



Warszawa, dnia 24 kwietnia 2017 r.

**DO PREZESA I CZŁONKÓW
TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ**

**UWAGI NA PIŚMIE
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

przedkładane na podstawie art. 23 Statutu Trybunału Sprawiedliwości
w postępowaniu o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie

C-673/16

Coman e.a.

(sąd krajowy: Curtea Constituțională a României – Rumunia)

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej:

Bogusław Majczyna

Adres do doręczeń:

**Ministerstwo Spraw Zagranicznych
al. J. Ch. Szucha 23
00-580 Warszawa – POLSKA**

SPIS TREŚCI

I.	PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE	3
II.	STANOWISKO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ	5
II.1.	Ograniczone kompetencje Unii Europejskiej w dziedzinie prawa rodzinnego	5
II.2.	Zobowiązania wynikające z Karty praw podstawowych UE oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności	11
II.3.	Pojęcie „współmałżonek” na gruncie dyrektywy 2004/38/WE	17
II.4.	Traktowanie na gruncie dyrektywy 2004/38/WE partnera tej samej płci, z którym obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie prawa innego państwa członkowskiego	19
III.	PROPOZYCJA ROZSTRZYGNĘCIA	22

I. PRZEDMIOT SPRAWY I PYTANIA PREJUDYCJALNE

1. Wniosek do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie C-673/16 *Coman e.a.* został złożony przez rumuński sąd konstytucyjny (*Curtea Constituțională a României*), w związku z rozpatrywaniem skargi złożonej przez obywatela Rumunii i obywatela Stanów Zjednoczonych Ameryki na decyzję władz rumuńskich odmawiającą udzielenia obywatelowi Stanów Zjednoczonych zezwolenia na pobyt czasowy. Jak wynika z uzasadnienia wniosku, skarżący zawarli w 2010 r. małżeństwo w Brukseli, a następnie zamierzali przenieść się do Rumunii, powołując się na przepisy dyrektywy 2004/38/WE¹. W tym celu w 2012 r. wystąpili w ambasadzie Rumunii w Brukseli o transkrypcję belgijskiego zaświadczenia o małżeństwie. Właściwe organy rumuńskie odmówiły takiej transkrypcji na podstawie przepisu rumuńskiego kodeksu cywilnego, zgodnie z którym małżeństwa pomiędzy osobami tej samej płci zawarte za granicą nie podlegają uznaniu w Rumunii. Właściwy organ do spraw imigracji odmówił przedłużenia obywatelowi Stanów Zjednoczonych Ameryki pozwolenia na pobyt czasowy na terytorium Rumunii.
2. Skarżący wnieśli do rumuńskiego sądu konstytucyjnego skargę o stwierdzenie niezgodności z konstytucją przepisów rumuńskiego kodeksu cywilnego, które z jednej strony zakazują uznawania małżeństw osób tej samej płci zawartych za granicą, a z drugiej strony wymagają „zachowania w mocy” przepisów prawa w przedmiocie swobody przemieszczania się po terytorium Rumunii przez obywateli państw członkowskich UE i EOG. Uzasadniając zarzut niekonstytucyjności skarżący podnieśli, że w kontekście korzystania z prawa pobytu, brak uznania legalnie zawartych za granicą małżeństw pomiędzy osobami tej samej płci narusza prawo do życia intymnego, rodzinnego i prywatnego oraz stanowi nierówne traktowanie ze względu na orientację seksualną.
3. W tych okolicznościach sąd rumuński skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania:

¹ Dyrektywa 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich, zmieniająca rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylająca dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz. Urz. UE L 158 z 30.04.2004, str. 77; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 5, str. 46).

- 1) *Czy określenie „współmałżonek” zawarte w art. 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE w związku z art. 7, 9, 21 i 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, obejmuje współmałżonka tej samej płci, pochodzącego z państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, obywatela Unii Europejskiej, z którym obywatel zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie?*
- 2) *W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy art. 3 ust. 1 i art. 7 ust. 1 dyrektywy 2004/38/WE w związku z art. 7, 9, 21 i 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej wymagają, aby przyjmujące państwo członkowskie przyznało prawo pobytu na swoim terytorium lub na okres przekraczający 3 miesiące współmałżonkowi tej samej płci obywatela Unii Europejskiej?*
- 3) *W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze, czy współmałżonek tej samej płci, pochodzący z państwa niebędącego członkiem Unii Europejskiej, obywatela Unii Europejskiej, z którym obywatel zawarł legalne małżeństwo na podstawie przepisów prawa państwa członkowskiego innego niż przyjmujące państwo członkowskie, może zostać zakwalifikowany jako „wszelki inny członek rodziny” na podstawie art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE lub „partner, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należyście poświadczonym związku” na podstawie art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/38/WE, co odpowiada obowiązкови państwa przyjmującego ułatwienia wjazdu i pobytu tego współmałżonka, nawet jeżeli państwo przyjmujące nie uznaje małżeństw pomiędzy osobami tej samej płci, ani nie przewiduje żadnej innej alternatywnej formy prawnego uznania, takiej jak związki zarejestrowane?*
- 4) *W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie trzecie, czy art. 3 ust. 2 i art. 7 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE w związku z art. 7, 9, 21 i 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej wymagają, aby przyjmujące państwo członkowskie przyznało prawo pobytu na swoim terytorium lub na okres przekraczający 3 miesiące współmałżonkowi tej samej płci obywatela Unii Europejskiej?*

