

Katarzyna Bagan-Kurluta, Marek Stus

Stosowanie klauzuli porządku publicznego w Polsce w odniesieniu do europejskiego ustawodawstwa partnerskiego

Kwartalnik Prawa Publicznego 5/1/2, 227-252

2005

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Katarzyna Bagan-Kurluta, Marek Stus***

STOSOWANIE KLAUZULI PORZĄDKU PUBLICZNEGO W POLSCE W ODNIESIENIU DO EUROPEJSKIEGO USTAWODAWSTWA PARTNERSKIEGO

1. WPROWADZENIE

Przemiany zmierzające ku prawnemu usankcjonowaniu związków dotąd uznawanych za nieformalne stały się charakterystyczną cechą licznych ustawodawstw europejskich przełomu XX i XXI wieku. Zaowocowały one powstaniem szeregu ustaw regulujących sytuację par heteroseksualnych i homoseksualnych, ogólnie nazywanych ustawami o związkach partnerskich. Zważywszy na ich charakter oraz następstwa wyróżnia się wśród nich takie, które dotyczą małżeństw homoseksualnych oraz innych form prawnej instytucjonalizacji związków partnerskich. W ramach tej grupy na ogół wskazuje się, w zależności od zbliżenia skutków prawnych poszczególnych instytucji do małżeństwa, na rejestrowane partnerstwo (*registered partnership*), inne regulacje partnerskie o bardziej ograniczonych skutkach (określane najczęściej jako *domestic partnerships*, choć co do zasady również wymagają przeprowadzenia procedury rejestracyjnej) oraz związki o charakterze konkubinatów (*cohabitation*)¹. W literaturze proponowane są także inne klasyfika-

* Dr Katarzyna Bagan-Kurluta – adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego Wydziału Prawa, Uniwersytet w Białymstoku

** Mgr Marek Stus – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński

¹ Por. Y. Merin, *Equality for Same-Sex Couples. The legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States*, Chicago 2002, s. 55–60. Zob. także M. Coester, *Same-Sex Relationships: An assessment of legal developments across Europe*, „European Journal Law Reform” 2002, nr 4, s. 589–591. Problematyka insty-

cje oparte na podobnych kryteriach². Związki partnerskie, niezależnie od rodzaju ich skutków prawnych, mogą być jednak przeznaczone wyłącznie dla osób homoseksualnych lub też dla wszystkich par, bez względu na płeć partnerów. Stąd najbardziej czytelnym wydaje się być podział oparty przede wszystkim na kryterium zakresu podmiotowego takich regulacji. Zgodnie z nim można zatem wyróżnić ustawy regulujące związki partnerskie powszechnie dostępne, rejestrowane partnerstwo dla osób homoseksualnych oraz małżeństwa homoseksualne.

W Polsce nie przyjęto jak dotąd tego typu rozwiązań, choć od szeregu lat toczy się dyskusja wokół regulacji konkubinatu, w ostatnich kilku latach również wokół szerzej pojmowanych związków partnerskich. Jednak w obecnym stanie prawa oraz stosunku znacznej części społeczeństwa do zjawiska homoseksualizmu trudno jest mówić o przyzwoleniu na usankcjonowanie związków partnerskich. Oznaką jego braku są między innymi liczne kontrowersje wokół projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich między osobami tej samej płci, będącego obecnie przedmiotem prac sejmowych³.

Abstrahując jednak od wątpliwości wokół zmiany prawa w tej materii, zauważyć należy, że wprowadzenie ustaw o związkach partnerskich do praw szeregu państw spowodować może liczne problemy w kwestii ich stosowania na gruncie prawa międzynarodowego prywatnego w Polsce.

2. PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA KRAJÓW EUROPEJSKICH⁴

2.1. ZWIĄZKI PARTNERSKIE POWSZECHNIE DOSTĘPNE

Część krajów europejskich zdecydowała się na wprowadzenie regulacji przewidujących alternatywną formę instytucjonalizacji partner-

tucjonalizacji związków partnerskich w państwach europejskich została szeroko zaprezentowana [w:] K. Boele-Woelki, A. Fuchs (red.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerp–Oxford–New York 2003.

² Przykładowo K. Waaldijk zaproponował ostatnio podział związków na małżeństwa, „quasi-małżeństwa” (*quasi-marriage*) oraz „pół-małżeństwa” (*semi-marriage*) patrz – tenże, *Others may follow: The introduction of marriage, quasi-marriage, and semi-marriage for same-sex couples in European Countries*, „New England Law Review” 2004, nr 3, s. 570–572.

³ Druk sejmowy nr 3664, dostępny na stronie www.sejm.gov.pl. Omówienie projektu zob. m.in. J. Słyk, *Projekt ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich. Analiza proponowanych rozwiązań*, „Jurysta” 2004, nr 2, s. 13–16.

⁴ Według stanu prawnego na styczeń 2005 r.

stwa dla osób, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć tradycyjnego małżeństwa. Związki partnerskie spełniające tę funkcję są dostępne zarówno dla par heteroseksualnych, jak i homoseksualnych oraz wywołują tylko niektóre spośród konsekwencji charakterystycznych dla małżeństwa. Mimo pewnego zróżnicowania w zakresie szczegółowych rozwiązań, do grupy tej można zaliczyć belgijską instytucję *cohabitation légale*⁵, związki partnerskie w Luksemburgu⁶ oraz francuski *pacte civil de solidarité* (pakt solidarności)⁷. Zbliżone regulacje obowiązują także w Hiszpanii i Szwajcarii, lecz tutaj ze względu na specyfikę systemu prawnego tych krajów, sytuacja jest bardziej złożona. Zarówno hiszpańskie ustawodawstwo państwowe, jak i szwajcarskie prawo federalne nie przewidują bowiem żadnej regulacji dotyczącej związków partnerskich⁸. Przepisy takie zostały natomiast wprowadzone przez dysponujące własnymi kompetencjami legislacyjnymi niektóre regiony autonomiczne (*comunidades autónomas*) w Hiszpanii oraz kantony szwajcarskie. Jest to zatem ustawodawstwo o zasięgu obowiązywania ograniczonym do terytorium danego regionu (kantonu). Powszechnie dostępne związki partnerskie zostały uregulowane dotychczas w dwóch kantonach: Genewie⁹ oraz Neuchâtel¹⁰. Z kolei w Zurychu wprowadzono ustawę dotyczącą wyłącznie związków homoseksualnych¹¹, natomiast we Fryburgu nowa konstytucja kantonalna z 16.5.2004 r. zagwaranto-

⁵ Wprowadzoną ustawą z 23.11.1998 r. – Loi instaurant la cohabitation légale, Moniteur Belge z 12.1.1999 r., s. 786, nowelizującą belgijski kodeks cywilny [k.c.b.], w którym dodano tytuł V księgi III „*De la cohabitation légale*” (art. 1475 – 1479).

⁶ Uregulowane w ustawie z 9.7.2004 r. – Loi relative aux effets légaux de certains partenariats, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg nr 143.

⁷ Wprowadzony przez ustawę z 15.11.1999 r. – Loi 99-944 relative au pacte civil de solidarité, Le Journal Officiel de la République Française nr 265, nowelizującą francuski kodeks cywilny [k.c.f.], w którym dodano tytuł XII księgi I „*Du pacte civile de solidarité et du concubinage*” (art. 515-1 – 515-8). W literaturze polskiej na temat paktu solidarności zob. m.in. S. Jankiewicz, T. Kot, *Pakt solidarności. Nowa instytucja francuskiego prawa cywilnego*, „Przegląd sądowy” 2001, nr 2, s. 72–83 oraz B. Paul, *Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2003, z. 1, s. 35–48.

⁸ W Szwajcarii parlament uchwalił 18.6.2004 r. ustawę dotyczącą rejestrowanych związków partnerskich dla par homoseksualnych – Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, ale o jej ostatecznym przyjęciu ma zdecydować referendum przeprowadzone w terminie do 5.6.2005 r. Projekt przedrukowano [w:] *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, op. cit., s. 301–310.

⁹ Loi sur le partenariat z 15.2.2001 r., E 1/27, Recueil systématique de la législation genevoise en vigueur, dostępny na stronie www.geneve.ch.

¹⁰ Loi sur le partenariat enregistré z 27.1.2004 r., Feuille Officielle nr 10.

¹¹ Gesetz über die Registrierung gleichgeschlechtlicher Paare z 21.1.2002 r., Amtsblatt des Kantons Zürich, nr 33. Omówienie ustawy zob. pkt II, 2.

wała parom homoseksualnym prawo do rejestracji ich związków¹². Jest to pierwszy przypadek, gdy uprawnienie to uzyskało rangę konstytucyjną. W Hiszpanii zbliżone do siebie przepisy instytucjonalizujące związki partnerskie wprowadzone zostały jak dotąd w jedenastu regionach autonomicznych¹³.

