

Anna Kalisz*, Anna Chmielarz-Grochal**

Rola sądów administracyjnych w zapewnieniu ochrony praw dzieci par jedнопłciowych (w kontekście prawa europejskiego)

The Role of Administrative Courts in Ensuring the Protection of the Rights of Children of Same-Sex Couples (in the Context of European Law)

STUDIA I ANALIZY

Słowa kluczowe: prawa podstawowe, prawa dziecka, ochrona praw dzieci par jedнопłciowych, sądy administracyjne, dynamiczna wykładnia prawa

Keywords: fundamental rights, children's rights, protection to the rights of children of same-sex couples, administrative courts, dynamic interpretation of law

Abstrakt: Rola sądów w zakresie ochrony praw jednostki i tzw. prawotwórstwo sądowe stanowią zagadnienia teoretyczne o doniosłym znaczeniu dla praktyki stosowania prawa, jako że dotyczą odpowiedzi na pytanie o to, co wolno sądziemu w sytuacji, gdy przepisy ustawowe w ocenie sądu są nieaktualne lub niewystarczające do rozstrzygnięcia w konkretnym stanie faktycznym z uwagi na zmianę stosunków społecznych.

Przedmiotem opracowania jest ukazanie roli sądów administracyjnych w zakresie ochrony praw dzieci par jedнопłciowych. Współczesne zjawiska funkcjonujące na skalę europejską, takie jak: otwarte granice i ruchy migracyjne, pluralizm stylów życia, czy rozwój technologii informacyjnych i medycznych znajdują odzwierciedlenie w stosunkach prawnych regulowanych przez różnorodne gałęzie prawa, w tym w normach regulujących sprawy mieszczące się w zakresie kognicji sądów administracyjnych. Stanowią też, *inter alia*, źródło problemów w tytułowym zakresie, związanych z interpretacją owych norm. Orzecznictwo może odegrać istotną rolę zarówno w dynamicznym interpretowaniu prawa

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9855-0067>, dr hab., prof. UMCS, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. E-mail: a_kalisz@yahoo.pl

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4667-9410>, dr, Uniwersytet Łódzki. E-mail: achmielarz@wpia.uni.lodz.pl

w ramach realiów społecznych, ujednocianiu praktyki, jak i poszerzaniu świadomości ochrony praw jednostki.

Tytułowa tematyka przedstawiona jest w świetle prawa europejskiego – przede wszystkim w świetle standardów i zasad prawa, których źródłami są: tradycje państw europejskich oraz prawo krajowe, regulacje między- i ponadnarodowe oraz case-law Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Warto przy tym podkreślić, że jeżeli chodzi o prawo unijne nie nastąpiła w tym zakresie harmonizacja lub ujednoczenie standardów na poziomie wspólnotowym (ani konwencyjnym) z uwagi na nieprzekazanie Unii Europejskiej stosownych kompetencji przez państwa członkowskie. Zgodnie z zasadą przyznania Unia może działać tylko w zakresie swoich kompetencji i ma ich tylko tyle, ile powierzyły jej państwa członkowskie. Zatem wszystkie materie niewskazane wprost jako kompetencje UE pozostają w gestii autonomicznej regulacji państw członkowskich. Kwestie te wchodzi jednakże – pośrednio – w zakres normowania przewidziany przez Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Europejską Konwencję Praw Człowieka – EKPC). W opracowaniu wykazano, że sądy administracyjne – z zasady orzekające zachowawczo i formalistycznie – potrafią odwołać się do wartości elastyczności stosowania prawa w sytuacji konieczności przyznania ochrony praw dzieci par jedнопłciowych.

Abstract: *The role of courts in the protection of individual and the so-called judicial lawmaking are theoretical issues of a major importance for legal practice (law application), as they concern the answer to the question of what a judge when the statutory provisions, in the opinion of the court, are outdated or insufficient in relation to the factual situation being resolved, due to ongoing alterations in social relations.*

The aim of the study is to point out the role of administrative courts in protecting the rights of children of same-sex couples. Contemporary phenomena operating on a European scale, such as open borders and migrations, pluralism of lifestyles, or the development in infotech and biotech (also medical technologies), are reflected in legal relationships regulated by various branches of law, including the norms regulating cases falling within the scope of cognition of administrative courts. They are also, inter alia, a source of problems in the title area related to the interpretation of such norms. Case-law can play an important role in both dynamically interpreting the law within social realities, unifying practice and rising the awareness of rights protection.

The title subject is presented in the light of European law – primarily in the light of standards and principles of law, the sources of which are: traditions of European states and national law, inter- and supranational regulations and case-law of the European Court of Human Rights (ECHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU). It is worth noting that, as far as EU law is concerned, there has been no harmonisation or unification at the community (or Convention) level in this area due to lack of delegation the relevant competences to the European Union by the Member States. According to the principle of conferral, the Union can only act within the scope of its competence and has only as much competence as the Member States have conferred on it. Thus, all matters not explicitly indicated as EU competences remain under the autonomous regulation of the Member

States. However, these title matters fall – indirectly – within the scope of the norms provided for by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights – ECHR). The paper shows that administrative courts – which as a rule are to pass conservative and formalistic judgements – are able to refer to the value of flexibility in the law application, when it is necessary to grant protection to the rights of children of same-sex couples.

1. Współczesne zjawiska funkcjonujące na skalę europejską, takie jak: otwarte granice i ruchy migracyjne, czy też rozwój technologii informacyjnych i medycznych, znajdują odzwierciedlenie w stosunkach prawnych regulowanych przez różnorodne gałęzie prawa, w tym w normach regulujących materie mieszczące się w zakresie kognicji sądów administracyjnych. W szczególności rozwój medycyny może wpływać na kształt współczesnej rodziny poprzez pojawianie się dzieci par jedнопłciowych (w tym i par męskich), a tym samym stanowić źródło wyzwań dla ustawodawcy, organów państwa i przedstawicieli środowiska prawniczego, którzy muszą ustosunkować się do nowych zjawisk. Dotyczy to także sądów, które w celu rozstrzygnięcia konkretnych sporów prawnych w procesie wykładni i stosowania prawa nie powinny abstrahować od kontekstu danej sprawy. Jednakowoż istotne są zatem ustalenia sądu co do okoliczności faktycznych i prawnych sprawy.

