


RODZINA I PRAWO

Nr 22 2012



Kwartalnik sędziów rodzinnych

w y d a w c a

Instytut Badań DNA

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący

Prof. zw. dr hab. Tadeusz Ereciński – prezes Izby Cywilnej Sądu Najwyższego.

Zastępca przewodniczącego

Dr Joanna Nowacka – ekspert Instytutu Badań DNA.

Członkowie:

- Prof. dr hab. Elżbieta Holewińska-Łapińska – Uniwersytet Warszawski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości
- Prof. dr hab. Tomasz Justyński – UMK w Toruniu, prodziekan Wydziału Prawa i Administracji,
- Grażyna Niemiałtowska – sędzia wizytator ds. rodzinnych i nieletnich, SO Warszawa–Praga,
- Prof. dr hab. Lech K. Paprzycki – prezes Izby Karnej Sądu Najwyższego,
- Prof. zw. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski – sędzia Sądu Najwyższego,
- Barbara Rymaszevska – sędzia WSA w Łodzi,
- Elżbieta Schubert – sędzia SO w Olsztynie,
- Prof. zw. dr hab. Tadeusz Smoczyński – Instytut Nauk Prawnych PAN w Warszawie
- Prof. zw. dr hab. Wanda Stojanowska – kierownik Katedry Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich UKSW
- Prof. zw. dr hab. Bogusław Sygit – Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego,
- Prof. zw. dr hab. Tadeusz Tomaszewski – prorektor Uniwersytetu Warszawskiego,
- Ewa Waszkiewicz – sędzia SO w Warszawie, prezes Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce.

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – sędzia Robert Zegadło, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego

Sekretarz Redakcji – Paweł Jagusiak, Instytut Badań DNA

Projekt okładki i opracowanie graficzne
Rafał Wiśniewski, Michał Pawlak
Skład i druk: J-PROPERTY
03-936 Warszawa, ul. Zwycięzców 20 lok. 2
tel.: 0 22 810 26 04

Nakład: 1700 egz.

Wydawca, prenumerata: Instytut Badań DNA
Adres Redakcji: 02-532 Warszawa, ul. Rakowiecka 36
tel.: 0 22 606 36 18, 0 22 646 53 38
e-mail: redakcja@ibdna.pl, fax: 0 22 606 37 19

Spis treści

Wspomnienie o Profesorze Andrzeju Gaberle	5
---	---

ARTYKUŁY

Joanna Ostojka, doktorant w Instytucie Prawa Cywilnego WPIA Uniwersytetu Warszawskiego, aplikant adwokacki przy ORA w Warszawie Problem tzw. macierzyństwa zastępczego a prawo dziecka do poznania własnej tożsamości	7
Małgorzata Strzelecka, doktorant w Instytucie Prawa Cywilnego WPIA Uniwersytetu Warszawskiego Przesłanki rozwiązania przysposobienia na gruncie polskiego ustawodawstwa	20
Kamil Kazimierczak, główny specjalista w Ministerstwie Sprawiedliwości Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach krajowych i transgranicznych Część 1. Prawo polskie	39

PRAWO RODZINNE W EUROPIE WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

Dr Magdalena Arczewska, adiunkt w Instytucie Stosowanych Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego Sądownictwo rodzinne w ujęciu porównawczym	52
--	----

PROJEKTY

Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (projekt z dnia 16-09-2011 r.)	63
---	----

ORZECZNICTWO

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 15 września 2011 r. w sprawie Schneider przeciwko Republice Federalnej Niemiec (skarga Nr 17080/07)	71
---	----

Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 września 2010 r. (I KZP 10/10)	73
Uchwała połączonych Izb Sądu Najwyższego (Izby Cywilnej oraz Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych) z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt III CZP 38/11)	83
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2011 r. (III CZP 39/11)	92

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Robert Zegadło, sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego	
Sprawozdanie ze spotkania Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z przedstawicielami Społecznej Rady ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów działającej przy Ministrze Sprawiedliwości	96
Społeczna Rada ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości	
Założenia ogólne propozycji działań zmierzających do pełniejszego wykorzystania potencjału mediacji jako skutecznej metody rozwiązywania sporów i konfliktów (projekt z 6 marca 2012 r.)	101

Wspomnienie o Profesorze Andrzeju Gaberle

Z głębokim żalem zawiadamiam Państwa, że dnia 1 lutego 2012 r. zmarł **Prof. dr hab. Andrzej Gaberle** – wybitny prawnik, od kilku lat emerytowany profesor zwyczajny Uniwersytetu Jagiellońskiego czynnie jednak wspierający praktykę i naukę polską.

Profesor kierował Katedrą Kryminologii na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Opublikował liczne prace naukowe z zakresu kryminologii i postępowania karnego. Jego zainteresowania badawcze skupiały się wokół społecznej problematyki przestępczości, a szczególnie dotyczącej przestępczości nieletnich.

Wspomnę, że dnia 8 września 2003 r. Pan Profesor został powołany przez Ministra Sprawiedliwości na przewodniczącego Zespołu do spraw opracowania projektu ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. W Zespole, któremu przewodniczył, w 2005 r. powstał i został przedłożony Ministrowi Sprawiedliwości Kodeks nieletnich, zawierający kompleksowe uregulowanie postępowania w sprawach nieletnich. Niestety ówczesny Minister nie zaakceptował tego projektu. Dwa lata później, przez już innego Ministra Sprawiedliwości, Pan Profesor ponownie został powołany na przewodniczącego Zespołu do opracowania kolejnego projektu dotyczącego spraw nieletnich.

Profesor pracował na wcześniej przygotowanym projekcie i stworzył ulepszoną oraz ujednoliczoną wersję poprzedniego. Niestety i ta wersja nie uzyskała aprobaty kolejnego Ministra Sprawiedliwości.

Pracy Profesora nad projektem Kodeksu nieletnich towarzyszyła myśl o przygotowaniu dzieła projektu ustawy, która służyłaby pokoleniom Polaków bez konieczności dokonywania corocznej nowelizacji. W ocenie wielu specjalistów teorii i praktyki z zakresu prawa nieletnich, projekt ustawy Profesora Andrzeja Gaberle spełniał wymagania spójności, kompleksowości i uniwersalności regulacji prawnych w tej dziedzinie prawa.

Miałam przyjemność współpracować z Prof. Andrzejem Gaberle przez 8 lat nad projektem ustawy, poznając go nie tylko jako znakomitego eksperta ale także jako człowieka. Profesor był osobą niezwykle ciepłą, wrażliwą, niesamowicie kompetentną, oddaną sprawom nieletnich i zapobiegania ich przestępczości. Był osobą, która chciała przede wszystkim wychowywać i resocjalizować nieletnich, a nie karać.

Z wielkim smutkiem i żalem żegnam Pana Profesora Andrzeja Gaberle w imieniu wszystkich sędziów rodzinnych w Polsce, z którymi często się spotykał i których był przyjacielem, doradcą i sojusznikiem.

Pan Profesor pozostanie na zawsze w naszych sercach i pamięci.

*Ewa Waszkiewicz
Prezes SSSR w Polsce*

Joanna Ostojka

Problem tzw. macierzyństwa zastępczego a prawo dziecka do poznania własnej tożsamości

I. Procedura *in vitro*, która umożliwia dokonanie zapłodnienia poza organizmem kobiety, obok kontrowersji związanych z anonimowością dawców gamet, zrodziła problem tzw. macierzyństwa zastępczego. W uproszczeniu macierzyństwo zastępcze sprowadza się do tego, że wynajęta kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko dla wynajmujących, przy czym, przynajmniej co do zasady, nie ma ona zamiaru stać się rodzicem.

W mediach pojawiają się coraz to nowe doniesienia na temat popularności wynajmowania brzucha także w Polsce¹. Wśród ogłoszeń prasowych „dam pracę” coraz częściej spotkać można informację o poszukiwaniu kobiety, która urodzi dziecko poczęte w drodze procedury *in vitro*. Obecnie brak jest jednak danych wskazujących na liczbę dzieci urodzonych w drodze zastępczego macierzyństwa, a wobec nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego stanowiącego, że matką dziecka jest kobieta, która je urodziła², badania takie najprawdopodobniej w ogóle nie będą prowadzone.

Wywód ten rozpocząć należy od zastrzeżenia, że w niniejszym artykule reprezentowany będzie pogląd, zgodnie z którym metodzie *in vitro* należy przypisać cel terapeutyczny³. Część autorów stanowisko to odrzuca, podnosząc, że celem *in vitro* jest wyłącznie realizowanie marzeń i „zachcianek” rodziców, a nie leczenie bezpłodności. Wydaje się, że takie pojmowanie prokreacji pozaustrojowej wynika z przyjęcia błędnych założeń. Samo pragnienie potomstwa należy uznać za zupełnie naturalne, tak jak dążenie człowieka do szczęścia. Z drugiej strony, zapatrywanie to nie determinuje poglądu o istnieniu prawa podmiotowego do posiadania dziecka – poczęcie jest bowiem jedynie pewną potencjalną możliwością, nie zaś

¹ Zob. A. Anders, *Brzuch do wynajęcia*, <http://www.mamazone.pl/artykuly/mamy-glos/czytelnia/2009/brzuch-do-wynajecia.aspx>.

² Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw z dnia 6 XI 2008 r. (Dz. U. Nr 220, poz. 1431).

³ Zob. w szczególności Zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy Nr 1046 z 1986: Thirty-Eight Ordinary Session (Second Part), Volume 5, Documents 5625–5649, *Recommendation No 1046 (1986) on the use of human embryos and fetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes*, Strasbourg 17–25 IX 1986 r.: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta86/EREC1046.htm>.

prawem, z którego wywodzić można roszczenie⁴. Teza ta ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii dopuszczalności macierzyństwa zastępczego.

Macierzyństwo zastępcze nie przyjmuje formy jednolitej – wyróżnić można kilka jego typów. Pierwszy z nich, polegający na oddaniu przez zamawiającą własnej komórki jajowej unasiennionej nasieniem zamawiającego, w którym surogatka jest „jedynie” inkubatorem dla rozwijającego się embrionu, określany jest jako surogacja tradycyjna (ang. *traditional surrogate motherhood*). Typ macierzyństwa zastępczego, polegający na wykorzystaniu komórki jajowej surogatki i unasiennieniu jej nasieniem zamawiającego doktryna amerykańska określa terminem *gestational surrogacy*. Nie można wykluczyć również sytuacji, w której zastępczej matce implantowany będzie embrion powstały z gamet nie pochodzących od zamawiających, wówczas dziecko nie będzie genetycznie spokrewnione ani z zamawiającymi, ani z surogatką. Przypadek ten, występujący stosunkowo rzadko, określany jest jako *donated embryo surrogacy*.

Zastępcze macierzyństwo, jako praktyka zorganizowana, pojawiło się najwcześniej w Stanach Zjednoczonych. Wobec rozwiniętej praktyki zastępczego macierzyństwa, sądy Stanów Zjednoczonych jako pierwsze podejmowały tę problematykę w swoich orzeczeniach. Na głębszą refleksję zasługuje w tym zakresie sprawa „Baby M” z 1988 r., na podstawie której nakręcono nawet film fabularny, sprawa Johnson przeciwko Calvert z 1993 r. oraz sprawa Buzzanca przeciwko Buzzanca z 1998 r.⁵

Stan faktyczny sprawy „Baby M” przedstawiał się następująco: państwo Stern zawarli odpłatną umowę z zastępczą matką, której implantowany został embrion powstały z zapłodnienia jej własnej komórki jajowej nasieniem pana Sterna. W umowie jako strona nie występowała pani Stern, a to ze względu na okoliczność, że w świetle prawa New Jersey, mające się odbyć później przysposobienie przez nią dziecka nie mogło być dokonane odpłatnie. Po narodzinach „Baby M” surogatka, nie godząc się na oddanie dziecka, rozpoczęła o nie walkę przed sądem. Sprawa została rozstrzygnięta dopiero przez Sąd Najwyższy dla stanu New Jersey. Sąd ten stwierdził, że zawarta umowa jest nieważna. Jako podstawę nieważności wskazał zaś zakaz przekazywania pieniędzy w związku z adopcją oraz zakaz sprzedaży praw rodzicielskich. W uzasadnieniu sąd zwrócił również uwagę na naruszenie zasad porządku publicznego, polegające z jednej strony na komercjalizacji zastępczego macierzyństwa, z drugiej zaś na przyznaniu całkowitej opieki nad dzieckiem ojcu, przy jednoczesnym odebraniu praw biologicznej i genetycznej matce wbrew jej woli. Podkreślono, że zastępcza matka nie była w stanie podjąć świadomej decyzji w momencie zawierania umowy – nie знаła bowiem jeszcze wówczas więzi jaka połączyła ją z nowonarodzonym dzieckiem. W konsekwencji, za matkę dziecka uznana została surogatka. Opiekę nad nim przyznano jednak panu Stern, gwarantując matce prawo do odwiedzin.

⁴ Zob. Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 21 V 1975 r., *X przeciwko Wielka Brytania*, skarga Nr 6564/74, za J. Kondratiewą-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 159.

⁵ Za Z. Peplowską, *Zastępcze macierzyństwo w prawie USA*, „Prawo i Medycyna” 2006, Nr 2, s. 36 i n.

Sprawa „Baby M” jest o tyle mniej kontrowersyjna, że kobieta rodząca dziecko była spokrewniona z nim nie tylko biologicznie, ale również genetycznie. Więcej wątpliwości rodzi natomiast orzekanie w sprawach, w których zastępcza matka pozostaje „inkubatorem” dla embrionu, tj. nie łączy ją z nim żadna więź genetyczna. Taka sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie Johnson przeciwko Calvert. Do zapłodnienia użyto tu komórki jajowej pani Calvert oraz nasienia pana Calvert, ze względu jednak na fakt, że pani Calvert uprzednio usunięto macicę, embrion implantowano do macicy surogatki. Po urodzeniu dziecka, zastępcza matka nie godziła się na jego oddanie, wobec czego państwo Calvert wystąpili do sądu. Sprawa została rozstrzygnięta dopiero przez Sąd Najwyższy dla stanu Kalifornia. W świetle obowiązującego wówczas prawa stanowego o macierzyństwie świadczyć mogła w jednakowym stopniu więź o charakterze genetycznym oraz więź o charakterze biologicznym. Wobec powyższego, sąd musiał rozstrzygnąć, któremu z tytułów przyznać pierwszeństwo. Znamienny pozostaje na tym gruncie tzw. test intencji (ang. *intent to procreate test*), na którym oparł się sąd. Rozważał on bowiem, która z kobiet pierwotnie pragnęła dziecka i która jako pierwsza przedsięwzięła kroki do realizacji tego pragnienia. Na tej podstawie sąd stwierdził, że w świetle prawa Kalifornii matką dziecka jest pani Calvert.

Przed problemem rozstrzygnięcia komu, w przypadku braku jakiegokolwiek związku genetycznego pomiędzy dzieckiem a zamawiającymi i zastępczą matką, przyznać dziecko, stanęły sądy kalifornijskie w sprawie Buzzanca przeciwko Buzzanca. W wyniku starań małżeństwa Buzzanca na świat przyszła Jaycee, urodzona z komórki jajowej anonimowej dawczyni unasiennionej nasieniem anonimowego dawcy. Ciąża rozwijała się w macicy matki zastępczej, z którą została zawarta stosowna umowa. Po zabiegu implantacji embrionu do macicy surogatki państwo Buzzanca rozstali się. W pozwie rozwodowym pan Buzzanca zaznaczył, że nie posiada z pozwaną dzieci. W odpowiedzi na pozew pani Buzzanca wystąpiła o ustalenie ojcostwa męża w stosunku do mającego się urodzić dziecka. Matka zastępcza zeznała, że nie rości sobie żadnych praw do dziecka. Sąd pierwszej instancji orzekł, że urodzona już wówczas dziewczynka nie ma prawnych rodziców. Sąd wyższej instancji ten pogląd odrzucił. Stwierdził, że Jaycee nie przyszłaby na świat gdyby nie starania małżeństwa Buzzanca. Sąd podniósł dalej, że pan Buzzanca, godząc się na unasiennienie gamety anonimowej dawczyni nasieniem anonimowego dawcy, powinien mieć świadomość, że jego działanie wiąże się z odpowiedzialnością za dziecko i nawiązaniem z nim stosunku prawnego. Na tej podstawie sąd stwierdził, że pan Buzzanca jest ojcem Jaycee. Problem na tym gruncie pojawił się również w związku z koniecznością stwierdzenia, która z kobiet: dawczyni komórki jajowej, pani Buzzanca czy matka zastępcza, jest matką dziewczynki. W świetle prawa kalifornijskiego anonimowa dawczyni komórki jajowej nie mogła być uznana za matkę dziecka. W konsekwencji, sąd uznał, że sytuacja pani Buzzanca jest identyczna z sytuacją jej męża. To ona pragnęła mieć dziecko i to ona, a nie matka zastępcza, zainicjowała procedurę *in vitro*. Tym samym, sąd orzekł, że prawnymi rodzicami Jaycee pozostają pani oraz pan Buzzanca.

Przywoływane powyżej wątpliwości jurystyczne doprowadziły do uchwalenia w licznych stanach Stanów Zjednoczonych szczegółowych przepisów regulujących macierzyństwo zastępcze⁶.

II. Problem macierzyństwa zastępczego jest aktualny również w Polsce. Obecnie, mimo konsekwencji filiacyjnych wynikających z art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, nie można wykluczyć zawierania umów o zastępcze macierzyństwo, szczególnie wobec braku wyraźnego przepisu zakazującego tej praktyki.

W doktrynie reprezentowany jest dominujący pogląd, w świetle którego umowa o macierzyństwo zastępcze jest nieważna z powodu jej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego⁷. Problemu tego jednak, szczególnie wobec zasady swobody umów, konstytucyjnej zasady prawa do prywatności oraz prawa do wolności, nie można pozostawić bez pewnej refleksji. Z tej przyczyny, warto rozważyć charakter prawny takiej umowy, jej *essentialia negotii* oraz konsekwencje jej niewykonania lub nienależytego wykonania.

