

Anna Wysocka-Bar*

**NABYCIA POLSKIEGO OBYWATELSTWA
A URODZENIE PRZEZ MATKĘ ZASTĘPCZĄ –
UWAGI NA TLE WYROKÓW NACZELNEGO SĄDU
ADMINISTRACYJNEGO Z DNIA 6 MAJA 2015 R.:
II OSK 2372/13¹ ORAZ II OSK 2419/13²**

I. Wprowadzenie

Pretekstem do rozważań na temat nabycia polskiego obywatelstwa przez dziecko urodzone w wyniku umowy o macierzyństwo zastępcze³ są dwa „bliźniacze” wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej: NSA) z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13. Sprawy te są identyczne. W obu z nich męż-

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Prywatnego Międzynarodowego, Wydział Prawa i Administracji UJ. E-mail: anna.wysocka@uj.edu.pl

¹ LEX nr 1780419.

² LEX nr 1780447.

³ W literaturze wśród form zastępczego macierzyństwa wyróżnia się: 1) tradycyjne macierzyństwo zastępcze, tj. gdy matka zastępcza zostaje zapłodniona nasieniem dawcy, któremu po porodzie przekazuje dziecko; matka zastępcza jest matką genetyczną dziecka; 2) gestacyjne macierzyństwo zastępcze, tj. gdy matce zastępczej wszczepiany jest embriion utworzony z komórki jajowej i nasienia tzw. rodziców socjologicznych; rodzice socjologiczni są rodzicami genetycznymi dziecka; 3) gestacyjne macierzyństwo zastępcze z donacją jaja, tj. gdy matce zastępczej wszczepiany jest embriion utworzonego z komórki jajowej osoby trzeciej (najczęściej anonimowej) i nasienia ojca socjologicznego; tylko ojciec socjologiczny (w przeciwieństwie do matki socjologicznej czy też drugiego rodzica – jak w komentowanej sprawie) jest ojcem genetycznym dziecka. Tak: M. Frasz, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, PWPM 2008, vol. 6, s. 35. W komentowanej sprawie dzieci urodziły się w wyniku gestacyjnego macierzyństwa zastępczego z donacją jaja, a ojciec socjologiczny będący polskim obywatelem jest jednocześnie ojcem genetycznym dziecka. Por.: E. Siedlecka, *Dzieci geja nie dostaną polskiego obywatelstwa? Wnuk polskiego Żyda walczy o nie w Strasburgu*, *Gazeta Wyborcza* z 28 sierpnia 2016 r. Co do rozważań na temat adekwatności pojęcia macierzyństwa zastępczego, w sytuacji gdy rodzicami socjologicznymi dziecka są dwie osoby tej samej płci, zob.: P. Mostowik (w:) M. Pazdan (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 20c, *Prawo Prywatne Międzynarodowe*, Warszawa 2015, s. 314.

czynna posiadający obywatelstwo polskie, działając jako przedstawiciel ustawy urodzonego w 2010 r. chłopca (dalej: Wnioskodawca) wystąpił w 2012 r. do Wojewody Mazowieckiego z wnioskiem o stwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego przez Wnioskodawcę, wskazując, iż Wnioskodawca jest jego dzieckiem, a on sam posiada polskie obywatelstwo. Do wniosku dołączony został amerykański akt urodzenia, z którego wynika, iż rodzicami Wnioskodawcy są wspomniany polski obywatel i jego partner w nieformalnym związku. W toku dalszego postępowania przedstawiono dodatkowo postanowienie Sądu Najwyższego Stanu Kalifornia z 2010 r., z którego wynika, iż naturalnymi, wspólnymi i równoprawnymi rodzicami Wnioskodawcy, urodzonego przez matkę zastępczą, są mężczyzna posiadający obywatelstwo polskie i jego partner. Z postanowienia wynika, iż matka zastępcza i jej mąż nie są ani genetycznymi, ani prawnymi rodzicami dziecka i nie mają żadnych praw i obowiązków rodzicielskich. W toku postępowania przedstawiono też test DNA potwierdzający ojcostwo genetyczne wspomnianego obywatela polskiego.

Organy administracyjne obu instancji, z powołaniem się na klauzulę porządku publicznego, stwierdziły brak pochodzenia dziecka od genetycznego ojca dziecka i w rezultacie odmówiły potwierdzenia posiadania przez dziecko polskiego obywatelstwa⁴. Sąd administracyjny pierwszej instancji oddalił skargę na te decyzje. Wyrok zaskarżony został skargą kasacyjną, w której zarzucono między innymi niewłaściwe zastosowanie wybranych przepisów ustawy o obywatelstwie polskim z 1962 r.⁵ w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP⁶, ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z 1986 r.⁷ i kodeksu postępowania cywilnego⁸. Ponadto, już po wniesieniu skargi kasacyjnej, Wnioskodawca podniósł zarzut naruszenie art. 8 EKPC⁹, powołując wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) z dnia 26 czerwca 2014 r. w sprawie *Mennesson i Labasse*. Naczelny Sąd Administracyjny skargę kasacyjną oddalił. Wnioskodawca zapowiedział złożenie skargi do ETPC¹⁰.

⁴ Stanowiska sądów innych państw członkowskich Unii Europejskiej w podobnych sprawach zostały przedstawione w obszernym raporcie: European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Study, 2013, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) (dostęp: 11 kwietnia 2018 r.).

⁵ Ustawa z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim, tekst jedn.: Dz. U. z 2000 r. Nr 28, poz. 353 ze zm., dalej: u.o.p. z 1962 r.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁷ 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. (dalej: p.a.s.c. z 1986 r.). Obecnie obowiązuje ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 2064 ze zm. (dalej: p.a.s.c.), która weszła w życie 1 marca 2015 r., czyli w miesiącu wydania komentowanego wyroku.

⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r. poz. 155 ze zm., dalej: k.p.c.

⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: EKPC.

¹⁰ E. Siedlecka, *Dzieci geja...*

Spór w sprawie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy dziecko nabyło przez urodzenie polskie obywatelstwo, biorąc pod uwagę, iż zostało urodzone przez matkę zastępczą, ale jest genetycznym dzieckiem polskiego obywatela, które to pochodzenie genetyczne potwierdza badanie DNA, a pochodzenie prawne wynika z zagranicznego wyroku oraz zagranicznego aktu urodzenia, wskazujących jako rodziców ojca genetycznego dziecka i jego partnera w związku nieformalnym osób tej samej płci.

II. Zasady nabycia polskiego obywatelstwa przez urodzenie

Nabycie polskiego obywatelstwa przez urodzenie uregulowane jest w Konstytucji RP oraz ustawie o obywatelstwie polskim. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 34 Konstytucji RP, wskazać należy, iż zgodnie ze zdaniem pierwszym tego przepisu obywatelstwo polskie nabywa się przez urodzenie z rodziców będących obywatelami polskimi. Przepis ten odnosi się do posiadania obywatelstwa polskiego przez obydwójce rodziców¹¹. W komentowanej sprawie nie jest sporne, iż tylko jedno z rodziców wskazanych w amerykańskim akcie urodzenia ma polskie obywatelstwo, a zatem zarzut naruszenia art. 34 Konstytucji RP nie jest trafiony. Jak wskazuje zdanie drugie art. 34 Konstytucji RP, inne przypadki nabycia obywatelstwa polskiego (czyli także takie, w których obywatelem jest tylko jedno z rodziców) określa ustawa.