Wymienione wyżej zjawiska stanowią również źródło problemów w zakresie ochrony praw jednostki, w tym dzieci par jedнопłciowych związanych z interpretacją norm prawnych. Może to prowadzić do kolizji, tak normatywnych, jak i interpretacyjnych oraz orzeczniczych, zwłaszcza, że poszczególne państwa europejskie różnie nań reagują (bądź nie reagują). Praźródłem tych kolizji jest konflikt i/lub konkurencja wartości chronionych prawem, a przynajmniej ich tradycyjnego bądź zmodernizowanego rozumienia (czyli *de facto* wykładni) – *hard cases*¹. W analizowanym przypadku dochodzi najczęściej do konfliktu i/lub konkurencji takich wartości jak konstytucyjnie chroniona, w swym zastanym rozumieniu, różнопłciowość związków małżeńskich² (art. 18 Konstytucji RP³) oraz prawo każdego dziecka do obywatelstwa (art. 24 ust. 3

¹ R. Dworkin, *Hard Cases*, «Harvard Law Review» 1975, vol. 88, nr 6, s. 1057–1109.

² B. Banaszkiwicz, „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP, «Kwartalnik Prawa Prywatnego» 2013, nr 3, s. 591–656. Zobacz również określenie zwrotu „związek mężczyzny i kobiety” mianem zwrotu definicyjnego A. Mączyński, *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013, s. 90.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych⁴) i nadrzędność interesu dziecka⁵ (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka⁶). Orzecznictwo może odegrać istotną rolę zarówno w dynamicznym interpretowaniu prawa w ramach realiów społecznych, ujednocinaniu praktyki, jak i poszerzaniu świadomości ochrony swych praw.

Rola sądów w zakresie ochrony praw jednostki i tzw. prawotwórstwo sądowe stanowią zagadnienia teoretyczne o doniosłym znaczeniu dla praktyki stosowania prawa, jako że dotyczą odpowiedzi na pytania „co wolno sędziemu” w sytuacji, gdy przepisy ustawowe w ocenie sądu są nieaktualne lub niewystarczające w okolicznościach faktycznych sprawy, z uwagi na zmianę stosunków społecznych. Celem artykułu jest ukazanie roli sądów administracyjnych w zakresie ochrony praw dzieci par jednopłciowych oraz urzeczywistnienie tezy, że orzecznictwo odzwierciedla dynamiczne podejście tych sądów do wykładni prawa w zmieniającej się rzeczywistości społecznej. Należy przy tym pamiętać, że wyznaczony art. 184 Konstytucji RP zakres działania sądów administracyjnych sprowadza się do oceny zgodności z prawem rozstrzygnięć podejmowanych przez organy administracji publicznej w konkretnych okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy. Jednocześnie, sądy administracyjne – realizując wynikające z art. 45 Konstytucji RP standardy prawa do sądu – powinny zapewniać skuteczną ochronę praw jednostki.

2. Wybrana tematyka opracowania mieści się w szerszym *spectrum*. W ramach swej kognicji polskie sądy administracyjne rozpatrują zasadniczo kilka rodzajów spraw opartych na problemach prawnych związanych z faktem istnienia w społeczeństwie par jednopłciowych. Są to: po pierwsze problemy związane z transkrypcją (odmową transkrypcji) aktów stanu cywilnego w kontekście praw dziecka; po drugie problemy związane z obywatelstwem (w związku z poświadczaniem obywatelstwa dzieci urodzonych za granicą, których rodzic jest obywatelem Polski) oraz pozostałe problemy prawne związane z istnieniem związków jednopłciowych, ale nie odnoszące się bezpośrednio do praw dziecka (*varia*).

Jeśli chodzi o sprawy określone powyżej terminem *varia*, to są w tej kategorii sprawy dotyczące:

⁴ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

⁵ Zob. również wytyczne UNHCR dotyczące najlepszego interesu dziecka, *Guidelines on Determining the Best Interests of the Child*, 2008, <https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html> (11.04.2023).

⁶ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526.

- 1) transkrypcji lub uznania zagranicznych aktów małżeństwa wydanych przez władze państw, w których zalegalizowane zostały małżeństwa osób tej samej płci;
- 2) zmiany nazwiska na nazwisko partnera (w związku jedнопłciowym);
- 3) sprawy podatkowe (z zakresu ustalenia wysokości podatku lub umorzenia zaległości podatkowej, wspólnego opodatkowania);
- 4) sprawy ubezpieczeniowe (objęcie małżonki/małżonka ubezpieczeniem zdrowotnym; przyznanie zasiłku opiekuńczego w związku ze sprawowaniem opieki nad członkiem rodziny).

W sprawach tych stanowisko sądów jest jednolite, oparte na wąskiej wykładni literalnej, formalistyczne (w uproszczeniu: odmowne).

3. Sprawy dotyczące poświadczenia obywatelstwa polskiego mieszczą się w zakresie kognicji sądów administracyjnych, ale też pozostają w sferze jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) jako zagadnienie objęte częściowo – i pośrednio – postanowieniami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁷. Mimo że „prawo do obywatelstwa” nie jest wymienione w katalogu praw i wolności ani w samej EKPC ani w Protokołach dodatkowych, arbitralna odmowa przyznania czy też stwierdzenia obywatelstwa może w istotny sposób ingerować w inne prawa zagwarantowane Konwencją, zwłaszcza art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 14 (zakaz dyskryminacji). Nie reguluje tej materii również prawo unijne, choć może regulować skutki prawne wynikające z danej sprawy, jak np. prawo do swobodnego przepływu osób. „Prawo do obywatelstwa” reguluje jedynie Konwencja o prawach dziecka (art. 7, także w związku z art. 8), która z istoty swej dotyczy osób małoletnich.

Przykładem jest sprawa S.-H., która dotyczyła odmowy potwierdzenia obywatelstwa polskiego dzieci (bliźniąt) pary jedнопłciowej, mimo że jeden z rodziców, którego ojcostwo potwierdził sąd w Stanach Zjednoczonych, jest obywatelem polskim. Dzieci urodziły się w Stanach Zjednoczonych w rezultacie umowy o surogację i w wyniku użycia materiału genetycznego jednego z mężczyzn. W zagranicznym (amerykańskim) akcie urodzenia jako rodzice bliźniaków widnieją: rodzic jeden (posiadający obywatelstwo polskie i izraelskie) oraz rodzic dwa (obywatel Izraela). Po wyczerpaniu drogi krajowej⁸ w skargach do ETPC (nr 56846/15 i 56849/15) skarżący zarzucili, że odmowa potwierdzenia

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r., Nr 93, poz. 284 ze zm.

