

Problem rejestracji w polskich aktach urodzenia
pochodzenia dziecka od „rodziców jednopłciowych”
na tle orzecznictwa sądów administracyjnych w 2018 r.

dr hab. Piotr Mostowik

Spis treści

I. Doniosłość skutków krajowej rejestracji stanu cywilnego oraz tryb transkrypcji	5
II. Wnioski o rejestrację „rodziców jednopłciowych” (w praktyce – par homoseksualnych) w polskich aktach urodzenia w ogólnym trybie transkrypcji celem umożliwienia przedłożenia odpisu w deklarowanym późniejszym postępowaniu szczególnym (np. o wydanie dowodu tożsamości dziecka)	7
III. Niejednolitość orzecznictwa w wyrokach WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r., NSA z 20 VI 2018 r. oraz NSA z 10 X 2018 r.	9
1. Argumentacja za ochroną podstawowych zasad krajowego rejestru stanu cywilnego i prawa rodzinnego	9
2. Wyrok NSA z 10 X 2018 r. (II OSK 2552/16)	10
3. Praktyczny związek ogólnego postępowania o transkrypcję z innymi szczegółowymi sprawami administracyjnymi	10
IV. Uwagi polemiczne do uzasadnienia wyroku NSA z 10 X 2018 r. oraz argumenty przeciw rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego pochodzenia dziecka od „rodziców jednopłciowych”	12
1. Potrzeba rozróżnienia sprawy administracyjnej o transkrypcję od wymagań dowodowych w sprawie o wydanie dowodu osobistego	12
2. Naruszenie założeń prawa o aktach stanu cywilnego z 2014 r. oraz nieproporcjonalne pominięcie podstawowych zasad krajowego prawa osobowego i rodzinnego	14
3. Nadużycie argumentu o „obowiązках wynikających z prawa unijnego i międzynarodowego”	17
3.1. Brak kompetencji i prawa Unii Europejskiej	17
3.2. Negatywne oceny nabywania stanu cywilnego drogą kontraktu z tzw. surrogate mother	19
3.3. Rzeczywista treść prawa międzynarodowego	20
4. Kwestia rozumienia zasady dobra dziecka in concreto oraz in genere	22
5. Potrzeba zachowania spójności krajowego systemu prawa osobowego i rodzinnego oraz rejestracji stanu cywilnego	24
5.1. Wątpliwość co do zaświadczenia przez obcy dokument stanu cywilnego w rozumieniu krajowym (według <i>legis fori</i>)	25
5.2. Klauzula porządku publicznego (<i>ordre public</i>)	26
5.3. Brak bezwzględnego charakteru art. 104 ust. 5 p.a.s.c.	26
5.4. Uproszczony charakter procedury transkrybowania	27
5.5. Wątpliwości co do sugerowanych sposobów załatwienia sprawy w uzasadnieniu wyroku WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r.	28

VI. Przyszłe sprawy o wydanie dowodu tożsamości dziecka a potrzeba naruszenia zasad krajowej rejestracji stanu cywilnego	30
VII. Uwagi końcowe	33
1. Potrzeba i uzasadnienie utrzymania dotychczasowej linii orzeczniczej oraz argumentacji wyroku NSA z 20 VI 2018 r.	33
2. Potrzeba ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w zakresie prawa osobowego i rodzinnego	34
3. Potrzeba załatwienia szczegółowych spraw administracyjnych dziecka	34
4. Potrzeba zbadania konstytucyjności	35
4.1. Kwestia naruszenia praw polskiego obywatela	35
4.2. Kwestia naruszenia zasad polskiego prawa rodzinnego przez zmianę sposobu rejestracji stanu cywilnego	36
5. Potrzeba nowelizacji Prawo o aktach stanu cywilnego	37
6. Osobne zagadnienie praw i obowiązków względem dziecka – wzmianka	39
7. Obserwacja prawnoporównawcza	40

I. Doniosłość skutków krajowej rejestracji stanu cywilnego oraz tryb transkrypcji

Tytułem wstępu warto przypomnieć podstawowe zagadnienia rejestracji stanu cywilnego w Polsce. W tym zakresie przedmiotowym, jak również w – będącym fundamentem dla takiej rejestracji – materialnym prawie osobowym i rodzinnym, nie nastąpiła harmonizacja lub ujednolicenie standardów na poziomie międzynarodowym z uwagi na nieprzekazanie Unii Europejskiej stosownych kompetencji przez państwa członkowskie, brak w tym zakresie też prawodawstwa unijnego¹, o czym niżej. Stąd zagadnienia prawa osobowego i rodzinnego oraz – będąca ich refleksją – rejestracja np. pochodzenia dziecka lub małżeństwa podlegają ustawodawstwu krajowemu każdego państwa. Ustawodawstwa te różnią się na świecie, co stanowi osobną kwestię².

O niezmiernej doniosłości praktycznej skutków takiej rejestracji świadczy art. 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego³, zgodnie z którym „akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym”. Tym samym np. rejestracja określonych osób w akcie urodzenia dziecka jako jego rodziców wywołuje daleko idące konsekwencje w obrocie nie tylko prywatnoprawnym, lecz również publicznoprawnym⁴. W doktrynie takie rozwiązanie określa się jako „preponderancję aktów stanu cywilnego”⁵. Mając na względzie akt urodzenia, trzeba wskazać, że daleko idące konsekwencje w praktyce wywołuje nie tyle poświadczenie samego urodzenia człowieka (którego życie na ogół nie budzi wątpliwości, jeżeli występuje on przed organem lub sądem), ale jego pochodzenie (pierwotny status prawny dziecka i rodziców). Prawna problematyka pochodzenia dziecka, jak swoisty „awers”, jest *de facto* tożsama ze – stanowiącym „rewers” – zagadnieniem rodzicielstwa (tj. macierzyństwa i ojcostwa).

Ogólną zasadą prowadzenia rejestru jest w świetle art. 103 p.a.s.c. to, że „[k]ierownik urzędu stanu cywilnego albo konsul odmawia rejestracji zdarzenia, jeżeli (...) rejestracja

¹ Zob. P. Mostowik, *Między zniesieniem legalizacji zagranicznych dokumentów a uznawaniem skutków obcej rejestracji i rozumienia stanu cywilnego*, [w:] *Znad granicy ponad granicami. Księga Dedykowana Profesorowi Dieterowi Martiny*, red. M. Krzymuski, M. Margoński, Warszawa 2014, s. 187–212.

² Odnośnie do prawa polskiego – zob. *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 25–27.

³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 2224 ze zm., dalej: p.a.s.c.

⁴ Zob. A. Czajkowska, [w:] I. Basior, A. Czajkowska (red.), D. Sorbian, *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów*, Warszawa 2015, s. 21 i in. Zob. też K. Michałowska, *Niemajątkowe wartości życia rodzinnego w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2017, s. 319 i n.

⁵ Zob. J. Dobkowski, *Preponderancja aktów stanu cywilnego*, *Metryka* 2011, nr 2, s. 15–32, http://metryka.info/wp-content/uploads/2016/06/2_dobkowski.pdf (dostęp: 20.03.2019 r.).

zdarzenia byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Polska rejestracja stanu cywilnego, w tym urodzenia dziecka oraz osób o prawnym statusie cywilnym matki i ojca, może być nie tylko pierwotna, ale – pod określonymi warunkami, o których będzie mowa poniżej – również pochodna od rejestracji zagranicznej. Możliwość swego rodzaju skopiowania zagranicznego wpisu przewidują art. 104 i in. p.a.s.c., a wcześniej podobny stan normatywny w tej ogólnej kwestii wynikał z art. 73 i n. ustawy z 1986 r.⁶ oraz ustaw szczególnych⁷. Zgodnie z art. 104 p.a.s.c. „zagraniczny dokument stanu cywilnego, będący dowodem zdarzenia i jego rejestracji, może zostać przeniesiony do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji”⁸. Zagraniczna rejestracja dokonywana jest z istoty wcześniej na podstawie obcego prawa proceduralnego i materialnego (a dokładniej – na podstawie prawa rodzinnego, które zostaje wskazane jako właściwe normami kolizyjnymi w państwie rejestracji)⁹.

⁶ Ustawa z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 212, poz. 1264 ze zm.

⁷ Zob. P. Wypych, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2003, nr 1, s. 189 i n.

⁸ Wojewódzki Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 V 2016 r., III SA/Kr 1400/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/431B8D990D> (dostęp: 20.03.2019 r.), trafnie podkreślił, że „w wyniku transkrypcji powstaje polski akt stanu cywilnego, który nie różni się treścią od aktu transkrybowanego, a pod względem formy, mocy dowodowej oraz zasad korekty, nie różni się od aktów stanu cywilnego rejestrujących zdarzenia krajowe (tak też: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2007 r., III CSK 380/06 – opubl. LEX 457689, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 kwietnia 2010 r., IV SA/Wa 270/10 – opubl. LEX 620136, postanowienie SN z dnia 3 czerwca 2011 r., III CSK 259/10 – opubl. LEX 1129120)”.

⁹ Zob. M. Wojewoda, *Kolizyjnoprawne aspekty rejestracji stanu cywilnego*, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 535 i n., tenże: *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2017, nr 2, s. 347–350.

II. Wnioski o rejestrację „rodziców jednopłciowych” (w praktyce – par homoseksualnych) w polskich aktach urodzenia w ogólnym trybie transkrypcji celem umożliwienia przedłożenia odpisu w deklarowanym późniejszym postępowaniu szczególnym (np. o wydanie dowodu tożsamości dziecka)

W ostatnich miesiącach w orzecznictwie sądów administracyjnych po raz kolejny rozpatrywane były sprawy na tle żądań rejestracji „rodziców tej samej płci” w polskich aktach urodzenia właśnie w trybie art. 104 i in. p.a.s.c. Od czerwca 2018 r. w orzecznictwie kilkakrotnie pojawiło się zagadnienie przeniesienia treści zagranicznego dokumentu, w którym zamiast matki i ojca dziecka widnieją dwie osoby tej samej płci (w praktyce – pary homoseksualne), tj. powielenia takiego wpisu do polskiego rejestru stanu cywilnego przez stworzenie krajowego aktu urodzenia właśnie w trybie transkrypcji. Z uwagi na powiązania faktyczne (sytuacji życiowych) a także częściowo związki kwestii prawnych, orzecznictwo w sprawach transkrypcji trzeba oceniać łącznie z orzecznictwem w sprawach o wydanie dowodu tożsamości¹⁰ albo stwierdzenie obywatelstwa dziecka obywatela polskiego, który w zagranicznym akcie widnieje jako jeden z „rodziców jednopłciowych”.

Kompleksowego przedstawienia w tym obszarze wymagają, na tle ostatniego orzecznictwa, wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z dnia 20 VI 2018 r.¹¹, z dnia 10 X 2018 r.¹² i z dnia 30 XI 2018 r.¹³ oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 5 IV 2018 r.¹⁴. Wzięcia pod uwagę wymaga także – niezauważona w kluczowym dla przyszłej praktyki wyroku NSA z 10 X 2018 r. – uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 20 XI 2012 r.¹⁵.

Skargi do sądów administracyjnych w postępowaniach zakończonych wyrokami NSA z 20 VI 2018 r. i 10 X 2018 r. dotyczyły odmowy przez kierowników urzędów stanu cywilnego oraz wojewodów wnioskowanej rejestracji „urodzenia od osób tej samej płci”, która miała powielać fikcje prawne przewidziane w niektórych obcych systemach prawnych. Odmowa była uzasadniona niemożnością przeniesienia zagranicznej rejestracji z uwagi na podstawowe zasady polskiego prawa o aktach stanu cywilnego oraz prawa osobowego i rodzinnego.

¹⁰ Tj. postępowaniami w sprawach szczegółowych względem postępowania o transkrypcję: o wydanie dowodu osobistego lub nadanie numeru PESEL (art. 5 ustawy z dnia 6 sierpnia 2010 r. o dowodach osobistych; tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1464 ze zm.) bądź o wydanie paszportu obywatelowi polskiemu (art. 3 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych; tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1919).

¹¹ II OSK 1808/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F1FEC11C03> (dostęp: 20.03.2019 r.), LEX nr 2513922; dalej: wyrok NSA z 20 VI 2018 r.

¹² II OSK 2552/16, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/013EB55F39> (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: wyrok NSA z 10 X 2018 r.

¹³ II OSK 1868/16, <http://www.orzeczenia-nsa.pl/wyrok/ii-osk-1868-16/obywatelstwo/293ac30.html> (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: wyrok NSA z 30 X 2018 r.

¹⁴ II SA/Po 1169/17, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/7C7192478E> (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: wyrok WSA w Poznaniu z 5 IX 2018 r.

¹⁵ III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: uchwała SN z 20 XI 2012 r.

Zgodnie z art. 107 p.a.s.c. kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli „dokument w państwie wystawienia nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego (...) lub potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie (...) lub transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁶. To unormowanie zostało powołane jako podstawa odmownej decyzji kierowników, wojewodów oraz przeważającej liczby dotychczasowych orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych i NSA w podobnych sprawach.

W dotychczasowej judykaturze organy i sądy administracyjne konsekwentnie odmawiały prerejestrowania w trybie transkrypcji w polskim akcie urodzenia dwóch osób tej samej płci jako „matki” i „ojca”¹⁷. Tytułem przykładu można wskazać wyrok NSA z 20 VI 2018 r., a także wcześniejszy wyrok NSA z 17 XII 2014 r.¹⁸. Stąd zaskoczeniem może być sentencja, a w szczególności uzasadnienie wyroku NSA z 10 X 2018 r. Mocą tego ostatniego uchylono decyzje kierownika Urzędu Stanu Cywilnego w Krakowie i Wojewody Małopolskiego o odmowie transkrypcji i podtrzymujący je wyrok WSA w Krakowie. Wyrok ten, jak również wyrok WSA w Poznaniu z dnia 5 IV 2018 r., wywołały w 2018 r. niejednolitość orzecznictwa, która jest przedmiotem poniższych uwag¹⁹. Nie do końca żartując, wyroki WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r. oraz NSA z 10 X 2018 r. można by też skomentować słowami „o szwankującej wiedzy skąd się biorą dzieci w bieżącym orzecznictwie niektórych składów sądów administracyjnych”. Sprawy te są jednak poważne i wywołać mogą skutki w każdej dziedzinie prawa w Polsce, a za tym wymagają kompleksowej oceny prawniczej.

Ponieważ w kontekście takich ogólnych postępowań o transkrypcję widzieć trzeba inne postępowania administracyjne, które dotyczą spraw szczegółowych powiązanych (a przynajmniej potencjalnie powiązanych w praktyce z uwagi na taką deklarację stron co do wykorzystania transkrybowanego w Polsce aktu, np. w sprawie wydania dowodu tożsamości dziecka). Spośród nich należy wziąć pod uwagę wyrok NSA z 30 XI 2018 r., który zapadł w sprawie o wydanie dziecku polskiego dowodu tożsamości. Konieczne jest przy tym rozróżnienie ogólnych spraw o transkrypcję zagranicznej treści do polskiego rejestru oraz innych spraw szczegółowych, potencjalnie z nimi w praktyce powiązanych, tj. np. o stwierdzenie obywatelstwa²⁰, nadanie numeru PESEL lub wydanie dowodu tożsamości, o czym niżej. Trzeba też

¹⁶ Zob. M. Wojewoda, *Kolizyjnoprawne aspekty...*, [w:] *System Prawa Prywatnego...*, s. 535 i n., tenże *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka...* s. 347–350.

¹⁷ Zob. E. Przyśliwska-Urbaneck, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka od osób tej samej płci*, [w:] *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego*, red. J. Gołaczyński, W. Popiołek, Warszawa 2019, s. 151–160.