W dacie wniesienia wniosku przez Wnioskodawcę te inne przypadki nabycia obywatelstwa określała ustawa o obywatelstwie polskim z 1962 r. Zgodnie z jej art. 4 pkt 2 oraz art. 6 ust. 1 dziecko nabywa przez urodzenie obywatelstwo polskie, gdy jedno z rodziców jest obywatelem polskim, a drugie jest nieznane, nieokreślone jest jego obywatelstwo, nie posiada żadnego obywatelstwa albo jest obywatelem innego państwa. W toku postępowania, tj. w dniu 15 sierpnia 2012 r., weszła w życie ustawa o obywatelstwie polskim z 2009 r.¹² Zgodnie z przepisem przejściowym zawartym w art. 66 u.o.p. postępowania wszczęte na podstawie przepisów „starej” ustawy z 1962 r. i niezakończone przed dniem wejścia w życie „nowej”, toczą się według przepisów dotychczasowych.

Zgodnie z art. 14 pkt 1 u.o.p. małoletni nabywa obywatelstwo polskie przez urodzenie, w przypadku gdy co najmniej jedno z rodziców jest obywatelem polskim. Nie wydaje się zatem, by zmiana stanu prawnego mogła mieć wpływ na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy. Z brzmienia zarówno „starej”, jak i „nowej” ustawy o obywatelstwie polskim wynika, iż dla jego nabycia obywatelstwa przez urodzenie wystarczy, by jedno z rodziców miało polskie obywatelstwo. W sprawie, której dotyczył komentowany wyrok, Wnioskodawca powoływał się na polskie obywatelstwo genetycznego ojca, wskazanego jako jedno z dwojga rodziców tej samej płci w zagranicznym wyroku i zagranicznym akcie urodzenia.

¹¹ K. Kubuj (w:) M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, Warszawa 2016, s. 873–874.

¹² Ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim, tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1462 ze zm., dalej: u.o.p.

III. Procedura stwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego

Artykuł 17 ust. 4 u.o.p. z 1962 r. przewiduje możliwość stwierdzenia posiadania polskiego obywatelstwa. Podobną procedurę przewiduje „nowa” ustawa w art. 55–57, zgodnie z którymi na wniosek wydaje się decyzję w sprawie potwierdzenia posiadania obywatelstwa polskiego. Z tej właśnie możliwości stwierdzenia (a obecnie – potwierdzenia) posiadania polskiego obywatelstwa chciał skorzystać Wnioskodawca.

Ustawa z 1962 r. nie precyzowała, jakie dokumenty należało złożyć wraz z wnioskiem. Zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami wniosek o potwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego składany jest na urzędowym formularzu¹³ i – stosowanie do art. 56 u.o.p. – zawiera dane osoby, której potwierdzenie dotyczy, i jej wstępnych do drugiego stopnia oraz informacje o istotnych okolicznościach niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego i prawnego. Wraz z wnioskiem można składać załączniki. W praktyce mogą to być, tak jak w sprawie, której dotyczy komentowany wyrok, orzeczenia zagranicznych sądów lub zagraniczne akty stanu cywilnego.

IV. Pojęcie „rodzica” w ustawie o obywatelstwie polskim

Skoro we wniosku powołano się na nabycie obywatelstwa przez urodzenie z uwagi na pochodzenie dziecka od rodzica będącego polskim obywatelem, NSA w pierwszej kolejności musiał rozstrzygnąć znaczenie tego pojęcia. Ustawa o obywatelstwie polskim nie precyzuje, czy chodzi o rodzica w znaczeniu prawnym, czy genetycznym. W tym kontekście warto zauważyć, iż Haska Konferencja Prawa Prywatnego Międzynarodowego opracowała swego czasu raport na temat transgranicznych umów o macierzyństwo zastępcze oraz wynikających z nich kwestii (dalej: raport HKPPM)¹⁴. Raport opracowano między innymi na podstawie odpowiedzi ekspertów krajowych, zamieszczonych w uprzednio przygotowanym kwestionariuszu. Z raportu HKPPM wynika, iż pojęcie rodzica na potrzeby nabycia obywatelstwa jest różnie interpretowane w różnych państwach¹⁵.

W polskiej doktrynie wyrażono pogląd, iż urodzenie z rodziców, o którym mowa w Konstytucji RP, nawiązuje do stanu naturalnego pochodzenia osoby małoletniej od biologicznych rodziców. W efekcie, mimo że ustawa o obywatelstwie polskim nie odwołuje się do urodzenia, przyjęć należy, iż wciąż chodzi o rodzica biologicznego. Nabycie obywatelstwa w oparciu o zasadę krwi oznacza, że małoletni nabywa obywatelstwo, jeśli choćby tylko jedno z jego rodziców jest obywatelem polskim. Jedno z rodziców będące obywatelem polskim musi być rodzicem biologicznym¹⁶.

¹³ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 7 sierpnia 2012 r. w sprawie wzoru formularza wniosku o potwierdzenie posiadania lub utraty obywatelstwa polskiego, Dz. U. poz. 925.

¹⁴ Hague Conference on Private International Law, *Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*, the Hague 2014.

¹⁵ Raport HKPPM, s. 22–23.

¹⁶ Tak: J. Jagielski, *Obywatelstwo polskie. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2016, s. 127–129. W komentarzu tym punkt wyjścia dla powyższych rozważań stanowił stan faktyczny przedstawiony w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2014 r., II OSK 1298/13,

Należy zauważyć, iż w stanie faktycznym jak w komentowanej sprawie, gdzie dziecko genetycznie pochodzi od anonimowej osoby i jednocześnie mężczyzny będącego ojcem socjologicznym, przy czym urodzone zostało przez (pozostającą w związku małżeńskim) matkę zastępczą, trudno jednoznacznie stwierdzić, które z tych osób są „biologicznymi” rodzicami dziecka.

W komentowanym wyroku NSA stanął na stanowisku, iż nie ma znaczenia genetyczne pochodzenie dziecka, a pojęcie rodzica w rozumieniu przepisów ustawy o obywatelstwie polskim ma wyłącznie prawny charakter. Z tej przyczyny NSA wskazał, że przeprowadzenie dowodu z testów DNA nie mogłoby mieć wpływu na wynik sprawy. Skoro, zdaniem NSA, ustawa o obywatelstwie polskim, mówiąc o rodzicu, ma na myśli rodzica prawnego, sąd mógł ustalić kwestie pochodzenia dziecka od obywatela polskiego bądź w drodze uznania zagranicznego wyroku i/lub na podstawie zagranicznego aktu urodzenia, bądź dokonując samodzielnie tej oceny.

V. Uznanie zagranicznego orzeczenia dotyczącego pochodzenia dziecka

Z komentowanego wyroku wynika, iż w sytuacji gdy do wniosku o stwierdzenie posiadania polskiego obywatelstwa dołączone będzie zagraniczne orzeczenie albo zagraniczny akt urodzenia wskazujący na pochodzenie dziecka od obywatela polskiego, możliwe jest stwierdzenie posiadania polskiego obywatelstwa na tej podstawie¹⁷. W komentowanej sprawie jako rodzice wpisani byli dwaj mężczyźni, co musiało przykuć uwagę właściwego organu i skierować jego rozważania w stronę umowy o macierzyństwo zastępcze. Można się jednak zastanawiać, czy sprawa potoczyłaby się analogicznie, gdyby przedstawiono zagraniczny akt urodzenia, w którym wpisani byłiby jako rodzice mężczyzna i kobieta, choć w rzeczywistości dziecko urodzone zostało przez matkę zastępczą.