⁸ Ostateczny wyrok NSA z 6 maja 2015 r., II OSK 2372/13 (CBOSA).

obywatelstwa polskiego naruszyła prawo ich dzieci do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC) oraz zakaz dyskryminacji poprzez dyskryminację ze względu na orientację seksualną (art. 14 EKPC). Do skargi w charakterze *amicus curiae* przystąpiła Helsińska Fundacja Praw Człowieka, która wspólnie z innymi podmiotami działającymi na rzecz praw jednostki, w tym praw mniejszości seksualnych, przedstawiła ETPC opinię w sprawie⁹.

Z wyroku NSA o sygn. II OSK 2372/13, wyczerpującego drogę krajową w sprawie, wynikało, że decyzja o odmowie uznania skutków prawnych wynikających z zagranicznego aktu urodzenia i tym samym odmowie poświadczenia polskiego obywatelstwa znajdowała oparcie w prawie z uwagi na to, że prawo polskie przez pojęcie „rodzice” rozumie wyłącznie ojca i matkę, zatem osoby różnej płci, a „umowy o zastępcze macierzyństwo” nie są znane polskiemu porządkowi prawnemu i nie jest możliwe uznanie ich skutków. W świetle prawa polskiego matką jest kobieta, która urodziła dziecko, domniemywa się przy tym, że ojcem – czyli drugim rodzicem – jest jej mąż, o ile dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa. Nie ma przy tym znaczenia genetyczne pochodzenie dziecka. Sąd zważył, że matką biologiczną (choć nie genetyczną) dziecka jest w tym przypadku obywatelka USA, pozostająca w związku małżeńskim z obywatelem USA. Uznanie rodzica numer jeden za ojca dziecka (nawet, jeśli jest on nim genetycznie) prowadziłoby do uznania, że drugim rodzicem – z zatem matką dziecka – jest rodzic numer dwa, który jest płci męskiej, co byłoby sprzeczne z prawem polskim. Sąd odwołał się przy tym do klauzuli porządku publicznego, jako mającej istotne znaczenie w obrocie międzynarodowym, gdyż gwarantuje ona

„ochronę krajowego porządku prawnego przed przypadkami jego naruszenia przez nadanie skuteczności (uznanie) orzeczeniu nieodpowiadającemu fundamentalnym zasadom porządku prawnego”,

a skoro zagraniczny akt urodzenia skarżącego wskazuje jako rodziców skarżącego dwóch mężczyzn i uznaje tym samym umowę o macierzyństwo zastępcze, to

„stoi on w sprzeczności podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej”.

Powyższe – zdaniem składu orzekającego – uniemożliwiło przyznanie skutków prawnych zagranicznemu aktowi urodzenia skarżącego w przedmiotowej sprawie.

⁹ Zob. <https://eclj.org/surrogacy/echr/schlittner-hay-v-poland-n-56846/15--56849/15> (11.04.2023).

Innym przykładem w tej kategorii spraw sądowoadministracyjnych, potwierdzającym rozbieżności orzecznicze w tej kategorii spraw, jest wyrok NSA z 30 października 2018 r., II OSK 1868/16¹⁰. Sąd sformułował, na kanwie rozpoznawanej sprawy, następujące tezy:

„1. Zagadnienie nabycia 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 (...), klauzula porządku publicznego”

oraz

„2. 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”.

W sprawie tej (podobnie jak w sprawie II OSK 2372/13) do zagranicznego aktu urodzenia wydanego przez stan Kalifornia wpisano dwoje rodziców tej samej płci – również dwóch mężczyzn. Dziecko (skarżąca) zostało urodzone przez matkę zastępczą na terenie Stanów Zjednoczonych, lecz jej danych nie wpisano w akcie urodzenia. W sprawie tej, jak zaznaczył NSA, pochodzenie skarżącej od obywatela polskiego zostało ustalone na podstawie przepisów prawa amerykańskiego. Sąd uznał, że bez znaczenia była w tym przypadku kwestia dopuszczalności w polskim systemie prawnym instytucji przysposobienia dziecka przez parę jedнопłciową, czy możliwości zawierania małżeństw przez pary tej samej płci, jak również zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, ponieważ to nie w Polsce doszło do zawarcia tego typu umowy i nie w Polsce urodziło się dziecko poczęte dzięki niej. Dlatego, zdaniem NSA, wskazanie w zagranicznym akcie urodzenia drugiego mężczyzny jako rodzica dziecka nie wywołuje jakiegokolwiek skutku prawnego w polskim systemie prawa. W sprawie tej NSA uchylił zarówno zaskarżony wyrok sądu administracyjnego pierwszej instancji, jak również decyzje organów obu instancji w przedmiocie odmowy potwierdzenia posiadania przez skarżącą obywatelstwa polskiego. W ocenie NSA w sprawie tej wadliwie przyjęto, że potwierdzenie obywatelstwa polskiego miałyby stać w sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej, nie przedstawiono również argumentacji wskazującej, że decyzja odmowna pozostaje w niesprzeczności z interesem

¹⁰ CBOSA.

małoletniej skarżącej przy uwzględnieniu aktów prawa międzynarodowego, w szczególności Konwencji o prawach dziecka.

Decyzja ETPC z 16 listopada 2021 r. w sprawie *S.-H. przeciwko Polsce* (skargi nr 56846/15 i 56849/15) była równie zachowawcza co wyrok NSA w sprawie o sygn. II OSK 2372/13. Skargi uznano za niedopuszczalne ze względów *ratione materiae*, ponieważ skarżący, w ocenie Trybunału, nie ponieśli żadnych negatywnych konsekwencji dla życia prywatnego i rodzinnego, ani nie zostali pozostawieni w próżni prawnej w wyniku decyzji polskich władz oraz polskiego prawa. Jak podkreślił ETPC, art. 8 EKPC nie gwarantuje prawa do nabycia określonej narodowości lub obywatelstwa, zwłaszcza że skarżący posiadali już podwójne obywatelstwo amerykańsko-izraelskie, a polskie decyzje wewnętrzne nie uczyniły ich bezpaństwowcami. Również więź między rodzicami a dziećmi w tej sprawie, choć nie została uznana przez władze polskie, to uznano ją w państwie, w którym zamieszkiwali skarżący i wszyscy oni nadal korzystaliby ze swobody przemieszczania się w Europie, jako rodzina polskiego obywatela, a zatem obywatela UE. Ponadto, zdaniem Trybunału uznanie prawne uzyskane w Stanach Zjednoczonych oznaczało, że skarżący nie byli pozostawieni w próżni prawnej zarówno w kwestii obywatelstwa, jak i uznania prawnej więzi między dzieckiem a jego biologicznym ojcem.