Analizę tę należy rozpocząć od elementów stosunku prawnego opartego na umowie o macierzyństwo zastępcze.

Podmiotami tego stosunku są niewątpliwie zamawiający oraz matka zastępcza. Przedmiotem stosunku jest zajście w ciążę przez matkę zastępczą dla zamawiających⁸ i urodzenie przez nią dziecka dla zamawiających⁹. Treść stosunku prawnego łączącego strony dotyczy zaś następujących obowiązków¹⁰:

- 1) ze strony surogatki: zajście w ciążę dla zamawiających, urodzenie dziecka dla zamawiających, oddanie im dziecka po porodzie oraz zrzeczenie się praw rodzicielskich do dziecka;

⁶ W niektórych dopuszcza się tylko surogację nieodpłatną, w innych przewidziana jest m.in. konieczność zatwierdzenia umowy przez sąd, w jeszcze innych macierzyństwo zastępcze jest bezwzględnie zakazane.

⁷ Tak m.in. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990 oraz M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego* [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996.

⁸ Nie można tracić z pola widzenia faktu, że matka zastępcza nie tylko rodzi dziecko dla zamawiających, ale także zachodzi dla nich w ciążę (gdy chodzi o zamawiających intencja prokreacyjna pojawia się więc zanim surogatka zajdzie w ciążę). Nie będzie więc umową o macierzyństwo zastępcze umowa zawierana w okolicznościach, w których kobieta jest już w ciąży i dopiero na tym etapie zobowiązuje się względem jakiejś potencjalnej pary, że gdy urodzi dziecko odda je do adopcji i zrzeknie się praw rodzicielskich do niego. Zajście w ciążę dla zamawiających należy więc zaliczyć, obok urodzenia dziecka dla zamawiających, do elementów *essentialia negotii* umowy o macierzyństwo zastępcze.

⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny z Oviedo przyjęta 4 kwietnia 1997 r., w art. 21 stanowi, że: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić zysku”. Z tej przyczyny należałoby uznać, że, podobnie jak w przypadku dawstwa gamet, dysponowanie swoimi możliwościami prokreacyjnymi nie może zakładać celu komercyjnego. Na tej podstawie, w przypadku dopuszczenia zawierania umów o macierzyństwo zastępcze nieodpłatność powinna być uznana za *essentialia negotii* tej umowy.

¹⁰ Zob. J. Holocher, M. Soniewicka, *Analiza prawna umowy o zastępcze macierzyństwo*, „Prawo i Medycyna” 2009, Nr 3, s. 46.

2) ze strony zamawiających: odebranie dziecka od matki zastępczej oraz zwrot kosztów z tytułu niedogodności związanych z zajściem w ciążę i urodzeniem dziecka przez surogatkę.

Przenosząc powyższe na grunt prawa umów, wykluczyć należy uznanie umowy o zastępcze macierzyństwo za umowę sprzedaży. Nawet jeśli przyjąć bowiem, że dziecko w chwili zawarcia umowy jeszcze nie istnieje, a ma się dopiero urodzić, to i tak należałoby uznać je co najmniej za „rzecz przyszłą”. Nie bez znaczenia pozostaje tu art. 189a Kodeksu karnego, który literalnie penalizuje wszelkie formy handlu ludźmi.

Przyjmując zaś, że przedmiotem umowy o macierzyństwo zastępcze nie jest dziecko samo w sobie, a zajście w ciążę i urodzenie dziecka, można by stwierdzić, że umowa ta jest w rzeczywistości umową użyczenia, gdyż jej istota zasadza się na użyczeniu ciała przyszłej matki. Pogląd ten również należałoby jednak odrzucić. Przedmiotem użyczenia miałyby tu być bowiem ciało surogatki, które jest *res extra commercium*¹¹ i które, z tej właśnie przyczyny, nie może być elementem obrotu¹².

Forsować można również tezę, wedle której umowa o macierzyństwo zastępcze jest umową o świadczenie usług, do której należałoby stosować odpowiednio przepisy dotyczące zlecenia¹³. Zastępcza matka, poprzez zobowiązanie się do zajścia w ciążę i urodzenia dziecka, przyjmuje na siebie również obowiązek noszenia dziecka, a także, przynajmniej co do zasady, prowadzenia odpowiedniego trybu życia oraz dbania o siebie i dziecko, które można by nazwać zbiorczo „usługami prokreacyjnymi”. Na tej podstawie, umowę o macierzyństwo zastępcze należałoby uznać za umowę nienazwaną, ale związaną ze świadczeniem usług¹⁴. Odpowiednie zastosowanie do umowy o macierzyństwo zastępcze znalazłyby, w przypadku akceptacji tej tezy, przepisy o umowie zlecenia. O ile zasługuje na aprobatę pogląd, wedle którego umowa o macierzyństwo zastępcze jest umową nienazwaną, zastanowić się należy czy rzeczywiście jej istota zasadza się na świadczeniu usług¹⁵, skoro zamierzeniem stron tej umowy jest osiągnięcie określonego rezultatu, tj. przyjsie dziecka na świat. Przy takim założeniu, być może należy forsować

¹¹ Zob. *System Prawa Prywatnego, Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, tom III, Warszawa 2007, s. 219–220.

¹² Znamienne pozostaje, że cechą istotną umowy użyczenia jest jej nieodpłatność. Choć cecha ta winna być uznana również za element *essentialia negotii* umowy o macierzyństwo zastępcze, wobec braku regulacji prawnej tej umowy nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której zawarta umowa będzie przewidywała ze strony zamawiających świadczenie odpłatne, co powodowałoby stosowanie do tej umowy przepisów o najmie [*sic!*] bądź nawet o dzierżawie [*sic!*], skoro zamawiający mają uzyskać *pożytek* z ciała surogatki w postaci nowonarodzonego dziecka.

¹³ Prawo do dysponowania swoim ciałem i możliwościami prokreacyjnymi znajdują swoje umocowanie w art. 31 ust. 1 Konstytucji.

¹⁴ Nie budzi wątpliwości, że w świetle zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zawieranie umów nienazwanych, realizujących indywidualne potrzeby kontrahentów, uznać należy za w pełni dopuszczalne.

¹⁵ Wątpliwości powinno budzić w tym zakresie w szczególności odpowiednie stosowanie art. 746 Kodeksu cywilnego, który uprawnia zarówno zleceniodawcę, jak i zleceniobiorcę do wypowiedzenia zlecenia w każdym czasie. Nie bez znaczenia pozostaje w tym kontekście również fakt, że umowa zlecenia jest z zasady umową odpłatną (zob. art. 735 § 1 Kodeksu cywilnego), choć odpłatność nie należy do jej *essentialia negotii*.

teżę o odpowiednim stosowaniu przepisów o umowie o dzieło, skoro celem umowy jest powstanie określonego „wytworu” [sic!]. Pogląd ten również rodzi jednak szereg kontrowersji. Po pierwsze bowiem, dzieło winno mieć charakter samoistny, tj. niezależny od dłużnika, którym w tym przypadku pozostaje matka zastępcza. Po drugie, dzieło powinno odpowiadać osobistym potrzebom, upodobaniom i wymaganiom zamawiającego¹⁶ – w tym zakresie należałoby więc wykluczyć sytuację, w której przedmiotem umowy byłoby tylko urodzenie dziecka jako takiego, bez sprecyzowania jego cech szczególnych¹⁷. Co więcej, do *essentialia negotii* umowy o dzieło należy wynagrodzenie, którego zapłatę, gdy chodzi o umowę o macierzyństwo zastępcze, należałoby wykluczyć. W końcu, rozstrzygnięcia w tym zakresie wymagałoby również (nie) stosowanie uprawnień z tytułu rękoi za wady dzieła¹⁸.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że regulacje umów powszechnie występujących w obrocie nie wytrzymują konstrukcji umowy o macierzyństwo zastępcze, jakkolwiek by jej nie definiować. Z tej przyczyny, konsekwencje prawne umowy o macierzyństwo zastępcze mogą być oceniane jedynie według ogólnego reżimu kontraktowego, właściwego dla wszystkich typów umów.

W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera kwestia odpowiedzialności matki zastępczej oraz zamawiających z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Odpowiedzialność tę należałoby oprzeć na zasadach ogólnych, wyrażonych w Kodeksie cywilnym. Na podstawie art. 471 tego Kodeksu należałoby więc wykazać: 1) fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, 2) szkodę oraz 3) związek przyczynowy pomiędzy szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Najciekawsze zagadnienie rysuje się w tym przypadku w sytuacji takiego niewykonania zobowiązania przez matkę zastępczą, które polega na niewydaniu dziecka i niezrzeczeniu się przez nią praw rodzicielskich do dziecka. Refleksem tej sytuacji jest także niewykonanie zobowiązania przez zamawiających, które polega na nieodebraniu przez nich dziecka od matki zastępczej.

W świetle obowiązujących przepisów, brak jest materialnoprawnej podstawy do uwzględnienia roszczenia zamawiających o wydanie dziecka, gdyż w świetle art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego to kobieta, która rodzi dziecko, jest jego matką, jej tytuł pozostaje zaś skuteczny wobec wszystkich¹⁹. Podobnie ocenić

¹⁶ W przeciwnym razie konstrukcja umowy o dzieło zbliżałaby się do konstrukcji umowy sprzedaży, gdyż dobro o cechach zaspokajających przeciętnego nabywcę zamawiający dzieło mógłby z powodzeniem nabyć na rynku (szerzej: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, red. W. Czachórski, Warszawa 2007, s. 463).

¹⁷ Przy umowie o dzieło bowiem, w przeciwieństwie do *emptio rei speratae*, chodzi o powstanie dzieła zindywidualizowanego i w tym znaczeniu wyjątkowego.

¹⁸ Ciekawym byłoby wówczas, czy w sytuacji niezrzeczenia się przez matkę zastępczą praw do dziecka, zamawiający mogliby podnosić swoje uprawnienia wynikające z rękoi za wady prawne dzieła.

¹⁹ Z tej przyczyny, gdyby dopuścić ważność umów o macierzyństwo zastępcze, zobowiązaniu matki zastępczej należałoby odmówić pełnej skuteczności, tworząc w tym zakresie zobowiązanie niezupełne, którego wykonanie zależne byłoby wyłącznie od woli matki zastępczej, zamawiający byłiby zaś pozbawieni możliwości jego przymusowego dochodzenia.

należy zobowiązanie surogatki do zrzeczenia się praw rodzicielskich do dziecka, skoro niedopuszczalnym jest dysponowanie prawami rodzicielskimi, które nie mogą być kształtowane w drodze umowy cywilnoprawnej, jako wyłączone z obrotu.

Problematyczne pozostaje w tym kontekście również określenie wysokości szkody, skoro celem umowy jest, obok przyjscia na świat dziecka, stworzenie więzi rodzicielskich reprezentujących przecież pewną wartość niemajątkową. Z tej samej przyczyny trudności nastręczać będzie wykazanie związku przyczynowego, skoro relację rodzicielską o określonej wartości niemajątkowej zamawiający mogliby stworzyć np. w drodze adopcji zwykłej.

Kwestia nieodebrania dziecka przez zamawiających nabiera szczególnego znaczenia w przypadku urodzenia dziecka upośledzonego lub kalekiego. Żądanie matki zastępczej o odebranie dziecka przez zamawiających nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym prawie z tych samych przyczyn, z których skuteczności odmówić należy roszczeniu zamawiających o wydanie dziecka. W świetle art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego to matka zastępcza jest bowiem matką dziecka ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami. Gdy chodzi zaś o szkodę powstałą u surogatki, w związku z nieodebraniem dziecka przez zamawiających wydaje się, przynajmniej *prima facie*, że matka zastępcza musiałaby wykazać, że szkodą tą jest dziecko, które urodziła bez intencji stania się rodzicem. Można byłoby bronić w tym zakresie jednak poglądu, że, jak to się dzieje na gruncie rozważań dotyczących roszczeń z tytułu tzw. *wrongful birth*, szkodą nie jest tu dziecko, a zwiększone koszty związane z jego utrzymaniem i wychowaniem. Zagadnienie to nie jest jednak wolne od kontrowersji²⁰. W tym zakresie stosunkowo mało problematyczne byłoby natomiast wykazanie związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem zobowiązania przez zamawiających a szkodą. Skoro bowiem matka zastępcza zachodzi w ciążę dla kogoś i rodzi dziecko dla kogoś, to normalnym następstwem nieodebrania nowonarodzonego dziecka przez zamawiających jest konieczność zostania dla tego dziecka rodzicem, ze wszelkimi wynikającymi stąd konsekwencjami, w tym w szczególności z obowiązkiem łezenia na jego utrzymanie.

Niezależnie od odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania na uwagę, z punktu widzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, zasługują również te postanowienia umowy o macierzyństwo zastępcze, które zobowiązują matkę zastępczą do usunięcia ciąży w przypadku, gdy badania prenatalne wykażą upośledzenie płodu, oraz te, które zakazują matce zastępczej usunięcia płodu, nawet gdyby był on upośledzony. W pierwszej sytuacji należałoby rozważyć, czy w przypadku poddania się przez matkę zastępczą zabiegowi aborcji „na życzenie” zamawiających, zamawiający byłiby odpowie-

²⁰ Wymagałoby bowiem rozstrzygnięcia, czy w takim przypadku, zamawiający mogliby skutecznie podnosić, że matka zastępcza, która przecież mogłaby oddać dziecko do adopcji, przyczyniła się do powstania szkody.

działni za szkodę, w sytuacji niepowodzenia tego zabiegu i uszkodzenia ciała surogatki²¹. Przyjmując, że prawo do dysponowania własnym ciałem i własnymi możliwościami prokreacyjnymi wywodzić należy z kategorii praw osobistych, w stosunku do których jedynym uprawnionym pozostaje matka zastępcza, należałoby odpowiedzialność tę wykluczyć. Druga sytuacja wymaga rozstrzygnięcia, czy roszczenie odszkodowawcze dziecka z tytułu tzw. złego życia czy życia w warunkach pokrzywdzenia (ang. *wrongful life action*), przy zastrzeżeniu, że roszczeniom tym należy odmówić skuteczności²², mogłyby być skutecznie kierowane nie tylko do lekarza i matki zastępczej, lecz również do zamawiających. Odpowiedzialność zamawiających za złe życie dziecka należałoby wykluczyć z tych samych względów, z których skuteczności należy odmówić roszczeniu odszkodowawczemu matki zastępczej względem zamawiających, w sytuacji szkody powstałej w wyniku poddania się zabiegowi aborcji²³. To bowiem matka zastępcza powinna, niezależnie od postanowień umowy o macierzyństwo zastępcze, pozostać jedynym dysponentem rozwijającej się w jej organizmie ciąży.

Powyższe rozważania dotyczące konstrukcji umowy o macierzyństwo zastępcze oraz treści powstałego w ten sposób stosunku prawnego celowo oderwane zostały od zagadnień etycznych. Już bowiem formalna analiza prawna pozwala na zaaprobowanie poglądu, w świetle którego wizja człowieka i rodziny, ugruntowana w prawie polskim odmawia ważności umowom o macierzyństwo zastępcze. Na słuszność tej tezy wskazuje wiele argumentów. Po pierwsze, choć teoretycznie można dowodzić, że przedmiotem umowy nie jest dziecko, trudno oprzeć się wrażeniu, iż procedura zastępczego macierzyństwa zakłada cel odhumanizowany, polegający na, jak zauważa M. Safjan, „produkcji dziecka”, bez względu na potrzeby

²¹ Chodzi np. o uszkodzenie macicy matki zastępczej w trakcie nienależycie przeprowadzonej aborcji. W takiej sytuacji matka zastępcza nie mogłaby już zająć w ciążę dla innych zamawiających, co, oprócz szkody rzeczywistej, rodzi pytanie o *lucrum cessans*.

²² Roszczenie to znajduje swoje umocowanie w art. 446¹ Kodeksu cywilnego, który, według dominującego obecnie poglądu, obejmuje również te zachowania kierowane wobec potencjalnego dziecka, które miały miejsce jeszcze przed jego poczęciem. Problematyka roszczeń z tytułu tzw. *wrongful life*, choć ciekawa, musi zostać w niniejszym opracowaniu pominięta, zob. jednak: Z. Peplowska, *Odpowiedzialność cywilna lekarza z tytułu wrongful life, wrongful birth i wrongful conception w prawie USA*, „Prawo i Medycyna” 2004, Nr 1, s. 110 oraz M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna lekarza i szpitala za wrongful conception, wrongful birth, wrongful life w orzecznictwie europejskim (2000–2005)*, „Prawo i Medycyna” 2007, Nr 3, s. 19–37.

²³ W takiej sytuacji za kontrowersyjne należy również uznać zagadnienie odpowiedzialności matki zastępczej z tego tytułu. Trudno bowiem znaleźć pewien, nawet społeczny, zakaz doprowadzania do urodzenia dziecka defektywnego czy nakaz posiadania tylko zdrowego potomstwa. Takie założenie nosiłoby znamiona eugeniki – prawa prokreacyjne przysługiwałyby bowiem tylko parom zdrowym, co do których nie istnieje ryzyko przejścia na ich dziecko choroby genetycznej. Nie można byłoby więc postawić matce zastępczej zarzutu bezprawności w zakresie doprowadzenia do przyjścia na świat dziecka defektywnego. Gdyby jednak przewidzieć, że z tytułu macierzyństwa zastępczego, surogatka otrzymywałaby wynagrodzenie, a nie jedynie zwrot kosztów z tytułu niedogodności etc., nie można byłoby wykluczyć sytuacji, w której rodziłaby ona dziecko wyłącznie ze względu na wynagrodzenie, które miałaby otrzymać, nieistotny byłby zaś dla niej stan zdrowia dziecka ani jego upośledzenie czy kalectwo. W takiej sytuacji odpowiedzialność matki zastępczej za życie dziecka w warunkach pokrzywdzenia mogłaby zyskać inny wymiar.

emocjonalne jego samego i jego rodziców²⁴. Co więcej, umowa zawierana pomiędzy surogatką a zamawiającymi może być źródłem skomplikowanych konfliktów, czego dowodzi chociażby przykład amerykański. Argument ten nabiera szczególnego znaczenia w przypadku przyjścia na świat dziecka z wadami rozwojowymi. Taka okoliczność mogłaby niejednokrotnie prowadzić do sytuacji, w której zamawiający odmawialiby odbioru dziecka od matki zastępczej, która to, wobec art. 61⁹ Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, byłaby matką dziecka ze wszelkimi wynikającymi stąd konsekwencjami i to bez możliwości zaprzeczenia swojego macierzyństwa²⁵. Sprzeciw budzi także niepewność co do losów przyszłego dziecka, skoro zastępcza matka zawiera umowę bez intencji nawiązania z dzieckiem jakiegokolwiek stosunku prawnego, oraz *quasi* komercyjny charakter procedury, który prowadzi w konsekwencji do uprzedmiotowienia kobiety²⁶.