Odnosząc się do uznawania zagranicznych orzeczeń, NSA podkreślił, że stosownie do art. 1145 k.p.c. zasadą jest, że orzeczenia sądów państw obcych wydawane w sprawach cywilnych podlegają uznaniu w Polsce z mocy prawa (uznanie *ex lege*), chyba że istnieją przeszkody określone w art. 1146 k.p.c. Sąd podkreślił, że istota instytucji uznania zagranicznych orzeczeń sprowadza się do przeniesienia skutków prawnych zagranicznego orzeczenia na obszar własnego państwa. Automatyczne uznanie zagranicznego orzeczenia oznacza, że nie jest konieczne przeprowadzenie odrębnego postępowania i wydanie władczego aktu przez polski organ państwowy,

LEX nr 1772336, w którym osoba posiadająca obywatelstwo polskie pozostaje w związku partnerskim z osobą tej samej płci, posiadającą obywatelstwo innego państwa, i występuje w urzędowych dokumentach dotyczących naturalnego dziecka partnera w tym związku jako drugi rodzic tego dziecka. W takim przypadku, zdaniem Autora, dziecko nie nabędzie obywatelstwa polskiego, gdyż osoba mająca polskie obywatelstwo nie jest rodzicem biologicznym dziecka, a jedynie jest wpisana jako rodzic w zagranicznym akcie stanu cywilnego. Autor nie wypowiada się na temat nabycia obywatelstwa w przypadku jak będący przedmiotem komentowanego wyroku, a mianowicie gdy rodzic wpisany w zagranicznym akcie stanu cywilnego jest rodzicem genetycznym dziecka.

¹⁷ Na temat postępowania dowodowego prowadzonego w sprawie o stwierdzenie posiadania polskiego obywatelstwa i znaczenia zagranicznego aktu urodzenia por.: wyrok NSA z dnia 18 kwietnia 2012 r., II OSK 804/11, LEX nr 1219177.

aby zagraniczne orzeczenie wywoływało skutki prawne na terytorium Polski. Uznanie dokonywane jest *ad hoc* przez polski organ, przed którym toczy się postępowanie, dla którego wyniku znaczenie ma zagraniczne orzeczenie¹⁸.

Przechodząc dalej w toku uzasadnienia NSA przypomina, iż stosownie do art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c. orzeczenie sądu państwa obcego nie podlega uznaniu, jeżeli byłoby ono sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego RP. Jednocześnie NSA wyjaśnia, iż klauzula porządku publicznego gwarantuje ochronę krajowego porządku prawnego przed przypadkami jego naruszenia przez uznanie orzeczenia nieodpowiadającego fundamentalnym zasadom polskiego porządku prawnego. Jednocześnie NSA zauważa, że dla uznania nie jest konieczne, by orzeczenie zagraniczne było całkowicie zgodne z wszystkimi przepisami prawa polskiego, nawet z przepisami bezwzględnie obowiązującymi. NSA przypomina, że w ramach przesłanki porządku publicznego badaniu podlegają skutki prawne uznania danego orzeczenia. Nie wystarczy bowiem sama sprzeczność orzeczenia zagranicznego z podstawowymi zasadami porządku prawnego. Konieczne jest, by to skutki uznania orzeczenia były nie do pogodzenia z tymi zasadami.

I tak, w ocenie NSA nieakceptowane skutki mogą wynikać w niektórych systemach prawnych z zerwania powiązania między biologią a prawem rodzinnym, w szczególności z uznania umów o zastępcze macierzyństwo czy rodziców jedнопłciowych. Zdaniem NSA wprowadzenie tego typu regulacji tworzy pewien rodzaj fikcji prawnego pochodzenia dziecka nie od rodziców o odmiennej płci, ale od osób tej samej płci, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego. W ocenie NSA nie ulega wątpliwości, że przy ustalaniu podstawowych zasad porządku prawnego RP należy brać pod uwagę art. 18 Konstytucji RP i wynikającą z niego zasadę nakazującą jako małżeństwo traktować jedynie związek heteroseksualny oraz art. 30 Konstytucji RP chroniący godność człowieka (dziecka) oraz podstawowe zasady prawa rodzinnego. Zdaniem NSA fundamentalną zasadą polskiego porządku prawnego jest to, że dziecko może mieć najwyżej dwoje rodziców, którymi są matka (kobieta) i ojciec (mężczyzna), co wiąże się z biologicznym pochodzeniem dziecka, a także to, że dziecko nie może być przedmiotem umowy i zostać pozbawione swojej tożsamości związanej z naturalnym pochodzeniem.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia, wydaje się, że NSA wskazuje jedynie na możliwość wyniknięcia, z uznania zagranicznego orzeczenia, „nieakceptowalnych skutków”, przy czym nie identyfikuje jednoznacznie tych skutków i w rezultacie nie przeprowadza analizy tych konkretnych skutków z perspektywy klauzuli porządku publicznego. Dlatego też można się zastanowić, czy rzeczywiście postanowienie Sądu Najwyższego Kalifornii nie podlega w Polsce uznaniu z uwagi na klauzulę porządku publicznego. NSA sam bowiem podkreślił, iż w zastosowaniu klauzuli porządku publicznego nie chodzi o sprzeczność orzeczenia zagranicznego z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, ale o to, że skutki uznania orzeczenia

¹⁸ W uzasadnieniu NSA powołał się na: T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, s. 550.

byłyby nie do pogodzenia z tymi zasadami. Przyjmując zatem, że orzeczenie ustalające pochodzenie dziecka od rodziców socjologicznych (w tym przypadku dwóch mężczyzn) jest sprzeczne z podstawowymi zasadami polskiego porządku prawnego, nie trzeba koniecznie twierdzić, iż skutki uznania tego orzeczenia, na przykład na potrzeby potwierdzenia nabycia obywatelstwa polskiego przez urodzenie, byłyby nie do pogodzenia z tymi zasadami. W sprawie będącej przedmiotem komentowanego wyroku skutkiem uznania zagranicznego wyroku byłyby konieczność potwierdzenia, iż dziecko jest polskim obywatelem. Pytanie, czy rzeczywiście „szokujące” z perspektywy sądu polskiego byłoby stwierdzenie posiadania obywatelstwa polskiego przez dziecko genetycznie pochodzące od polskiego obywatela z tej przyczyny, że urodziło się w wyniku umowy o macierzyństwo zastępcze. Kwestia pozostawiania ojca genetycznego w związku z innym mężczyzną zdaje się mieć tu drugorzędne znaczenie z perspektywy zasad nabywania obywatelstwa przez urodzenie.