4. Sądy administracyjne rozstrzygały też – w kontekście praw dziecka – problemy prawne związane z transkrypcją aktów stanu cywilnego.

Transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia do polskiego rejestru stanu cywilnego jest funkcjonalnie powiązana z decyzją w przedmiocie poświadczenia obywatelstwa polskiego dziecka urodzonego za granicą (jeżeli co najmniej jedno z rodziców tego dziecka jest obywatelem Polski). Posłużenie się wyłącznie zagranicznym aktem urodzenia co do zasady nie wystarczy, by dziecku wydany został polski dokument tożsamości. Zagraniczny akt urodzenia przenieść należy do polskiego obrotu prawnego, tj. rejestru aktów stanu cywilnego. Transkrypcja aktów stanu cywilnego polega właśnie na wiernym i literalnym przeniesieniu treści zagranicznego dokumentu stanu cywilnego, będącego dowodem zdarzenia i jego rejestracji, do polskiego rejestru stanu cywilnego. Podlega jej dokument, który w państwie wystawienia jest uznawany za dokument stanu cywilnego i ma moc dokumentu urzędowego, jest wydany przez właściwy organ oraz nie budzi wątpliwości co do autentyczności. Tym samym np. rejestracja określonych osób w akcie urodzenia dziecka jako jego rodziców wywołuje daleko idące konsekwencje w obrocie nie tylko prywatnoprawnym, lecz także publicznoprawnym. Sytuacja komplikuje się zwłaszcza w sprawach dotyczących transkrypcji zagranicznego aktu urodze-

nia dziecka wychowywanego za granicą przez osoby tej samej płci, gdy stan prawny w innym państwie uregulowano odmiennie niż w prawie polskim, jeżeli chodzi o związki jedнопłciowe i definicję prawną rodzicielstwa (rozumianego jako macierzyństwo i ojcostwo).

Prawo unijne nie normuje zagadnienia transkrypcji, choć może regulować skutki prawne wynikające z danej sprawy, np. prawo do swobodnego przepływu osób. Łączy się ono jednak z multicentrycznie regulowanym prawem do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz zakazem dyskryminacji – zatem znów pośrednio wchodzi w zakres regulowany EKPC.

Problem odmowy transkrypcji do polskich ksiąg stanu cywilnego zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych jest również przedmiotem skarg wnoszonych przeciwko Polsce do ETPC. Przykładem jest sprawa A. D.-K. i inni przeciwko Polsce (skarga nr 30806/15), wciąż zawisa przed Trybunałem. W postępowaniu krajowym odmówiono Pani A. D.-K. (posiadającej obywatelstwo polskie) i Pani S. D.-K. (obywatelce Wielkiej Brytanii), pozostających w zarejestrowanym za granicą związku partnerskim, wpisania do księgi urodzeń brytyjskiego aktu urodzenia dziecka L. D.-K., w którym wskazano Panią S. D.-K. jako matkę dziecka oraz Panią A. D.-K. jako rodzica.

Wydanym w tej sprawie wyrokiem NSA z 17 grudnia 2017 r., II OSK 1298/13¹¹, wyczerpującym drogę krajową, utrzymano w mocy decyzję wojewody w przedmiocie odmowy wpisania do księgi urodzeń aktu urodzenia dziecka. Sąd wziął pod uwagę wynikającą z art. 73 ust. 1 Prawa o aktach stanu cywilnego¹² zasadę dokonywania przez organ urzędu stanu cywilnego transkrypcji aktu bez badania dokumentu pod względem merytorycznym. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy w rezultacie dokonanej transkrypcji zagranicznego aktu stanu cywilnego powstałby akt, którego treść byłaby sprzeczna z podstawowymi zasadami porządku prawnego obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie bowiem z art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe¹³, prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (tzw. klauzula porządku publicznego). W ocenie sądów administracyjnych obu instancji oraz organów administracji rozpoznających niniejszą sprawę przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego precyzyjnie regulują kwestie związane z pochodzeniem dziecka, tj. określają, że matką

¹¹ CBOSA.

¹² Ustawa z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz. U. z 2011 r., Nr 212, poz. 1264; stan prawny właściwy ze względu na moment wydania ostatecznej decyzji.

¹³ Dz. U. z 2023 r., poz. 503.

jest kobieta, która je urodziła, zaś przepisy dotyczące ojcostwa, niezależnie od sposobu jego ustalenia, w każdym przypadku wymieniają mężczyznę.

Podobnie jak w przypadku poświadczenia obywatelstwa, w tej kategorii spraw także istniały rozbieżności orzecznicze. Wyrokiem z 10 października 2018 r., II OSK 2552/16¹⁴, NSA uchylił wyrok sądu pierwszej instancji oraz uprzednie decyzje organów administracji publicznej obu instancji w przedmiocie odmowy przeniesienia do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jedna kobieta została wpisana jako „matka”, a druga jako „rodzic”. Sąd uznał, że obowiązek transkrypcji określony w art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego, realizowany wyłącznie w celu ochrony praw dziecka (również pary żeńskiej), poprzez umożliwienie mu poświadczenia jego tożsamości, nie stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej (zasadami porządku publicznego). Sąd nawiązał do wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE (Wielkiej Izby) z 5 czerwca 2018 r. w sprawie C-673/16 *Coman i inni*¹⁵, w którym Trybunał przesądził, że obowiązek uznania skutków prawnych małżeństwa tej samej płci wyłącznie do celów przyznania pochodnego prawa pobytu obywatelowi państwa trzeciego nie narusza tożsamości narodowej ani nie zagraża porządkowi publicznemu danego państwa członkowskiego¹⁶. Sąd odwołał się także do orzecznictwa ETPC, który wielokrotnie podkreślał, że w przypadku, w którym wchodzi w grę sytuacja dziecka, to interes dziecka musi przeważać. Przy dokonywaniu oceny sytuacji również pod względem prawnym poszanowanie praw dziecka powinno stanowić główną wytyczną podejmowanych przez organy decyzji¹⁷.

