 r., a przede wszystkim mogłoby nawet prowokować inne państwa do wzajemnego niestosowania prawa polskiego przed sądami zagranicznymi. Całkowicie aprobuję pogląd A. Mączyńskiego o wątpliwej zasadności figurującego w projekcie rządowym p.p.m. art. 52 ust. 3, gdzie przewidywano zakaz stosowania prawa obcego, które nie dopuszcza rozwodów. Jak słusznie podniósł, do tego celu wystarczająca jest ogólna klauzula porządku publicznego¹⁵. Rozważany obecnie przypadek należy dokładnie do tej samej kategorii. Dlaczego zatem ustawodawca miałby po raz drugi „wchodzić do tej samej rzeki”? Mnożenie takich przepisów wyłączających jest nie tylko sprzeczne z założeniami klauzuli porządku publicznego i duchem prawa prywatnego międzynarodowego, lecz nawet więcej, mogłoby mieć poważne „skutki uboczne”, które postaram się dalej wykazać. Przede

wszystkim zaś arbitralna decyzja prawodawcy zawsze pozostawia po stronie organu stosującego prawo otwarte pytanie: czy inna instytucja, której w szczególności nie wymieniono jako „zakazanej”, jest przez to zgodna z porządkiem publicznym państwa sądu? Czy i kiedy wolno zastosować klauzulę „ogólną”, jeśli nie ma „szczególnej”? Wskazana byłaby w tym zakresie daleko idąca wstrzeźliwość i refleksja po stronie stanowiących prawo.

XI. Uzupelniając uwagi zawarte w pkt X, chciałbym dodać, iż ingerencja klauzuli porządku publicznego nie może być „ślepa”¹⁶. Konieczna jest jakaś gradacja, uwzględniająca właśnie wspomniane już kilkakrotnie skutki zastosowania obcego prawa w danej sprawie. Biorąc pod uwagę np. zarejestrowane związki partnerskie, trzeba zauważyć głębokie różnice w ich regulacji merytorycznej. Mogą one mieć albo charakter quasi-umowny (model belgijski), albo zbliżać się do małżeństwa (model nordycki); mogą pozostawać „otwarte” dla wszystkich (heteroseksualistów i homoseksualistów) albo przeciwnie, ograniczać się tylko do osób tej samej płci¹⁷. Sprowadzanie ich na siłę do wspólnego mianownika oraz pomijanie kontekstu danej sprawy oraz przedmiotu żądania przed sądem (np. czy sprawa toczy się o prawo osobiste, czy majątkowe; czy dotyczy osób powiązanych z naszym obszarem prawnym, czy też mających swoje centrum życiowe za granicą) może prowadzić do niesprawiedliwych i niesłuszných rezultatów.

XII. Prawo prywatne międzynarodowe — zarówno obowiązujące dotychczas, jak i nowe — jest w stanie zapobiegać, w miarę potrzeby, wywieraniu na polskim terytorium sprzecznych z art. 18 Konstytucji skutków stosowania obcych przepisów o związkach osób tej samej płci. Poza klauzulą porządku publicznego, o której była wcześniej mowa, należy wspomnieć o tym, że statutem związku pomiędzy osobami tej samej płci (lub jego skutków) może niejednokrotnie okazać się prawo polskie. Dzieje się tak czasami wprost na mocy normy kolizyjnej, a niekiedy z uwagi na tzw. odesłanie zwrotne do prawa polskiego przez prawo wskazane jako właściwe łącznikiem naszej normy kolizyjnej (art. 5 ust. 1 p.p.m. z 2011 r.). Oczywiście jest, że w takim przypadku nie powstaną w ogóle skutki prawne przewidziane przez jakiegokolwiek prawo obce, bowiem nie będzie ono w ogóle stosowane; np. dwie osoby tej samej płci, będące uchodźcami z państwa, którego prawo przewiduje homoseksualne związki małżeńskie, nie będą mogły między sobą zawrzeć w Polsce małżeństwa, gdyż norma art. 48 w zw. z art. 3 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. wskaże jako właściwe prawo polskie, wraz z art. 1 § 1 k.r.i.o. oraz art. 18 Konstytucji.

XIII. Generalnie problem traktowania zagranicznych związków homoseksualnych w świetle prawa polskiego nie może być sprowadzony do prawa prywatnego międzynarodowego. Ono siłą rzeczy z takimi stosunkami może się stykać (choć zarejestrowanych przez media przypadków spraw sądowych tego rodzaju nie znam, co mogłoby wskazywać na marginalny i raczej potencjalny, niż rzeczywisty, wymiar całej dyskusji ostatnich tygodni), ale równie dobrze mogą powstawać pytania i wątpliwości na gruncie prawa publicznego – podatkowego i administracyjnego – z którym prawo prywatne międzynarodowe nie ma bezpośrednio żadnej styczności. Tytułem przykładu wskażę na ewentualne żądanie przez zagranicznych zarejestrowanych partnerów, którzy są polskimi rezydentami podatkowymi, stworzenia im możliwości wspólnego rozliczania się z podatku dochodowego od osób fizycznych, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 51, poz. 307 z późn. zm.; dalej: u.p.d.f.). Na całkowitym nieporozumieniu polegają enuncjacje, jakoby opiniowana ustawa cokolwiek „umożliwiła” tym osobom w dziedzinie prawa publicznego¹⁸. Polski organ, tj. urząd skarbowy, rozstrzygnie sprawę wspólnego opodatkowania partnerów po prostu w drodze wykładni przepisu art. 6 ust. 2 u.p.d.f. i nada pojęciu „małżonków” najpewniej takie znaczenie, jakie wynika z art. 18 Konstytucji. Abstrahuję tutaj od kwestii zgodności takiej wykładni z innymi przepisami prawa (np. z art. 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). W każdym bądź razie należy uświadamiać sobie, że odmowa uznania

obcych stosunków osobistych pomiędzy osobami fizycznymi za odpowiadające małżeństwu według definicji art. 18 Konstytucji nie sprowadza się tylko do prawa prywatnego międzynarodowego i zawartej w nim klauzuli porządku publicznego. Jest to zagadnienie wielopłaszczyznowe, różnie rozstrzygane w prawie prywatnym i publicznym¹⁹.

XIV. Kontynuując jeszcze wątek dotyczący roli prawa publicznego w uznawaniu bądź odmowie uznawania zagranicznych związków quasi-mażeńskich, pragnę zwrócić uwagę na kwestię rejestracji aktów stanu cywilnego. Przepisów ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (dalej p.a.s.c.)²⁰ nie zalicza się do prawa prywatnego międzynarodowego; mimo niewątpliwego związku ze sferą stosunków cywilnoprawnych – również międzynarodowych – ten akt normatywny zawiera zasadniczo przepisy prawa materialnego, a konkretnie prawa administracyjnego. W niektórych tytułach prasowych pojawiały się w ostatnim czasie doniesienia – trudne jednak do zweryfikowania – jakoby następowały próby wtórnej rejestracji w polskich księgach stanu cywilnego zagranicznych aktów stanu cywilnego, dotyczących, czy to rejestracji związku partnerskiego, czy to zawarcia małżeństwa jedнопłciowego. Należy w związku z tym zauważyć, że polski akt stanu cywilnego (tutaj w szczególności akt małżeństwa) nie może zostać sporządzony na podstawie takiego aktu zagranicznego, który nie mieści się w enumeracji zdarzeń prawnych, podlegających rejestracji według art. 2 p.a.s.c. W literaturze wykluczano dotychczas zarejestrowanie w Polsce związku partnerskiego²¹ i podobnie, jak się wydaje, trzeba rozstrzygać *casus* zagranicznego aktu małżeństwa homoseksualnego. Stan cywilny osób fizycznych generalnie pozostaje związany z państwem ojczystym tych osób, a zatem nawet posłużenie się przez Polaka w kraju zagranicznym aktem stanu cywilnego, który zaświadcza zawarcie związku niebędącego małżeństwem „konstytucyjnym”, nie sprawi, że zmianie ulegnie jego status, wynikający z aktów rejestracji przewidzianych przez p.a.s.c. Dotyczy to zresztą także osób mających inną jeszcze, poza polską, przynależność państwową (art. 2 ust. 1 p.p.m. z 2011 r.) oraz apatrydów i uchodźców, o ile ci mają w Polsce miejsce zamieszkania albo zwykłego pobytu (art. 3 p.p.m. z 2011 r.). W ramach niniejszej opinii nie wypowiadam się – gdyż nie jest to, jak wspomniano, materia prawa prywatnego międzynarodowego – co do ewentualnej potrzeby rewizji art. 73 p.a.s.c., jako niedostatecznie precyzyjnie regulującego wtórną rejestrację stanu cywilnego przez tzw. przypisek (zob. art. 21 ust. 3 p.a.s.c.), sporządzony na podstawie aktu zagranicznego.

XV. Powracając do ściślej rozumianego prawa prywatnego międzynarodowego, odniosę się jeszcze krótko do dwóch instytucji tego prawa, które mogą uzupełnić klauzulę porządku publicznego, przeciwdziałając w pewnych sytuacjach stosowaniu w Polsce obcych przepisów merytorycznych, regulujących zarejestrowane związki partnerskie lub małżeństwa jedнопłciowe. Chodzi tu o tzw. przepisy wymuszające swoje zastosowanie oraz obejście prawa.

XVI. Pierwsza z tych instytucji polega na stosowaniu, obok prawa wskazanego jako właściwe dla danego stosunku, także pewnych przepisów prawa merytorycznego, które z uwagi na swoją treść lub cel (związane zawsze z interesem publicznym) „wymuszają” na sądzie ich wyjątkowe uwzględnienie dla stosunków, które wykraczają poza polski obszar prawny. Jest to zagadnienie trudne z teoretycznego i praktycznego punktu widzenia, którego wyjaśnienie znacznie przekracza ramy tej opinii²². Pozwalam sobie jedynie stwierdzić, że w polskich przepisach regulujących małżeństwo nie odnajduję wystarczająco pewnych wskazówek odnośnie konieczności ich stosowania nawet dla stosunków „transgranicznych”.

XVII. Natomiast obejście prawa prywatnego międzynarodowego (fr. *fraude à la loi*, niem. *Gesetzesumgehung*, ang. *law evasion*) polega na tym, że w pewnych, szczególnych sytuacjach, kiedy powiązanie z obcym prawem jest wywołane sztucznie intencjonalną aktywnością strony – tylko po to, aby ten system prawny stał się właściwy i był zastosowany do danej sytuacji – sędzia stosujący prawo prywatne międzynarodowe może ów element stanu faktycznego, de-

cydujący o powiązaniu, pominać i nie uwzględnić go, tak jakby on nie powstał. Jest to zabieg nieskodyfikowany, który jednak akceptuje się w doktrynie oraz (choć zdecydowanie rzadziej) stosuje się go w orzecznictwie sądowym. Potencjalnie zatem nie można wykluczyć odmowy ze strony polskich organów uwzględnienia zmiany miejsca pobytu stron dla zawarcia przez nie zarejestrowanego związku partnerskiego za granicą, jeżeli wykazane zostanie, że zmiana ta nastąpiła tylko w tym celu. Oczywiście wykazanie stronom działania *in fraudem legis* jest rzeczą sądu i może w okolicznościach danej sprawy nie być rzeczą prostą.

