

Do druku nr 4418



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Warszawa, dnia 4.08. 2011 r.

BSA I – 021 – 135/11

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu 08. 08. 2011

**Pan
Lech CZAPLA
Szef
Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze!

W odpowiedzi na pismo z dnia 10 czerwca 2011 r. nr GMS-WP – 173 – 126/11 uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do poselskiego projektu **ustawy o umowie związku partnerskiego**.

Z poważaniem

Stanisław Dąbrowski
Stanisław DĄBROWSKI



SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW i ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa
BSA I – 021 – 135/11

Warszawa, dnia 11 sierpnia 2011 r.

OPINIA O POSELSKIM PROJEKCIE USTAWY
„O UMOWIE ZWIĄZKU PARTNERSKIEGO”
(Druk Sejmu RP VI kadencji nr 4418)

UWAGI OGÓLNE O PROJEKCIE USTAWY

Charakteryzując, w najbardziej ogólny sposób, projekt ustawy o umowie związku partnerskiego można stwierdzić, że łączy on rozwiązania zapożyczone (ale zmodyfikowane) z francuskiej instytucji *pacte civil de solidarité*¹ z przepisami polskiego prawa normującymi instytucję małżeństwa. Wszystkie przepisy projektowanej ustawy odnoszące się do treści umowy mają charakter względnie obowiązujący. Projekt pozostawia stronom pełną swobodę ukształtowania treści tej umowy, zawieranej „w celu organizacji wspólnego życia” (art. 2 projektu). Nie przewiduje jakichkolwiek wzajemnych obowiązków, które mogłyby - z mocy prawa - obciążyć jednego partnera wobec drugiego partnera. Dokonując różnych „zapożyczeń”, a jednocześnie modyfikując wzór, z którego korzystano, trudno było skonstruować projekt ustawy spójny z całym aktualnie obowiązującym systemem polskiego prawa, abstrahując już od jego aksjologii.

Projekt nie realizuje w zadowalający sposób zasad techniki prawodawczej, określonych w załączniku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

¹ Ustawa nr 99 – 944 „*Du pacte civil de solidarité*”, Le Journal Officiel Lois et Decrets z 16 listopada 1999 r., s. 16959. Do Księgi I Kodeksu cywilnego *Des personnes* dodano tytuł XII (aktualnie jest to tytuł XIII) *Du pacte civil de solidarité et du concubinage (PACS)*. Definicja tej swoistej umowy, zawarta w art 515-1 francuskiego kodeksu cywilnego brzmi: „*Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune*”. W polskiej literaturze na temat tej umowy zob. M. Świdorska: Cywilny pakt solidarności w prawie cywilnym Francji, PiP 2001, nr 1, s. 75 – 82, B. Paul: Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności, Przegląd Prawa Europejskiego 2003, nr 1, s. 35 - 45 (tekst ustawy w przekładzie autora w załączniku do artykułu, s. 45 – 48), T. Kot, S. Jankiewicz: Pakt solidarności (*Pacte civil de solidarité, PACS*) Nowa instytucja francuskiego prawa cywilnego, PS 2003, nr 2, s. 72 – 83.

20 czerwca 2002 r.²

Projekt wniesiony do Sejmu VI kadencji jest drugą próbą ustawowego unormowania związku osób tej samej płci, po projekcie grupy senatorów Senatu V kadencji (druki Senatu V kadencji nr 548, 548S, 548X, oraz zmieniona wersja projektu wniesiona do Sejmu RP 23 grudnia 2004 r., druk Sejmu IV kadencji nr 3664), a zarazem jest pierwszą próbą instytucjonalizacji konkubinatu³ osób o różnej płci, który stanowiłby alternatywę dla małżeństwa. W art. 2 projektu ustawy nie ma wzmianki o płci stron umowy związku partnerskiego ale z brzmienia przepisu i uzasadnienia projektu wynika jednoznacznie, iż adresatami projektowanych unormowań są osoby zarówno różnej płci, jak i tej samej płci.

Projekt przewiduje nowelizację różnych przepisów systemu polskiego prawa w celu wprowadzenia do nich zmian polegających na tym, że osoba, która zawarła umowę związku partnerskiego, uzyskiwałaby takie uprawnienia, jakie dotychczas obowiązujące ustawy przewidują wyłącznie dla małżonków (a więc, aby była traktowana tak jakby była małżonkiem osoby, z którą zawarła umowę związku partnerskiego, np. miałyby dziedziczyć z ustawy po partnerze na takich zasadach, na jakich powołany do spadku z ustawy jest małżonek, a także nabywać inne uprawnienia przewidywane przez prawo spadkowe dla małżonka spadkodawcy z

² Rozporządzenie „W Sprawie <<Zasad techniki prawodawczej>>”, Dz. U. z 2002 r., nr 100, poz. 908, zostało wydane na podstawie art. 14 ust. 4 pkt 1 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów, Dz. U. z 1999 r., nr 82, poz. 929, z 2000 r. nr 120, poz. 1268 oraz z 2001 r., nr 102, poz. 1116 i nr 154, poz. 1799 i 1800. W dalszych uwagach wskazany akt normatywny będzie powoływany jako „zasady techniki prawodawczej”.

³ W polskim prawie nie występuje termin *konkubinatu* pochodzący z prawa rzymskiego. Termin ten jest używany w doktrynalnych pracach prawniczych, a także w orzecznictwie sądowym. W obowiązujących przepisach używane są zwroty „*faktyczne wspólne pożycie*” (art. 691§ 1 k.c.), „*faktyczne pożycie*” (art. 111 § 3 Ordynacji podatkowej), pozostawanie we „*wspólnym pożyciu*” (ar. 115 § 11 k.k.). Historycznie termin ten dotyczył wyłącznie związku kobiety i mężczyzny. Z czasem także związku osób tej samej płci pozostających we wspólnym pożyciu. Uwzględnia to ustawowa definicja konkubinatu obowiązująca w prawie francuskim (w art. 515 – 8 kodeksu cywilnego: „*Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple*” - „Konkubinatu jest związkiem faktycznym charakteryzującym się wspólnym życiem, o stałym i ciągłym charakterze, między dwiema osobami różnej lub tej samej płci, żyjącymi w związku jako para” – przekład B. Paul: Załącznik do artykułu Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności, Przegląd Prawa Europejskiego 2003, nr 1, s. 46). Szerzej na temat terminologii zob. M. Nazar: Konkubinatu (w) System Prawa Prywatnego, tom 11 Prawo rodzinne i opiekuńcze (red. T. Smoczyński), Warszawa 2009, s. 909 i n. W tym opracowaniu termin „konkubinatu” jest używany na określenie osób pozostających we wspólnym pożyciu z zaznaczeniem czy są to osoby tej samej czy różnej płci.

uwagi na realizację szczególnej ochrony małżeństwa⁴).

W uzasadnieniu projektu ustawy jego autorzy wypowiedzieli pogląd, iż projektowana instytucja nie narusza „przepisów prawa polskiego dotyczących związków małżeńskich, a w szczególności art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi o małżeństwie jako o związku kobiety i mężczyzny. Projekt ustawy przewiduje bowiem zawarcie związku partnerskiego, które jest dokonywane w formie umowy pomiędzy partnerami, a zawarta umowa związku partnerskiego nie powoduje powstania pomiędzy partnerami węzła małżeńskiego, ani też nie ma wpływu na stan cywilny osób pozostających w związku partnerskim”. Stanowisko powyższe nie wydaje się jednak uzasadnione z przyczyn, które zostaną przedstawione w kolejnym punkcie niniejszej opinii⁵. Być może w celu uniknięcia zarzutu niekonstytucyjności projektu ustawy, jego twórcy wybrali spośród różnych wzorców unormowania sytuacji prawnej związków partnerskich (zwłaszcza homoseksualnych)⁶ formę umowy, zaznaczając, iż jej zawarcie nie zmienia stanu cywilnego stron. Wydaje się jednak, że nie jest to argument przesądzający.

⁴ Np. projekt przewiduje, że osoba która była stroną umowy związku partnerskiego w chwili śmierci partnera, a nie została przez niego powołana do dziedziczenia, miałaby roszczenie o zachówek, tak jak małżonek (art. 16 pkt 4 projektu przewidujący nowelizację art. 991 k.c.), mimo że spadkodawca nie chciał aby partner po nim dziedziczył, skoro sporządzając testament pominął go.

⁵ W tym miejscu celowe wydaje się przypomnienie, że w opiniach przygotowanych na zlecenie Komisji Ustawodawczej i Praworządności Kancelarii Senatu V kadencji (opinia W. Stojanowskiej z 7 lutego 2004 r.) oraz w artykułach opublikowanych w profesjonalnej prasie prawniczej na temat senackiego projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich - druki Senatu V kadencji nr 548, 548S oraz 548X (zob. np. W. Jaczewski: Polski projekt regulacji związków partnerskich na tle obcych rozwiązań prawnych, *Jurysta* 2004, nr 1, s. 19 – 24, J. Słyk: Projekt ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich - analiza proponowanych rozwiązań, *Jurysta* 2004, nr 2, s. 13 i n) wskazywano, iż tamten projekt naruszał przepisy Konstytucji. Oceny, których wówczas dokonano odnosiły się do związku osób tej samej płci, bo tylko takie osoby zgodnie z projektem senackim mogłyby zawrzeć „rejestrowany związek partnerski”. Projekt z druku nr 4418 Sejmu VI kadencji w istotny sposób różni się od projektu senackiego z 2003 r., niemniej co najmniej w części mają do niego odpowiednie zastosowanie opinie wypowiedziane odnośnie projektu senackiego w zakresie zgodności z Konstytucją w kwestii dotyczącej sformalizowania związku osób tej samej płci pozostających we wspólnym pożyciu.

⁶ Można wyróżnić 3 podstawowe modele unormowań sytuacji prawnej związków osób tej samej płci : małżeństwo (co wiąże się z redefinicją małżeństwa, wskutek której rozdzielność płci nie jest konieczną przesłanką jego zawarcia) – model zrealizowany np. w Hiszpanii, partnerstwo zarejestrowane (model zrealizowany np. w państwach skandynawskich), umowa (model zrealizowany we Francji). W polskiej literaturze prawniczej zob np. W. Jaczewski: Problematyka związków partnerskich w UE, *Jurysta* 2003 nr 11, s. 20 i n, B. Paul: Francuska umowa cywilna o współodpowiedzialności, *Przegląd Prawa Europejskiego* 2003, nr 1, s. 41 – 44, M. Stus: Instytucjonalizacja związków partnerskich i małżeństw homoseksualnych w ustawodawstwie państw europejskich, *PiP* 2005, nr 5, s. 74 – 89, P. Pilch: Modele regulacji prawnych dotyczących związków partnerskich obowiązujące w krajach europejskich – rys historyczny (w) *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa - aspekty prawne i społeczne* (red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski), Warszawa 2009, s. 119 – 139.