Prawo francuskie definiuje pakt solidarności jako umowę zawieraną przez dwie pełnoletnie osoby różnej lub tej samej płci w celu organizacji wspólnego życia (art. 515-1 k.c.f.). Kontraktowy charakter paktu został potwierdzony przez Radę Konstytucyjną, która orzekła o zgodności ustawy z 1999 r. z konstytucją V Republiki¹⁴. W razie braku regulacji szczególnych do paktu solidarności odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy ogólne dotyczące zobowiązań. Ze swoistym typem umowy mamy do czynienia także w większości hiszpańskich ustaw regionalnych. Z kolei przepisy belgijskie, luksemburskie i szwajcarskie stanowią, że do powstania związku partnerskiego wystarczające jest złożenie odpowiednich deklaracji przez zainteresowanych. We wszystkich krajach partnerzy, zamierzający zarejestrować swój związek, muszą być pełnoletni i nie powinni być ze sobą spokrewnieni w linii prostej lub bocznej (w określonym stopniu). Nie mogą także pozostawać w waż-

¹² Ustawy kantonalne powinny być dostosowane do nowej regulacji w terminie 4 lat. Tekst konstytucji dostępny jest na stronie http://www.fr.ch/constituante/doc/fichiers/proj_def/proj.pdf

¹³ Jako pierwsza stosowną ustawę przyjęła Katalonia (Llei 10/1998 d'unions estables de parella z 15.7.1998 r., *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* nr 2687). Pozostałe regiony autonomiczne to: Andaluzja (Ley 5/2002 de parejas de hecho z 16.12.2002 r., *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* nr 153), Aragonia (Ley relativa a parejas estables no casadas z 26.3.1999 r., *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* nr 180), Asturia (Ley 4/2002 de parejas estables z 23.5.2002 r., *Boletín Oficial del Principado de Asturias* nr 125), Baleary (Llei 18/2001 de parelles estables z 19.12.2001 r., *Butlletí Oficial de les Illes Balears* nr 156), Extremadura (Ley 5/2003 de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura z 23.3.2003 r., *Diario Oficial de Extremadura* nr 42), Kraj Basków (Ley reguladora de las parejas de hecho z 7.5.2003 r., *Boletín Oficial del País Vasco* nr 2003100), Madryt (Ley 11/2001 de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid z 19.12.2001 r., *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* z 2002 r., nr 3), Nawarra (Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables z 3.7.2000 r., *Boletín Oficial de Navarra* nr 82), Walencja (Ley por la que se regulan las uniones de hecho z 9.4.2001 r., *Boletín Oficial de las Cortes Valencianas* nr 93) oraz Wyspy Kanaryjskie (Ley 5/2003 para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias z 6.3.2003 r., *Boletín Oficial de Canarias* nr 54).

¹⁴ Zob. Conseil Constitutionnel, Décision 99-419 z 9.11.1999 r., JO nr 265. Na temat charakteru prawnego paktu solidarności zob. przykładowo T. Revet, *Mariage(s)*, „Revue Trimestrielle de Droit Civil” 1999, nr 4, s. 173–181 oraz J. Hauser, *Le Pacs a l'épreuve du droit des contrats [w:] Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, Paris 2002, s. 51–63.

nym związku małżeńskim bądź partnerskim. Ustawodawca belgijski odwołał się przy tym wprost do ogólnych warunków przesądzających o zdolności kontraktowania danej osoby (art. 1123–1124 k.c.b.). Ponadto co najmniej jedna ze stron związku partnerskiego powinna mieć obywatelstwo danego kraju lub na stałe w nim przebywać.

Procedura zawarcia i rozwiązania rejestrowanego partnerstwa w poszczególnych krajach jest zróżnicowana. We Francji przewidziano trzy etapy zawarcia kontraktu: podpisanie przez partnerów wspólnej deklaracji (*déclaration conjointe*), następnie przedstawienie jej wraz z kompletem wymaganych dokumentów w kancelarii sądu pierwszej instancji oraz dokonanie wpisu w rejestrze prowadzonym specjalnie dla tych. W tej samej formie możliwa jest zmiana postanowień już zawartego kontraktu. Rozwiązanie paktu solidarności następuje w przypadkach wskazanych w art. 515-7 k.c.f. Ustawodawca przypisał przy tym decydujące znaczenie woli każdej ze stron, które w zasadzie swobodnie mogą rozstrzygać o zniesieniu umowy między nimi. Kontrakt podlega rozwiązaniu w drodze *sui generis* wypowiedzenia umowy doręczanego drugiej stronie oraz właściwemu sądowi¹⁵. Automatyczne wygaśnięcie kontraktu następuje także w razie zawarcia związku małżeńskiego przez któregokolwiek z partnerów. Prawo belgijskie, luksemburskie i szwajcarskie wymaga zarejestrowania deklaracji (*déclaration de cohabitation, déclaration de partenariat*) we właściwym urzędzie stanu cywilnego. Procedury rozwiązania związków w tych państwach mają charakter pozasądowy i są zasadniczo podobne do francuskiej¹⁶. Rejestracja związku jest obligatoryjna również w niektórych regionach hiszpańskich (np. na Balearach i w Walencji), podczas gdy w innych dla uznania skutków prawnych związku wystarcza samo pozostawanie partnerów przez określony czas w faktycznej wspólnocie pożycia, bez konieczności zawierania formalnego aktu (np. w Aragonii i Nawarze). Szczególny model regulacji wprowadzono w Katalonii, gdzie warunki wymagane do powstania partnerstwa są uzależnione od jego charakteru. W przypadku par heteroseksualnych związek powstaje po 2 latach istnienia wspólnoty między partnerami, chyba że posiadają oni dzieci albo wcześniej podpiszą formalny akt. Natomiast do powstania związku homoseksualnego konieczne jest podpisanie deklaracji i za-

¹⁵ Deklaracja o rozstaniu partnerów może być złożona wspólnie lub przez jednego z nich. W zależności od tego, *pakt solidarności* rozwiązuje się od razu lub dopiero po upływie 3 miesięcy (art. 515-7 k.c.f.).

¹⁶ W Belgii każda ze stron może złożyć w urzędzie stanu cywilnego tzw. deklarację rozwiązania (*déclaration de cessation*). Z kolei przykładowo w Genewie związek ulega natychmiastowemu rozwiązaniu tylko w razie zgodnego wniosku stron, a w przeciwnym razie dopiero po upływie 60 dni.

rejestrowanie jej (art. 19). Rozwiązanie związków partnerskich w ustawodawstwie hiszpańskim następuje w drodze złożenia jednostronnego lub zgodnego wniosku przez zainteresowanych, przez zawarcie przez któregokolwiek z partnerów małżeństwa, a w niektórych regionach także w razie zaistnienia dłuższej separacji stron (np. w Madrycie, Nawarze, Walencji).

Skutki prawne tych związków mają przede wszystkim charakter majątkowy oraz socjalny. Nie modyfikują stanu cywilnego stron, co w konsekwencji oznacza również brak powstania więzi prawnorodzinnych między nimi i ich krewnymi. Partnerzy są jednak zobligowani do udzielania sobie pomocy i wsparcia finansowego. Status majątkowy stron rejestrowanego partnerstwa może zostać poddany reżimowi zbliżonemu do małżeńskiego ustroju majątkowego, obowiązującego w danym ustawodawstwie. Takie rozwiązanie przyjął kodeks belgijski, który w art. 1478 k.c.b. wprowadził system domniemanej wspólności majątku partnerów obejmującej wszystkie jego składniki z wyjątkiem wynagrodzenia za pracę oraz mienia nabytego wyłącznie przez jednego z nich¹⁷. Reżim ustawowy może zostać zmodyfikowany w drodze umowy. Ponadto w stosunku do stron *cohabitation légale* znajdują odpowiednie zastosowanie niektóre przepisy kodeksu cywilnego regulujące prawa i obowiązki małżonków (art. 1477 § 2 k.c.b.). Dotyczy to między innymi zakazu jednostronnej alienacji lokalu mieszkalnego zajmowanego przez partnerów (art. 215 k.c.b.). Ustawa luksemburska reguluje status majątkowy partnerów na zasadach zbliżonych do prawa belgijskiego. Dużą swobodę w zakresie kreowania stosunków osobowych i majątkowych pozostawił partnerom ustawodawca francuski. Strony paktu solidarności samodzielnie określają zasady wzajemnej pomocy we wspomnianej deklaracji (art. 515-4 k.c.f.). Z mocy prawa powstaje natomiast ich solidarne zobowiązanie do pokrywania kosztów wspólnego utrzymania i opłat związanych z mieszkaniem. Wyposażenie domowe oraz inne ruchomości nabyte odpłatnie przez partnerów po podpisaniu kontraktu stanowią, co do zasady, odrębną masę majątkową będącą przedmiotem niepodzielnej wspólności (*régime de l'indivision*)¹⁸. Ustawa katalońska przewiduje odpowiedzialność solidarną partnerów za zobowiązania dotyczące życia codziennego (art. 5 i 24), obowiązek alimentacyjny między nimi (art. 8 i 26) oraz ograniczenia w rozporządzaniu wspólnym mieszkaniem i jego wyposażeniem (art. 11 i 28). W pozostałym zakresie strony samodzielnie decydują o treści wzajemnych praw

¹⁷ Por. także art. 1398 i nast. k.c.b. regulujące stosunki majątkowe w małżeństwie.

¹⁸ Na temat charakteru prawnego tej wspólności zob. przykładowo D. Randoux, *Le statut des biens résultant du PaCS* [w:] *Regards civilistes...*, s. 127–138.

i zobowiązań (art. 3 i 22). Ustawodawstwo niektórych regionów autonomicznych w Hiszpanii, jako jedyne spośród należących do tej grupy, modyfikuje też status prawnośpadkowy osób pozostających w związkach partnerskich. Przykładowo w Katalonii, jeżeli do spadku dochodzą krewni spadkodawcy w linii prostej, partner pozostający przy życiu ma roszczenie o do wydanie czwartej części spadku lub zapłatę jej ekwiwalentu pieniężnego (według wyboru spadkobierców). W pozostałych przypadkach jest powołany do dziedziczenia z ustawy. Jego udział wynosi połowę spadku w zbiegu z krewnymi bocznymi do drugiego stopnia lub ich potomstwem oraz cały spadek w pozostałych przypadkach. Przedstawione uprawnienia dotyczą jednak wyłącznie partnerów homoseksualnych. Ustawa nawarrska zrównuje natomiast pozycję spadkową wszystkich partnerów z pozostałym przy życiu małżonkiem (art. 11). Rozwiązań takich nie ma z kolei w tych regionach, które nie dysponują prawem do stanowienia własnych przepisów w dziedzinie ustawodawstwa cywilnego (np. Asturia, Madryt, Walencja).