XVIII. Tezie o rzekomym otwarciu prawa polskiego dla związków jednopłciowych przeczy także dość jednoznacznie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku dotyczącym Traktatu akcesyjnego do UE oddalono zarzut zagrożenia dla art. 18 Konstytucji, wskazując, że zmiana statusu małżeństwa w art. 18 Konstytucji byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji; nie może on doznać uszczerbku przez ratyfikację umowy międzynarodowej, nawet w sposób kwalifikowany²³. Szczególnie wysoką rangę rodziny i małżeństwa w hierarchii norm konstytucyjnych podkreślano także w innych orzeczeniach TK²⁴. Trudno byłoby wskazać, w jaki sposób opiniowana ustawa miałaby zmienić to, czego nie może modyfikować nawet umowa międzynarodowa, ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w formie referendum ogólnokrajowego.

XIX. W dyskusji nad projektem opiniowanej ustawy padały również argumenty o rzekomym zagrożeniu przysposobieniem dzieci przez pary homoseksualne. Obawy te uważam za równie przesadzone, jak dotyczące stosowania norm kolizyjnych do związków między osobami tej samej płci w ogóle. Zaznaczam, że ta kwestia wykracza zdecydowanie poza rozdział 11 ustawy, bowiem przysposobienie, jako odrębny od małżeństwa stosunek, ma swój własny statut. Prawem właściwym dla przysposobienia ogólnie jest, podobnie jak w ustawie z 1965 r., prawo ojczyście przysposabiającego, z uwzględnieniem jednak stanowiska prawa ojczyście osoby przysposabianej w pewnych kwestiach (zob. art. 57 ust. 1 oraz art. 58 p.p.m. z 2011 r. – por. art. 22 p.p.m. z 1965 r.). Nowa ustawa zawiera jednak także szczególny przepis o statucie tzw. przysposobienia wspólnego (dokonywanego łącznie przez małżonków – art. 57 ust. 2 p.p.m. z 2011 r.) i to chyba w jego kontekście stawiane było przez niektórych posłów pytanie, czy nowa ustawa otwiera w jakiś sposób drogę do wniosków o przysposobienie wspólne przez zarejestrowanych za granicą partnerów lub małżonków tej samej płci. Sytuacja po uchwaleniu nowej ustawy – o ile oczywiście Wysoki Senat nie wniesie do niej poprawek – w moim przekonaniu nie będzie odbiegała od dotychczasowego stanu rzeczy. Jak wspomniano, nie można bez zastrzeżeń zgodzić się z koniecznością kwalifikacji kolizyjnoprawnej zagranicznych związków jednopłciowych jako odpowiadających pojęciu „małżeństwa” czy też „małżonków”. Stoję na stanowisku, że przepis art. 57 ust. 2 p.p.m. z 2011 r., w powiązaniu z normą konstytucyjną, będzie raczej skłaniał do przyjęcia, że wskazuje on prawo właściwe tylko dla przysposobienia wspólnego przez osoby, które mogą być uznane za małżonków w świetle Konstytucji. Gdyby nawet jednak którykolwiek sąd dokonał innej kwalifikacji, podciągając wniosek o wspólne przysposobienie przez strony zagranicznego związku quasi-małżeńskiego pod hipotezę normy kolizyjnej art. 57 ust. 2 p.p.m. z 2011 r., to twierdzę, że nie doprowadzi to do zastosowania przepisów obcego prawa, które pozwalają na przysposobienie przez parę niebędącą małżeństwem w rozumieniu art. 18 Konstytucji. Po pierwsze, prawo właściwe dla przysposobienia niekoniecznie będzie tym samym prawem, co statut samego związku quasi-małżeńskiego. Po drugie, prawo to może nie przewidywać – podobnie jak polskie – pozamałżeńskiego przysposobienia wspólnego. Po trzecie, rozstrzygając na gruncie art. 57 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. tzw. kwestię pierwotną²⁵ – czy pomiędzy wnioskodawcami zachodzi związek dający się zakwalifikować jako „małżeństwo” – sąd polski zastosuje prawo właściwe z ewentualnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego. Raczej wątpliwe, aby mając na uwadze prze-

pis art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o przysposobieniu dzieci (Dz. U. z 1999 r. Nr 99, poz. 1157), sąd polski uznał zagranicznych zarejestrowanych partnerów lub małżonków homoseksualnych za „małżonków” w rozumieniu art. 57 ust. 2 p.p.m. z 2011 r. Gdyby zaś nawet było inaczej, to interwencja klauzuli porządku publicznego, ze względu na zasadę dobra dziecka jest bardziej niż tylko prawdopodobna²⁶.

XX. Nie zgadzam się z poglądem, iż dla doprowadzenia do zgodności opiniowanej ustawy z art. 18 Konstytucji RP potrzebne jest dodanie przepisu w szczególny sposób przeciwdziałającego zastosowaniu obcego prawa dla związków pomiędzy osobami fizycznymi tej samej płci. Łatwo udowodnić, że odrzucony przez Sejm w trzecim czytaniu przepis art. 54a p.p.m. z 2011 r. był nie tylko niepotrzebny, ale i zaprojektowany w sposób rażąco wadliwy. Przy zastosowaniu dyrektyw wykładni językowej, mógł on być rozumiany jako całkowite i trwałe wykluczenie zastosowania obcego prawa tylko ze względu na to, że zawiera ono pewną instytucję. Tak daleko idący przepis, prowadzący do bardzo uproszczonych rozstrzygnięć i wręcz „dyskryminujący” prawa obce, nie powinien być uchwalany. Pełniąc zasadniczo inną rolę niż prawo merytoryczne (tutaj: rodzinne), prawo prywatne międzynarodowe nie musi, a nawet nie powinno, definiować jakichkolwiek stosunków w zakresach norm kolizyjnych. Warto zauważyć, że autor cytowanej już opinii Biura Analiz Sejmowych z dnia 14.12.2010 r., A. Mączyński, raczej nie postulował żadnej definicji legalnej „małżeństwa” w opiniowanej ustawie, a jedynie proponował dodanie tzw. szczegółowej klauzuli porządku publicznego. Aktywność grupy posłów poszła zatem zdecydowanie dalej niż sugestie tej opinii. Przepis art. 54a w niczym nie zmniejszałby problemów stosowania prawa przez sądy, bowiem definicja małżeństwa w opiniowanej ustawie co najwyżej zmuszałaby je do sięgania, w sprawach dotyczących związków quasi-małżeńskich, do innych norm kolizyjnych niż wynikające z rozdziału 11 opiniowanej ustawy. Należy pamiętać o tym, że gwarantowane konstytucyjnie (art. 45 ust. 1 Konstytucji) prawo do sądu wyklucza sytuację, w której sąd stwierdzi niemożliwość rozpoznania sprawy z uwagi na „milczenie prawa” (*non liquet*). Wskazanie prawa właściwego dla związków quasi-małżeńskich — niezależnie od rezultatów zastosowania prawa wskazanego — powinno być ogólnie możliwe, tak samo jak każdemu przysługuje dostęp do sądu.

XXI. Odnośnie do zawartej w art. 54a zd. drugie p.p.m. z 2011 r. tzw. szczegółowej klauzuli porządku publicznego należy powtórzyć wcześniejsze spostrzeżenie, że nie ma ona wiele wspólnego z regulacją art. 7 opiniowanej ustawy. Jak wspomniałem wcześniej, można zakładać, że w wielu przypadkach przepis ten prowadziłby do niesłusznych rezultatów, gdyż mechanicznie wyłączałby stosowanie przepisów danego prawa w ogóle, tylko ze względu na odmienność jego treści od prawa polskiego. To nie jest właściwe rozwiązanie problemu, o którym mowa. Jak słusznie zauważa wybitny uczony polski, M. Sośniak: „Klauzula ogólna jest zawsze potrzebna dla stanów faktycznych, nieprzewidzianych ‘klauzulami szczegółowymi’. A przecież nigdy nie wiadomo, jakie nieoczekiwane przypadki zastosowania obcych norm i jaką nieoczekiwaną treść tych norm przyniesie przyszłość [...]. Skoro porządek publiczny ma być elastyczny, nie wolno zamykać go w obrębie szczegółowych przepisów. Dobra technika ustawodawcza na terenie prawa prywatnego międzynarodowego musi ograniczać się do klauzul ogólnych”²⁷. Można wyrazić ostrożne przypuszczenie, że podobne zdanie wyraził w swojej opinii A. Mączyński²⁸. Nie ulega chyba wątpliwości, że przepis art. 54a p.p.m. miał ewidentnie „represyjny” charakter, w moim przekonaniu niepotrzebny do ochrony Konstytucji. Na gruncie prawa prywatnego międzynarodowego, jak wspomniano, istnieją wystarczające środki, dzięki którym zapobiec można niekorzystnemu oddziaływaniu obcego prawa na polskim terytorium. W dotychczasowej praktyce prawnej nie odnotowano istotnych problemów ze stosowaniem klauzuli porządku publicznego (art. 6 p.p.m. z 1965 r., art. 7 p.p.m.

z 2011 r.); nie mam wątpliwości, że przy jej wykorzystaniu, orzecznictwo sądowe rozstrzygnie wszystkie praktyczne dylematy dotyczące związków jedнопłciowych równie dobrze, jak w latach 70-tych XX w. czyniło to ze związkami poligamicznymi²⁹.

XXII. Konkludując wyrażam stanowisko, że opiniowanemu rozdziałowi 11 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (druk senacki nr 1111) nie można zarzucić niezgodności z art. 18 Konstytucji, bowiem ten ostatni przepis w ogóle nie stanowi właściwego proberza oceny konstytucyjności prawa prywatnego międzynarodowego. Nie zgadzam się z tezą o potrzebie uzupełnienia przedmiotowej ustawy o jakiegokolwiek dalsze przepisy, zapobiegające stosowaniu praw obcych, które przewidują związki osób tej samej płci. Treść ustawy – w istotnych punktach właściwie nieodbiegająca od obecnego stanu prawnego – pozwala sądom polskim w adekwatny sposób reagować na ryzyko niekorzystnego oddziaływania prawa obcego na polskim terytorium. Podkreślam, że poza zakresem omawianej ustawy leżą przypadki uznawania związków quasi-mażeńskich jako przesłanki nawiązania (jak z małżonkami) określonych stosunków publicznoprawnych, np. z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, zabezpieczenia społecznego czy też zobowiązań podatkowych. Nie ma żadnych przekonujących argumentów za tym, że opiniowana ustawa w jakiegokolwiek sposób „otwiera furtkę” dla małżeństw homoseksualnych lub zarejestrowanych związków partnerskich. Ani obecna, ani opiniowana regulacja kolizyjna nie wywiera wpływu na instytucje polskiego materialnego prawa rodzinnego i opiekuńczego, ponieważ w ustawach tych posłużono się odmiennymi sposobami regulacji. Jeżeli natomiast zastosowanie prawa obcego byłoby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP w zakresie prawa rodzinnego, to istnieje możliwość zastosowania klauzuli porządku publicznego bądź innych jeszcze instytucji prawa kolizyjnego, o których była mowa w opinii.