II. STANOWISKO RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

II.1. Ograniczone kompetencje Unii Europejskiej

w dziedzinie prawa rodzinnego

4. Przed przedstawieniem propozycji odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego, Rzeczpospolita Polska pragnie podkreślić, że państwa członkowskie nie przyznały Unii Europejskiej na mocy Traktatów kompetencji w dziedzinie prawa rodzinnego materialnego. Zgodnie zatem z zasadą przyznania Unia Europejska nie ma żadnych kompetencji do harmonizowania rozwiązań szczegółowych, a tym bardziej zasad prawa rodzinnego, obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich.
5. Państwa członkowskie przyznały Unii, na mocy art. 81 TFUE, kompetencję jedynie w zakresie środków dotyczących prawa rodzinnego mających skutki transgraniczne. W tym kontekście należy po pierwsze zwrócić uwagę, że Unii przysługują w tym zakresie kompetencje dzielone (art. 4 ust. 2 pkt j TFUE), co oznacza, że Unia i państwa członkowskie mogą stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie, przy czym państwa członkowskie wykonują swoją kompetencję w zakresie, w jakim Unia nie wykonała swojej kompetencji (art. 2 ust. 2 TFUE). Po drugie jednak, zgodnie z art. 81 ust. 3 TFUE, przyjmowane przez Unię środki dotyczące prawa rodzinnego mające skutki transgraniczne podlegają – w drodze odstępstwa od ogólnej reguły – specjalnej procedurze ustawodawczej, która wymaga jednomyślnej decyzji Rady. Również tylko w drodze jednomyślnej decyzji Rada może określić te aspekty prawa rodzinnego mające skutki transgraniczne, które mogą być przedmiotem aktów przyjmowanych w drodze zwykłej procedury ustawodawczej.
6. Wymóg jednomyślności Rady przy przyjmowaniu środków dotyczących prawa rodzinnego mających skutki transgraniczne wynika z faktu, że dziedzina prawa rodzinnego (nawet w aspekcie transgranicznym, w którym Unia ma kompetencje dzielone z państwami członkowskimi) jest dziedziną szczególnie wrażliwą. Rozwiązania w tej dziedzinie odzwierciedlają poglądy i fundamentalne wartości, przyjęte w poszczególnych społeczeństwach europejskich (a nierzadko potwierdzone też w aktach rangi konstytucyjnej), które nie zawsze i nie w każdym aspekcie są identyczne. Zróżnicowane podejście dotyczy zwłaszcza definiowania instytucji małżeństwa. Będzie o tym mowa szerzej w dalszej części niniejszych uwag. Już w tym

miejscu należy jednak zaznaczyć, że prawo rodzinne, jak żadna inna gałąź prawa, oparta jest na aksjologii. Traktat szanuje ten fakt i wyklucza możliwość narzucenia jakimukolwiek państwu członkowskiemu, bez jego wyraźnej zgody, reguł kolizyjnych w dziedzinie prawa rodzinnego, które mogłyby być sprzeczne z przyjętymi w danym państwie zasadami prawa rodzinnego.

7. Warto w tym kontekście zauważyć, że poważne zastrzeżenia niektórych państw członkowskich budzi już sama kwestia przyjęcia unijnych reguł ustalania prawa właściwego w sprawach małżeńskich, która jest znacznie mniej wrażliwa niż ewentualne uznawanie skutków małżeństw zawieranych zgodnie z prawem jednego państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim. Zastrzeżenia dotyczące możliwości przyjęcia na poziomie unijnym wspólnych reguł ustalania prawa właściwego w sprawach małżeńskich, były dotychczas tak istotne, że przyjęcie takich reguł przez wszystkie państwa członkowskie jak na razie nie było w ogóle możliwe. Rozporządzenie nr 2201/2003² określa jedynie reguły ustalania właściwości sądów oraz wprowadza zasadę wzajemnego uznawania orzeczeń o rozwodzie, separacji lub unieważnieniu małżeństwa oraz o odpowiedzialności rodzicielskiej, z wyłączeniem reguł ustalania prawa właściwego. Odnotowania wymaga, że przedstawiony w 2016 r. przez Komisję wniosek dotyczący rozporządzenia Rady zmieniającego rozporządzenie nr 2201/2003 w odniesieniu do jurysdykcji i wprowadzającego zasady dotyczące prawa właściwego w sprawach małżeńskich nie został przyjęty z uwagi na brak jednomyślności państw członkowskich w Radzie (wymaganej do przyjęcia takiego rozporządzenia na podstawie art. 81 ust. 3 TFUE). Z tego względu Rada podjęła decyzję w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji³, a następnie grupa państw członkowskich przyjęła rozporządzenie w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej⁴.

² Rozporządzenie Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczące jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz. Urz. UE L 338 z 23.12.2003 r., str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 6, str. 234).

³ Decyzja Rady 2010/405/UE z dnia 12 lipca 2010 r. w sprawie upoważnienia do podjęcia wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodów i separacji (Dz. Urz. UE L 189 z 22.07.2010 r., str. 12).

⁴ Rozporządzenie Rady (UE) nr 1259/2010 z dnia 20 grudnia 2010 r. w sprawie wprowadzenia w życie wzmocnionej współpracy w dziedzinie prawa właściwego dla rozwodu i separacji prawnej (Dz. Urz. UE L 343 z 29.12.2010 r. str. 10).

8. Ponadto w ramach wzmocnionej współpracy, także z uwagi na brak możliwości uzyskania jednomyślności państw członkowskich w Radzie, przyjęto w 2016 r. dwa rozporządzenia dotyczące prawa właściwego w sprawach dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych⁵ oraz w sprawach dotyczących skutków majątkowych związków partnerskich⁶. W motywie 17 pierwszego z tych rozporządzeń (2016/1103) zastrzeżono przy tym wyraźnie, że nie definiuje ono pojęcia „małżeństwo”, które określone jest w przepisach krajowych państw członkowskich, zaś w jego motywie 21 dodano, że nie powinno ono mieć zastosowania do innych kwestii wstępnych, takich jak istnienie, ważność lub uznanie związku małżeńskiego, które są nadal regulowane prawem krajowym państw członkowskich, w tym krajowymi przepisami prawa prywatnego międzynarodowego. Z kolei w motywie 21 drugiego z ww. rozporządzeń (2016/1104) wskazano, że nie powinno ono mieć zastosowania do innych kwestii wstępnych, takich jak istnienie, ważność lub uznanie zarejestrowanego związku partnerskiego, które są regulowane prawem krajowym państw członkowskich, w tym krajowymi przepisami prawa prywatnego międzynarodowego.
9. W świetle powyższych faktów należy stwierdzić, że w zakresie współpracy transgranicznej w sprawach rodzinnych rozbieżności stanowisk państw członkowskich dotychczas były tak istotne, że nie jest możliwe uzyskanie jednomyślności przy przyjmowaniu określonych środków. Nawet wzmocniona współpraca grupy państw członkowskich w tym obszarze dotyczy jedynie wybranych, wąsko określonych zagadnień i została podjęta przy wyraźnym zastrzeżeniu, że przyjęte wspólne reguły w żaden sposób nie dotyczą kwestii uznawania małżeństw.
10. Jeżeli z kolei chodzi o przepisy Unii Europejskiej dotyczące zwalczania dyskryminacji, zgodnie z art. 19 ust. 1 TFUE „bez uszczerbku dla innych postanowień Traktatów i w granicach kompetencji, które Traktaty powierzają Unii, Rada, stanowiąc jednomyślnie zgodnie ze specjalną procedurą prawodawczą i po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego, może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”.