PROBLEM ZGODNOŚCI PROJEKTU USTAWY Z ART. 18 KONSTYTUCJI RP

Uwagi ogólne

Nie ulega wątpliwości, że w Polsce, począwszy od początku ostatniej dekady XX wieku, zachodzą (w bardzo dynamiczny sposób) zmiany społeczne, obyczajowe i demograficzne, prowadzące, między innymi, do opóźniania decyzji o zawarciu małżeństwa i urodzeniu pierwszego dziecka, nowego podejścia opinii społecznej do zjawiska kohabitacji przedmałżeńskiej (lub pożycia pary osób różnej płci bez zawierania małżeństwa) oraz związków osób tej samej płci (aczkolwiek zmiany w zakresie wiedzy na temat homoseksualizmu i stosunku do osób homoseksualnych są powolne i nie mają charakteru powszechnego), radykalnego wzrostu udziału urodzeń pozamałżeńskich wśród wszystkich urodzeń żywych⁷.

Nie ulega też wątpliwości, że w coraz liczniejszych państwach, należących do tego samego kręgu kulturowego co Polska, których tożsamość i rozwój były dotychczas związane z wartościami chrześcijańskimi, następuje „legalizacja” alternatywnych wobec małżeństwa form pożycia kobiety i mężczyzny, oraz związków osób tej samej płci, które dla ich uczestników pełnią funkcje zbliżone do funkcji małżeństwa osób różnej płci. W skrajnych przypadkach wyraża się to w odstąpieniu od, fundamentalnej dotychczas, zasady rozdzielności płci małżonków i przyjęciu nowej zasady, że każda osoba po osiągnięciu wieku małżeńskiego może zawrzeć małżeństwo z drugą osobą, której płeć nie ma znaczenia prawnego⁸. Skoro zaś małżonkowie tej samej płci nie

⁷ Zob. Rządowa Rada Ludnościowa: Sytuacja demograficzna Polski Raport 2008 – 2009, Warszawa 2009, w szczególności rozdział II i III raportu, Tekst raportu w dniu 28 lipca 2011 r., był dostępny pod adresem: http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/bip/BIP_raport_RRL_2008-2009.pdf, K. Slany: Związki konsensualne – nowa forma małżeństw?, Problemy Rodziny 1990, nr 3, s. 32 i n., L. Kocik: Wzory małżeństwa i rodziny. Od tradycyjnej jednorodności do współczesnych skrajności, Kraków 2002, B. Balcerzak - Paradowska: Rodzina i polityka rodzinna na przełomie wieków, Warszawa 2004, A. Kwak: Rodzina w dobie przemian. Małżeństwo i kohabitacja, Warszawa 2005.

⁸ Zob. na ten temat np. J. Falski: Konstytucyjne aspekty reformy prawa małżeńskiego w Hiszpanii, PiP 2009, nr 4, s. 84 – 94. Autor przedstawiając argumenty zwolenników i przeciwników dopuszczalności zawierania małżeństwa przez osoby tej samej płci, podsumowując wywody stwierdził, między innymi, na s. 94: „Ustawodawca hiszpański, z politycznej woli rządzącej partii socjalistycznej, dokonał reformatorskich przemian w zakresie prawa do małżeństwa. Doprowadziło to do konfliktu dwóch zantagonizowanych stron: reformatorów, którzy uważają, że instrumentarium prawne, jakim się posługują, jest wystarczające, dostępne i adekwatne do zakresienia ram instytucji małżeństwa w nowym, zmodyfikowanym i poddanym cywilizacyjnej ewolucji kształcie, oraz środowisk konserwatywnych (...). Przeciwnicy reformy, posilkujący się też (nie bez racji) argumentami natury prawnej, mają w ręku oręż w postaci skargi na niekonstytucyjność nowych regulacji (...)”. J. Falski

mogą mieć wspólnego potomstwa, prawo umożliwia im realizację rodzicielstwa zastępczego.

Powyższe konstatacje nie są jednak wystarczające do przyjęcia, iż także polski ustawodawca ma „obowiązek” pójścia drogą prowadzącą do „legalizacji” zmian faktycznych oraz przyspieszania procesów zmian społecznych w omawianej kwestii.

Wybór stosownej reakcji prawa na zachodzące w rzeczywistości społecznej przemiany oraz ich skutki społeczne, demograficzne i obyczajowe należy do ustawodawcy. Ustawodawca nie ma obowiązku bezkrytycznego dostosowywania unormowań do oczekiwań określonych grup obywateli⁹. Może on bowiem w bardzo znaczący (co nie znaczy, że w pełni skuteczny) sposób wpływać na podejmowanie racjonalnych decyzji przez adresatów norm, a także może przyspieszać zmiany zachowań uważane za korzystne albo opóźniać zmiany, które nie są korzystne z punktu widzenia modelu życia rodzinnego uznanego za optymalny. Kwestie wyboru określonej strategii społecznej nie są przedmiotem niniejszej opinii, w której zostaną przedstawione jedynie najważniejsze uwagi o rozwiązaniach prawnych projektu ustawy.

Wstępnym i najistotniejszym problemem prawnym, jaki wymaga rozstrzygnięcia, jest ustalenie, czy projektowana ustawa o umowie związku partnerskiego nie narusza art.

ocenił, że dyskusja wokół ustawy nr 13/2005 jest w dużej mierze **pozaprawnym sporem o wartości**, którego jej uchwalenie nie zakończyło.

⁹ Opiniowany projekt ustawy był przedmiotem badania telefonicznego TNS OBOP dla Gazety Wyborczej, przeprowadzonego w dniu 24 maja 2011 r. na próbie 500 osób (określonej jako reprezentatywna). Gazeta podała co następuje „Z sondażu TNS OBOP wynika, że ustawę popiera 54 proc. badanych, 41 proc. jest przeciw, 6 proc. nie ma zdania. Gdy w 2003 r. CBOS zapytał o związki partnerskie par homoseksualnych - 34 proc. badanych było za (w 2002 r. - tylko 15 proc.), przeciw 56 proc.” Zob. Gej przestraszył Platformę. Publikacja dostępna pod adresem internetowym: http://wyborcza.pl/1,75478,9696907,Gej_przestraszyl_Platforme.html#ixzz1S4qvkpPT. Aprobując na temat instytucjonalizacji związków osób tej samej płci W. Sadurski: Spór o związki partnerskie: Kto się zamachnął się na Rodzinę? Tekst był dostępny w dniu 28 lipca 2011 r. pod adresem internetowym: http://wyborcza.pl/1,75515,9885478,Spor_o_zwiazki_partnerskie__Kto_sie_zamachnal_sie.html#ixzz1S4e6yEYG. Projekt ustawy spotkał się z aprobatą większości rozmówców red. R. Grochal, opublikowanych na łamach Gazety Wyborczej w okresie od maja do lipca 2011 r. Krytycznie projekt ocenił poseł J. Gowin. Tekst był dostępny w dniu 28 lipca 2011 r. pod adresem internetowym http://wyborcza.pl/1,75478,9716535,Gowin_Zwiazki_Nigdy.html?as=2&startsz=x#ixzz1S4tFgJp7.

Publicystyczny charakter tych materiałów spowodował, iż nie zawierają one prawnej analizy dopuszczalności stosownych regulacji prawnych. Podane w kilku zdaniach wyniki badania nie pozwalają na dokonanie oceny jego wiarygodności. W szczególności nie wiadomo, czy respondentom w wystarczającym stopniu była znana problematyka (w tym projekt ustawy), na temat której się wypowiedzieli. Badanie potwierdziło natomiast kontrowersyjność tej problematyki.

18 Konstytucji RP, który zapewnia ochronę i opiekę Rzeczypospolitej heteroseksualnemu małżeństwu.

Ramy opinii nie pozwalają na wszechstronne i szczegółowe omówienie tego problemu. Zważywszy, iż wykładnia art. 18 Konstytucji w aspekcie umowy związku partnerskiego, zapewne będzie skłaniać do wypowiedzania różnych (być może skrajnych) opinii, związanych ze światopoglądem interpretatorów, zostaną tu przedstawione jedynie uwagi, które wydają się oczywiste.

Preferencyjne traktowanie heteroseksualnego małżeństwa jako zasada ustroju Rzeczypospolitej Polskiej

1. Art. 18 Konstytucji został zamieszczony w jej pierwszym rozdziale zatytułowanym „Rzeczpospolita”. Oznacza to, że zawarte w nim unormowanie należy do głównych zasad porządku prawnego w państwie (jest **zasadą ustrojową**).
2. We współczesnych konstytucjach do rzadkości należy zamieszczanie norm o ochronie małżeństwa i rodziny w przepisach o zasadach ustroju¹⁰. Wybór takiej techniki legislacyjnej świadczy o szczególnej wadze, jaką polski ustawodawca przypisał wybranemu modelowi małżeństwa i wymienionym w art. 18 instytucjom (rodzina, macierzyństwo, rodzicielstwo). Celowe wydaje się przypomnienie, że także w polskich ustawach konstytucyjnych do 1997 r. takiej techniki legislacyjnej nie stosowano. W Konstytucji PRL z 1952 r. przepis o ochronie rodziny (art. 79)¹¹ był zamieszczony w rozdziale 8 o podstawowych prawach i obowiązkach obywateli.
3. Nie budzi wątpliwości, że treść art. 18 Konstytucji jest wyrazem **wyboru aksjologicznego**¹² dokonanego świadomie¹³ w celu zagwarantowania

¹⁰ L. Garlicki: Komentarz do art. 18 Konstytucji s. 1 (w) K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński: Konstytucja RP. Komentarz, t. II, Warszawa 2003.

¹¹ Art. 79 ust. 1 Konstytucji PRL : „ Małżeństwo, macierzyństwo i rodzina znajdują się pod opieką i ochroną Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Rodziny o licznym potomstwie państwo otacza szczególną troską”, Dz. U. nr 33, poz. 233.