Przypisy

(Endnotes)

¹ Tekst ustawy po III czytaniu, zob. http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/ustawy/1277_u.htm.

² Dz. U. Nr 46, poz. 290 z późn. zm.

³ Odmienne A. Mączyński, *Opinia z dnia 14 grudnia 2010 r. w sprawie zgodności projektu ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji RP*, [http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/0/6FF0EF500592A951C12577F20050BFED/\\$file/i2268-10.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/0/6FF0EF500592A951C12577F20050BFED/$file/i2268-10.rtf).

⁴ P. Arminjon, *Précis de Droit international privé*, t. I, Paris 1947, s. 20-21; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen 2004, s. 1-3; F. Zoll, *Międzynarodowe prawo prywatne w zarysie*, Kraków 1947, s. 9-10; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2009, s. 20.

⁵ Tak m.in. H. Trammer, *Zasięg obowiązywania prawa prywatnego międzynarodowego*, Państwo i Prawo 1966/12, s. 866.

⁶ Zob. M. Pilich, *Aktualne problemy stosowania prawa prywatnego międzynarodowego w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych*, PROBLEMY PRAWA PRYWATNEGO MIĘDZYNARODOWEGO 2008, t. 3, s. 140-141 i cyt. tam dalsza literatura.

⁷ J. Kropholler, *Internationales...*, s. 3.

⁸ Na temat budowy norm p.p.m., zob. zwłaszcza H. Trammer, *Z rozważań nad strukturą normy kolizyjnej prawa prywatnego międzynarodowego*, Studia Cywilistyczne t. XIII/XIV, Kraków 1964, s. 398 i n., http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/Trammer_struktura_normy_koliz.pdf.

⁹ Z pierwszych opracowań problemu, zob. F. Kahn, *Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, JAHRBÜCHER FÜR DIE DOGMATIK DES HEUTIGEN RÖMISCHEN UND DEUTSCHEN PRIVATRECHTS 1891, t. 30, s. 1 i n.; E. Martin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois*, JOURNAL CLUNET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 1897 (24), s. 225-255, 466-495 i 720-738, zob. <http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/03.htm>.

¹⁰ Odmienne w opinii A. Mączyńskiego z 14.12.2011 r., [jw., przyp. 3].

¹¹ Zob. m.in. art. 13 przepisów wprowadzających niem. k.c., *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*; zob. R. Wagner, *Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft*, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2001, s. 284; M. Coester, w: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10: Internationales Privatrecht*, red. H. J. Sonnenberger, München 2010, s. 1759, 2102-2103; odmienne, por. K. Thorn, w: *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, red. K. Boele-Woelki, A. Fuchs, Antwerp-Oxford-New York 2003, s. 161.

¹² Zob. M. Mignot, *Le partenariat enregistré en droit international privé*, REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARÉ 2001 (53)/3, s. 641-642.

¹³ Szerzej zob. M. Pilich, *Związki quasi-malżeńskie w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, PAŃSTWO I PRAWO 2011/2, s. 86-87, dostępny również pod adresem: http://lex.pl/czasopisma/paipr/pip_2_11.pdf.

¹⁴ M. Pazdan, *Prawo...*, s. 46.

¹⁵ Zob. A. Mączyński, *Przeciwko potrzebie uchwalenia nowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe*, Zeszyty Prawnicze BAS 2009, z. 1, s. 28-29, [http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/7AA1D332AC0A15BCC12575D30040DA54/\\$file/Zeszyty%20Prawnicze%20Rok%202021_12009.pdf](http://parl.sejm.gov.pl/WydBAS.nsf/0/7AA1D332AC0A15BCC12575D30040DA54/$file/Zeszyty%20Prawnicze%20Rok%202021_12009.pdf).

¹⁶ Szerzej, zob. M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961, s. 172 i n.

¹⁷ M. Mignot, *Le partenariat...*, s. 601-604; K. Bagan-Kurluta, M. Strus, *Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005 z. 1-2, s. 228 i n.

¹⁸ Zob. m.in. M. Domagalski, *Czy Sejm stworzył przyczółek dla związków partnerskich?*, <http://blog.rp.pl/blog/2011/02/06/marek-domagalski-czy-sejm-stworzil-przyczolek-dla-zwiazkow-partnerskich/>

¹⁹ Tak trafnie w literaturze niemieckiej m.in. A. Röthel, *Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschem und europäischem Recht*, IPRax 2006, s. 251.

²⁰ Dz. U. z 2004 Nr 161, poz. 1688 z późn. zm.

²¹ P. Wypych, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, „Kwartalnik Prawa

Prywatnego 2003 z. 1, s. 203.

²² Na ten temat, zob. m.in. M. Mataczyński, *Przepisy wymuszające swoje zastosowanie w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2005.

²³ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK-ZU 2005/5A, poz. 49 (pkt III.16.5-6).

²⁴ Zob. zwłaszcza wyrok z dnia 18 maja 2005 r., K 16/04, OTK-ZU 2005/5A, poz. 51 (pkt III.4).

²⁵ Wyjaśnienie pojęcia, zob. M. Pazdan, *Prawo...*, s. 63-64; M. Pilich, *Związki...*, s. 92-93.

²⁶ K. Bagan-Kurluta, *Przysposobienie międzynarodowe dzieci*, Białystok 2009, s. 407 i n.; K. Bagan-Kurluta, M. Strus, *Stosowanie...*, s. 248-249.

²⁷ M. Sośniak, *Klauzula...*, s. 80.

²⁸ A. Mączyński, *Przeciwko...*, [jw., przyp. 15], loco cit.

²⁹ Por. M. Pazdan, *Prawo...*, s. 235.

Opinia prawna o zgodności z Konstytucją RP
ustawy z dnia 4 lutego 2011 r.
– Prawo prywatne międzynarodowe
(druk senacki nr 1111)

1. Ustawa jest zgodna z Konstytucją RP, co w tym przypadku oznacza, że istnieje możliwość ustalenia takiej interpretacji ustawy, która pozwoli na stwierdzenie zgodności. Obowiązkiem podmiotów stosujących prawo, w tym sądów, jest dokonywanie wykładni ustaw w zgodzie z Konstytucją. W razie wątpliwości należy stosować ustawę w tym jej znaczeniu, które pozwala zachować zgodność z ustawą zasadniczą. Ponadto sąd może przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne w tym przedmiocie.

Ustawa nie wprowadza w regulowanym zakresie zasadniczych zmian. Przeciwnie, stanowi kontynuację istniejących rozwiązań, ugruntowanych w doktrynie i w praktyce, co odnosi się zwłaszcza do klauzuli porządku prawnego. Zamierzeniem projektodawców – w tym wybitnych przedstawicieli doktryny¹ - było poprawienie obowiązującej ustawy - Prawo prywatne międzynarodowe z 12 listopada 1965 r. (Dz. U. Nr 46, poz. 290, ze zm.), a zatem – z zasady – uczynienie ustawy bardziej zgodną z Konstytucją, niż to jest obecnie, aczkolwiek z uzasadnienia projektu nie wynika, aby przyczyną podjęcia tych prac było usunięcie z obowiązującej ustawy niezgodnych z Konstytucją przepisów. Skoro zakres nowości normatywnej przedmiotowej ustawy uznawano za nader ograniczony, tak w dyskusji sejmowej², jak i w opiniach ekspertów³, to trudno spodziewać się, by zawarte w tej ustawie rozwiązania były niezgodne z Konstytucją RP.

Z punktu widzenia racjonalnej polityki legislacyjnej wątpliwości może budzić uchwalanie nowej ustawy zamiast nowelizacji ustawy obowiązującej, czy też uchwalanie ustawy w obszarze intensywnego oddziaływania prawa europejskiego. Rozstrzygnięcie tych wątpliwości należy jednak do ustawodawcy, a ich istnienie nie obala domniemania konstytucyjności ustawy.

2. Jednakże w toku prac sejmowych wskazano na niezgodność z Konstytucją kwestii pominięcia w projekcie ustawy jednoznacznego zakazu stosowania w krajowym porządku prawnym zagranicznych przepisów dopuszczających związki osób tej samej płci, przy jednoczesnym uznaniu, że klauzula porządku prawnego nie stanowi wystarczającej gwarancji kon-

¹ Por. na ten temat w przemówieniu posła K. Karskiego na posiedzeniu Sejmu podczas pierwszego czytania projektu, sprawozdanie stenograficzne z 29 posiedzenia Sejmu w dniu 21 listopada 2008 r., s. 351.

² Poseł B. Kempa określiła ustawę jako „zupełnie zbędną”, por. sprawozdanie stenograficzne z 84 posiedzenia Sejmu w dniu 4 lutego 2011 r., s. 375.

³ Por. opinia A. Mączyńskiego z 16 grudnia 2008 r. dla Biura Analiz Sejmowych, w której stwierdzono „brak potrzeby wydania nowej ustawy”, s. 1.

stytucyjności ustawy⁴. Ostatecznie Sejm – wbrew stanowisku Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka, stosunkiem głosów 209 „za” do 210 „przeciw”, przy trzech „wstrzymujących się” – odrzucił poprawkę (polegającą na wprowadzeniu do ustawy nowego art. 54a) proponującą, aby małżeństwem w rozumieniu ustawy był tylko związek kobiety i mężczyzny oraz aby nie stosować przepisów prawa obcego regulujących związki osób tej samej płci. Oznacza to, że posłowie mieli zasadnicze wątpliwości co do konstytucyjności pominięcia tej kwestii w ustawie.

Skoro jednak ustawa nie wprowadza do obowiązującego porządku prawnego nowych rozwiązań o zasadniczym znaczeniu⁵, a pod rządami obowiązującej ustawy - Prawo prywatne międzynarodowe nie stosowano w Polsce zagranicznych przepisów dotyczących związków osób tej samej płci, to trudno zakładać, że wskutek uchwalenia nowej ustawy nastąpi zmiana dotychczasowej praktyki. Tego rodzaju zmiana mogłaby się dokonać jedynie z naruszeniem ustawy, ponieważ do podstawowych zasad porządku prawnego państwa należą te zasady, które zostały określone w Konstytucji, a w szczególności w rozdziale I „Rzeczpospolita”. Należy do nich uznanie, że małżeństwem jest związek kobiety i mężczyzny. Interpretacja ustawy uznająca, że wspomniana zasada nie należy do podstaw porządku prawnego państwa, byłaby sprzeczna z Konstytucją.