Dla uznania postanowienia Sądu Najwyższego Kalifornii pomocne mogłoby się okazać odwołanie się do wypracowanej przez francuską judykaturę i doktrynę koncepcji *effet atténué de l'ordre public*. Zgodnie z tą koncepcją klauzula porządku publicznego działa z różną intensywnością w zależności od tego, czy chodzi o dopuszczenie do zaistnienia na własnym terytorium zdarzenia prawnego, czy też o uznanie na własnym terytorium skutków zdarzenia prawnego powstałego z mocy prawa obcego zagranicą. Z powołaniem się na tę koncepcję można twierdzić, iż przyznanie pewnych praw, na przykład wynikających z prawa spadkowego, dwóm żonom nie jest „szokujące” z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego, choć ów porządek publiczny sprzeciwiłby się zawarciu małżeństwa poligamicznego na własnym terytorium¹⁹. Podobnie można twierdzić, że przyznanie praw spadkowych dziecku urodzonemu przez matkę zastępczą po rodzicu socjologicznym nie byłoby „szokujące” (dziecko dziedziczy z ustawy jako zstępny), choć nasz porządek publiczny sprzeciwia się zawieraniu i wykonywaniu umów o macierzyństwo zastępcze w Polsce. Idąc tym tropem, można też twierdzić, iż uznanie ojcostwa rodzica socjologicznego, będącego dodatkowo rodzicem genetycznym, dla potrzeb stosowania ustawy o obywatelstwie polskim nie jest „szokujące” z perspektywy polskiego *ordre public*, choć sprzeciwia się on umowom o macierzyństwo zastępcze.

Podejście NSA twierdzącego, że art. 18 Konstytucji RP i wynikająca z niego zasada nakazująca jako małżeństwo traktować w Polsce jedynie związek heteroseksualny oraz art. 30 Konstytucji RP chroniący godność człowieka (dziecka) oraz podstawowe zasady prawa rodzinnego składają się na polski *ordre public* i w rezultacie sprzeciwiają się stwierdzeniu posiadania polskiego obywatelstwa przez dziecko urodzone przez matkę zastępczą, stanowi wyraz dezaprobaty dla umów o macierzyństwo zastępcze, niemniej demonstracja tej dezaprobaty odbywa się kosztem dobra już urodzonego, konkretnego dziecka. Jednocześnie jednak dobro dziecka też jest fundamentalną zasadą polskiego porządku prawnego. Zgodnie przecież z art. 3

¹⁹ Por. A. Wysocka-Bar, *Wybór prawa w międzynarodowym prawie spadkowym*, Warszawa 2013, s. 322–323.

konwencji o prawach dziecka²⁰ we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka. W tym miejscu warto wskazać, iż w instrumentach międzynarodowych dotyczących dziecka zastosowanie klauzuli porządku publicznego jest także obwarowane wymogiem uwzględnienia nadrzędnego interesu dziecka²¹. W komentowanym przypadku nadrzędny interes dziecka przemawiałby za uznaniem jego pochodzenia od faktycznie wychowującego go od kilku lat ojca genetycznego.

Różnicowanie sytuacji prawnej dzieci urodzonych przez matkę zastępczą oraz matkę „naturalną” przywodzi na myśl znane z przeszłości zróżnicowanie sytuacji prawnej dzieci małżeńskich i pozamałżeńskich. Mówiąc w zupełnym uproszczeniu, dzieci pozamałżeńskie znajdowały się w gorszej sytuacji z tej przyczyny, że ich rodzice zachowali się w sposób – ujmijmy to – niepochwalany w społeczeństwie. Podobnie rzecz się ma w przypadku dzieci urodzonych przez matkę zastępczą. Gorsza sytuacja tych dzieci wynika właśnie z okoliczności towarzyszących ich poczęciu i urodzeniu. Można się zatem zastanowić, czy zastosowanie klauzuli porządku publicznego w tym przypadku z powołaniem się na ochronę fundamentalnych zasad polskiego porządku publicznego nie stoi jednocześnie w sprzeczności z innymi fundamentalnymi zasadami, na przykład nakazem uwzględnienia nadrzędnego interesu dziecka wyrażonym w art. 3 konwencji o prawach dziecka czy też zakazem dyskryminacji wyrażonym w art. 2 tej konwencji.

Warto zastanowić się też nad możliwością częściowego uznania orzeczenia Sądu Najwyższego Kalifornii, a mianowicie tylko w zakresie, w jakim jako rodzica dziecka wskazuje jego ojca genetycznego. W tym przypadku bowiem odpadają rozważania dotyczące odmienności płci rodziców. Uznanie pochodzenia dziecka od ojca genetycznego, a nie męża kobiety, która urodziła dziecko i która sama nie jest z nim związana genetycznie, być może niekoniecznie narusza polski porządek publiczny. W doktrynie zauważono, iż dopuszczalność częściowego uznania orzeczenia sądu państwa obcego nie została kompleksowo przeanalizowana w polskiej literaturze²². W przeszłości Sąd Najwyższy (dalej: SN) opowiedział się za możliwością częściowego uznania zagranicznego orzeczenia w zakresie, w jakim doszło do stwierdzenia nabycia spadku w odniesieniu do majątku ruchomego, z jednoczesną odmową tego uznania w zakresie, w jakim chodziło o nieruchomości położone w Polsce²³.

²⁰ 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.

²¹ Przykładem może być konwencja o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzona w Hadze dnia 29 maja 1993 r., Dz. U. z 2000 r. Nr 39, poz. 448 ze zm. Zgodnie z jej art. 24 uznanie przysposobienia można odmówić jedynie w przypadku, gdy przysposobienie jest oczywiście sprzeczne z jego porządkiem publicznym, przy uwzględnieniu nadrzędnego interesu dziecka.

²² Zob.: P. Grzegorzczak, *Sprzeczność z podstawowymi zasadami porządku prawnego (art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c.) jako przyczyna częściowego zezwolenia na wykonanie orzeczenia sądu państwa obcego*, Monitor Prawniczy 2015, t. 8, s. 416.

²³ Wyrok SN z dnia 6 sierpnia 2014 r., I CSK 482/13, OSNC 2015, nr 7–8, poz. 89.

SN stwierdził też możliwość częściowego uznania orzeczenia zagranicznego zasądającego tzw. *punitive damages*²⁴. Z orzecznictwa SN wynika zatem, że można uznać częściowo orzeczenie sądu zagranicznego, a częściowo odmówić jego uznania z uwagi na istnienie przeszkody określonej w art. 1146 § 1 pkt 2 k.p.c., czyli jurysdykcji wyłącznej sądów polskich, a także z uwagi na przeszkodę z art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c., czyli właśnie klauzulę porządku publicznego.

VI. Znaczenie zagranicznego aktu urodzenia w zakresie pochodzenia

W komentowanych wyroku NSA odniósł się nie tylko do zagranicznego wyroku, lecz także do zagranicznego aktu urodzenia. Wskazał, że zgodnie z art. 4 p.a.s.c. z 1986 r.²⁵ akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych, a ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym. Akty stanu cywilnego mają moc dowodową na równi z polskimi dokumentami urzędowymi. Moc dowodowa zagranicznego aktu stanu cywilnego nie zależy od wpisania go do polskich ksiąg stanu cywilnego. NSA przypomniał też orzecznictwo SN²⁶, zgodnie z którym akt stanu cywilnego sporządzony za granicą stanowi wyłączny dowód zdarzeń w nim stwierdzonych także wtedy, gdy nie został wpisany do polskich ksiąg stanu cywilnego.