¹² Zob. L. Garlicki: Komentarz do art. 18 Konstytucji s. 2 (w) K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzeciński: Konstytucja RP. Komentarz, t. II, Warszawa 2003, T. Smoczyński (w) System Prawa Prywatnego, tom 11 Prawo rodzinne i opiekuńcze (red. T. Smoczyński), Warszawa 2009, s. 46, M. Pilich: Związki quasi małżeńskie polskim prawem międzynarodowym prywatnym, PiP 2011, nr 2, s. 86.

normatywnego modelu małżeństwa i rodziny, który można w uproszczeniu nazwać „tradycyjnym”. Jest normą nadrzędną i wiążącą dla ustawodawcy zwykłego oraz dla wszystkich podmiotów stosujących prawo w procesie jego wykładni. Przyjmuje się, że wszystkie przepisy prawa, łącznie z normami Konstytucji, należy interpretować i stosować w sposób pozwalający na najpełniejsze uwzględnienie wartości aksjologicznych związanych z instytucją małżeństwa i rodziny¹⁴.

4. Przyjmuje się, że art. 18 Konstytucji może być „*samoistną podstawą oceny konstytucyjności w innych postępowaniach, bo unormowania ustawowe, które przekreślałyby istniejący system ochrony i opieki wartości rodzinnych, mogłyby – tylko z tego powodu – zostać uznane za niezgodne z Konstytucją*”.¹⁵
5. Art. 18 wymienia jako przedmiot ochrony małżeństwo, rodzinę, macierzyństwo, rodzicielstwo. Kolejność ta nie jest przypadkowa i stanowi konstytucyjną wskazówkę dla tworzonego przez ustawodawstwo zwykłe normatywnego modelu małżeństwa i rodziny. **Preferowane konstytucyjnie jest tworzenie rodziny przez małżeństwo**, traktowane jako „*trwały związek*”

¹³ W okresie prac nad Konstytucją instytucjonalizacja związków homoseksualnych i konkubinatów osób różnej płci nastąpiła już w niektórych państwach europejskich. Nie rozważano możliwości instytucjonalizacji takich związków pod inną nazwą. Komentując art. 18 Konstytucji W. Skrzydło stwierdził: „*Wobec sporów i kontrowersji jakie pojawiły się w toku prac nad Konstytucją, a także w obliczu żądań mniejszości seksualnych domagających się uznania ich praw do zakładania rodziny i zawierania związków małżeńskich, Konstytucja jednoznacznie rozstrzyga tę kwestię stanowiąc, iż tylko związek kobiety i mężczyzny jest prawnie uznawany przez państwo i tylko taki związek korzysta z ochrony i opieki Rzeczypospolitej*” (W. Skrzydło: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Zakamycze 2002, s. 31). Z wypowiedzi uczestników Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego w dniu 4 kwietnia 1995 r. jednoznacznie wynikało, że sformułowanie art. 18 Konstytucji miało **uniemożliwić instytucjonalizację związków osób tej samej płci**. Zob. Biuletyn nr 1437 Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, oraz B. Banaszkiewicz: Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych, KPP 204, nr 2, s. 383 i przywołana tam (w szczególności w przypisach 55 i 56) literatura, potwierdzająca takie intencje, które były też oceniane, jako „wyjście naprzeciw” postulatowi Episkopatu.

¹⁴ M. Dobrowolski: Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Przegląd Sejmowy 1999, nr 4, s. 26.

¹⁵ L. Garlicki: op.cit., Komentarz do art. 18 Konstytucji, s. 2.

*mężczyzny i kobiety, nakierowany na macierzyństwo i odpowiedzialne rodzicielstwo*¹⁶.

6. Konstytucyjne znaczenie małżeństwa dla istnienia rodziny uzasadnia **szczególne unormowania o charakterze protekcyjnym i promocyjnym** w systemie prawa, a w szczególności z zakresu prawa rodzinnego, spadkowego, mieszkaniowego, socjalnego, a nawet podatkowego. **Nie mogą być one kwestionowane z powołaniem na inne normy Konstytucji, w szczególności art. 32 Konstytucji** (zasada równości, zakaz dyskryminacji), dlatego, że z art. 18 Konstytucji wynika (i jest to zasada ustrojowa!) przyznanie heteroseksualnej parze małżeńskiej ochrony i udogodnień, jakie nie przysługują parom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa¹⁷.
7. **Udogodnienia i przywileje przewidziane dla małżonków wywołują koszty i obciążenia ponoszone przez ogół** (np. przywileje podatkowe) lub **określone osoby** (np. wykluczenie od dziedziczenia z ustawy dalszych krewnych spadkodawcy, który pozostawał w małżeństwie, ograniczenie swobody wyboru najemcy przez właściciela lokalu mieszkalnego wynajmowanego do chwili śmierci przez osobę pozostającą w związku małżeńskim itp.). Jest to jednak uzasadnione z uwagi na funkcje spełniane przez rodzinę (w szczególności prokreacyjną, socjalizacyjną i opiekuńczą wobec dzieci), powstałą wskutek zawarcia małżeństwa, będącego - zgodnie z oczekiwaniami ustawodawcy - związkiem trwałym (dożywotnim), który może zostać rozwiązany tylko, gdy będą spełnione rygorystyczne wymagania ustawowe (art. 56 k.r.o.). Brak jest wystarczających racji, aby w analogiczny

¹⁶ Tak, M. Zubik: Podmioty konstytucyjnych wolności, praw i obowiązków, Przegląd Legislacyjny 2007, nr 2, s. 41 i powołane tam orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. B. Banaszak, komentując art. 18 Konstytucji, wypowiedział nawet pogląd, iż założenie rodziny „dotyczy **wyłącznie** par, które zawarły związek małżeński” (B. Banaszak: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009, s. 119). Zob. też T. Jasudowicz: O potrzebie rzeczywistego upodmiotowienia rodziny (w) Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego, Toruń 2008, M. Kosek: Pojęcie rodziny w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym i negatywne skutki jej redefinicji w wybranych aktach prawnych (w) W trosce o rodzinę. Księga Pamiątkowa ku czci Profesor Wandy Stojanowskiej (red. M. Kosek, J. Słyk), Warszawa 2008, s. 229 – 240.

¹⁷Zob. B. Banaszakiewicz: Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych, KPP 2004, nr 2, s. 380. W literaturze przedmiotu i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie budzi wątpliwości, że zasada równości nie oznacza, że w stosunku do wszystkich i w takim samym stopniu stosuje się te same przepisy prawne. Nie jest tożsama z pojęciem identyczności i zakazem różnicowania. Trybunał nie wyklucza preferowania pewnych grup. (B. Banaszak, op. cit., s. 184 - 185).

sposób uprzywilejowywać inne związki, które takich funkcji nie spełniają (a jeżeli nawet to w danym czasie czynią, to bez prawnych gwarancji, że będą to czynić nadal, jako związki trwałe, jako że ich trwanie zależy wyłącznie od woli zainteresowanych, a decyzja o rozstaniu nie podlega jakiegokolwiek weryfikacji).

8. **Instytucjonalizacja konkubinatu kobiety i mężczyzny oraz związku partnerów tej samej płci** może być postrzegana jako **naruszenie zasady równości**. Brak bowiem, analogicznych jak w przypadku małżeństwa, względów prawnych (art. 18 Konstytucji) i społecznych. Prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, gospodarowanie „z jednego portfela”, zaspokajanie potrzeb emocjonalnych, otaczanie pieczą i świadczenie usług opiekuńczych wobec osób samotnych, starych, niepełnosprawnych, chorych, lub potrzebujących wsparcia i pomocy z innych jeszcze ważnych przyczyn (np. bezrobocie, wychodzenie z uzależnienia) pozostających we wspólnocie domowej z inną osobą (osobami), nie jest rozważane jako podstawa określonych przywilejów (np. korzystne zasady rozliczenia podatku dochodowego, dziedziczenie ustawowe). Można zaś zapewne dostrzec istotne racje społeczne przemawiające za ich udzieleniem (np. gdy wspólnotę domową tworzą starzy rodzice z jednym z dzieci, rodzeństwo, które nie założyło własnych rodzin lub utraciło małżonka i dzieci wskutek ich śmierci, albo sytuacja, gdy jedno z rodzeństwa otacza pieczą brata lub siostrę niesprawnych fizycznie lub intelektualnie). Główna różnica pomiędzy heteroseksualnym konkubinatem i związkiem partnerskim osób tej samej płci, których dotyczy projekt ustawy, a innym związkiem osób pozostających we wspólnocie domowej sprowadza się do braku więzi o charakterze seksualnym¹⁸. To zapewne nie jest wystarczająca przyczyna do przybliżenia sytuacji prawnej stron tylko tych 2 pierwszych związków do sytuacji prawnej małżonków (w szczególności uwaga ta dotyczy zmian obowiązujących przepisów proponowana w rozdziale 3 projektu ustawy).

9. Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że z art. 18 Konstytucji (co najmniej) wynika, że:

¹⁸ Szerzej na ten temat zob. B. Banaszkiewicz, op. cit., s. 384 i n.

- związek osób **tej samej płci nie może być małżeństwem**;
- nie chodzi tu jedynie o zastrzeżenie samej **nazwy ‘małżeństwo’** dla związku kobiety i mężczyzny ale o **zakaz zrównania związku osób tej samej płci z małżeństwem**;
- **związek osób różnej płci, które nie zawarły małżeństwa, nie może wywoływać ani takich samych skutków jak wywołuje małżeństwo, ani też skutków zbliżonych do skutków małżeństwa, zwłaszcza będących konsekwencją preferencyjnego traktowania małżeństwa**;
- ani związek osób różnej płci, ani związek osób tej samej płci pozostających we wspólnym pożyciu **nie pozostaje „pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”**;
- **instytucjonalizacja związku partnerskiego osób tej samej lub różnej płci pozostających we wspólnym pożyciu i przyznanie im większości (a tym bardziej wszystkich) przywilejów zastrzeżonych dla małżonków jest niedopuszczalna w świetle art. 18 Konstytucji.**

Ocena, czy powyższe jest równoznaczne z niedopuszczalnością jakiegokolwiek unormowania sytuacji prawnej osób pozostających we wspólnym pożyciu, które **nie chcą** (konkubinat heteroseksualny) albo **nie mogą** (związek osób tej samej płci) zawrzeć małżeństwa jest przedmiotem rozbieżnych opinii, wynikających z reguły z zasadniczych różnic światopoglądowych¹⁹.