Uszczegółowienie klauzuli porządku publicznego zmieniłoby jej charakter prowadząc w istocie do zawężenia znaczenia tej klauzuli przez stworzenie możliwości interpretacji *a contrario*. Podstawowe zasady porządku prawnego określone są w Konstytucji. Mają one najwyższą moc prawną niezależnie od tego, czy zostały powtórzone w ustawach. Sędziowie podlegają Konstytucji, co oznacza zobowiązanie do stosowania ustaw w zgodzie z Konstytucją nie zaś w sposób sprzeczny z jej postanowieniami, czy też prowadzący do ich obejścia.

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji (art. 8) stanowi jedną z podstawowych zasad porządku prawnego Rzeczypospolitej. W świetle tych zasad powtarzanie postanowień Konstytucji w ustawach osłabia ustawę zasadniczą, ponieważ w ten sposób ustawodawca kreuje pozory uzależnienia stosowania Konstytucji od obowiązywania ustawy.

3. Stosowanie prawa prywatnego międzynarodowego powinno pozostawać w zgodzie z ogólnymi zasadami prawa Unii Europejskiej oraz zasadami określonymi w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej mającej – w myśl art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej – „taką samą moc prawną jak Traktaty” z Lizbony. Stosownie do tych zasad, a w szczególności do art. 9 Karty, „Prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tych praw”. Stosowanie w Polsce i przez polskie sądy zagranicznych przepisów legitymizujących związki osób tej samej płci byłoby więc niezgodne nie tylko z klauzulą porządku prawnego zawartą w ustawie, ale także niezgodne z zasadą prawa Unii Europejskiej mającą moc prawną Traktatu z Lizbony.

4. Zasadnicze zróżnicowanie wyrażanych w Sejmie opinii w tak zasadniczej kwestii wskazuje na potrzebę poszukiwania kompromisu, który pozwoliłby rozwiązać obawy części posłów, a jednocześnie uniknąć konsekwencji powtarzania tekstu Konstytucji w ustawie i wątpliwości związanych z dodaniem do tekstu uchwalonej przez Sejm ustawy wspomnianej wyżej i odrzuconej poprawki. Trudno uznać, że służy wykonaniu Konstytucji w największym możliwym stopniu ustawa, o której blisko połowa posłów sądzi, że pozwoli ona na obejście Konstytucji.

⁴ Por. przemówienie poseł B. Kempy, sprawozdanie stenograficzne z 80 posiedzeniu Sejmu w dniu 15 grudnia 2010 r., s. 185 oraz opinia A. Mączyńskiego z dnia 14 grudnia 2010 r. dla Biura Analiz Sejmowych.

⁵ Ibidem.

Ze względu na najwyższą moc prawną Konstytucji ustawa musi przecież „przyjmować treści w możliwie najpełniejszy sposób pozwalające na urzeczywistnienie postanowień konstytucyjnych”⁶. Opiniowana ustawa tego nie czyni, co nie oznacza, że jej postanowienia są z Konstytucją niezgodne. Budzi jednak wątpliwości niejednoznaczność ustawy postrzegana przez wielu posłów. Skoro organ tworzący prawo rozumie jego postanowienia na dwa przeciwstawne sposoby, to tego rodzaju ustawa zawiera w sobie immanentne ryzyko nieokreśloności. Zarzut niezgodności z zasadą określoności prawa, a tym samym naruszenia zasad przyzwoitej legislacji dekodowanych z art. 2 Konstytucji, nie powinien jednak być postawiony, skoro ustawa zawiera klauzulę porządku prawnego, a przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio. Nie przekonuje to jednak wielu posłów najwidoczniej zainteresowanych w zagwarantowaniu Konstytucji najwyższej mocy prawnej. Powtarzanie w ustawie treści art. 18 Konstytucji wydaje się wątpliwe nie tylko z powodu sprzeczności z logiką hierarchicznego systemu źródeł prawa, ale także z istotną dla europejskiej kultury prawnej zasadą *lex imperat non docet*, w myśl której prawo nie służy celom dydaktycznym.

Należałoby zatem rozważyć możliwość wprowadzenia do ustawy preambuły identyfikującej podstawowe wartości wytyczające kierunek interpretacji jej postanowień, a więc w szczególności wskazującej na znaczenie podstawowego w Europie prawa do regulowania korzystania z prawa do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi, a ponadto podkreślającej, że Rzeczpospolita zapewnia ochronę i opiekę małżeństwu jako związkowi kobiety i mężczyzny. Sformułowanie preambuły tej treści mogłoby pozwolić na osiągnięcie kompromisu między zwolennikami i przeciwnikami odrzuconej w Sejmie poprawki proponującej, aby małżeństwem w rozumieniu ustawy był tylko związek kobiety i mężczyzny oraz aby nie stosować przepisów prawa obcego regulujących związku osób tej samej płci.

5. Wymaga jednak rozważenia dopuszczalność tego rodzaju rozwiązania. Problem dopuszczalnego zakresu poprawek Senatu do ustawy uchwalonej przez Sejm był wielokrotnie analizowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził, że przedmiotem prac senackich „jest wyłącznie ustawa uchwalona przez Sejm. Zakres, materia i koncepcja tych prac jest więc wyznaczana wyłącznie zakresem, materia i koncepcją tej ustawy. Pominięte w ustawie sejmowej zagadnienia objęte postępowaniem legislacyjnym – zawarte w projekcie ustawy, albo w uchwale komisji sejmowej bądź we wnioskach mniejszości lub poprawkach wnoszonych w czasie rozpatrywania projektu ustawy przez Sejm – mogą być podjęte tylko w drodze nowej inicjatywy ustawodawczej. Nie mogą jej zastąpić poprawki Senatu do ustawy sejmowej, choćby nawiązywały do propozycji czy rozwiązań rozważanych w trakcie sejmowych prac nad projektem ustawy”⁷. Przemawiałoby to zatem przeciwko wprowadzeniu przez Senat poprawki odrzuconej przez Sejm.

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny „wszelkie poprawki Senatu muszą dotyczyć wprost materii, która była przedmiotem regulacji w tekście przekazanym Senatowi przez Sejm. To nie znaczy, że mogą one przybierać jedynie charakter formalno legislacyjny i ograniczać się do drobnych zmian”⁸. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego poprawki mogą nawet całkowicie zmieniać kierunki rozwiązań proponowane przez inicjatora procesu legislacyjnego, wprowadzając alternatywny sposób realizacji celu ustawy⁹. W każdym wypadku poprawki muszą jednak wprost dotyczyć materii będącej przedmiotem regulacji w tym tekście, który został przekazany Senatowi przez Sejm. Uchwalona przez Sejm ustawa wyznacza bowiem do-

⁶ Tak L. Garlicki: *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 39.

⁷ Tak w uzasadnieniu wyroku TK w sprawie o sygn. K 25/99.

⁸ Tak w uzasadnieniu wyroku TK w sprawie o sygn. K 5/93.

⁹ Tak zwłaszcza w uzasadnieniach wyroków TKw sprawach o sygn. K 37/03 i K 45/05.

puszczalną głębokość (regulowaną materię) i szerokość (granice przedmiotowe regulowanej materii) poprawek Senatu. Przez ustawę należy przy tym rozumieć zarówno akt normatywny po raz pierwszy regulujący jakieś zagadnienie, jak i nowelizację już obowiązującej ustawy¹⁰. Szczególny rygoryzm obowiązuje przy wnoszeniu poprawek do ustawy nowelizującej, zwłaszcza jeśli zakres nowelizacji jest niewielki. W wypadku ustawy nowelizującej nie jest w szczególności możliwe, aby senackie poprawki mogły dotyczyć zarówno przepisów ustawy nowelizowanej, które Sejm zdecydował się zmienić i stąd zamieścić je w treści ustawy nowelizującej, jak i tych, co do których Sejm nie zdecydował się na zmianę i dlatego nie uwzględnił ich w treści ustawy nowelizującej. Tym bardziej więc nie mogą dotyczyć zagadnień objętych wyłącznie zakresem ustawy nowelizowanej. Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie kwalifikuje taki zabieg jako obejście przepisów o inicjatywie ustawodawczej oraz o trybie czytań projektu ustawy w Sejmie.

Trybunał Konstytucyjny „za nakaz o randze konstytucyjnej uznaje wymóg, by zasadnicze treści, które znajdują się ostatecznie w ustawie, przebyły pełną drogę procedury sejmowej. W prawidłowym, a zatem spełniającym konstytucyjne wymogi, procesie legislacyjnym chodzi o to, aby możliwie najdokładniej i najwnikliwiej rozpatrzyć projekt, a przez to maksymalnie wyeliminować ryzyko niedopracowania lub przypadkowości przyjmowanych rozwiązań. Wprowadzanie do projektu nowych, istotnych treści na ostatnich etapach procesu ustawodawczego stanowi naruszenie konstytucyjnych nakazów dotyczących procedury legislacyjnej. Szczególne ograniczenia dotyczą poprawek wnoszonych właśnie na etapie prac w Senacie. Ta faza procedury legislacyjnej charakteryzuje się największym zaawansowaniem, chociażby ze względu na to, że Senat zajmuje się już nie projektem ustawy, ale ustawą uchwaloną przez Sejm, która przeszła etapy poszczególnych czytań w Sejmie, a autor projektu nie ma już możliwości jego wycofania”¹¹.

Dodanie do ustawy preambuły, odwołującej się do określonych w Konstytucji i odzwierciedlonych w prawie europejskim zasad i wartości nie oznacza jednak przecież – jak można sądzić – wprowadzenia do ustawy nowych treści, chociaż są to treści istotne. Poprawka ta dotyczyłaby „wprost materii, która była przedmiotem regulacji w tekście przekazanym Senatowi przez Sejm”¹².

Warto podkreślić w tym kontekście, że preambuła, która znalazła się w Konstytucji raczej dla zaakcentowania ciągłości tradycji konstytucyjnej¹³, stopniowo zyskuje na znaczeniu w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jako tworzywo dla budowania zasad i norm konstytucyjnych, pozwalających na znalezienie rozwiązań istotnych problemów ustrojowych.

Komentatorzy Konstytucji uznają, że preambuła „stanowi ważną wskazówkę dla interpretacji przepisów aktu który poprzedza”; zdaniem przedstawicieli doktryny „nowoczesny sąd konstytucyjny nie może orzekać nie odwołując się do różnego rodzaju wartości. Największy ich zasób zawierają wstępy do ustaw zasadniczych. Preambuła do konstytucji wyraża oprócz jej przewodnich idei oraz podstawowych zasad, inne rozstrzygnięcia ustawodawcy dotyczące najdonioślejszych zagadnień prawnych”. Pominięcie preambuły w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego „podważałoby dzisiaj prawowitość i trafność podejmowanych rozstrzygnięć. Bez stałego uwzględniania wstępu, będą one ułomne i nie będą w pełni wyrażać całego bogactwa treściowe-

¹⁰ Tak w uzasadnieniu wyroku TK w sprawie o sygn. K 11/02.

¹¹ Ibidem.

¹² Tak w uzasadnieniu wyroku TK w sprawie o sygn. K 11/02.