Dodatkowo NSA podkreślił, iż w literaturze wskazano, że uznanie zagranicznych aktów stanu cywilnego i przyznanie im mocy dowodowej niezależnie od dokonania ich transkrypcji nie jest tożsame z bezwarunkowym uznawaniem²⁷ ich skutków prawnych na przykład w zakresie pochodzenia dziecka od osób tej samej płci. Z tej przyczyny można odmówić uznania skutku zagranicznego aktu ojcostwa mężczyzny niebędącego mężem matki w razie domniemania pochodzenia dziecka z małżeństwa czy też aktu stwierdzającego pochodzenie dziecka od rodziców tej samej płci. Odmowę tę można – zdaniem NSA – uzasadnić ogólną zasadą nienaruszania przez skutki zagranicznych dokumentów podstawowych zasad polskiego porządku prawnego, wyrażoną w art. 7 ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe²⁸ oraz art. 1146 § 1 pkt 7 k.p.c.²⁹ Odnosząc się do stanowiska zaprezentowanego przez NSA, z jednej strony można twierdzić, że ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego z 1986 r. nie zawiera klauzuli porządku publicznego, a klauzule zawarte w „nowej” ustawie z 2014 r. nie

²⁴ Postanowienie SN z dnia 11 października 2013 r., I CSK 697/12, OSNC 2014, nr 1, poz. 9.

²⁵ Identyczne brzmienie ma art. 3 p.a.s.c.

²⁶ Uchwała SN (7) z dnia 20 listopada 2012 r., III CZP 58/12, OSNC 2013, nr 5, poz. 55.

²⁷ Na tzw. metody uznania, polegające na tym, że określone kwestie prawne (np. pochodzenie) raz przesądzone pod rządami danego porządku prawnego i znajdujące odzwierciedlenie, na przykład w aktach stanu cywilnego, uzyskują skuteczność i są uznawane w innym państwie, bez potrzeby ich oceny w świetle prawa wskazanego obowiązującą w tym państwie normą kolizyjną, por.: M. Wojewoda, *Małżeństwa jedнопłciowe i związki partnerskie w polskim rejestrze stanu cywilnego?*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2017, t. CIII, s. 136–137.

²⁸ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1792, dalej: p.p.m.).

²⁹ NSA powołał się w tym miejscu na: P. Mostowik (w:) M. Pazdan (red.), *System...*, t. 20c, s. 293.

odnoszą się do mocy dowodowej zagranicznego aktu stanu cywilnego. W efekcie nie ma podstaw do odmowy mocy dowodowej takiemu aktowi urodzenia. Z drugiej strony, skoro zgodnie z kodeksem postępowania cywilnego (w ocenie NSA – przy założeniu, że stanowisko to jest prawidłowe) można odmówić uznania zagranicznego orzeczenia dotyczącego pochodzenia dziecka, to tym bardziej powinna być możliwa odmowa „uznania” zagranicznego aktu urodzenia, szczególnie w przypadku, w którym – jak nie trudno się domyślić – akt urodzenia jest sporządzony na podstawie zagranicznego wyroku dotyczącego pochodzenia dziecka.

W źródle cytowanym przez NSA w komentowanym wyroku zaznaczono, że brak pełnego uznania pewnych zagranicznych konstrukcji nie może oznaczać zamykania oczu na fakty i zdarzenia prawne, które dokonały się pod rządami innego prawa³⁰. Tytułem przykładu wskazano, iż w przypadku dziecka adoptowanego legalnie za granicą przez parę homoseksualną, gdy osiedli się ona w Polsce, nie trzeba ustanawiać opieki³¹. Wydaje się, iż takie podejście jest prezentowane przez NSA, skoro ojciec socjologiczny w toku całego postępowania działał za Wnioskodawcę jako jego przedstawiciel ustawowy. Skoro tak, pojawia się pytanie, w jakich kategoriach spraw ojciec socjologiczny będzie uznawany w Polsce za rodzica dziecka, a jakich już nie oraz gdzie przebiega ta granica i dlaczego.

VII. Pochodzenie dziecka dla celów nabycia obywatelstwa

Nie uznawszy zagranicznego wyroku oraz aktu urodzenia, NSA stanął przed koniecznością samodzielnego ustalenia pochodzenia dziecka. Skoro (jak uznał NSA) pojęcie rodzica w ustawie o obywatelstwie polskim ma charakter prawny (i zupełnie bez znaczenia pozostaje genetyczne pochodzenie dziecka), pojawia się kolejna wątpliwość co do prawa właściwego dla ustalenia pochodzenia dziecka do celów nabycia przez nie obywatelstwa³². Z raportu HKPPM wynika, iż w prawach krajowych różnych państw dla ustalenia, kto jest rodzicem dziecka, wyróżnić można dwa podejścia: stosuje się prawo właściwe wskazane miarodajną normą kolizyjną albo bezpośrednio prawo merytoryczne obowiązujące w siedzibie sądu lub organu³³.

Gdyby przyjąć pierwsze podejście, według którego decyduje prawo wskazane miarodajną normą kolizyjną, to zgodnie z art. 55 ust. 1 p.p.m. ustalenie pochodzenia dziecka podlega prawu ojczystemu dziecka z chwili jego urodzenia. Z powyższego wynika, że prawo właściwe dla ustalenia pochodzenia dziecka wskazywane jest łącznikiem obywatelstwa. Konstrukcji powyższej stawia się zarzut „błędneho koła”³⁴.

³⁰ Tak: M. Wojewoda (w:) M. Pazdan (red.), *System...* t. 20c, s. 612.

³¹ Tak tamże.

³² Raport HKPPM, s. 23.

³³ Tamże, s. 23–24. Zob. też: P. Francescakis, *Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité* (w:) *Festgabe für Alexander N. Makarov. Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Berlin–Tübingen 1958, s. 466–497. W polskim tłumaczeniu Z. Skierkowskiego: P. Francescakis, *Kwestie wstępne z zakresu statutu personalnego w prawie regulującym obywatelstwo*, *Studia et Documenta*, t. 32, Warszawa 1960.

³⁴ Szerzej: P. Mostowik (w:) M. Pazdan (red.), *System...*, t. 20c, s. 305.

By wiedzieć, czy dziecko nabyło polskie obywatelstwo, należy ustalić jego pochodzenie, przy czym by ustalić jego pochodzenie, konieczne jest ustalenie nie tylko, jakiego państwa obywatelstwo dziecko posiada, ale też czy posiada obywatelstwo polskie. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 p.p.m., w przypadku gdy ustawa przewiduje właściwość prawa ojczystego, obywatel polski podlega prawu polskiemu, chociażby prawo innego państwa uznawało go za obywatela tego państwa. Wydaje się, iż w tej sytuacji można *a priori* przyjąć na potrzeby zastosowania normy kolizyjnej, iż dziecko ma obywatelstwo polskie. Chodzi bowiem o ustalenie pochodzenia dziecka na potrzeby potwierdzenia, iż dziecko nabyło polskie obywatelstwo wraz z urodzeniem. Potwierdzenie to ma zaś charakter deklaracyjny, nie konstytutywny. Jeżeli organ potwierdzi, iż dziecko nabyło polskie obywatelstwo, to okaże się, iż dla ustalenia pochodzenia słusznie zastosowano polskie prawo merytoryczne. Jeśli zaś do ustalenia pochodzenia dziecka organ zastosuje obce prawo merytoryczne, a następnie potwierdzi nabycie przez dziecko polskiego obywatelstwa przez urodzenie, okaże się, że do ustalenia pochodzenia dziecka zastosowano prawo inne niż właściwe. Podobnie, jeżeli do ustalenia pochodzenia dziecka organ zastosuje prawo polskie, a następnie stwierdzi, iż dziecka nie nabyło obywatelstwa przez urodzenie, okaże się, że do ustalenia pochodzenia dziecka zastosowano prawo inne niż właściwe. W tym jednak przypadku, pozostaje to bez znaczenia. W sprawie nie chodzi bowiem o ustalenie pochodzenia dziecka, ale potwierdzenie (lub nie) nabycia obywatelstwa polskiego przez urodzenie. Biorąc powyższe pod uwagę, wydaje się, iż przy ustalaniu pochodzenia dziecka w przypadku jak w komentowanej sprawie (i przy założeniu, że pochodzenie nie wynika z zagranicznego orzeczenia czy aktu urodzenia podlegających uznaniu) zastosowanie znajduje prawo polskie. Niezależnie zatem od przyjętej koncepcji (tj. stosuje się bezpośrednio polskie prawo merytoryczne albo stosuje się prawo ojczyste dziecka z chwili jego urodzenia) zastosowanie polskiego prawa merytorycznego wydaje się uzasadnione.