¹⁹ Oczekiwania osób homoseksualnych i transseksualnych w zakresie unormowań prawnych korzystnych z punktu widzenia ich sytuacji zostały, między innymi, wyrażone w dokumencie opracowanym z inicjatywy członków 2 organizacji: Międzynarodowej Komisji Prawników i International Service for Human Rights, sporządzonym w dniach 6-9 listopada 2006 r. w Indonezji, w miejscowości Yogyakarta. Dokument ten, sygnowany przez 29 osób (wśród nich był Roman Wieruszewski z Polski, członek Komitetu Praw Człowieka ONZ, kierownik Poznańskiego Centrum Praw Człowieka) nosi nazwę „Zasady Yogyakarta – Zasady dotyczące stosowania międzynarodowego prawa praw człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej”. W obradach uczestniczyły osoby zaproszone przez władze uniwersytetu mającego siedzibę w miejscowości, która dała nazwę *Zasadom*. Wymieniony dokument (jak się wydaje mający charakter prywatny) wyraża poglądy sygnatariuszy (a także, zapewne, organizacji i środowisk, które reprezentowali). Zawiera „doktrynalną wykładnię stosownych przepisów międzynarodowego prawa praw człowieka”. Upowszechnieniu treści tego dokumentu w Polsce oraz dyskusji na jego temat służyły 2 konferencje naukowe zorganizowane przez Zakład Praw Człowieka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz przez Poznańskie Centrum Praw Człowieka Instytutu Nauk Prawnych PAN i Sekcję Polską

Ustawodawca zwykły wielokrotnie dał wyraz przeświadczeniu, iż **unormowanie określonych następstw prawnych pozostawania we wspólnym pożyciu jest dopuszczalne**. W konsekwencji, mimo że faktyczne pożycie pary osób niebędących małżeństwem jest ich prywatną sprawą, w licznych przepisach jest traktowane jako zdarzenie prawne²⁰. Czynności prawne dokonywane pomiędzy osobami pozostającymi we wspólnym pożyciu (w szczególności umowy i rozrządzenia testamentowe, na mocy których partner uzyskuje przysporzenia majątkowe) nie są uznawane za nieważne z tej przyczyny, że motywem ich dokonania jest związek o charakterze osobistym, stanowiący faktycznie alternatywę dla małżeństwa, zaś celem dążenie do umocnienia, „scementowania” tego związku. W pełni stosowana jest rekomendacja Rady Europy nr R(88)3, przyjęta przez Komitet Ministrów RE 7 marca 1988 r. w sprawie ważności umów zawieranych między osobami żyjącymi w związku pozamałżeńskim oraz rozrządzeń testamentowych tych osób²¹.

W praktyce dokonywane są rozliczenia po ustaniu konkubinatu, a sądy, w ramach obowiązującego prawa, poszukują dla swych rozstrzygnięć podstaw (przepisów)

Międzynarodowego Stowarzyszenia Nauk Prawnych (ILAS). Ich dorobek został zawarty w opracowaniu *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa - aspekty prawne i społeczne* (red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski), Warszawa 2009. Większość opinii wyrażonych w powołanym opracowaniu ma charakter aprobujący dla *Zasad Yogyakarta*. Opinię zdecydowanie krytyczną zawiera, zamieszczona w powołanym opracowaniu, wypowiedź L. Wiśniewskiego zatytułowana „Zdanie odrębne” (s. 157 – 161). Autor ten stwierdził, między innymi, że ani Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., ani kolejne protokoły dodatkowe do Konwencji, wśród chronionych wolności i praw nie wymieniają „orientacji seksualnej”. L. Wiśniewski wyraził pogląd, iż „*To, co nie było przewidziane w czasie uchwalania i ratyfikowania Konwencji w 1950 r. oraz w protokołach dodatkowych przyjętych w latach następnym, nie może być potem ustanawiane bez decyzji Państw – stron tego traktatu.*” (s. 158). Szerzej na temat dopuszczalności „ewolucyjnej” wykładni Konwencji tegoż autora: Wykładnia ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r., *Gdańskie Studia Prawnicze* 2005, t. XIV, s. 541 – 555. Krytycznie wobec dopuszczalności instytucjonalizacji związków partnerskich zob też np. R. Sobański: *Związki partnerskie*, *Forum Iuridicum* 2003, nr 2, s. 223 – 231. Autor, podsumowując wcześniejsze rozważania, powołuje (s. 231) z aprobatą wypowiedź F. J. Weitz'a: „*Przeciwko samym prawom człowieka zwraca się taka ich interpretacja, wedle której polegają one na tym, że nasze życzenia i interesy możemy przełożyć na roszczenia moralne i zaskarżalne prawa*”. Zob. także: T. Smoczyński: *Czy potrzebna jest regulacja prawna pożycia konkubenckiego (homoseksualnego i heteroseksualnego)?* (w) *Prawo rodzinne w Polsce i w Europie. Zagadnienia wybrane* (red. P. Kasprzyk), Lublin 2005, s. 462 i n, P. Kasprzyk: *Kilka uwag o potrzebie instytucjonalizacji homoseksualnych związków partnerskich i „małżeńskich” w polskim prawie rodzinnym* (w) *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smoczyńskiego*, Toruń 2008, s. 239 - 262

²⁰ Zob., w szczególności, M. Nazar; *Konkubinatu w obowiązujących przepisach* (w) *System Prawa Prywatnego*, tom 11 *Prawo rodzinne i opiekuńcze* (red. T. Smoczyński), Warszawa 2009, s.919 – 932.

²¹ E. Skowrońska: *Rekomendacja Nr R(88)3 w sprawie ważności umów zawieranych między osobami żyjącymi w związku pozamałżeńskim oraz rozrządzeń testamentowych tych osób a stan prawny obowiązujący w Polsce* (w) *Instytut Wymiaru Sprawiedliwości. Standardy prawne Rady Europy Teksty i Komentarze*, tom 1, *Prawo Rodzinne* (red. M. Safjan), Warszawa 1994, s. 321 – 328.

maksymalnie chroniących stronę „słabszą”, która - kierując się względami uczuciowymi, nie zadbała o należyte zabezpieczenie swoich interesów majątkowych²². Ochrona małżeństwa nie ma bowiem charakteru absolutnego, nie jest równoznaczna z zakazem podejmowania pożycia „na wzór” małżeński, a tworzenie związków faktycznych należy do sfery prywatności osób podejmujących wspólne pożycie. Jednakże z art. 18 Konstytucji wynika dyrektywa dla ustawodawcy zwykłego, aby obowiązujące prawo „zachęcało” do zawierania małżeństw i „legalizowania” związków faktycznych przez zawarcie małżeństwa.

Zważywszy na cel opiniowanej ustawy, którym jest instytucjonalizacja (co najmniej w ograniczonym zakresie) związku heteroseksualnego i homoseksualnego²³, należy zauważyć, że sytuacja prawna związku partnerskiego osób tej samej i różnej płci jest odmienna.

Kobieta i mężczyzna, mający możliwość zwarcia ze sobą małżeństwa, powinni rozważyć korzyści, jakie są związane z zawarciem związku małżeńskiego, oraz konsekwencje rezygnacji z tej możliwości. Jeżeli zdecydują, że nie chcą ograniczać własnej wolności wskutek zawarcia małżeństwa, powinni liczyć się z następstwami

²² Zob. przykładowo następujące orzeczenia Sądu Najwyższego: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNCP 1987, nr 1, poz. 2, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2000 r. IV CKN 32/00, OSNC 2000, nr 12, poz. 222, którego teza brzmi: „Do rozliczeń majątkowych pomiędzy osobami pozostającymi w trwałym związku faktycznym (konkubinacie) mogą mieć zastosowanie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu”. Zob. też zestawienie orzeczeń Sądu Najwyższego w przypisie 51 do artykułu F. Hartwicha: Konkubinaty – dylematy prawne, Palestra 2007, nr 3-4. Podobna ochrona jest realizowana w orzecznictwie sądów powszechnych. Z nowszych orzeczeń zob. np. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 9 kwietnia 2010 r., I ACa 222/10, OSAW 2010, nr 4, poz. 193, którego teza brzmi: „Nieodpłatne wykonywanie pracy na rzecz drugiego skutkuje jego bezpodstawnym wzbogaceniem o wartość majątkową, jaka z jego majątku nie wyszła, i jako uzyskana bez podstawy prawnej korzyść, co do zasady podlega zwrotowi, art. 405 k.c.(...) Skoro zaś powódka, pozostająca z pozwanym w konkubinacie, przez wiele lat włączała środki finansowe uzyskane z pracy zawodowej i prac chałupniczych do wspólnego budżetu stron, prowadziła dom i gospodarstwo stron oraz wychowywała ich wspólną córkę, a ponadto intensywnie pracowała fizycznie przy budowie domu i partycypowała w kosztach budowy, brak podstaw do uznania, że poniesione przez nią nakłady zostały wyrównane na skutek zamieszkiwania przez nią w domu stanowiącym wyłączną własność powoda”; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, z dnia 26 kwietnia 2011 r., I ACa 1049/10, LEX nr 824321, w którym Sąd stwierdził: „Nabycie nieruchomości podczas trwania związku przez partnerów, będących stroną umowy sprzedaży, powoduje, że stają się oni oboje współwłaścicielami nieruchomości niezależnie od tego, czy nieruchomość została nabyta za środki pieniężne gromadzone wspólnie, czy też wyłącznie za środki finansowe tylko jednego z konkubentów”. Zob. także A. Policiński: Roszczenia konkubiny z tytułu pracy świadczonej w gospodarstwie rolnym konkubenta, NP. 1970, nr 5.

²³ W szczególności tezę tę potwierdza zawarta w projekcie propozycja dokonywania wpisów o zawartej umowie w aktach stanu cywilnego stron umowy oraz przewidywane, z mocy prawa, korzystne następstwa statusu osoby pozostającej w związku, opisane w rozdziale 3 projektu ustawy (przewidyujące dla partnera takie uprawnienia, jakie aktualnie ma małżonek).

podjętej decyzji i zabezpieczyć swoje interesy zawierając stosowne umowy. O ile tego zaniechają powinni ponieść negatywne konsekwencje własnych zaniedbań. Jak wynika z wcześniejszych uwag i odesłań do literatury przedmiotu, w stosunkowo licznych przypadkach wspólne pozamałżeńskie pożycie jest źródłem różnych uprawnień i nie pozostaje bez istotnej ochrony prawnej.