Skład orzekający w sprawie o sygn. akt II OSK 2552/16, korzystając z marginesu oceny i konstrukcji klauzul generalnych, dokonał swoistego „ważenia zasad i wartości”, po czym dał pierwszeństwo szeroko rozumianej klauzuli dobra/interesów dziecka przed wąsko rozumianą klauzulą porządku publicznego, stanowiącą wyjątek w sytuacji realnego i poważnego zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społeczeństwa, którego nie dopatrywał się w rozpatrywanym przypadku. W tym konkretnym przypadku obie kobiety widniejące w akcie urodzenia były obywatelkami polskimi, więc odmowa przeniesienia do rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji zagranicznego

¹⁴ CBOSA.

¹⁵ ECLI:EU:C:2018:385.

¹⁶ Szerzej na temat tej linii orzeczniczej zob.: A. Szczerba, *Free Movement of Same Sex Marriages: The CJEU and the (Troublesome) Protection of EU Citizens regardless of Their Sexual Orientation in the Light of the Coman Judgment*, «Państwo i Prawo» 2022, nr 8, s. 38–52.

¹⁷ Zob. wyrok Izby z 26 czerwca 2014 r. w sprawie *Menesson przeciwko Francji* (skarga nr 65192/11) i przywołane tam orzecznictwo, HUDOC; zob. także wyrok Izby z 26 czerwca 2014 r. w sprawie *Labasse przeciwko Francji* (skarga nr 65941/11), HUDOC.

aktu urodzenia małoletniego była równoznaczna z pozbawieniem go możliwości uzyskania polskiego dowodu tożsamości. Sąd uwzględnił w tej sprawie wyjątkowy status dziecka, którego dobro jest szczególnie chronione nie tylko przepisami porządku krajowego, ale również prawa międzynarodowego, w szczególności postanowieniami Konwencji o prawach dziecka.

Rozbieżności w orzecznictwie sądów administracyjnych (również na poziomie sądów wojewódzkich) dały składowi orzekającemu w sprawie II OSK 1330/17 podstawy do przedstawienia tego zagadnienia składowi siedmiu sędziów NSA¹⁸. W uchwale składu siedmiu sędziów NSA z 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19¹⁹, orzeczono, że:

„Przepis art. 104 ust. 5 i art. 107 pkt 3 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (...) w związku z art. 7 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (...) nie dopuszcza transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci”.

Niemniej, w uzasadnieniu NSA uznał, że prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego nie może prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka podano zamiast danych ojca dane kobiety, która pozostaje w nieznanym polskiemu prawu związku partnerskim z matką dziecka będącą obywatelką polską.

Skład siedmiu sędziów NSA podkreślił, że „prawo polskie nie zna instytucji «rodziców jedнопłciowych» i nie przyznaje związkom partnerskim praw rodzicielskich”. Jednocześnie zaznaczono, że – ze względu na art. 34 ust. 1 zd. 1 Konstytucji („Obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi”) – brak transkrypcji aktu urodzenia nie stanowi przeszkody do potwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego. Akt urodzenia, nawet bez jego transkrypcji, jest wyłącznym dowodem zdarzeń w nim stwierdzonych. W konsekwencji,

„dziecko skarżącej może (...) powołać się na taki akt w postępowaniu administracyjnym i sądowym a także realizować uprawnienia, których nabycie jest uzależnione od wykazania aktu stanu cywilnego, nawet gdyby nie dokonano jego transkrypcji”.

Tym samym wykreowano zasady typu *specialis* dla sytuacji, gdy brak możliwości dokonania transkrypcji stanąłby na przeszkodzie realizacji praw podmiotowych.

¹⁸ Postanowienie NSA z 17 kwietnia 2019 r., II OSK 1330/17, CBOSA.

¹⁹ CBOSA.

Taka interpretacja jest zbieżna z wydanym półtora roku później postanowieniem Trybunału Sprawiedliwości UE z 24 czerwca 2022 r. w sprawie C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich*²⁰. Orzeczenie to jest odpowiedzią na pytanie prejudycjalne WSA w Krakowie²¹ w przedmiocie wykładni art. 21 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 2 lit. a) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej²² w związku z art. 7, art. 21 ust. 1 i art. 24 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE²³ w kontekście odmowy transkrypcji aktu urodzenia dziecka osób tej samej płci, niezbędnej do uzyskania dokumentu tożsamości państwa członkowskiego, którego obywatelstwo posiada, z tego powodu, że prawo krajowe tego państwa nie przewiduje rodzicielstwa par jedнопłciowych. Trybunał Sprawiedliwości orzekł:

„Artykuły 20 i 21 TFUE odczytywane w związku z art. 7 i 24 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej i z art. 4 ust. 3 dyrektywy 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG należy interpretować w ten sposób, że jeżeli chodzi o małoletnie dziecko, będące obywatelem Unii, którego akt urodzenia wydany przez właściwe organy jednego z państw członkowskich wskazuje jako jego rodziców dwie osoby tej samej płci, państwo członkowskie, którego dziecko to jest obywatelem, jest zobowiązane, z jednej strony, do wydania temu dziecku dowodu tożsamości lub paszportu, nie wymagając uprzedniego przeniesienia w drodze transkrypcji aktu urodzenia tego dziecka do krajowego rejestru stanu cywilnego, a także, z drugiej strony, do uznania, podobnie jak każde inne państwo członkowskie, dokumentu pochodzącego od innego państwa członkowskiego, umożliwiającego wspomnianemu dziecku korzystanie bez przeszkód, wraz z każdą ze wspomnianych dwóch osób, z przysługującego mu prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich”.