⁵ Rozporządzenie Rady (UE) 2016/1103 z dnia 24 czerwca 2016 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących małżeńskich ustrojów majątkowych (Dz. Urz. UE L 183 z 8.07.2016, str. 1).

⁶ Rozporządzenie Rady (UE) 2016/1104 z dnia 24 czerwca 2016 r. wdrażające wzmocnioną współpracę w dziedzinie jurysdykcji, prawa właściwego oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach dotyczących skutków majątkowych zarejestrowanych związków partnerskich (Dz. Urz. UE L 183 z 8.07.2016, str. 30).

11. Rzeczpospolita Polska w tym kontekście pragnie zauważyć, że postanowienie to zawiera wyraźne zastrzeżenie, że środki przyjmowane na jego podstawie muszą pozostawać „w granicach kompetencji Unii”, co należy rozumieć w ten sposób, że w celu zwalczania dyskryminacji, w tym ze względu na orientację seksualną, Unia Europejska nie może podejmować działań wykraczających poza kompetencje jej przyznane przez państwa członkowskie, tym samym naruszając zasadę kompetencji przyznanych.
12. W preambule dyrektywy 2000/78/WE⁷, przyjętej na podstawie tego postanowienia (art. 13 WE, obecnie art. 19 TFUE) wskazano, że nie narusza ona przepisów prawa krajowego dotyczących stanu cywilnego i wynikających z tego świadczeń (motyw 22).
13. Również Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie orzekał dotychczas, że ustawodawstwo dotyczące stanu cywilnego należy do kompetencji państw członkowskich, chociaż przy wykonywaniu tych kompetencji państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa unijnego, w szczególności przepisów dotyczących zasady niedyskryminacji⁸.
14. Z dotychczasowego orzecznictwa dotyczącego dyskryminacji ze względu na orientację seksualną zakazaną na podstawie dyrektywy 2000/78 wynika, że Trybunał Sprawiedliwości orzeka o istnieniu lub braku takiej dyskryminacji jedynie wówczas, gdy dane państwo członkowskie wprowadziło już w prawie krajowym uregulowania dotyczące statusu związków partnerskich (w tym par jedнопłciowych). Trybunał Sprawiedliwości stwierdził także, że na potrzeby oceny, czy do takiej dyskryminacji doszło, „porównywanie sytuacji powinno opierać się na analizie skoncentrowanej na prawach i obowiązkach małżonków i zarejestrowanych partnerów, jakie wynikają z obowiązujących przepisów krajowych, mających znaczenie w świetle celu i warunków przyznawania świadczenia rozpatrywanego w postępowaniu przed sądem krajowym, a nie polegać na zbadaniu, czy prawo krajowe dokonało ogólnego

⁷ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. UE L 303 z 2.12.2000 r., str. 16; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, str. 79).

⁸ Wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r., *Tadao Maruko*, C-267/06, EU:C:2008:179, pkt 58-59; wyrok z dnia 10 maja 2011 r., *Römer*, C-147/08, EU:C:2016:897, pkt 38; wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 58.

i zupełnego zrównania zarejestrowanego związku partnerskiego z małżeństwem pod względem prawnym”⁹.

15. Należy podkreślić, że w cytowanym orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości orzekł o ewentualnym naruszeniu zasady niedyskryminacji dopiero wówczas, gdy dane państwo członkowskie (wykonując swoje wyłączne kompetencje w dziedzinie prawa rodzinnego) ustanowiło w swoim ustawodawstwie instytucję zarejestrowanych związków partnerskich i określiło dla osób pozostających w takich związkach prawa i obowiązki porównywalne do praw i obowiązków przysługujących małżonkom.
16. Jednocześnie, uznając wyłączną kompetencję państw członkowskich w dziedzinie prawa rodzinnego, Trybunał Sprawiedliwości nie wypowiedział się w żaden sposób, czy w ogóle związki partnerskie (par różnopłciowych lub jedнопłciowych) mają być w prawie krajowym uznawane jako instytucja prawa rodzinnego, ani jaki ma być zakres praw partnerów w takich związkach wynikający z prawa krajowego (gdyby dane państwo zdecydowało o wprowadzeniu takiej instytucji do swojego prawa).
17. Takie stanowisko wynika wyraźnie zwłaszcza z wyroku *Parris*, w którym Trybunał Sprawiedliwości uznał, że państwa członkowskie mają swobodę w zakresie wprowadzenia małżeństwa dla osób tej samej płci lub alternatywnej formy prawnego uznania ich relacji, a także w razie potrzeby określenia, od jakiej chwili takie małżeństwo lub taka alternatywna forma będą wywoływać skutek. W konsekwencji Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że prawo Unii, a w szczególności dyrektywa 2000/78/WE, nie zobowiązywało Irlandii ani do wprowadzania przed dniem 1 stycznia 2011 r. małżeństwa lub formy związku cywilnego dla par homoseksualnych, ani do przyznania skutków retroaktywnych ustawie o związkach partnerskich oraz przepisom przyjętym na podstawie tej ustawy, ani też – w odniesieniu do renty rodzinnej rozpatrywanej w postępowaniu głównym – do określenia środków przejściowych względem par tej samej płci, na wypadek gdyby członek programu osiągnął już wiek 60 lat w chwili wejścia w życie wspomnianej ustawy i nie doszło w tym przypadku do dyskryminacji pośredniej ze względu na orientację seksualną¹⁰.

⁹ Wyrok z dnia 1 kwietnia 2008 r., *Tadao Maruko*, EU:C:2008:179, pkt 67-69; wyrok z dnia 10 maja 2011 r., *Römer*, C-147/08, EU:C:2016:897, pkt 42-43; wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Hay*, C-267/12, EU:C:2013:823, pkt 33.

¹⁰ Wyrok z dnia 24 listopada 2016 r., *Parris*, C-443/15, EU:C:2016:897, pkt 58-60.