Osoba homoseksualna ma możliwość zawarcia małżeństwa i założenia rodziny tylko z osobą płci przeciwnej. O ile się na to zdecyduje, wbrew własnym preferencjom, może co prawda należycie wypełniać obowiązki małżeńskie i rodzinne, jednakże trudno oczekiwać, że będzie to regułą. Bardziej prawdopodobna wydaje się negatywna prognoza co do dobrego funkcjonowania małżeństwa i jego trwałości. Jeżeli nie chce (nie może) podjąć decyzji o zawarciu małżeństwa, jej wybór ogranicza się do rezygnacji z życia rodzinnego (co jest bardzo trudne i zwykle bywa źródłem cierpienia) albo pozostawania w związku, którego ramy nie mogą zostać sformalizowane. Czy jest to wystarczające dla nadania związkom partnerskim osób tej samej płci formy instytucji prawnej, **w zakresie nie naruszającym art. 18 Konstytucji w jego aktualnym brzmieniu**, powinno zostać poprzedzone wielostronną ekspertyzą prawną i rozważone według kryteriów wymienionych w § 1 zasad techniki prawodawczej. Wyniku analiz nie można uprzedzać, a w każdym razie formułowanie ich prognozy nie jest zadaniem niniejszej opinii. Stosowne prace analityczne, z uwagi na znaczne skomplikowanie prawne i społeczne tej problematyki, oraz emocje jakie budzi w opinii publicznej, powinno wykonać gremium szczególnie do tego przygotowane (np. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości RP). Nie wydaje się, aby było to możliwe na etapie prac parlamentarnych, nawet przy założeniu, że projekt zostanie ponownie wniesiony do Sejmu nowej kadencji. Treść i uzasadnienie projektu ustawy, przedstawionego do niniejszej opinii, skłania bowiem do oceny, że **projekt ten nie spełnia należycie wszystkich zasad techniki prawodawczej, a zawarte w nim rozwiązania (o ile zostałyby przyjęte), niezależnie od oceny ich zgodności z Konstytucją, w licznych przypadkach naruszałoby spójność systemu prawa**. Powyższą tezę zilustrują (w sposób przykładowy) argumenty przytoczone w dalszych uwagach.

UWAGI NA TEMAT WYBRANYCH ROZWIĄZAŃ PROJEKTU USTAWY O UMOWIE ZWIĄZKU PARTNERSKIEGO

Rozdział 1.

Zgodnie z § 20 zasad techniki prawodawczej, w przepisach merytorycznych ustawy można wydzielić przepisy ogólne zawierające określenie zakresu spraw regulowanych ustawą i podmiotów, których ona dotyczy, lub spraw i podmiotów wyłączonych spod jej regulacji, objaśnienia użytych określeń i skrótów. Najistotniejsze jednak są **postanowienia wspólne** dla wszystkich albo dla większości przepisów merytorycznych zawartych w ustawie. **Zamieszczenie przepisów ogólnych nie jest konieczne**. Rozdział 1 projektu ustawy, zatytułowany „Przepisy ogólne” zawiera tylko jeden przepis (art. 1), który stwierdza, że „ustawa reguluje kwestie dotyczące umowy związku partnerskiego”. Słowo „kwestie” zwykle nie bywa stosowane w tekstach aktów normatywnych i nie precyzuje przedmiotu ustawy. **Tytuł rozdziału wprowadza w błąd – projekt nie zawiera „przepisów ogólnych”**.

Rozdział 2.

Rozdział 2 projektu ustawy zawiera najistotniejsze postanowienia projektowanej instytucji prawnej nazwanej „związkiem partnerskim”, w szczególności przedmiotowo istotne postanowieniom tej umowy. Nasuwają się tu liczne uwagi krytyczne oraz wątpliwości. Celowe wydaje się zwrócenie uwagi na niektóre z nich.

Strony umowy

1. Projekt **nie wymaga do zawarcia umowy związku partnerskiego pełnej zdolności do czynności prawnych**.

Umowę może zawrzeć osoba częściowo ubezwłasnowolniona (a nawet dwie osoby częściowo ubezwłasnowolnione) z innej przyczyny niż choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy, bowiem występowanie wymienionych dysfunkcji uniemożliwia zawarcie umowy związku partnerskiego (art. 6 pkt 5 projektu).

Oznacza to **dopuszczalność zawarcia umowy przez osobę ubezwłasnowolnioną częściowo z powodu innych zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, której stan z tej przyczyny wymaga pomocy do prowadzenia jej spraw.**

O ile do projektowanej umowy związku partnerskiego miałyby zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego (do którego jednak, w kwestiach nieuregulowanych, projekt ustawy wyraźnie nie odsyła) zapewne odnośnie do niemajątkowych (osobistych) postanowień umowy nie byłaby potrzebna zgoda przedstawiciela ustawowego osoby ubezwłasnowolnionej częściowo. W przypadku zawarcia w treści umowy postanowień o charakterze majątkowym, co do których kodeks cywilny (art. 17 k.c.) wymaga zgody przedstawiciela ustawowego, zgoda taka byłaby wymagana. Zapewne mogłoby to rodzić wątpliwości interpretacyjne. Niemniej, zważywszy na brak jakiegokolwiek kontroli ważności umowy, **dobro osób częściowo ubezwłasnowolnionych mogłoby być bardzo poważnie zagrożone**, gdy zawierając umowę nie korzystałyby z pomocy przedstawiciela ustawowego, którego zadaniem jest dbałość o ochronę interesów osoby ubezwłasnowolnionej.

Należy zauważyć, że osoby częściowo ubezwłasnowolnione, z innej przyczyny niż choroba psychiczna lub niedorozwój umysłowy, mogą zawrzeć związek małżeński. Jednakże **pośrednio doznają ochrony prawnej dlatego, że pozostają w małżeństwie**. Trwałość małżeństwa bowiem jest ustawowo chroniona, a gdy dojdzie do zupełnego i trwałego rozkładu pożycia małżeńskiego, możliwość orzeczenia rozwodu, którego żądałby małżonek osoby częściowo ubezwłasnowolnionej, musiałaby być poddana ocenie według zasad współżycia społecznego.

Z mocy prawa – jako reguła - powstaje małżeńska wspólność majątkowa, zaś na współmałżonku ciążyą liczne obowiązki (w szczególności istotny w takich sytuacjach obowiązek pomocy, współdziałania dla dobra rodziny i przyczyniania się do zaspokajania jej potrzeb materialnych), a w przypadku ewentualności orzeczenia rozwodu – obowiązek alimentacyjny.

Wymienionych konsekwencji nie wywoływałaby projektowana umowa związku partnerskiego. Z powyższego płynie wniosek, że, o ile – co do zasady – zawarcie takiej umowy zostałoby dopuszczone, o tyle wymaganie pełnej zdolności stron do czynności prawnych wydaje się konieczne.

2. Projekt przewiduje dwa kryteria, zgodnie z którymi określa się zdolność czynną do zawarcia umowy. Kryterium „pozytywne” to „pozostawanie we wspólnym pożyciu dwóch osób fizycznych” (art. 2 projektu). Kryteria „negatywne” (zakazy zawarcia umowy) zawiera art. 6 projektu. Są one wzorowane na zakazach małżeńskich przewidzianych w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (art. 10 i nast. k.r.o.).

- **Kryterium pozostawania we wspólnym pożyciu.**

1. Umowę związku partnerskiego mogą zawrzeć tylko osoby, które *już pozostają we wspólnym pożyciu*. Z projektu nie wynika, czy trwanie wspólnego pożycia po zawarciu umowy²⁴ jest konieczne dla wystąpienia skutków, jakie ma ona wywoływać z mocy ustawy, w szczególności w sferze uprawnień majątkowych (podatki, dziedziczenie ustawowe). Dla powstania tych skutków miarodajne jest bowiem istnienie umowy. **Po zawarciu umowy sytuacja w związku może dynamicznie się zmieniać, ale nie zawsze zmiany muszą zostać odzwierciedlone w kolejnych regulacjach umownych.** Niewykonywanie umowy, faktyczny rozpad związku nie powoduje ustania skutków umowy z mocy prawa. Z mocy prawa „rozwiązanie” umowy za życia stron następuje jedynie wskutek zawarcia przez stronę związku małżeńskiego (art. 8 ust. 2 pkt c).

2. Projekt nie definiuje pojęcia „wspólne pożycie”. Termin ten ma ustalone znaczenie wskutek wykładni przedstawianej w doktrynie prawniczej i w orzecznictwie (w tym Sądu Najwyższego) odnośnie małżonków. W najbardziej uproszczonej formie oznacza on istnienie więzi uczuciowej, współżycia seksualnego (w założeniu prowadzącego do prokreacji) oraz istnienie więzi gospodarczej (pozostawanie we wspólnocie domowej, prowadzenie wspólnego

²⁴ Umowa może zawierać postanowienia dotyczące różnych aspektów wspólnego pożycia, ale może też tę kwestię pomijać, albo może regulować wyłącznie skutki majątkowe związku partnerskiego.

gospodarstwa domowego). Wyklucza to możliwość zawarcia umowy przez osoby, które pozostają we wspólnocie domowej, wspólnie gospodarują (także „z jednego portfela”), ale stworzona przez nie wspólnota nie może być potraktowana, jako wspólne pożycie.

3. Nie został też wskazany żaden sposób weryfikacji „pozostawania we wspólnym pożyciu”. Obiektywnie jest to trudne, zważywszy, iż dotyczy sfery prywatności i intymności. W konsekwencji nie zostały stworzone bariery prawne uniemożliwiające (utrudniające) zawarcie umowy przez osoby niepozostające we wspólnym pożyciu, które mogą być zainteresowane skorzystaniem z przywilejów podatkowych, lub zmianą ustawowej kolejności dziedziczenia.

- **Zakazy zawarcia umowy**

Projekt przewiduje 7 zakazów zawarcia umowy związku partnerskiego. 6 z nich jest wiernym powtórzeniem zakazów małżeńskich, siódmy (art. 6 pkt 4) jest wzorowany na zakazie bigamii (zakaz zawarcia umowy związku partnerskiego przez osobę, która jest stroną innej umowy związku partnerskiego).

Zakazy małżeńskie w większości wywodzą się z prawa kanonicznego, bowiem regulacje małżeńskiego prawa osobowego przez wiele wieków były przez państwo przekazane kościołom (laicyzacja prawa małżeńskiego w Polsce nastąpiła dopiero od unifikacji unifikacją prawa rodzinnego z lat 1945 - 1946²⁵).