Stanowisko to wzmacnia argumentacja etyczna – „wynajmowanie brzucha” powoduje, że prokreacja ludzka zmienia swe znaczenie i przestaje realizować moralne funkcje społeczne. Z pola widzenia nie można tracić również, statuowanej przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy, zasady dobra dziecka oraz ochrony rodzicielstwa.

Z tej przyczyny, za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należałoby uznać także te umowy o macierzyństwo zastępcze, które, zachowując ogólną konstrukcję, nie zakładają wydania dziecka zamawiającym i które z tego powodu określić można jako umowy o macierzyństwo zastępcze *sensu largo*. Na uwagę zasługują tutaj dwie konstrukcje²⁷. Pierwsza, w której matka zastępcza zobowiązuje się „jedynie” do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka po jego urodzeniu, a zamawiający przyjmują na siebie obowiązek wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie dziecka oraz druga, zawierana pod warunkiem zawieszającym, którym jest urodzenie się dziecka, przewidująca ze strony zamawiających przyrzeczenie określonego świadczenia na rzecz surogatki (o ile wyrazi ona zgodę na przysposobienie dziecka) i obejmująca przyrzeczenie ponoszenia kosztów utrzymania dziecka przez zamawiających, jeśli to oni wycofają się z umowy lub jeżeli sąd rodzinny wyda w kwestii przysposobienia dziecka decyzję negatywną²⁸.

Ustawodawca, jak się wydaje, zauważył problem macierzyństwa zastępczego. Przywoływana powyżej nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, wywodząca macierzyństwo z faktu urodzenia dziecka przez kobiety oraz wprowadzenie

²⁴ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 147.

²⁵ W świetle art. 61¹² Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zaprzeczenia macierzyństwa można żądać tylko w przypadku gdy w akcie urodzenia wpisana jest jako matka kobieta, która dziecka nie urodziła.

²⁶ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa...*, s. 116.

²⁷ Za M. Frasem i D. Abłażewiczem, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2008, Nr 6, s. 65.

²⁸ Konstrukcje te teoretycznie obejmują jedynie wstępne porozumienie poprzedzające postępowanie o przysposobienie, jednak wątpliwość pojawia się tu na tle możliwości egzekwowania złożenia oświadczenia o przysposobieniu na podstawie art. 64 Kodeksu cywilnego. W doktrynie kwestionuje się bowiem określanie oświadczenia o przysposobieniu oświadczeniem woli (szerzej J. Panowicz-Lipska, *Zgoda na przysposobienie*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1985, Nr 1, s. 66).

tylko jednej materialnej przesłanki żądania zaprzeczenia macierzyństwa, miała pośrednio na celu ograniczenie tej praktyki. W jej wyniku, bez względu na treść wiążącej strony umowy (przy wątpliwym założeniu, że umowa ta jest ważna), to surogatka będzie w każdym przypadku matką dziecka i macierzyństwa tego nie będzie mogła zaprzeczyć ani ona sama, ani dziecko.

Jedyną możliwością zrealizowania umowy o macierzyństwo zastępcze byłoby wówczas oddanie dziecka do adopcji, w tym do adopcji ze wskazaniem²⁹. Z uwagi na niedopuszczalność dysponowania prawami rodzicielskimi, złożenia takiego oświadczenia przez matkę zastępczą nie można byłoby jednak skutecznie żądać.

III. Wywody tu poczynione wskazują na swoiste rozdzielenie macierzyństwa i jego podział na macierzyństwo faktyczne (socjologiczne), właściwe dla kobiety, która wychowuje dziecko, macierzyństwo biologiczne, właściwe dla kobiety, która urodziła dziecko oraz macierzyństwo genetyczne, właściwe dla kobiety, od której pochodziła komórka jajowa.

W świetle prawa polskiego istnienie kilku, prawnie równorzędnych „macierzyństw”, nie jest możliwe³⁰.

Z tej przyczyny praktyka „wynajmowania brzucha” rodzi pytanie o prawo dziecka do poznania własnej tożsamości.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w przypadku macierzyństwa zastępczego wyróżnić można cztery różne konfiguracje macierzyństwa faktycznego, biologicznego i genetycznego, w których to:

- a) matka faktyczna dziecka jest jednocześnie jego matką biologiczną, ale nie jest jego matką genetyczną (przypadek, w którym organizm kobiety nie produkuje komórek jajowych, a jednocześnie jej macica funkcjonuje prawidłowo),
- b) matka faktyczna dziecka jest jednocześnie jego matką genetyczną, ale nie jest jego matką biologiczną (przypadek, w którym organizm kobiety produkuje komórki jajowe, ale nie jest ona w stanie utrzymać ciąży),
- c) matka faktyczna dziecka nie jest ani jego matką biologiczną, ani matką genetyczną, przy czym dawczynią komórki jajowej (matką genetyczną) jest matka

²⁹ W przypadku tzw. adopcji ze wskazaniem fakt, że dziecko jest genetycznie spokrewnione z przysposabiającymi powinien być bezwzględnie brany pod uwagę jako okoliczność przemawiająca za orzeczeniem przysposobienia na rzecz zamawiających.

³⁰ Na tym samym gruncie, w doktrynie niemieckiej forsowany był niegdyś ciekawy pogląd o swoistym „podwójnym ojcostwie” (zob. A. Dyoniak, *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu*, „Nowe Prawo” 1989, Nr 1, s. 40). Zdaniem jej przedstawicieli należy dopuścić możliwość zaprzeczenia ojcostwa przez męża matki, nawet jeśli uprzednio wyraził on zgodę na poddanie się zapłodnieniu *in vitro*, co w świetle polskiego prawa jest, na mocy art. 68 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, niemożliwe. W takiej sytuacji możliwe byłoby stwierdzenie pochodzenia dziecka od dawcy nasienia bez wiążących się z tym konsekwencji w zakresie prawa rodzinnego i spadkowego. Zgoda wyrażona przez męża matki nie mogłaby jednak pozostawać obojętna – poprzez jej wyrażenie „ojciec” przejął bowiem na siebie obowiązki w zakresie zaspokajania potrzeb dziecka. W ten sposób forsowana była koncepcja dzielenia uprawnień i obowiązków z zakresu prawa rodzinnego pomiędzy ojca genetycznego i ojca finansującego.

biologiczna (przypadek, w którym dawczyni komórki jajowej jest jednocześnie matką zastępczą),

- d) matka faktyczna dziecka nie jest ani jego matką biologiczną, ani matką genetyczną, przy czym dawczynią komórki jajowej (matką genetyczną) nie jest matka biologiczna (przypadek, w którym komórka jajowa zostaje pobrana od innej kobiety niż matka zastępcza, a kobietą tą nie jest matka faktyczna).

W tym ostatnim przypadku mamy więc do czynienia z sytuacją, w której matką faktyczną dziecka jest kobieta niespokrewniona z dzieckiem ani genetycznie, ani biologicznie, matką genetyczną jest inna kobieta, matką biologiczną zaś jeszcze inna. Okoliczności te rodzą pytanie o relacje filiacyjne dziecka.

Zagadnienie prawidłowo ustalonej filiacji było przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego w wyroku z dnia 16 VII 2007 r.³¹ Orzekając o niekonstytucyjności art. 76 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, uniemożliwiającego uznanie dziecka po jego śmierci, Trybunał Konstytucyjny zważył, że z norm konstytucyjnych wynika prawo do prawidłowo ustalonej filiacji, która powinna być kształtowana zgodnie z istniejącymi więzami biologicznymi. Zdaniem Trybunału, analiza mechanizmów filiacyjnych, na których tradycyjnie opierają się stosunki rodzinne, wyraża tendencję do tego, aby relacje prawne na linii rodzice i dziecko odpowiadały rzeczywistości biologicznej³².

Ustalenie więzi biologicznych nie może być jednak wartością bezwzględną, stąd należy dopuścić w tym zakresie pewne ograniczenia, podyktowane koniecznością ochrony dobra dziecka i dobra rodziny. Ograniczenia te, powodujące eliminowanie z systemu prawnego możliwości ustalenia więzi rodzinnych zgodnie z rzeczywistością biologiczną, muszą znajdować uzasadnienie w innych wartościach konstytucyjnych.

W literaturze podkreśla się, że prawo do poznania własnej tożsamości jest dobrem osobistym, stanowiącym emanację ludzkiej godności³³, ma ono bowiem na celu ochronę ściśle osobistego interesu w poznaniu i rozumieniu swojej osoby oraz w prawidłowym rozwoju osobowości³⁴. Wobec powyższego, ustawodawca, choć dopuszcza przysposobienie całkowite, w drodze którego sporządzany jest nowy akt urodzenia przysposobionego, umożliwia mu, po dojściu do pełnoletniości, żądanie udostępnienia treści księgi stanu cywilnego w części dotyczącej dotychczasowego aktu urodzenia³⁵. W ten sposób ustawodawca, dopuszczając konstruowanie sytuacji prawnych na kształt rodziny naturalnej, stara się jednocześnie zabezpieczyć dziecku na przyszłość ochronę jego prawa do pochodzenia, a więc

³¹ Wyrok TK z dnia 16 VII 2007 r. (K 61/06, OTK ZU 2007, Nr 7, poz. 77).

³² Zob. również wyrok TK z dnia 28 IV 2003 r. (K 18/02, OTK ZU 2003, Nr 4, poz. 32).

³³ L. Stecki, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego* (*Dwugłos*), „Państwo i Prawo” 1990, Nr 10, s. 67.

³⁴ L. Bosek, *Opinia zlecona do projektu zmian w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 14 X 2008 r.

³⁵ Art. 48 ust. 4 oraz art. 49 ust. 2a ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 29 IX 1986 r. (Dz. U. Nr 36, poz. 180 ze zm.).

do poznania prawdy o jego rodzicach biologicznych³⁶. Przenosząc te rozważania na grunt prokreacji pozaustrojowej stwierdzić należy, że nie ma podstaw, by w przypadku zapłodnienia *in vitro* odmówić dziecku prawa do poznania własnej tożsamości biologicznej i genetycznej. Wykluczyć należałoby jednak możliwość ujawnienia danych osobowych dawców gamet (zarówno oocytów, jak i nasienia).

Za dopuszczeniem poznania przez dziecko swojego pochodzenia genetycznego przemawiają nie tylko względy prawne i społeczne, lecz również medyczne. Wiedza o profilu genetycznym pozwala na diagnozę i terapię chorób genetycznych, umożliwia ponadto właściwą transfuzję krwi, przeszczep organów czy pobranie szpiku. Nie bez znaczenia pozostaje również w tym zakresie niebezpieczeństwo zawierania małżeństw kazirodczych³⁷. W świetle art. 14 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego przeszkodę małżeńską stanowi pokrewieństwo w linii prostej oraz w linii bocznej drugiego stopnia. Na tej podstawie, każdy, kto ma w tym interes prawny, może żądać unieważnienia małżeństwa. Do pełnej realizacji tej normy koniecznym byłoby udostępnienie danych dawcy gamet każdemu, kto mógłby żądać unieważnienia małżeństwa.

W literaturze podnosi się, że dostęp do danych dawców powinno mieć nie tylko dziecko, lecz również sąd oraz kierownik Urzędu Stanu Cywilnego, którego art. 5 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego zobowiązuje do odmowy przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński, w przypadku gdy dowiedział się o przeszkodzie małżeńskiej³⁸. Taka regulacja byłaby jednak zbyt daleko idąca, przekreślałaby bowiem całkowicie możliwość stosowania heterologicznego zapłodnienia *in vitro*, którego immanentną cechą pozostaje anonimowość dawcy. Co więcej, założenie nieodpłatności dawstwa gamet i społecznego altruizmu samego dawcy, któremu zwracany jest jedynie koszt tzw. niedogodności powoduje, że konsekwencje i ryzyko oddania gamet byłoby zdecydowanie zbyt duże w stosunku do korzyści osiąganych przez dawcę. Regulacja statuująca zakaz komercyjnego dawstwa gamet przy jednoczesnym umożliwieniu poznania danych osobowych dawcy wprowadzałaby *de facto* ukryty zakaz pozaustrojowego zapłodnienia heterologicznego. Remedium na przywoływane wyżej wątpliwości stanowi ograniczenie liczby embrionów, które mogą powstać z gamet jednego dawcy, w drodze wprowadzenia którego, prawdopodobieństwo zawarcia związku małżeńskiego przez osoby spokrewnione byłoby znikome.

Na gruncie problematyki prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej nie można również zapomnieć o sytuacji samych rodziców. Rozważyć więc należy konflikt interesów dziecka, zainteresowanego poznaniem swojego pochodzenia,

³⁶ T. Sokółowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganey prokreacji do poznania swojego pochodzenia* [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Haberko i M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 132.

³⁷ Okoliczność ta jest jedynym z powodów, dla których ustawodawstwa regulujące zapłodnienie *in vitro* ograniczają liczbę dzieci, które mogą być poczęte z gamet jednego dawcy.

³⁸ A. Farat, M. Roeske, *Prawo dziecka do znajomości swojego pochodzenia genetycznego i inne konsekwencje prawne wspomaganey medycynie prokreacji*, artykuł zgłoszony do konkursu kwartalnika „Prawo i Medycyna” i dwumiesięcznika „Prawo i Medycyna.pl” na najlepszy esej poruszający tematykę prawa medycznego.

a jego rodziców, którzy nie chcą ujawniać, że nie są rodzicami genetycznymi lub biologicznymi i dla których tajemnica o rzeczywistym pochodzeniu dziecka ma znaczenie fundamentalne. W sytuacji takiego konfliktu interesów winno przeważać prawo dziecka, wynikające z klauzuli dobra dziecka, statuowanej przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy³⁹. Zauważyć w tym miejscu również należy, że nie zawsze wiedza o własnym pochodzeniu dziecka będzie sprzyjać rozwojowi jego osobowości, stąd ujawnienie tych informacji dostosować należy do wieku dziecka, tak by mogło ono zachować poczucie bezpieczeństwa i właściwe relacje z rodzicami faktycznymi. Ma to szczególne znaczenie w przypadku tego rodzaju macierzyństwa zastępczego, w którym kobieta wychowująca dziecko jest jedynie jego matką faktyczną, matką genetyczną jest inna kobieta, biologiczną zaś jeszcze inna.

Z pola widzenia nie można tracić również sytuacji rodziców genetycznych, którzy oddali swe gamety bez intencji stania się rodzicami, a nawet bez chęci posiadania wiedzy o przyjściu na świat dzieci poczętych z ich komórek rozrodczych.

Do niedawna żadne ustawodawstwo nie uchylało tajemnicy dotyczącej osoby, od której pochodzą gamety. Obecnie coraz częściej postuluje się i wprowadza w życie regulacje umożliwiające osobie poczętej w drodze prokreacji pozaustrojowej poznanie własnej tożsamości genetycznej.

Polskie ustawodawstwo powinno umożliwić dziecku poznanie profilu genetycznego rodziców z zachowaniem ich anonimowości. Taka regulacja z jednej strony nie pozbawiłaby dziecka prawa do tożsamości genetycznej, jako jednego z najbardziej fundamentalnych praw człowieka, z drugiej zaś pozwoliłaby na stosowanie zapłodnienia *in vitro* z wykorzystaniem gamet dawców anonimowych.

IV. Problem surogacji wymaga pogodzenia ze sobą dwóch wartości. Z jednej strony, prawa do szczęścia, które realizuje się także poprzez posiadanie potomstwa, z drugiej zaś dobra dziecka i stabilności stosunków rodzinnych.

Macierzyństwo zastępcze prowadzi niewątpliwie do zakwestionowania nie tylko relacji rodzicielskich, o konstrukcji stworzonej przez krajowego ustawodawcę jako wypadkowej wartości przyjętych w społeczeństwie, lecz również macierzyństwa w ogóle. Powstaje więc pytanie o wizję rodziny i prokreacji ugruntowaną w prawie polskim oraz o możliwość zmiany funkcji społecznych, które instytucje te realizują.

Wobec rozważań tu poczynionych, wydaje się, że zakwestionowanie dotychczasowych paradygmatów w zakresie macierzyństwa i zaakceptowanie pojawiających się w tym zakresie tendencji nie jest na gruncie rodzimego prawa jeszcze możliwe. Kwestia ta pozostaje jednak otwarta – ustawodawca nie zdecydował się bowiem na literalne zakazanie praktyki macierzyństwa zastępczego w drodze wprowadzenia sankcji karnych, co, na gruncie *legis latae*, powoduje konieczność rozstrzygnięcia zagadnień o tak dużej doniosłości prawnej i moralnej wyłącznie przez judykaturę.

³⁹ T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego...*, s. 133.

