Wiktor Pietrzak¹

**Glosa do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego
z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19**

I.

Orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) zapadło w następującym stanie faktycznym: Skarżąca w marcu 2016 r. zwróciła się do Kierownika Urzędu Stanu Cywilnego (USC) z wnioskiem o przeniesienie do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji brytyjskiego aktu urodzenia syna, w którym to wpisano jako rodziców osoby tej samej płci – dwie kobiety. Kierownik USC odmówił dokonania transkrypcji argumentując, że taka czynność materialno-techniczna byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. Skarżąca odwołała się do wojewody, który decyzją z maja 2016 r. utrzymał w mocy decyzję kierownika USC, powołując się na sposoby ustalania matki i ojca oraz powielając argument naruszenia polskiego porządku prawnego. Następnie Skarżąca wniosła skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA), który wyrokiem z 20 października 2016 r. rozstrzygnął o oddaleniu skargi.

Od wyroku WSA złożono skargę kasacyjną, której konsekwencją było postanowienie składu orzekającego NSA z 17 kwietnia 2019 r. o przedstawieniu składowi siedmiu sędziów następującego zagadnienia prawnego: „Czy przepis art. 104 ust. 5 i art. 107 ust. 3 ustawy z 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach

¹ ORCID ID: 0000-0001-5237-0474, magister, Instytut Nauk Prawnych, Uniwersytet Szczeciński. E-mail: pietrzakwik@gmail.com.

stanu cywilnego² w związku z art. 7 ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe³, dopuszcza transkrypcję zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci?”

II.

Nie jest możliwym dokonanie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci. Naczelny Sąd Administracyjny uzasadnił przedstawione stanowisko w następujący sposób: umożliwienie transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia jest niezgodne z art. 18 Konstytucji oraz regulacjami ustawowymi. Ustawodawca przez pojęcie „ojciec” zawsze odwołuje się do mężczyzny, jednakże przedstawione przez NSA przepisy odwołują się do sposobu ustalania ojcostwa, dlatego niemożliwym jest zmienienie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego. Ponadto NSA uznał, że art. 104 ust. 5 ustawy z 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego⁴ oznacza podwyższony standard dowodowy tylko dla podmiotów wnioskujących o dokonanie, jednej z trzech wymienionych w tym przepisie, czynności.

III.

Niniejsza glosa ma charakter krytyczny. Należy rozpocząć od wskazania wątpliwości co do sformułowanego zagadnienia prawnego, mianowicie od zestawienia art. 7 ustawy z 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe⁵ z 107 ust. 3 PrASC. Oba przepisy dają podstawy do dekodowania norm prawnych zawierających *ordre public*, jednakże należy wskazać, że zakresy zastosowania owych norm wykluczają się, gdyż pierwsza z wymienionych dotyczy zastosowania prawa obcego, a druga transkrypcji dokumentów, która *per se* nie wywołuje skutków prawnych⁶.

² T.j. Dz.U. 2018, poz. 2224.

³ Dz.U. 2015, poz. 1792.

⁴ t.j. Dz.U. 2020, poz. 463 ze zm., dalej jako PrASC.

⁵ t.j. Dz.U. 2015, poz. 1792.

⁶ M.A. Zachariasiewicz, *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11 oraz

Klauzula porządku publicznego to instrument, mający chronić podstawowe zasady porządku prawnego w sytuacji braku możliwości pogodzenia następstw wynikających z np. zastosowania prawa obcego⁷. *Ordre public* jest szczególnym tworem prawnym, który odnosi się do generalnie rozumianego porządku publicznego, a ten zmienia się pod wpływem czasu, zmian o charakterze ustrojowym, społecznym, kulturowym⁸. Mimo możliwości zastosowania klauzuli porządku publicznego, należy w każdej sytuacji dokonać ważenia dóbr oraz wskazać ewentualne następstwa, które wynikną z jej użycia⁹. Uzasadnienie głosowanej uchwały, pod względem aksjologicznym, stwarza wiele wątpliwości poprzez brak odniesienia do godności, ochrony dobra dziecka czy dyskryminacji. Wydaje się, że uzasadnieniu brakuje aksjologicznego zakotwiczenia w systemie ocen moralnych ustawodawcy oraz ustrojodawcy, którzy nadają prym dobru dziecka.