18. W tym świetle Rzeczpospolita Polska po pierwsze uważa, że Unia Europejska nie ma kompetencji w dziedzinie prawa rodzinnego materialnego, należą one bowiem do wyłącznej kompetencji państw członkowskich.
19. Warto w tym kontekście szczególnie podkreślić, że państwa członkowskie mają bardzo zróżnicowane podejście do kwestii definiowania instytucji małżeństwa oraz regulowania w prawie krajowym statusu małżonków (par różnopłciowych i par jednopłciowych) oraz regulowania statusu związków rejestrowanych (w tym także par jednopłciowych). Niektóre państwa członkowskie wprowadziły przepisy umożliwiające zawieranie małżeństw przez pary jednopłciowe lub zawieranie rejestrowanych związków partnerskich (w tym par jednopłciowych), a także uregulowały zakres praw i obowiązków osób będących w takich związkach. Inne państwa członkowskie takich przepisów nie wprowadziły ani nie planują ich wprowadzania.
20. Należy także mieć na uwadze, że w niektórych państwach członkowskich, takich jak Polska, instytucja małżeństwa rozumianego jako związku kobiety i mężczyzny jest objęta ochroną konstytucyjną. Zgodnie z art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Polski Trybunał Konstytucyjny podkreślał wielokrotnie, że „w świetle aksjologii przyjętej w obowiązującej w Polsce Konstytucji, rodzina i małżeństwo są wartościami, które zajmują szczególnie wysoką rangę w hierarchii wartości konstytucyjnych”¹¹. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „art. 18 Konstytucji określa cele działalności organów władzy publicznej. Przepis ten, z jednej strony, stanowi dyrektywę interpretacyjną pozostałych norm konstytucyjnych i ustawowych nakazującą najpełniejszą realizację zasady ochrony macierzyństwa, rodzicielstwa i małżeństwa. Z drugiej zaś strony, art. 18 Konstytucji pełni rolę normy programowej. Przepis ten jest elementem przyjętej przez ustrojodawcę aksjologii konstytucyjnej”¹².
21. Po drugie, ewentualne przyjmowanie norm kolizyjnych w zakresie uznawania skutków małżeństwa wymagałoby w każdym razie jednomyślności państw członkowskich w Radzie. Jak wskazano powyżej, jak dotychczas trudności w uzyskaniu

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 maja 2005 r., sygn. akt K 16/04; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 marca 2015 r., sygn. akt P 38/12.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. SK 57/04; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2011 r., sygn. SK 11/09; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 grudnia 2013 r., sygn. akt P 40/12.

jednomyślności napotymano przy próbach uregulowania kwestii dużo mniej wrażliwych społecznie i aksjologicznie niż kwestia uznawania skutków małżeństw.

22. Po trzecie, przepisy prawa Unii dotyczące zwalczania dyskryminacji, w szczególności ze względu na orientację seksualną, nie naruszają przepisów prawa rodzinnego państw członkowskich. Problem ewentualnej dyskryminacji, w tym dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, który wchodzi w zakres stosowania prawa Unii, pojawi się dopiero wówczas, gdy państwo członkowskie podejmie decyzję o uregulowaniu statusu związków partnerskich (par różnopłciowych i jedнопłciowych) w sposób zbliżony do małżeństwa, a jednocześnie odmówi takim partnerom praw socjalnych, jakie posiadają małżonkowie będący w porównywalnej sytuacji. Natomiast przepisy prawa Unii zmierzające do zwalczania dyskryminacji w żadnej mierze nie zobowiązują państw członkowskich do regulowania statusu małżeństw par jedнопłciowych ani statusu związków partnerskich (par różnopłciowych i jedнопłciowych).

II.2. Zobowiązania wynikające z Karty praw podstawowych UE oraz Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

23. Sąd odsyłający w swoich pytaniach przywołał art. 7, 9, 21 i 45 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej: Karta). Należy zatem rozważyć, czy postanowienia te mogą wpływać na wykonywanie przez państwa członkowskie kompetencji dotyczących stanu cywilnego (prawa rodzinnego).
24. W pierwszej kolejności należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 51 ust. 2 Karty nie rozszerza ona zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach.
25. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej oznacza to, że interpretacja postanowień Karty nie może prowadzić do przyznania Unii kompetencji w dziedzinie, w której państwa członkowskie nie przyznały Unii kompetencji na podstawie Traktatów. Zatem, skoro jak wynika z pkt 5-15 niniejszych uwag Unia Europejska nie ma kompetencji do przyjmowania środków dotyczących małżeństwa lub związków partnerskich, wykładnia postanowień Karty nie może prowadzić do przyznania jej takich kompetencji.
26. Analizując kolejno powołane przez sąd odsyłający postanowienia Karty w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 7 Karty „każdy ma prawo do poszanowania

- życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”. Zgodnie z wyjaśnieniami dotyczącymi Karty¹³ prawa zagwarantowane w art. 7 odpowiadają prawom zagwarantowanym na mocy art. 8 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja).
27. Zgodnie z art. 9 Karty „prawo do zawarcia małżeństwa i prawo do założenia rodziny są gwarantowane zgodnie z ustawami krajowymi, regulującymi korzystanie z tych praw”. Z wyjaśnień dotyczących Karty wynika, że podstawą tego artykułu jest art. 12 Konwencji, przy czym brzmienie postanowienia Karty zostało zaktualizowane, tak aby objąć przypadki, w których ustawodawstwo krajowe uznaje inne możliwości utworzenia rodziny niż zawarcie małżeństwa. Jednocześnie jednak w wyjaśnieniach wyraźnie zastrzeżono, że art. 9 Karty nie stanowi o nadaniu statusu związku małżeńskiego związkom osób tej samej płci ani tego nie zakazuje. Prawo to jest więc podobne do prawa przewidzianego przez Konwencję, jednak jego zakres może być rozszerzony, jeżeli ustawodawstwo krajowe tak przewiduje.
28. Zgodnie z art. 21 ust. 1 Karty „zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. W wyjaśnieniach dotyczących Karty wskazano, że to postanowienie Karty wywodzi się z art. 13 WE, zastąpionego obecnie przez art. 19 TFUE, i z art. 14 Konwencji, a także z art. 11 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie w zakresie dziedzictwa genetycznego. W zakresie, w jakim postanowienie to odpowiada art. 14 Konwencji, ma zastosowanie zgodnie z tym artykułem.
29. Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) kilkakrotnie wypowiadał się o ewentualnych obowiązkach państw-stron Konwencji w zakresie uregulowania statusu prawnego par jedнопłciowych. Kwestia ta jest przez ETPC analizowana zarówno pod kątem art. 12 Konwencji (prawo do zawarcia małżeństwa), jak również pod kątem art. 8 (prawo do życia rodzinnego) oraz pod kątem art. 14 (zakaz dyskryminacji).
30. Na gruncie art. 12 Konwencji (prawo do zawarcia małżeństwa) ETPC konsekwentnie stwierdza, że pomimo odnotowania stopniowej ewolucji ustawodawstwa państw Rady

¹³ Dz. Urz. UE C 303 z 14.12.2007, str. 17.