¹⁸ II OSK 1298/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/ADA943DFA1> (dostęp: 20.03.2019 r.).

¹⁹ Stanowisko odmienne od dotychczasowego orzecznictwa wyrażono też w wyroku WSA z 5.IV.2018 r. w sprawie, która jest obecnie rozpoznawana przez NSA w postępowaniu kasacyjnym.

²⁰ Na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 1829, dalej: u.obyw.pol.). Zob. P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobowane wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 I II OSK 2419/13)*, *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego*, vol. XVI, 2018, s. 55 i n.

mieć na względzie, że – mimo iż wszystkie te sprawy rozpoznawane są przez organy i sądy administracyjne – to dla ich oceny istotne znaczenie mają nie tylko przepisy materialnego i procesowego prawa administracyjnego, ale również przepisy prawa rodzinnego i prawa prywatnego międzynarodowego²¹.

III. Niejednolitość orzecznictwa w wyrokach WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r., NSA z 20 VI 2018 r. oraz NSA z 10 X 2018 r.

1. Argumentacja za ochroną podstawowych zasad krajowego rejestru stanu cywilnego i prawa rodzinnego

W sprawie rozpoznanej wyrokiem NSA z 10 X 2018 r. organy administracji wydały decyzje i wyrok, które odmawiały spełnienia żądania przeniesienia do polskich aktów stanu cywilnego z zagranicznego rejestru danych dwóch osób tej samej płci jako „rodziców”. Kierownik Urzędu Stanu Cywilnego w Krakowie, Wojewoda Małopolski i Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie wskazali, że w świetle art. 55 Prawa prywatnego międzynarodowego²² ustalenie pochodzenia dziecka podlega prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia. Prawo polskie określa m.in. kto w jego rozumieniu jest matką i ojcem, a także, że rodzice to osoby różnej płci (tj. za prawdę biologiczną i genetyczną przyjmuje, że dziecko pochodzi od kobiety i mężczyzny). Z prawa polskiego nie wynika, że pierwotną matką może być kobieta inna niż ta, która dziecko urodziła, ani że drugim z rodziców w znaczeniu prawnym może być osoba tej samej płci²³.

Podstawową zasadą prawa polskiego, wyrażoną w art. 61 [9] Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 25 lutego 1964 r.²⁴ jest macierzyństwo (pochodzenie dziecka) kobiety, która dziecko urodziła. Natomiast – niezależnie od sposobu ustalenia ojcostwa – drugim z rodziców prócz matki, tj. ojcem dziecka, jest zgodnie z polskim prawem mężczyzna. Również w rozumieniu p.a.s.c. rodzicami są zawsze matka i ojciec. Z tych względów wpisanie do polskiego aktu urodzenia drugiej kobiety (co dotyczy też drugiego mężczyzny) jako ojca dziecka, a nie mężczyzny (matki), stanowiłoby nie tylko naruszenie obowiązującego w Polsce porządku prawnego, ale także wprowadzałoby w błąd.

²¹ Zob. P. Mostowik, *Pochodzenie dziecka* [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 308 i n.

²² Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. *Prawo prywatne międzynarodowe*; tekst jedn. Dz.U. z 2015 poz. 1792, dalej: p.p.m. Na temat wyznaczenia prawa właściwego, któremu w polskim obrocie podlega stosunek macierzyństwa i ojcostwa – zob. P. Mostowik, *Władza rodzicielska w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 27 i n., <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/63950/edition/63839?language=pl> (dostęp: 20.03.2019 r.); tenże [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 20C, *Prawo prywatne międzynarodowe*...5, s. 308 i n.

²³ Na temat kluczowych rozwiązań polskiego prawa filiacyjnego – zob. *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, s. 25–27.

²⁴ Tekst jedn. Dz.U. 2017, poz. 682 ze zm.; dalej: k.r.o.

WSA w Krakowie w wyroku z 10 V 2016 r. zauważył przy tym, że „sądy administracyjne związane są obowiązującymi przepisami prawa, tj. Konstytucją RP i ustawami, których konstytucyjności jednakże badać nie mogą. Poza kognicją sądów leżą też funkcje prawotwórcze”.

2. Wyrok NSA z 10 X 2018 r. (II OSK 2552/16)

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 10 X 2018 r. uchylił powyższe decyzje i wyrok WSA w Krakowie. To orzeczenie może, choć nie musi – z uwagi na zasadnicze wątpliwości co do jego uzasadnienia na tle dotychczasowego orzecznictwa, w tym wyroku NSA z 20 VI 2018 r., oraz na nieco zmieniony kontekst normatywny po jego wydaniu w związku z wyrokiem NSA z 30 XI 2018 r., o czym niżej – prowadzić do też utrzymania w mocy przez NSA wyroku WSA w Poznaniu, a w konsekwencji do zmiany linii orzeczniczej w sprawach rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego pochodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych”. W dalszej perspektywie może to doprowadzić do sporządzania polskich aktów urodzenia, z których wynikać będzie, że dziecko pochodzi od „matki” i „ojca” będących osobami tej samej płci, co z kolei mieć będzie daleko idące skutki dla wszystkich gałęzi prawa z uwagi na dalekosiężne skutki rejestracji (art. 3 p.a.s.c.).

Trzeba od razu zauważyć, że skutki aktu stanu cywilnego – w tym tego, który może powstać w razie uchylenia dotychczasowej linii orzeczniczej kierowników urzędu stanu cywilnego, są generalnie daleko idące dla całego obrotu prawnego, w tym osób trzecich. Trzeba mieć w szczególności na względzie, że akt stanu cywilnego, w tym transkrybowany, zgodnie z art. 3 p.a.s.c. stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych, a jego niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Między innymi z tego powodu wyrok NSA z 10 X 2018 r. oraz tezy zawarte w jego uzasadnieniu rodzić mogą uwagi polemiczne.

3. Praktyczny związek ogólnego postępowania o transkrypcję z innymi szczegółowymi sprawami administracyjnymi

Warto mieć przy tym na uwadze, że w kontekście ogólnej sprawy o transkrypcję celem stworzenia polskiego aktu urodzenia (m.in. w twierdzeniach wnioskodawcy oraz uzasadnieniu wyroku) pojawia się, formalnie osobna i odmienna co do meritum, sprawa administracyjna o wydanie polskiego dowodu tożsamości dziecku (a właściwie – perspektywa przyszłego osobnego postępowania administracyjnego w tej szczególnej sprawie). Dziecko określane jest na jej tle jako dziecko polskiego obywatela, a tym samym – polski obywatel, choć twierdzenie o takim prawnym pochodzeniu dziecka nie jest wcale oczywiste (np. w razie pozyskania

stanu cywilnego ojcostwa w drodze – nieważnego z polskiej perspektywy – kontraktu o tzw. urodzenie zastępcze, *surrogate motherhood*²⁵), o czym niżej. Mimo że ukazanie dalszych elementów całości sytuacji życiowej (w tym zarejestrowane na tle obcego prawa domniemanie pochodzenia dziecka od drugiej kobiety pozostającej z jego rodzicielką w rejestrowanym związku partnerskim) jest bardzo ważne, ale nie powinno przysłać istoty wyroków WSA i NSA (a dokładniej: postępowania, w którym zapadł), tj. kwestii wytworzenia krajowego aktu urodzenia z danymi osób tej samej płci jako rodziców (za polskim prawem – „matki” i „ojca”).

Dla załatwienia niektórych szczegółowych spraw administracyjnych, w tym sprawy zapowiadanej przez wnioskodawcę, przez polskie organy wymagane być może od strony przedłożenie transkrybowanego (polskiego) aktu stanu cywilnego. Zgodnie z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. „[t]ranskrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, posiada akt stanu cywilnego potwierdzający zdarzenia wcześniejsze sporządzony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i żąda dokonania czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego lub ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL”. Takie wymaganie, dotyczące niektórych sytuacji żądania czynności, polskiego dokumentu lub PESEL, widzieć trzeba jako podwyższone wymaganie dowodowe (w praktyce – potrzebę wcześniejszej transkrypcji, o którą idzie w wyroku NSA z 10 X 2018 r., dla późniejszego załatwienia szczegółowej sprawy np. o wydanie dowodu). W pozostałych sytuacjach nie ma ono zastosowania, z czego można wywodzić, że w szczególnych postępowaniach administracyjnych można dla celów dowodowych bezpośrednio przedkładać zagraniczne dokumenty. Tę ostatnią możliwość potwierdził już przed paru laty Sąd Najwyższy w uchwale z 20 XI 2012 r.²⁶, zgodnie z którą „akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego”.

²⁵ Zob. M. Mikluszka, *Czy można kupić dziecko, czyli problemy prawne i etyczne związane z macierzyństwem zastępczym*, [w:] *Współczesne wyzwania bioetyczne*, L. Bosek (red.), M. Królikowski (red.), Warszawa 2010, s. 322–336; eadem, *Zagraniczne procedury tzw. macierzyństwa zastępczego (surrogacy motherhood) w świetle zasady handlu ludźmi – zagadnienia węzłowe*, Warszawa 2017, <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS-Mikluszka-M.-Zagraniczne-procedury-tzw.-macierzy%C5%84stwa-zast%C4%99pczego-surrogacy-motherhood-w-%C5%9Bwietle-zasady-handlu-lud%C5%BAmi-%E2%80%93-zagadnienia-w%C4%99z%C5%82owe.pdf> (dostęp: 20.03.2019 r.).

²⁶ III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: uchwała SN z 20 XI 2012 r.

IV. Uwagi polemiczne do uzasadnienia wyroku NSA z 10 X 2018 r. oraz argumenty przeciw rejestracji w polskich aktach stanu cywilnego pochodzenia dziecka od „rodziców jedнопłciowych”

Rozumowanie zaprezentowane w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 X 2018 r. zasługuje na krytykę, ponieważ – z perspektywy *de lege lata* – nie znajduje ono oparcia w obowiązującym prawie. Również na krytykę zasługuje z perspektywy *de lege ferenda*, bo jest ono wyrazem aktywizmu interpretacyjnego w wymiarze nieproporcjonalnym dla osiągnięcia deklarowanego celu, tj. zburzenia ogólnych zasad rejestracji stanu cywilnego celem pozytywnego załatwienia przyszłej sprawy dotyczącej dziecka polskiego obywatela (tj. poza postępowaniem o transkrypcję w polskim rejestrze stanu cywilnego). W uzasadnieniu wyroku zawarto trzy poniższe wątpliwe twierdzenia, które przesądziły o wydanym rozstrzygnięciu.

1. Potrzeba rozróżnienia sprawy administracyjnej o transkrypcję od wymagań dowodowych w sprawie o wydanie dowodu osobistego

Trudno zgodzić się z tezą zawartą w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 X 2018 r. mówiącą, że od transkrypcji całego zagranicznego aktu, w którym „rodzice to dwie osoby tej samej płci”, zależy (a co najmniej – musi zależeć) to, że dziecko obywatela polskiego uzyska np. dowód osobisty jako polski obywatel²⁷. Taka teza nie przekonuje, choćby z tego względu, że sąd pominął chociażby rozwiązanie polegające na tym, że w Polsce jako zagraniczny akt stanu cywilnego miałyby być traktowane tylko część dokonanego za granicą wpisu pod taką nazwą, która jest zgodna z podstawowymi konstrukcjami prawa polskiego (np. dane kobiety, która dziecko urodziła). Zaś pozostała treść, tj. widniejące w nim dane drugiej osoby tej samej płci, miałyby się znajdować poza zakresem tego pojęcia, a tym samym nie podlegałyby transkrypcji. W konsekwencji nastąpiłoby przepisanie do polskiego rejestru tylko jednej osoby, która rzeczywiście jest matką lub ojcem zgodnie z polskim prawem, ewentualnie dodanie tzw. danych maskujących obecny „brak wiedzy” przez system prawny o konkretnej osobie ojca. Prawo polskie materialne (osobowe i rodzinne) ma zastosowanie zgodnie z art. 55 p.p.m. oraz z uwagi na pochodny względem k.r.o. charakter regulacji zawartej w p.a.s.c. Takie rozwiązanie nie byłoby pozbawione wad, co stanowi osobną kwestię omówioną niżej, ale powinno było zostać – jako bardziej proporcjonalne i zauważane *de lege lata* w doktrynie – rozważone w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 X 2018 r. Brak jego rozważenia może

²⁷ Nie przekonuje w szczególności twierdzenie, że: „W aktualnym stanie prawnym dokumentami potwierdzającymi obywatelstwo polskie są paszport i dowód osobisty, a warunkiem wydania polskiego dokumentu tożsamości jest przedłożenie właściwemu organowi administracji polskiego aktu urodzenia. I ten aspekt sprawy, dotyczący obowiązkowej transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia obywatela Rzeczypospolitej Polskiej, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, a wbrew stanowisku WSA w Krakowie, jest kluczowy”.

zaskakiwać, zwłaszcza, że uzasadnienie powinno być napisane w sposób zrozumiały dla kierowników urzędu stanu cywilnego, w tym urzędu, do którego sprawa wraca po kasacji.

Trudno natomiast zrozumieć, dlaczego w uzasadnieniu krytykowanego wyroku NSA nie rozwinął spostrzeżenia z uzasadnienia kontrolowanego wyroku WSA w Krakowie z 10 V 2016 r.²⁸, mówiącego, że: „Sąd podkreśla, że o ile - jak wskazuje to Rzecznik Praw Obywatelskich - przepis art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego wprowadza obowiązek transkrypcji aktu urodzenia osoby, która ubiega się o polski dokument tożsamości - polski dokument paszportowy lub polski dowód osobisty, a dokumenty te są jedynymi przysługującymi obywatelowi polskiemu dokumentami, które poświadczają jego tożsamość i posiadanie polskiego obywatelstwa, to taki przepis mógłby rodzić wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją RP, nie mniej niniejsza sprawa nie dotyczy wydania polskiego dokumentu paszportowego ani polskiego dowodu osobistego, a zatem zarzut Rzecznik Praw Obywatelskich w tym zakresie wykracza poza ramy rozpoznawanej sprawy”. Trafne było w szczególności spostrzeżenie o niepokrywaniu się zakresów spraw, a tym samym o pomieszaniu w stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich argumentów dotyczących ogólnego postępowania o transkrypcję ze szczególnym postępowaniem o wydanie dowodu tożsamości. Rozpoznana wyrokiem NSA z 10 X 2018 r. sprawa nie dotyczyła wydania polskiego dowodu tożsamości, a zatem zarzuty w tym zakresie po prostu wykraczały poza formalne i materialne ramy rozpoznawanej sprawy.

Przede wszystkim trzeba mieć na względzie, że problem z udowodnieniem przez obywatela polskiego jego macierzyństwa albo ojcostwa wynika z wymagania dowodowego w zupełnie innym postępowaniu administracyjnym (np. o stwierdzenie obywatelstwa lub o wydanie dowodu tożsamości), a nie - innym - postępowaniu o transkrypcję, o którym wypowiedział się Sąd. Tak trzeba rozumieć art. 104 ust. 5 p.a.s.c., zgodnie z którym „[t]ranskrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski (...) ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL”. Z przepisu tego wynika *de facto* podwyższone wymaganie dowodowe w innym postępowaniu, w tym podwyższone względem treści art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego²⁹ przyjętej w uchwale SN z 20 XI 2012 r. (tj. możliwości posłużenia się w Polsce dla celów dowodowych zagranicznym dokumentem). Trudno natomiast art. 104 ust. 5 p.a.s.c. rozumieć jako bezwzględny obowiązek kierownika urzędu stanu cywilnego „przerejestrowania” treści zagranicznego dokumentu nazwanego z określeniem „stan cywilny” z porzuceniem podstawowych zasad polskiego rejestru stanu cywilnego i prawa rodzinnego. Tym trudniej byłoby taki bezwzględny obowiązek uzasadniać tym, że wnioskodawca na potrzeby ogólnego postępowania o transkrypcję oświadcza, że w przyszłości będzie potrzebował posłużyć się tak pozyskanym aktem w osobnym postępowaniu o wydanie dowodu tożsamości.