Rejestrowane partnerstwo skutkuje także zbliżeniem statusu publicznoprawnego jego stron do małżonków, zwłaszcza w zakresie prawa podatkowego, prawa pracy i systemu ubezpieczeń społecznych. W Genewie i Neuchâtel wprowadzono w tej sferze, z pewnymi wyjątkami, zasadę analogicznych skutków prawnych związków partnerskich i małżeństwa. Ich strony są zatem traktowane tak samo na gruncie praw i obowiązków, których regulacja pozostaje w zakresie kompetencji legislacyjnych władz kantonalnych. W pozostałych państwach partnerzy uzyskują prawa w różnym stopniu zbliżone do małżonków. Tytułem przykładu we Francji są to m.in. możliwość wspólnego rozliczania podatku dochodowego i majątkowego, prawo do korzystania z tytułu ubezpieczenia drugiej osoby oraz przywileje pracownicze¹⁹. Ustawy hiszpańskie przyznają analogiczne prawa tylko wówczas, gdy leży to w granicach uprawnień legislacyjnych poszczególnych regionów autonomicznych.

2.2. REJESTROWANE PARTNERSTWO DLA OSÓB HOMOSEKSUALNYCH

Cechą charakterystyczną ustawodawstw przewidujących tę formę instytucjonalizacji związków partnerskich jest wprowadzenie re-

¹⁹ Por. art. 6 i 885 U Code général des impôts; art. L 161-14 Code de la sécurité sociale oraz L 223-7, L 226-1 oraz 784-1 Code du travail (w ostatnim wypadku stosowane odpowiednio do paktu solidarności). Szerzej na ten temat zob. J.-F. Pillebout, *Le Pacs. Pacte civil de solidarité*, Paris 2002, s. 47-64.

gulacji przeznaczony wyłącznie dla par homoseksualnych. Rejestrowane partnerstwo, zastępujące brak możliwości zawarcia małżeństwa, staje się więc jego swoistym substytutem i wywołuje zbliżone do niego skutki prawne. Model rejestrowanych związków homoseksualnych wykształcił się w ustawodawstwie krajów skandynawskich. Jako pierwsza wprowadziła tę instytucję Dania, gdzie tzw. rejestrowane partnerstwo (*registrerede partnere*) uregulowano już w 1989 r.²⁰ Uchwalenie ustawy poprzedziły prace specjalnej komisji parlamentarnej powołanej w połowie 1984 r. do przeprowadzenia badań nad sytuacją społeczną i prawną środowisk homoseksualnych. Na wzorcu duńskim oparły się następnie Norwegia²¹, Szwecja²², Islandia²³ oraz Finlandia²⁴. Rozwiązania podobne do skandynawskich obowiązują także Niemczech, gdzie w 2001 r. wprowadzono instytucję tzw. partnerstwa życiowego (*Lebenspartnerschaft*)²⁵. Model rejestrowanych związków homoseksualnych przewidziano ponadto w Zurychu oraz w ustawie brytyjskiej z 18.11.2004 r.²⁶

Lebenspartnerschaft powstaje poprzez złożenie w urzędzie stanu cywilnego lub przed innym uprawnionym organem administracji publicznej²⁷ deklaracji, w której strony wyrażają zamiar prowadzenia wspólnego życia (§ 1 ust. 1 LPartG). Związek nie może zostać zarejestrowany w razie, gdyby osoby zainteresowane jego zawarciem były ze sobą spokrewnione w linii prostej i bocznej (rodzeństwo) bądź też pozostawały związane małżeństwem lub innym związkiem partnerskim. Rozwiązanie *Lebenspartnerschaft* następuje na wniosek jednego lub obu partnerów wyłącznie na podstawie wyroku sądowego (§ 15 LPartG)²⁸. Ustawa niemiecka zna też instytucję faktycznej separacji

²⁰ Lov om registreret partnerskab nr 372 z 7.6.1989 r. W § 7 wyłączono jednak jej stosowanie na Grenlandii i Wyspach Owczych do czasu przeprowadzenia lokalnej procedury legislacyjnej. W pierwszym przypadku nastąpiło to w 1999 r.

²¹ Lov om registreret partnerskab nr 40 z 30.4.1993 r.

²² Lag om registrerat partnerskap nr 1117 z 23.6.1994 r.

²³ Lög um stádfesta samvist nr 87 z 12.6.1996 r.

²⁴ Laki rekisteröidystä parisuhteista nr 950 z 9.9.2001 r.

²⁵ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften - LPartG z 16.2.2001 r., Bundesgesetzblatt, cz. I, nr 9. Obok tej ustawy opracowano także projekt ją uzupełniający (Gesetz zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze), jednak przepadł on podczas głosowania w Bundesrat. W literaturze polskiej na temat regulacji niemieckich zob. m.in. B. Janowski, *Rejestracja w RFN związków partnerskich osób tej samej płci*, „Rejent” 2001, nr 12, s. 22–40.

²⁶ Civil Partnership Act 2004 (wchodzi w życie od 1.11.2005 r.).

²⁷ Wskazanie właściwych organów do przeprowadzenia rejestracji *Lebenspartnerschaft* pozostawiono władzom poszczególnych landów.

²⁸ Partnerzy składają stosowne oświadczenia w formie aktu notarialnego. Sąd zasadniczo orzeka o rozwiązaniu związku po upływie 1 roku lub 3 lat (w zależności od

partnerów (§ 12–14 LPartG). Przesłanki związane z rejestracją i rozwiązaniem *Lebenspartnerschaft* nawiązują zatem wyraźnie do procedury zawarcia i rozwodu związku małżeńskiego²⁹. Bardzo podobnie kształtują się wymogi formalne związane z powstaniem partnerstwa w krajach skandynawskich³⁰. Co najmniej jedna ze stron powinna być obywatelem danego państwa oraz posiadać w nim stałe miejsce pobytu. Jednak w związku z wprowadzeniem analogicznego ustawodawstwa w całej Skandynawii, warunek obywatelstwa uważany jest za spełniony, gdy jedna z osób ubiegających się o rejestrację związku pochodzi z któregośkolwiek z tych krajów. W sytuacji, gdy żaden z partnerów nie legitymuje się wymaganym obywatelstwem, związek można zarejestrować wówczas, gdy oboje zamieszkują w danym państwie przez okres co najmniej 2 lat³¹. W zakresie warunków zawierania i rozwiązywania związków partnerskich, w tym kwalifikacji partnerów ze względu na wiek oraz pokrewieństwo, odwołano się na ogół do przepisów prawa małżeńskiego, stosowanego w tym przypadku odpowiednio. W Zurychu strony pragnące zawrzeć związek zobowiązane są do złożenia z 6-miesięcznym wyprzedzeniem deklaracji, że zamierzają utrzymywać wspólnotę pożycia. Po upływie tego okresu związek podlega rejestracji w urzędzie stanu cywilnego. Z kolei brytyjski *civil partnership* będzie mógł zostać zarejestrowany przez właściwego urzędnika (*civil partnership registrar*), jeżeli partnerzy spełniają określone w ustawie warunki (m.in. mają ukończone 16 lat i nie są ze sobą zbyt blisko spokrewnieni). Związek ustaje w razie śmierci którejś ze stron, jego unieważnienia bądź rozwiązania. To ostatnie będzie mogło nastąpić wyłącznie w ramach dość skomplikowanej, quasi-rozwodowej procedury sądowej na żądanie jednego lub obu partnerów. Sąd ma zbadać, podobnie jak przy rozwodzie, czy nastąpił trwały rozpad pożycia partnerów (*irretrievable breakdown*).

We wszystkich państwach partnerzy w efekcie procesu rejestracji związku nabywają zbliżony do małżonków status w zakresie przysługujących im praw i obowiązków w sferze prawa prywatnego i publicznego. Zawarcie partnerstwa pociąga za sobą zmianę ich stanu cywilnego. *Lebenspartnerschaft* tworzy stosunek powinowactwa z bliski-

tego, czy wniosek był zgodny, czy też jednostronny). Pominięcie wskazanego okresu jest możliwe, gdyby dalsze pozostawanie w związku było – z powodów leżących po stronie wyłącznie jednego z partnerów – niewskazane.

²⁹ Por. § 1310 i nast. BGB.

³⁰ Por. § 3 ustawy duńskiej, § 2 ustawy norweskiej, szwedzkiej i islandzkiej oraz § 10 ustawy fińskiej.

³¹ W Norwegii i Szwecji wystarczy, że przesłanka ta jest spełniona wobec jednego z partnerów.

mi drugiej strony, który utrzymuje się także po rozwiązaniu związku (§ 11 ust. 2 LPartG). Partnerzy mają przy tym prawo do wyboru wspólnego nazwiska (*Lebenspartnerschaftname*). Możliwość ta istnieje również w krajach skandynawskich (poza Finlandią), gdzie rejestrowane partnerstwo, podobnie jak w Niemczech, powoduje powstanie więzi prawnorodzinnych między stronami oraz ich bliskimi.

W krajach skandynawskich zawarcie związku partnerskiego rodzi ponadto niemal identyczne z małżeństwem skutki w sferze prawa rodzinnego, spadkowego, podatkowego, socjalnego i innych. Wyjątki od tej zasady są nieliczne i dotyczą przede wszystkim możliwości wspólnej adopcji dzieci przez partnerów. W 1999 r. w Danii wprowadzono prawo do adoptowania dziecka współpartnera³². Uzasadnieniem dla tego kontrowersyjnego rozwiązania była rosnąca liczba dzieci wychowywanych faktycznie przez obu partnerów. Podobne zasady przysposobienia wprowadzono także w Islandii i Norwegii³³. Z kolei ustawodawca szwedzki dopuścił w 2003 r. wspólną (także zagraniczną) adopcję dzieci przez obu partnerów pozostających w zarejestrowanym związku³⁴. Finlandia, jako jedyny spośród krajów skandynawskich, nie zezwoliła dotychczas na żadną formę przysposobienia dzieci przez partnerów.