Przesłanki rozwiązania przysposobienia na gruncie polskiego ustawodawstwa

Na gruncie ustawodawstwa polskiego przysposobienie jest stosunkiem prawnym o charakterze rodzicielskim, który powstaje z woli zainteresowanych osób i odpowiada stosunkowi, jaki istnieje pomiędzy rodzicami a dziećmi. W ramach tego stosunku pomiędzy jego stronami, czyli przysposabiającym i przysposobionym powstają takie same prawa i obowiązki, jakie są właściwe dla naturalnego stosunku rodzicielskiego pomiędzy dzieckiem a jego biologicznymi rodzicami. W związku z tym podstawowymi pojęciami związanymi z tak ukształtowanym stosunkiem przysposobienia są władza rodzicielska, pokrewieństwo, obowiązek alimentacyjny, dziedziczenie itp.¹

Termin „przysposobienie” wywodzi się z języka prawniczego i jest równoznaczny z pojęciem „adopcji”. Można zatem powiedzieć, że przysposobienie jest formą prawną, która stwarza pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym najbliższy stopień pokrewieństwa, aczkolwiek w sposób sztuczny. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest fakt, iż stosunek prawny wynikający z przysposobienia jest podobny do stosunku, jaki istnieje pomiędzy dzieckiem a jego rodzonymi rodzicami, natomiast nie może być z nim utożsamiany. Różnica pomiędzy tymi dwoma rodzajami stosunków rodzinnych ma swoje źródło w regulacjach prawnych. W przeciwieństwie do naturalnego stosunku rodzinnego pomiędzy dzieckiem a jego biologicznymi rodzicami, ustawa dopuszcza możliwość rozwiązania stosunku przysposobienia w niektórych przypadkach. Ponadto przysposobienie nie jest instytucją o charakterze jednolitym. Oznacza to, że niekiedy stosunek o charakterze prawnorodzinnym może powstać wyłącznie pomiędzy przysposabiającym a dzieckiem, nie wywołując określonych skutków prawnych w stosunku do pozostałych członków rodziny. Chodzi tu o ten rodzaj przysposobienia, który jest określanym mianem przysposobienia niepełnego². Pomimo tych różnic, przysposobienie w odróżnieniu od innych instytucji prawnych takich jak m.in. rodzinne domy dziecka, czy też rodziny zastępcze, tworzy stosunek rodzicielski pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym, najbardziej zbliżony do stosunku naturalnego pomiędzy biologicznym rodzicem a dzieckiem. W ten sposób instytucja przysposobienia wywołuje nie tylko zamierzone ustawowo skutki prawne, ale przede wszystkim spełnia określo-

¹ A. Baładynowicz, *Adopcja formą kompensacji sieroctwa społecznego* [w:] *Adopcja teoria i praktyka*, pod red. K. Ostrowskiej, E. Milewskiej, CMPPP MEN, Warszawa 1999.

² H. Ciepla, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, LexisNexis, Wyd. 3 Warszawa 2006.

ne funkcje społeczne w postaci zapewnienia dziecku pozbawionemu normalnego środowiska rodzinnego, prawidłowych warunków rozwoju w pełnej rodzinie. Z drugiej strony przysposobienie służy również zaspokojeniu potrzeby macierzyństwa u osób nie posiadających własnych dzieci. W obu przypadkach jednak najważniejszą przesłanką dokonania przysposobienia jest dobro dziecka³.

Aby móc zrozumieć istotę stosunku przysposobienia, jako zjawiska o charakterze społecznym i kulturowym, należy wziąć pod uwagę przede wszystkim aspekt prawny, który jest niezmiernie ważny dla przeanalizowania omawianej instytucji w wymiarze prawodawczym. Instytucja przysposobienia na gruncie ustawodawstwa polskiego była rozpatrywana w różnorodnych ujęciach m.in. historycznym, organizacyjnym, dotyczącym ochrony tajemnicy przysposobienia, czy też odnoszącym się do adopcji zagranicznej⁴. W Polsce kwestie prawne związane ze stosunkiem przysposobienia reguluje kilka zasadniczych aktów prawnych. Chodzi tu przede wszystkim o Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 r. oraz Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r., który reguluje kwestie proceduralne związane z prowadzeniem postępowania sądowego w sprawach o przysposobienie w trybie procesowym bądź nieprocesowym. Ponadto regulacje związane z zagadnieniami dotyczącymi charakteru i celu przysposobienia oraz podstawowymi zasadami nawiązania stosunku przysposobienia zostały wyraźnie określone w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej w dniu 20 listopada 1989 r. Fundamentalną zasadą, wynikającą z niniejszej Konwencji jest dobro dziecka. Artykuł 3 Konwencji wyraźnie stanowi, iż we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, podejmowanych przez publiczne lub prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze, należy kierować się dobrem dziecka jako wartością nadrzędną⁵.

Rys historyczny

Regulacje prawne dotyczące instytucji przysposobienia zawarte w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym były wielokrotnie zmieniane i nowelizowane na przestrzeni czasu. W okresie międzywojennym podstawową formą dokonania przysposobienia była forma umowna. Niesformalizowany charakter tzw. umowy adopcyjnej przyznawał jej stronom bardzo dużą swobodę w zakresie kształtowania jej treści. W Polsce rozbiorowej kwestie prawne związane ze stosunkiem przysposobienia były regulowane przez trzy różne ustawodawstwa prawne, a mianowicie Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego, Kodeks Cywilny Austriacki oraz Kodeks Cywilny Nie-

³ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Wydawnictwo C. H. Beck, 1997.

⁴ A. Ładyżyński, *Spoleczne i kulturowe uwarunkowania adopcji w Polsce*, Oficyna Wydawnicza „Impuls”, Kraków 2009.

⁵ Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. Nr 120, poz. 526).

miecki. Cechą wspólną tych trzech odmiennych ustawodawstw było to, że regulowały one kwestie związane z problematyką przysposobienia w sposób bardzo zbliżony. Różnice dotyczyły jedynie stosowania odmiennej procedury legislacyjnej. Na gruncie ówczas obowiązujących przepisów prawnych przysposabiającymi mogły być wyłącznie osoby nie posiadające swoich własnych dzieci. Jedynym wyjątkiem od tej zasady była możliwość dokonania przysposobienia własnego dziecka pozamążńskiego, ale tylko w sytuacji kiedy pozostałe potomstwo pochodzące ze wspólnego małżeństwa wyraziło zgodę na przysposobienie przyrodniego brata lub siostry. Na tej podstawie decyzja dotycząca przysposobienia dziecka pozamążńskiego leżała faktycznie po stronie pozostałych dzieci, a nie przyszłego rodzica. Kolejną cechą charakterystyczną tamtejszych uregulowań dotyczących przysposobienia było wprowadzenie bardzo wysokiej dolnej granicy wieku przysposabiającego. Zgodnie z Kodeksem Austriackim ta granica wynosiła lat 40, natomiast zgodnie z regulacjami zawartymi w pozostałych dwóch ustawodawstwach wynosiła lat 50. Kodeks Cywilny Austriacki, jak i Kodeks Cywilny Niemiecki przewidywały możliwość przysposobienia zarówno osób małoletnich, jak i pełnoletnich. Jedynie Kodeks Cywilny Królestwa Polskiego dopuszczał wyłącznie adopcję osób pełnoletnich. Małoletni mogli być przyjęci do rodziny jedynie w ramach tzw. opieki dobrowolnej, która zobowiązywała opiekunów do sprawowania pieczy nad osobą małoletnią oraz zaspakajania jej potrzeb materialnych i bytowych, natomiast wychowanka zobowiązywała do obowiązku alimentacyjnego względem opiekunów. Gruntowne zmiany w zakresie regulacji prawnych dotyczących stosunku przysposobienia zapoczątkowała ustawa z 1930 r., która wprowadziła tzw. instytucję adopcji pełnej. Kolejną ustawą nowelizacyjną była ustawa z 1939 r., której wejście w życie zostało uniemożliwione z powodu wybuchu II wojny światowej⁶.

Akty prawne dotyczące instytucji przysposobienia były wielokrotnie nowelizowane i zmieniane również w okresie powojennym. Polski Kodeks rodzinny i opiekuńczy z 1946 r. traktował przysposobienie przede wszystkim jako formę zastąpienia dziecka rodziny. Instytucja adopcji była wówczas postrzegana wyłącznie w aspekcie rodzinnym. Dopiero w 1947 r. nastąpiły gruntowne zmiany w zakresie regulacji prawnych dotyczących instytucji przysposobienia. Przede wszystkim odstąpiono od wymogu bezdzietności osób przysposabiających, a także obniżono dolną granicę wieku tych osób do lat 35. Ponadto modyfikacji uległy przepisy dotyczące minimalnej różnicy wieku pomiędzy przysposobionym a przysposabiającym. Zgodnie z nowym prawem rodzinnym wymóg minimalnej różnicy wiekowej wyniósł lat 15 z możliwością odstąpienia od niego w sytuacji, kiedy przysposabiający opiekowali się dzieckiem minimum trzy lata. Wówczas można było obniżyć granicę ich wieku do lat 25⁷. W dalszym ciągu został utrzymany umowny charakter

⁶ J. Makowska. *Z historii adopcji*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze” 1996, Nr 2.

⁷ R. Pawłowska, *Ośrodki adopcyjno-opiekuńcze a kompensacja sieroctwa społecznego*, Uniwersytet Gdański, Gdańsk 1993, s. 104.

przysposobienia⁸. Dopuszczono natomiast adopcję osób pełnoletnich, jak i całych rodzin. Instytucja przysposobienia swoim zasięgiem objęła zarówno dzieci cudze, jak i własne, pozamatażeńskie⁹.

Przełomowe zmiany w zakresie kształtowania się regulacji prawnych odnoszących się do instytucji przysposobienia przyniósł rok 1950. Wówczas doszło do całkowitej modyfikacji dotychczasowego systemu adopcji, poprzez określenie dwóch podstawowych pojęć dotyczących stosunku przysposobienia w postaci adopcji pełnej i niepełnej¹⁰. W Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym szczególny nacisk został położony na adopcję pełną, traktując tym samym adopcję niepełną jako uzupełniający rodzaj przysposobienia. Ponadto nowelizacja z 1950 r. zniósła całkowicie kontraktowy charakter przysposobienia, zastępując formę umowną, sądowym orzeczeniem władzy opiekuńczej przy jednoczesnym zniesieniu opłat sądowych związanych z przysposobieniem. Zniesione zostały ograniczenia w zakresie sztywnych granic wiekowych zarówno osób przysposabiających, jak i przysposabianych. Niezmiernie istotnym posunięciem reformatorskim tamtego okresu było poruszenie kwestii związanych z możliwością rozwiązania stosunku przysposobienia. Zgodnie z ówczesnymi regulacjami rozwiązanie przysposobienia mogło nastąpić wyłącznie na wniosek przysposobionego lub przysposabiającego i jedynie na skutek zaistnienia tzw. „ważnych powodów”¹¹. Wtedy też po raz pierwszy na gruncie uregulowań prawnych pojawiło się pojęcie tzw. „ważnych powodów” rozwiązania przysposobienia jako najważniejszej kategorii ocennej przesądzającej o dopuszczalności rozwiązania tego stosunku, która do dnia dzisiejszego stanowi jedną z najistotniejszych przesłanek, jaką sądy badają orzekając w niniejszych sprawach.

Kolejne nowelizacje w zakresie instytucji przysposobienia zarówno z 1962 r., jak i z 1964 r., wprowadziły nowe rozwiązania dotyczące prawnego uregulowania adopcji w Polsce. Po pierwsze nastąpiło utajnienie dokumentów adopcyjnych, a po drugie ograniczono w znacznym stopniu możliwość rozwiązania stosunku przysposobienia, w przypadku kiedy osobą przysposabianą była osoba małoletnia. I tutaj pojawiła się kolejna istotna przesłanka przesądzająca o możliwości rozwiązania stosunku przysposobienia, w postaci nienaruszenia dobra dziecka. Zasada, zgodnie z którą na skutek rozwiązania przysposobienia nie może ucierpieć dobro dziecka jest aktualna do dnia dzisiejszego i obecnie stanowi najważniejszą przesłankę, którą sądy biorą pod uwagę, orzekając o rozwiązywalności bądź nierozwiązywalności przysposobienia. Przesłanka w postaci nienaruszenia dobra dziecka stanowi do dnia dzisiejszego jeden z podstawowych standardów europejskich. Zmiany jakie nastąpiły w 1964 r., położyły główny nacisk na tzw. przysposo-

⁸ B. Walaszek, *Przysposobienie w polskim prawie rodzinnym oraz polskim prawie międzynarodowym prywatnym i procesowym dokonanie i skutki*, PWN, Warszawa 1966.

⁹ E. Płonka, *Przysposobienie całkowite w prawie polskim*, Wyd. UW, Wrocław 1986.

¹⁰ A. Stelmachowski, *Przysposobienie w polskim prawie rodzinnym*, WP, Warszawa 1957.

¹¹ I. Moszyński, *Przysposobienie*, WP, Warszawa 1954.

bień pełne, traktując ten rodzaj przysposobienia jako podstawową postać adopcji. Proces adopcyjny został wówczas oparty na zgodzie biologicznych rodziców dziecka i nie wymagał wskazania osoby przysposabiającej¹². Nowelizacja z 1964 r. wprowadziła pojęcie adopcji jako terminu zamiennego na określenie przysposobienia. Najnowsze zmiany w prawie adopcyjnym zostały wprowadzone ustawą z dnia 26 maja 1995 r. i weszły w życie z dniem 20 października 1995 r. Wprowadziły one nowe rozwiązania w zakresie orzekania przysposobienia pełnego, nierozzerwalnego, a także pewne ograniczenia w zakresie tajemnicy adopcji. Ponadto do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego została wprowadzona nowa instytucja w postaci przysposobienia zagranicznego. Najważniejszym aspektem dokonanej nowelizacji było jednak podkreślenie realizacji zasady dobra przysposobianego dziecka, jako podstawowej przesłanki nawiązania stosunku przysposobienia¹³.

Rodzaje przysposobienia na gruncie ustawodawstwa polskiego

Obecnie w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym występują trzy rodzaje przysposobienia, a mianowicie przysposobienie pełne, niepełne oraz przysposobienie pełne, nierozwiązywalne zwane całkowitym. Każdy z tych rodzajów przysposobienia tworzy stosunek prawno-rodzinny pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym i określa stopień wzajemnie łączącej ich więzi. Podstawową formą przysposobienia, jaka występuje w polskim prawie rodzinnym jest przysposobienie pełne. W przypadku adopcji pełnej następuje całkowite zerwanie więzi prawno-rodzinnej pomiędzy dzieckiem, a jego naturalną rodziną. Dotyczy to zarówno rodzonych rodziców dziecka, jak i pozostałych członków rodziny. W tej sytuacji przysposobiony nabywa prawa i obowiązki wynikające z pokrewieństwa w stosunku do przysposabiającego i jego krewnych, natomiast ustają jego prawa i obowiązki w stosunku do jego rodziny naturalnej. Chodzi tu przede wszystkim o kwestie związane z nabyciem przez przysposobionego w stosunku do przysposabiającego praw związanych z ewentualną alimentacją, czy też spadkobranie. Ten rodzaj przysposobienia odzwierciedla zatem więź, która w największym stopniu zbliżona jest do więzi naturalnej pomiędzy rodzicami i dziećmi. W przypadku adopcji pełnej następuje definitywne pozbawienie władzy rodzicielskiej rodziców biologicznych dziecka. Władza ta nie podlega przywróceniu nawet w skrajnych sytuacjach życiowych, m.in. w sytuacji śmierci obojga rodziców adopcyjnych. Wówczas to sąd opiekuńczy wyznacza dla dziecka opiekuna¹⁴. Ze względu na swój kształt oraz określone skutki prawne przysposobienie pełne najlepiej sprawdza się w sytuacji adopcji dziecka małego, nieznającego swoich biologicznych rodziców¹⁵. Przesposobienie

¹² E. Płonka, *Przysposobienie...*

¹³ J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo rodzinne*, PWN, Warszawa 1999.

¹⁴ A. Baładynowicz, *Adopcja...*

¹⁵ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2006.

pełne pozwala również zidentyfikować pierwotną tożsamość przysposobionego. Zgodnie z ustawą Prawo o aktach stanu cywilnego istnieją w tym zakresie dwie możliwości. Po pierwsze może to polegać na wpisaniu w odpisach skróconych aktu urodzenia dziecka, przysposabiających jako jego rodziców z jednoczesnym zachowaniem odpisu zupełnego, który wskazuje na fakt adopcji oraz na tożsamość naturalnych rodziców dziecka. Po drugie sąd opiekuńczy może sporządzić nowy akt urodzenia dziecka z jednoczesnym zachowaniem starego aktu urodzenia, który podlega utajnieniu, a odpisy z niego mogą być wydawane wyłącznie na wniosek sądu opiekuńczego, m.in. właśnie w sprawach o rozwiązanie przysposobienia. Wówczas dawny akt urodzenia staje się aktualny, natomiast nowo sporządzony zostaje unieważniony. Zgodnie z ustawą nowelizacyjną z 1995 r. po uzyskaniu pełnoletniości przysposobiony może poznać swój rzeczywisty akt urodzenia poprzez jego ujawnienie¹⁶. Cechą charakterystyczną przysposobienia pełnego jest możliwość jego rozwiązania na mocy orzeczenia sądu.