W sprawie znalazła zastosowanie zasada *acte éclairé*, gdyż odpowiedź na pytanie można było wywieść w sposób jednoznaczny z orzecznictwa TSUE, w szczególności z powoływanego przez Trybunał (w składzie Wielkiej Izby) wyroku z 14 grudnia 2021 r. w sprawie C-490/20 *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”*²⁴ (wraz z przytoczonym tam orzecznictwem). Z postanowienia w sprawie C-2/21 wynika, że polskie organy mają obowiązek wydania małoletniemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej dokumentu tożsamości potwierdzającego przynależność państwową niezależnie od przeniesienia w drodze transkrypcji zagranicznego aktu urodzenia do polskiego rejestru stanu cywil-

²⁰ ECLI:EU:C:2022:502.

²¹ Postanowienie WSA w Krakowie z 9 grudnia 2020 r., III SA/Kr 1217/19, niepubl.

²² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. U. z 2004 r., Nr 90, poz. 864/2 ze zm.

²³ Dz. Urz. UE C 303 z 14 grudnia 2007 r., s. 1.

²⁴ ECLI:EU:C:2021:1008.

nego w celu umożliwienia temu dziecku korzystania bez przeszkód, z każdym z dwojga rodziców, niezależnie od ich płci, z prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich, zagwarantowanego w art. 21 ust. 1 TFUE. Nie oznacza to konieczności ogólnego dopuszczenia w prawie krajowym rodzicielstwa osób tej samej płci lub uznania więzi rodziców takich osób z dzieckiem w zakresie szerszym niż jest do konieczne dla zapewnienia praw tego dziecka wywodzonych z prawa unijnego. Z orzeczenia TSUE wynika więc, że odmowa transkrypcji aktu urodzenia do polskiego rejestru nie jest decyzją niezgodną z prawem UE, a brak transkrypcji nie może być podstawą odmowy wydania dokumentu tożsamości umożliwiającego małoletniemu obywatelowi przemieszczanie się i przebywanie z rodziną na terytorium państwa członkowskiego.

Uchwała składu siedmiu sędziów o sygn. II OPS 1/19, wraz z orzecnictwem europejskim, zwłaszcza cytowanym wyrokiem w sprawie C-490/20, otworzyła drogę do śmielszego orzekania w analogicznych sprawach. W sprawie o sygn. akt II OSK 128/19, dotyczącej odmowy potwierdzenia obywatelstwa dziewczynki urodzonej w Kanadzie w procedurze surogacji i w której akcie urodzenia jako rodziców ujawniono dwóch ojców: ojca biologicznego (obywatela RP) i jego męża, NSA wyrokiem z 16 lutego 2022 r.²⁵ uchylił zaskarżony wyrok wojewódzkiego sądu administracyjnego, zaskarżoną decyzję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz poprzedzającą ją decyzję wojewody i zobowiązał wojewodę do wydania decyzji potwierdzającej posiadanie obywatelstwa polskiego. Skład orzekający w bardzo klarownym uzasadnieniu wyroku zauważył, że

„[jeżeli (...) jedno z rodziców dziecka, niezależnie od tego, czy będzie to matka, czy ojciec, posiada polskie obywatelstwo, to małoletni nabywa to obywatelstwo przez urodzenie, z mocy prawa, także wtedy, gdy drugi rodzic nie jest obywatelem polskim lub nawet pozostaje nieznanym. (...) Skarżąca (...) została urodzona przez matkę zastępczą (surogatkę). W akcie urodzenia nie wpisano jej danych osobowych, gdyż w świetle prawa [...] nie jest ona matką dziecka. Skarżąca wywodzi obywatelstwo polskie z faktu, że jej ojcem jest obywatel polski, przez co nabyła obywatelstwo polskie z mocy prawa. Pochodzenie skarżącej od obywatela polskiego zostało ustalone przez właściwe organy na podstawie przepisów prawa kanadyjskiego i poświadczony w akcie urodzenia skarżącej. Wobec tego, wbrew stanowisku organów i Sądu I instancji, nie ma znaczenia dla sprawy ustalenie pochodzenia skarżącej od matki. (...) Wobec tego nie były relewantne dla sprawy rozważania (...) dotyczące dopuszczalności w polskim systemie prawnym instytucji «rodziców jedнопłciowych», czy «matki zastępczej». Okoliczność, że rodzicami skarżącej są dwaj mężczyźni, czy to, że skarżąca została urodzona przez matkę zastępczą nie ma żadnego znaczenia w sprawie o potwierdzenie obywatelstwa polskiego. W sprawie nie ma też znaczenia kwestia dopuszczalności zawierania

²⁵ CBOSA.

umów o zastępcze macierzyństwo na gruncie prawa polskiego, gdyż to nie w Polsce doszło do zawarcia tego typu umowy i nie w Polsce urodziło się dziecko poczęte dzięki niej. (...) Na podstawie zagranicznego aktu urodzenia należało wydać zatem decyzję potwierdzającą posiadania obywatelstwa polskiego (...). Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego (...) (OSNC z 2013 r., nr 5, poz. 55), zagraniczne dokumenty urzędowe mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi, a akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego²⁶.

We wspomnianej uchwale o sygn. II OPS 1/19 NSA podkreślił, że w żadnym razie nie można uzależnić nabycia obywatelstwa polskiego od transkrypcji. Brak transkrypcji nie stanowi zatem przeszkody do potwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego.

5. Z zestawienia orzecznictwa TSUE i ETPC z orzecznictwem NSA w analizowanej materii nasuwają się następujące wnioski.

W aspekcie tzw. *acquis de l'Union* trzeba zważyć na pogląd wyrażony w wyroku TSUE w sprawie C-673/16 *Coman i inni*, zgodnie z którym brak w ustawodawstwie krajowym przepisów przewidujących możliwość zarejestrowania związku partnerskiego nie wyłącza obowiązku uznania określonych skutków prawnych wynikających z zawarcia takiego związku w innym państwie, którego ustawodawstwo owe związki dopuszcza. Orzeczenie to uwzględniono w uchwale składu siedmiu sędziów NSA o sygn. II OPS 1/19, w której uzasadnieniu stwierdzono, że

„wynikające z art. 20 ust. 2 lit. a oraz art. 21 ust. 1 TFUE prawo do swobodnego przemieszczania się w ramach strefy Schengen nie jest uzależnione od posiadania transkrybowanego aktu urodzenia, ale od posiadania dokumentu tożsamości, które potwierdza obywatelstwo jednego z państw członkowskich Unii. Dokumentami potwierdzającymi obywatelstwo polskie są paszport i dowód osobisty. Zauważyć należy, że sprawa dotycząca odmowy wydania dokumentów, na podstawie których dziecko skarżące będzie mogło swobodnie przemieszczać się na terytorium Unii Europejskiej to odrębna sprawa administracyjna. Dopiero na etapie odmowy wydania dokumentu tożsamości można rozważyć naruszenie prawa obywatela UE do swobodnego przemieszczania się i rozważyć celowość oceny przepisów krajowych (...)”.