Ustawy niemiecka i brytyjska wskazują natomiast zamknięty katalog praw i obowiązków powstających w wyniku zarejestrowania związku partnerskiego. Tylko w niektórych sferach pokrywają się one ze skutkami prawnymi małżeństwa, a w większości pozostają do nich bardzo zbliżone. W Niemczech partnerzy są zobligowani do wzajemnej opieki i wsparcia oraz do wspólnego kształtowania życia (§ 2 LPartG). Są również zobowiązani alimentacyjnie względem siebie na zasadach określonych w ustawie³⁵. Jeżeli strony nie umówiły się inaczej, powstaje między nimi ustrój majątkowy oparty na zasadzie rozliczeń wyrównawczych i mający charakter wspólnoty dorobku (*Zugewinnngemeinschaft*)³⁶. Ponadto ustawa z 2001 r. przyznaje pozostałemu przy życiu partnerowi prawo do spadku z ustawy wraz z tzw. zapisem naddziało-

³² Por. § 4 ust. 1 ustawy duńskiej w brzmieniu nadanym mu ustawą nr 360 z 2.6.1999 r.

³³ Por. § 6 ustawy islandzkiej (w brzmieniu nadanym mu ustawą nr 52 z 8.5.2000 r.) oraz § 4 ustawy norweskiej (w brzmieniu nadanym mu ustawą nr 36 z 15.6.2001 r.).

³⁴ Na podstawie ustawy nr 603 z 7.6.2002 r.

³⁵ Zakres tego obowiązku jest szeroki – obejmuje zarówno prawo do alimentów między stronami *Lebenspartnerschaft*, również w razie ich separacji, a także już po rozwiązaniu związku. Odpowiednio do zakresu roszczeń alimentacyjnych stosuje się przepisy BGB. Por. § 5, 12 i 16 LPartG.

³⁶ Jest to także ustawowy ustrój majątkowy w małżeństwie. Przepisy § 1363–1390 BGB znajdują odpowiednie zastosowanie do partnerów.

wym na takich samych zasadach jak małżonkowi (§ 10 LPartG). Partnerowi przysługuje, w razie bezpodstawnego pominięcia go w testamentie, roszczenie o zachówek. Także w prawie brytyjskim pozycja partnerów w zakresie stosunków majątkowych i praw spadkowych pozostaje zbliżona do małżonków³⁷. Stosunkowo najskromniejsze uprawnienia nabywają partnerzy w Zurychu, gdzie ich status w wyniku rejestracji związku jest identyczny z małżonkami wyłącznie w zakresie prawa podatkowego oraz przepisów socjalnych (§ 4).

Zawarcie *Lebenspartnerschaft* nie daje natomiast prawa do wspólnej adopcji dzieci, która jest dopuszczalna wyłącznie dla małżonków (art. 1741 BGB). Partnerzy uzyskali natomiast od 1 I 2005 r. możliwość przysposobienia dziecka swojego współpartnera (§ 9 ust. 7 LPartG)³⁸. Niezależnie od tego mogą dysponować, za zgodą partnera, pewnymi uprawnieniami w stosunku do jego dziecka (tzw. *kleines Sorgerecht*). W szczególności współdecydują w niektórych sprawach opiekuńczych, a w razie takiej konieczności mogą ponadto podjąć wszystkie inne czynności. Prawa do wspólnej adopcji dzieci nie uzyskają również partnerzy na gruncie ustawy brytyjskiej.

2.3. MAŁŻEŃSTWO HOMOSEKSUALNE

Redefinicja małżeństwa, pojmowanego tradycyjnie jako związek kobiety i mężczyzny, nastąpiła dotychczas w ustawodawstwie dwóch krajów europejskich³⁹. Pierwszym z nich jest Holandia, która zakończyła proces instytucjonalizacji homoseksualnych związków małżeńskich w 2000 r.⁴⁰ Drugim państwem jest Belgia, która dopuściła małżeństwo homoseksualne w swoim porządku prawnym w 2003 r.⁴¹

Począwszy od 1.4.2001 r. dwie osoby tej samej płci mogą w świetle holenderskiego kodeksu cywilnego zawrzeć ważny związek małżeń-

³⁷ Odpowiednie zastosowanie do partnerów znajdują przepisy m.in. Married Women's Property Act 1882 (sec. 11), Wills Act 1837, Administration of Estates Act 1925 (sec. 33, 46).

³⁸ Na podstawie ustawy z 15.12.2004 r. zmieniającej LPartG – Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, Bundesgesetzblatt, cz. I, nr 69.

³⁹ Prace nad projektami dotyczącymi otwarcia małżeństw dla osób homoseksualnych trwają obecnie także we Francji, Hiszpanii i Szwecji.

⁴⁰ Na podstawie ustawy z 21.12.2000 r. – Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden [Stb.] z 2001 r., nr 9.

⁴¹ Na podstawie ustawy z 13.2.2003 r. – Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, M.B. z 28.2.2003 r., s. 9880.

ski (art. 30 ust. 1 k.c.h.). Zanim jednak wprowadzono tę regulację, Holandia przechodziła podobny do pozostałych krajów europejskich proces legislacyjny. W 1997 r. wprowadzono instytucję rejestrowanych związków partnerskich⁴². Holendrzy skorzystali ze wzorców skandynawskich, ale nadali nowej formie organizacji wspólnego pożycia odmienny charakter, stąd trudno jest ją zakwalifikować to którejs z powyżej omówionych grup. Rejestrowane partnerstwo przeznaczone jest zarówno dla par heteroseksualnych, jak i homoseksualnych (art. 80a k.c.h.). Jego wprowadzenie stanowiło zatem alternatywę dla wszystkich, którzy nie chcieli lub wówczas jeszcze nie mogli wstąpić w tradycyjny związek małżeński. Jednak inaczej niż w pozostałych ustawodawstwach znających powszechnie dostępne związki partnerskie, prawo holenderskie w zasadzie zrównało jego skutki z małżeństwem. W konsekwencji rejestracji związku, dokonywanej w urzędzie stanu cywilnego, powstaje *sui generis* „efekt małżeństwa”. Do partnerstwa stosuje się odpowiednio prawie wszystkie przepisy kodeksu cywilnego regulujące instytucję małżeństwa. Nie dotyczy to jedynie przepisów adopcyjnych oraz procedury rozwodowej. W razie zgodnego wniosku stron związek partnerski ulega rozwiązaniu w sposób analogiczny do prawa belgijskiego. Natomiast w przypadku inicjatywy wyłącznie jednego z partnerów procedura ma charakter sądowy. Holenderskie rejestrowane partnerstwo nie stało się zatem wyłącznie środkiem równouprawnienia par homoseksualnych, dającym im zbliżony do małżonków status prawny, ponieważ służy również osobom heteroseksualnym. Stąd został podniesiony w Holandii postulat pełnego zrównania w świetle prawa wszystkich związków bez względu na płeć partnerów. Zasadniczy argument w debacie nad redefinicją małżeństwa opierał się na twierdzeniu, że skoro pary heteroseksualne uzyskały możliwość wyboru między związkiem rejestrowanym i małżeńskim, to identyczne prawo powinno przysługiwać osobom homoseksualnym. Za takim rozwiązaniem opowiedziała się tzw. Komisja Kortmanna w raporcie ogłoszonym w 1997 r.⁴³ Założono przy tym, iż podstawową cechą różniącą oba typy związków małżeńskich powinien być zakres stosowania zasady domniemania pochodzenia dzieci od małżonków, wyłączony w przypadku związków homoseksualnych.

⁴² Na podstawie ustawy z 5.7.1997 r. – Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen het geregistreerd partnerschap, Stb. nr 324.

⁴³ *Rapport van de Commissie Openstelling Burgerlijk Huwelijk Voor Personen van Hetzelfde Geslacht*, Den Haag 1997. Określenie komisji pochodzi od nazwiska jej przewodniczącego, prof. S. C. Kortmanna.

Holenderski kodeks cywilny zawiera obecnie rozszerzoną podmiotowo definicję małżeństwa. Zgodnie z nią, związek ten może być zawarty przez dwie osoby różnej lub tej samej płci (art. 30 ust. 1 k.c.h.). Stosowana ceremonia odbywa się w urzędzie stanu cywilnego w obecności co najmniej dwóch świadków. Ustawodawca wyraźnie podkreślił świecki charakter małżeństwa, wywołującego skutki wyłącznie w sferze prawa państwowego (art. 30 ust. 2 k.c.h.)⁴⁴. W związku z równoległą instytucjonalizacją związków partnerskich przewidziano także oryginalną procedurę transformacji obu instytucji. Zgodnie z art. 77a k.c.h. zainteresowani małżonkowie mogą udać się do właściwego urzędu i złożyć oświadczenie o przekształceniu istniejącego małżeństwa w rejestrowany związek partnerski. Wraz z chwilą wystawienia dokumentów potwierdzających, małżeństwo przestaje istnieć i odtąd skutki prawne ich wspólnego pożycia oceniane są wyłącznie na podstawie przepisów o rejestrowanym partnerstwie. Przekształcenie stanu cywilnego nie wpływa na stosunki rodzinne pomiędzy dotychczasowymi małżonkami i ich potomstwem. Analogicznie może przebiegać ten proces także w drugą stronę (art. 80f k.c.h.). W praktyce bardzo łatwa do przeprowadzenia transformacja odebrała niewątpliwie instytucji małżeństwa stabilność i trwałość, nadając jej wręcz quasi-kontraktowy charakter.