W komentowanym wyroku NSA jednoznacznie odwołał się bezpośrednio do merytorycznego prawa polskiego, raczej z pominięciem norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego. Lektura uzasadnienia wskazuje, że zagadnienie to nie było przedmiotem refleksji NSA, przy czym, jak wskazano wyżej, nie jest konieczne czynienie z tego powodu zarzutu pod adresem sądu. Stosując bezpośrednio prawo polskie, NSA podkreślił, że zgodnie z art. 619 k.r.o.³⁵ matką dziecka jest kobieta, która je urodziła (matka biologiczna). Jednocześnie domniemywa się, że ojcem dziecka jest mąż matki, jeżeli dziecko urodziło się w czasie trwania małżeństwa (art. 62 § 1 k.r.o.), a zaprzeczenie ojcostwa nie jest dopuszczalne, jeżeli dziecko zostało poczęte w następstwie zabiegu medycznego, na który mąż matki wyraził zgodę (art. 68 k.r.o.)³⁶. W efekcie z perspektywy prawa polskiego matką Wnioskodawcy jest matka zastępcza, a ojcem jej mąż. Skoro zaś matka zastępcza i jej mąż nie mają polskiego

³⁵ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 682, dalej: k.r.o.).

³⁶ Szeroko na ten temat: M. Łączkowska, *Ustalenie macierzyństwa i ojcostwa w przypadku zabiegów medycznie wspomaganey prokreacji ludzkiej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2011, z. 691, s. 29–46.

obywatelstwa, to nie można twierdzić, że dziecko nabyło to obywatelstwo przez urodzenie. W tym miejscu znów wraca kwestia interesu dziecka. Można się bowiem zastanowić, gdzie jest „nadrzędny interes dziecka” w stwierdzeniu, że dziecko pochodzi od osób, z którymi nie jest związane ani „prawnie”, ani genetycznie oraz które faktycznie go nie wychowują ani też czynić tego – jak się można spodziewać – nie chcą.

VIII. Umowy międzynarodowe dotyczące obywatelstwa a macierzyństwo zastępcze

Na sprawę tę warto też spojrzeć z perspektywy prawa międzynarodowego, choć rozważania takie nie pojawiły się w wyroku NSA. Polska związała się umowami międzynarodowymi odnoszącymi się do zagadnień obywatelstwa, czyli na przykład umowami dwustronnymi dotyczącymi podwójnego obywatelstwa³⁷, konwencją o obywatelstwie kobiet zamężnych³⁸ oraz konwencją haską dotyczącą kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokołem dotyczącym bezpieczeństwa³⁹. Polska podpisała także, lecz nie ratyfikowała, europejską konwencję o obywatelstwie⁴⁰.

Z konwencji tych wynika ogólna zasada, zgodnie z którą każde państwo samo określa, kto jest jego obywatelem, a także że kwestia dotycząca tego, czy ktoś posiada obywatelstwo danego państwa, powinna być rozstrzygnięta zgodnie z ustawodawstwem tego państwa. Zasada ta może stanowić dodatkowy argument przemawiający za stosowaniem materialnego prawa polskiego do ustalenia pochodzenia dziecka dla potrzeb stwierdzenia, czy nabyło ono obywatelstwo polskie przez urodzenie. Trudno byłoby jednak twierdzić, że zasada ta ma jakikolwiek prymat nad innymi zasadami prawa polskiego, czyli na przykład zasadą nadrzędnego interesu dziecka, co mogłoby uzasadniać przytoczenie jej na poparcie stanowiska NSA w komentowanej sprawie.

Wskazana wyżej zasada nie ma charakteru bezwzględnego. Może doznawać ograniczenia, na przykład celem unikania bezpieczeństwa powstającej w momencie urodzenia, czyli właśnie wobec dzieci⁴¹. Unikanie bezpieczeństwa realizowane jest jednak poprzez nabycie obywatelstwa państwa, na terytorium którego dziecko się urodziło⁴². Zasada ta nie będzie miała zatem znaczenia dla komentowanej sprawy, skoro dziecko nabyło obywatelstwo innego państwa, a ponadto nie urodziło się w Polsce. Inna rzecz, że w innych okolicznościach niż w komentowanej sprawie,

³⁷ Na przykład wypowiedziana już konwencja między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Węgierską Republiką Ludową w sprawie uregulowania obywatelstwa osób o podwójnym obywatelstwie, podpisana w Budapeszcie dnia 5 lipca 1961 r., Dz. U. z 1962 r. Nr 5, poz. 18.

³⁸ Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych, otwarta do podpisu w Nowym Jorku w dniu 20 lutego 1957 r., Dz. U. z 1959 r. Nr 56 poz. 334.

³⁹ Konwencja w sprawie pewnych zagadnień dotyczących kolizji ustaw o obywatelstwie oraz protokół dotyczący bezpieczeństwa, podpisane w Hadze dnia 12 kwietnia 1930 r., Dz. U. z 1937 r. Nr 47, poz. 361 ze zm.

⁴⁰ Europejska konwencja o obywatelstwie, otwarta do podpisu w Strasburgu w dniu 6 listopada 1997 r. Tłumaczenie na język polski: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/re/1997c.html#ODS> (dostęp: 11 kwietnia 2018 r.).

⁴¹ Por.: D. Pudzianowska, *Obywatelstwo w procesie zmian*, Warszawa 2013, s. 220.

⁴² Por.: tamże, s. 221.

przepisy dotyczące nabywania obywatelstwa mogą skutkować bezpaństwowością dziecka urodzonego przez matkę zastępczą.

Europejska konwencja o obywatelstwie wzmacnia zasadę nabycia obywatelstwa przez urodzenie. W art. 6 ust. 1 lit. a przewiduje nabycie obywatelstwa *ex lege* przez dzieci, których jedno z rodziców, w chwili urodzenia tych dzieci, ma obywatelstwo danego państwa (przy czym dopuszczalne są wyjątki przewidziane w jego prawie wewnętrznym w stosunku do dzieci urodzonych za granicą). Postanowienie to nie w komentowanej sprawie nie wnosi, bo nie precyzuje pojęcia „rodzic”. Komitet Ekspertów ds. Obywatelstwa (Committee of Experts on Nationality) Rady Europy w raporcie z 14 stycznia 2003 r.⁴³ zauważa kwestię nabycia obywatelstwa przez dziecko urodzone przez matkę zastępczą. Komitet wskazuje, że w znakomitej większości prawo krajowe nie definiuje pojęcia „rodzic” dla celów nabycia obywatelstwa z mocy prawa. W ocenie ekspertów z jednej strony może to nie być konieczne, skoro pojęcie to często jest zdefiniowane w innych gałęziach prawa. Z drugiej zaś strony, z uwagi na rozwój współczesnej medycyny możliwe stało się, iż dziecko nie jest genetycznie spokrewnione z rodzicami socjologicznymi. Zdaniem ekspertów pojawia się zatem pytanie, czy dziecko powinno w takim wypadku nabyć obywatelstwo rodzica socjologicznego, czy biologicznego. Biorąc pod uwagę, iż zagadnienie to zyskuje na praktycznym znaczeniu, Komitet sugeruje zdefiniowane pojęcia „rodzic” i opracowanie instrumentu wprost odnoszącego się do dzieci urodzonych przez matki zastępcze. W raporcie podniesione są wątpliwości, jednakże bez jednoznacznego wskazania rozwiązania. Pojawia się natomiast sugestia, by kwestię tę traktować podobnie jak przypadek adopcji, co przemawia za przyjęciem rozwiązania, zgodnie z którym dziecko nabywa obywatelstwo rodziców socjologicznych, a nie biologicznych.