Kolejną formą przysposobienia, jaka występuje na gruncie polskiego ustawodawstwa prawnego jest przysposobienie niepełne. Polega ono na tym, że nawiązanie stosunku przysposobienia następuje wyłącznie pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym, a w przyszłości również pomiędzy zstępnymi przysposobionego. Tak powstały stosunek pokrewieństwa nie rozciąga się na dalszą rodzinę przysposabiającego, a więc m.in. na wujków, dziadków i innych członków rodziny. W przypadku adopcji niepełnej osoba przysposobiona nie zrywa swojej więzi rodzinnej z krewnymi pochodzącymi z rodziny naturalnej. Dotyczy to m.in. wujków, cioć, czy też dziadków biologicznych osoby przysposobionej. Cechą charakterystyczną przysposobienia niepełnego jest zatem dwoistość stosunków prawno-rodzinnych, jaka występuje po stronie przysposobionego. Z jednej strony zostaje on związany stosunkiem prawnym z przysposabiającym, a z drugiej strony nie zrywa tego stosunku z krewnymi z rodziny naturalnej. Dotyczy to kwestii związanych z ewentualnym obowiązkiem alimentacyjnym, czy też dziedziczeniem. Przepisy przysposobiony wchodzi pod władzę rodzicielską przysposabiającego, w związku z czym otrzymuje jego nazwisko oraz prawo do dziedziczenia po nim. Zachowuje przy tym również prawo do dziedziczenia po swoich krewnych pochodzących z rodziny naturalnej, z wyłączeniem rodziców biologicznych, których władza rodzicielska ustała. Podobnie jest w przypadku obowiązku alimentacyjnego, z tym że obowiązek alimentacyjny przysposabiającego w stosunku do przysposobionego ma pierwszeństwo przed obowiązkiem alimentacyjnym naturalnych wstępnych przysposobionego oraz jego rodzeństwa. Aby stosunek przysposobienia niepełnego został nawiązany muszą zostać spełnione dwie przesłanki. Po pierwsze adopcję niepełną orzeka sąd na żądanie przysposabiającego. Po drugie natomiast do jej orzeczenia niezbędna jest zgoda określonych osób. Orzeczenie przysposobienia niepełnego

¹⁶ A. Czajkowska, E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2009.

nie może nastąpić w sytuacji kiedy biologiczni rodzice dziecka wyrazili zgodę na jego adopcję, ale bez wskazania osób przysposabiających¹⁷. Ze względu na zawężone skutki, jakie wywołuje przysposobienie niepełne, znajduje ono zastosowanie w odniesieniu do starszych dzieci, które mają już wykształconą świadomość przynależności do dwóch rodzin, naturalnej oraz przyszłej rodziny przysposabiającego¹⁸. Przysposobienie niepełne jest rozwiązywalne.

Trzecim typem przysposobienia określonym w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym jest przysposobienie pełne, nierozwiązywalne, zwane inaczej całkowitym. Jak sama nazwa wskazuje, cechą charakterystyczną tego rodzaju przysposobienia jest jego nierozwiązywalność. Przysposobienie całkowite jest traktowane jako najszersza i najdalej idąca w skutkach forma przysposobienia pełnego. Dotyczy to przede wszystkim osoby przysposabianej, która traci dotychczasowy stan cywilny i nabywa nowy, w związku z wejściem do nowej rodziny. Daleko idące skutki przysposobienia całkowitego polegają na zupełnym zatarciu naturalnego pochodzenia osoby przysposabianej. Ten rodzaj przysposobienia jest określany również mianem przysposobienia anonimowego. Stanowi on najdalej idącą formę adopcji¹⁹. Polega to na sporządzeniu nowego, pełnego aktu urodzenia dziecka, ze wskazaniem rodziców adopcyjnych jako jego rodziców biologicznych. Stary akt urodzenia dziecka staje się nieaktualny i nie ujawnia się w nim informacji dotyczącej prawdziwej tożsamości osoby przysposobionej. Aby przysposobienie całkowite mogło dojść do skutku muszą zaistnieć dwie przesłanki. Po pierwsze musi nastąpić całkowite zrzeczenie się dziecka przez rodziców biologicznych poprzez wyrażenie tzw. zgody blankietowej, bez określenia osoby adoptującej. Drugi warunek polega na tym, że taka zgoda może zostać wyrażona dopiero po upływie sześciu tygodni od dnia urodzenia się dziecka²⁰. W praktyce ten rodzaj przysposobienia dotyczy najczęściej niemowląt, w sytuacji kiedy ich młode, samotne, często nieletnie matki, nie są gotowe na macierzyństwo i taka forma adopcji staje się dla nich najlepszym rozwiązaniem. Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż orzeczenie przysposobienia całkowitego może nastąpić wyłącznie w odniesieniu do dziecka, którego biologiczni rodzice wyrazili wcześniej zgodę na adopcję anonimową. Innym rodzajem sytuacji jest przypadek, w którym naturalni rodzice dziecka zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej. Wówczas może być orzeczone wyłącznie przysposobienie pełne, rozwiązywalne.

Podsumowując dotychczasowe rozważania na temat poszczególnych rodzajów przysposobienia należy zaznaczyć, iż to w jakiej formie stosunek ten zostanie orzeczony pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym zależy w dużej mierze

¹⁷ A. Ładyżyński, *Společne...*

¹⁸ I. Bielicka, A. Stelmachowski, E. Sztekiel, *O przysposobieniu (adopcji) dzieci. Mówią lekarz, działacz społeczny i prawnik*, Wyd. Prawnicze, Wrocław 1966.

¹⁹ E. Milewska, *Kim są rodzice adopcyjni?*, CMPPP MEN, Warszawa 2003.

²⁰ A. Baładynowicz, *Adopcja...*

od stanowiska biologicznych rodziców dziecka. Sąd może orzec przysposobienie albo w przypadku kiedy rodzeni rodzice dziecka wyrażą uprzednią zgodę na oddanie go do adopcji, albo wówczas kiedy nie zapewniając dziecku odpowiednich warunków rozwoju i opieki, sąd pozbawi ich władzy rodzicielskiej. Na decyzję odnośnie tego, jaki rodzaj przysposobienia zostanie orzeczony, rodzice adopcyjni nie mają rzeczywistego wpływu. Uzasadnieniem dla orzeczenia przysposobienia całkowitego nie jest również fakt zachowania tajemnicy adopcji. Nowe przepisy regulujące kwestie prawne związane z przysposobieniem całkowitym stanowią, iż pomimo sporządzenia nowego pełnego aktu urodzenia dziecka, stary akt urodzenia ze wzmianką o tożsamości naturalnych rodziców nie podlega już całkowitej kasacji. Ponadto wraz ze wzrostem świadomości społeczeństwa polskiego w zakresie adopcji, coraz większa liczba rodziców adopcyjnych jest przekonana o tym, iż dziecko powinno znać prawdę dotyczącą swojego pochodzenia oraz powinno wiedzieć o tym, że zostało przysposobione już od najmłodszych lat. W tym miejscu powstaje zatem pytanie w jakich okolicznościach oraz komu przysługuje prawna możliwość rozwiązania przysposobienia oraz jakie przesłanki decydują o dopuszczalności rozwiązania takiego stosunku?

Przesłanki rozwiązania przysposobienia w prawie polskim

Problematyka związana z możliwościami oraz przesłankami rozwiązania stosunku przysposobienia do dnia dzisiejszego stanowi jedną z najbardziej spornych i dyskusyjnych kwestii w zakresie prawa rodzinnego. Rozwiązywalność adopcji jest problemem uwarunkowanym zarówno czynnikami o charakterze prawnym, jak i społeczno-kulturowym. Jego analiza wymaga dokładnego przyjrzenia się sytuacji funkcjonowania instytucji przysposobienia na gruncie ustawodawstwa prawnego oraz obliuguje do odpowiedzi na pytania: dlaczego strony tego stosunku decydują się na taki krok, po przejściu tak skomplikowanego procesu adopcyjnego oraz po spełnieniu jakich przesłanek sądy mogą orzec o rozwiązaniu stosunku przysposobienia. Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie wymienia enumeratywnie przesłanek, po zaistnieniu których stosunek przysposobienia może zostać rozwiązany. Art. 125 § 1 k.r.o. stanowi, że „z ważnych powodów” zarówno przysposobiony, jak i przysposabiający mogą żądać rozwiązania stosunku przysposobienia przez sąd²¹. Ustawodawca nie określa jednak co należy rozumieć pod pojęciem tzw. „ważnych powodów” rozwiązania przysposobienia. Brak dokładnego sprecyzowania pojęcia „ważnych powodów” nie wynika w żadnym wypadku z zaniedbania ustawodawcy, lecz z niemożliwości ich określenia ze względu na różnorodne sytuacje życiowe. Ustawodawca posłużył się więc formułą ogólną, przyznając sądowi możliwość zbadania okoliczności konkretnej sprawy. Granica ta jest zatem płynna i w dużej mie-

²¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy – (Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.).

rze zależy od oceny sądu, który w tym zakresie kieruje się zebraniem w sprawie materiałem dowodowym oraz opiniami biegłych z Rodzinnego Ośrodka Diagnostyczno-Konsultacyjnego. Rola RODK odgrywa w tej mierze ogromną rolę dla sądu rozpoznającego sprawę. Opinie biegłych ukazują bowiem wzajemne relacje pomiędzy rodzicem a dzieckiem, zwłaszcza z punktu widzenia dziecka, którego dobro pozostaje pod szczególną ochroną. I w tym momencie mamy do czynienia z drugą, ogromnie ważną przesłanką rozwiązania przysposobienia w postaci zasady nienaruszenia dobra dziecka. Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie podkreśla się fakt, iż nawet w przypadku zaistnienia ważnych powodów do rozwiązania przysposobienia, stosunek ten nie może być rozwiązany, jeżeli w jego następstwie mogłoby zostać naruszone dobro dziecka. Ta przesłanka odnosi się zatem jedynie do niepełnoletnich przysposobionych. W przypadku przysposobionych pełnoletnich należy z kolei wziąć pod uwagę sytuację ich dzieci, która również nie może ulec pogorszeniu²².

Na tym tle powstaje pytanie, jak należy oceniać tę negatywną przesłankę dopuszczalności rozwiązania przysposobienia. Niewątpliwie można stwierdzić, iż dobro dziecka zostanie naruszone wówczas, kiedy rozwiązanie przysposobienia wpłynie negatywnie na jego sytuację życiową, co w następstwie doprowadzi do zachwiania równowagi psychicznej dziecka, a także spowoduje u niego poczucie wyobcowania, opuszczenia i osamotnienia. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2001 r. (V CKN 369/00) w sprawie dotyczącej rozwiązania przysposobienia pomiędzy powodem a przysposobioną córką, opinie biegłych wykazały, iż rozwiązanie tego stosunku może spowodować u dziecka negatywne konsekwencje dla jego zdrowia psychicznego, jak i fizycznego. W stanie faktycznym rozpatrywanej sprawy powód na skutek zawarcia związku małżeńskiego, złożył wniosek o przysposobienie córki swojej obecnej małżonki. Przysposobienie zostało orzeczone postanowieniem Sądu Rejonowego i tym samym wywołało skutki prawne określone w art. 121 k.r.o. Jednak na skutek głębokiego kryzysu małżeńskiego i wyprowadzki małżonki powoda wraz z córką ze wspólnego mieszkania stron, powód wniósł sprawę o rozwód, o rozwiązanie stosunku przysposobienia pomiędzy nim a przysposobioną córką, o zwolnienie go od alimentacji oraz o zakazanie używania przez małoletnią nazwiska powoda.

Wyrok ten porusza bardzo istotne kwestie związane z problematyką rozwiązania stosunku przysposobienia, a także z doprecyzowaniem jego przesłanek. Analiza powyższego orzeczenia pokazuje złożoność omawianego zjawiska zarówno w kontekście prawnym, jak i społeczno-kulturowym. Pomimo tego, iż istnieją poważne argumenty prawne przemawiające za nierozwiązywalnością stosunku przysposobienia, to jednak ustawodawca dopuścił taką możliwość, wprowadzając do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odpowiednie regulacje prawne w tym za-

²² T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*

kresie. Główną zasadą, sprzeciwiającą się rozwiązaniu stosunku przysposobienia jest zasada *adoptio naturam imitator*, zgodnie z którą przysposobienie jest stosunkiem o charakterze rodzicielskim, który w największym stopniu jest zbliżony do naturalnego stosunku pomiędzy rodzicami a dziećmi²³. Z tego też powodu stosunek przysposobienia nie powinien podlegać rozwiązaniu, tak samo jak rozwiązaniu nie podlega naturalna relacja pomiędzy rodzicem a dzieckiem. Taki stan rzeczy ze względu na swoją nienaruszalność i nierozzerwalność zapewnia dziecku poczucie bezpieczeństwa i stabilizacji życiowej. Praktyka funkcjonowania instytucji przysposobienia pokazała jednak, że w niektórych przypadkach ten najbardziej zbliżony do naturalnego stosunek prawnorodziny nie zdaje egzaminu. W związku z tym ustawodawca dopuścił możliwość rozwiązania stosunku przysposobienia, aczkolwiek pod pewnymi bardzo ograniczonymi warunkami. Dotyczy to jednak wyłącznie przysposobienia pełnego i niepełnego. W przypadku przysposobienia całkowitego ustawodawca zachował jego integralny charakter. Powstaje zatem pytanie: od spełnienia jakich warunków zależy rozwiązanie stosunku przysposobienia i jak należy je rozumieć na gruncie konkretnych sytuacji faktycznych? Jednym z tych warunków jest niewątpliwie wystąpienie tzw. „ważnych powodów” rozwiązania przysposobienia, o których była mowa wcześniej. Jednak ogólne pojęcie „ważnych powodów” rozwiązania przysposobienia, jakie znajduje się w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym budzi wątpliwości co do kryteriów jego rozumienia oraz zastosowania w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ponadto należy zastanowić się nad istotą znaczenia tego pojęcia, jaka wykształciła się na gruncie praktyki orzeczniczej oraz nad tym czy sądy wypracowały w tej kwestii wspólne stanowisko, czy też przyjęły zupełnie odmienne kryteria ocenne.

Interpretacja podstawowej przesłanki rozwiązania stosunku przysposobienia w postaci tzw. „ważnych powodów” jest równoznaczna z nienawiązaniem bliskiej więzi rodzinnej pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym w takim kształcie, w jakim ma to miejsce w przypadku rodziny naturalnej. Brak wykształcenia się więzi rodzinnej pomiędzy stronami stosunku przysposobienia jest zjawiskiem, na które składa się szereg czynników przede wszystkim natury psychologicznej. W związku z tym jest to pojęcie wieloznaczne, a jego ocena może podlegać różnorodnej interpretacji z punktu widzenia sądu rozpoznającego sprawę. Rozwiązanie stosunku przysposobienia jest to bardzo złożony problem emocjonalny zarówno dla rodziców, jak i dla przysposobionego dziecka. Bardzo często na decyzję dotyczącą rozwiązania stosunku przysposobienia wpływają przeżycia o charakterze osobistym, takie jak np. poczucie osamotnienia, wyobcowania, brak stabilizacji życiowej, zawiedzione nadzieje, czy też trudności wychowawcze, które bardzo często są związane z sytuacją konfliktu, czy też kryzysu, jaki zaistniał w rodzinie i rzucają na dalsze jej funkcjonowanie. Nie stanowią one natomiast przyczyn, które mo-

²³ A. Ładyżyński, *Spoleczne...*

głoby przesądzać o rozwiązaniu przysposobienia. Ocena trwałości i jakości więzi rodzinnych jest niezmiernie trudna nie tylko dla sądu orzekającego w konkretnej sprawie, ale przede wszystkim dla samych psychologów. Zdaniem profesora T. Smyczyńskiego przyczyną rozwiązania stosunku przysposobienia nie mogą być w szczególności problemy wychowawcze, a nawet wina jednej ze stron, tym bardziej że winę małoletniego należy oceniać ostrożnie. Z kolei w przypadku trudności wychowawczych można zastosować inne przewidziane w prawie środki²⁴. Jak widać rozwiązanie przysposobienia jest procesem bardzo skomplikowanym i podlega bardzo szczególnym ograniczeniom. Należy zatem zastanowić się, jakie kryteria oceny braku więzi rodzinnej przyjęły sądy orzekające w sprawach o rozwiązanie przysposobienia.

Na tej podstawie, aby lepiej zrozumieć problematykę omawianego zjawiska, podjęto w latach dziewięćdziesiątych próbę analizy najczęstszych przyczyn stanowiących podstawę wniosku o rozwiązanie przysposobienia, a także ukazujących postępowanie sądów w tych sprawach. Badania polegały na dokonaniu analizy 98 akt sądowych w sprawach o rozwiązanie przysposobienia, obejmujących lata 1985–1995, w oparciu o specjalnie skonstruowaną dla potrzeb badania ankietę. Grupa badanych osób została podzielona na dwie kategorie. Do pierwszej z nich zostali zaliczeni oboje małżonkowie przysposabiający cudze dziecko, a także osoby samotne dokonujące przysposobienia. W drugiej grupie natomiast osobą przysposabiającą był małżonek biologicznego rodzica dziecka. Na podstawie przeprowadzonych badań ustalono, iż w grupie pierwszej z wnioskiem o rozwiązanie przysposobienia w większości spraw występował rodzice (86%), natomiast tylko w 8 przypadkach wniosek ten złożyli przysposobieni. Jako najczęstsze przyczyny rozwiązania stosunku przysposobienia rodzice wskazywali następujące zachowania dzieci: ucieczki z domu – 25 (45,6%), okradzenie rodziców – 23 (40,3%), wagarowanie i nieodpowiednie wyniki w nauce – 20 (35%), agresja werbalna wobec rodziców – 19 (33,3%), nadużywanie alkoholu – 15 (26,3%), nieodpowiednie towarzystwo – 14 (24,5%), nieudzielanie pomocy rodzicom w trudnej sytuacji – 14 (24,5%), agresja fizyczna wobec rodziców – 13 (22,8%), groźby wobec rodziców – 13 (22,8%). Innymi przyczynami było uchylanie się od obowiązków domowych, nieprzestrzeganie zasad wspólnego zamieszkiwania, wrogość i negatywizm dziecka w stosunku do rodziców, czy też niemożność zaadaptowania się dziecka w nowej rodzinie. W tylko trzech sprawach rodzice jako przyczynę rozwiązania przysposobienia wskazali na chorobę psychiczną dziecka, ale tylko w jednej sprawie została ona udokumentowana zaświadczeniem lekarskim. Przysposobione dzieci natomiast jako główne przyczyny rozwiązania przysposobienia wskazywały: brak akceptacji ze strony rodziców – 17 (29,8%), nadmierną surowość i oschłość – 14 (24,5%), brak serdeczności i zrozumienia – 12 (21%),

²⁴ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*

zbyt wysokie wymagania co do nauki i ocen – 12 (21%), agresję werbalną i wyzwiska – 9 (15,8%), agresję fizyczną – 8 (14%) oraz nieakceptowanie partnera dorosłego dziecka – 8 (14%).