Istotne z punktu widzenia prawa prywatnego międzynarodowego jest również określenie wzajemnych praw i obowiązków małżonków, zwłaszcza w zakresie prawa do wspólnej adopcji oraz stosunków między rodzicami a dziećmi. O ile te pierwsze, niezależnie od płci małżonków, pozostają identyczne, to pewne różnice ujawniają się, jak już wyżej wspomniano, w sferze praw rodzicielskich. Art. 199 k.c.h. stwarza, znane także prawu polskiemu, domniemanie ojcostwa męża matki dziecka. Z mocy prawa powstają więc więzy prawnorodzinne między takim dzieckiem i rodzicami-małżonkami. W Holandii domniemanie to nie obejmuje par homoseksualnych. Wprowadzono jednak szczególną regulację dotyczącą statusu kobiety wobec dziecka urodzonego przez jej poślubioną partnerkę. Zasadą jest wówczas, że partnerka matki nabywa, o ile dziecko nie zostało uznane przez ojca, pewne uprawnienia i obowiązki wynikające z władzy rodzicielskiej (art. 253sa k.c.h.). Nie jest to jednak równoznaczne z uzyskaniem przez nią statusu rodzica takiego dziecka. Małżonkowie homoseksualni mają ponadto prawo do adoptowania dziecka

⁴⁴ Warto przypomnieć, że w Holandii już w 1580 r. wprowadzono (jako fakultatywną) świecką formę zawarcia małżeństwa. Od początku XIX w. państwo przejęło w pełni kompetencje do prowadzenia rejestrów urodzin, ślubów i zgonów, co spowodowało wyraźne odróżnienie świeckiego małżeństwa wpływającego na prawa stanu (*Burgerlijke Stand*) oraz instytucji małżeństwa wyznaniowego. Wyrazem tego jest art. 30 ust. 2 k.c.h.

współmałżonka oraz do wspólnego przysposobienia innego dziecka. Nie dotyczy to jednak adopcji zagranicznej. Zgodnie z ustawodawstwem holenderskim przysposobienie dziecka pochodzącego z innego kraju jest dopuszczalne jedynie przez małżonków heteroseksualnych oraz pod pewnymi warunkami przez osoby samotne. Wprowadzenie przedmiotowego ograniczenia wynikało z obaw Holandii o reakcję innych krajów, które dotychczas przekazywały dzieci do adopcji rodzinom niderlandzkim. Dyskusja nad tym zagadnieniem jest jednak ciągle otwarta. Świadczy o tym rezolucja podjęta przez parlament 18.12.2003 r., w której można przeczytać między innymi, że dopuszczenie adopcji zagranicznej przez pary homoseksualne może służyć szeroko pojętemu dobru przysposobianych dzieci. W dalszej części zaleca się przeprowadzenie analizy prawnej z uwzględnieniem regulacji innych państw celem przygotowania ewentualnych zmian w prawie holenderskim⁴⁵.

Prawo belgijskie od 2003 r. również przewiduje możliwość wyboru formy instytucjonalizacji związków bez względu na płeć partnerów. Obok omówionej już *cohabitation légale*, wszyscy zainteresowani mogą zawrzeć związek małżeński (art. 143 k.c.b.). Jego skutki prawne są analogiczne do prawa holenderskiego z wyjątkiem regulacji adopcyjnych. W 2003 r. przeprowadzono w Belgii reformę instytucji wspólnego przysposobienia, przyznając prawo do niego także osobom pozostającym w heteroseksualnych związkach partnerskich o co najmniej 3-letnim stażu (art. 343 ust. 1 k.c.b.)⁴⁶. Nie jest natomiast dopuszczalna w żadnym wypadku adopcja dziecka przez pary homoseksualne (art. 346 k.c.b.)⁴⁷.

3. STOSOWANIE KLAUZULI PORZĄDKU PUBLICZNEGO JAKO KONSEKWENCJA ZRÓŻNICOWANIA OBCYCH ROZWIĄZAŃ USTAWOWYCH

Problemem o pierwszoplanowym znaczeniu na gruncie polskiego prawa jest brak możliwości wskazania właściwości prawa dla zwią-

⁴⁵ *Regeling van het conflictenrecht inzake adoptie en de erkenning van buitenlandse adopties*, Kamerstuk 2003–2004, nr 11, s.28457, Tweede Kamer (dostępny na stronie www.overheid.nl/op/index.html).

⁴⁶ Zob. ustawę z 24.4.2003 r. – *Loi réformant l'adoption*, M.B. z 16.5.2003 r., s. 26956.

⁴⁷ Obecnie w parlamencie belgijskim jest kilka projektów złożonych na przełomie 2003 i 2004 r. przewidujących nowelizację tych przepisów w kierunku uprawnienia par homoseksualnych do wspólnej adopcji dzieci. Por. projekty nr 664, 666 i 667 dostępne wraz z uzasadnieniami stronie parlamentu belgijskiego www.lachambre.be

ków partnerskich. W ustawie z 12.11.1965 r. prawo prywatne międzynarodowe⁴⁸ brak jest odpowiedniej normy kolizyjnej. Reguluje ona jedynie małżeństwo w normach z art. 14–18. Jednakże dyskusyjne wydaje się poddanie związków partnerskich reżimowi wskazanemu przez te normy, w szczególności z racji na ogół wyraźnego wyodrębnienia związków o takim charakterze od instytucji małżeństwa. Z tego samego powodu również dyskusyjne wydaje się zastosowanie analogii w razie konieczności uzupełnienia luki. W historii polskiej kolizjonistyki podobne problemy powodował brak regulacji nieznaney wówczas prawa rodzinnemu instytucji separacji. Wątpliwości wokół stosowania prawa rozstrzygnięte zostały jedynie na podstawie postanowienia art. 8 ust. 3 polsko-francuskiej umowy o prawie właściwym, jurysdykcji i wykonywaniu orzeczeń w zakresie prawa osobowego i rodzinnego z 5.4.1967 r.⁴⁹ Do separacji stosowane były konwencyjne postanowienia dotyczące rozvodu. Sporna w doktrynie pozostawała jednak kwestia orzekania separacji przez polskie sądy⁵⁰.

Największe wątpliwości wokół poddania związków partnerskich prawu właściwemu dla różnych aspektów małżeństwa dotyczą w szczególności tzw. rejestrowanego partnerstwa powszechnie dostępnego. Tylko w przypadku tej instytucji wyraźnie akcentowana jest jej odrębność od małżeństwa. Ponadto skutki rejestracji związku partnerskiego występują głównie w sferze praw majątkowych partnerów. Można by zatem hipotetycznie rozważać poddanie umów o związkach partnerskich tego typu prawu wskazanemu przez normy z art. 25–29 ustawy z 1965 r., a więc reżimowi właściwemu dla zobowiązań umownych. Jednakże podkreślić należy, że niektóre z ustaw przewidują rejestrację związku partnerskiego jedynie na podstawie deklaracji a nie typowej umowy. Problemатyczny jest także status tych związków, których instytucjonalizacja następuje w konsekwencji istnienia przez pewien okres czasu faktycznej wspólnoty pożycia między partnerami (np. w niektórych hiszpańskich regionach autonomicznych).

Pozostałe rozwiązania, a więc dotyczące rejestrowanych związków partnerskich dla par homoseksualnych i małżeństw homoseksualnych takich wątpliwości nie budzą. Zbliżają się one do małżeństwa, tak w sferze przesłanek ich zawarcia, zakończenia, jak i skutków prawnych. Gdyby zatem przyjąć stosowanie do nich norm z zakresu prawa

⁴⁸ Dz.U. z 1965 r., Nr 46, poz. 290, zm.: Dz.U. z 1995 r., Nr 83, poz. 417; Dz.U. z 1999 r., Nr 52, poz. 532.

⁴⁹ Dz.U. z 1969 r., Nr 4, poz. 22.

⁵⁰ Por. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 1996, s. 181 i literatura tam powołana.

małżeńskiego powstaje następny hipotetyczny problem – stosowania klauzuli porządku publicznego. W polskim orzecznictwie ostatnich dwudziestu lat brak jest spraw, w których nastąpiła ingerencja zasady, zwanej także klauzulą, porządku publicznego (*ordre public, public policy, Vorbehaltsklausel*). Była ona stosowana w latach 70-tych i 80-tych w sprawach dotyczących małżeństw pomiędzy Polkami a cudzoziemcami pochodzącymi z państw arabskich. W większości przypadków sąd stosował klauzulę porządku publicznego w postępowaniach dotyczących zwolnienia cudzoziemca z przedstawienia dowodu zdolności zawarcia małżeństwa wydawanego przez odpowiedni organ państwa jego obywatelstwa⁵¹. Najczęstszym powodem zastosowania klauzuli było wówczas godzenie skutków zastosowania przepisów obcych zezwalających na poligamię w fundamentalne dla polskiego prawa rodzinnego zasady monogamiczności małżeństwa oraz równouprawnienia współmałżonków.

W tej chwili trudno jest przewidzieć czy zaistnieją sytuacje, w których zastosowanie obcego prawa będzie oznaczało stosowanie rozwiązań niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia naszego systemu prawnego. Prawdopodobne jest jednak, że z przykładem takiej sytuacji będziemy mieli do czynienia w przypadku konieczności zastosowania obcej ustawy o związkach partnerskich par homoseksualnych lub o małżeństwach homoseksualnych.

Konieczność zastosowania obcego prawa (w tym konkretnej ustawy) podyktowana może być tylko wskazaniem tego prawa jako właściwego do rozstrzygnięcia konkretnej sprawy przez polską normę kolizyjną. Prawo obce stosowane będzie zatem z mocy naszego prawa. Obowiązek normatywny stosowania wskazanego prawa wynika z dyspozycji normy kolizyjnej, której elementem jest nakaz zastosowania tego prawa. Obowiązek ten dotyczy również stosowania przepisów o zupełnie odmiennej treści od odpowiadających im przepisów prawa polskiego lub przepisów, których zastosowanie spowoduje skutki diametralnie odmienne od skutków zastosowania odpowiadających im przepisów naszego prawa. W związku z przyjęciem uniwersalnej zasady równoważności systemów prawnych, niemożliwe jest uprzywilejowanie własnego prawa, a przez to ograniczenie stosowania praw obcych. Normy kolizyjne nie zawierają elementu wartościowania skutków zastosowania wskazanego prawa, zatem trudno jest przewidzieć czy zaistnieją

⁵¹ Por. postanowienia i uchwały SN w sprawach III CRN 404/71, OSNCP 1972, nr 5, poz. 91; I CR 608/74, OSPIKA 1976, nr 7–8, poz. 141 z glosą M. Tomaszewskiego; III CZP 34/72, OSN 1973, poz. 52, oraz PiP 1974, z. 4, s. 166 z glosą J. Jakubowskiego; III CZP 37/82, OSN 1983, poz. 107.

sytuacje, w których zastosowanie obcego prawa będzie oznaczało stosowanie rozwiązań niemożliwych do zaakceptowania z punktu widzenia systemu prawnego *forum*. Stąd też wynika umiejscowienie klauzuli porządku publicznego w ustawach kolizyjnych licznych państw, jako ochrony przed takimi sytuacjami.