Zauważyć trzeba, że rozwiązanie proponowane przez Komitet wymagałoby pozytywnego odniesienia się ustawodawcy krajowego do samej instytucji macierzyństwa zastępczego, tak jak odnosi się on do instytucji adopcji międzynarodowej. Pozytywne uregulowanie macierzyństwa zastępczego to jednak zupełnie odrębny problem od samego uznania pochodzenia dziecka od rodziców socjologicznych w przypadku, gdy umowa o macierzyństwo zastępcze została zawarta za granicą i tamże „wykonana”.

IX. Orzecznictwo ETPC dotyczące dzieci urodzonych przez matki zastępcze

W komentowanym wyroku NSA podkreślił, iż jego ocenie nie podlegał zbyt późno podniesiony zarzut naruszenia art. 8 EKPC dotyczący prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego⁴⁴. Jednocześnie jednak NSA „na marginesie” (jak sam to ujął) wskazał, że powołane przez Wnioskodawcę wyroki ETPC w sprawie

⁴³ Council of Europe, Report on Conditions for the Acquisition and Loss of Nationality adopted by the Committee of Experts on Nationality on the basis of a draft prepared by Mr Andrew Walmsley, Strasbourg, 14 January 2003, s. 6, <https://rm.coe.int/16807004f5> (dostęp: 11 kwietnia 2018 r.).

⁴⁴ „Artykuł 8. Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

Mennasson i *Labasse* oraz zawarta w nich ocena prawna „dotyczą innego stanu faktycznego”. Ponadto NSA zaznaczył, iż w rozpoznawanej sprawie „na polskie obywatelstwo powołuje się tylko jeden z wpisanych w amerykańskim akcie urodzenia rodziców skarżącego, a problem nie dotyczy możliwości wspólnego zamieszkania (opiekunowie prawni małoletniego skarżącego nie zamieszkują w Polsce, a ich centrum życiowe znajduje się na terytorium Izraela), a jedynie wywołania skutku w postaci uzyskania dodatkowego obywatelstwa”.

Trudno zgodzić się z zacytowanymi wyżej spostrzeżeniami NSA. Wydaje się bowiem, iż jest wiele punktów styecznych między wspomnianymi wyrokami a rozpoznawaną przez NSA sprawą. Charakterystyka zagadnień poruszonych w wyrokach w sprawach *Mennasson* i *Labasse* dokonana przez NSA raczej rozmija się z prawdą.

W sprawie *Mennasson* chodziło o odmowę transkrypcji do francuskiego rejestru amerykańskiego aktu stanu cywilnego wskazującego jako rodziców dzieci małżeństwa *Mennasson*, z tej przyczyny, iż dzieci te zostały urodzone w Stanach Zjednoczonych przez matkę zastępczą, przy czym pan *Mennasson* jest rodzicem genetycznym dzieci, a pani *Mennasson* nie. Skoro zaś umowa o macierzyństwo zastępcze jest zgodnie z prawem francuskim nieważna jako sprzeczna z porządkiem publicznym, organy francuskie musiały odmówić tej transkrypcji. Sprawa, wbrew sugestii NSA, nie dotyczyła „możliwości wspólnego zamieszkania”, gdyż państwo *Mennasson* mieszkają z dziećmi we Francji, lecz także braku uznania pochodzenia dzieci od państwa *Mennasson*.

Co ważne i warte podkreślenia, ETPC nie stwierdził naruszenia prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego państwa *Mennasson*, podkreślając, iż odmowa uznania pochodzenia dzieci od państwa *Mennasson* ma na celu odstraszenie obywateli francuskich od zawierania za granicą umów o macierzyństwo zastępcze, które zgodnie z prawem francuskim są nieważne. Dlatego też ingerencję władzy publicznej uznać można za uzasadnioną dwoma celami wskazanymi w art. 8 ust. 2 EKPC, a mianowicie ochroną zdrowia oraz ochroną praw i wolności innych osób, tj. matek zastępczych i dzieci.

Jednocześnie jednak ETPC stwierdził naruszenie tych praw w stosunku do dzieci. Trybunał podkreślił, iż skutki nieuznania pochodzenia dzieci od państwa *Mennasson* nie są ograniczone tylko do państwa *Mennasson*, którzy postanowili skorzystać z możliwości zawarcia umowy o macierzyństwo zastępcze, wiedząc, iż umowy takie są zabronione przez prawo francuskie, lecz dotyczą także urodzonych już dzieci. To prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dzieci zakładające, że każdy powinien móc ustalić swoją tożsamość, w tym pochodzenie, zostało naruszone. Pojawia się bowiem pytanie o zgodność zaistniałej sytuacji z najlepszym interesem dziecka, który winien być brany pod uwagę przy wydawaniu każdej decyzji, która go dotyczy. Jednocześnie ETPC podkreślił, iż powyższe rozważania mają szczególnie

2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób”.

wymiar w tej sprawie, bowiem ojciec socjologiczny jest zarazem ojcem biologicznym dzieci. Mając na uwadze znaczenie pochodzenia biologicznego dla ustalenia tożsamości, nie można stwierdzić, iż pozbawienie dziecka uznania tej więzi leży w jego najlepszym interesie. Brak uznania więzi prawnej między dziećmi a ich z biologicznym ojcem przekracza granicę uznania przyznaną państwu w zakresie wyważenia różnych interesów, tj. interesu dzieci z koniecznością ochrony zdrowia oraz ochrony praw i wolności innych osób.

Jednym z zagadnień poruszonych przez ETPC we wspomnianym wyroku był także brak posiadania przez dzieci francuskiego obywatelstwa, chociaż nabyły one obywatelstwo amerykańskie, a zatem i w tej sprawie chodziło o „uzyskanie dodatkowego obywatelstwa”. Nie wydaje się także – wbrew twierdzeniu NSA – by w sprawie *Mennasson* znaczenie miał fakt, iż obydwójce rodzice mieli obywatelstwo francuskie, skoro ETPC wielokrotnie podkreślał wagę genetycznego pochodzenia dzieci jedynie od pana Mennasson. Identyczne rozstrzygnięcie zapadło w sprawie *Labasse* o podobnym stanie faktycznym⁴⁵.