²⁸ Sygn. III SA/Kr 1400/15.

²⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.), dalej: k.p.c.

2. Naruszenie założeń prawa o aktach stanu cywilnego z 2014 r. oraz nieproporcjonalne pominięcie podstawowych zasad krajowego prawa osobowego i rodzinnego

Trudno zrozumieć, dlaczego w uzasadnieniu wyroku z 10 X 2018 r. NSA nie zauważył wynikającej z prawa polskiego możliwości posłużenia się zagranicznym dokumentem stanu cywilnego (co by można odnieść też do jego części, np. dotyczącej polskiej obywatelki – kobiety, która dziecko urodziła i której prawny status macierzyństwa jest zgodny z podstawowymi zasadami polskiego prawa). W uchwale Izby cywilnej Sądu Najwyższego z 20 XI 2012 r.³⁰ stwierdzono, że „(...) akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego”, a uchwałę tę *in extenso* przytaczał wcześniej NSA w podobnych sprawach jako uzasadnienie odmiennego rozstrzygnięcia (w tym w uzasadnieniu wyroku NSA z 20 VI 2018 r.) oraz WSA w Krakowie w uzasadnieniu kontrolowanego przez NSA orzeczenia z dnia 10 V 2016 r.³¹ Również w uzasadnieniu nowej ustawy z 2014 r., do którego sądy nie sięgnęły, podkreślono, iż:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia (...)”³²

Można by więc z art. 1138 r. w związku z tą uchwałą SN wywieść odnośnie do omawianych spraw szczególnych, że do udowodnienia na potrzeby postępowania o wydanie dowodu tożsamości wystarcza udowodnienie pochodzenia dziecka od polskiego obywatela wynikające z zagranicznego aktu stanu cywilnego, a tym samym nie jest konieczne dodatkowe wcześniejsze postępowanie o jego transkrypcję i dokonanie rejestracji w Polsce. Dzięki takiemu rozwiązaniu dziecko sprawnie uzyskiwałoby dowód tożsamości (nawet szybciej z uwagi na brak potrzeby prowadzenia dwóch postępowań), a jednocześnie nie byłyby zagrożone podstawy polskiej rejestracji stanu cywilnego i prawa rodzinnego.

Natomiast bezkrytyczne „wykonanie” uzasadnienia wyroku NSA z 10 X 2018 r. przez kierowników urzędów stanu cywilnego może nieproporcjonalnie doprowadzić w konsekwencji

³⁰ III CZP 58/12, www.sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia2/III%20CZP%2058-12.pdf (dostęp: 20.03.2019 r.); dalej: uchwała SN z 20 XI 2012 r.

³¹ „Za nieuzasadniony należy uznać zarzut, jakoby odmowa dokonania transkrypcji miała uniemożliwić małoletniemu A. skutecznie wykazać i ustalić przed polskimi organami i sądami podstawowego elementu swojej tożsamości w postaci relacji z jednym ze swoich rodziców. W tym względzie należy mieć bowiem na uwadze przepis art. 1138 k.p.c., który przyznaje zagranicznym dokumentom urzędowym moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi, nie wprowadzając w tym zakresie jakichkolwiek dodatkowych wymogów, w szczególności w postaci transkrypcji tych dokumentów. Niezależnie więc od tego, czy treść brytyjskiego aktu urodzenia A. Z. została „umiejscowiona” w polskich księgach stanu cywilnego, czy też nie, zarówno małoletni, jak i jego opiekun prawny ma możliwość skutecznego powoływania się na ten dokument w obrocie prawnym i jego dowodowego wykorzystania. Zagraniczne akty stanu cywilnego, identycznie jak ich polskie odpowiedniki stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych (art. 3 p.a.s.c., także wyrok WSA w Gliwicach z dnia 6 maja 2010 r., II SA/Gl 669/09, ONSA i WSA z 2011 r. poz. 114).”

³² Zob. Rządowy projekt ustawy - Prawo o aktach stanu cywilnego, Sejm VII kadencji, druk nr 2620, s. 50, <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620> (dostęp: 20.03.2019 r.)

do przepisywania podobnie abiologicznych treści z zagranicznych dokumentów – np. jako drugiego z rodziców mężczyzny, który dziecko nabył od tzw. surogatki wespół z mężczyzną będącym biologicznym ojcem (albo nawet trzech osób, jeżeli taka treść pojawi się w przyszłości w obcym rejestrze stanu cywilnego, co nie jest nieprawdopodobne).

Nie przekonuje w szczególności teza, że akurat przy transkrypcji na potrzeby postępowań o wydanie dowodu tożsamości (w toku których trzeba obowiązkowo przedstawić transkrybowany zagraniczny akt stanu cywilnego) nie ma możliwości jej odmowy z powołaniem się na klauzulę porządku publicznego (*ordre public*). Z prawa polskiego wynika treść wręcz odwrotna, ponieważ klauzula została wyrażona w nim nawet wiele razy³³. Warto podkreślić, że w nowej ustawie p.a.s.c., w porównaniu do starej, celowo dodano kilka przepisów, które klauzulę wyrażają. Na przykład:

Art. 103 p.a.s.c. „Kierownik urzędu stanu cywilnego albo konsul odmawia rejestracji zdarzenia, jeżeli (...) rejestracja zdarzenia byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Art. 107 p.a.s.c. „Kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli: 1) dokument w państwie wystawienia nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego (...) lub potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo (...) 3) transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”³⁴.

Takie rozwiązanie uzasadniano dążeniem do zagwarantowania efektywniejszej ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego oraz formalnego ułatwienia stosowania klauzuli (tj. możliwość wskazania przepisów bezpośrednio w p.a.s.c., a nie pośrednio w p.p.m. i k.p.c.). W uzasadnieniu ustawy³⁵ podkreślono:

„Kierownik odmówi również dokonania czynności, która byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Dodatkowo w przypadku transkrypcji zarejestrowanie zagranicznego dokumentu stanu cywilnego nie będzie możliwe, jeżeli (...) potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, małżeństwo (...)”

Polskie przepisy, które – precyzyjniej – wyrażają zastrzeżenie nieuwzględniania skutków obcego prawa, które byłyby nie do pogodzenia z podstawowymi zasadami porządku prawnego państwa, organu lub sądu, nie jest ewenementem w skali prawnoporównawczej, a odwrotnie – jest typowym i powszechnym ogólnym rozwiązaniem prawnym (*ordre clause*, *Vorbehaltsklausel*). Klauzula jest instytucją ogólną, wyrażającą powszechne na świecie zastrzeżenie niestosowania obcego prawa lub nieuznania zagranicznego orzeczenia, których skutki byłyby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego forum. Jest ona szczególnie

³³ Art. 7 p.p.m. „Prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałyby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Art. 1146 § 1 k.p.c. „Orzeczenie nie podlega uznaniu, jeżeli: 7) uznanie byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (klauzula porządku publicznego)”.

³⁴ Podobne rozwiązanie zawierają jeszcze: art. 108 ust. 2 i art. 112 p.a.s.c.

³⁵ Zob. Rządowy projekt ustawy - Prawo o aktach stanu cywilnego..., s. 48.

istotna w sprawach, których prawna regulacja różni się skrajnie w poszczególnych systemach prawnych, co ma akurat na początku XXI w. miejsce odnośnie do szeregu zagadnień prawa rodzinnego. W trakcie prac nad p.a.s.c. celowo dopisano przepis wyrażający klauzulę przy przepisach o transkrypcji, żeby łatwiej móc z niej korzystać, a wcześniej ogólna możliwość jej stosowania nie budziła wątpliwości w orzecznictwie. Ponadto podwyższenie wymagania dowodowego to problem na tle szczególnych postępowań administracyjnych, a nie ogólnego postępowania o transkrypcję. Nawiasem mówiąc, trudno podzielić założenie Sądu, że po dokonaniu transkrypcji krajowy dokument zostanie wykorzystany tylko na potrzeby postępowania o wydanie dowodu tożsamości, a nie np. w innych sprawach cywilnych, administracyjnych i karnych.

Za podejściem odmiennym od przyjętego przez WSA w Poznaniu w wyroku z 5 IV 2018 r. i NSA w wyroku z 10 X 2018 r. przemawiają też inne (niż założenie efektywniejszej ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego) motywy ustawodawcy zawarte w uzasadnieniu nowej ustawy z 2014 r. W uzasadnieniu projektu p.a.s.c.³⁶ podkreślono bowiem, że:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia (...). Jednak zagraniczne akty stanu cywilnego często nie zawierają wszystkich danych osoby, które wymagane są przepisami polskiego prawa (...) lub też przewidują odmienną od wcześniejszego polskiego aktu stanu cywilnego pisownię nazw własnych (...), lub nie zawierają polskich znaków diakrytycznych. Braki te muszą być uzupełniane, a dane prostowane, w przeciwnym razie nie jest możliwe w świetle polskiego prawa nadanie numeru PESEL lub wydanie dowodu osobistego. (...) Najprostszą drogą uzupełnienia braków w zagranicznych aktach stanu cywilnego jest – w zależności od ich rodzaju – złożenie wniosku lub oświadczenia przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego w związku z dokonaniem transkrypcji zagranicznego aktu”.

Tym samym wprowadzenie obligatoryjnej transkrypcji w niektórych sytuacjach (wyliczonych w art. 104 ust. 5 p.a.s.c.) nie było w żadnej mierze nastawione na możliwość odejście od podstawowych zasad polskiego porządku prawnego (które notabene miałyby być w nowej ustawie efektywniej chronione, o czym wyżej). Ustawodawcy przyświecał „techniczny” cel alokowania postępowania dowodowego i ułatwienia uzupełnienia braków informacji oraz prostowania danych osobowych nie na etapie wydawania dowodu tożsamości (w postępowaniu w tej sprawie), lecz w toku, „wymuszonego” niejako, postępowania o transkrypcję.

Na omawiane zagadnienie nie mają wpływu kolejne zdania uzasadnienia mówiące, że: „Rejestrowanie przez kierownika określonych danych w rejestrze PESEL nie może nastąpić w oparciu o zagraniczne akty stanu cywilnego. Rejestr zawierałby bowiem informacje z powyższego zakresu wyłącznie w odniesieniu do osób, które przedłożyłyby taki akt

³⁶ Zob. Rządowy projekt ustawy - Prawo o aktach stanu cywilnego..., s. 50.

kierownikowi urzędu stanu cywilnego”. Na marginesie można zauważyć, że poza niniejszymi rozważaniami (a nawet poza zastosowaniem w praktyce polskiego prawa administracyjnego) są stany faktyczne, w których nie następuje przedłożenie w Polsce zagranicznego dokumentu, którego dane są niezbędne do wszczęcia postępowania o transkrypcję.

Jednocześnie w tym fragmencie uzasadnienia ustawy celnie podkreślono, co trzeba jeszcze raz przytoczyć, że:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia (...)”.

To spostrzeżenie przemawia za, proponowanym niżej, przyjęciem wykładni art. 1138 k.p.c. wynikającej z uchwały SN z dnia 20 XI 2012 r. też w sprawach o wydanie dowodu tożsamości dziecku, w które zgodnie z obcym dokumentem pochodzi od „rodziców jednopłciowych”, o czym niżej.

3. Nadużycie argumentu o „obowiązках wynikających z prawa unijnego i międzynarodowego”

Poważne zastrzeżenia budzi też teza mówiąca, że za kierunkiem wyroku NSA z 10 X 2018 r. przemawia „oczywiste orzecznictwo” Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości UE. W uzasadnieniu tego wyroku bezpodstawnie wskazano, że rozpoznawana sprawa została „(...) wyjaśniona we wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości lub prawidłowa wykładnia przepisu prawa europejskiego jest tak oczywista, że nie budzi żadnych racjonalnych wątpliwości (...)”.

Mając na względzie kwestie ochrony tożsamości konstytucyjnej zawężającej pole możliwości przekazania kompetencji organizacji międzynarodowej i trybunałom oraz braku generalnego prawotwórczego skutku orzeczeń ETPC oraz braku kompetencji i prawa Unii Europejskiej w omawianym obszarze, wskazać trzeba, że ten – kluczowy dla wydanego wyroku i odejścia od dotychczasowego orzecznictwa WSA i NSA – fragment uzasadnienia (*de facto* przejęty z pism Rzecznika Praw Obywatelskich, które zostały złożone w postępowaniu) budzić musi w polskim stanie prawnym poważne wątpliwości natury jurydycznej.

3.1. Brak kompetencji i prawa Unii Europejskiej

Unijnego orzecznictwa na temat krajowych systemów rejestracji stanu cywilnego oraz prawa rodzinnego nie ma i być nie może, ponieważ Unia Europejska nie dysponuje kompetencjami

w omawianym zakresie³⁷. Art. 5 Traktatu o UE³⁸ wyraża zasadę kompetencji przyznanych (powierzonych) słowami „Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie do osiągnięcia celów określonych w traktatach, a wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich”³⁹.

Kilka lat temu Komisja UE ogólnie prezentowała pomysł uznawania między państwami członkowskimi wpisów do rejestrów stanu cywilnego, ale idea ta została zarzucona. Państwa członkowskie (w tym Niemcy i Holandia) podkreśliły, że te zagadnienia mieszczą się poza kompetencjami Unii Europejskiej⁴⁰. Z dniem 16 lutego 2019 r. jest stosowane rozporządzenie UE nr 1191/2016 w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej⁴¹. Rozporządzenie reguluje zwolnienie z legalizacji lub podobnej czynności i uproszczenie innych formalności w odniesieniu do posługiwania się określonymi dokumentami urzędowymi wydanymi przez organy innego państwa członkowskiego. Ustanawia też wielojęzyczne standardowe formularze, które mają być stosowane jedynie jako tłumaczenie pomocnicze załączane do dokumentów urzędowych. Co istotne, w świetle art. 2 ust. 4 „(...) rozporządzenie nie ma zastosowania do uznawania w państwie członkowskim skutków prawnych związanych z treścią dokumentów urzędowych wydawanych przez organy innego państwa członkowskiego”. Ten wyraźny przepis podkreślający właśnie, że

³⁷ Zob. R. Kownacki, *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?*, [w:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, A. Wróbel (red.), Warszawa 2009, s. 387, 390.

³⁸ Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 ze zm.; wersja skonsolidowana w Dziennik Urzędowy UE C z 2010 r. Nr 83.

³⁹ Wojewódzki Sąd Apelacyjny w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 V 2016 r., kontrolowanego przez NSA omawianym wyrokiem, trafnie podkreślił: „Za niemający uzasadnienia w realiach niniejszej sprawy uznać należy zarzut naruszenia art. 7 i 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2007/C 303/01), Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U.2009.203.1569), ratyfikowanego przez Rzeczpospolitą Polską ustawą z dnia 1 kwietnia 2008 r. o ratyfikacji Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. nr 62, poz. 388). Zgodnie z art. 7 Karty każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się. Zgodnie zaś z art. 21 tejże Karty zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną (ustęp 1 art. 21), a ponadto w zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla ich postanowień szczególnych zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową (ustęp 2 art. 21). Zarzut skarżący jest bezpodstawny również i z tego powodu, że art. 21 ust. 1 - jak to wynika z wyjaśnień dotyczących Karty Praw Podstawowych (2007/C 303/02) - dotyczy jedynie dyskryminacji ze strony instytucji i organów Unii w wykonywaniu kompetencji przyznanych im na mocy Traktatów oraz ze strony Państw Członkowskich, wówczas gdy wykonują prawo Unii”.