Niektóre zakazy (w szczególności zakaz zawierania małżeństwa przez powinowatych w linii prostej, a także zakaz zawierania małżeństwa przez osoby chore psychicznie i niedorozwinięte umysłowo, które z tego powodu nie zostały całkowicie ubezwłasnowolnione) są współcześnie oceniane jako zbędne i nadmiernie ograniczające swobodę zawarcia małżeństwa²⁶, a nawet jako pozostające w kolizji z

²⁵ Zob. w szczególności dekret Rady Ministrów „Prawo małżeńskie” z 25 września 1945 r., obowiązujący od 1 stycznia 1946 r., Dz. U. nr 48, poz. 270.

²⁶ A. Zielonacki, Zawarcie małżeństwa, Ossolineum 1982, s. 81 i s. 93. Należy zauważyć, że praktyka sądów powszechnych w sprawach o unieważnienie małżeństw zawartych wbrew zakazom, inspirowana orzecznictwem Sądu Najwyższego, jest liberalna. W szczególności dotyczy to unieważnienia małżeństwa z powodu choroby psychicznej małżonka i stanowiska wyrażonego przez Sąd Najwyższy w uchwale z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 1. Szerzej na ten temat zob. E. Holewińska – Łapińska: Wpływ orzecznictwa Sądu Najwyższego na praktykę sądów powszechnych w sprawach o unieważnienie małżeństwa z powodu choroby psychicznej i niedorozwoju umysłowego, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. V, s. 11 – 79, Warszawa 2011.

rozwiązaniami Europejskiej Konwencji o Ochronie Prawach Człowieka²⁷. Niemniej, celem zakazów małżeńskich wspólnie (a w szczególności w obowiązującym w Polsce Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym) jest **ukształtowanie małżeństwa, jako tworzącego rodzinę, trwałego związku kobiety i mężczyzny, należycie realizującego obowiązki opiekuńczo – wychowawcze wobec wspólnych dzieci.**

Powyższe wskazuje, iż **projektowane rozwiązanie nie może być traktowane jako jedna z umów cywilnoprawnych**, co zdaje się sugerować tytuł ustawy i część wywodów jej uzasadnienia. Gdyby tak było to wprowadzanie zakazów analogicznych do zakazów małżeńskich nie byłoby potrzebne, a co najmniej można byłoby je uznać za trudne do uzasadnienia.

Bardziej przekonujące wydaje się być stwierdzenie, że projektowana umowa zmierza do skonstruowania instytucji alternatywnej wobec małżeństwa, oferując korzystne skutki zwłaszcza w sferze majątkowej (zastrzeżone obecnie wyłącznie dla małżeństw), **bez przewidywania jakichkolwiek obligatoryjnych obowiązków i utrudnień dla rozwiązania umowy.**

Należy przypomnieć, że dla małżonków pozostawanie we wspólnym pożyciu jest jednym z obowiązków małżeńskich (art. 23 k.r.o.) ściśle związanym z pozostałymi podstawowymi obowiązkami: wzajemnej pomocy, wierności, współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli, zaś rozwiązanie małżeństwa może nastąpić tylko o ile zostaną spełnione liczne przesłanki ustawowe (art. 56 k.r.o.).

Treść umowy

Umowa, którą przewiduje projekt ustawy ma określać wzajemne zobowiązania „*w celu organizacji wspólnego życia*” określone alternatywnie „*o charakterze majątkowym lub osobistym*”. Może więc dotyczyć zobowiązań majątkowych i osobistych albo wyłącznie osobistych albo wyłącznie majątkowych.

Z **uprawnień o charakterze osobistym** projekt przewiduje możliwość przyjęcia przez strony umowy **wspólnego nazwiska** (art. 7).

²⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu z 13 września 2005, skarga nr 36536/02 w sprawie B. i L. przeciwko Wielkiej Brytanii, tak ocenił obowiązujący w prawie brytyjskim zakaz zawarcia małżeństwa pomiędzy ojczymem a pasierbicą.

- Projektowany zapis jest wzorowany na art. 25 § 2 k.r.o. odnoszącym się do nazwiska małżonków.
1. Możliwość noszenia wspólnego nazwiska przez **małżonków** jest konsekwencją założenia przez nich rodziny. Wiąże się z zasadą trwałości małżeństwa (małżeństwo jest w założeniu związkiem dożywotnim, choć rozwiązywalnym, gdy zostaną wypełnione przesłanki ustawowe określone w art. 56 k.r.o.) i ochroną rodziny powstałej wskutek jego zawarcia.
 2. Wspólne nazwisko stwarza **domniemanie faktyczne pozostawania oznaczonych osób w związku małżeńskim**. Może to być istotne dla osób trzecich, chociażby z uwagi na ustawowe ukształtowanie solidarnej odpowiedzialności obojga małżonków za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z nich w sprawach wynikających z zaspokajania zwykłych potrzeb rodziny (art. 30 k.r.o.). Należy podkreślić, że wskazany przepis zawiera normę bezwzględnie obowiązującą, mającą zastosowanie bez względu na ustrój majątkowy w małżeństwie²⁸, a jego stosowania nie wyłącza ubezwłasnowolnienie małżonka²⁹, ani separacja faktyczna małżonków³⁰. Tymczasem projektowana ustawa nie zawiera jakichkolwiek rozwiązań zapewniających trwałość związku partnerskiego, przewiduje możliwość jego ustania wskutek jednostronnego oświadczenia partnera, a solidarna odpowiedzialność za zobowiązania „zaciągnięte w celu zaspokajania bieżących potrzeb życia codziennego” (art. 12 projektu) nie ma takiego charakteru, jak przewidziana w art. 30 k.r.o. (strony mogą ją wyłączyć umownie).
 3. Ustawa z dnia 17 października 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska³¹ określa zasady zmiany nazwiska oraz właściwość organów administracji publicznej i tryb postępowania w sprawach zmiany imienia lub nazwiska w

²⁸ Tak np. J. St. Piątkowski (w:) System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego, Ossolineum 1985, s. 280, T. Smyczyński, Prawo rodzinne, 2005, s. 68; tenże (w:) System Prawa Prywatnego, t. 11 Prawo rodzinne i opiekuńcze, Warszawa 2009, s. 212 i 223-224, J. Winiarz (w:) J. Gajda, J. Ignatowicz, J. Pietrzykowski, K. Pietrzykowski, J. Winiarz: Kodeks rodzinny i opiekuńczy Komentarz (red. K. Pietrzykowski), Warszawa 2010, s. 320 – 321 i powołana tam wcześniejsza literatura.

²⁹ Tak np. J. Winiarz, op. cit.

³⁰ Tak np. J. Winiarz, tamże.

³¹ Dz. U. nr 220, poz. 1414.

różnych sytuacjach, **jednakże z wyłączeniem zmian, które są związane ze zmianą stanu cywilnego**. Zmiana nazwiska z mocy prawa oraz możliwość zmiany na podstawie oświadczenia określonych osób, w związku ze zmianą ich stanu cywilnego jest unormowana w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Tymczasem projekt przewidując zmianę nazwiska *expressis verbis* stanowi, że zawarcie umowy związku partnerskiego **nie zmienia stanu cywilnego partnerów**. Właściwe i zgodne z tą zasadą byłoby pozostawienie dotychczasowego stanu prawnego (zmiana nazwiska w trybie administracyjnym, zgodnie z ustawą z 2008 r.)

Proponowane rozwiązanie zmienia więc dotychczas obowiązującą zasadę bez wystarczającego uzasadnienia, a celem tej propozycji jest, jak się wydaje, upodobnienie związku powstałego wskutek zawarcia umowy do małżeństwa.

- Projekt ustawy **nie rozstrzyga**, czy uprawnienie do używania nazwiska nabytego zgodnie z art. 7 projektu ustawy **trwa po zakończeniu stosunku umownego** w jeden ze sposobów opisanych w art. 8 projektu ustawy. Skoro jednak partner nabyłby nowe nazwisko, to należy domniemywać, że jedyną drogą do jego zmiany byłby tryb administracyjny, opisany w ustawie z dnia 17 października 2008 r. o zmianie imienia i nazwiska, bez „ułatwienia”, jakie w przypadku orzeczenia rozwodu przewiduje art. 59 k.r.o.³²

Wydaje się, że brak racjonalnego uzasadnienia dla proponowanego rozwiązania, szczególnie że jego stosowanie mogłoby stanowić **zagrożenie dla dóbr osobistych i interesów majątkowych tego z partnerów, którego nazwisko zostało przyjęte przez drugiego partnera**, zwłaszcza w sytuacji, gdyby związek był krótkotrwały, a były partner dopuszczałby się, pod zmienionym nazwiskiem, czynów zabronionych przez prawo lub tylko nieetycznych.

Uprawnienia o charakterze majątkowym zawierają 3 przepisy projektu (art. 10 – 12),

³² Zgodnie z art. 59 k.r.o. ciągu trzech miesięcy od chwili uprawomocnienia się orzeczenia rozwodu małżonek rozwiedziony, który wskutek zawarcia małżeństwa zmienił swoje dotychczasowe nazwisko, może przez oświadczenie złożone przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego powrócić do nazwiska, które nosił przed zawarciem małżeństwa. Natomiast unieważnienie małżeństwa, z którego zawarciem była związana zmiana nazwiska jednego lub obojga małżonków, powoduje traktowanie tej zmiany jako niebyłej, ze skutkiem wstecznym (*ex tunc*), co wynika z wykładni art. 21 k.r.o.

które dotyczą:

- powstawania współwłasności w częściach równych „przedmiotów użytku domowego” nabywanych przez jedną ze stron umowy w czasie jej obowiązywania (art. 10),
- równych udziałów we współwłasności rzeczy i praw majątkowych nabywanych wspólnie w czasie obowiązywania umowy (art. 11),
- solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania „zaciągnięte w celu zaspokajania bieżących potrzeb życia codziennego” (art. 12).

Wszystkie wymienione przepisy projektu zostały sformułowane jako **względnie obowiązujące**, a tym samym niestwarzające wystarczającej ochrony interesów „słabszego” partnera.

Projektowany art. 12, w odróżnieniu od art. 30 k.r.o., pomijając możliwość wyłączenia jego zastosowania przez umowę stron, nie wskazuje, iż odpowiedzialność solidarna obojga partnerów dotyczy zobowiązań zaciągniętych przez każdego z partnerów dokonującego czynności prawnej w celu zaspokojenia bieżących potrzeb życia codziennego. Brzmienie projektowanego przepisu wskazuje, iż chodzi o zobowiązania zaciągnięte wspólnie, a więc takie, za których należyte wykonanie - zgodnie z zasadami ogólnymi - ponosiliby wspólnie odpowiedzialność.