¹³ Tak M. E. Stefaniuk: *Tradycje preambuł w polskich konstytucjach i ich wpływ na rozwiązania współczesne*, [w:] W. Witkowski, red.: *W kręgu historii i współczesności polskiego prawa*, Lublin 2008, s. 696.

go podstawowego prawa RP (...). Postępująca jurydyzacja całego tekstu konstytucyjnego byłaby w sprzeczności z traktowaniem wstępu jedynie jako deklaracji ideowo-politycznej¹⁴.

Uwagi te odnieść można odpowiednio do wstępów do ustaw zwykłych. Należy także mieć na uwadze powszechność stosowania preambuł w prawie europejskim, co sprawia, że są one składnikiem kultury prawnej wspólnej państwom członkowskim Unii.

W doktrynie wskazano, że w przypadku preambuł do ustaw zwykłych może „pojawić się odwołanie do odpowiednich norm rangi konstytucyjnej”¹⁵. Być może zatem odpowiednie sformułowanie preambuły do ustawy - Prawo prywatne międzynarodowe uczyniłoby jej postanowienia bezspornie jednoznacznymi, a przez to bardziej zgodnymi z Konstytucją aniżeli zawarte w treści ustawy przekazanej Senatowi.

¹⁴ Tak J. Boć *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 12 i nast.

¹⁵ Tak S. Lewandowski: *Charakter normatywny preambuły*, „*Studia Iuridica*” XXXVI/1998, s. 132.

Dr hab. Tomasz Sokołowski, prof. UAM
Katedra Prawa Cywilnego,
Handlowego i Ubezpieczeniowego
Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu

Opinia prawna **w sprawie konstytucyjności ustawy** **z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe** **(druk senacki nr 1111)**

I. W ostatnim półwieczu poprzedzającym uchwalenie ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z dnia 4 lutego 2011 r. (dalej: nowa ustawa) materię małżeńską uregulowano w art. 14–18 dotychczasowej ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z 12 listopada 1965 r. (dalej: p.p.m.). Zakres zastosowania przepisu art. 14 p.p.m., którego treść dokładnie powtórzono obecnie w art. 48 nowej ustawy, nie budził wątpliwości i był on dotąd sprawnie stosowany. Po pierwsze, w odniesieniu do systemów dopuszczających małżeństwa monogamiczne, wskazując obce prawo właściwe dla oceny zdolności cudzoziemca do zawarcia małżeństwa. Po drugie, w odniesieniu do systemów dopuszczających poligamię stosowano art. 14 p.p.m. z tym ograniczeniem, że jeżeli obce prawo uznaje zdolności do zawarcia kolejnego małżeństwa w odniesieniu np. do już żonatego obywatela obcego państwa, to norma taka nie jest stosowana w Polsce z uwagi na klauzulę porządku publicznego. Było jednak bezsporne, że cały czas chodzi o materię matrymonialną, aczkolwiek w relacji dwóch modeli małżeństw: monogamicznego i poligamicznego. Oba mieściły się jednak w pojęciu małżeństwa, jako związku kobiety i mężczyzny.

Genetycznie bowiem oba modele małżeństwa nie są zupełnie odmienne. Trzeba podkreślić, że w polskim prawie rodzinnym kolejne bigamiczne małżeństwa też są ważne i skuteczne, aczkolwiek można je unieważnić. Jeżeli jednak tego się nie uczyni, to powstaną typowe dla małżeństwa skutki prawne, np. w zakresie pochodzenia dziecka czy ustawowego dziedziczenia po bigamiście jego żon. Co więcej, takie poligamiczne małżeństwo może ulec konwalidacji („uzdrowieniu”) w przypadku śmierci pierwszego małżonka (art. 13 § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – dalej k.r.o.). Cały czas bowiem jest to problematyka małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny.

II. Wskazany zakres zastosowania art. 14–18 p.p.m. uwarunkowany został definicją małżeństwa, która leży u podstaw art. 14 w sposób dorozumiany i nie wymaga wyraźnego wskazania w omawianym czy innym przepisie prawa kolizyjnego. Jednak to, że czegoś w ustawie nie wskazano nie znaczy bynajmniej, że element taki nie istnieje „w przestrzeni prawnej”, zwłaszcza w przestrzeni konstytucyjnej.

Definicje nie są zwykle formułowane w aktach prawa kolizyjnego, które zresztą z góry zakłada konieczność badania znaczeń pojęć występujących w różnych systemach. Jednak definicje nie występujące bezpośrednio w przepisach prawa kolizyjnego stanowią mimo to ich niewidoczny, lecz istniejący „kościół” logiczny i semantyczny, a treść nadawana normom kolizyjnym (w zakresach i łącznikach tych norm) nie może mieć kształtu sprzecznego z tymi

definicjami, które leżą u ich podstaw. Takie pojęcia, jak np. obywatelstwo czy umowa, są zdefiniowane w innych aktach prawnych lub w doktrynie. To że toczą się dyskusje dotyczące dokładnej treści tych pojęć nie znaczy, że pod pojęciem obywatelstwa można rozumieć pojęcie miejsca pobytu, a pojęciem umowy można określać jednostronne czynności prawne, to bowiem przekraczałoby interpretacyjną objętość nawet najbardziej elastycznej definicji. Definicje muszą bowiem respektować konieczne, podstawowe cechy danej konstrukcji prawnej. Dotyczy to także definicji małżeństwa.

Dążenie do szerokiej interpretacji pojęć jest co prawda typowe dla prawa kolizyjnego, które ze swojej istoty oparte jest na elastycznej interpretacji terminów, którym w różnych systemach nadaje się odmienne odcienie znaczeniowe. Nie może jednak dojść do podważenia podstawowych cech, charakterystycznych dla danej kategorii. Ważny problem wiąże się z pojawieniem się nowych zjawisk społecznych albo z nasileniem się zjawisk dotąd szerzej niedostrzeganych w przestrzeni prawnej. Dotyczy to także takich nowych stosunków społecznych, jak związki par homoseksualnych, które w niektórych państwach zostały już prawnie uregulowane. Zrozumiałe jest więc pojawienie się pytania o możliwość uchwycenia takich stosunków społecznych w ramach już istniejących kategorii prawnych lub struktur pojęciowych, zamiast ujmować je w odrębnych przepisach.

Rzecz jednak w tym, że zdaniem jednych pewne zjawiska społeczne lub prawne mają podobną naturę, a inni uważają, że są one rodzajowo odmienne, a dyskusja w tym względzie, dotycząca z jednej strony małżeństw, a z drugiej związków osób tej samej płci nie wydaje się być bliska zakończenia i dlatego celowe jest sięgnięcie do kryteriów konstytucyjnych.

Zasadniczym zagadnieniem dla niniejszej problematyki jest to, czy pojęcie małżeństwa i spraw małżeńskich może obejmować także instytucjonalne związki homoseksualne i sprawy z nimi związane. Nie jest jednak tutaj niezbędne artykułowanie definicji małżeństwa w samej nowej ustawie, jak tego np. dokonano na posiedzeniu podkomisji Sejmu w dniu 18 stycznia 2011 r., przyjmując przepis art. 54a.

III. Przepis art. 18 Konstytucji RP definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, stawiając poza zakresem tej definicji wszystkie inne desygnaty, czyli związki oparte na osobistej więzi, ale składające się z większej liczby żon lub mężów (związki poligamiczne) oraz związki składające się tylko z kobiet albo tylko z mężczyzn (zarówno pary takich osób jak i większe grupy), a wreszcie wieloosobowe grupy o innej jeszcze strukturze (np. tzw. komuny). Rozstrzygnięcie tej kwestii stanowi podstawową funkcję normy prawnej zawartej w art. 18 Konstytucji.

Omawiany przepis wyraża zasadę o charakterze normatywnym wskazującą, że grupa społeczna określona jako małżeństwo znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Szczegółowa regulacja sytuacji prawnej małżonków znajduje się w innych ustawach. Norma ujęta w art. 18 Konstytucji reguluje sytuacje rodzinne wyczerpująco, stanowiąc, że małżeństwo jest związkiem wyłącznym, a jego funkcjonowanie konstytuuje ściśle określony społeczny stan rzeczy. Dokładnego doprecyzowania tego stanu rzeczy dokonano zwłaszcza w k.r.o. Konieczność utrzymania tego stanu rzeczy pozwala na zastosowanie wniosku inferencyjnego, a mianowicie reguły instrumentalnego zakazu, wskazującego na zakaz realizacji rozwiązań sprzecznych ze stanem rzeczy ukształtowanym w sposób wskazany w art. 18 Konstytucji oraz przepisach rozwijających tę regulację.

Z zasady zawartej w art. 18 Konstytucji i doprecyzowanej w przepisach k.r.o. wynika więc instrumentalnie, że ustrojowego statusu małżeństwa nie wolno podważyć przez instytucjonalne wprowadzenie do przestrzeni prawnej innych grup społecznych, które pełniłyby funkcję taką samą albo podobną do małżeństwa.

Regulacja tej sfery należy zarazem do najbardziej fundamentalnych spraw, ponieważ zarówno w historii prawa, jak i w wielu współczesnych systemach prawnych, znane są z gruntu odmienne regulacje tej kwestii i dlatego konieczne było jej konstytucyjne rozstrzygnięcie.

Wskazaną zasadę można zmienić tylko poprzez zmianę Konstytucji, ale nie w sposób dowolny, ponieważ definicja małżeństwa jako szczególnego, osobistego związku mężczyzny i kobiety jest ze swojej istoty definicją sprawozdawczą, a nie projektującą. Instytucja małżeństwa nie jest więc konstrukcją czysto jurydyczną, ponieważ jego charakter zawiera silne pierwiastki empiryczne, nawiązujące do innych nauk społecznych, zwłaszcza socjologii. Małżeństwo jako instytucja prawna ma zarazem pewne naturalne, biologiczne cechy, dające się zweryfikować empirycznie, które są właściwe tylko małżeństwu, a których to cech nie mają inne instytucjonalne związki społeczne. Z prawnego punktu widzenia instytucja małżeństwa służy także ochronie praw naturalnych małżonków oraz praw naturalnych ich dzieci, czyli praw istniejących niezależnie od woli prawodawcy, który może jedynie cyzelować niuanse prawnej reglamentacji tych praw, natomiast nie może nigdy odmówić im szczególnej ochrony prawnej.

IV. Istota analizowanego problemu sprowadza się do oceny i wyboru jednej z dwóch zasadniczych możliwości:

pozostawienie art. 48 nowej ustawy w niezmienionej postaci i akceptacji zastosowania art. 48–54 nowej ustawy także w sprawach związanych z instytucjonalnymi związkami osób tej samej płci;

doprecyzowanie przepisu art. 48 nowej ustawy w taki sposób, aby zakres bezpośredniego zastosowania normy kolizyjnej w nim wysłowionej jednoznacznie nie obejmował innych związków niż małżeństwo kobiety i mężczyzny.