Klauzula jest instytucją z długimi tradycjami. Koncepcja ograniczenia stosowania obcego prawa miała zwolenników w XVII-wiecznej holenderskiej szkole statutowej (w szczególności Urlicha Hubera). Elementów rozwiązania podobnego do klauzuli dopatrywano się zresztą już we wprowadzonych w XIV w. przez Bartolusa de Sassoferato *statuta favorabilia* i *statuta odiosa*. Jednak do znacznego rozwinięcia teorii ograniczeń stosowania prawa obcego i przekształcenia jej w zasadę porządku publicznego przyczynili się głównie XIX-wieczni uczeni – Friedrich Carl von Savigny, Pasquale Stanislao Mancini i Joseph Story. F. C. von Savigny twierdził, że obce prawo nie powinno być stosowane w przypadkach: gdy w danej materii obowiązuje ustawa bezwzględnie wiążąca, stanowiąca element porządku prawnego obowiązującego w siedzibie sądu orzekającego (*forum*) i wymuszająca swoją właściwość bez względu na wskazanie prawa oraz, gdy prawo obce zawiera instytucje nieznanne prawu obowiązującemu w siedzibie sądu orzekającego (*lex fori*)⁵². Natomiast P. S. Mancini wprowadził pojęcie szeroko rozumianego porządku publicznego, na który składać się miały normy prawa publicznego i normy prawa cywilnego o charakterze *ius cogens*. Twierdził, że w imię zasady tak rozumianego porządku publicznego możliwe jest ograniczenie stosowania prawa obcego⁵³. J. Story, powtarzając wcześniejsze twierdzenia U. Hubera, przyjął, że obowiązkiem i prawem każdego państwa jest ochrona własnych obywateli przed niesprawiedliwymi i szkodliwymi wpływami obcego prawa. Twierdził, że jedną podstawowych przesłanek ograniczenia stosowania obcego prawa jest konieczność stosowania własnych norm bezwzględnie wiążących⁵⁴. Podobne koncepcje ograniczeń przetrwały w niektórych systemach prawnych m.in. w prawie kolizyjnym duńskim i angielskim⁵⁵.

Jednak wraz z ewolucją prawa kolizyjnego w większości państw wprowadzono ogólne, blankietowe pojęcie porządku publicznego⁵⁶. Zna-

⁵² K. Bagan-Kurluta, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2002, s. 112–113.

⁵³ M. Pazdan, op. cit., s. 25.

⁵⁴ K. Bagan-Kurluta, op. cit., s. 112–113.

⁵⁵ Duńskie prawo kolizyjne przewiduje stosowanie *lex fori* do spraw dotyczących rozwodów i związanych z ustaleniem ojcostwa. Ta sama reguła znalazła zastosowanie w prawie angielskim do wszystkich spraw dotyczących rozwodów, opieki i przysposobienia oraz deliktów.

⁵⁶ K. Bagan-Kurluta, op. cit., s. 112–113.

lazło się ono we wszystkich ustawach kolizyjnych, chociaż przedstawiane jest różnie – na przykład towarzyszą mu pojęcia dobrych obyczajów lub zwyczajów. We włoskim dekreście z 1942 r. (art. 31) ograniczenie stosowania prawa obcego wynika z niezgodności z porządkiem publicznym i dobrymi obyczajami⁵⁷. Podobne rozwiązanie przyjęto również w art. 28 ustawy egipskiej z 1948 r.⁵⁸, art. 33 ustawy greckiej z 1940 r.⁵⁹, art. 30 japońskiej ustawy z 1898 r.⁶⁰ i w art. 8 § II ustawy Lichtensteinu z 1926 r.⁶¹ Również polska ustawa z 1926 r. zawierała takie rozwiązanie w art. 38: „Przepisy prawa obcego nie mają w Polsce mocy prawnej, jeżeli są sprzeczne z podstawowymi zasadami obowiązującego w Polsce porządku publicznego lub z dobrymi obyczajami”⁶². Nieco odmienna regulacja znalazła się w art. 5 argentyńskiego kodeksu cywilnego z 1869 r. Przewiduje on, że nikt nie może być podmiotem jakiegokolwiek prawa, jeśli jest to sprzeczne z porządkiem publicznym. Dalej, w art. 14, umieszczony został zakaz stosowania obcego prawa sprzecznego z prawem publicznym lub karnym, religią, zasadami tolerancji odnośnie kultów religijnych, bądź z dobrymi obyczajami lub zwyczajami⁶³.

Najczęściej w obowiązujących obecnie ustawach porządek publiczny utożsamiany jest z porządkiem prawnym, a raczej z jego podstawowymi zasadami. Tak stanowią ustawy austriacka z 1978 r. (§ 6 – podstawowe wartości austriackiego porządku prawnego)⁶⁴, meksykańska (art. 15 § II – zasady lub fundamentalne instytucje)⁶⁵ i niemiecka z 1986 r. (art. 6 – podstawowe zasady prawa niemieckiego, w szczególności prawa konstytucyjne)⁶⁶. Również w art. 6 polskiej ustawy z 1965 r.

⁵⁷ Dekret nr 262 z 16.3.1942 r. – Kodeks cywilny, *Gazzetta Ufficiale* 1942, nr 26, w polskim tłumaczeniu: J. Poczobut, *Kodyfikacje prawa prywatnego międzynarodowego*, Warszawa 1991, s. 151.

⁵⁸ Ustawa z 29.7.1948 r. – Kodeks cywilny, *Journal Officiel du Gouvernement Egyptien* z 29.7.1948 r., numer specjalny 108bis, „A”, w polskim tłumaczeniu: J. Poczobut, op. cit., s. 37.

⁵⁹ Ustawa nr 2250 z 15.3.1940 r. – Kodeks cywilny, *Synopsis Nomologias* 1940, cz. A, nr 91, w polskim tłumaczeniu: J. Poczobut, op. cit., s. 42.

⁶⁰ Por.: <http://www.kinoshita.com/lawarchive/conflictolaws.html>

⁶¹ Por.: <http://www.verfassung.li/start.htm>

⁶² Dz.U. R.P. Nr 101, poz. 581.

⁶³ http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex_browse.details?p_lang=en&p_country=ARG&p_classification=01.03&p_origin=SUBJECT

⁶⁴ Ustawa związkowa z 15.6.1978 r. o prawie prywatnym międzynarodowym, *Bundesgesetzblatt* 1978, cz. 109, nr 304, w polskim tłumaczeniu: J. Poczobut, op. cit., s. 18.

⁶⁵ K. Bagan-Kurluta, op. cit., 113.

⁶⁶ Ustawa z 18.8.1896 r. wprowadzająca niemiecki kodeks cywilny, *Reichgesetzblatt* 1896, s. 604 i n./*Bundesgesetzblatt*, cz. III, nr 400–401, w wersji Ustawy z 25.7.1986 r. w sprawie nowej regulacji prawa prywatnego międzynarodowego, *Bundesgesetzblatt* 1986, cz. I, nr 37, w polskim tłumaczeniu: J. Poczobut, op. cit., s. 76.

odwołano się do podstawowych zasad naszego porządku prawnego. W jego świetle prawa obcego stosować nie można, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Na gruncie ustawy nie chodzi więc o eliminację zastosowania obcych przepisów, a raczej o eliminację skutków zastosowania tych przepisów – uniknięcie takich skutków zastosowania obcego przepisu, które z punktu widzenia naszego prawa byłyby szokujące, nie do przyjęcia, godzące w poczucie sprawiedliwości i słuszności rozstrzygnięcia. Co więcej, blankietowość pojęcia porządku publicznego umożliwia odwołanie się do zasad własnego porządku prawnego, które z reguły powinny odpowiadać normom przyjętym we własnym porządku społecznym⁶⁷.

Postępowanie w sprawach, w których hipotetyczne jest zastosowanie klauzuli porządku publicznego zawsze sprowadza się do szeregu czynności poprzedzających jej ingerencję: zastosowania polskich norm kolizyjnych, które wskażą właściwość prawa, wskazania normy merytorycznej odpowiedniej do zastosowania w tym konkretnym przypadku oraz oceny skutków zastosowania tej normy pod kątem niezgodności z podstawowymi zasadami polskiego porządku publicznego. Konkretyzacja pojęcia klauzuli następuje więc dopiero w trakcie podejmowania przez sędziego wskazanych czynności i odnosi się do przepisów obowiązujących w chwili ich podejmowania.

Przedmiotem oceny sędziego mogłyby się zatem stać skutki zastosowania przepisów ustaw o związkach partnerskich, w szczególności odnośnie do ich sprzeczności z normami chroniącymi rodzinę. W większości współczesnych państw takie normy stanowią element konstytucji⁶⁸. Chronią rodzinę, jako podstawową komórkę społeczną oraz dzieci, jako osoby stanowiące o przyszłości społeczeństwa. Polskie normy konstytucyjne dotyczące ochrony rodziny nie odbiegają od regulacji przyjętych w innych państwach. Najczęściej powtarzającymi się rozwiązaniami są: 1) umiejscowienie norm dotyczących rodziny w rozdziałach poświęconych prawom i wolnościom jednostki, 2) usytuowanie ich w części poświęconej zasadom konstytucyjnym⁶⁹. Pierwsze, powszechniejsze rozwiązanie, w którym wspomniane normy są z reguły składni-

⁶⁷ Por. W. Ludwiczak, *Międzynarodowe prawo prywatne*, Poznań 1996, s. 112.

⁶⁸ Zdarzają się jednak konstytucje pozbawione takich przepisów, jak Konstytucja Australii, Kanady, Czech, Izraela oraz takich państw jak Barbados i Bangladesz.