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż akta na podstawie których została przeprowadzona analiza konkretnych spraw zawierały zwięzłą dokumentację dotyczącą przebiegu adopcji, sytuacji życiowej przysposobionych dzieci oraz ich stanu zdrowia. Protokoły z rozpraw sprowadzały się do lakonicznych zeznań przysposobionych, orzeczenia sądu bardzo rzadko zawierały pisemne uzasadnienia, natomiast w większości przypadków nie było podanych informacji co do czasu i częstotliwości występowania przyczyn uzasadniających rozwiązanie stosunku przysposobienia. Pomimo tego, na podstawie ogólnie zebranych danych można było sformułować wnioski co do najczęstszych przyczyn uzasadniających wystąpienie z żądaniem rozwiązania przysposobienia. Niewątpliwie można stwierdzić, iż wszystkie z wymienionych wyżej motywów przemawiających za rozwiązaniem przysposobienia sprowadzają się do kwestii związanych z wadliwym funkcjonowaniem rodziny. Może być to uwarunkowane złym przygotowaniem przyszłych rodziców adopcyjnych do wychowywania dziecka z zaburzeniami emocjonalnymi, a przejawiać się w braku akceptacji, nieumiejętności w okazywaniu uczuć, w oschłości i surowości w stosunku do przysposobionego dziecka. Ponadto udokumentowano, iż duża liczba adoptowanych dzieci wykazuje zaburzenia emocjonalne jeszcze przed dokonaniem przysposobienia, dlatego też ważną rolę odgrywa w tym przypadku stała opieka psychologa, który ma za zadanie przygotować rodziców, jak i dziecko do prawidłowego funkcjonowania w normalnej rodzinie.

W tym miejscu należy jednak zastanowić się czy te wadliwe relacje emocjonalne mogą doprowadzić do braku wykształcenia się więzi uczuciowej pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym i czy tym samym mogą one stanowić ważny powód rozwiązania przysposobienia. Jest to problematyka na tyle obszerna, że nie można jednoznacznie odpowiedzieć na powyższe pytanie bez konieczności przeprowadzenia dokładnej analizy poszczególnego przypadku. Jednak należy zwrócić uwagę na bardzo ważny aspekt, który powinien być uwzględniany przez sądy orzekające w sprawach o rozwiązanie przysposobienia, a mianowicie kryterium czasu trwania stosunku przysposobienia. Czas trwania przysposobienia w obrębie badanej grupy osób wyniósł średnio 16 lat, a zatem trudno jest wówczas mówić o nienawiązaniu więzi uczuciowej pomiędzy stronami stosunku przysposobienia. Reasumując badania nad stosunkiem przysposobienia w ramach pierwszej grupy osób wskazano, że aż w 35 przypadkach sąd rozwiązał przysposobienie, w 11 oddalił wnioski, a w pozostałych 11 umorzył postępowanie. Można zatem stwierdzić, iż w większości tych spraw doszło w rezultacie do rozwiązania stosunku przysposobienia. Pokazuje to, że praktyka orzecznicza w sprawach o rozwiązanie przysposobienia pozostaje w pewnym sensie w sprzeczności z intencją ustawodawcy, który dopuszcza rozwiązanie stosunku przysposobienia wyłącznie na

skutek zaistnienia szczególnych okoliczności. Według oceny sądów rozpoznających niniejsze sprawy, przesłanki w postaci problemów wychowawczych oraz niespełnionych oczekiwań rodziców w stosunku do przysposobionych dzieci miały decydujący wpływ na decyzję odnośnie rozwiązania stosunku przysposobienia²⁵.

W drugiej grupie badanych osób znajdowały się osoby dokonujące przysposobienia biologicznego dziecka swojego małżonka. W tym przypadku średni czas trwania adopcji wynosił 7 lat, ale z danych zawartych w aktach sądowych wynikało, iż w większości przypadków przysposabiający już wcześniej mieszkał z dzieckiem i miał wpływ na jego wychowanie. W tej grupie osób wnioskodawcami w zakresie rozwiązania przysposobienia byli głównie przysposabiający – 27 (65%), natomiast o wiele więcej niż w grupie pierwszej było wniosków złożonych w imieniu nieletniego przysposobionego. W ramach tej grupy osób najczęstszą przyczyną złożenia wniosku o rozwiązanie przysposobienia był rozwód małżonków i wyprowadzka przysposabiającego ze wspólnego mieszkania stron. Przesłanka rozwiązania przysposobienia w postaci rozwodu małżonków wystąpiła aż w 35 przypadkach, co stanowiło 85% wszystkich badanych w tej grupie osób. Pozostałe przypadki dotyczyły sytuacji, kiedy na skutek śmierci matki dziecka, przysposabiający oddał je na wychowanie krewnym bądź kiedy dorosłe już dziecko nawiązało kontakt z biologicznym rodzicem, jednocześnie występując z żądaniem rozwiązania stosunku przysposobienia. W tej grupie jednak decydującą przyczyną wnioskowania o rozwiązanie przysposobienia był rozwód pomiędzy przysposabiającym a biologicznym rodzicem dziecka.

W tym miejscu pojawia się pytanie odnośnie tego czy rozwód może być uznany za ważny powód rozwiązania stosunku przysposobienia. Biorąc pod uwagę dane statystyczne dotyczące orzeczeń sądowych zapadłych w tej grupie badanych osób, można zauważyć ukształtowanie się nieco przeciwnej tendencji orzeczniczej w odniesieniu do grupy poprzedniej. A mianowicie w 17 sprawach (42%) sąd oddalił wniosek, tylko w 16 sprawach (39%) rozwiązał przysposobienie, natomiast w 8 (19%) umorzył postępowanie²⁶. Na tej podstawie można śmiało zaryzykować stwierdzenie, iż sądy wykazują negatywny stosunek do kwestii możliwości rozwiązania przysposobienia na skutek rozwodu pomiędzy małżonkami.

Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy w przytoczonym wyżej wyroku z dnia 22 marca 2001 r. Stan faktyczny niniejszej sprawy dotyczył możliwości rozwiązania przysposobienia pomiędzy powodem a przysposobioną córką, właśnie na skutek rozwodu z biologiczną matką dziecka. Sąd Najwyższy w wydanym przez siebie orzeczeniu podkreślił, iż przesłanką rozwiązania przysposobienia może być wyłącznie nastąpienie trwałego i zupełnego rozkładu stosunków pomiędzy rodzicem a dzieckiem. Tym samym nawiązując do pozytywnych przesłanek

²⁵ E. Milewska, *Psychologiczny i prawny kontekst spraw o rozwiązanie przysposobienia* [w:] *Adopcja teoria i praktyka praca zbiorowa pod redakcją K. Ostrowskiej i E. Milewskiej*, CMPPP MEN, Warszawa 1999.

²⁶ *Ibidem*.

rozvodu w postaci trwałego i zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego, wyraźnie podkreślił, iż w przypadku przysposobienia należy badać relacje pomiędzy rodzicem a dzieckiem, a nie relacje pomiędzy małżonkami.

Trwały i zupełny rozkład pożycia małżeńskiego nie może przesądzać o jednoczesnym zaniku więzi rodzinnych i emocjonalnych w stosunkach pomiędzy rodzicem a dzieckiem i nie może być z nim utożsamiany. Relacje pomiędzy małżonkami są kwestią odrębną w odniesieniu do relacji pomiędzy rodzicami a dziećmi i obie te kwestie należy rozgraniczać i badać oddzielnie. Nie można w żadnym wypadku stosować analogii w zakresie identyfikacji tych dwóch rodzajów stosunków, gdyż brak jest do tego jakichkolwiek podstaw prawnych. Rozwód pomiędzy małżonkami nie może w żadnym wypadku skutkować tzw. „rozwozem z przysposobionym dzieckiem”. Tym samym ważnym powodem rozwiązania stosunku przysposobienia nie może być sam fakt rozwiązania małżeństwa pomiędzy przysposabiającym a biologiczną matką dziecka. Sąd w tym zakresie jest zobligowany do zbadania całokształtu sprawy, biorąc pod uwagę wszystkie jej okoliczności oraz zasięgając opinii specjalistów w postaci biegłych psychologów, psychiatrów oraz rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych. Według profesora T. Smyczyńskiego nieporozumieniem jest stosowanie w drodze analogii przepisów dotyczących rozvodu w odniesieniu do instytucji przysposobienia. Przemawia za tym przede wszystkim fakt, iż w momencie orzekania przysposobienia dziecko nie ma faktycznego wpływu na wybór przyszłych rodziców w przeciwieństwie do osób zawierających związek małżeński. W związku z tym decyzja odnośnie wyboru rodziców adopcyjnych należy do innych osób, a dziecko może się jej wyłącznie podporządkować²⁷.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego ukształtował się pogląd, iż rozwiązanie stosunku przysposobienia nie może żądać osoba, z której winy powstały ważne powody uzasadniające takie rozwiązanie. Sąd Najwyższy zaprezentował taki pogląd w wielu wcześniejszych orzeczeniach m.in. z dnia 2 czerwca 1966 r. (II CR 167/66), z dnia 4 lutego 1970 r. (II CR 647/69), z dnia 20 stycznia 1970 r. (II CR 530/69), czy też w wyroku z dnia 15 marca 1974 r. (I CR 72/74).

Stanowisko to jest analogicznym nawiązaniem do przepisów k.r.o. dotyczących instytucji rozvodu. Zgodnie z art. 56 § 3 k.r.o. orzeczenia rozvodu nie może żądać małżonek wyłącznie winny rozkładu pożycia. Tak samo jak w przypadku przepisów regulujących rozwód, kwestia winy w zakresie rozwiązania stosunku przysposobienia nie pozostaje bez znaczenia. W przypadku jeżeli przysposabiający jest osobą wyłącznie winną rozpadu więzi, jaka łączy go z przysposobionym dzieckiem, przysposobienie w żadnym wypadku nie może zostać orzeczone. Uzasadnieniem dla rozwiązania stosunku przysposobienia nie może być również fakt posiadania przez przysposobione dziecko drugiego biologicznego rodzica w sytuacji kiedy pomiędzy dzieckiem a tym rodzicem nie istnieje żadna więź zarówno uczuciowa, jak

²⁷ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*

i emocjonalna. W sytuacji kiedy przysposobiony traktuje przysposabiającego jako swojego rodzica, darzy go uczuciem i dąży do kontaktów z nim pomimo konfliktu zaistniałego pomiędzy małżonkami, to w tej sytuacji rozwiązanie przysposobienia na wyłączne żądanie przysposabiającego naruszałoby w sposób rażąco zasadę dobra dziecka. Ponadto ewentualna zmiana nazwiska na skutek rozwiązania stosunku przysposobienia mogłaby spowodować rozluźnienie więzi rodzinnych pomiędzy przysposobionym dzieckiem a przyrodnim rodzeństwem, a także zachwiać poczucie własnej wartości u dziecka w przeświadczeniu o braku przynależności do rodziny. W takim przypadku postawa przysposabiającego jest niedopuszczalna i zasługuje na potępienie ze strony sądu. W tym miejscu należy jeszcze raz podkreślić, iż rozwiązanie przysposobienia nie może być w żadnym wypadku nauczka, czy też karą dla matki dziecka, z tego powodu, iż jest ona winna rozkładowi życia, gdyż cierpi na tym przede wszystkim dobro dziecka, a zadaniem sądów orzekających w niniejszych sprawach jest to dobro chronić i stawiać je na pierwszym miejscu w stosunku do pozostałych okoliczności.

Mając na uwadze dotychczasowe rozważania na temat możliwości rozwiązania stosunku przysposobienia można wskazać na trzy najczęstsze przyczyny, których wystąpienie skutkuje wnioskiem o rozwiązanie przysposobienia. Po pierwsze są to problemy wychowawcze i niemożność zaadaptowania się dziecka w nowej rodzinie, po drugie kryzysy i konflikty rodzinne, a także zmiany zachodzące w strukturze rodziny oraz po trzecie rozwód rodziców i opuszczenie rodziny przysposabiającego. Nawiązując do tego podziału, nie należy pomijać jeszcze jednego bardzo ważnego aspektu o charakterze psychologicznym, o którym nie było do tej pory mowy. A mianowicie chodzi tu o pobudki, którymi przyszli rodzice adopcyjni kierują się dokonując przysposobienia. Jest to ściśle związane ze wspomnianym wcześniej podziałem na dwie grupy osób wnioskujących o rozwiązanie przysposobienia, w obrębie których zostało przeprowadzone powyższe badanie. Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 lutego 1954 r. wyraźnie wskazał, iż w zależności od konkretnej sytuacji faktycznej mogą występować różne pobudki dokonania przysposobienia. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego należy odróżnić sytuację, kiedy przysposobienia dokonuje małżonek biologicznego rodzica dziecka, od sytuacji kiedy oboje małżonkowie przysposabiają cudze dziecko. W tym drugim przypadku główną, a czasami jedyną pobudką dokonania przysposobienia jest wspólna chęć posiadania dziecka, które dzięki przysposobieniu wchodzi do rodziny. Można zatem powiedzieć, że każdy z małżonków reprezentuje wówczas bezpośredni stosunek do przysposobionego dziecka. Oznacza to, że zarówno mąż, jak i żona traktują dziecko jednakowo, mając na względzie osiągnięcie głównego celu przysposobienia, jakim jest możliwość założenia pełnej rodziny.

Innym rodzajem przysposobienia jest przysposobienie dziecka jednego z małżonków przez drugiego małżonka. W tym przypadku przysposobienie jest dokonywane najczęściej ze względu na istniejące małżeństwo, a przede wszystkim ze względu

na chęć zespolenia więzów rodzinnych i zrównania wszystkich członków rodziny, co dotyczy m.in. dzieci jednego z małżonków z dziećmi, które zostały zrodzone bądź w przyszłości będą zrodzone ze wspólnego małżeństwa. Wówczas głównym motywem dokonania przysposobienia jest chęć wzmocnienia więzi istniejącej pomiędzy małżonkami, natomiast stosunek przysposabiającego do przysposobionego dziecka ma charakter wyłącznie pochodny. Bardzo często w sytuacji kiedy dochodzi do kryzysu w małżeństwie, jego negatywne konsekwencje obejmują swoim zasięgiem również relacje pomiędzy jednym z małżonków a przysposobionym przez niego dzieckiem. Oczywiście taka sytuacja nie jest regułą, a wszystko zależy od zrodzonej pomiędzy stronami stosunku przysposobienia więzi. Sytuacją normalną jest fakt, iż w przypadku kiedy jeden z małżonków przysposabia dziecko drugiego, więź łącząca tego małżonka z przysposobionym dzieckiem początkowo opiera się na więzi istniejącej pomiędzy małżonkami. Jest to oczywiste, gdyż małżonek ten nie jest biologicznym rodzicem dziecka, a w przypadku dziecka starszego często nie uczestniczył od początku w jego wychowaniu i codziennym życiu. Dla obojga z nich jest to sytuacja trudna, często niełatwa do zaakceptowania, zwłaszcza ze strony dziecka. Z tego powodu więź, jaka istnieje pomiędzy tym małżonkiem a dzieckiem nie ma charakteru samoistnego i opiera się na innej więzi, a mianowicie na więzi pomiędzy małżonkami. Nic nie stoi natomiast na przeszkodzie ku temu, aby ta więź nabrała osobistego charakteru i z czasem przekształciła się w więź o charakterze samoistnym i niezależnym od więzi pomiędzy małżonkami. Jednak do czasu, kiedy to nie nastąpi, a wcześniej dojdzie do rozpadu więzi małżeńskiej, dojdzie również do zaniku więzi pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym i wówczas rozwód może stanowić ważny powód rozwiązania stosunku przysposobienia. Warunkiem koniecznym w tym przypadku jest natomiast to, aby rozpad więzi pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym był na tyle daleko posunięty, żeby można było mówić o jego nieodwracalności. Rozwiązanie stosunku przysposobienia na skutek rozwodu przysposabiającego z matką dziecka może być uzasadnione również w sytuacji, kiedy występują szczególne okoliczności. Ma to miejsce na przykład wówczas, kiedy małżonek, któremu zostało powierzone wykonywanie władzy rodzicielskiej, zawrze nowy związek małżeński, a dobro dziecka przemawia za jego przysposobieniem przez nowego małżonka. Są to jednak sytuacje na tyle wyjątkowe, że w praktyce zdarzają się one niezmiernie rzadko.

Nieco inaczej sytuacja wygląda w przypadku przysposobienia dziecka małego, zazwyczaj do 6 roku życia. W przypadku takich dzieci, można wręcz powiedzieć o niemożliwości nienawiązania więzi uczuciowej zwłaszcza ze strony dziecka, które znajduje się w okresie ogromnej potrzeby miłości i posiadania rodziny. Sugeruje to, iż w takim przypadku wyłącznie rodzic kompletnie nieudolny wychowawczo i nieprzygotowany do właściwego pełnienia roli rodzicielskiej, może wystąpić z wnioskiem o rozwiązanie przysposobienia. Praktyka orzecznicza w zakresie rozwiąza-

nia stosunku przysposobienia na skutek rozwodu pomiędzy małżonkami zajmuje w tej kwestii raczej jednolite stanowisko, zgodnie z którym należy przyjąć, iż rozkład pożycia małżeńskiego przysposabiającego z biologicznym rodzicem dziecka nie dowodzi rozkładu więzi rodzinnych między przysposabiającym rodzicem a przysposobionym dzieckiem.