Europy w tym zakresie „art. 12 Konwencji nie nakłada na państwa obowiązku stworzenia możliwości parom jedнопłciowym zawarcia małżeństwa”¹⁴. W ocenie ETPC art. 12 Konwencji chroni podstawowe prawo mężczyzny i kobiety do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Wyraźnie przewiduje uregulowanie instytucji małżeństwa w prawie krajowym oraz podtrzymuje tradycyjne pojęcie małżeństwa jako zawartego między mężczyzną i kobietą. Chociaż zatem niektóre Układające się Państwa poszerzyły małżeństwo o partnerów tej samej płci, art. 12 nie może być rozumiany jako nakładający na Układające się Państwa obowiązek przyznania dostępu do małżeństwa parom jedнопłciowym¹⁵.

31. ETPC stwierdził już także, że art. 8 Konwencji (prawo do życia rodzinnego) nie może być interpretowany jako nakładający na Układające się Państwa obowiązek przyznania parom jedнопłciowym dostępu do małżeństwa¹⁶.
32. Zdaniem ETPC także art. 14 (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 8 (prawo do życia rodzinnego) Konwencji, a zatem przepis o bardziej ogólnym zakresie i celu stosowania, nie może być interpretowany jako nakładający na Układające się Państwa obowiązek przyznania parom jedнопłciowym dostępu do małżeństwa. Takiego obowiązku nie nakłada również art. 14 (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 12 (prawo do małżeństwa) Konwencji¹⁷.
33. ETPC w swoim orzecznictwie podkreślił, że małżeństwo ma głęboko zakorzenione społeczne i kulturalne konotacje, które mogą różnić się w zależności od społeczeństwa. Z tego względu ETPC podkreśla, że nie ma potrzeby, by podejmował on pośpieszne działania celem zastąpienia swoimi poglądami poglądów władz krajowych, które są najlepiej umiejscowione do oceny i odpowiedzi na potrzeby społeczeństwa¹⁸. ETPC dostrzega także, że problem ten dotyczy ewoluujących przepisów prawnych, w zakresie których nie ma jeszcze konsensusu i z tego względu państwom powinien przysługiwać margines decyzyjny co do ewentualnego wprowadzenia odpowiednich zmian w stosownym czasie¹⁹.

¹⁴ *Oliari i in. przeciwko Włochom*, skargi nr 18766/11 i 36030/11, wyrok z 21.07.2015, § 192.

¹⁵ *Hämäläinen przeciwko Finlandii*, skarga nr 37359/09, wyrok Wielkiej Izby z 24.07.2014, § 96.

¹⁶ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, nr 30141/04, wyrok z 24.06.2010, § 101; *Hämäläinen przeciwko Finlandii*, § 96.

¹⁷ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 63; *Oliari i in. p. Włochom*, § 193.

¹⁸ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 62.

¹⁹ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 105.

34. Z orzecznictwa ETPC zatem jasno wynika, że państwa-strony Konwencji, w tym państwa członkowskie UE, nie mają na gruncie Konwencji obowiązku przyjmowania przepisów krajowych, które przyznawałyby prawo do zawarcia związku małżeńskiego parom jedнопłciowym.
35. W zakresie przyjmowania przepisów krajowych umożliwiających zawieranie związków partnerskich, w tym przez pary jedнопłciowe, ETPC także zachowuje daleko idącą powściągliwość. ETPC stwierdza bowiem, że w świetle Konwencji państwa korzystają z szerokiego marginesu oceny w odniesieniu do podjęcia decyzji o niewprowadzaniu tej formy uregulowania statusu par jedнопłciowych, a także w odniesieniu do kształtu ewentualnych uregulowań²⁰. Potwierdza to zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej, że podobnie jak w przypadku prawa do zawarcia związku małżeńskiego par jedнопłciowych, także w przypadku zawierania związków partnerskich przez pary jedнопłciowe – nie można przyjąć, aby Karta nakładała na państwa członkowskie obowiązek uregulowania statusu par jedнопłciowych w prawie krajowym.
36. Należy przy tym zauważyć, że chociaż ETPC nie wyprowadza z odnośnych postanowień Konwencji ogólnego obowiązku wprowadzenia przez państwo-stronę uregulowania w krajowym porządku prawnym statusu par jedнопłciowych, to jednak niekiedy w konkretnych sprawach, z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne danej skargi, ETPC stwierdzał naruszenie postanowień Konwencji w kontekście niemożności uzyskania prawnego uznania związków jedнопłciowych.
37. I tak w sprawie *Vallianatos i in. przeciwko Grecji* ETPC uznał, że ustawodawstwo krajowe obejmujące ochroną w formie związków partnerskich jedynie pary różнопłciowe stanowiło naruszenie art. 14 Konwencji (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 8 Konwencji (prawo do życia rodzinnego i prywatnego). W tym przypadku jednak doszło do naruszenia Konwencji z tego względu, że w cywilny związek partnerski mogły wstąpić jedynie osoby różnej płci, zaś władze krajowe nie wykazały, że pozbawienie takiej samej możliwości osób homoseksualnych było konieczne i uzasadnione w celu ochrony innych praw gwarantowanych Konwencją²¹.
38. Natomiast w wyroku *Tadeucci i McCall przeciwko Włochom* ETPC wskazał, że kwestia naruszenia art. 14 Konwencji może się pojawić w sytuacji, gdy dochodzi do różnego traktowania osób będących w porównywalnej sytuacji lub gdy państwo traktuje

²⁰ *Schalk i Kopf przeciwko Austrii*, § 106-108.