⁶⁹ Teksty zagranicznych konstytucji zostały przeanalizowane na podstawie informacji dostępnych na dzień 28.7.2004 r., zawartych na stronach internetowych International Constitutional Law Project realizowanego przy współpracy z Berne University, Cornell Law School, Massachusetts Institute of Technology, Hamburg University, Wuerzburg University, <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/index.html>

kiem części konstytucji poświęconej prawom socjalnym, gospodarczym i kulturalnym, zastosowano w polskiej konstytucji z 22.7.1952 r.⁷⁰ Odmienne rozwiązanie, przyjęte w obecnie obowiązującej Konstytucji z 6.4.1997 r.⁷¹ sytuuje Polskę w drugiej grupie państw, w których normom dotyczącym rodziny i dzieci nadano rangę zasad konstytucyjnych lub umiejscowiono je wśród norm o najważniejszym znaczeniu dla państwa. Art. 18 z rozdziału Rzeczpospolita stanowi, że: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Przepis ten jest uzupełniony szeregiem innym postanowień umieszczonych w części konstytucji zawierającej wolności oraz prawa człowieka i obywatela⁷². Uzasadnione zatem wydaje się twierdzenie, że zarówno sam przepis art. 18, jak i jego umiejscowienie wyrażają intencję ustawodawcy nadania szczególnej ochrony rodzinie. Chociaż nie wszyscy w doktrynie postrzegają tę ochronę jako zasadę konstytucyjną⁷³, to w świetle poglądu reprezentowanego przez L. Garlickiego obecnie obowiązująca Konstytucja sytuuje Polskę w grupie państw, które normom dotyczącym rodziny i dzieci nadają rangę właśnie takich zasad. Ponadto wyznacza ona podstawowe wartości związane z rodziną i jej pozycją społeczną oraz cele i zadania państwa⁷⁴.

Można zatem twierdzić, że ochrona rodziny została wyrażona normą konstytucyjną jako podstawowa wartość konstytucyjna. Norma

⁷⁰ Dz.U. z 1952 r., Nr 33, poz. 232 – art. 67 a po zmianie ustawą z 10.2.1976 r. o zmianie Konstytucji PRL – art. 79 rozdziału 8 – Podstawowe prawa i obowiązki obywateli, Dz.U. Nr 5, poz. 29), utrzymany w mocy na podstawie art. 77 Ustawy konstytucyjnej z 17.10.1992 r., Dz.U. Nr 84, poz. 426).

⁷¹ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

⁷² Art. 33 zawierającym ogólną zasadę równouprawnienia kobiety i mężczyzny, w tym w życiu rodzinnym, art. 47 z prawem do ochrony prywatności, w tym życia rodzinnego, art. 48 konstytuującym prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, z uwzględnieniem stopnia dojrzałości dziecka, wolności jego sumienia, wyznania i przekonań (dodatkowo na podstawie art. 53 ust. 3 – z prawem do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem), jak również limitującym możliwość ograniczenia lub pozbawienia praw rodzicielskich do przypadków określonych w ustawie i tylko na podstawie orzeczenia sądu, art. 65 ust. 3 zakazującym stałego zatrudniania dzieci do lat szesnastu, art. 68 ust. 3 zobowiązującym władze publiczne do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, art. 68 ust. 5 zawierającym deklarację wsparcia przez władze publiczne kultury fizycznej wśród dzieci i młodzieży i w końcu art. 72 w całości odnoszącym się do praw dziecka.

⁷³ Por. M. Kruk, *Konstytucyjne zasady podstawowe – ich znaczenie prawne i katalog* [w:] W. Sokolewicz (red.), *Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, Warszawa 1998, s. 7–13; W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1998, s. 120 i n.

⁷⁴ Por. L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, Warszawa 2003, s. 2.

ta natomiast przekłada się na zasadę prawa rodzinnego. A co za tym idzie, zarówno Konstytucja, jak i prawo rodzinne chronią małżeństwo, jako związek kobiety i mężczyzny, oraz rodzinę. W związku z powyższym twierdzeniem, należałoby się zastanowić, czy związki partnerskie (bez względu na ich rodzaj) mogłyby skorzystać z ochrony konstytucyjnej, jeśli partnerzy zostaliby uznani za rodzinę lub, czy przyjęcie tradycyjnie rozumianego pojęcia rodziny wyklucza taką możliwość a przy okazji staje się przyczynkiem do zastosowania klauzuli porządku publicznego.

4. POJĘCIE RODZINY

W polskiej literaturze pojawiły się dwa pojęcia rodziny, w pewnym stopniu odzwierciedlające niektóre jej funkcje, mianowicie rodzinę pochodzenia i rodzina prokreacji. Pierwsze z nich oznacza rodzinę macierzystą, w której się dojrzewa, która przygotowuje do przyszłego dorosłego życia, kierunkuje postawę życiową i społeczną. Drugim natomiast, odzwierciedlającym główną funkcję przypisywaną małżeństwu a poprzez nie rodzinie – funkcję prokreacji, określa się rodzinę zakładaną w późniejszym czasie przez osoby wychowane w rodzinie pochodzenia. Powstanie rodziny prokreacji wiąże się z chwilą zawarcia małżeństwa i z posiadaniem potomstwa⁷⁵. Co jest charakterystyczne dla tej klasyfikacji, wyznacza ona moment oddzielający istnienie jednej rodziny od drugiej. Co więcej, do momentu zawarcia małżeństwa, istnieje tylko rodzina pochodzenia, po tym momencie pojawia się druga – rodzina prokreacji. Od sposobu pojmowania instytucji rodziny w społeczeństwie zależy czy w momencie zawarcia małżeństwa powstaje jedna duża rodzina, która na przykład staje się rodziną trzypokoleniową, czy też mamy do czynienia z dwiema, odrębnymi rodzinami podstawowymi (nuklearnymi). Moment zawarcia małżeństwa wyznacza również zmianę powiązań o charakterze prawnym, ale przede wszystkim emocjonalnym między członkami obu rodzin. Jedyne instytucjonalno-emocjonalne powiązania, jakie istnieją w rodzinie pochodzenia wiążą jej członków – a więc dziecko z rodzicami. Natomiast zawarcie małżeństwa przez dziecko powoduje powstanie powiązań między jego współmałżonkiem, a później potomstwem. Pierwsze z tych więzów ustępują

⁷⁵ Pojęcia te wprowadza J. Rembowski, *Rodzina jako system powiązań* [w:] M. Ziemska (red.), *Rodzina i dziecko*, Warszawa 1986, s. 127 i n.

drugim, wynika to zresztą z rozwiązań instytucjonalnych przyjętych w systemach prawnych⁷⁶.

Wydaje się, że rozdział na rodzinę pochodzenia i prokreacji znajduje również uzasadnienie w treści uniwersalnych konwencji międzynarodowych z zakresu ochrony praw człowieka. W szczególności twierdzenie to odnosi się do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r.⁷⁷ i jej postanowienia z art. 12 dotyczącego prawa do zawarcia małżeństwa⁷⁸ oraz z art. 8 odnoszącego się do prawa do poszanowania życia prywatnego, w tym do prawa do życia rodzinnego⁷⁹. Konwencja europejska w treści art. 12 w żaden sposób nie odnosi się do związków partnerskich, a więc również nie zawiera zakazu wprowadzania regulacji krajowych sankcjonujących takie związki. Z wykładni treści artykułu, jak również z orzecznictwa organów strasburskich⁸⁰ wynika, że dotyczy on jedynie osób odmiennej płci oraz możliwości zawierania przez nie małżeństwa. A zatem należy go traktować jako wyraz ochrony tradycyjnych wartości reprezentowanych przez rodzinę powstałą w drodze zawarcia małżeństwa oraz akceptacji prokreacji jako istoty związku małżeńskiego⁸¹. Literalnie zatem pojęcie rodziny w ujęciu art. 12 konwencji związane jest z formalnie zawartym związkiem małżeńskim. Równie wąsko, jednak już bez odniesienia do małżeństwa, można traktować rodzinę na podstawie art. 8 konwencji. Wydaje się, że dotyczy on w największym stopniu relacji między rodzicami a dziećmi – co zresztą znalazło swój wyraz w głosach doktryny i orzecznictwie⁸². W takim ujęciu art. 8 chroni życie rodzinne osób, które nie muszą pozostawać w formal-

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284–286.

⁷⁸ „Mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa”.

⁷⁹ „1. Każda osoba ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego domicylu oraz swojej korespondencji. 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków, które są zgodne z prawem i konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interesy bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”.

⁸⁰ Por. orz. *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii* z 18.10.1989 r., A.106 i orz. *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii* z 27.9.1990 r., A.184.

⁸¹ Por. orz. *Van Oostervijk przeciwko Belgii* z 6.11.1980 r., A.40. Założenie o takiej relacji między prokreacją a związkiem małżeńskim stanowiło podstawę szeregu orzeczeń organów strasburskich, co słusznie zauważyli A. Michalska, J. Sandorski, *Rodzina jako podmiot międzynarodowo chronionych praw człowieka. Traktaty generalne* [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa rodziny – prawa w rodzinie w świetle standardów międzynarodowych*, Toruń 1999, s. 97.

⁸² Por. przykładowo orz. *Marckx przeciwko Belgii* z 13.6.1979 r., A.31.

nym związku oraz ich dzieci. Można byłoby zatem twierdzić, że chroni on tzw. rodzinę pochodzenia, w oderwaniu od rodziny prokreacji. W orzecznictwie podkreślona została istota więzów innego rodzaju niż formalne, które przesądzają, że relacje mają charakter rodzinny⁸³. Co więcej, na podstawie art. 8 konwencji, prawo do życia rodzinnego przysługuje również homoseksualistom i transseksualistom⁸⁴. W takim ujęciu mamy do czynienia z dwoma różnymi rodzajami więzów, formalnymi i nieformalnymi – chronionymi konwencją. Wydaje się jednak, że twierdzenie o celowym rozszerzeniu pojmowania rodziny i zdefiniowanie jej jako komórki, którą tworzą osoby pozostające ze sobą w różnego rodzaju więzach (między osobami dorosłymi i między osobami dorosłymi a dziećmi) jest nieprawdziwe i przedwczesne. Powodem jest w szczególności niezmiernie duża ilość kontrowersji wokół wychowywania dzieci przez pary homoseksualne lub dopuszczenia adopcji dzieci przez takie osoby. Przedwczesna wydaje się również teza, że dzięki art. 8 konwencji możliwe jest odejście od tradycyjnego pojmowania rodziny i przyjęcie, że osoby, które korzystają z prawa do życia rodzinnego mogą być jednocześnie członkami nietradycyjnie rozumianej rodziny.