Innym powodem, dla którego przysposabiający może wnioskować o rozwiązanie stosunku przysposobienia pomiędzy nim a przysposobionym dzieckiem swojego małżonka w przypadku rozwodu, może być również chęć uchylenia się od obowiązku alimentacyjnego na rzecz przysposobionego. Zgodnie z art. 126 § 1 k.r.o. „z chwilą rozwiązania stosunku przysposobienia ustają jego skutki”²⁸. Na skutek rozwiązania przysposobienia mogłoby dojść do pozbawienia dziecka alimentów ze strony przysposabiającego. Jednak ustawodawca w art. 125 k.r.o. przyznał sądowi pewną swobodę w tym zakresie stanowiąc, iż „orzekając rozwiązanie stosunku przysposobienia, sąd może stosownie do okoliczności, utrzymać w mocy wynikające z niego obowiązki alimentacyjne”²⁹. Takie stanowisko Sąd Najwyższy zaprezentował m.in. w wyroku z dnia 28 października 1969 r.

Podsumowanie

Reasumując, można stwierdzić, iż problematyczny charakter kwestii związanych z rozwiązaniem stosunku przysposobienia wynika w dużym stopniu z braku odpowiednich regulacji prawnych w tym zakresie. Przepisy prawne normujące stosunek przysposobienia mają charakter dosyć lakoniczny i w sposób niewyczerpujący regulują wszystkie związane z nim kwestie prawne, a zwłaszcza te, które dotyczą możliwości rozwiązania stosunku przysposobienia. Przesłanki dopuszczalności rozwiązania przysposobienia nie zostały wystarczająco doprecyzowane na gruncie ustawodawstwa, co stanowi główne źródło nieдомówień i wątpliwości w tym zakresie. Dotyczy to zarówno praktyki orzeczniczej, jak głosów doktryny. W związku z powyższym rozwiązywalność adopcji stanowi do dnia dzisiejszego jeden z najbardziej spornych i dyskusyjnych problemów w obrębie prawa rodzinnego.

Ustawodawca, posługując się ogólnym pojęciem przesłanek rozwiązania przysposobienia w postaci tzw. „ważnych powodów”, zasłania się w pewnym sensie różnorodnością sytuacji życiowych. Jest to częściowo trafne stanowisko z tego względu, iż na każdy stan faktyczny składają się inne okoliczności i czynniki, które mają decydujący wpływ na przebieg sprawy. Nie stoi to natomiast na przeszkodzie ku temu, aby do systemu prawnego wprowadzić pewne normy regulujące rozwiązanie stosunku przysposobienia, które w pewnym sensie będą stanowiły wspólny mianownik dla każdego odmiennego przypadku.

²⁸ Powołana w przypisie Nr 21 ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

²⁹ *Ibidem*.

Brak odpowiednich regulacji prawnych powoduje, iż z wnioskiem o rozwiązanie stosunku przysposobienia występują bardzo często rodzice, którzy na skutek zaistnienia najdrobniejszych problemów wychowawczych traktują instytucję rozwiązania przysposobienia jako sztuczną formę prawną, dającą im możliwość tzw. „uwolnienia się od dziecka” oraz od problemów związanych z jego wychowaniem i utrzymaniem. Takie ujęcie stosunku przysposobienia jest sprzeczne z jego prawnymi założeniami i w żadnym wypadku nie jest odzwierciedleniem naturalnych stosunków pomiędzy rodzicami a dziećmi. Aby można było mówić o tym, że instytucja przysposobienia prawidłowo realizuje swoją funkcję społeczną oraz, że jej założenia pozostają w zgodności z intencją ustawodawcy, konieczne jest zrewidowanie przepisów regulujących rozwiązanie stosunku przysposobienia, a także warunków orzekania o przysposobieniu. Chodzi tu przede wszystkim o zwrócenie większej uwagi na takie kwestie jak kryterium czasu trwania stosunku przysposobienia, częstotliwości występowania przyczyn decydujących o możliwości rozwiązania tego stosunku, czy też kryterium wieku przysposobionego dziecka. Ponadto niezbędnym warunkiem dokonania przysposobienia powinno być dokładne zbadanie stanu zdrowia zarówno psychicznego, jak i fizycznego dziecka na długo przed dokonaniem przysposobienia.

Innym problemem psychologicznym udokumentowanym na podstawie analizy przeprowadzonych badań jest występowanie pewnych dysfunkcji w ramach rodzin dokonujących przysposobienia. Z tego względu, iż w rzeczywistości przysposobiony nie ma wpływu na wybór swojej przyszłej rodziny adopcyjnej, to odpowiednie w tym zakresie placówki, czy też organy państwowe powinny dokładnie zbadać warunki panujące w danej rodzinie i w razie potrzeby zobowiązać jej członków do poddania się odpowiednim działaniom terapeutycznym, mając przede wszystkim na względzie dobro przysposobianego dziecka. Ustawodawca powinien również w sposób bardziej dokładny sprecyzować pojęcie tzw. „ważnych powodów” rozwiązania przysposobienia. Nie chodzi tu o utworzenie zamkniętego katalogu przyczyn przesądzających o dopuszczalności rozwiązania stosunku przysposobienia, właśnie ze względu na różnorodność sytuacji życiowych. Możliwe jest natomiast wyszczególnienie tych przyczyn, które w sposób niezmienny powtarzają się zarówno na gruncie przeprowadzanych badań odnośnie rozwiązywalności stosunku przysposobienia, jak i występują na gruncie praktyki orzeczniczej. Stworzenie takiego otwartego katalogu przyczyn rozumianych jako ważne powody rozwiązania przysposobienia z pewnością ułatwiłoby pracę sądów orzekających w niniejszych sprawach, a także w znacznym stopniu zawęziłoby pole do dyskusji na temat możliwości rozwiązania stosunku przysposobienia, który do dnia dzisiejszego ma charakter bardzo sporny i kontrowersyjny.

Kolejnym niezwykle istotnym zabiegiem, który mógłby usprawnić praktyczne funkcjonowanie instytucji przysposobienia jest udoskonalenie regulacji związanych z orzekaniem o przysposobieniu. Może to polegać w szczególności na wprowadze-

niu obowiązku zasięgnięcia opinii biegłego psychologa oraz rodzinnych ośrodków diagnostyczno-konsultacyjnych zarówno przed wszczęciem sprawy, jak i w trakcie toczącego się postępowania, a także w każdym przypadku, którego podstawą prawną jest wnioskowanie o rozwiązanie przysposobienia. Kompetentne nakreślenie istniejącego stanu rzeczy odnośnie warunków panujących w rodzinie, cech osobowości przyszłych rodziców adopcyjnych oraz ich oczekiwań w stosunku do dziecka, a także właściwe zdiagnozowanie stanu zdrowia dziecka oraz przeanalizowanie historii jego życia, może pomóc sądowi we właściwym rozpoznaniu konkretnej sprawy. Powodzenie instytucji przysposobienia zależy w znacznej mierze właśnie od odpowiedniego rozeznania sądu w danej sprawie. Ponadto regulacji prawnej powinny zostać poddane również kwestie związane z całą procedurą kwalifikacyjną przyszłych rodziców adopcyjnych. Ustawa powinna wyraźnie określać kryteria, od spełnienia których uzależniona byłaby prawna możliwość zostania rodzicem adopcyjnym, natomiast ośrodki adopcyjno-opiekuńcze powinny być zobligowane do realizowania określonych programów prorodzinnych, mających na celu przygotowanie przyszłych rodziców do prawidłowego postępowania i wychowywania dziecka przysposobionego, nawet już po orzeczeniu przysposobienia. Tylko w przypadku wprowadzenia takich rozwiązań instytucja przysposobienia będzie miała szansę prawidłowo funkcjonować, jednocześnie zapewniając dziecku warunki jak najbardziej zbliżone do tych panujących w normalnych rodzinach, tym samym realizując podstawowy cel przysposobienia, jakim jest ochrona dobra dziecka.

Rozliczenie konkubinatu w oparciu o przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu w sprawach krajowych i transgranicznych

Część I. Prawo polskie

1. Słowo wstępne

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie rozliczeń dokonywanych między konkubentami na podstawie przepisów regulujących problematykę bezpodstawnego wzbogacenia. Celem publikacji jest udzielenie odpowiedzi na praktyczne pytania: kiedy można dokonywać rozliczeń na mocy tychże uregulowań między osobami pozostającymi w związkach typu faktycznego i w jaki sposób należy tego dokonywać. W celu wprowadzenia czytelnika w problematykę konkubinatu na wstępie przedstawiono skrótowo definicję konkubinatu oraz sposób określenia momentu jego powstania i ustania. W dużym skrócie omówiono również podejście do zjawiska konkubinatu w praktyce postępowań rozpoznawczych, prowadzonych w polskich sądach, aby na tym tle nieco szerzej nakreślić to, co jest zasadniczym przedmiotem opracowania. Z drugiej strony w ramach poruszonych zagadnień celem artykułu jest udzielenie możliwie wyczerpujących odpowiedzi na pojawiające się praktyczne pytania.

Przedmiotem pierwszej części opracowania jest zagadnienie rozliczania konkubinatów na gruncie wyłącznie prawa polskiego. Część druga stanowić będzie próbę ujęcia problematyki rozliczania konkubinatów z elementem zagranicznym w tym dwunarodowych, w których jedno z partnerów jest obywatelem polskim, a drugie – obywatelem innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na gruncie reguł prawa prywatnego międzynarodowego.

2. Rys historyczny

Konkubinaty istniały od zarania dziejów obok sformalizowanej mniej lub bardziej instytucji małżeństwa. W starożytnym Rzymie definiowano je początkowo jako związek kobiety i mężczyzny, polegający na trwałej wspólnocie pożycia, któremu w porównaniu z małżeństwem brakowało *affectio maritalis* (czyli woli pozostawania małżonkami) i *honor matrimonii* (a więc godności małżeństwa).

Prawo rzymskie początkowo nie regulowało problematyki konkubinatu. Z czasem jednak przybrał on formę nierównego małżeństwa (*inequale coniugium*), a więc związku uregulowanego przez prawo, ale wciąż odróżniającego się od pełnoprawnego związku małżeńskiego brakiem *affectio maritalis* i *honor matrimonii*. Dzieci z konkubinatu były uważane za pozamałżeńskie, choć z czasem wprowadzono różne możliwości późniejszego nadania im statusu prawnego dzieci małżeńskich¹.

Powstały w wyniku tego stan prawny stał się więc bardziej skomplikowany: oprócz regulowanego prawem małżeństwa i „zwykłego”, nieformalnego, nieuregulowanego konkubinatu zaistniał w nim jeszcze trzeci rodzaj relacji, mający charakter pośredni.

Podobną tendencję zauważyć da się w nowoczesnych ustawodawstwach wielu państw europejskich. Początkowo nie regulowały one związków o charakterze innym niż małżeństwo. Pierwszym państwem, które unormowało związek o charakterze podobnym do rzymskiego nierównego małżeństwa, jest Francja. W ustawodawstwie francuskim obowiązuje obecnie instytucja zwana w skrócie PACS, pozwalająca na zarejestrowanie związku dwóch osób, mającego charakter partnerski. Może on być rozwiązany za wypowiedzeniem, po którym związek można wyrejestrować². Wspomniane podobieństwo do rzymskiego nierównego małżeństwa polega na ujęciu w ramy prawne związku dwóch osób, który nie jest jednak pełnoprawnym małżeństwem. Istotną różnicą jest przede wszystkim możliwość wstępowania w związki partnerskie osób tej samej płci. Geneza powstania uregulowań rzymskich i np. francuskich jest również podobna. W starożytnym Rzymie chodziło o ujęcie w ramy prawne osób pozostających we wspólnym pożyciu i nie mogących zawrzeć małżeństwa z powodów prawnych (zakazy typu stanowego). W dzisiejszej Europie chodzi zaś przede wszystkim o chęć prawnego unormowania faktycznego pożycia osób nie mogących zawrzeć legalnego małżeństwa ze względu na tożsamą płeć, choć zdarzają się i ustawodawstwa wprost zezwalające na małżeństwa homoseksualne.

W większości innych krajów europejskich prawo w ogóle nie reguluje problematyki związków niemających, ale wyjątki są coraz liczniejsze, jak np. Hiszpania, Belgia, Holandia, Niemcy, Luksemburg, Szwajcaria.

Definicję konkubinatu zawiera również Zielona Księga z dnia 17 lipca 2006 r. w sprawie kolizji przepisów w sprawach dotyczących majątkowego ustroju małżeńskiego, w tym zagadnienia własności i wzajemnego uznawania. Dokument ten posługuje się pojęciem „wolny związek (kohabitacja lub konkubinaty)”³, definiując je jako

¹ W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Wydanie IV poprawione, Warszawa 1999, s. 163 i 184.

² Szerzej na ten temat: W. Ćwiek, *Konkubinaty*, Warszawa 2002, s. 32 (na temat PACS przed reformą z 2006 r.); K. Pfeifer, *Francuski cywilny pakt solidarności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 1, s. 43 i P. K. Twardoch, *Ustrój majątkowy w ramach francuskiego cywilnego paktu solidarności na tle prawnoporównawczym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2010, z. 1, s. 69–130.

³ W języku angielskim: *non-marital cohabitation (living together)* lub po prostu: *cohabitation*.

sytuację, w której dwie osoby współżyją ze sobą w sposób trwały i ciągły, jednakże ich związek nie jest zarejestrowany przez żaden organ publiczny. Pod definicję tę podpadają więc związki hetero- i homoseksualne. Definicja ta nie ma jednak mocy prawnej jako zawarta w Zielonej Księdze, a nie w akcie prawnym. Dotychczas bowiem nie zawarto jej w żadnym akcie, ani nawet w projekcje europejskiego aktu prawnego.

Przedmiotem rozważań w niniejszej publikacji jest tylko „zwykły” konkubinaty, bez rejestrowanych związków partnerskich.

3. Rozliczanie konkubentów – aktualny stan prawny w Polsce

Konkubinaty w Polsce stanowi określony stan faktyczny, nie uregulowany prawnie w sposób kompleksowy. Nie ma również ustawy wprowadzającej rejestrowane związki partnerskie. Do stosunków między konkubentami zastosowanie znajdują różne przepisy prawa materialnego, które można podzielić na dwie grupy.

Pierwszą z tych grup stanowią normy zawierające pojęcia, które wprost można odnieść do konkubentów, jak np. pojęcie „osoby pozostającej we wspólnym pożyciu” w art. 691 k.c.⁴, które znaczeniowo pokrywa się z pojęciem konkubenta. Innym przykładem jest pojęcie „osoby bliskiej”, użyte w art. 446 § 2–4, art. 527 § 3, art. 832 § 2, art. 923 § 1 i art. 1008 pkt 2 k.c., a także w art. 261, 533, 548, 561 i 1087 k.p.c. Nie sposób poczynić w niniejszej publikacji szerszych rozważań na ten temat. Wypada jednak zauważyć, że orzecznictwo i doktryna na ogół zgodnie uznają konkubenta za osobę bliską⁵. Przepisy te jednak nie mogą co do zasady być podstawą do wzajemnych rozliczeń między konkubentami. Dlatego też w tym zakresie poszukać należy innych rozwiązań.

W postępowaniu rozpoznawczym rozróżnić można dwie odmienne grupy poglądów na temat problemu wzajemnych stosunków o charakterze konkubentkim. Pierwsza każe poszukiwać przepisów prawa materialnego, których odpowiednie stosowanie pozwala na rozliczenie konkubinaty w całości. Można to nazwać podejściem całościowym czy też ogólnym. Drugie możliwe potraktowanie konkubinaty prezentuje szkoła kazuistyczna. Zwolennicy tej koncepcji uważają, iż z uwagi na całkowicie nieformalny charakter konkubinaty nie sposób ująć go w jakiegokolwiek ramy prawne i dla każdej sytuacji prawnej poszukiwać należy specyficznych, odpowiednich dla niej rozwiązań.

Zwolennicy podejścia kazuistycznego kładą nacisk na różnorodność i odmienność majątkowych stosunków między konkubentami, która każe zawsze szukać dla nich odpowiednich rozwiązań, bez odwoływania się do sztywnych schematów⁶.

⁴ Art. 691 k.c. wskazuje krąg osób uprawnionych do wstąpienia w stosunek najmu po śmierci najemcy.

⁵ Omówienie pojęcia osoby bliskiej z dokładnym wskazaniem przypadków, w których za taką osobę uważanym jest konkubent – patrz: J. Haberko, *Pojęcie osoby bliskiej w prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” 2011, Nr 3, s. 65.

⁶ Za tym podejściem opowiada się M. Nazar, *Rozliczenia majątkowe konkubentów*, Lublin 1992, s. 60.

Akceptując kazuistyczną koncepcję rozstrzygnięcia sporów wynikających ze stosunków majątkowych między konkubentami, skupić się należy na specyfice konkretnych okoliczności faktycznych i roszczeń zgłaszanych przez konkubentów oraz poszukiwać najwłaściwszych w danym wypadku ram prawnych, godząc się na nieuniknione nieformalności i konieczność stosowania przepisów normujących określone stosunki jedynie w sposób odpowiedni⁷.

Rozwiązaniem proponowanym w przeszłości, ale słusznie odrzuconym zgodnie przez orzecznictwo i doktrynę, jest rozliczanie byłych konkubentów przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o stosunkach majątkowych małżonków (lub byłych małżonków) po ustaniu ustawowej wspólności małżeńskiej. Pogląd ten jest niesłuszny o tyle, że prowadzi do narzucenia reżimu prawnego właściwego dla małżonków osobom, które świadomie i z własnej woli związku małżeńskiego nie zawarły⁸.

Innym rozwiązaniem, jest stosowanie do rozliczenia konkubinatu w sposób odpowiedni przepisów art. 860 i następnych Kodeksu cywilnego, które normują spółkę cywilną⁹.

Kolejnym, jeszcze częstszym w praktyce rozwiązaniem, jest rozliczanie majątku byłych konkubentów według przepisów o zniesieniu współwłasności. Polega ono na zniesieniu współwłasności poszczególnych przedmiotów, które konkubenci nabyli na współwłasność w sposób wyraźny lub dorozumiany¹⁰.