W ww. uchwale NSA uznał jednak, że prawidłowa wykładnia art. 104 ust. 5 Prawa o aktach stanu cywilnego nie może prowadzić do uzależnienia użyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL

²⁶ Por. E. Michałkiewicz-Kądziela, *Problem rozbieżności orzeczniczych Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego w zakresie transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia dzieci par jedнопłciowych na tle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, «Przeгляд Prawa Konstytucyjnego» 2021, nr 2, s. 201–221.

od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, że w zagranicznym akcie urodzenia dziecka podano zamiast danych ojca dane kobiety, która pozostaje w nieznanym polskiemu prawu związku partnerskim z matką dziecka będącą obywatelką polską. Taka interpretacja jest zbieżna z wydanym półtora roku później postanowieniem TSUE sprawie C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich*. Postanowienie Trybunału Sprawiedliwości jest wyrazem zasady *acte éclairé*, gdyż we wcześniejszym wyroku Wielkiej Izby w sprawie C-490/20 *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo”* wyjaśniono, że jeżeli małoletni obywatel UE uzyskał akt urodzenia państwa członkowskiego, w którym jako rodzice wpisane są osoby tej samej płci, to inny kraj członkowski, którego obywatelstwo posiada dziecko, ma obowiązek wydać mu dowód tożsamości bez konieczności wcześniejszego sporządzenia aktu urodzenia przez właściwy organ krajowy. Ze wskazanych judykatów można wnioskować, że pozyskiwanie dokumentów dla dzieci obywateli Rzeczypospolitej Polskiej pozostających w związkach jedнопłciowych nie powinno być *per se* traktowane jako działanie godzące w porządek publiczny, a właściwe organy powinny uwzględniać przede wszystkim interes małoletnich i zapewniać im ochronę przed dyskryminacją. Z orzecznictwa TSUE wynika ponadto, że ochrona dzieci powinna być pełniejsza z uwagi na to, że są one obywatelami Unii. Dlatego też nieuwzględnianie przez organy i sądy krajowe wykładni przyjętej w wyroku w sprawie C-490/20 może być odczytywane jako naruszenie unijnej zasady swobodnego przemieszczania się i pobytu.

Należy dodać, że standardy europejskie mają zastosowanie do określonych sytuacji prawnych, mimo że ustawodawstwo dotyczące kwestii stanu cywilnego – co także potwierdza dotychczasowe orzecznictwo TSUE²⁷ – mieści się w sferze kompetencji państw członkowskich i prawo UE nie narusza tej kompetencji²⁸. Jednocześnie powinna być ona realizowana zgodnie z prawem unijnym, w szczególności z postanowieniami traktatowymi dotyczącymi swobody przemieszczania się i przebywania obywateli Unii na terytorium państw członkowskich. Rozstrzygnięcie kwestii związanych z przeniesieniem do krajowego rejestru stanu cywilnego danych wynikających z zagranicznego dokumentu urzędowego wymaga poszanowania słusznej równowagi sprzecznych interesów, tj. z jednej strony ochrony uprawnień wynikających z prawa UE

²⁷ Zob. wyroki TSUE: z 2 października 2003 r. w sprawie C-148/02, *Garcia Avello*, ECLI:EU:C:2003:539; z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179; z 14 października 2008 r. w sprawie C-353/06, *Grunkin i Paul*, ECLI:EU:C:2008:559; z 2 czerwca 2016 r. w sprawie C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*, ECLI:EU:C:2016:401; z 24 listopada 2016 r. w sprawie C-443/15, *Parris*, ECLI:EU:C:2016:897.

²⁸ W tym kontekście zob. R.F. Storrow, *International Surrogacy in the European Court of Human Rights*, «North Carolina Journal of International Law» 2018, vol. 43, nr 4, s. 38–69.

oraz z drugiej – uzasadnionej ochrony przez państwo członkowskie jego tradycji²⁹.

Z tego punktu widzenia można mieć więc wątpliwości, czy przedstawiony przez Ministra Sprawiedliwości i nadal będący przedmiotem prac rządowych projekt z 9 maja 2022 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (UD292)³⁰, w zakresie odnoszącym się do sytuacji prawnej osób pozostających w związkach jednopłciowych oraz wychowywanych przez nie małoletnich dzieci, jest wyrazem zachowania owej równowagi. Projekt ten – uzasadniony, w szczególności, potrzebą ochrony praw dziecka i traktujący jako wzorcową uchwałę składu siedmiu sędziów NSA o sygn. II OPS 1/19 – przewiduje wprowadzenie do polskiego prawa zaświadczenia potwierdzającego uprawnienie do wykonywania praw określonych w art. 21 ust 1 TFUE, które ma być wydawane na wniosek rodzica z zagranicznego aktu stanu cywilnego dziecka, w którym jako rodzice wpisane są osoby jednej płci. Zaświadczenie ma potwierdzać uprawnienie rodziców pozostających w związkach jednopłciowych do wykonywania wraz z dzieckiem praw wynikających z unijnej swobody przemieszczania się i pobytu. Projekt budzi uzasadnione wątpliwości, zarówno organów państwa³¹, jak i organizacji pozarządowych³², co do zgodności proponowanych rozwiązań z postanowieniami Konstytucji oraz prawa unijnego, zwłaszcza z unijną zasadą swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich.

Spójny z tokiem rozumowań prawniczych zawartych w orzecznictwie tak TSUE, jak i w NSA (głównie przez pryzmat uchwały składu siedmiu sędziów NSA o sygn. II OPS 1/19), jest *acquis conventionnel*. Europejski Trybunał Praw Człowieka wielokrotnie podkreślał w orzecznictwie, że w przypadku, w którym wchodzi w grę sytuacja dziecka, to interes dziecka musi przeważać (ww. sprawy *Mennesson przeciwko Francji* oraz *Labasse przeciwko Francji*). Przy dokonywaniu oceny sytuacji również pod względem prawnym poszanowanie praw dziecka powinno stanowić główną wytyczną decyzji podejmowanych przez organy władzy publicznej w sferze praw dziecka.