Termin „dobro dziecka” ma wielorakie definicje doktrynalne, ale przyjmuje się, że jedną z cech konstytutywnych jest najlepszy interes dziecka. „Najlepszy interes dziecka” to klauzula generalna, nigdzie nie skonkretyzowana, jednakże jest ona drogowskazem dla wszelkich praw dziecka. Ma ona zastosowanie w wykładni prawa oraz do przepisów prawa materialnego, ma wpływać na wszystkie sądy w sprawach z udziałem dziecka¹⁰. Również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) konstytuuje pojęcie dobra dziecka poprzez wskazanie, że jest ono wartością nadrzędną oraz wartość ta powinna przeważać nad wymogami porządku publicznego¹¹.

M. Wojewoda, *Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20 C, red. M. Pazdan et al., Warszawa 2015, <http://www.sip.legalis.pl> (10.05.2020).

⁷ M. Zachariasiewicz, *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018, <http://www.sip.legalis.pl> (14.06.2020).

⁸ M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961, s. 77 i n.

⁹ M. Zachariasiewicz, op.cit.

¹⁰ Szerzej na ten temat S. Majkowska-Szulc, M. Tomaszewska, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, <http://www.sip.legalis.pl> (10.05.2020).

¹¹ Wyrok ETPCz z 26 czerwca 2014 r. (skargi nr 65192/11) w sprawie *Mennesson* przeciwko Francji oraz *L. Lai Macierzyństwo zastępcze w prawie włoskim*, Warszawa 2017, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS-Lai-L.-Macierzy%C5%84*wo-zast%C4%99pcze-w-prawie-w%C5%82oskim.pdf. (20.05.2020).

Naczelny Sąd Administracyjny rozstrzygnął sprawę w sposób formalistyczny, stosując najbardziej szczegółową i doprecyzowaną regułę¹², co w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z optymalną koncepcją interpretacji współczesnego prawa polskiego. Regulacje konstytucyjne wskazują na zgodność z prezentowanym przez Marcina Matczaka stanowiskiem zwanym holizmem interpretacyjnym tj. wzięciem pod uwagę jak największej ilości przesłanek – w szczególności standardów konstytucyjnych oraz prawa międzynarodowego¹³ podczas rozstrzygania sprawy. Podstawowe uzasadnienie odnajdujemy w łącznej interpretacji art. 8 i 9 Konstytucji¹⁴ oraz zjawisku zwanym multi-centrycznością systemu prawnego¹⁵.

Zastosowanie klauzuli porządku publicznego wymaga szerokiej analizy następstw wynikających z akceptacji albo odmowy zastosowania prawa obcego lub uznania prawomocnego zagranicznego orzeczenia sądowego czy dokumentów. NSA rozpatrując sprawę miał na uwadze przede wszystkim to w jaki sposób transkrybowany akt wpłynie na polski porządek prawny i jego naczelne zasady. Na częściową aprobatę zasługują wnioski wyciągnięte przez skład orzekający, zawarte w punkcie 3 uchwały. W związku z tym, że transkrypcja jest czynnością materialno-techniczną o charakterze reprodukcyjnym to nie tworzy ona nowej rzeczywistości prawnej, a jedynie potwierdza coś istniejącego oraz *de facto* wpływa na przełamanie nieufności wobec dokumentów zagranicznych¹⁶. Transkrypcja wpływa na ujawnienie rzeczywistego stanu cywilnego danej osoby, co należy oceniać pozytywnie z perspektywy postulatu najpełniejszej zgodności danych zawartych w rejestrze stanu cywilnego z rzeczywistością. Należy jednak zauważyć, że powyższy fakt (mimo jego stwierdzenia przez NSA) nie został uwzględniony i zostały wyciągnięte wnioski, jakoby transkrypcja miałaby naruszać podstawowe zasady polskiego porządku

¹² M. Matczak, *Summa iniuria O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007 i cyt tam lit.

¹³ Ibidem, s. 218.

¹⁴ Na temat bezpośredniego stosowania konstytucji zob. M. Matczak, op.cit., s. 94 i 221.

¹⁵ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3 oraz A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza europejskiego trybunału sprawiedliwości i europejskiego trybunału praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4, s. 35.