Pierwsze rozwiązanie polega na utrzymaniu w art. 48 nowej ustawy identycznej treści jaką ma obecny przepis art. 14 p.p.m., który jednak powstał w latach 60., a zatem w czasie, w którym związki osób tej samej płci nie stanowiły w naszym kręgu kulturowym i prawnym przedmiotu regulacji prawnej, uznającej je za równorzędne albo bardzo zbliżone do związków małżeńskich. Dotychczasowa treść omawianego przepisu z pewnością nie miała na uwadze uregulowania nowej i kontrowersyjnej kwestii związków osób tej samej płci, jednak zmiana kontekstu społecznego i pojawienie się nowych regulacji w prawie innych państw stworzyło nowy punkt odniesienia dla wykładni art. 48 nowej ustawy.

Pozostawienie tego przepisu w niezmienianej treści zdaje się jednak po pierwsze pozostawać w sprzeczności z konstytucyjną definicją małżeństwa i może być pojmowane jako wyraz założenia, że pojęcie małżeństwa ma w polskiej ustawie kolizyjnej inną treść niż w art. 18 Konstytucji. Po drugie pozostawienie obecnej treści art. 48 nowej ustawy będzie zapewne z czasem wymagało dokonania (i to raczej prędzej niż później) jego nowelizacji lub nowej wykładni. Ta nowa wykładnia dostarczyłaby wówczas odpowiedzi na szereg pytań, związanych z występowaniem w innych systemach prawnych instytucjonalnych związków osób tej samej płci. Wykładnia taka podlegałaby zapewne ewolucji paralelnej do ewolucji poglądów doktryny.

Najważniejszą kwestią tej wykładni byłaby odpowiedź na pytanie, czy w przypadku bezpośredniego zastosowania art. 48 – 54 nowej ustawy do sytuacji, w których występuje problem instytucjonalnych stosunków prawnych osób tej samej płci, można odwołać się do klauzuli porządku publicznego (art. 7 nowej ustawy). Zastosowanie tej klauzuli pozwala na wyłączenie zastosowania przez sąd polski takiego obcego prawa i byłoby podobne do stosowania tej klauzuli w odniesieniu do prawa obcego dopuszczającego istnienie związków poligamicznych. Rzecz jednak w tym, czy istotnie takie wykluczające podejście występowałoby zawsze wśród prawników stosujących art. 48 – 54 nowej ustawy.

Obecnie jednak ustawodawca może tę kwestię jasno rozstrzygnąć, doprecyzowując art. 48 nowej ustawy w zgodzie z art. 18 Konstytucji. Takie rozwiązanie uzasadnia w szczególności fakt, że w niektórych obcych systemach prawnych związki osób tej samej płci są określane nazwą „małżeństwo” (np. w Hiszpanii). Doszło już zatem do próby nadania nowej treści pojęciu małżeństwa, chociaż jego znaczenie jest w powszechnym, europejskim rozumieniu inne. Ta nowa sytuacja wpływa znacząco na rozumienie zakresu zastosowania normy kolizyjnej zawartej w art. 48 nowej ustawy. Stawia bowiem na porządku dziennym rozważenie potrzeby reakcji w postaci wyraźnego doprecyzowania w tym przepisie treści omawianej normy kolizyjnej w taki sposób, aby było całkowicie jasne, że odnosi się ona tylko do małżeństwa, rozumianego wyłącznie jako związek kobiety i mężczyzny. Taka regulacja najlepiej odpowiadałaby utrwalonemu od tysiącleci w kulturze europejskiej rozumieniu instytucji małżeństwa. Doprecyzowanie art. 48 nowej ustawy sprawiłoby, że art. 48 – 54 nowej ustawy nie znajdą bezpośredniego zastosowania w odniesieniu do spraw związanych z instytucjonalnymi związkami osób tej samej płci. Trzeba wyraźnie podkreślić, że nie wyłączałyby to jednak w takiej sytuacji bezpośredniego zastosowania innych przepisów nowej ustawy.

W istocie nie ma tutaj rozwiązania pośredniego, ponieważ nie wydaje się trafne założenie, że pojęcie małżeństwa jest nadal dla wszystkich bezdyskusyjne, jak to dotąd zdawało się mieć miejsce. Nie da się więc uniknąć wyboru i należy obecnie opowiedzieć się albo za dotychczasową koncepcją małżeństwa, jako wyłącznie związku kobiety i mężczyzny, albo pogodzić się z tym, w sposób wyraźny lub dorozumiany, że przepis art. 48 nowej ustawy stanowi także bezpośrednią podstawę do wyinterpretowania normy kolizyjnej, która odnosić się będzie do sytuacji, w których występuje stosunek prawny wynikający z istnienia instytucjonalnych związków osób tej samej płci. W konsekwencji odpowiedniemu poszerzeniu ulegnie zastosowanie przepisów art. 49 – 54 nowej ustawy.

V. W razie podjęcia decyzji o doprecyzowaniu zakresu normy z art. 48 nowej ustawy, tak aby dotyczył on tylko małżeństwa rozumianego jako związek kobiety i mężczyzny, dokonać tego można poprzez eliminację słowa „stron” i zastąpienie go zwrotem „kobiety i mężczyzny”. Jeżeli natomiast celem ustawodawcy jest właśnie łączne uregulowanie w tym przepisie zarówno małżeństw heteroseksualnych jak i „małżeństw homoseksualnych”, to należy pozostawić go w dotychczasowym brzmieniu.

Przepis art. 48 nowej ustawy stanowi, że O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa.

Norma kolizyjna wyrażona w tym przepisie zawiera w swoim łączniku, czyli kryterium wskazującym jednoznaczny subokreślnik temporalny, określający, że prawem właściwym jest prawo „z chwili zawarcia małżeństwa”. Natomiast określnik nominalny tego łącznika, do niedawna jednoznaczny, w obecnych czasach może już budzić istotne wątpliwości co do swojego zakresu. Wskazując, jako prawo właściwe, „prawo ojczyście”, określnik ten odpowiada także na pytanie o czyje prawo ojczyście chodzi, określając w swoim dopełniaczu, że jest to prawo ojczyście „każdej ze stron”.

W obecnej sytuacji cywilizacyjnej i w obliczu problemu stanowiącego przedmiot niniejszej opinii, należy rozważyć doprecyzowanie tego dopełniacza. Uczynić to można poprzez umieszczenie w nim, zamiast słowa „stron”, słów „kobiety i mężczyzny”, uściślając w ten sposób nie tylko łącznik, ale zarazem i zakres normy kolizyjnej wysłowionej w art. 48 tylko do „małżeństwa kobiety i mężczyzny”.

Omawiany przepis mógłby wówczas brzmieć następująco: O możliwości zawarcia małżeństwa przez kobietę i mężczyznę rozstrzyga w stosunku do każdej z tych osób jej prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa.

Uściślenie to wpłynęłoby na zakres zastosowania normy z art. 48 nowej ustawy, ponieważ ograniczyłoby stosunki społeczne, do których ta norma się bezpośrednio odnosi, tylko do małżeństwa kobiety i mężczyzny, czyli odpowiadającego definicji zawartej w art. 18 Konstytucji RP. Należy dodać, że konieczne jest użycie w zwrocie „przez kobietę i mężczyznę” spójnika „i” ponieważ inny spójnik zniweczyłby ścisły charakter tej koniunkcji.

Jeżeli natomiast zrezygnuje się z takiego doprecyzowania, pozostawiając art. 48 nowej ustawy bez zmiany, to zakres bezpośredniego zastosowania omawianej normy kolizyjnej może być ujmowany szerzej, ponieważ słowo „strony” można odnieść, opowiadając się za inną treścią pojęcia „małżeństwo”, także do innych par osób niż ta, jaką tworzą kobieta i mężczyzna. Mając to na uwadze wyrazić można pogląd, że przepis art. 48 nowej ustawy w dotychczasowym brzmieniu budzi wątpliwość co do jego zgodności z art. 18 Konstytucji RP. Natomiast po dokonaniu doprecyzowania o wskazanej lub ekwiwalentnej do niej treści wątpliwość ta zostanie usunięta.

Uściślenie art. 48 nowej ustawy zapobiegłoby zarazem zbyt szerokiemu z punktu widzenia art. 18 Konstytucji bezpośredniemu zastosowaniu także art. 49 – 54 nowej ustawy, ponieważ szerokie ujęcie obecnej treści art. 48 nowej ustawy otwiera drogę do równie szerokiego zastosowania dalszych przepisów rozdziału 11. nowej ustawy.

VI. Doprecyzowanie treści art. 48 nowej ustawy nie zamykałoby jednak definitywnie drogi do rozstrzygnięcia spraw dotyczących związków osób tej samej płci. Rzecz jednak nie w tym na podstawie jakich przepisów będzie możliwe w ogóle rozstrzygnięcie 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 i zachowania zgodności porządku prawnego z jej przepisami, a zwłaszcza z art. 18 Konstytucji, należy tak sformułować treść art. 48 nowej ustawy, aby nie stanowił on bezpośrednio podstawy do rozstrzygnięcia spraw dotyczących związków osób tej samej płci, ponieważ nie są one małżeństwem. Nie znaczy to wcale, że sąd polski rozstrzygając takie sprawy obywateli obcych, a toczących spór w Polsce, nie będzie mógł ustalić prawa właściwego dla danej kwestii, tyle tylko, że przepisy art. 48 – 54 nowej ustawy nie znajdują tutaj bezpośredniego zastosowania, co jednak nie zamyka drogi do stosowania bardziej zawiłych metod wykładni. Mianowicie sprawy dotyczące instytucjonalnych związków osób tej samej płci rozstrzygane być mogą przy zastosowaniu wykładni wskazującej ad casum funkcjonalne podobieństwo do niektórych szczegółowych kwestii uregulowanych w nowej ustawie.

Jednak wykładnia taka respektowałaby odmienną rodzajową takich związków, a stosując dany przepis sąd czyniłby to dlatego, że dana sytuacja jest tylko podobna do sytuacji związanej ze stosunkiem małżeństwa, ale nie ma cech rodzajowych małżeństwa. Chodzi więc tutaj o potwierdzenie w polskim porządku prawnym zasady, że przepisy polskiego prawa kolizyjnego dotyczące spraw małżeńskich odnoszą się bezpośrednio tylko do spraw związanych ze stosunkami prawnymi odpowiadającymi definicji małżeństwa, znajdującej się w Konstytucji RP.

VII. Przedmiotem regulacji art. 18 Konstytucji jest także w pośredni sposób sytuacja osobista, w jakiej znajduje się każdy z małżonków albo rodzic samotnie wychowujący dziecko. Mianowicie, z uwagi na ukształtowaną w kodeksie cywilnym autonomię sfery dóbr osobistych każda z tych osób może ukształtować swoje życie osobiste na wiele wybranych przez siebie sposobów: może pozostać samotna albo związać się z jedną bądź z kilkoma osobami, zarówno odmienną, jak i tej samej płci. Jednak z punktu widzenia przyjętej w art. 18 Konstytucji zasady ustrojowej dotyczącej instytucji małżeństwa aspiracje matrymonialne tych osób są ograniczone tylko do wskazanego wyłącznie monogamicznego związku kobiety i mężczyzny.