Trafne jest zatem spostrzeżenie, że rola sądów w zakresie ochrony praw jednostki i tzw. prawotwórstwo sądowe stanowią zagadnienia teoretyczne

²⁹ Zob. wyrok TSUE z 12 maja 2011 r. w sprawie C-391/09, *Runevic-Vardyn i Wardyn*, ECLI:EU:C:2011:291.

³⁰ Zob. <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12359960/katalog/12881524#12881524> (11.04.2023).

³¹ Zob. stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-dzieci-zwiazki-jednoplciove-dokumenty-ms-projekt-opinia> (11.04.2023).

³² Zob. uwagi Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia”, <https://www.iustitia.pl/dzialalnosc/opinie-i-raporty/%204474-uwagi-do-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-rodzinny-i-opiekunczy-oraz-niektorych-innych-ustaw-ud292> (11.04.2023).

o doniosłym znaczeniu dla praktyki stosowania prawa. Dotyczą one odpowiedzi na pytanie: „Co wolno sędziemu?” w sytuacji, gdy przepisy ustawowe, w ocenie sądu, są nieaktualne lub niewystarczające względem rozstrzyganego stanu faktycznego z uwagi na zmianę stosunków społecznych. Jest to dostrzeżalne również w najnowszym orzecznictwie NSA.

Na zakończenie nasuwają się w związku z tym dwa, częściowo rozbieżne wnioski. Z jednej strony wykładnia prawa unijnego ma charakter dynamiczno-deliberatywny³³ – opiera się na regułach funkcjonalnych, ponadto ma charakter autonomiczny, tj. opiera się najczęściej na autonomicznym rozumieniu pojęć użytych w przepisach prawa UE. W sprawie par jedнопłciowych linia orzecznicza przeszła wyraźną ewolucję (od sprawy *P., D. i Królestwo Szwecji przeciwko Radzie*³⁴ do sprawy *Coman i inni*), jest dość elastyczna aksjologicznie i funkcjonalnie. Z drugiej strony polskie sądy administracyjne powołują się na *acquis de l'Union* (podobnie zresztą jak i *acquis conventionnel*) w tym zakresie w sposób raczej ornamentacyjny; przedstawiając z reguły wąsko interpretowane, formalistyczne stanowisko – jednakowoż zgodne z tradycyjalistycznymi regulacjami obowiązującymi *de lege lata* – bazują więc siłą rzeczy na podejściu statyczno-formalistycznym. Niemniej, porzucają to stanowisko i działają częściowo prawotwórczo, w oparciu o wykładnię funkcjonalną i aksjologiczną oraz z uwzględnieniem możliwości „elastycznego” stosowania prawa w sytuacji konieczności przyznania ochrony praw dzieci par jedнопłciowych, jeżeli nie ma innej drogi prawnej dla ich ochrony. Trzeba tylko mieć na względzie, przytaczając fragment uzasadnienia wyroku NSA z 22 czerwca 2021 r., II OSK 2608/19³⁵, że

„jakkolwiek za dopuszczalną należy uznać tzw. prawotwórczą wykładnię prawa stosowaną przez sądy, to jednak w przypadku, gdy wykładnia twórcza przepisów prawnych nie znajduje legitymacji w akceptowanych dyrektywach wykładni, stanowi ona niedopuszczalną wykładnię *contra legem* (...). Sądowe akty prawotwórcze muszą mieć bowiem swoje źródła w systemie prawa”.

³³ Por. np. A. Kalisz, L. Leszczyński, B. Liżewski, *Wykładnia w międzynarodowym prawie praw człowieka i prawie Unii Europejskiej. Model wykładni a odrębności*, Lublin 2012, s. 198–215.

³⁴ Wyrok z 31 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-122/99 P i C-125/99, *P., D. i Królestwo Szwecji przeciwko Radzie*, ECLI:U:C:2001:304; zob. także wyroki TSUE: z 23 września 2003 r. w sprawie C-109/01, *Akrich*, ECLI:EU:C:2003:491; z 25 lipca 2008 r. w sprawie C-127/08, *Metock i in.*, ECLI:EU:C:2008:449; z 8 listopada 2012 r. w sprawie C-40/11, *Yoshikazu Iida*, ECLI:EU:C:2012:691; z 10 lipca 2014 r. w sprawie C-244/13, *Ogieriakhi*, ECLI:EU:C:2014:2068.

³⁵ CBOŚA. Orzeczenie to dotyczy kwestii odmowy wpisania do rejestru stanu cywilnego aktu małżeństwa zawartego za granicą przez osoby tej samej płci, a więc również niewralgicznego problemu jak odmowa transkrypcji aktu urodzenia dzieci par jedнопłciowych czy odmowa poświadczenia obywatelstwa takiego dziecka.

Należy zgodzić się ze składem orzekającym w tej sprawie, że aktywizm sędziowski w dziedzinie stanowiącej materię konstytucyjną, którą precyzyjnie regulują przepisy ustawy, stanowiłyby przejaw niedopuszczalnej wykładni *contra legem*. Co więcej, działanie takie mogłoby naruszyć konstytucyjną zasadę trójpodziału władzy, wyrażoną w art. 10 Konstytucji RP, i stać w sprzeczności z zakresem właściwości sądów administracyjnych wyrażonej w art. 184 Konstytucji RP. Niemniej, w tytułowej materii, stanowisko zajmowane przez polskie sądy administracyjne wychodzi naprzeciw zmianom społecznym, ale w granicach wyznaczonych art. 184 Konstytucji RP.

Bibliografia

- Banaszkiewicz B., „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny”. *O niektórych implikacjach art. 18 Konstytucji RP*, «Kwartalnik Prawa Prywatnego» 2013, nr 3.
- Dworkin R., *Hard Cases*, «Harvard Law Review» 1975, vol. 88, nr 6.
- Kalisz A., Leszczyński L., Liżewski B., *Wykładnia w międzynarodowym prawie praw człowieka i prawie Unii Europejskiej. Model wykładni a odrębności*, Lublin 2012.
- Mączyński A., *Konstytucyjne i międzynarodowe uwarunkowania instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, [w:] M. Andrzejewski (red.), *Związki partnerskie: debata na temat projektowanych zmian prawnych*, Toruń 2013.