¹⁶ M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2, s. 59.

prawnego. Ponadto, należy zauważyć, że art. 18 Konstytucji wymienia tylko te instytucje, które są pod szczególną ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej, toteż przepis stanowi wskazówkę ustrojodawcy wyłącznie w zakresie uprzywilejowanej przez Niego formy związku małżeńskiego¹⁷. Konstytucja nie definiuje czym jest rodzicielstwo, toteż przyjmując koncepcję W. Borysiaka¹⁸ uznaje się, że jest to „pochodzenie dziecka od rodziców oraz oparty na tym fakcie łączący te osoby stosunek prawny”¹⁹ należy zwrócić uwagę na ów stosunek prawny, który może pochodzić z więzi prawnej takiej jak przysposobienie czy adopcja. Wydaje się, że nie ma przeszkód stojących na drodze uznaniu innej fikcji prawnej tj. tego, że dane dziecko ma dwie matki, jedna z nich ustalona na podstawie art. 61⁹ ustawy z 25 lutego 1954 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy²⁰, a druga wynikająca z więzi prawnej (która nie wywołuje skutków prawnych względem obu matek) nieznanej prawu polskiemu.

Wydaje się, że NSA nietrafnie ocenił jakie konsekwencje ma transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym osoby tej samej płci jako rodziców. NSA stwierdził, że wnioskodawczyni żąda uznania relacji jej dziecka z jej partnerką, którego związku prawo polskie nie rozpoznaje. Samo nierozpoznawanie nie jest wystarczającą podstawą do zastosowania klauzuli porządku publicznego²¹, dodatkowo owe nierozpoznawanie może stanowić naruszenie prawa europejskiego, szczególnie że Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) zakomunikował Polsce 19 spraw związanych z możliwym naruszeniem praw człowieka poprzez uniemożliwienie zawarcia prawnego związku²².

¹⁷ Słusznie E. Łętowska i J. Woleński zauważyli, że nie do końca trafnym jest sformułowanie „preferuje”, gdyż takie może objawiać się w przedkładaniu czegoś nad coś innego, a w przytoczonym przepisie ustrojodawca nie wskazał innej formy małżeństwa czy też związku partnerskiego. Szerzej: E. Łętowska, J. Woleński, *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP* z 1997 r. „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 23 i n.

¹⁸ W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP, Komentarz* do art. 1–86, t. 1, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, <http://www.sip.legalis.pl> (10.05.2020).

¹⁹ Ibidem.

²⁰ t.j. Dz.U. 2019, poz. 2086, dalej jako KRiO.

²¹ E. Kamarat, *Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa – wybrane zagadnienia* „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. X, s. 106, 107 i cyt. tam lit.

²² Skarga nr 58828/12 oraz wyroki ETPCz: z 21 lipca 2015 r. w sprawie Oliari i inni przeciwko Włochom (skargi nr 18766/11 i nr 36030/11) oraz z 14 grudnia 2017 r. w sprawie Orlandi i inni przeciwko Włochom (skarga nr 26431/12).

Odwołanie się do regulacji związanych KRiO budzi poważne wątpliwości. Wskazane normy prawne są powiązane wyłącznie ze sposobem ustalania ojcostwa oraz matki, toteż w omawianej sytuacji są one niepowiązane ze sprawą, gdyż ta dotyczy transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, a nie sposobu ustalania kim jest ojciec a kim matka. Polskie prawo nie zawiera normy prawnej odmawiającej bycia ojcem osobie płci żeńskiej, toteż w myśl zasady *quod lege non prohibitum, licitum est* należy domniemać, że osoba płci żeńskiej może zostać wpisana jako ojciec do aktu stanu cywilnego w drodze transkrypcji²³. W tym miejscu należy krytycznie odnieść się do odrzucenia przez NSA możliwości modyfikacji przepisów rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z 29 stycznia 2015 r. w sprawie wzorów dokumentów wydawanych z zakresu rejestracji stanu cywilnego²⁴, gdyż jako regulacje podustawowe nie są one wiążące dla sędziego w rozstrzygnięciu sprawy. Sędziowie podlegają Konstytucji oraz ustawom, więc jeżeli przepisy rozporządzenia prowadzą do uniemożliwienia czy utrudnienia wykonania normy ustawowej (obligatoryjne dokonanie transkrypcji przez organ) to sędzia ma obowiązek odrzucenia przepisów rozporządzenia i nadania prymu zasadom ogólnym²⁵.