Zarówno owdowiały, jak i rozwiedziony, a także samotny rodzic może więc zawrzeć małżeństwo, natomiast jeżeli zwiąże się z osobą tej samej płci albo z większą ilością osób, związek taki nie może stać się małżeństwem ani pod inną nazwą uzyskać w obrocie prawnym rangi lub miejsca małżeństwa.

Próba ograniczonej interpretacji art. 18, prowadząca do zakreślenia „obok” małżeństwa przestrzeni dla innych niż małżeństwo instytucjonalnych związków, prowadzi więc wprost do podważenia wskazanej, jednej z podstawowych zasad ustroju państwa, określającej wyłączny charakter małżeństwa. Okoliczność, że w niektórych państwach przyjęto właśnie na tym polu odmienne zasady ustrojowe i wprowadzono nowe konwencje terminologiczne nie stanowi tutaj jakiegokolwiek argumentu na rzecz odmiennej interpretacji artykułu 18, którego treść i funkcja jest zupełnie jasna, determinując z kolei treść innych norm prawnych, w tym i art. 48 nowej ustawy.

Zauważyć trzeba, że fakt przyjęcia w systemie niektórych państw należących do UE odmiennych instytucji prawa rodzinnego od występujących dotąd w państwach europejskich i w prawie polskim, czyli zerwanie z tradycją sięgającą ponad dwóch tysięcy lat, nie może stanowić argumentu przemawiającego na rzecz recepcji tych obcych rozwiązań w polskim porządku prawnym. Suwerenna decyzja innych państw nie może wpływać, co do zasady, na systemy prawne innych państw. Odmienne podejście godzi bowiem bezpośrednio w równoprawność porządków prawnych tych państw. Istnienie w obcych systemach prawnych instytucjonalnych homoseksualnych związków, traktowanych w sposób zbliżony albo na równi z małżeństwami nie aktualizuje zatem potrzeby przekształcenia porządku prawnego Polski lub innych państw w taki sposób, aby taka instytucja stała się także elementem ich porządku prawnego.

W niniejszej opinii uwzględniono w szczególności tekst ustawy zawarty w druku senackim nr 1111 z dnia 8 lutego 2011 r. oraz treści dyskusji z prac nad ustawą w podkomisji sejmowej w dniach 18 stycznia 2011 r. i 12 lutego 2011 r.

Opinia na temat zgodności niektórych przepisów ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji RP (druk senacki nr 1111)

Art. 18 Konstytucji RP z całą pewnością definiuje pojęcie małżeństwa wyłącznie jako związek heteroseksualny jednej kobiety z jednym mężczyzną i jest traktowany w nauce prawa konstytucyjnego za podstawową zasadę porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, obok innych zasad wymienionych w rozdz. I Konstytucji.

W trakcie debaty w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nad sformułowaniem art. 18 Konstytucji posłowie i senatorowie specjalnie podkreślali heteroseksualność jako podstawową przesłankę pojęcia małżeństwa wyłączając związek homoseksualny. Komisja Konstytucyjna brała też pod uwagę stan faktyczny określony w Kodeksie rodzinnym w zakresie formy zawarcia małżeństwa – przed urzędnikiem stanu cywilnego, przed kapłanem, po jego rejestracji w Urzędzie Stanu Cywilnego albo równoległe formę świecką i religijną, po spełnieniu wymaganych prawem formalności.

Z art. 18 Konstytucji nie wynika jednak zakaz dla ustawodawcy polskiego legalizacji w jakiejś formie związku faktycznego kobiety z mężczyzną (konkubinatu) i uznania go za małżeństwo także wówczas, gdy tak będzie stanowiło prawo ojczyście obywateli innych państw. Wówczas Kodeks rodzinny mógłby precyzować, że związek małżeński to także umowa co do wspólnego pożycia kobiety z mężczyzną zawarta np. w formie aktu notarialnego zgłoszonego następnie do Urzędu Stanu Cywilnego.

Nie ma bowiem wątpliwości, że związek małżeński jest kontraktem (umową cywilną) zawartym wyłącznie między kobietą i mężczyzną co do wspólnego pożycia i założenia rodziny, który jest legalizowany nie w formie precyzowanej w Konstytucji, lecz w ustawie zwykłej (w Kodeksie rodzinnym). Aby konstytucyjne pojęcie małżeństwa jako związku kobiety z mężczyzną nie było w Polsce podważane na podstawie art. 48 prawa prywatnego międzynarodowego, to art. 48 powinien zostać uzupełniony przepisem mówiącym, że na terytorium Polski za małżeństwo uznaje się wyłącznie zalegalizowany zgodnie z prawem ojczyściem małżonków związek jednej kobiety pełnoletniej z jednym pełnoletnim mężczyzną za obopólną zgodą małżonków.

W razie braku takiego zastrzeżenia należałoby respektować, bez żadnych wyjątków art. 48 prawa prywatnego międzynarodowego stanowiący: „o możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyście z chwili zawarcia małżeństwa”. W konsekwencji na terytorium Polski należałoby wówczas respektować prawo ojczyście małżonków uznające za małżeństwo także związek osób tej samej płci, wielożeństwo, a także małżeństwo z osobą nieletnią albo z osobą przymuszoną do małżeństwa przez rodzinę według prawa ojczyściego. Jeżeli w Polsce respektuje się – zgodnie z treścią powołanego art. 48 - za-

¹ Były ekspert Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w latach 1994-1997.

graniczne małżeństwa heteroseksualne, to bez takiej klauzuli wykluczającej należałoby także na tej samej podstawie prawnej respektować małżeństwo homoseksualne, z osobą nieletnią, wielożeństwo i inne związki zgodnie z prawem ojczystym małżonków np. państw arabskich, afrykańskich, czy azjatyckich.

Ogólna klauzula porządku publicznego zawarta w art. 7 prawa prywatnego międzynarodowego, stanowi, że „prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej” (a więc także sprzeczny z art. 18 Konstytucji). Może ona okazać się niewystarczająca, gdy art. 48 prawa międzynarodowego prywatnego zostanie potraktowany przez niektórych interpretatorów jako przepis szczególny wobec ogólnego przepisu art. 7 tej ustawy na podstawie zasady *lex specialis derogat legi generali* – przepis szczególny uchyla przepis ogólny. Podobnie jak spotkać można w literaturze prawa traktowanie art. 18 Konstytucji za przepis niezaliczany do zasad podstawowych polskiego porządku prawnego. Należy mieć na uwadze także argumenty dotyczące związków małżeńskich osób o innej orientacji seksualnej, gdyż te odmienności sprzeczne z art. 18 Konstytucji RP, coraz częściej są uwzględniane w prawie ojczystym innych państw.

Ofensywa homoseksualizmu prowadzona jest pod sztandarem obrony praw człowieka, mimo iż z prawami człowieka niewiele ma wspólnego, a często wręcz im szkodzi. Logiczne myślenie uczy, że prawo do zachowania gatunku należy uznać za najbardziej podstawowe z wszystkich podstawowych praw człowieka i każdej żywej istoty. Nasuwa się więc tylko jeden wniosek, że to prawo gwarantujące przetrwanie ludzkości może być realizowane wyłącznie w drodze prokreacji możliwej dzięki parom heteroseksualnym. Pary homoseksualne nie wnoszą niczego do realizacji tego fundamentalnego prawa naturalnego, a przeciwnie, im więcej będzie homoseksualistów, tym gorsze będą perspektywy przyrostu naturalnego, który gwarantuje rozwój społeczny, gospodarczy, kulturalny i wszelki inny sprzyjający prawom człowieka. Ruch homoseksualny w swoim własnym interesie nie powinien popierać siebie, lecz heteroseksualizm, bo dzięki niemu także homoseksualiści istnieją na tym świecie. Obserwuje się też stałą eskalację poglądów o równości małżeństw homoseksualnych z heteroseksualnymi. Poglądy takie są sprzeczne z utrwalonymi w społeczeństwach wartościami, wielowiekową tradycją kultury europejskiej, chrześcijańskiej i innych religii. Godzą też w dobra gwarantowane prawem międzynarodowym i krajowym, dotyczące ochrony praw człowieka: w tradycyjną rodzinę składającą się z reguły z rodziców i ich dzieci, nazywaną „naturalną i podstawową komórką społeczeństwa” (art. 16 ust. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 23 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych) oraz małżeństwo jako związku kobiety i mężczyzny (art. 16 ust. 1 Powszechnej Deklaracji, art. 23 ust. 2 Paktu Praw Osobistych i Politycznych, art. 12 Europejskiej Konwencji i art. 18 Konstytucji RP).

Dlaczego więc propaganda homoseksualizmu ma być popierana przez społeczeństwa skoro prawom człowieka nie służy, lecz im szkodzi? Międzynarodowe organy ochrony praw człowieka wyrażają pogląd, że nie zasługuje na ochronę takie postępowanie, któremu towarzyszy inne postępowanie sprzeczne z ideą praw człowieka.

Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych w art. 3 pozwala Komitetowi Praw Człowieka odrzucić skargę, gdy sam skarżący postępuje niezgodnie z paktem. Tak właśnie orzekł Komitet Praw Człowieka w sprawie J. T. przeciwko Kanadzie (skarga nr 104/1981), ustalając, że skarżący naruszył art. 20 Paktu, gdy za pomocą listów i telefonów głosił hasła antyżydowskie, a następnie domagał się od Komitetu ochrony swojej wolności głoszenia poglądów. Na podobnych przesłankach oparta była decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2 września 2004 r. w sprawie W. P. i inni przeciwko Polsce. Trybunał stwierdził, że zakaz władz polskich w sprawie założenia Stowarzyszenia Narodowo-

-Patriotycznego Polaków Poszkodowanych przez Bolszewizm i Syjonizm, nie jest naruszeniem istoty wolności zrzeszania się, gdyż jego założyciele chcą nadużyć wolność zrzeszania się gwarantowaną w art. 11 Europejskiej Konwencji, godząc jednocześnie w inne wartości chronione w art. 17 tej Konwencji, przez głoszenie poglądów rasistowskich i antysemickich.

Europejska Konwencja o Ochronie Praw i Podstawowych Wolności Człowieka z 4 listopada 1950 zapewnia w art. 1 wyłącznie ochronę wolności i praw określonych w rozdziale I Konwencji, w którym nie ma mowy o równouprawnieniu różnych orientacji seksualnych. Żaden z kolejnych protokołów dodatkowych do Konwencji tego stanu nie zmienił, a tylko w formie przewidzianej w Konwencji mogła nastąpić jej zmiana. To, co nie było przewidziane w czasie uchwalania i ratyfikowania Konwencji w 1950 r. oraz w protokołach dodatkowych przyjętych w latach następnych nie może być potem ustanawiane bez decyzji Państw-Stron tego traktatu. Podobnie jest w aktach normatywnych prawa uniwersalnego: Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. oraz w Międzynarodowych Paktach Praw Człowieka z 1966 r.