⁴⁰ Zob. Więcej: P. Mostowik, *Legislative activities of European Union versus fundamental principles of paternity and maternity in Member States*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 2017 vol. 8, s. 79–94; <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/54943> (dostęp: 20.03.2019 r.).

⁴¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1191 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie promowania swobodnego przepływu obywateli poprzez uproszczenie wymogów dotyczących przedkładania określonych dokumentów urzędowych w Unii Europejskiej i zmieniające rozporządzenie (UE) nr 1024/2012, Dz. U. UE L Nr 200, s. 1.

zagraniczne akty nie wywołują w innych państwach rezultatu materialnoprawnego, został dodany w następstwie sprzeciwu państw wobec pierwotnych planów legislacyjnych Komisji UE, które zostały uzasadnione m.in. brakiem kompetencji UE⁴². Ostatecznie w rozporządzeniu UE 2016/1191 przewidziano tylko „formalną” problematykę posługiwania się dokumentami wydanymi na bazie zagranicznego rejestru, a pominięto regułę wzajemnego uznawania. Zgodnie z art. 2 ust. 4 nie ma ono zastosowania do uznawania w państwie członkowskim skutków prawnych związanych z treścią dokumentów urzędowych wydawanych przez organy innego państwa.

Wyłączne znaczenie prawa krajowego podkreśla się w ostatnim orzecznictwie TSUE, w tym w wyroku TSUE z 5 VI 2018 r.⁴³ przytaczanym w pismach Rzecznika Praw Obywatelskich i uzasadnieniu krytykowanych wyroków paradoksalnie na rzecz odwrotnego stanowiska. W punkcie 37 uzasadnienia tego wyroku TS UE wskazano: „Oczywiście kwestie stanu cywilnego (...) są materią należącą do kompetencji państw członkowskich i prawo Unii tej kompetencji nie narusza (...), natomiast w punkcie 43: „(...) Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi (...)”⁴⁴.

3.2. Negatywne oceny nabywania stanu cywilnego drogą kontraktu z tzw. surrogate mother

Warto mieć na względzie, że z omawianą problematyką ściśle wiąże się zagadnienie nabywania stanu cywilnego drogą kontraktu z tzw. *surrogate mother*, co dotyczy w szczególności „rodziców jedнопłciowych” (w praktyce osób homoseksualnych) płci męskiej, którzy w Polsce legitymować się będą zagranicznym aktem urodzenia z ich danymi (np. w stanie faktycznym leżącym u podstaw wyroków NSA z 6 V 2015 r.⁴⁵ Dla homoseksualnych par mężczyzn jest to w niektórych państwach prawny sposób uzyskania statusu pierwotnych rodziców tego samego dziecka.

W europejskich instytucjach politycznych pojawiają się jednak ostatnio wyrazy niechęci odnośnie do praktyk *surrogate motherhood*, których rezultatem są zagraniczne dokumenty o treści, która może nie podlegać uznaniu w innych państwach (np. w Polsce). Na przykład

⁴² Zob. więcej: P. Mostowik, *Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego*, *Rodzina i Prawo* 2016, nr 37, s. 97 i n.; <https://ruj.uj.edu.pl/xmlui/handle/item/37262> (dostęp: 20.03.2019 r.).

⁴³ Wyrok z dnia 5 czerwca 2018 r. w sprawie C-673/16 (sprawa Coman p. Rumunii), <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=202542&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PL&cid=301542#Footnote> (dostęp: 20.03.2019 r.).

⁴⁴ Zob. podobnie wyroki: z dnia 2 października 2003 r., Garcia Avello, C-148/02, EU:C: 2003: 539, pkt 25; z dnia 1 kwietnia 2008 r., Maruko, C-267/06, EU:C: 2008: 179, pkt 59; z dnia 14 października 2008 r., Grunkin Paul, C-353/06, EU:C: 2008: 559, pkt 16; państwa członkowskie mają zatem swobodę (a nie obowiązek – przyp. P.M.) w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci (wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., Parris, C-443/15, EU:C: 2016:897, pkt 59).

⁴⁵ II OSK 2372/13; <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/12EBFE1F1E> oraz sygn. II OSK 2419/13 <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/A7BCB1D1A8> (dostęp: 20.03.2019 r.).

Parlament Unii Europejskiej w raporcie na temat praw człowieka i demokracji w świecie z 2014 r. i polityki Unii Europejskiej w tej dziedzinie zdecydowanie krytycznie odniósł się do praktyk tzw. macierzyństwa zastępczego. W ust. 114 raportu potępiono „praktykę macierzyństwa zastępczego, które podważa ludzką godność kobiety, ponieważ jej ciało i jej funkcje rozrodcze są używane jako towar”⁴⁶.

W ostatnim czasie europejskiej feministyczne organizacje społeczne wyraziły daleko idącą krytykę w stosunku do pomysłu w ramach Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego, by opracować umowę międzynarodową celem uznawania zagranicznego statusu prawnego rodziców (filiacji) nabytego za granicą na podstawie kontraktu z *surrogate mother*. Tę krytykę oparto na tezie, że możliwość takiego kontraktowania narusza godność kobiety⁴⁷.

3.3. Rzeczywista treść prawa międzynarodowego

Warto mieć też na względzie, jaka jest naprawdę treść wiążącego Polskę prawa międzynarodowego, w tym konwencji ONZ o prawach dziecka z 1989 r.⁴⁸ Celnie WSA w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z 5 IV 2018 r. zauważa szczególnie, że „[c]o również istotne, Polska miała znaczący udział w tworzeniu Konwencji – składając propozycje do tekstu Konwencji i będąc w pierwszej grupie państw, które ją podpisały (...)”. Za tą obserwacją idzie jednak interpretacja przez WSA treści normatywnej, której z pewnością państwa tworzące konwencję nie akceptowały ani nie przewidywały. Nie idzie natomiast zastosowanie międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania cywilnego, które jest kluczowe dla rozpoznawanych przez organy i sądy administracyjne – w istocie cywilnych spraw.

W świetle art. 7 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. „1. Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką. 2. Państwa-Strony zapewnią,

⁴⁶ Zob. *Report of 30 November 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter*, 2015/2229(INI), http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_EN.html?redirect (dostęp: 20.03.2019 r.).

Ewolucję zjawiska zwanego *surrogate motherhood* w kierunku sposobu dostarczania dzieci, w tym z dookreśleniem cech fizycznych (np. koloru oczu i włosów) i prawdopodobnych osobowych (za pośrednictwem wykształcenia genetycznych rodziców) mogą obrazować oferta ukraińskiego ośrodka: <http://biotexcom.com/information/brief-explanation-surrogacy-process> (dostęp: 20.03.2019 r.) oraz zbiórka społeczna na pomoc parze homoseksualnych młodzieńców w sfinansowaniu nabycia dziecka w Republice Południowej Afryki: www.babyrainbow.nl (dostęp: 20.03.2019 r.).

⁴⁷ Zob. *Contribution of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions* („parentage/surrogacy project”). Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015; https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf (dostęp: 20.03.2019 r.).

⁴⁸ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.); dalej: Konwencja o prawach dziecka z 1989 r. Zob. *Konwencja o prawach dziecka. Analiza i wykładnia*, T. Smoczyński (red.), Poznań 1999.

aby te prawa stały się zgodne z ich prawem wewnętrznym oraz z ich międzynarodowymi zobowiązaniami w tej dziedzinie, w szczególności w przypadkach, gdyby brak tych uregulowań spowodował, iż dziecko zostałoby bezpaństwowcem.” Przepis ten mówi wyraźnie o prawie do poznania swoich rodziców, przez których umawiające się państwa z pewnością nie rozumiały drugiej osoby tej samej płci (tj. nie wyrażały konsensu na takie rozumienie konwencji, decydując o przystąpieniu do niej).

Zgodnie zaś art. 8 Konwencji o prawach dziecka Państwa-Strony winy okazać właściwą pomoc i ochronę w celu jak najszybszego przywrócenia jego tożsamości w wypadku gdy dziecko zostało bezprawnie pozbawione części lub wszystkich elementów swojej tożsamości. Za takie pozbawienie tożsamości uznać by można generalne zignorowanie w akcie urodzenia faktu stosunków rodzinnych, tj. faktu, od kogo dane dziecko pochodzi (a nawet szerzej – może pochodzić). Ponadto w postanowieniach umów międzynarodowych wyrażane są zakazy handlu dziećmi oraz negatywne nastawienie do nabywania stanu cywilnego rodziców drogą odpłatnej czynności prawnej, w efekcie których powstają właśnie zagraniczne dokumenty stanu cywilnego z dwoma „rodzicami” tej samej płci⁴⁹.

Natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka, którego orzeczenia – nie zawsze na temat, a niekiedy bez związku ze sprawą – zostały w pismach powołane w toku postępowania (co jest współczesną manierą w działalności niektórych podmiotów) nie zajmował się dotychczas podobną sprawą. W szczególności nie wskazywał, że należy zmieniać krajowy system rejestracji stanu cywilnego celem „importowania” doń jakiegokolwiek tak nazywanej zagranicznej działalności. Nawet gdyby Trybunał sprawami podobnymi do spraw rozpoznanych przez NSA wyrokami z 20 VI 2018 r. i 10 X 2018 r. się zajmował, to prawdopodobnie skoncentrowałby się na tym, czy dziecko rzeczywiście pochodzi od obywatela skarżonego państwa, oraz na tym, że nie należy zbytnio (nie znaczy wcale) utrudniać korzystania z tego prawnych konsekwencji. Do tego ostatniego wystarczałoby przełamanie obowiązku posłużenia się dowodem z aktu transkrybowanego w Polsce na rzecz dopuszczenia możliwości posłużenia się innym dowodem (np. bezpośrednio dokumentem zagranicznym częściowo uznawanym zgodnie z art. 1138 k.p.c.).

Póki co Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Paradis i Campanelli p. Włochom*⁵⁰ sprecyzowała dotychczasowe wypowiedzi na temat pieczy nad dzieckiem (a nie prawnego określenia stosunków filiacyjnych). Zmodyfikowano wcześniejsze orzeczenie w tej sprawie wydane w mniejszym składzie. Ostatecznie stwierdzono

⁴⁹ Np. wymaganie nieodpłatności adopcji na tle konwencji o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzonej w Hadze dnia 29 maja 1993 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 39, poz. 448 ze sprost.).

⁵⁰ Skarga nr 25358/12. Zob. więcej Ł. Mirocha, *Tzw. macierzyństwo zastępcze (surrogacy, Leihmutterschaft) w bieżącym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Prawo w Działaniu, 2018, t. 34, s. 164; <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS-Mirocha-%C5%81.-Tzw.-macierzy%C5%84stwo-zast%C4%99pcze-surrogacy-Leihmutterschaft-w-bie%C5%BC%C4%85cym-orzecznictwie-Europejskiego-Trybuna%C5%82u-Praw-Cz%C5%82owieka-w-Strasburgu.pdf> (dostęp: 20.03.2019 r.).

brak naruszenia art. 8 EKPC w stosunku do dziecka, które nie było związane genetycznie z jego „nabywcą” od *surrogate mother*. Podkreślono, że art. 8 EKPC nie gwarantuje prawa do założenia rodziny ani prawa do „otrzymania” adoptowanego dziecka. W uzasadnieniu, odchodząc od tez orzeczenia zapadłego w węższym składzie, podkreślono, że nad subiektywną indywidualną wolą posiadania dziecka przeważają pewne ogólnie uzasadnione dobra. W szczególności za konieczne uznano wzięcie pod uwagę więzi biologicznej z uwagi na krótki okres wzajemnej osobistej styczności. W wypadku dwóch osób tej samej płci więź biologiczna z dzieckiem odnosi się z istoty tylko do jednej z nich, co na tle szeregu systemów prawnych, w tym polskiego, rzutuje na podstawowe kategorie materialnoprawne. Sąd Administracyjny celnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 II 2018 r. podkreślił, że „(...) organy administracji publicznej obowiązane są przestrzegać Konstytucji RP i obowiązujących ustaw. Do takich ustaw należy m.in. kodeks rodzinny i opiekuńczy (...)”⁵¹.

Trzeba też wskazać, że nawet na tle – mniej powiązanych z pierwotnym pochodzeniem dziecka (stanem cywilnym) – spraw adopcji dzieci oraz kwestii poszerzenia tej konstrukcji prawnej na osoby tej samej płci w rejestrowanych związkach partnerskich, ETPC w wyroku z 15 III 2012 r.⁵² stwierdził, że kwestia naruszenia art. 14 Konwencji i zarzut dyskryminacji może być ewentualnie rozpatrywany, jeżeli zachodzi różnica w traktowaniu osób znajdujących się w porównywalnych położeniach. Różnica taka jest dyskryminująca, gdy nie posiada obiektywnego i rozsądnego uzasadnienia. Trybunał podkreślił, że państwowemu konwencyjnemu przysługuje margines uznania przy rozstrzyganiu, czy i w jakim zakresie różnice w położeniach, pod niektórymi tylko względami podobnych, uzasadniają różne traktowanie, włącznie z różnicami w traktowaniu w świetle prawa. Trybunał w tej sprawie nie stwierdził naruszenie art. 14 w zw. z jej art. 8 Konwencji.

4. Kwestia rozumienia zasady dobra dziecka *in concreto* oraz *in genere*

Wątpliwości budzi też rozumienie zasady dobra dziecka, jakie wywieść można bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia. Odwołanie się do generalnej zasady dobra dziecka w omawianych kazuistycznych sprawach ma bardzo specyficzną treść. Otóż z uzasadnień wyroków WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r. oraz wyroku NSA z 10 X 2018 r. zdaje się płynąć myśl, że prawne rozumienie pochodzenia dziecka (macierzyństwo i ojcostwo) nie powinno być rozumiane za biologicznymi okolicznościami urodzenia dziecka, które leżą u podstaw prawa krajowego, ale, że te ostatnie miałyby *in casu* ustępować innym regułom, w tym generalnym fikcjom prawnym w obcych systemach prawnych. Nie przekonuje samo ogólne założenie możliwości wywodzenia z zasady dobra dziecka rozwiązania, które miałyby polegać na tym, że

⁵¹ II OSK 1112/16, LEX nr 2495844.

⁵² Skarga 25951/07; LEX nr 1130706.

kazuistyczne okoliczności sprawy (w tym aktualna osobista styczność dziecka z określonymi osobami) powinny być okolicznościami decydującymi o tym, od kogo to dziecko generalnie pochodzi. W dotychczasowym rozwoju prawa ocena pochodzenia dziecka (w tym na potrzeby sporządzenia aktu urodzenia z danymi rodziców) była dokonywana na podstawie faktów z momentu urodzenia, a nie późniejszych okoliczności (np. po kilku latach w chwili rozpatrywania sprawy o wydanie dowodu tożsamości). Co ważniejsze, w polskim stanie prawnym, składającym się z norm o genezie krajowej i międzynarodowej, dobro dziecka rozpatrywane jest w znaczeniu generalnym oraz przy uwzględnieniu całego systemu prawnego.

Wykładni art. 72 Konstytucji RP z 1997 r., w którym jest mowa o „ochronie praw dziecka” oraz przepisów umów międzynarodowych i ustaw krajowych trzeba dokonywać w zgodzie z podstawowymi zasadami ustrojowymi i kodeksowymi⁵³. Dobro dziecka ustawodawca polski na gruncie przepisów o jego pochodzeniu, o których mowa, rozumie i gwarantuje w ten sposób, że oddają one naturalne (biologiczne) macierzyństwo i ojcostwo, do czego jest dopasowany sposób prowadzenia krajowego systemu rejestracji stanu cywilnego (w tym transkrypcji)⁵⁴. Początek XX w. przyniósł niespotykane w dotychczasowym rozwoju prawa różnice między założeniami prawa rodzinnego i systemów rejestracji stanu cywilnego w poszczególnych państwach. Nie znajduje uzasadnienia podejście, które widoczne jest w krytykowanych wyrokach, polegające na dostosowaniu polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego do obcych reguł prawa materialnego, których treść nie jest zgodna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego⁵⁵.