Tak z punktu widzenia uniwersalnych konwencji z zakresu międzynarodowej ochrony praw człowieka, jak z punktu widzenia prawa polskiego nietrudno jest wyliczyć osoby, które są chronione jako członkowie rodziny. Wątpliwości nie budzi fakt, że są nimi małżonkowie i ich potomstwo, matki jak również ojcowie wychowujący dzieci, osoby pozostające w stosunku przysposobienia – a szerzej również wstępni, zstępni i krewni w linii bocznej⁸⁵. Oczywiście jest, że każdej z tych osób przy-

⁸³ Por. orz. *Keegan przeciwko Irlandii* z 26.5.1994 r., A.290 oraz orz. *Kroon i inni przeciwko Holandii* z 27.10.1994 r., A.297-C, również [w:] T. Jasudowicz (oprac.), *Orzecznictwo Strasburskie. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997*, t. II, Toruń 1998, s. 583–585 oraz 593–597. Według C. Russo, na podstawie orzecznictwa, są to rzeczywiste więzy: wspólne życie, zależność finansowa, regularne utrzymywanie kontaktów, za A. Michalska, J. Sandorski, op. cit., s. 103.

⁸⁴ Por. orz. *B. przeciwko Francji* z 25.3.1992 r. (choć w dwóch wcześniejszych sprawach – *Rees przeciwko Wielkiej Brytanii* z 17.10.1986 r., A.106 i *Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii* z 27.9.1990 r., A.184 – orzeczenia Trybunału były odmienne); A.232-C, również [w:] M.A. Nowicki, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1991–1993. Biuletyn*, wyd. specjalne 2/94, Warszawa 1994, s. 90–91, X. i Y. i Z. *przeciwko Wielkiej Brytanii*, 22.4.1997 r. [w:] T. Jasudowicz (oprac.), op. cit., s. 605–612.

⁸⁵ Wynika ona między innymi z prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz spadkowego. Wnioskować można również na podstawie niektórych postanowień konwencji międzynarodowych (art. 23 i art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167; art. 10 i 11 Międzynarodowego Paktu Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych, Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169; art. 16 Europejskiej Karty Społecznej, Dz.U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67) choć na ogół nie dają one asumptu do tak daleko idących uogólnień.

sługuje prawo do poszanowania życia rodzinnego. Co więcej, przysługuje ono innym osobom, mimo braku prawnego zakwalifikowania ich jako członków rodziny i bez możliwości korzystania przez nie z prawa do zawarcia małżeństwa. W tym kontekście dość wyraźnym krokiem w kierunku poszerzenia znaczenia terminu „członek rodziny” wydaje się być dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Wspólnot z 29.4.2004 r. dotycząca prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i zamieszkania na terytorium państw unijnych⁸⁶. W art. 2, zawierającym definicje pojęć użytych w dyrektywie, jako członków rodziny wskazano: 1) współmałżonka, 2) partnera, z którym obywatel Unii zawarł umowę o związku partnerskim, zgodnie z prawem państwa członkowskiego, jeżeli prawo państwa członkowskiego goszczącego tę osobę traktuje związki partnerskie ekwiwalentnie do małżeństwa i zgodnie z warunkami ustanowionymi w stosownych przepisach tego państwa, 3) bezpośrednich zstępnych obywatela Unii, jego współmałżonka lub partnera, poniżej 21-go roku życia lub pozostających na jego utrzymaniu, 4) pozostających na utrzymaniu bezpośrednich krewnych obywatela, jego współmałżonka lub partnera w linii wstępnej. Ponadto w świetle art. 3 pkt 2 beneficjentem dyrektywy mogą być także 1) inni niż wymienieni w art. 2 członkowie rodziny obywatela Unii, niezależnie od ich narodowości, którzy w państwie, z którego przyjechali pozostają na utrzymaniu lub we wspólnym gospodarstwie domowym i przysługują im uprawnienia w tym zakresie lub, gdy z poważnych powodów zdrowotnych wymagają osobistej opieki obywatela Unii oraz 2) partner, z którym obywatel Unii pozostaje w trwałym, należycie poświadczonym związku.

5. PODSUMOWANIE

Reasumując, w związku ze stosowaniem w Polsce obcych przepisów dotyczących szeroko pojmowanej tematyki związków partnerskich

⁸⁶ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29.4.2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, O.J. L 158/77 z 30.4.2004 r. Dyrektywa weszła w życie z dniem publikacji. Na podstawie art. 40 państwa członkowskie w okresie dwóch lat od publikacji powinny wprowadzić rozwiązania prawne i administracyjne pozwalające na jej realizację.

mogą wynikać trojaki problemy. Oprócz pierwszego z nich, którym jest brak odpowiednich norm kolizyjnych są nimi: stosowanie *per analogiam* statutu małżeńskiego lub statutu zobowiązań oraz, przede wszystkim, możliwość zastosowania klauzuli porządku publicznego. Wystąpienie pierwszego z problemów wpływa zresztą na powstanie następnych. Konsekwencją braku norm kolizyjnych wskazujących reżim prawa właściwego dla związków partnerskich jest zastosowanie analogii. Jeśli przyjąć stosowanie reżimu zobowiązań do umów o związkach partnerskich, wówczas twierdzić można, że w imię zasady swobody kontraktowania, klauzula porządku publicznego nie będzie stosowana. Twierdzenie to jednak znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku pierwszego rodzaju rejestrowanych związków partnerskich – ogólnie dostępnych, pod warunkiem, że podstawą ich rejestracji jest umowa zawarta między partnerami. Jedynie ten rodzaj kontraktów cechuje wyraźna i celowa odrębność od małżeństwa, w szczególności w odniesieniu do par heteroseksualnych, które nie chcą związać się tradycyjnym węzłem małżeńskim. Jeżeli jednak przyjąć stosowanie do pozostałych instytucji obcego prawa (rejestrowanych związków dla par homoseksualnych oraz małżeństw homoseksualnych) norm kolizyjnych z zakresu prawa małżeńskiego, to pozostaje do rozstrzygnięcia problem stosowania klauzuli porządku publicznego. Samo zastosowanie statutu małżeńskiego w tym przypadku wydaje się uzasadnione celem zawarcia takiego związku, jego podobieństwem do małżeństwa oraz skutkami często analogicznymi do skutków zawarcia małżeństwa. Jest to szczególnie wyraźne w przypadku małżeństw homoseksualnych. Im jednak więcej podobieństw, tym bardziej prawdopodobne wydaje się zastosowanie klauzuli porządku publicznego. Najbardziej oczywiste zatem jest, że będzie ono miało miejsce właśnie w przypadku małżeństw homoseksualnych, w imię ochrony małżeństwa jako związku zawartego przez dwie osoby odmiennej płci i jako takiego chronionego polską konstytucją i prawem rodzinnym. Ani art. 18 Konstytucji RP, ani art. 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁸⁷ nie uzasadnia bowiem twierdzenia o redefinicji pojęcia małżeństwa. Prawdopodobne jest również zastosowanie mechanizmu klauzuli, gdy skutkiem zawarcia związku partnerskiego będzie możliwość przysposobienia dziecka przez partnerów. Ingerencja taka może wynikać ze sprzeczności następstw zastosowania obcych przepisów przewidujących takie skutki zawarcia związku lub małżeństwa homoseksualnego tak z zasadą ochrony rodziny (choćby w aspekcie jej funkcji wychowawczych), jak też z zasadą dobra dzieci-

⁸⁷ Dz.U. z 1964 r., Nr 9, poz. 59 z późn. zm.

ka. Natomiast na poły automatyczne stosowanie mechanizmu klauzuli w odniesieniu do każdego związku partnerskiego wydaje się bezzasadne. Nie daje do tego podstaw nawet przyjęcie wyraźnego, formalnego powiązania między małżeństwem a rodziną i ochrona tradycyjnych wartości. Wynika to z dwóch okoliczności: niemożności precyzyjnego zdefiniowania rodziny oraz z rozszerzającej się stopniowo interpretacji pojęcia „członkowie rodziny” w prawie unijnym. Również bezzasadna wydaje się automatyczna substytucja polskich przepisów jako skutek zastosowania klauzuli. O ile w świetle przepisu art. 38 ustawy z 1926 r. oczywistym skutkiem zastosowania klauzuli było wyłączenie zastosowania konkretnych przepisów obcego prawa, co pozostawiało kwestię substytucji przepisów otwartą, o tyle na gruncie art. 6 obecnie obowiązującej ustawy pewną wątpliwość budzić może kwestia skutków zastosowania klauzuli w odniesieniu do właściwości systemu prawnego. W art. 6 użyte zostało sformułowanie „prawa obcego stosować nie można”, które można dwojako interpretować. Wydaje się, że oznaczać ono powinno nakaz wyeliminowania stosowania obcego prawa w całości, a więc niemożność zastosowania jakiegokolwiek przepisu tego prawa. Konsekwencją takiej interpretacji powinno być automatyczne zastosowanie odpowiednich przepisów prawa polskiego w miejsce przepisów obcych. Jednak sformułowanie to wydaje się być również wyrazem postulatów doktryny, aby ustawodawca nie przesądzał o właściwości prawa, jakie wejdzie w miejsce przepisu wyłączonego przez klauzulę, gdyż jest to bezcelowe w oderwaniu od konkretnej sytuacji⁸⁸.

⁸⁸ Por. M. Sośniak, *Skutki zastosowania klauzuli porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, S.C., t. I, Kraków 1961, s. 210 oraz tegoż, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961, s. 212–225.