Mimo niedoskonałości wymienionych przepisów dotyczących uprawnień i obowiązków majątkowych, są one jedynymi rozwiązaniami projektowanej ustawy, których uchwalenie nie budziłoby zasadniczych wątpliwości.

Ustawowe ukształtowanie umowy, które nadaje jej charakter tzw. umowy nazwanej, następuje przez sformułowanie grupy przepisów określających wzajemne uprawnienia i obowiązki stron. Oczekuje się, że tworzenie takich szczególnych regulacji ma na celu ukształtowanie pożądanego przez ustawodawcę modelu stosunków społecznych, oraz zabezpieczenie minimalnego standardu ochrony interesów stron zawierających umowę. Wydaje się, że tego oczekiwania projekt ustawy nie zrealizował, szczególnie że pozostawienie stronom znacznej swobody w ukształtowaniu podmiotowo istotnych postanowień umowy **nie zwalnia normodawcy**

od obowiązku sformułowania obowiązków i uprawnień, z których najważniejsze przybierają formę norm **bezwzględnie obowiązujących**, mniej istotne norm względnie obowiązujących. Regulacje ustawowe dotyczące treści projektowanej umowy są nieliczne (zawarte w 4 przepisach) i zostały sformułowane jednoznacznie, jako przepisy względnie obowiązujące. W konsekwencji, skoro **wszystkie postanowienia umowne mają zależeć wyłącznie od woli stron, z zachowaniem granic ich swobody (art. 353¹ k.c.)**, to można postawić tezę, że **brak jest uzasadnienia dla regulacji ustawowej**.

Forma umowy

Została określona w art. 3, jako pisemna z podpisami notarialnie poświadczonymi. Zastosowanie takiej formy nie stwarza możliwości jakiegokolwiek uprzedniej kontroli, chociażby co do zgodności z obowiązującymi ustawami, jaką zapewnia forma aktu notarialnego. Tymczasem projekt przewiduje w rozdziale 3 bardzo daleko idące skutki zawarcia umowy (w szczególności dziedziczenie ustawowe po partnerze na zasadach analogicznych jak małżonek). Przewidziana forma umowy wydaje się więc do nich nieadekwatna.

Zgłoszenie umowy kierownikowi USC i związane z umową obowiązki kierownika USC

Projekt ustawy nakłada na kierownika USC szereg obowiązków, przewiduje dokonywanie wpisów do akt stanu cywilnego, a **nie zawiera przepisów o nowelizacji ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego**. Celowe wydaje się przykładowe zwrócenie uwagi na brak spójności w systemie prawa, który wystąpiłby w przypadku uchwalenia opiniowanej ustawy.

Ustawowe obowiązki kierownika USC – dokonywanie czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego

1. Kierownik USC dokonuje „*czynności z zakresu rejestracji stanu cywilnego*” (art. 6. ust. 1 pr. o a.s.c.). Projekt ustawy zaś stwierdza *expressis verbis* w art. 7, że „*zawarcie umowy związku partnerskiego nie powoduje zmiany stanu cywilnego*”. Dlatego trudno dostrzec racjonalne uzasadnienie propozycji powierzenia licznych obowiązków kierownikowi USC.

2. Projekt ustawy **nie przewiduje prowadzenia rejestru umów o związku partnerskim ani nie zawiera jakichkolwiek rozwiązań dotyczących sposobu dokumentacji zgłoszeń zawarcia, rozwiązania, wypowiedzenia umowy**. Nie przewiduje nawet obowiązku przedstawienia odpisu umowy, o której zawarciu miałyby być dokonywana wzmianka, co mogłoby powodować czynienie wzmianek o umowach, które byłyby bezwzględnie nieważne z innych przyczyn niż wymienione w art. 6 projektu ustawy, chyba, że uznanoby za dopuszczalne stosowanie przez kierownika USC uprawnienia żądania dowodów potwierdzających prawdziwość danych zgłoszonych do wpisu i prowadzenia postępowania dowodowego, co przewiduje art. 22 pr. o a.s.c.

Wpis wzmianki dodatkowej

3. Projekt ustawy nakazuje odnotowanie zgłoszenia zawarcia, rozwiązania, wypowiedzenia związku partnerskiego w formie *wzmianki dodatkowej* w aktach stanu cywilnego (art. 9 projektu) bez wskazania w jakich aktach (należy przypuszczać, iż chodzi o akty urodzenia, bowiem osoba pozostająca w małżeństwie nie może zawrzeć umowy związku partnerskiego). Tymczasem, art. 21 pr. o aktach stanu cywilnego, przewiduje **wpisanie do aktu stanu cywilnego wzmianki dodatkowej, jeżeli po jego sporządzeniu nastąpią zdarzenia, które mają wpływ na treść danego aktu lub jego ważność**. Zawarcie umowy związku partnerskiego nie ma wpływu ani na treść aktów urodzenia partnerów ani na ich ważność.
4. Art. 21 w ust. 2 pr. o a.s.c. wskazuje, iż podstawę do wpisania wzmianki dodatkowej stanowią prawomocne orzeczenia sądów, ostateczne decyzje, odpisy z akt stanu cywilnego oraz inne dokumenty mające wpływ na treść lub ważność aktu. Nawet jeżeliby umowę potraktować jako „*inny dokument*”, to i tak nie byłyby spełnione przedstawione wymagania prawa o aktach stanu cywilnego (umowa nie zmienia stanu cywilnego). Realizacja zamierzeń projektu wymagałaby zmiany art. 21 pr. o aktach stanu cywilnego.
5. Z uwagi na szczególną rolę akt stanu cywilnego w ochronie dóbr osobistych, a także w tworzeniu bezpieczeństwa obrotu prawnego, podstawą wpisu wzmianki dodatkowej są **dokumenty o szczególnej doniosłości prawnej** (w

praktyce wzmianki są dokonywane przede wszystkim na podstawie prawomocnych orzeczeń sądów dotyczących stanu cywilnego).

Umowa związku partnerskiego, zgodnie z projektem, miałaby być zawierana w zwykłej formie pisemnej, z notarialnym jedynie potwierdzeniem podpisów stron, bez jakiegokolwiek weryfikacji merytorycznej z punktu widzenia ważności (np. wg kryteriów z art. 58 k.c.), z możliwością wypowiedzenia, a więc ustania wskutek czynności prawnej jednej strony umowy. Z tej przyczyny również wątpliwe jest, czy na takiej podstawie (przy założeniu dopuszczalności dokonania wpisu wzmianki co do zasady) mógłby zostać dokonany wpis.

6. Można domniemywać, że celem wpisywania wzmianki o umowie partnerskiej byłoby zachowanie „monogamiczności” związków partnerskich. Uszło zapewne uwagi twórców projektu, że skrócony odpis aktu urodzenia, który zgodnie z projektowanym art. 4 ust. 2 pkt 1, miałby być przedstawiany kierownikowi USC, nie zawiera wzmianek dodatkowych. Zgodnie z art. 82 pkt 1 prawa o aktach stanu cywilnego, w skróconym odpisie aktu urodzenia zamieszcza się tylko „nazwisko i imię (imiona), miejsce i datę urodzenia oraz imiona i nazwiska rodowe rodziców dziecka”. Ponieważ zaś umowa związku partnerskiego, jak wynika z jej zapisu w art. 7 projektu ustawy, nie miałaby wpływać na stan cywilny partnerów (w szczególności na treść aktu urodzenia) brak podstaw do oczekiwania, że jej zawarcie będzie znane kierownikowi USC, o ile z urzędu nie sprawdzi wpisu w księdze stanu cywilnego, lub nie zażąda odpisu pełnego aktu³³.

Odmowa przyjęcia zgłoszenia

7. Art. 4 ust 3 projektu ustawy nakazuje kierownikowi USC odmówić przyjęcia zgłoszenia zawarcia umowy związku partnerskiego tylko z jednej przyczyny – braku czynnej zdolności do zawarcia takiej umowy, określonej w art. 6 projektu ustawy. Projekt ustawy nie przewiduje **żadnej formy kontroli** stanowiska

³³ W systemach prawnych, w których nastąpiła instytucjonalizacja konkubinatu hetero – i homoseksualnego, w celu zabezpieczenia minimalnego standardu ochrony interesów partnerów i osób trzecich przewidywane są różne formy rejestracji. Autorzy projektu, być może zmierzając do przekonania opinii publicznej, że projektowana ustawa nie instytucjonalizuje związków partnerskich, nie przewidzieli rejestru, ale (projektując wpisy do aktów stanu cywilnego) zmierzali do osiągnięcia analogicznego celu. W efekcie uchwalenie ustawy zdekomponowanoby zasady prawa o aktach stanu cywilnego, a mimo tego nie zapewnionoby partnerom oczekiwanej przez nich najprawdopodobniej ochrony.

kierownika USC. Jeżeliby uznać, że – odmiennie niż w przypadku zawarcia małżeństwa – odmowa kierownika USC byłaby **decyzją administracyjną**, podlegałaby kontroli według przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Projektowana umowa ma jednak dotyczyć **stosunków o charakterze osobistym (skoro mogą ją zawrzeć tylko osoby pozostające we wspólnym pożyciu)**. W systemie polskiego prawa ochrona praw o charakterze osobistym jest powierzona **sądom powszechnym**. Dlatego, pierwotnie administracyjny charakter odmownej decyzji kierownika USC co do możliwości przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, został zmieniony ustawą z 24 lipca 1998 r.³⁴. Odmowa kierownika USC może stać się przedmiotem wniosku do sądu o rozstrzygnięcie czy okoliczność przedstawiona przez kierownika USC uzasadnia rozstrzygnięcie odmowne.

8. Projekt ustawy **nie przewiduje odmowy przyjęcia zgłoszenia o rozwiązaniu lub wypowiedzeniu umowy związku partnerskiego**, choćby wypełnienie przesłanek skutecznego wypowiedzenia umowy było wątpliwe. Tymczasem na podstawie takiego zgłoszenia kierownik USC miałby obowiązek dokonania wzmianki dodatkowej w akcie stanu cywilnego i wydania zaświadczenia o wypowiedzeniu umowy (art. 5, art. 9 projektu ustawy).