Trzeba mieć też na względzie, że w świetle art. 16 Konwencji o prawach dziecka z 1989 r., dziecko nie może podlegać arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w sferę jego życia prywatnego lub rodzinnego, dziecko ma prawo do ochrony prawnej przeciwko tego rodzaju ingerencji lub zamachom. Z perspektywy podstawowych zasad prawa polskiego – kluczowego z uwagi na regułę *lex fori processualis* – zasadę tę naruszać może nie odmowa rejestracji w Polsce,

⁵³ Zob. więcej W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP. Art. 1–86. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 478 i n.

⁵⁴ Inaczej odnośnie do rozumienia zasady dobra dziecka – choć nie na tle postępowania o transkrypcję, lecz postępowania w sprawie szczegółowej (stwierdzenia obywatelstwa dziecka) – M. Pilich, *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. XVI, 2018, s. 7–35 oraz A. Wysocka-Bar, *Nabycie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13.*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. XVI, 2018, s. 38–54. Stanowiska tych autorów nie przekonują właśnie z zasadniczych powodów opisanych wyżej w ramach zastrzeżeń do krytykowanych orzeczeń z 2018 r. oraz z uwagi na brak wzięcia przez autorów pod uwagę kompleksowych skutków proponowanego przez nich „przymknięcia oka” na podstawowe zasady polskiego prawa osobowego i rodzinnego celem załatwienia kazuistycznej sprawy wydania dowodu tożsamości dziecka, którą można załatwić w – postulowany niżej – inny, proporcjonalny sposób. Ponadto wskazani autorzy *de facto* ignorują okoliczność, że na tle prawa polskiego – podobnie jak na tle szeregu systemów prawnych na świecie – nadal *mater semper certa est*, a nieważne jest kontraktowanie z tzw. surogatką, które rodziłoby alternatywną i konkurencyjną zasadę prawną odnośnie do prawnego pochodzenia dziecka. Zob. więcej – P. Mostowik (red.), *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, Warszawa 2019 (w druku).

⁵⁵ Tak P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother...*, s. 67–70.

ale właśnie obce rozwiązanie, którego treść miałaby zostać powielona w polskim rejestrze urodzeń, ponieważ polega ono na tym, że treść zagranicznego dokumentu „odziera” dziecko z biologicznej i genetycznej tożsamości pochodzenia (na rzecz fikcji prawnej filiacji od dwóch osób tej samej płci). Dodać trzeba, że prawne reguły pochodzenia dziecka są w większości systemów prawnych na świecie powiązane z ogólnymi regułami biologii poczęcia dziecka, a nie z orientacją seksualną rodziców. Oczywiście dziecko może pochodzić biologicznie również od osób homoseksualnych, tyle że dwie osoby tej samej płci nie mogą być rodzicami tego samego (wspólnego) dziecka. Perspektywa prawna zagranicznego urzędu stanu cywilnego może być inna, np. z uwagi na fikcje prawne w obcym prawie stosowanym przez niego z urzędu, ale nie ma to znaczenia dla oceny rozumienia i podstawowych zasad stanu cywilnego w innym państwie, w tym w Polsce⁵⁶.

5. Potrzeba zachowania spójności krajowego systemu prawa osobowego i rodzinnego oraz rejestracji stanu cywilnego

Rozumowanie przedstawione w uzasadnieniu wyroku NSA z 10 X 2018 r., a przeciwne rozumowaniu zaprezentowanemu w uzasadnieniu wyroku NSA z 20 VI 2018 r. i we wcześniejszych wyrokach w podobnych sprawach, budzi również wątpliwości z ogólniejszych powodów. Istotnym argumentem za utrzymaniem dotychczasowej linii orzeczniczej wyrażonej ostatnio w wyroku NSA z 20 VI 2018 r. jest obserwacja, że krytykowany wyrok został wydany celem rozwiązania problemów zidentyfikowanych nie na tle ogólnego postępowania o transkrypcję, ale na tle innych postępowań administracyjnych. Ponadto trzeba zaakcentować, że może on w przyszłości nieproporcjonalnie doprowadzić do generalnego zburzenia „od środka” polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego, a nawet naruszyć fundamenty prawa ustrojowego i rodzinnego w polskim porządku prawnym⁵⁷.

⁵⁶ Stąd trudno jako niepoprawne ocenić uwagę WSA w Krakowie w uzasadnieniu kontrolowanego wyroku z dnia 10 V 2016 r., mówiącą, że: „W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki dziecka jako drugiego rodzica wymienia kobietę, w konsekwencji czego rodzicami dziecka są osoby tej samej płci, stanowiłoby pogwałcenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Zdaniem Sądu, nie zmieniają tego powołane przez skarżącą przepisy szeroko pojętego prawa międzynarodowego, jak i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, czy też Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Przepisy te nie nakazują stanowienia w krajowym porządku prawnym regulacji innego kraju dotyczących związków jedнопłciowych czy regulacji uwzględniających jako rodziców dziecka dwóch osób tej samej płci”.

⁵⁷ Zob. M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim*, Metryka 2016, nr 2, s. 53 i n.; tenże, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą...*, s. 347–350.

5.1. Wątpliwość co do zaświadczenia przez obcy dokument stanu cywilnego w rozumieniu krajowym (według *legis fori*)

Na tle omawianych stanów faktyczny trzeba się najpierw zastanowić, co dotychczas nie było zauważane w orzecznictwie i doktrynie, czy poprawne jest rozważanie zastosowania klauzuli porządku publicznego przewidzianej w art. 107 pkcie 3 p.a.s.c., czy też kwestia, która się wyłania, podlega ogólniejszym zasadom prawa o aktach stanu cywilnego i prawa rodzinnego. Wydaje się, że za załatwieniem sprawy w sposób przyjmowany dotychczas, w tym w sposób opisany w wyroku NSA z 20 VI 2018 r., przemawiają względy ogólniejsze niż podstawowe zasady transkrypcji, tj. bardziej generalne zasady krajowej rejestracji stanu cywilnego wyrażone w art. art. 103 i 104 oraz ust. 2 art. 105 p.a.s.c. W art. 2 ust. 3 p.a.s.c. jest mowa o tym, że „[a]ktem stanu cywilnego jest wpis o urodzeniu, małżeństwie albo zgonie w rejestrze stanu cywilnego (...)”, przy czym z art. 60 pkt 4) wynika, że treścią aktu urodzenia są też dane na temat pochodzenia dziecka, tj. nazwiska, imiona oraz nazwiska rodowe matki i ojca. Tym samym rejestr obejmuje też prawną problematykę macierzyństwa i ojcostwa w rozumieniu działu Ia („Rodzice i dzieci”) rozdziału I („Pochodzenie dziecka”) k.r.o.

Pojęcie „aktu stanu cywilnego”, też na potrzeby art. 104 i n. dotyczących transkrypcji, trzeba rozumieć zgodnie z prawem państwa rejestracji (tu: transkrypcji), w tym zgodnie z podstawowymi konstrukcjami prawa polskiego dotyczącymi pochodzenia dziecka i małżeństwa. Z tych zasad, co zostało trafnie wskazane w aprobowanej części orzecznictwa sądów administracyjnych, wynika, że na tle prawa polskiego rodzicami dziecka są – za biologią – kobieta i mężczyzna. Tym samym stan cywilny z jednej strony pochodzenia dziecka, a z drugiej strony – macierzyństwa i ojcostwa, obejmuje relację (filiację) między dzieckiem a kobietą i mężczyzną. Inne konfiguracje osobowe, w tym relacja dziecka z więcej niż dwoma osobami albo z osobami tej samej płci, nie wypełniają znamion krajowego rozumienia stanu cywilnego. Tym samym zagraniczny dokument w części zaświadczającej taką odmienną relację nie oddaje stanu cywilnego w krajowym rozumieniu (co najmniej w jego części dotyczącej dziecka z drugą osobą tej samej płci). Decydujący winien być materialnoprawny charakter zaświadczonej relacji, a nie nazwa zagranicznego dokumentu „akt stanu cywilnego” lub podobna. Notabene niektóre zagraniczne dokumenty są inaczej nazywane (np. certyfikat porodu), ale podlegają transkrypcji w Polsce z uwagi na ich treść odpowiadającą atrybutom krajowego rozumienia rodzicielstwa.

Z tych powodów z art. 103 i 104 p.a.s.c. można wywieść, że kierownik odmawia rejestracji zdarzenia, jeżeli dokument lub jego część (np. pochodzenie od drugiej osoby tej samej płci) nie obejmuje *de facto* stanu cywilnego, który podlega rozumieniu zgodnie z prawem państwa transkrypcji. Prawo polskie materialne nie zna bowiem konstrukcji „rodziców tej samej płci” ani „pochodzenia dziecka od osób tej samej płci”, nazwanych celnie z tej perspektywy przez NSA w uzasadnieniu wyroku z 20 VI 2018 r. *contradictio in se*. Stąd zagraniczny

dokument w części wyrażającej taką treść (podobnie jak obejmujący dwie osoby tej samej płci w akcie małżeństwa) nie musi być traktowany jako dokument dotyczący stanu cywilnego. Stan cywilny, w tym macierzyństwo i ojcostwo oraz małżeństwo, powinien bowiem, dla utrzymania konsekwencji p.a.s.c. oraz k.r.o. i poszanowania reguł konstytucyjnych, być rozumiany spójnie.

5.2. Klauzula porządku publicznego (*orde public*)

Natomiast w świetle art. 107 pkt 3 p.a.s.c. kierownik urzędu stanu cywilnego odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli przedłożony dokument potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie lub małżeństwo. W omawianych wypadkach część treści zagranicznego dokumentu potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie oraz, powiązane z nim, macierzyństwo i ojcostwo. Część zagranicznego dokumentu nie potwierdza urodzenia dziecka od określonej kobiety i mężczyzny, co jest zasadą prawa polskiego, a wręcz odwrotnie – statuuje fikcję prawną pochodzenia dziecka od drugiej osoby tej samej płci. Dodatkowo w niektórych sytuacjach („pochodzenia dziecka od dwóch mężczyzn”) dokument ten wyraża obce rozwiązanie prawne, które nie podlega uznaniu z uwagi na sprzeczność z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, tj. z nieważnością kontraktowego nabycia stanu cywilnego rodzica drogą umowy z *surrogate mother* albo drogą adopcji, która *naturam non imitatur*. Z art. 107 p.a.s.c. można więc wyinterpretować, że kierownik odmawia rejestracji, jeżeli zgodnie z własnym prawem (państwa transkrypcji, czyli polskim) przedstawiony dokument – też częściowo – nie jest uznawany za dokument stanu cywilnego, bo jest w nim np. mowa o pochodzeniu dziecka od dwóch mężczyzn. Druga osoba tej samej płci wpisana obok pierwszej na pewno w świetle krajowych podstawowych zasad nie jest prawnie uznawana jako małżonek (czyli nie ma wówczas aktu małżeństwa w rozumieniu p.a.s.c.) ani drugi z rodziców (czyli co najmniej częściowo nie ma aktu urodzenia według p.a.s.c.). Wówczas kierownik urzędu stanu cywilnego, z uwagi na dyspozycję art. 107 pkt 1 i 2 p.a.s.c. odmawia dokonania transkrypcji bez potrzeby zastosowania klauzuli, ponieważ zagraniczny dokument potwierdza zdarzenie w samej konstrukcji inne niż urodzenie, małżeństwo w rozumieniu *legis fori*. Te ostatnie zdarzenia trzeba bowiem rozumieć jako pochodzenie dziecka lub urodzenie według prawa polskiego, bo to prawo obowiązuje urzędników oraz jest właściwe zgodnie z prawem prywatnym międzynarodowym (prawo właściwe zgodnie z art. 55 p.p.m.).

5.3. Brak bezwzględności charakteru art. 104 ust. 5 p.a.s.c.

Nie do obrony jest przy tym teza, którą można wywieść z uzasadnienia wyroku WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r. oraz wyroku NSA z 10 X 2018 r., mówiąca, że art. 107 p.a.s.c. nie ma zastosowania w niektórych sprawach o transkrypcję z uwagi na to, że w art. 104 ust. 5 p.a.s.c., który

rozpoczyna się słowami „[t]ranskrypcja jest obligatoryjna”⁵⁸. Odnoszą się one do wymagania dowodowego (obowiązkowego przedłożenia dowodu w postaci aktu transkrybowanego do polskiego rejestru), które zostało podwyższone odnośnie do niektórych postępowań szczególnych (*de facto* przyszłych), a nie ogólnego postępowania o transkrypcję. Tej ostatniej dotyczy zaś bez wątpienia w każdym wypadku art. 107 p.a.s.c., którego celem jest m.in. zablokowanie przeniesienia do polskiego rejestru zagranicznego wpisu jeżeli „dokument (...) potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie (...) lub transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”. Jeżeli w zagranicznym dokumencie widnieją dwaj mężczyźni (np. nabywcy statusu rodziców w drodze kontraktu z tzw. surogatką), trudno traktować go jako dokument potwierdzający urodzenie. Zawsze w razie zamieszczenia w nim osób tej samej płci jako rodziców, co celnie w dotychczasowym orzecznictwie określano jako sprzeczność samą w sobie (*contradictio in se*), wytworzenie krajowego dokumentu o skutkach opisanych w art. 3 p.a.s.c. byłoby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego.

5.4. Uproszczony charakter procedury transkrybowania

Trzeba też dodać, że okoliczność, że „[t]ranskrypcja polega na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego (...)” (art. 104 ust. 2 p.a.s.c.) nie może przemawiać za liberalnym podejściem do zawartości zagranicznego dokumentu, ale raczej za ścisłym rozumieniem pojęcia „zagranicznego dokumentu stanu cywilnego” oraz nierozszerzającą interpretacją podstawowych pojęć ustawowych, w tym matki (macierzyństwa) i ojca (ojcostwa). Niezależnie od potrzeby (a nawet – mając na względzie obowiązek urzędników publicznych – konieczności) zastosowania w niektórych sytuacjach klauzuli porządku publicznego, trzeba mieć na względzie, że z perspektywy polskiej ustawy (i rejestracji) zagraniczny dokument nazywany na tle obcego prawa „aktem stanu cywilnego” lub podobnie może nie być traktowany jako akt stanu cywilnego w znaczeniu polskiej ustawy, w tym art. 104 i in. Wydaje się, że takie podejście można zastosować właśnie odnośnie do zagranicznych dokumentów dotyczących np. małżeństwa innego niż jednej kobiety i jednego

⁵⁸ Podobnie nie do obrony jest stanowisko WSA w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z 5 IV 2018 r., że „(...) stosownie do art. 104 ust. 5 P.a.s.c., transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Odmowa dokonania transkrypcji aktu urodzenia P. B. w istocie powoduje więc w szczególności niemożność nadania numeru PESEL oraz uzyskania polskiego dokumentu tożsamości, a to z kolei wywołuje skutek w postaci ograniczenia dostępu do polskiego systemu oświaty, czy też polskiego systemu opieki zdrowotnej. Ponadto polski obywatel nieposiadający dokumentu tożsamości nie ma możliwości podróżowania do innych państw. Powyższe ograniczenia niewątpliwie stanowią naruszenie podstawowych praw związanych z posiadaniem obywatelstwa polskiego. Niewątpliwie natomiast dziecko, którego rodzicami są polscy obywatele, także posiada obywatelstwo polskie.” Sąd pominął w nim podstawowe zasady polskiego prawa rodzinnego i rejestracji stanu cywilnego, jak też okoliczność, że rodzice to pojęcie oceniane według prawa właściwego (art. 55 p.p.m.) oraz połączył diagnozę ze szczegółowego postępowania administracyjnego (o wydanie dokumentu) z potrzebą zmiany ogólnych zasad rejestracji stanu cywilnego.

mężczyzny oraz rodzicielstwa (pochodzenia dziecka) od dwóch osób tej samej płci, ponieważ od razu widać, że nie są one zgodne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego oraz nie dotyczą zdarzeń rejestrowanych w Polsce jako małżeństwo lub pochodzenie dziecka.