Lansowane przez ruch homoseksualistów nowe pseudo-prawa człowieka np. dotyczące legalizacji par homoseksualnych na wzór związku małżeńskiego nie mogą być również kreowane w ustawach, bo z małżeństwem i rodziną nie mają nic wspólnego, a także z ochroną praw człowieka opartą na prawno-naturalnych podstawach. Orientacja seksualna stanowi najbardziej intymną sferę prywatności człowieka i jakkolwiek jej prawna regulacja jest już naruszeniem tej prywatności.

Państwo i prawo może ingerować w sferę życia seksualnego tylko w razie realnego i zdarzającego się w praktyce zagrożenia przestępczością kryminalną, a więc dla ochrony wolności człowieka przed gwałcicielami oraz w celu ochrony dzieci przed dewiantami i demoralizacją.

Zapisy w aktach normatywnych dotyczące orientacji seksualnej (rzekomo w celu ochrony przed dyskryminacją prawną homoseksualistów, biseksualistów, transseksualistów czy lesbijek) są zbędne, gdyż żaden akt prawny nie wyklucza ich z ogólnie przysługujących wszystkim praw. Nikt tego nie neguje, że osoby te mimo sprzecznych z naturą skłonności czy upodobań podlegają ochronie prawnej przed dyskryminującą pozbawiającą ich praw człowieka – na podstawie klauzul generalnych przyjętych w Konstytucji RP np. w art. 32, ustawach krajowych i umowach międzynarodowych (art. 14 Europejskiej Konwencji, art. 2 i 3 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych). Z przepisów zawartych w tych aktach normatywnych wynika również, że pojęcie „związku małżeńskiego” dotyczy wyłącznie prawnie zalegalizowanego związku kobiety z mężczyzną, a nie innych osób, nawet gdy w celu obejścia prawa pojęcie to zastępuje się pojęciem zamiennym „związek partnerski”².

² Europejska Konwencja o Ochronie Praw i Podstawowych Wolności Człowieka w art. 12 stanowi „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 16 ust. 1 stanowi „Pełnoletni mężczyźni i kobiety bez jakichkolwiek ograniczeń ze względu na rasę, narodowość lub religię mają prawo do zawierania związku małżeńskiego i zakładania rodziny. Korzystają oni z równych praw co do zawierania małżeństwa, w czasie jego trwania i po jego rozwiązaniu.

ust. 2. Małżeństwo może być zawarte wyłącznie na podstawie dobrowolnej i pełnej zgody przyszłych małżonków.

ust. 3. Rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa oraz jest uprawniona do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa.”

Międzynarodowy Pakt Praw Osobistych i Politycznych w art. 23 ust 1 stanowi „Rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa i ma prawo do ochrony ze strony społeczeństwa i państwa.

ust. 2. Uznaje się prawo mężczyzn i kobiet w wieku małżeńskim do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny.

ust. 3. Żaden związek małżeński nie będzie zawarty bez swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków.”

Oczywiście, że w wyżej wskazanych przepisach chodzi o zakaz dyskryminacji w sprawach ważnych dla całego społeczeństwa, a więc w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym, jak głosi art. 32 Konstytucji RP. W aktach prawnych tej rangi może być mowa jedynie o najważniejszych dziedzinach życia realizowanych w ramach podstawowych (fundamentalnych) praw człowieka, a nie o skłonnościach seksualnych nielicznej grupy ludzi, pozostających w sferze prywatności.

W takim właśnie rozumieniu formułują zasadę równości i niedyskryminacji przepisy umów międzynarodowych o ochronie praw człowieka. Ważne są też podane w nich przykładowo przyczyny, które nie mogą być powodem dyskryminacji: rasa, kolor skóry, płeć, język, religia, poglądy polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuacja majątkowa. Nie ma tam mowy o orientacji seksualnej, która zresztą może dotyczyć nie tylko homoseksualizmu, lecz także na przykład pedofilii (którą w Belgii i Holandii postuluje się zalegalizować) bigamii czy poligamii (legalnej w państwach muzułmańskich) i wielu innych odmian „orientacji seksualnej”.

Ochrona przed dyskryminacją z powodu takiej wieloznacznej „orientacji seksualnej” wpisana została do art. II – 21 Traktatu Ustanawiającego Konstytucję dla Europy, który w 2005 r. został odrzucony w referendum przez Francuzów i Holendrów. Traktat ten po niewielkich zmianach został w 2007 r. ponownie zaproponowany państwom członkowskim Unii Europejskiej do ratyfikacji, ale już pod nową nazwą Traktatu Reformującego. Nadal akceptuje się w nim zwrot o ochronie przed dyskryminacją z powodu nie wiadomo jakiej „orientacji seksualnej”. Autorzy tego dokumentu nie uwzględnili oczywistego faktu, że dominujący liczebnie heteroseksualiści i nieliczni homoseksualiści są to dwie odmienne grupy społeczne o przeciwstawnych rolach społecznych w procesie gwarantowania najbardziej podstawowego i naturalnego prawa człowieka – prawa do zachowania gatunku i do wychowywania dzieci przez rodziców – matkę i ojca. Tylko ten jeden argument wskazuje wystarczająco, że postulat legalizacji związków par homoseksualnych nie ma nic wspólnego z ochroną praw człowieka. Przeciwnie – godzi w newralgiczne prawo człowieka do założenia rodziny składającej się z kobiety i mężczyzny oraz ich dzieci. Nieuzasadnione jest więc domaganie się równoprawnego traktowania związków partnerskich homoseksualistów ze związkami małżeńskimi heteroseksualnymi albo podobnych praw do adopcji dzieci. Te dwa związki ludzi są zupełnie nieporównywalne. Zasada równości wymaga, aby właśnie „sytuacje porównywalne nie były traktowane w sposób różny, a sytuacje różne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba, że to zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione” – jak głosi orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z dnia 7 lipca 1993 r. (sygn. C-217/91 w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji, Zbiór Orzeczeń 1993, s. I – 3923). Polski Trybunał Konstytucyjny orzekł podobnie: „Konstytucyjna zasada równości wobec prawa polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych) charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo. A więc bez żadnych zróżnicowań dyskryminujących, jak i faworyzujących” (wyrok z dnia 21 września 1999 r. sygn. K 6/98, OTKZU nr 6/1996, poz. 55, s. 530). Identyczne w treści stwierdzenie zawarte zostało w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 29 czerwca 2001r. (sygn. K 23/00, OTKZU nr 5/2001, poz. 124, s. 711).

Powyższe orzeczenia potwierdzają bezzasadność powoływania się homoseksualistów na zasadę równości i niedyskryminacji w sprawach związków partnerskich i adopcji dzieci. Nic więc dziwnego, że Polska na szczycie Unii Europejskiej w Brukseli zgłosiła w połowie czerwca 2007 r. deklaracje do Traktatu Reformującego w następujących sprawach:

Po pierwsze – Polska wraz z Irlandią zarezerwowała prawo przyłączenia się do tzw. „protokołu angielskiego”, wyłączającego stosowanie na terytorium Wielkiej Brytanii niektórych przepisów Karty Praw Podstawowych dotyczących praw socjalnych, ochrony środowiska

i konsumentów, a także zakazujących unieważniania na podstawie Karty obowiązujących w kraju przepisów prawnych, przez jakikolwiek sąd, w tym także przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Po drugie – Polska złożyła jednostronną deklarację, że „Karta w żaden sposób nie narusza prawa państw członkowskich do stanowienia ustawodawstwa w sferze moralności publicznej, prawa rodzinnego, a także ochrony ludzkiej godności i poszanowania fizycznej i moralnej integralności człowieka”³.

Deklaracje te bywają odbierane krytycznie, argumentując to tym, że mało kto jest zainteresowany ograniczeniem gwarancji praw socjalnych, natomiast sprawy dotyczące prawa rodzinnego, aborcji, eutanazji i innych kwestii moralnych, są już i tak wyłączone spod kompetencji prawa Unii Europejskiej⁴.

O ile zastrzeżenia Polski dotyczące praw socjalnych można uznać za zbędne i sprzeczne z długoletnią polską tradycją „państwa opiekuńczego” potwierdzoną nadal przepisami Konstytucji RP z 1997 r., to już w części spraw rodzinnych i moralnych polska deklaracja jest w pełni uzasadniona. Nie można bowiem przyjąć za wiarygodne argumentów o neutralności Unii w sprawach moralno-rodzinnych, skoro już w lutym 1994 r. Parlament Europejski uznał za dopuszczalne związki homoseksualne i adopcję dzieci przez nie, oraz domaga się od państw członkowskich prawnej legalizacji małżeństw homoseksualnych⁵.

Następuje wręcz eskalacja legalizacji tych sprzecznych z prawami naturalnymi, „małżeństw” w wielu państwach Unii, np. w Islandii – ustawa o rejestrowanych związkach partnerskich nr 87 z dnia 12 VI 1996 r.; w Holandii – ustawa o dopuszczeniu małżeństw osób tej samej płci oraz ustawa o adopcji przez osoby o tej samej płci – obie regulacje z dnia 21 XII 2000 r., czy w Niemczech – ustawa o życiowych związkach partnerskich z dnia 16 II 2001 r. W szeregu innych państw europejskich przyjęto podobne ustawy, aby spełnić postulat „poprawności politycznej” w sprawach homoseksualizmu, lansowany przez organy Unii Europejskiej, które zgodnie z prawem unijnym powinny w tych sprawach zachować milczenie. Homoseksualizm można i należy tolerować, ale nie propagować na zgromadzeniach publicznych i w środkach przekazu, bo jest to skłonność sprzeczna z prawami naturalnymi, na podstawie których ukształtowane zostały prawa człowieka. O tym powinny pamiętać sądy krajowe i trybunały międzynarodowe.

³ Na ten temat patrz: Wojciech Sadurski: Nie bójmy się Karty praw podstawowych, Rzeczpospolita z dnia 23 VII 2007 r., s. A-11.

⁴ Tamże.

⁵ Tomasz P. Terlikowski: Unia światopoglądowo zaangażowana, Rzeczpospolita z dnia 7 III 2007 r.

Spis treści

Dr hab. Katarzyna Bagan-Kurluta

Opinia prawna na temat zgodności przepisów zawartych w rozdziale 11 (Sprawy małżeńskie – art. 48–54) uchwalonej przez Sejm w dniu 4 lutego ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji RP (druk senacki nr 1111) 3

Dr Mateusz Pilich

Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (druk senacki nr 1111) 9

Dr Ryszard Piotrowski

Opinia prawna o zgodności z Konstytucją RP ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (druk senacki nr 1111) 21

Dr hab. Tomasz Sokołowski, prof. UAM

Opinia prawna w sprawie konstytucyjności ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (druk senacki nr 1111) 26

Prof. dr hab. Leszek Wiśniewski

Opinia na temat zgodności niektórych przepisów ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe z art. 18 Konstytucji RP (druk senacki nr 1111) 32