Projektowane rozwiązania, niezależnie od podstawowej wątpliwości, czy są dopuszczalne w stanie prawnym obowiązującym w Polsce (także z uwzględnieniem opiniowanej ustawy), nie stwarzałyby ani gwarancji zgodności wpisów dotyczących umów związku partnerskiego do szczególnych rejestrów, jakimi są księgi stanu cywilnego, z rzeczywistym stanem prawnym, ani nie zapewniałyby należytej ochrony praw osób, których decyzje kierownika USC miałyby dotyczyć.

Ustanie umowy

Ustania umowy związku partnerskiego dotyczy art. 8 projektu ustawy. Umowa miałaby wygasać z mocy prawa z chwilą śmierci partnera oraz zawarcia przez jednego z partnerów związku małżeńskiego (jak należy domniemywać dotyczy to zawarcia małżeństwa z dotychczasowym partnerem albo z inną osobą).

³⁴ Dz. U. nr 117, poz. 757.

Poza tym umowa mogłaby być rozwiązana wskutek „wspólnego oświadczenia” w formie pisemnej oraz ustawałaby w następstwie jej wypowiedzenia dokonanego w formie pisemnej z terminem 6 miesięcy. Ustanie umowy wskutek wypowiedzenia zapewne mogłoby naruszać uzasadnione interesy drugiej strony, skoro projekt ustawy pozostawia tu całkowitą dowolność wypowiadającemu (być może przyczyny wypowiedzenia regulowałyby indywidualnie umowy partnerskie).

Na marginesie jedynie należy zauważyć, iż błędne jest nazywanie „rozwiązaniem umowy” (art. 8 ust. 1 pkt. 2) różnych przyczyn jej ustania, z których tylko jedna (podpunkt a) jest rozwiązaniem umowy *sensu stricto*.

Skutki zawarcia umowy

W systematyce projektu nie zostały wyodrębnione skutki zawarcia umowy. Zapewne większość z nich ma zostać ustalona w poszczególnych umowach. Natomiast **Rozdział 3** projektu ustawy pod „neutralnym” tytułem „Przepisy zmieniające i przepis końcowy” zawiera bardzo daleko idące, a wynikające z mocy prawa, skutki pozostawiania w związku partnerskim.

Niektóre propozycje zmian, nie związane w bezpośredni sposób ze szczególną ochroną małżeństwa, z uwagi na stosunek bliskości osób pozostających we wspólnym pożyciu, lub inne względy społeczne, nie budzą zastrzeżeń. Są to, w szczególności

- **Prawo pochowania partnera;**
- **Możliwość pobrania komórek, tkanek i narządów** od jednego partnera w celu przeszczepienia drugiemu, z zachowaniem dotychczasowej procedury (zgoda sądu), jednakże zmiana nie wydaje się konieczna bowiem partner może być uznany za osobę, co do której pobranie jest uzasadnione z uwagi na „szczególne względy osobiste” (art. 13 ust 1 pkt 1 ustawy z 1 lipca 2005 r., o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, dz. U. nr 69, poz. 169 ze zmianami).
- **Prawo odmowy zeznań w postępowaniu administracyjnym, cywilnym, podatkowym**

Przyjmuje się, że prawo do odmowy zeznań przysługuje osobom bliskim i służy realizacji 2 zasad:

- *prawdy materialnej* (świadek powinien być bezstronny, a osobie bliskiej trudno zachować bezstronność),
- *ochrony prywatności* (z prawa odmowy zeznań mogą skorzystać osoby bliskie, co trafnie ujął Zbigniew Janowicz komentując przepis art. 83 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego: „*chodzi tu bowiem o uniknięcie kolizji między uczuciem, jakie wiąże stronę, która miałaby wystąpić w charakterze świadka, ze stroną postępowania a obowiązkiem zeznawania prawdy w postępowaniu dowodowym*”³⁵).

Aktualnie stosunek bliskości, uzasadniający uprawnienie do odmowy zeznań w charakterze świadka, wynika z określonego w art. 83 § 1 k.p.a. i w art. 261 k.p.c. stosunku rodzinnoprawnego lub opiekuńczego (pokrewieństwo, powinowactwo, małżeństwo, przysposobienie, opieka, kuratela). Odmiennie natomiast traktuje wspólne pożycie prawo i postępowanie karne (art. 115 § 11 k.k., art. 182 k.p.k.) Kodeks karny definiując pojęcie osoby najbliższej wymienia „*osobę pozostającą we wspólnym pożyciu*”³⁶, zaś art. 182 k.p.k. przewiduje, że osoba najbliższa dla oskarżonego może odmówić składania zeznań (także po ustaniu małżeństwa i po rozwiązaniu stosunku przysposobienia). Wydaje się więc, że **pozostawanie we wspólnym pożyciu, z którym jest związany stosunek bliskości** (niezależnie od tego, czy „związek partnerski” stanie się elementem systemu polskiego prawa)

³⁵ Z. Janowicz, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 1995, s. 214

³⁶ W literaturze nie budzi wątpliwości, że pojęcie „wspólne pożycie” występujące w art. 115 § 11 k.k. dotyczy osób różnej płci. Związek osób tej samej płci, w którym są realizowane te same elementy wspólności co w związku heteroseksualnym, nie wszyscy autorzy klasyfikują analogicznie. Pogląd, że w zakresie pojęcia „wspólne pożycie” nie mieści się trwały związek o charakterze homoseksualnym wypowiedzieli, między innymi: A. Zoll (w) G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kordas, J. Majewski, J. Roglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, pod red. A. Zolla, Warszawa 2004, s. 634, R. Zawłocki (w) M. Królikowski, R. Zawłocki: Kodeks Karny Część ogólna, Komentarz do art. 32 – 116, Warszawa 2011, s. 983. Natomiast J. Wojciechowski (Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2002, s. 206), uznał, że związek osób tej samej płci, wspólnie prowadzących gospodarstwo domowe, w istocie odpowiada stosunkowi osób najbliższych. Tak samo A. Marek w Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 263, oraz J. Majewski (w) G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kordas, J. Majewski, J. Roglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, pod red. A. Zolla, Warszawa 2007, s. 1209. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 lipca 2004 r., II KK 176/04, LEX nr 121668, wypowiedział pogląd, że „*pojęcie „wspólne pożycie” odnosi się wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w myśl art. 18 Konstytucji jest wyłącznie związek osób różnej płci)*”.

powinno uprawniać do odmowy zeznań we wszystkich postępowaniach, bowiem ma do niego zastosowanie kryterium prawdy materialnej i ochrony prywatności.

Jeżeli w obowiązujących aktach normatywnych wymienia się, jako osobę uprawnioną osobę pozostającą we wspólnym pożyciu (jak np. w art. 3 ust 1 pkt 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. z 2009 r., nr 52, poz. 417, w art. 691 k.c.) zmiany nie są potrzebne.

Przyznanie stronie umowy związku partnerskiego takich uprawnień jak małżonkowi w pozostałych aktach normatywnych, które miałyby być zmienione na mocy projektowanej ustawy wydaje się **naruszać zasadę szczególnej ochrony małżeństwa i jego preferencyjnego traktowania**, w szczególności dotyczy to uprawnień z zakresu prawa spadkowego i podatkowego. Marginalnie już tylko wypada zaznaczyć, że nie oszacowano budżetowych konsekwencji proponowanych zmian, a mogłyby one generować dodatkowe wydatki oraz utratę znacznych sum z tytułu zwolnień podatkowych.

WNIOSKI

- Projekt ustawy w obecnym jej kształcie **nie powinien być przedmiotem dalszych prac parlamentu** z uwagi na liczne i występujące w różnych płaszczyznach niedoskonałości prawne;
- **Instytucjonalizacja heteroseksualnego konkubinatu jest niedopuszczalna w związku z brzmieniem art. 18 Konstytucji**; Poszerzanie regulacji prawnej dotyczącej osób pozostających we wspólnym pożyciu, które **mogą zawrzeć związek małżeński**, nie wydaje się ani celowe ani potrzebne, bowiem **korzystają one już obecnie ze stosunkowo szerokiej ochrony prawnej** (być może nawet nadmiernej), a pozostawanie w konkubinacie jest decyzją dotyczącą **życia prywatnego**.
- Ocena dopuszczalności i zakresu ewentualnej regulacji ustawowej odnośnie do osób tej samej płci, pozostających w trwałych związkach (**wykluczona jest regulacja zbliżona do małżeństwa bez uprzedniej zmiany art. 18 Konstytucji RP**), wymaga analizy uwzględniającej zobowiązania

prawnomiędzynarodowe z rozważeniem konsekwencji mogących wynikać z tendencji do odstępowania od "statycznej" wykładni Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, dostrzegalnej w nowszych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³⁷. Nie wydaje się jednak aby z tej przyczyny obecnie była konieczna redefinicja w polskim porządku prawnym pojęcia "małżeństwo", "rodzina", "życie rodzinne". Niewatpliwie wskazane jest jednak stałe monitorowanie orzecznictwa ETPCz i stosowne prace studyjne na poziomie eksperckim dotyczące tego zagadnienia. Nie wydaje się, aby było możliwe ich przeprowadzenie w trakcie prac parlamentarnych.

- Ujednolicenie wszystkich procedur prowadzące do prawa odmowy zeznań przez świadka, który pozostaje w pożyciu z osobą, której dotyczy postępowanie, z uwagi na dobro wymiaru sprawiedliwości, powinno nastąpić niezależnie od tego czy i kiedy nastąpi uregulowanie "związku partnerskiego".

³⁷ Zob. W. Brzozowski: Małżeństwo, życie rodzinne, związki osób tej samej płci – glosa do wyroku ETPCz z 24.06.2010 r. w sprawie *Schalk i Kopf v. Austria*, Europejski Przegląd Sądowy, kwiecień 2011, s. 42 – 45, w szczególności pkt IV glosy.



PRZEWODNICZĄCY
KRAJOWEJ RADY SĄDOWNICTWA

Nr WOK 020-64/11

Dot. GMS-WP-173-126/11

Warszawa, 29 lipca 2011 r.

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu01.08.2011..

Pan Lech CZAPLA
Szef Kancelarii Sejmu

Przewodniczący

Uprzejmie informuję, że Krajowa Rada Sądownictwa na posiedzeniu plenarnym w dniu 21 lipca 2011 r. podjęła decyzję, że nie zajmie stanowiska w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o umowie związku partnerskiego, ponieważ regulacje zawarte w ww. projekcie wykraczają poza zakres czynności opiniodawczych określonych w art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. Nr 126, poz.714).

2 podpisany

Wiceprzewodniczący
Krajowej Rady Sądownictwa

sędzia Roman Kęska