5.5. Wątpliwości co do sugerowanych sposobów załatwienia sprawy w uzasadnieniu wyroku WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r.

Z dystansem należy podejść do sposobów dalszego załatwienia sprawy sugerowanych w uzasadnieniu wyroku WSA w Poznaniu z 5 IV 2018 r., w tym sugerowanego sposobu wykładni p.a.s.c., polegającej na dokonywaniu tzw. częściowej transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego w drodze zastosowania klauzuli porządku publicznego opisanej w ust. 3 art. 104 p.a.s.c. odnośnie do części treści zagranicznego dokumentu (tj. odrzucenie części treści zagranicznej rejestracji, tj. drugiej kobiety zamiast ojca dziecka, jako sprzecznej z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego). Wydaje się, że wprowadzenie takiej możliwości wywoływałoby więcej negatywnych konsekwencji niż skutków pozytywnych. Po pierwsze, takie rozwiązanie mogłoby u osób mieszkających za granicą (a takiego rodzica w praktyce będzie dotyczyć) rodzić pretensję, że w transkrybowanym akcie dostał dopisany fikcyjnie mężczyzna (dane kryjące) albo pretensję o pominięcie drugiej z osób zarejestrowanych za granicą. Pod drugie, odstąpienie od dopisania danych fikcyjnego ojca i pozostawienie pustego miejsca oznaczałoby wyłom w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, dla którego przekonującym argumentem mogłaby jednak nie być specyfika transkrypcji.

Niepożądane wydaje się więc przyjęcie jako rozwiązania częściowej (połówkowej) transkrypcji, tj. automatycznego przepisania, bez dodatkowych działań wyjaśniających stan faktyczny, do polskiego rejestru stanu cywilnego (aktu urodzenia) danych jednej z dwóch kobiet wpisanych do zagranicznego systemu rejestracji. W szczególności nie można by zaakceptować rozwiązania polegającego na tym, że jeżeli o taką transkrypcję wnosi obywatelka polska wpisana za granicą jako jedna z – dwóch w obcym rozumieniu – matek, to należy dokonać transkrypcji aktu urodzenia z jej danymi. Takie automatyczne działanie naruszałoby podstawową zasadę polskiego porządku prawnego, jaką jest macierzyństwo kobiety, która dziecko urodziła. Tym samym groziłoby to naruszeniem art. 105 ust. 1–3 i art. 107 p.a.s.c. W obcych systemach prawnych oraz systemach rejestracji obywatelka (obywatel) polski może być bowiem wpisana jako jedna z dwóch „matek” („ojców”) nie z uwagi na naturalne (biologiczne) pochodzenie dziecka, ale na skutek domniemania pochodzenia od drugiej kobiety (drugiego mężczyzny), która (który) z matką-rodzicielską (ojcem) pozostaje pod rządami obcego prawa w związku małżeńskim, w tym na skutek nabycia statusu rodzica

drogą umowy z tzw. matką zastępczą. Stąd w razie akceptacji rozwiązania polegającego na częściowej transkrypcji, potrzebne byłby uregulowanie takich sytuacji szczególnych⁵⁹.

Wątpliwości natury jurydycznej budziłyby też postulat rozwiązania omawianego problemu przez wprowadzenie do ustawy możliwości odnotowywania w formie przypisku (art. 25 ust. 1 p.a.s.c.) danych drugiej osoby tej samej płci, która za granicą została zarejestrowana zamiast ojca dziecka. Dokonywanie takiego przypisku w powiązaniu z transkrypcją do aktu urodzenia danych pierwszej osoby tej samej płci, naruszałoby łącznie krajowy porządek prawny. W istocie następuje bowiem przeniesieniu do polskiej rejestru całości treści zagranicznej rejestracji (jako akt urodzenia i przypisek), mimo że częściowo jej treść (tj. prawne pochodzenie dziecka od dwóch osób tej samej płci) jest sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. Brak możliwości takiego przeniesienia treści zagranicznej rejestracji wynika wprost z art. 108 ust. 2 p.a.s.c., w świetle którego kierownik może dołączyć wzmiankę dodatkową do aktu stanu cywilnego lub zamieścić przypisek przy tym akcie na podstawie innego dokumentu pochodzącego od organu państwa obcego, jeżeli nie jest to sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Poza tym, że „adnotacja” w polskim rejestrze poza właściwym aktem urodzenia rozumianym ściśle to też część krajowej rejestracji *sensu largo*. Ponadto trzeba mieć na względzie, że taka – wątpliwa z perspektywy krajowych zasad prawa osobowego i rodzinnego – treść już w nim zostanie na przyszłość, a jej praktyczne znaczenie może w dalszym orzecznictwie ewoluować (np. prowokować postulaty przyznania pełnych skutków dla całego obrotu prawnego, jakie wynikają dla właściwej treści aktu z art. 3 p.a.s.c.). Taka tzw. częściowa (w istocie: powielenie całościowej obcej treści z modyfikacją formalną) transkrypcja z adnotacją w rejestrze drugiego z „rodziców” to *de facto* nie transkrypcja częściowa (w znaczeniu – połówkowa), tylko całościowa zmodyfikowana, ponieważ dane osobowe „drugiej matki” też zostają przepisane.

Dodatkowo trzeba mieć na względzie, że przypisek zawiera informacje o innych aktach stanu cywilnego dotyczących tej samej osoby oraz informacje wpływające na stan cywilny tej osoby. Tym samym dotyczy on dokumentowania szeroko rozumianej problematyki stanu cywilnego, a po drugie – przede wszystkim – jest on częścią składową polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego. Informacja wprowadzana do rejestru w formie przypisku jest zamieszczana przy akcie stanu cywilnego. Polski system rejestracji stanu cywilnego, postrzegany całościowo, musi być konsekwencją podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, w tym zasad ustrojowych (art. 18 Konstytucji). Nazwę „akty stanu cywilnego” trzeba bowiem w tym kontekście rozumieć jako „polską rejestrację stanu cywilnego”, a nie wyłącznie jako

⁵⁹ Potrzebny byłby na przykład przepis mówiący, że jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwie kobiety, transkrypcji częściowej dokonuje się poprzez umieszczenie danych osobowych matki, która dziecko urodziła. Jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwóch mężczyzn, dokonuje się transkrypcji częściowej poprzez umieszczenie danych mężczyzny, od którego dziecko biologicznie pochodzi. Wykazanie urodzenia oraz pochodzenia może nastąpić przy użyciu każdego środka dowodowego.

akty urodzenia, małżeństwa lub zgonu, które zakresu przedmiotowego tejże rejestracji nie wyczerpują⁶⁰.

VI. Przyszłe sprawy o wydanie dowodu tożsamości dziecka a potrzeba naruszenia zasad krajowej rejestracji stanu cywilnego

Trudność dowodowa w wykazaniu przesłanki pochodzenia dziecka od obywatela polskiego, która to przesłanka rzutuje na nabycie przez nie obywatelstwa potrzebnego do uzyskania dowodu tożsamości, wynika co prawda z przepisów ustawy prawo o aktach stanu cywilnego (ust. 5 art. 104 p.a.s.c.), zamieszczonych w niej w sąsiedztwie przepisów o transkrypcji zagranicznych aktów (ust. 1–3 art. 104 p.a.s.c.). Jednak w istocie nie dotyczy ona problematyki transkrypcji zagranicznych aktów jako takiej. Wynika *de facto* z wymagań dowodowych w sprawie o wydanie paszportu lub dowodu osobistego, która to sprawa nie była przedmiotem postępowania, w którym zapadł omawiany wyrok. Zgodnie z art. 104 ust. 5 p.a.s.c. transkrypcja jest obligatoryjna, jeżeli obywatel polski, którego dotyczy zagraniczny dokument stanu cywilnego, ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Gdyby tego przepisu nie było, w tych postępowaniach szczególnych okoliczność pochodzenia dziecka od polskiego obywatela (czyli macierzyństwa lub ojcostwa) można by wykazywać też drogą inną niż transkrypcją zagranicznego aktu stanu cywilnego. Praktyczne niedogodności, które NSA chciał wyrokiem z 10 X 2018 r. wyeliminować, nie leżą więc w sprawie i postępowaniu o transkrypcję, ale w postępowaniach w sprawach, które wymienia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. Załatwianie tych spraw jest regulowane w innych aktach normatywnych, a przede wszystkim są one przedmiotem innych postępowań administracyjnych. Pojęcie sprawy administracyjnej (sądowoadministracyjnej) jest wyznaczone pojęciem stosunku administracyjnoprawnego, a ta sprawa, którą Sąd chciał pozytywnie załatwić (wydanie dowodu tożsamości), powinna zostać załatwiona w innym postępowaniu.

Po wyroku NSA z 10 X 2018 r. zmienił się nieco kontekst normatywny sprawy, która została nim rozstrzygnięta. NSA w kolejnym (w sprawach na wniosek „rodzica jedнопłciowego”) wyroku z 30 X 2018 r.⁶¹ stwierdził w istocie, że ewentualne problemy ze stwierdzeniem obywatelstwa (co można by odnieść odpowiednio do wydania dowodu tożsamości) mogą zostać wyeliminowane w szczegółowych postępowaniach w tych sprawach. Wobec takiej możliwości załatwienia spraw dzieci polskich obywateli nie jest konieczne – nieproporcjonalne – zmienianie podstawowych zasad prowadzenia aktów urodzenia oraz rozumienia rodzicielstwa (pochodzenia dziecka) w polskim porządku prawnym. Nie jest w takim razie

⁶⁰ Na temat prawnego ujęcia macierzyństwa i ojcostwa, które składają się na pochodzenie dziecka – zob. *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smyczyński, s. 8–18 oraz s. 93–229.

⁶¹ II OSK 1868/16.

konieczne w szczególności zmienianie ogólnych zasad polskiej rejestracji stanu cywilnego w kierunku rozwiązań przyjmowanych w niektórych tylko obcych systemach prawnych, do czego w praktyce mógłby prowadzić wyrok NSA z 10 X 2018 r.

Można by obecnie bronić tezy, że powody (kontekst normatywny), dla których NSA przyjął w wyroku z 10 X 2018 r. określoną wykładnię prawa o aktach stanu cywilnego się zdezaktualizowały. Dla ułatwienia określenia statusu osobowego dzieci pochodzących od polskich obywateli można wykorzystać obecnie – wspomnianą na wstępie – uchwałę SN z 20 XI 2012 r. oraz zmieniony kontekst normatywny po wyroku NSA z 30 X 2018 r., wydanym nie na tle postępowania o transkrypcję, ale w szczegółowej sprawie administracyjnej. NSA w tym ostatnim orzeczeniu wskazał, że „Dla statusu prawnego dziecka, w tym możliwości potwierdzenia posiadania polskiego obywatelstwa w oparciu o art. 4 ustawy z 1962 r., nie ma znaczenia, czy urodziła je matka zastępcza, ale o to, że rodzi się istota ludzka obdarzona przyrodzoną i niezbywalną godnością, która ma prawo do obywatelstwa, jeśli jedno z rodziców jest polskim obywatelem”. Teza ta jest oczywista, z tym że pojęcie „rodzice” trzeba oczywiście traktować jako pojęcie prawne związane z filiacją i oceniane z perspektywy forum (o czym była mowa wyżej na tle podstawowych zasad prawa krajowego), a nie jako jakiegokolwiek rozumienie (np. dotyczące faktycznej osobistej styczności z dzieckiem i wychowywania go albo prawne fikcje pochodzenia dziecka w prawie obcym, których nie uznaje *lex fori*)⁶².

Z obu orzeczeń można by bowiem wywodzić możliwość udowodnienia pochodzenia dziecka od polskiego obywatela bez konieczności transkrypcji. Te możliwości dezaktualizują – ocenione wyżej jako nieproporcjonalne – konieczność dokonania wpisu obcej treści do polskiego rejestru stanu cywilnego w trybie art. 104 i in. p.a.s.c.

Można by nawet postulować, by w postępowaniach szczególnych (o stwierdzenie obywatelstwa, o wydanie dowodu tożsamości, o nadanie PESEL) organy administracji – idąc za uchwałą SN z 20 XI 2012 r. oraz nie stymulując żądań odejścia od podstawowych zasad rejestracji stanu cywilnego w Polsce – przyjmowały, że zagraniczny akt stanu cywilnego może służyć bezpośrednio jako dowód pochodzenia dziecka od polskiego obywatela. Sprawi to, że żądanie – niemożliwej w niektórych wypadkach – transkrypcji nie będzie konieczne. Oczywiście zagraniczny dokument nie może być dowodem na to, że dziecko pochodzi od drugiej osoby tej samej płci, ale to osobne zagadnienie. Przyjęcie proponowanej wykładni spowodowałoby, że i bez zmiany przepisów polski obywatel, który jest matką lub ojcem

⁶² Stąd na krytykę zasługuje następujący fragment uzasadnienia tego orzeczenia „(...) [Z]agadnienie nabywania obywatelstwa podlega wyłącznie reżimowi publicznoprawnemu. Nie będą miały zastosowania w sprawie normy prawnorodzinne, które wskazują na sposoby potwierdzenia biologicznego pokrewieństwa pomiędzy dzieckiem a jego rodzicami. W sprawie nie będzie miała też zastosowania, wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. Nr 80, poz. 432 ze zm.), klauzula porządku publicznego.” Notabene jest on wewnętrznie sprzeczny z – poprawnym na tle polskiego stanu prawnego – twierdzeniem w innym fragmencie uzasadnienia: „Sąd bierze przy tym pod uwagę, że polskie przepisy nie przewidują uznania, jako rodziców, dwóch osób tej samej płci, jak to uczyniono w amerykańskim akcie urodzenia dziecka”.

dziecka, mógłby w praktyce w miarę łatwo wykazać, że dziecko od niego pochodzi, a tym samym bez większych trudności praktycznych korzystałoby ono z uprawnień przysługujących polskiemu obywatelowi. Ewentualne problemy dowodowe mogłyby powstać w razie braku klarownej informacji w przedkładanym zagranicznym dokumencie, od kogo z dwóch odnotowanych w nim osób tej samej płci dziecko rzeczywiście pochodzi⁶³. Informację tę można jednak w postępowaniu uzupełnić przy wykorzystaniu innych zagranicznych dokumentów (np. na temat faktu urodzenia dziecka przez kobietę albo potwierdzenia przekazania tzw. *surrogate mother* materiału genetycznego przez danego mężczyznę będącego polskim obywatelem). Pominięcie ustalenia tej ostatniej okoliczności, tj. pochodzenia dziecka zgodnie z podstawowymi zasadami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (właściwego na tle art. 55 p.p.m.) jest konieczne w szczególności celem zabezpieczenia polskiego porządku prawnego przed – nieakceptowanymi z perspektywy polskiego *ordre public* – skutkami obcego prawa lub orzeczenia (np. przyjmującego domniemanie pochodzenia dziecka od drugiej osoby tej samej płci, która pozostaje z matką dziecka w rejestrowanym związku partnerskim, albo od drugiego mężczyzny, który wraz z ojcem dziecka, nabył podobny stan cywilny w drodze kontraktu z *surrogate mother*). Tryb transkrypcji nie może być bowiem sposobem na naruszenie podstawowych zasad porządku prawnego państwa prowadzącego rejestr⁶⁴.