²¹ *Vallianatos i in. przeciwko Grecji*, skargi nr 29381/09 i 32684/09, wyrok Wielkiej Izby z 7.11.2013.

jednakowo osoby, które są w sytuacjach zasadniczo odmiennych. W sprawie tej ETPC rozpatrywał skargę partnerów jednopłciowych, zamieszkujących w Nowej Zelandii, którzy zamierzali na stałe osiedlić się we Włoszech i w tym celu domagali się przyznania im prawa pobytu ze względów rodzinnych. W tamtym czasie ustawodawstwo włoskie nie przewidywało możliwości zawierania małżeństw lub związków partnerskich przez pary jednopłciowe. Rozpatrując zarzut naruszenia art. 14 Konwencji ETPC stwierdził po pierwsze, że nie dostrzega by para jednopłciowa nie będąca małżeństwem była w tym przypadku traktowana odmiennie niż para różnopłciowa nie będąca małżeństwem. W ustalonej w prawie krajowym kategorii „członka rodziny” został umieszczony jedynie współmałżonek a nie konkubent/konkubina. W konsekwencji należałoby przypuszczać, że partnerowi heteroseksualnemu pochodzącemu spoza Unii Europejskiej także odmówiono by pobytu ze względów rodzinnych. Zatem odmowa przyznania prawa pobytu partnerom niebędącym małżonkami dotyczy wszystkich par, zarówno różnopłciowych, jak i jednopłciowych. Po drugie jednak, ETPC uznał, że w tym przypadku doszło do jednakowego potraktowania osób, które są w sytuacjach zasadniczo odmiennych, ponieważ pary jednopłciowe nie mogą we Włoszech zawrzeć małżeństwa (które to prawo przysługuje parom różnopłciowym). W konsekwencji restrykcyjna interpretacja pojęcia „członek rodziny” na gruncie prawa krajowego zdaniem ETPC stanowiła nieprzezwycięzalną przeszkodę w uzyskaniu prawa pobytu ze względów rodzinnych jedynie dla par jednopłciowych, skoro nie mogli oni ani uzyskać – innego niż małżeństwo – prawnego uznania ich związku²². ETPC następnie analizował kwestię, czy takie jednakowe potraktowanie sytuacji odmiennych może być racjonalnie i obiektywnie uzasadnione, jednak doszedł do wniosku, że takiego uzasadnienia w tej sprawie brak. Ostatecznie, po dokonaniu analizy sytuacji faktycznej i prawnej skarżących w tej sprawie, ETPC stwierdził naruszenie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji, przy czym naruszenie to polegało na jednakowym potraktowaniu – na potrzeby przyznania prawa pobytu ze względów rodzinnych – par jednopłciowych i par różnopłciowych i prowadziło do naruszenia zakazu ze względu na orientację seksualną przy korzystaniu z ich praw wynikających z art. 8 Konwencji²³.

39. Wreszcie, przywołany przez sąd odsyłający art. 45 ust. 1 Karty stanowi, że „każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania

²² *Tadeucci i McCall przeciwko Włochom*, skarga nr 51362/09, wyrok z 30.06.2016, § 81-83.

²³ *Tadeucci i McCall przeciwko Włochom*, § 98.

na terytorium państw członkowskich”. Zgodnie z art. 45 ust. 2 Karty „swoboda przemieszczania się i pobytu może zostać przyznana, zgodnie z Traktatami, obywatelom państw trzecich przebywającym legalnie na terytorium państwa członkowskiego”. Z wyjaśnień dotyczących Karty wynika, że prawo zagwarantowane w art. 45 ust. 1 Karty jest tożsame z prawem zagwarantowanym w art. 20 ust. 2 lit. a) TFUE. Zgodnie z art. 52 ust. 2 Karty ma ono zastosowanie na warunkach i w granicach określonych w Traktatach.

40. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej wynika z tego, że obywatele Unii korzystają z prawa do swobodnego przemieszczania się na warunkach i w granicach określonych w Traktatach, oraz aktach prawa pochodnego przyjętych na ich podstawie. Z tego względu w niniejszej sprawie prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu powinno być analizowane w kontekście warunków określonych w dyrektywie 2004/38/WE.
41. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej po pierwsze ani postanowienia Konwencji ani przepisy Karty nie nakładają na państwa członkowskie UE ogólnego obowiązku uregulowania w prawie krajowym kwestii małżeństw par jednopłciowych oraz statusu związków rejestrowanych (w tym par jednopłciowych).
42. Po drugie, nawet gdyby ETPC uznał, *quod non*, że z Konwencji wynika obowiązek państwa-strony do uregulowania w prawie krajowym małżeństw par jednopłciowych lub związków partnerskich (w tym par jednopłciowych), to w żadnym razie takiego obowiązku nie można byłoby wywieść z postanowień Karty. Wykładnia, zgodnie z którą taki obowiązek należałoby wywodzić z postanowień Karty gwarantujących prawo do życia rodzinnego, ochrony małżeństwa lub zasady niedyskryminacji, byłaby bowiem w jaskrawy sposób sprzeczna z brzmieniem art. 51 ust. 2 Karty. Wykładnia taka wykraczałaby bowiem poza zakres kompetencji przyznanych Unii Europejskiej przez państwa członkowskie na podstawie Traktatów.
43. Po trzecie, postanowienia Konwencji mogą wymagać w konkretnej sprawie dotyczącej indywidualnej sytuacji danej osoby uwzględnienia okoliczności, że pozostaje ona w zarejestrowanym związku jednopłciowym, jako okoliczności uwzględnianej przy rozpatrywaniu wniosku o zezwolenie na wjazd i pobyt.

44. Należy jednak w tym względzie podkreślić, że orzecznictwo ETPC dotyczące tych kwestii będzie wymagało uwzględnienia jedynie wówczas, gdy zastosowanie będą miały postanowienia Karty, tzn. jedynie wówczas gdy państwo członkowskie „wykonuje prawo Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty. W niniejszej sprawie należy uznać, że państwo członkowskie wykonuje prawo Unii, ponieważ stosuje przepisy krajowe wdrażające dyrektywę 2004/38/WE. Zatem konieczne jest uwzględnienie postanowień Karty oraz odnośnego orzecznictwa ETPC.
45. W innych sprawach, w których państwo członkowskie nie będzie wykonywało prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty, jej postanowienia nie będą miały zastosowania, skoro, jak już wcześniej wskazano, Unia Europejska nie ma kompetencji w dziedzinie prawa rodzinnego materialnego.