Na zdecydowaną krytykę zasługuje pogląd wyrażony przez NSA w punkcie 8 uchwały, który dotyczy sposobu wykładni art. 104 ust. 5 PrASC. W ocenie NSA, nie jest możliwym powiązanie uzyskania przez obywatela Polski dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania transkrypcji, toteż należy przyjąć, że NSA zalecił, aby w postępowaniu o nadanie numeru PESEL właściwy organ winien go nadać. Przyjęcie takiej wykładni tego przepisu jest naruszeniem konstytucyjnej zasady legalności, która nakazuje organom państwowym działanie na podstawie i w granicach prawa. Zważywszy, że art. 104 ust. 5 PrASC wprowadza obligatoryjność transkrypcji to należy wymagać przedstawienia transkrybowanego aktu, a w przypadku niemożności – należałoby odmówić dokonania, przewidzianej w przepisie, czynności. Uznano, że zwrot „transkrypcja jest obligatoryjna” wprowadza podwyższony standard dowodowy, ale również szczególny obowiązek na organ dokonujący czynności, aby tej czynności dokonał²⁶.

²³ Wyrok NSA z 10 października 2018 r., sygn. akt II OSK 2552/16.

²⁴ Dz.U. 2015, poz. 194 ze zm.

²⁵ Art. 178 ust. 1 Konstytucji, zob. M. Matczak, op.cit., s. 221.

²⁶ Wyrok NSA z 10 października 2018 r...

Wskazana przez Sąd konstrukcja odnosząca się do art. 20 PrASC jest nie-
trafna, gdyż dotyczy ona sytuacji, w której to kierownik urzędu stanu cywil-
nego sporządził akt urodzenia. W omawianym stanie faktycznym, nie sposób
powiązać sporządzenia aktu z jego transkrypcją. Dodatkowo, mocą glosowa-
nej uchwały, odmówiono rejestracji zagranicznego aktu urodzenia dziecka,
toteż brak tutaj podstaw do przyznania kompetencji kierownikowi urzędu
stanu cywilnego do wystąpienia o nadanie numeru PESEL.

Ponadto, art. 28 ustawy z 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych²⁷ wska-
zuje wymóg zawarcia numeru PESEL we wniosku o wydanie dowodu osobi-
stego, którego nie sposób otrzymać bez transkrybowanego aktu urodzenia.
Mimo, że ustawa z 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych²⁸ wpro-
wadza instytucję paszportu tymczasowego, który można wydać bez zawarcia
numeru PESEL²⁹, to cechuje się poważnym ograniczeniem czasowym ważno-
ści takiego dokumentu tj. maksymalnie 12 miesięcy od daty dnia jego wyda-
nia³⁰. Brak odpowiednich dokumentów tożsamości może znacząco utrudnić,
a w niektórych przypadkach uniemożliwić swobodę przepływu osób wynika-
jącą z art. 21 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹ oraz art. 3
ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej³², co może prowadzić do naruszenia praw
obywatela Unii Europejskiej.

Literatura

Borysiak W., [w:] *Konstytucja RP, Komentarz do art. 1–86*, t. 1, red. M. Safjan, L. Bosek,
Warszawa 2016.

Kalisz A., *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza europej-
skiego trybunału sprawiedliwości i europejskiego trybunału praw człowieka*, „Ruch
Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4.

²⁷ T.j. Dz.U. 2020, poz. 332 ze zm.

²⁸ T.j. Dz.U. 2020, poz. 617.

²⁹ Art. 24 ustawy o dokumentach paszportowych.

³⁰ Art. 33 ustawy o dokumentach paszportowych.

³¹ Dz.U. C 202, z 7 czerwca 2016.

³² Dz.U. C 202, z 7 czerwca 2016.

- Kamarat E., *Zastosowanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa – wybrane zagadnienia* „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2012, vol. X.
- Lai L., *Macierzyństwo zastępcze w prawie włoskim*, Warszawa 2017.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4.
- Łętowska E., Woleński J., *Instytucjonalizacja związków partnerskich a Konstytucja RP z 1997 r.*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6.
- Majkowska-Szulc S., Tomaszewska M., [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020.
- Matczak M., *Summa iniuria O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- Sośniak M., *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1961.
- Wojewoda M., *Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C, red. M. Pazdan et al., Warszawa 2015.
- Wojewoda M., *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, „Metryka” 2016, nr 2.
- Zachariasiewicz M., *Klauzula porządku publicznego jako instrument ochrony materialnoprawnych interesów i wartości fori*, Warszawa 2018.
- Zachariasiewicz M.-A., *Nowa ustawa o prawie prywatnym międzynarodowym a małżeństwa i związki osób tej samej płci*, „Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego” 2012, t. 11.