⁶³ Na marginesie warto zauważyć, że to prawo obce i państwo, które przewiduje nietypowe rozwiązania prawne, powinno troszczyć się, by podmioty tychże rozwiązań mogły w jakiś sposób (choćby częściowy) z nich skorzystać w innym państwie, którego prawo rodzinne może się różnić (np. w Polsce). Mogłoby to polegać na wystawianiu na tyle szczegółowych dokumentów związanych z pochodzeniem dziecka (np. adnotacja, że to ona je urodziła), żeby można było za granicą sprawnie udowodnić, że określone dziecko pochodzi biologicznie od określonej kobiety, będącej obywatelką innego państwa.

⁶⁴ Zob. więcej A. Czajkowska, *Postępowanie urzędów stanu cywilnego w przypadkach, gdy fakt urodzenia, małżeństwa lub zgonu nastąpił za granicą*, [w:] *Obrót prawny z zagranicą w sprawach stanu cywilnego*, Lublin 1997, s. 56–62; P. Kasprzyk, *Sporządzanie aktów stanu cywilnego na podstawie dokumentów zagranicznych. Uwagi na tle art. 73 ust. 1 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego*, *Roczniki Nauk Prawnych* 2010, tom 20, nr 2, s. 215–245; P. Wypych, *Zakres badania obcego aktu w ramach postępowania transkrypcyjnego*, „*Niezbędnik USC. Forum Pracowników Urzędów Stanu Cywilnego przy Małopolskim Instytucie Samorządu Terytorialnego i Administracji*” 2014, nr 1, s. 6–7; K. Gładych, *Wpisanie zagranicznego aktu stanu cywilnego do rejestru stanu cywilnego*, „*Technika i USC*” 2015, nr 2–3, s. 29–32 i cyt. tam literatura; P. Kasprzyk, *Rejestracja zdarzenia mającego miejsce za granicą a transkrypcja zagranicznych dokumentów stanu cywilnego*, *Metryka* 2016, nr 1, s. 147–159.

VII. Uwagi końcowe

1. Potrzeba i uzasadnienie utrzymania dotychczasowej linii orzeczniczej oraz argumentacji wyroku NSA z 20 VI 2018 r.

Uzasadnione wydaje się podtrzymanie dotychczasowej linii orzeczniczej NSA i decyzji kierowników USC⁶⁵, a tym samym – kontynuacja stanowiska wyrażonego w wyroku NSA z 20 VI 2018 r. i – powołanego w nim – wcześniejszego orzecznictwa (w tym wyroku NSA z 17 XII 2014 r.⁶⁶). Nie zasługują natomiast na aprobatę tezy wyrażone przez NSA w uzasadnieniu wyroku z 10 X 2018 r. oraz WSA w Poznaniu w wyroku z 5 IV 2018 r.

Brak możliwości przeniesienia do polskiego rejestru stanu cywilnego z obcego dokumentu treści niezgodnej z podstawowymi zasadami prawa krajowego jest uzasadnione w szczególności koniecznością ochronę podstawowych zasad polskiego porządku prawnego (*legis fori*), które nie uległy zmianie w ostatnich latach, a ponadto są zakorzenione konstytucyjnie. Argumentacja zawarta w uzasadnieniach wyroków NSA z 17 XII 2014 r. oraz z 20 VI 2018 r. zasługuje na aprobatę i – inaczej niż to przyjął WSA w Poznaniu w wyroku z 5 IV 2018 r. – jest nadal aktualna wobec braku zmiany stanu normatywnego w Polsce. Do zmiany mógłby natomiast *de facto* doprowadzić (nad)aktywizm sędziowski zaprezentowany w krytykowanych wyżej uzasadnieniach. W szczególności aktualne pozostają tezy uzasadnień wyroków NSA z 17 XII 2014 r. oraz z 20 VI 2018 r. na temat polskich ustrojowych zasad konstytucyjnych oraz podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego, a ponadto odnośnie do odrębności ogólnego postępowania (sprawy) o transkrypcję oraz szczególnego postępowania (sprawy) np. o wydanie dowodu tożsamości lub o potwierdzenie obywatelstwa. Aktualność zachowują także dokładne uwagi zawarte w uzasadnieniach tych wyroków na temat nietrafności powoływanych obficie przez wnioskodawców argumentów mówiących o naruszeniu przez polskie organy prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej. Do tych ostatnich warto dodać, że podejście zaprezentowane w krytykowanych orzeczeniach może co prawda ułatwić załatwienie sprawy o wydanie dziecku dowodu osobistego, ale jednocześnie oznaczać będzie zburzenia „od środka” polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego⁶⁷, a nawet naruszenie fundamentów prawa ustrojowego i rodzinnego w polskim porządku prawnym.

⁶⁵ Zob. E. Przyśliwska-Urbaneck, *Aktualne orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczące rejestracji pochodzenia dziecka...*, [w:] *Kolizyjne i procesowe aspekty prawa rodzinnego...*, s. 151–160.

⁶⁶ II OSK 1298/13.

⁶⁷ Tak M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego...*, s. 53 i n.; tenże, *Transkrypcja aktu urodzenia dziecka, które zostało uznane za granicą...*, s. 347–350.

2. Potrzeba ochrony podstawowych zasad polskiego porządku prawnego w zakresie prawa osobowego i rodzinnego

Podstawowe zasady prawa polskiego, w tym rozumienie stanu cywilnego oraz zasady filiacji, skutkują brakiem możliwości transkrypcji kobiety jako „ojca” lub mężczyzny jako „matki”. Państwo dokonujące rejestracji stanu cywilnego, na przykład Polska, może (a nawet musi) dbać o to, by system ten był kompatybilny z podstawowymi zasadami ustrojowymi i prawa rodzinnego forum⁶⁸, w szczególności jeżeli krajowe akta mają daleko idące skutki (art. 3 p.a.s.c.), a załatwienie poszczególnych spraw polskiego obywatela możliwe jest też bez dokonywania transkrypcji obcych dokumentów.

Za aktualne należy uznać stwierdzenie z uzasadnienia wyroku NSA z 20 VI 2018 r. mówiące, że „(...) nie może budzić wątpliwości, że wpisanie do polskich ksiąg stanu cywilnego treści zagranicznego aktu urodzenia, który obok matki dziecka jako drugiego rodzica wymienia kobietę, w konsekwencji czego rodzicami dziecka są osoby tej samej płci, stanowiłoby pogwałcenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego”. Taką samą ocenę trzeba by odnieść do żądania przepisania do polskiego rejestru stanu cywilnego statusu „rodziców jednopłciowych” (w praktyce – homoseksualnej pary) nabytego za granicą przez dwóch mężczyzn w stosunku do jednego (tego samego) dziecka, w szczególności nabytego drogą kontraktu z tzw. *surrogate mother*. Trzeba mieć bowiem na względzie, że praktyczne znaczenie badanego orzecznictwa, w tym wyroków NSA z 20 VI 2018 r. oraz 10 X 2018 r., nie obejmuje wyłącznie dwóch kobiet, ale – odpowiednio – również dwóch mężczyzn zarejestrowanych za granicą w „akcie urodzenia” zamiast biologicznych rodziców dziecka.

3. Potrzeba załatwienia szczegółowych spraw administracyjnych dziecka

Postulowane rozwiązanie w sprawach ogólnych o transkrypcję nie oznacza jednak braku możliwości załatwienia szczegółowej sprawy administracyjnej dziecka, np. stwierdzenia obywatelstwa lub uzyskania dowodu tożsamości. Warto postulować *de lege lata*, by w takich – osobnych niż postępowania, których dotyczy sprawa rozpoznana wyrokiem NSA w Poznaniu będąca w toku rozpoznania przez NSA – postępowaniach znalazła zastosowanie wykładnia podobna do przyjętej przez Sąd Najwyższy w uchwale z 20 XI 2012 r. Pozwoliłoby to na tle

⁶⁸ Zasady dotyczące rodzicielstwa i dziecka ustrojodawca wysunął na czoło Konstytucji RP z 1997 r., a art. 18 został wpisany w treść działu I pt. Rzeczpospolita, który określa podstawy ustroju Polski. Na temat konstytucyjnego ujęcia podstawowych zagadnień prawa rodzinnego, w tym rodzicielstwa – zob. W. Borysiak, [w:] *Konstytucja RP. Art. 1–86. Komentarz...*, s. 478 i n. Zob. też M. Nazar, *Niektóre zagadnienia małżeństwa i rodziny w świetle unormowań Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Rejent 1997, nr 5, s. 109–110; T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji RP*, Państwo i Prawo 1997, nr 11, s. 188; S. Kalus, *Konstytucyjne źródła zasad polskiego prawa rodzinnego*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. I. Bogucka, Z. Tobor, Kraków 2003, s. 105–106.

obowiązujących przepisów, by zagraniczny dokument był traktowany jako dowód pochodzenia dziecka od biologicznych rodziców (mężczyzny i kobiety, która dziecko urodziła)⁶⁹. *De lege ferenda* pożądana byłaby interwencja ustawodawcy, na przykład polegająca na zniesieniu podwyższonych wymagań dowodowych w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. bądź dokładnie określająca zakres zagranicznej treści, która może być transkrybowana bez naruszenia podstawowych zasad prawa rodzinnego forum, do których niewątpliwie należy rozumienie pochodzenia dziecka jako sumy macierzyństwa i ojcostwa⁷⁰.

4. Potrzeba zbadania konstytucyjności

4.1. Kwestia naruszenia praw polskiego obywatela

W razie zaistnienia wątpliwości prawnych przy rozpoznawaniu podobnych spraw (też w powiązanych postępowaniach w sprawach szczegółowych) przez kolejne składy NSA, ewentualnie w braku podzielenia w przyszłych wyrokach NSA proponowanego ujęcia oraz potwierdzenie w nich reinterpretacji prawa o aktach stanu cywilnego, uzasadniona wydawałaby się w szczególności inicjatywa zadania pytań (lub złożenia wniosków) do Trybunału Konstytucyjnego. Ich celem byłoby wówczas, po pierwsze – spoglądając pozytywnie na potrzebę załatwienia powiązanych spraw dziecka, które są przedmiotem innych postępowań administracyjnych – doprowadzenie do zbadania, czy na przykład ust. 5 art. 104 p.a.s.c. jest niezgodny z art. 34 ust. 1 Konstytucji („Obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi”), ponieważ stwarza podwyższone wymagania dowodowe w postępowaniu administracyjnym, których spełnić nie można z uwagi na niemożność transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka z uwagi na brak odpowiedniego dokumentu zagranicznego (np. brak matki dziecka) lub wymaganie transkrypcji przeniesienia całości treści zagranicznej rejestracji (np. dwóch osób tej samej płci). Skutkiem wyroku byłaby fakultatywność transkrypcji oraz możliwość wykazania ojcostwa lub macierzyństwa np. w postępowaniu o wydanie dowodu tożsamości bez konieczności wcześniejszego postępowania w trybie art. 102 i n. p.a.s.c.

⁶⁹ Na temat kwestii biologicznych w procesach dotyczących pochodzenia dziecka zob. *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze...*, s. 27 i in.

⁷⁰ Co dokładnie wyjaśnił, też w kontekście prawa międzynarodowego, NSA w uzasadnieniu wyroku z 20 VI 2018 r., II OSK 1808/16.

4.2. Kwestia naruszenia zasad polskiego prawa rodzinnego przez zmianę sposobu rejestracji stanu cywilnego

Ze strony negatywnej, koniecznej dla ochrony podstawowych zasad polskiego prawa osobowego i rodzinnego, celowe byłoby zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny, czy zgodna z art. 7 i 18 Konstytucji RP jest zredefiniowana treść art. 104 ust. 5 p.a.s.c. w części „transkrypcja jest obligatoryjna”, z której miałyby wynikać, że wyłącza on w niektórych, oznaczonych w tym ustępie, sytuacjach ogólne zasady prowadzenia polskiego rejestru stanu cywilnego (art. 103 p.a.s.c., mówiący o zasadzie odmowy rejestracji zdarzenia, jeżeli rejestracja zdarzenia byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego Polski) oraz ogólne zasady transkrypcji, w tym art. 104 (mówiący o transkrypcji dokumentu na temat stanu cywilnego, który trzeba rozumieć według norm krajowych, do których nie należy „pochodzenie” dziecka od drugiej osoby tej samej płci) i art. 107 p.a.s.c. (mówiący, po pierwsze, że kierownik odmawia dokonania transkrypcji, jeżeli obcy dokument potwierdza zdarzenie inne niż urodzenie, w tym pochodzenie dziecka, a po trzecie, że odmawia, jeżeli transkrypcja byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego).

Z dystansem należy podejść do konstytucyjności innego sposobu wykładni lub nowelizacji, które polegałyby na zmianie p.a.s.c. i wyraźnym wprowadzeniu możliwości dokonywania częściowej transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego. Takie rozwiązanie można by nawet na tle aktualnych przepisów przyjąć jako rezultat zastosowania klauzuli porządku publicznego (odrzućcie części treści zagranicznej rejestracji, tj. drugiej kobiety zamiast ojca dziecka, jako sprzecznej z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego). Mogłaby do takiego rozwiązania tym bardziej prowadzić nowelizacja przepisów celem opisanego działania polegającego na „dokonaniu transkrypcji aktu urodzenia w ten sposób, że w rubryce nr 2 „dane rodziców” w miejscu „matka” zostałyby wpisane dane biologicznej matki, a rubryka „ojciec” albo zostałaaby uzupełniona danymi fikcyjnego mężczyzny albo – co stanowiłoby novum – pozostałaby pusta z uwagi na specyfikę częściowej transkrypcji. Wydaje się, że wprowadzenie takiej możliwości wywoływałoby więcej negatywnych konsekwencji niż skutków pozytywnych. Po pierwsze, mogłoby u osób mieszkających za granicą (a takiego rodzica w praktyce będzie dotyczyć) rodzić pretensję, że w transkrybowanym akcie został dopisany fikcyjnie mężczyzna. Pod drugie, odstępienie od dopisania danych fikcyjnego ojca i pozostawienie pustego miejsca oznaczałoby wyłom w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, dla którego przekonującym argumentem mogłaby jednak nie być specyfika transkrypcji.

Niepożądane wydaje się więc przyjęcie jako rozwiązania częściowej (połówkowej) transkrypcji, tj. automatycznego przepisania, bez dodatkowych działań wyjaśniających stan faktyczny, do polskiego rejestru stanu cywilnego (aktu urodzenia) danych jednej z dwóch kobiet wpisanych do zagranicznego systemu rejestracji. W szczególności nie można by zaakceptować rozwiązania polegającego na tym, że jeżeli o taką transkrypcję wnosi obywatelka

polska wpisana za granicą jako jedna z – dwóch w obcym rozumieniu – matek, to należy dokonać transkrypcji aktu urodzenia z jej danymi. Takie automatyczne działanie naruszałoby podstawową zasadę polskiego porządku prawnego, jaką jest macierzyństwo kobiety, która dziecko urodziła. Tym samym groziłoby to naruszeniem art. 105 ust. 1–3 i art. 107 p.a.s.c. W obcych systemach prawnych oraz systemach rejestracji obywatelka (obywatel) polski może być bowiem wpisana jako jedna z dwóch „matek” („ojców”) nie z uwagi na naturalne (biologiczne) pochodzenie dziecka, ale na skutek domniemania pochodzenia od drugiej kobiety (drugiego mężczyzny), która (który) z matką-rodzicielską (ojcem) pozostaje pod rządami obcego prawa w związku małżeńskim, w tym na skutek nabycia statusu rodzica drogą umowy z tzw. matką zastępczą. Stąd w razie akceptacji rozwiązania polegającego na częściowej transkrypcji, potrzebne byłby uregulowanie takich sytuacji szczególnych. Potrzebny byłby na przykład przepis mówiący, że jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwie kobiety, transkrypcji częściowej dokonuje się poprzez umieszczenie danych osobowych matki, która dziecko urodziła. Jeżeli w zagranicznym dokumencie wpisano jako rodziców dwóch mężczyzn, dokonuje się transkrypcji częściowej poprzez umieszczenie danych mężczyzny, od którego dziecko biologicznie pochodzi. Wykazanie urodzenia oraz pochodzenia może nastąpić przy użyciu każdego środka dowodowego.