II.3. Pojęcie „współmałżonek” na gruncie dyrektywy 2004/38/WE

46. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy w sytuacji opisanej we wniosku prejudycjalnym pojęcie „współmałżonek” zawarte w art. 2 ust. 2 lit a) dyrektywy 2004/38/WE powinno obejmować także współmałżonka tej samej płci.
47. Rzeczpospolita Polska ma na uwadze, że użyte we wskazanym przepisie dyrektywy pojęcie „współmałżonek” nie zostało w niej zdefiniowane.
48. W opinii Rzeczypospolitej Polskiej ustalenie zakresu pojęcia „współmałżonek” na potrzeby stosowania dyrektywy 2004/38/WE należy do prawa krajowego. Zawarte w tej dyrektywie pojęcie „współmałżonek” musi być wypełnione treścią, którą pojęciu temu nadaje wyłącznie prawo krajowe, nie zaś prawo unijne. Wykluczone jest bowiem, by pojęcie „współmałżonek” w danym państwie członkowskim było rozumiane inaczej na gruncie różnych aktów prawa obowiązujących w tym państwie. Pojęcie to musi być stosowane w danym państwie jednolicie. W spójnym systemie prawnym niedopuszczalna jest sytuacja, w której osoba fizyczna uznawana byłaby za małżonka na gruncie przepisów dotyczących wjazdu i pobytu, a jednocześnie nieuznawana za małżonka na gruncie wszystkich innych regulacji krajowych.
49. Pojęciu „współmałżonek” nie można zatem nadawać autonomicznego znaczenia w oderwaniu od znaczenia w systemie prawnym danego państwa członkowskiego. Przyjęcie autonomicznej, odmiennej od zawartej w prawie krajowym wykładni tego

pojęcia mogłoby prowadzić do naruszenia wyłącznych kompetencji państw członkowskich w dziedzinie stanu cywilnego (prawa rodzinnego). Przyjęcie takiej autonomicznej wykładni na potrzeby przepisów dotyczących wjazdu i pobytu pociągnęłoby bowiem za sobą konieczność zapewnienia wewnętrznej spójności krajowego systemu prawnego, innymi słowy konieczność dostosowania regulacji prawa krajowego do wykładni przyjętej na gruncie dyrektywy 2004/38/WE. Doprowadziłoby to więc w konsekwencji do ukształtowania unijnego rozumienia pojęcia instytucji małżeństwa, z oczywistym naruszeniem postanowień Traktatu, który nie przyznaje Unii kompetencji w tej kwestii. Obowiązek zapewnienia takiej spójności spoczywałby na państwie członkowskim, ale także osoby uznane za małżonka na potrzeby przepisów dotyczących wjazdu i pobytu mogłyby wywodzić z takiego uznania dalsze skutki prawne, domagając się ogólnego uznania za współmałżonka w prawie krajowym, np. poprzez odnotowanie zawarcia małżeństwa w aktach stanu cywilnego.

50. Warto zauważyć, że dyrektywa 2004/38/WE była przyjmowana w czasie, gdy jedynie w dwóch państwach członkowskich – Holandii i Belgii – prawo krajowe przewidywało możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci. Nie ma zatem żadnych podstaw, aby zakładać, że przyjmując tę dyrektywę ustawodawca unijny zamierzał nadać pojęciu małżeństwa szerszy zakres niż pojęcie to miało wówczas w zdecydowanej większości państw członkowskich. Także Trybunał Sprawiedliwości wskazywał trzy lata wcześniej, że zgodnie z definicją akceptowaną przez większość państw członkowskich pojęcie „małżeństwo” oznacza związek osób przeciwnej płci²⁴. Trybunał Sprawiedliwości odnotował co prawda także tendencję zmian w tym zakresie, wskazując, że coraz więcej państw członkowskich wprowadza uregulowania zmierzające do prawnego uznania związków między osobami tej samej płci²⁵. Nawet jednak jeżeli także obecnie coraz więcej państw członkowskich uznaje możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci, pojęcie „współmałżonek” nie może być z tego powodu interpretowane dynamicznie. O treści tego pojęcia w danym państwie członkowskim nie może decydować rozumienie tego pojęcia w innych, a nawet w większości innych państw członkowskich.
51. Analizując znaczenie pojęcia „współmałżonek” na gruncie dyrektywy 2004/38/WE należy również zwrócić uwagę, że według art. 2 pkt 2 lit. b) oraz motywu 5 dyrektywy

²⁴ Wyrok z dnia 31 maja 2001 r., *Szwecja/Rada*, C-122/99 P i C-125/99 P, EU:C:2001:304, pkt 34.

²⁵ Tamże, pkt 35.

2004/38/WE za członka rodziny można uznać partnera, z którym obywatel Unii zawarł zarejestrowany związek partnerski jedynie wówczas, gdy ustawodawstwo przyjmującego państwa członkowskiego uznaje równoważność między zarejestrowanym związkiem partnerskim a małżeństwem. Skoro w przypadku związków partnerskich dla uznania danej osoby za partnera obywatela Unii decydująca jest perspektywa prawa państwa przyjmującego, to tym bardziej tę perspektywę należy stosować w odniesieniu do instytucji małżeństwa, które charakteryzuje się wyższym stopniem sformalizowania niż zarejestrowany związek małżeński.

52. Jak już wspomniano, przyjęcie, że pojęcie „współmałżonek” zawarte w art. 2 pkt 2 lit a) dyrektywy 2004/38/WE powinno w sytuacji takiej jak opisana we wniosku prejudycjalnym obejmować także współmałżonka tej samej płci, mogłoby doprowadzić, wbrew traktatowej zasadzie kompetencji powierzonych, do harmonizacji w dziedzinie nieobjętej kompetencją Unii Europejskiej. Tymczasem, jak zauważyła Komisja Europejska w procesie przygotowywania dyrektywy 2004/38/WE, harmonizacja warunków pobytu obywateli Unii w państwie członkowskim, którego osoby te nie są obywatelami, nie może prowadzić do narzucenia państwom członkowskim zmian w prawie rodzinnym, dziedzina ta nie jest bowiem objęta kompetencją Unii²⁶.
53. Wypełnienie treścią pojęcia „współmałżonek”, zawartego w dyrektywie 2004/38/WE należy zatem do państwa członkowskiego, zgodnie z jego prawem krajowym. Jeżeli w przyjmującym państwie członkowskim małżeństwo zawrzeć mogą jedynie mężczyzna i kobieta, określenie „współmałżonek”, zawarte w art. 2 pkt. 2 lit. a) dyrektywy należy rozumieć jako kobietę lub mężczyznę pozostających w związku małżeńskim z osobą odmiennej płci.

II.4. Traktowanie na gruncie dyrektywy 2004/38/WE partnera tej samej płci, z którym obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie prawa innego państwa członkowskiego

54. Trzecie i czwarte pytania prejudycjalne zmierzają do ustalenia, w jaki sposób państwo przyjmujące powinno traktować partnera tej samej płci, z którym obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie przepisów innego prawa państwa członkowskiego, w sytuacji

²⁶ COM/2003/0199 final, pkt 3.