Kolejne podobne sprawy rozpoznawane przez ETPC to sprawa *Foulon przeciw Francji i Bouvet przeciw Francji*. W sprawach tych ETPC wydał identyczne rozstrzygnięcie jak w sprawach *Mennasson* i *Labasse*, tj. stwierdził naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dzieci. Stan faktyczny tych spraw różnił się tym, iż w sprawach *Foulon* i *Bouvet* rodzicami dzieci wskazanymi w zagranicznych aktach stanu cywilnego nie były francuskie małżeństwa, lecz francuscy mężczyźni, będący ojcami genetycznymi dzieci, i hinduskie matki zastępcze. W sprawie *Bouvet* ojciec genetyczny dziecka pozostawał związany umową PACS⁴⁶ z innym mężczyzną, przy czym – w przeciwieństwie do stanu faktycznego sprawy będącej przedmiotem komentowanego wyroku NSA – ten drugi mężczyzna nie widniał w akcie urodzenia dziecka jako drugi z rodziców.

Wskazane sprawy rozstrzygnięte przez ETPC znacznie różni od sprawy będącej przedmiotem komentowanego wyroku NSA fakt, iż Wnioskodawca nie ma miejsca zamieszkania w Polsce, a zatem kwestia uznania w Polsce jego pochodzenia od ojca genetycznego oraz stwierdzenie posiadania przezeń polskiego obywatelstwa zdaje się nie mieć takiej samej wagi jak uznanie pochodzenia i posiadania francuskiego obywatelstwa dla dzieci państwa Mennasson mieszkających na stałe we Francji. W wyroku w sprawie *Mennasson* ETPC mówił bowiem o tożsamość dzieci „we francuskim społeczeństwie”. Tymczasem, jak zauważył NSA, centrum życiowe dziecka znajduje się w Izraelu, a nie w Polsce. Można się jednak zastanowić, czy rzeczywiście brak centrum życiowego dziecka w Polsce powoduje, iż tezy zawarte

⁴⁵ Na temat orzecznictwa ETPC w sprawach dotyczących umów o macierzyństwo zastępcze zob.: M. Wells Greco, H. Dawson, *Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights*, Yearbook of Private International Law 2014/2015, t. 16, s. 315–343.

⁴⁶ Pacte civil de solidarité (Obywatelska Umowa Solidarności, Pakt Solidarności) – rejestrowany związek partnerski we Francji, legalizuj cy związki nieformalne między dwojgiem osób bez względu na płcią, istniejący od 1999 roku. Zob.: M. Pariselle, *Francuski model związku partnerskiego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2018, z. 1, s. 77–118.

w wyroku w sprawie *Mennasson i Labasse* nie znajdują zastosowania. Skoro bowiem ojciec genetyczny jest polskim obywatelem, to polskie obywatelstwo, które stosownie do polskich przepisów dziecko nabywa po rodzicu, jest jednym z elementów jego tożsamości, o której mowa w powołanym orzecznictwie ETPC. Warto zauważyć, iż polskie prawo nie uzależnia nabycia obywatelstwa przez urodzenie od miejsca urodzenia czy też zamieszkania dziecka, a także nie przewiduje zasady obowiązującej w niektórych zagranicznych ustawodawstwach, zgodnie z którą obywatelstwo przez urodzenie nabywa tylko pierwsze pokolenie urodzone za granicą. Nawiązując jeszcze do sprawy *Bouvet*, można podnieść, że ETPC nie analizował znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii orientacji seksualnej ojca biologicznego. Orientacja ta nie ma znaczenia. Znaczenie ma pochodzenie genetyczne dziecka.

Na zakończenie warto też wskazać wyrok Wielkiej Izby ETPC w sprawie *Paradiso i Campanelli* także dotyczącej dziecka urodzonego przez matkę zastępczą. W sprawie tej ETPC odmówił stwierdzenia naruszenia art. 8 EKPC także względem dziecka. U podstaw tego rozstrzygnięcia leży fakt braku związku genetycznego dziecka z którymkolwiek z rodziców socjologicznych. Zatem podstawowa różnica między komentowaną sprawą i sprawami *Manasson, Labasse, Bouvet* i *Foulon* a sprawą *Paradiso i Campanelli* to istniejący związek genetyczny między dzieckiem i jednym z rodziców socjologicznych, który to związek okazuje się mieć fundamentalne znaczenie według ETPC przy definiowaniu pojęcia życia rodzinnego.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania oraz zapowiedzi Wnioskodawcy o złożeniu skargi do ETPC, w przypadku rozpoznania sprawy przez Trybunał należy spodziewać się wyroku stwierdzającego naruszenie przez Polskę prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dziecka. Wyrok taki nakładać będzie na Polskę między innymi obowiązek usunięcia naruszenia w tej konkretnej sprawie (na przykład poprzez wznowienie postępowania o stwierdzenie posiadania przez dziecko obywatelstwa polskiego) oraz przyjęcia środków o charakterze ogólnym mających zapobiec podobnym naruszeniom na przyszłość. Środki o charakterze ogólnym mogą wymagać wprowadzenia zmian w prawie albo w praktyce sądowej⁴⁷. Biorąc pod uwagę poczynione wyżej uwagi, wydaje się, iż w przypadku stwierdzenia przez ETPC naruszenia przez Polskę prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dziecka urodzonego przez matkę zastępczą w takich sprawach jak komentowana, środkiem ogólnym zapobiegającym naruszeniom na przyszłość byłoby przyjęcie mniej rygorystycznego podejścia do stosowania klauzuli porządku publicznego oraz położenie nacisku na przesłankę nadrzędnego interesu dziecka.

X. Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że w komentowanej sprawie najłagodszym punktem stanowiska NSA jest rygorystycznie podejście do klauzuli porządku publicznego i pominięcie w sprawie zasady nadrzędnego interesu dziecka, co skutko-

⁴⁷ M. Nowicki, *Wokół konwencji europejskiej. Komentarz do europejskiej konwencji praw człowieka*, Warszawa 2013, s. 232–248.

wało odmową potwierdzenia nabycia przez urodzenie obywatelstwa polskiego przez dziecko urodzone przez matkę zastępczą. Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo ETPC w sprawach dotyczących macierzyństwa zastępczego, można spodziewać się, iż podejście NSA uznane zostałyby za naruszające prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego dziecka.

SUMMARY

ACQUISITION OF POLISH NATIONALITY BY BIRTH AND SURROGACY – COMMENT TO THE JUDGEMENTS OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE COURT OF 6 MAY 2015: II OSK 2372/131 AND II OSK 2419/13

The article is a comment on the Supreme Administrative Court's verdicts of 6 May 2015 (signatures: II OSK 2372/12 and II OSK 2419/13) by which confirmation of the acquisition of Polish nationality based on *ius sanguinus* principle was denied to a child as the legal parentage was established in the foreign judgement and birth certificate indicating the genetic father and his same sex partner as parents. The denial was justified by the public policy clause. The Court underlined that the principle of marriage as a union between one woman and one man and the rule that mother is a woman that gave birth to the child are of fundamental character. The aim of the article is the analysis of various public and private international law institutions that interconnect in the discussed verdict: rules on acquisition of citizenship, *ius sanguinus* principle confronted with same sex parentage, the notion of "parent" in the citizenship law, the principle of *ex lege* recognition of foreign judgements, public policy clause as an obstacle to that recognition and also right to respect for private life as defined in the jurisprudence of European Human Rights Court.

Słowa kluczowe: obywatelstwo, macierzyństwo zastępcze, uznawanie zagranicznych orzeczeń, pochodzenie

Key words: nationality, surrogacy agreements, recognition of foreign judgements, filiation