Wątpliwości natury jurydycznej budziłby też postulat rozwiązania omawianego problemu przez odnotowywanie w formie przypisku (art. 25 ust. 1 p.a.s.c.) danych drugiej kobiety, która za granicą została zarejestrowana zamiast ojca dziecka. Dokonywanie takiego przypisku naruszałoby bowiem krajowy porządek prawny. Przypisek zawiera informacje o innych aktach stanu cywilnego dotyczących tej samej osoby oraz informacje wpływające na stan cywilny tej osoby. Tym samym dotyczy on dokumentowania szeroko rozumianej problematyki stanu cywilnego, a po drugie – przede wszystkim – jest on częścią składową polskiego systemu rejestracji stanu cywilnego. Informacja wprowadzana do rejestru w formie przypisku jest zamieszczana przy akcie stanu cywilnego. Polski system rejestracji stanu cywilnego, postrzegany całościowo, musi być konsekwencją podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, w tym zasad ustrojowych (art. 18 Konstytucji). Nazwę „akty stanu cywilnego” trzeba bowiem w tym kontekście rozumieć jako „polską rejestrację stanu cywilnego”, a nie wyłącznie jako akty urodzenia, małżeństwa lub zgonu, które zakresu tejże rejestracji nie wyczerpują.

5. Potrzeba nowelizacji Prawo o aktach stanu cywilnego

Dla klaryfikacji stanu normatywnego, rozważać można by również zmianę ust. 5 art. 104 p.a.s.c., polegającą na rezygnacji z obowiązku transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego, jeżeli polski obywatel ubiega się o polski dokument tożsamości lub nadanie numeru PESEL. Na tle poprzedniej ustawy dokonywanie transkrypcji było fakultatywne i takie

rozwiązanie w obecnej rzeczywistości widzieć można jako optymalne. Celem wykazania obywatelstwa, bazującego na macierzyństwie lub ojcostwie zgodnie z zasadami polskiego prawa rodzinnego, można by wówczas nadal dokonywać transkrypcji zagranicznego aktu, ale byłoby to fakultatywne. W sytuacjach, w których nie znajduje zastosowania – na przykład w stanie faktycznym u podstawy omawianego orzeczenia – wykazanie pochodzenia dziecka od polskiego obywatela mogłoby nastąpić też innymi środkami, w tym w prostym trybie opisanym w art. 1138 k.p.c. Warto mieć przy tym na względzie, że w uzasadnieniu nowej ustawy p.a.s.c. (s. 51) wskazano, że:

„Bezsprzecznie moc dowodowa zagranicznych aktów stanu cywilnego nie zależy od ich zarejestrowania w polskim systemie rejestracji stanu cywilnego, a posiadanie takiego dokumentu jest wystarczającym potwierdzeniem urodzenia (...).⁷¹

W sprawach dotyczących obywatelstwa dziecka do wykorzystania może być też, przewidziane w art. 55 u.obyw.pol., postępowanie przed wojewodą w sprawie potwierdzenia obywatelstwa polskiego. Warto mieć przy tym na względzie, że w świetle – stosowanego od 16 lutego 2019 r. – rozporządzenia UE nr 1191/2016 zagraniczne dokumenty w omawianym zakresie zwolnione są z legalizacji lub podobnej czynności, a wielojęzyczne standardowe formularze mogą być stosowane jako tłumaczenie pomocnicze załączane.

I bez nowelizacji p.a.s.c., przy wykorzystaniu wykładni art. 1138 k.p.c. przyjętej przez SN w uchwale z dnia 20 XI 2012 r., możliwe jest odejście od praktyki wymagania wcześniejszej transkrypcji przed postępowaniem o wydanie dowodu tożsamości, z uwagi na przyjęcie istnienia aktu (tj. części zagranicznej rejestracji mówiącej o pochodzeniu dziecka od kobiety, która je urodziła) w rozumieniu art. 3 p.a.s.c.

W uzasadnieniu projektu p.a.s.c. – prócz sygnalizowanych wyżej: dodania czterech przepisów wyrażających klauzule porządku publicznego oraz wyjaśnienia, że wprowadzenie obligatoryjnej transkrypcji w kilku sytuacjach było uzasadnione specyfiką systemu teleinformatycznego i dążeniem do uzupełniania danych osobowych potrzebnych do nadania PESEL w postępowaniu o transkrypcję, a nie w postępowaniu np. o wydanie dowodu tożsamości – zauważono, że:

„Polska nie będzie jedynym krajem w Europie, w którym transkrypcja zagranicznego aktu stanu cywilnego jest obowiązkowa. Obligatoryjną transkrypcję wprowadzono m.in. w Szwajcarii czy Słowacji”⁷².

Z powyższego wynika, że wprowadzone rozwiązanie prawne nie jest powszechne, a ponadto, że w większości państw europejskich administracja państwowa radzi sobie z wydawaniem dowodów tożsamości oraz w innych sytuacjach, o których mowa w art. 104 ust. 5 p.a.s.c. bez obowiązkowej transkrypcji krajowej, lecz z wykorzystaniem zagranicznych dokumentów.

⁷¹ Zob. Rządowy projekt ustawy - Prawo o aktach stanu cywilnego..., s. 50..

⁷² Rządowy projekt ustawy - Prawo o aktach stanu cywilnego..., s. 51.

Zastrzeżenia, o których była mowa wyżej w szczegółach, budziłoby natomiast rozwiązanie polegające na zmodyfikowanej transkrypcji zagranicznego aktu, polegające na wpisaniu w akcie urodzenia danych jednej osoby w powiązaniu z odnotowywaniem danych drugiej osoby tej samej płci w formie przypisku.

6. Osobne zagadnienie praw i obowiązków względem dziecka – wzmianka

Osobne zagadnienie (poza p.a.s.c., które dotyczy faktu urodzenia i pochodzenia, a zatem – poza omówionymi sprawami i postępowaniami) stanowi sprawowanie władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, możliwość adopcji, sprawowanie funkcji opiekuna prawnego oraz prawo do osobistej styczności z dzieckiem i ochrony życia rodzinnego. To osobne zagadnienia prawa rodzinnego i prawa prywatnego międzynarodowego, które mogą być, lecz nie muszą być pochodną stanu cywilnego matki lub ojca dziecka. Zakres przedmiotowy aktów normatywnych go regulujących intencyjnie (z uwagi na znaczne różnice w prawach krajowych i niemożność ujednolicenia standardów na poziomie międzynarodowym) nie obejmuje stanu cywilnego i prawnego pochodzenia dziecka⁷³. Tych obszarów nie można mieszać z kwestią krajowej rejestracji urodzenia oraz pochodzenia (macierzyństwa i ojcostwa). Przecież większość rodziców mieszkających za granicą z dziećmi, kiedy przyjeżdża do Polski, funkcjonuje normalnie bez transkrybowania zagranicznych aktów. W istocie takie funkcjonowanie miało miejsce również przed polskimi organami administracji i sądami administracyjnymi w omówionych sprawach, skoro osoby sprawujące zgodnie z obcym prawem władzę

⁷³ Art. 1–2 konwencji o jurysdykcji, prawie właściwym, uznawaniu, wykonywaniu i współpracy w zakresie odpowiedzialności rodzicielskiej oraz środków ochrony dzieci, sporządzonej w Hadze 19 października 1996 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr 172, poz. 1158) oraz art. 1–2 rozporządzenia UE nr 2201/2003 z 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej (Dz.U. UE L 2009 r. Nr 347, s. 32). Zgodnie z art. 16 ust. 3 konwencji haskiej z 1996 r.: „Odpowiedzialność rodzicielska, która istnieje na mocy prawa Państwa miejsca stałego pobytu dziecka istnieje po zmianie tego miejsca stałego pobytu na inne państwo”. Może ona jednak w świetle art. 15 ust. 3 i art. 17 konwencji zostać zmodyfikowana lub wyłączona drogą orzeczenia sądu państwa, w którym dziecko stale przebywa (ma zwykły pobyt). Zob. P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, [w:] *Hague Conference on Private International Law, Proceedings of the Eighteenth Session*, 30 September to 10 October 1996, Tome II, *Protection of children*, Hague 1998, s. 581 i in., www.hcch.net (dostęp: 20.03.2019 r.), oraz P. Mostowik, *Władza rodzicielska w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 2014, s. 169 i n. W raporcie wyjaśniono, że omawiane postanowienia dotyczą bardzo delikatnego problemu zmiany właściwości prawa, powodowanej zmianą zwykłego pobytu dziecka. Ich brzmienie ma stanowić pogodzenie dwóch poglądów. Pierwszy mówił, że zmiana zwykłego pobytu powinna korespondować ze zmianą prawa właściwego dla przyznania lub wygaśnięcia z mocy prawa odpowiedzialności rodzicielskiej. Jest to rozwiązanie wygodne dla organów stosujących przy wykonywaniu jurysdykcji własne prawo, jak też daje pewność obrotu z osobami trzecimi, które nie muszą brać pod uwagę prawa państwa poprzedniego pobytu. Według drugiej opinii ważniejsze jest zachowanie „ciągłości ochrony”, co powoduje, że prawa i obowiązki rodzicielskie przyznane z mocy prawa powinna trwać mimo zmiany zwykłego pobytu dziecka. Korzyścią wynikającą z tego podejścia ma być uniknięcie przerwania ochrony, np. gdy prawo nowego państwa zwykłego pobytu nie przewiduje odpowiedzialności rodzicielskiej z mocy prawa i uzależnia jej nabycie od interwencji władzy publicznej.

rodzicielską były traktowane jako legitymowane do zastępowani dzieci w postępowaniach administracyjnych i sądowoadministracyjnych.

Dla ułatwienia określenia statusu osobowego dzieci pochodzących od polskich obywateli można wykorzystać obecnie zmieniony kontekst normatywny po wyroku NSA z 30 X 2018 r. oraz uchwałę SN z 2012 r., z których można by wywodzić możliwość udowodnienia pochodzenia dziecka od polskiego obywatela bez konieczności transkrypcji. Taka szczegółowa możliwość dezaktualizuje – przyjętą przez NSA w wyroku z 10 X 2018 r. – nieproporcjonalną w swych generalnych skutkach, konieczność dokonania wpisu zagranicznej treści do polskiego rejestru w trybie art. 104 i in. p.a.s.c. Za aktualne trzeba uznać wyjaśnienie z uzasadnienia wyroku NSA z 20 VI 2018 r., mówiące, że: „Taka wykładnia ma pełne umocowanie w obowiązującym porządku prawnym, a nie godzi też w interes dziecka, które jest zapewnione przez moc dowodową zagranicznych dokumentów urzędowych (art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego)”⁷⁴.

7. Obserwacja prawnoporównawcza

Ogólniejsza końcowa konkluzja, to obserwacja, że państwa, w których systemach prawnych wprowadzono daleko idące zmiany (np. odejście od rozumienia prawnego rodzicielstwa jako sumy macierzyństwa i ojcostwa, które jest fundamentem prawa polskiego) nie mogą i nie „wymagają” od pozostałych (tu nawet większości państw na świecie, przy czym proporcja nie jest istotna lecz *lex fori*), by te ostatnie uznawały, nawet pośrednio, takie zmodyfikowane za granicą ujęcie. Godziłoby to bowiem w zasadę równości państw oraz ich suwerenności. Logicznie rzecz biorąc, postulat uznawania skutków zastosowania jakiegokolwiek (każdego) obcego prawa nie byłby możliwy do realizacji, ponieważ poszczególne systemy prawne (prawodawstwa) na świecie niekiedy są ze sobą sprzeczne (np. odnośnie do tożsamości małżeństwa lub – w istocie faktu – filiacji, czyli rodzicielstwa jako macierzyństwa powiązanego z ojcostwem) i nie da się ich wszystkich pogodzić. Stąd kluczowe znaczenie na danym terytorium muszą mieć podstawowe zasady prawa osobowego i rodzinnego państwa, które prowadzi dany rejestr.

Można nawet bronić twierdzenia, że stąd część zarzutów wyrażonych w toku postępowań przez wnioskodawców i Rzecznika Praw Obywatelskich powinno zostać skierowanych nie

⁷⁴ Zob. też WSA w Gliwicach z dnia 6 maja 2010 r., sygn. II SA/GI 669/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F41F09B443> (dostęp: 20.03.2019 r.). Podkreślono w nim, że „(...) należy stwierdzić, że zagraniczny akt stanu cywilnego, jako dokument urzędowy, posiada na terenie Polski taką samą moc jak polski akt stanu cywilnego (sporządzony na Ukrainie bez potrzeby legalizacji) i (...) stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych”. Oczywiście z faktu udowodnienia określonej treści zagranicznego wpisu do rejestru wynikać będzie, że zagraniczny akt potwierdzi materialnoprawne skutki (uznanie rejestracji obcej, fikcje prawne prawa obcego), które są zgodne z podstawowymi zasadami krajowej rejestracji stanu cywilnego oraz polskiego rozumienia stanu cywilnego (np. pochodzenia dziecka prawnego za faktami biologicznymi, tj. od kobiety i mężczyzny).

przeciwko prawu polskiemu oraz polskim organom i sądom, ale przeciw państwu wprowadzającemu nietypowe rozwiązania dotyczące pochodzenia dziecka (np. organizującemu procedury *surrogate motherhood*). Zarazem bowiem to państwo, przez nieinformowanie w dokumentach dotyczących urodzenia dziecka o jego matce, *de facto* utrudnia wywołanie choć niektórych skutków prawnych w Polsce i licznych państwach o podobnym prawie (np. udowodnienia na potrzeby załatwienia sprawy administracyjnej, który z dwóch mężczyzn nabywających pod rządami obcego prawa status „rodziców”, jest rzeczywiście ojcem dziecka w rozumieniu prawa państwa żądanej rejestracji)⁷⁵.

Na koniec warto przytoczyć celne słowa Sądu Okręgowego w Warszawie z uzasadnienia wyroku z dnia 16 II 2012 r.⁷⁶ Sąd, zajmując się odmową dokonania rejestracji stanu cywilnego sprzecznej z podstawowymi zasadami polskiego prawa, działanie kierownika urzędu stanu cywilnego uznał za rzetelne wykonywanie obowiązków i wykazanie posiadania wiedzy na temat przepisów, które urzędnik z racji sprawowanej funkcji winien znać. Sąd dodał przy tym, że: „[p]olski system prawny nie ma charakteru *common law*. Zatem polski Sąd winien orzekać w oparciu o obowiązujące przepisy prawa i swymi orzeczeniami nie usiłować tworzyć precedensów”. Słowa te mogą posłużyć jako końcowy komentarz do omówionego wyżej działania kierowników urzędów stanu cywilnego i wojewodów oraz wyroków sądów administracyjnych.

⁷⁵ Zob. więcej P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother...*, s. 70 i n.

⁷⁶ VI Ca 860/11, LEX nr 1923795.