- gdy prawo państwa przyjmującego sprzeciwia się uznaniu takiej osoby za współmałżonka.
55. Sąd odsyłający rozważa w pierwszej kolejności, czy osoba taka może zostać uznana za innego członka rodziny, który nie jest objęty definicją zawartą w art. 2 pkt 2 dyrektywy 2004/38/WE. Co prawda dyrektywa nie zdefiniowała pojęcia „innego członka rodziny”, to jednak zgodnie z jej motywem 6 przyjmujące państwo członkowskie powinno zbadać, w oparciu o własne ustawodawstwo, sytuację osób, które nie są objęte definicją „członka rodziny” w rozumieniu art. 2 pkt 2.
 56. Zdaniem Rzeczypospolitej Polskiej w przypadku państw, których prawo krajowe nie uznaje małżeństw osób tej samej płci, nie ma podstaw, aby przyjąć, że współmałżonek tej samej płci obywatela Unii może być zaliczony do kategorii innych członków rodziny w rozumieniu dyrektywy 2004/38/WE. Więż rodzina wynika bowiem wyłącznie z małżeństwa, z zarejestrowanego związku partnerskiego, (jeżeli związki takie są przewidziane w prawie krajowym danego państwa członkowskiego), pokrewieństwa lub powinowactwa.
 57. W opisywanym przypadku więż rodzina w świetle prawa państwa przyjmującego nie istnieje w żadnej z wymienionych kategorii. Państwo przyjmujące nie uznaje bowiem małżeństwa jednopłciowego, a oczywistą tego konsekwencją jest brak uznania więzi rodzinnej, która miałaby wynikać z takiego nieuznanego związku. W opisywanej sytuacji brak jest także innych, wynikających z pokrewieństwa lub powinowactwa, więzi decydujących o istnieniu stosunku rodzinnego.
 58. Skoro zatem dana osoba nie jest uznawana za współmałżonka (ani za partnera w zarejestrowanym związku), nie może ona być uznana za „innego członka rodziny”, o którym mowa w art. 3 ust. 2 lit a) dyrektywy 2004/38/WE.
 59. Osoba tej samej płci, z którą obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie prawa innego państwa członkowskiego, może jednak zostać w państwie przyjmującym uznana za „partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku” na podstawie art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/38/WE. Przepis ten dotyczy sfery faktycznej, to znaczy stałego związku dwóch osób pozostających w faktycznym pożyciu, którego istnienie i stały charakter wymaga jedynie odpowiedniego poświadczenia co do faktów.

60. Zgodnie z przywołanym przepisem dyrektywy państwo członkowskie ma wówczas obowiązek ułatwić wjazd i pobyt takiego partnera. Wyjaśniając, na czym polegać ma ułatwianie wjazdu i pobytu Trybunał Sprawiedliwości wskazuje, że chodzi o obowiązek pewnego uprzywilejowania wniosków o zezwolenie na wjazd i pobyt²⁷.
61. Analiza okoliczności danej sprawy należy w takim przypadku do organów krajowych. Trybunał Sprawiedliwości podkreśla, że w ramach analizy osobistych okoliczności wnioskodawcy na właściwym organie ciąży obowiązek uwzględnienia różnych czynników, które mogą mieć znaczenie w zależności od konkretnego przypadku²⁸. Jedną z takich okoliczności jest zawarcie małżeństwa w innym państwie członkowskim, jest to bowiem okoliczność przemawiająca za istnieniem związku o stałym i poświadczonym charakterze. Zatem chociaż samo małżeństwo nie jest uznawane na gruncie przepisów państwa przyjmującego, to zawarcie małżeństwa w innym państwie członkowskim powinno być uwzględniane jako okoliczność faktyczna na potrzeby badania, czy dana osoba może być uznana za partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku na podstawie art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/38/WE.
62. Ponadto w świetle przedstawionych powyżej rozważań dotyczących zobowiązań wynikających z Karty i Konwencji, analiza okoliczności każdej sprawy powinna być dokonywana przy pełnym poszanowaniu praw gwarantowanych w tych aktach. Trybunał Sprawiedliwości uznaje co prawda, że art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE nie nakłada na państwa członkowskie bezwzględnego obowiązku uznania prawa wjazdu i pobytu na rzecz osób objętych tym przepisem²⁹, jednak przepisy dotyczące wjazdu i pobytu partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku nie mogą być interpretowane i stosowane w sposób nadmiernie restrykcyjny. Jak bowiem wynika z wyroku ETPC w sprawie *Tadeucci i McCall przeciwko Włochom* mogłoby to prowadzić do naruszenia praw podstawowych w konkretnym przypadku analizowanym przez organy krajowe.

²⁷ Wyrok z dnia 5 września 2012 r., *Rahman*, C-83/11, EU:C:2012:519, pkt 21.

²⁸ Tamże, pkt 23.

²⁹ Tamże, pkt 21.

III. PROPOZYCJA ROZSTRZYGNĘCIA

63. W związku z argumentacją przedstawioną powyżej, Rzeczpospolita Polska proponuje Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej udzielenie następujących odpowiedzi na pytania sądu odsyłającego:

Na pytanie pierwsze:

Zakres pojęcia „współmałżonek”, o którym mowa w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE, określa prawo krajowe przyjmującego państwa członkowskiego.

Jeżeli w przyjmującym państwie członkowskim małżeństwo zawrzeć mogą jedynie mężczyzna i kobieta, pojęcie „współmałżonek”, o którym mowa w art. 2 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE, nie obejmuje osoby tej samej płci, z którą obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie prawa innego państwa członkowskiego.

Na pytania trzecie i czwarte:

Osoba tej samej płci, z którą obywatel Unii zawarł małżeństwo na podstawie prawa innego państwa członkowskiego, nie może zostać uznana w państwie przyjmującym, w którym małżeństwo zawrzeć mogą jedynie mężczyzna i kobieta, za „innego członka rodziny” w rozumieniu art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/38/WE, ale może zostać uznana, przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy, za „partnera, z którym obywatel Unii pozostaje w stałym, należycie poświadczonym związku” w rozumieniu art. 3 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/38/WE. Ocena wszystkich okoliczności sprawy należy w takiej sytuacji do właściwych organów państwa przyjmującego.

Bogusław Majczyna

Pełnomocnik Rzeczypospolitej Polskiej