W pewnych stanach faktycznych, w których byli konkubenci rozliczają się na podstawie przepisów o współwłasności, przyjęć można również, że jedno z konkubentów bezpodstawnie wzbogaciło się kosztem drugiego i dokonać rozliczeń na podstawie stosowanych wprost art. 405 i następnych k.c.¹¹.

W niektórych, szczególnych wypadkach, stosunki konkubentów rozpatrywać można w oparciu o przepisy prawa pracy. Jest to możliwe w wypadku, gdy jedno z konkubentów pracowało na podobieństwo osoby zatrudnionej na podstawie umowy o pracę lub innej w przedsiębiorstwie lub gospodarstwie rolnym drugiego, a jednocześnie formalnie umowa nigdy nie została zawarta.

Wyłącznie podejście kazuistyczne może mieć zastosowanie w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym przeciwko osobie pozostającej w konkubinacie w sytuacjach, w których zachodzi wątpliwość co do możliwości prowadzenia egzekucji z poszczególnych przedmiotów czy praw oraz co do sposobu egzekucji – z uwagi na wątpliwość co do tego, czy dane aktywa należą do dłużnika czy do jego konkubenta, względnie osób trzecich¹².

⁷ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 czerwca 2007 r. w sprawie V CSK 114/07, LEX Nr 442549.

⁸ Pogląd ten odrzucony został przez Sąd Najwyższy już w uchwale z dnia 2 lipca 1955 r. w sprawie II Co 7/55, OSNCK 1956, Nr 3, poz. 72.

⁹ Szerzej na ten temat: M. Nazar, tamże, s. 76–83.

¹⁰ Patrz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1970 r. w sprawie III CZP 62/69, LEX Nr 6659.

¹¹ Tamże.

¹² Szerzej na ten temat: K. Kazimierczak, *Egzekucja sądowa przeciwko dłużnikowi pozostającemu w konkubinacie*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2010, Nr 3, s. 5–35.

Spory majątkowe byłych konkubentów sądy rozpoznawać mogą w postępowaniu rozpoznawczym zarówno w trybie procesowym, jak i nieprocesowym, w zależności od zgłoszonego roszczenia. W trybie procesowym zgłaszane są np. powództwa o zapłatę z tytułu splaty z udziału we współwłasności przedmiotów, o zapłatę za nakłady na rzeczy ruchome albo nieruchomości konkubenta, czy też o ustalenie istnienia stosunku pracy i zapłaty za pracę. W postępowaniu nieprocesowym dochodzić można np. zniesienia współwłasności przedmiotów, które konkubenci nabyli na współwłasność.

Nie ulega wątpliwości, że do rozliczeń majątkowych pomiędzy osobami pozostającymi w konkubinacie mogą mieć zastosowanie przede wszystkim przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu¹³. Jest to jeden ze sposobów rozwiązywania przez praktykę problemów wynikających z braku uregulowania związków o charakterze faktycznym.

Konieczne jest wskazanie, w jakich sytuacjach dopuszczalne jest zastosowanie norm dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia w prawie polskim, a w jakich przed sądami polskimi w sprawach z elementem transgranicznym. Z uwagi na rozmiar artykułu rozważania ograniczone zostaną do obszaru prawnego Unii Europejskiej.

Bezpodstawne wzbogacenie w prawie polskim

Definicję bezpodstawnego wzbogacenia zawiera art. 405 k.c., w myśl którego jest nim uzyskanie korzyści majątkowej bez podstawy prawnej kosztem innej osoby. Instytucja ta znajduje zastosowanie w sytuacjach, w których nastąpiło bezpodstawne przysporzenie majątkowe, a więc takie, które nie znajduje żadnej podstawy w szeroko pojętym prawie: cywilnym, administracyjnym, czy w jeszcze innej jego gałęzi.

Uzyskanie korzyści kosztem innej osoby oznacza najczęściej to, że nastąpiło przesunięcie określonej wartości z majątku zubożonego do majątku wzbogaconego, a więc ubytek w jednej masie majątkowej i przyrost w innej. Z tych dwóch elementów zawsze występuje tylko drugi, ponieważ zdarzają się przypadki wzbogacenia kosztem usług świadczonych przez zubożonego czy też poprzez korzystanie z jego rzeczy lub praw, które to działania wzbogaconego nie powodują uszczerbku w majątku zubożonego, ale niewątpliwie wzbogacają drugą stronę bezpodstawnie jego kosztem. Kryterium, według którego należy odróżnić, kto jest osobą zubożoną jest więc to, czyja sfera praw stała się źródłem wzbogacenia¹⁴. Jest ono szczególnie ważne w stosunkach konkubenckich, w których wzajemne usługi oraz korzystanie przez jedno z konkubentów z rzeczy i praw drugiego jest na porządku dziennym.

¹³ Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 maja 2000 r. w sprawie IV CKN 32/00, publ. OSNC 2000, Nr 12, poz. 222; M. Prawn. 2000, Nr 12, s. 773. Wskazuje się na tę okoliczność także w uzasadnieniu uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 1986 r., III CZP 79/85, OSNCP 1987, Nr 1, poz. 2.

¹⁴ Por. P. Księżak, *Bezpodstawne wzbogacenie art. 405–414 k.c. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 59.

Szczególny rodzaj bezpodstawnego wzbogacenia stanowi nienależne świadczenie, do którego w myśl art. 410 § 1 k.c. stosuje się przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Na zasadzie tegoż przepisu do nienależnych świadczeń czynionych między konkubentami zastosowanie znajdują wszelkie rozważania na temat bezpodstawnego wzbogacenia w stosunkach konkubenckich.

Definicję tego rodzaju świadczenia zawiera art. 410 § 2 k.c., zgodnie z którym świadczenie jest nienależne, jeżeli ten, kto je spełnił, nie był w ogóle zobowiązany lub nie był zobowiązany względem osoby, której świadczył, albo jeżeli podstawa świadczenia odpadła lub zamierzony cel świadczenia nie został osiągnięty, albo jeżeli czynność prawna zobowiązująca do świadczenia była nieważna i nie stała się ważna po spełnieniu świadczenia. Art. 411 k.c. zawiera natomiast wyczerpujący katalog przypadków, w których nie można żądać zwrotu świadczenia. Są to następujące sytuacje:

- 1) jeżeli spełniający świadczenie wiedział, że nie był do świadczenia zobowiązany, chyba że spełnienie świadczenia nastąpiło z zastrzeżeniem zwrotu albo w celu uniknięcia przymusu lub w wykonaniu nieważnej czynności prawnej;
- 2) jeżeli spełnienie świadczenia czyni zadość zasadom współzycia społecznego;
- 3) jeżeli świadczenie zostało spełnione w celu zadośćuczynienia przedawnionemu roszczeniu;
- 4) jeżeli świadczenie zostało spełnione, zanim wierzytelność stała się wymagalna.

W obrocie prawnym bezpodstawne wzbogacenie przybiera najczęściej postać nienależnego świadczenia. Wzajemne stosunki między konkubentami nie są pod tym względem wyjątkiem. Przeciwnie – w większości zgodnie funkcjonujących konkubinatów tego typu świadczenia występują na porządku dziennym. W kategorii nienależnego świadczenia rozpatrywać należy bowiem dobrowolne dostarczenie środków utrzymania przez jednego konkubenta drugiemu. W większości wypadków tego typu świadczeń nie da się zakwalifikować jako darowizny, normowanej w art. 888 i następnym k.c. Cechą charakterystyczną darowizny jest bowiem zamiar przysporzenia na rzecz osoby obdarowanej, zwany również zamiarem szczodrobliwości. W stosunkach między konkubentami chodzi natomiast najczęściej o utrzymanie wspólnej rodziny. Rozróżnienie darowizny od nienależnego świadczenia może być nieraz kłopotliwe, a w postępowaniach sądowych między konkubentami – sporne. Aby przybliżyć problem, posłużymy się przykładami. Darowizną będzie z reguły przedmiot ofiarowany konkubentowi do jego osobistego użytku, jak np. biżuteria. Nienależnym świadczeniem będą najczęściej pieniądze wręczone przez jedno z konkubentów drugiemu na utrzymanie wspólnego gospodarstwa domowego. Nie towarzyszy mu zamiar przysporzenia, a zamiar utrzymania rodziny, w tym również często siebie samego. Z kwot wręczanych przez konkubenta drugi konkubent często utrzymuje wspólne mieszkanie, nabywa żywność i inne przedmioty użytku codziennego, reguluje rachunki itd. Konkubent spełniający takowe świadczenie nie może żądać jego zwrotu z przyczyn wymienionych

w art. 411 pkt 1 i 2 k.c.: po pierwsze dlatego, że wiedział, iż nie jest do niego zobowiązany, jako że żaden przepis prawa nie nakazuje mu tożenia na utrzymanie konkubenta i po drugie dlatego, że spełnienie świadczenia czyni zadość zasadom współżycia społecznego. Zasady te wymagają, aby wspierać osoby najbliższe, do których konkubent niewątpliwie należy¹⁵. Środki przekazywane na utrzymanie obojga konkubentów, jako nie podlegające reżimowi prawnemu darowizny, nie podlegają też obowiązkowi zwrotu w razie rażącej niewdzięczności konkubenta, co ma miejsce w wypadku obdarowanego¹⁶.

Kolejnym problemem, wobec którego należy zająć stanowisko, odnoszącym się zarówno do „zwykłego” bezpodstawnego wzbogacenia, jak i do nienależnego świadczenia, jest opowiedzenie się za jedną z koncepcji instytucji bezpodstawnego wzbogacenia: subsydiarności lub konkurencyjności.

Zasada subsydiarności polega na dopuszczeniu stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w wypadku, gdy niemożliwe jest dokonanie subsumpcji danego stosunku prawnego pod inny przepis niż przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu. Zasada konkurencyjności polega na daniu uprawnionemu prawa wyboru w sytuacji, w której dany stan faktyczny wypełnia znamiona zawarte zarówno w przepisach o bezpodstawnym wzbogaceniu, jak i w innych przepisach. W wypadku takim to uprawniony określałby, na jakiej podstawie chce dochodzić odszkodowania: na mocy przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, czy innych.

Dominująca w orzecznictwie i literaturze jest koncepcja subsydiarności i taka koncepcja przyjęta jest w niniejszej publikacji jako pozwalająca uniknąć nadużywania rzeczonyj instytucji oraz wymuszająca jej stosowanie w sytuacjach rzeczywistości spełniających przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia¹⁷. Przyjęcie tej koncepcji wynika z samej istoty bezpodstawnego wzbogacenia. Normy odnoszące się do tej instytucji służą wyrównaniu przesunięć majątkowych, które nie znajdują oparcia w procedurach uznawanych przez państwo za legitymizujące¹⁸. Oznacza to, że stosowane mogą być tylko wtedy, gdy istnienia takowych „procedur” nie sposób się doszukać, a więc subsydiarnie.

W myśl tejże koncepcji zastanawiając się, czy dane roszczenie spełnia przesłanki bezpodstawnego wzbogacenia, zawsze dokonać należy następującej operacji myślowej: najpierw trzeba rozważyć, czy możliwe jest poddanie danego stosunku prawnego innemu reżimowi prawnemu: najczęściej kontraktowemu lub deliktowemu. Dopiero w sytuacji, gdy nie ma innych przepisów prawa, pod które dokonać by można subsumpcji danego stanu faktycznego, zastosować można przepisy o bez-

¹⁵ O definicji osób bliskich i najbliższych – patrz: J. Haberko, tamże.

¹⁶ Patrz: art. 898 i następne k.c.

¹⁷ Szerokie omówienie obu koncepcji z teoretyczną podbudową – patrz: E. Łętowska, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 49–62. Autorka analizuje szczegółowo argumenty przemawiające za obiema koncepcjami, ostatecznie opowiadając się w sposób ostrożny za koncepcją subsydiarności.

¹⁸ Tak P. Księżak, tamże, s. 6. Autor ten, mimo cytowanego zdefiniowania zakresu stosowania norm o bezpodstawnym wzbogaceniu, opowiada się jednak ostrożnie za koncepcją konkurencyjności – tamże, s. 8.

podstawnym wzbogaceniu. Wyjątek stanowią tu przepisy ustanawiające w określonych sytuacjach wprost zasadę konkurencyjności, jak art. 414 k.c. stanowiący, że przepisy niniejszego tytułu (tj. o bezpodstawnym wzbogaceniu) nie uchybiają przepisom o obowiązku naprawienia szkody. Oznacza to, że w wypadku roszczenia z czynu niedozwolonego powód może wybrać podstawę prawną, w oparciu o którą go dochodzi między reżimem deliktowym a reżimem odpowiedzialności z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Nie oznacza to jednak możliwości konstruowania jednego roszczenia opartego na obu niepełnych podstawach jednocześnie treściowo obejmującego fragmentaryczne okoliczności dotyczące obu tych podstaw¹⁹.

Takie same zasady obowiązują w wypadku rozliczania byłych konkubentów na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W pierwszej kolejności należy rozważyć, czy możliwe jest ich rozliczenie przy pomocy jednej z metod opisanych wyżej, a dopiero w wypadku, gdyby żadna z tych opcji nie była odpowiednia, posłużyć można się artykułami 405 i następnymi k.c., stosując oczywiście wspomniane wyżej ustawowe wyjątki od tej zasady (np. art. 414 k.p.c.). Nie należy wykluczać również sytuacji złożonych, w których przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu użyte zostaną tylko do niektórych aspektów rozliczeń między konkubentami. Przykład stanowić może typowa życiowa sytuacja, w której w trakcie konkubinatu partnerzy dorobili się wspólnie nieruchomości, stanowiącej największy składnik ich majątku, będący przedmiotem ich współwłasności w częściach ułamkowych. Oprócz tego posiadają inne przedmioty majątkowe, świadczyli sobie wzajemnie usługi i mają jeszcze wiele innych, nie uregulowanych spraw majątkowych. Po ustaniu konkubinatu z reguły byli konkubenci znoszą współwłasność nieruchomości. Jeżeli zniesienie współwłasności ma miejsce w postępowaniu sądowym, zastosowanie znajduje art. 618 § 1 k.p.c., zgodnie z którym w postępowaniu o zniesienie współwłasności sąd rozstrzyga także spory o prawo żądania zniesienia współwłasności i o prawo własności, jak również wzajemne roszczenia współwłaścicieli z tytułu posiadania rzeczy. Przepis ten pozwala na szeroką kumulację roszczeń, ale tylko w ramach zniesienia współwłasności. Jeżeli roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia nie jest związane z nieruchomością, nie da się skumulować postępowania o zniesienie współwłasności z postępowaniem o wydanie przedmiotu bezpodstawnego wzbogacenia lub o zapłatę jego równowartości, w którym konkubenci dokonują pozostałych rozliczeń.

Poszczególne przypadki zbiegu przepisów

Rozważając bardziej szczegółowo kwestię ewentualnej konkurencyjności przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu z innymi przepisami należy ją zdecydowanie odrzucić w stosunku do rozliczeń między konkubentami na podstawie przepisów o współwłasności i jej znoszeniu. Współwłasność jest bowiem stanem,

¹⁹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 31 lipca 2007 r. w sprawie II CSK 358/06, LEX, Nr 567662.

z którego nie można wyjść bez jej zniesienia. Jeśli nawet powstanie ona przypadkowo, bez woli współwłaścicieli lub wbrew tej woli, to samo rozliczenie wzbogacenia jednej ze stron nie doprowadzi do likwidacji współwłasności. Pogląd ten prezentuje pośrednio Sąd Najwyższy uznając, że przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu mają zastosowanie w wypadku braku podstawy prawnej zwiększenia się majątku wzbogaconego kosztem zubożonego²⁰.

Nie może być mowy o konkurencyjności między roszczeniem windykacyjnym a rozliczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Z roszczeniem o wydanie rzeczy występują z reguły byli konkubenci przeciwko drugiemu konkubentowi w sytuacji, w której ten nie chce wydać określonych przedmiotów, roszcząc sobie do nich prawo. Podstawę rozliczeń z tytułu korzystania przez jedno z konkubentów z nieruchomości drugiego stanowić będzie art. 224–227 k.c.

Sąd Najwyższy wprost wyłącza stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do rozliczeń z tytułu nakładów poczynionych na rzecz²¹, co mieć będzie zastosowanie również w stosunkach konkubenckich.

Wyłączony jest również zbiąg roszczeń z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania²².

W dwojaki sposób zakwalifikować można natomiast pracę świadczoną osobiście przez jednego z konkubentów na rzecz drugiego – najczęściej przy prowadzeniu jego przedsiębiorstwa czy gospodarstwa rolnego. W sytuacji takiej rozważyć należy zawsze, czy stosunek istniejący w tym zakresie między konkubentami miał cechy stosunku pracy, wynikające z art. 22 § 1 Kodeksu pracy, a mianowicie czy obejmował wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz konkubenta i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie przez niego wyznaczonym. Jeśli wymienione elementy są w danej sytuacji przeważające, należy przyjąć, że jest on stosunkiem pracy. Nie wdając się w głębsze rozważania na ten temat wspomnieć należy również o tym, że możliwe jest przyjęcie, że konkubentów łączyła nie umowa o pracę, a umowa o charakterze cywilnoprawnym. W każdym wypadku, gdy zawarta przez strony umowa wykazuje cechy wspólne dla umowy o pracę i umowy prawa cywilnego z jednakowym ich nasileniem, rozstrzygająca o jej typie powinna być *in concreto* wola stron²³.

²⁰ Pogląd ten wyrażono w uzasadnieniu wyroku wymienionego w przypisie Nr 13. Podstawę wydania orzeczenia stanowił stan faktyczny, w którym osoba pozostająca w konkubinacie zrzekła się prawa do lokalu mieszkalnego typu lokatorskiego na rzecz innej osoby, co było z kolei warunkiem zamiany lokalu drugiego z konkubentów na większy. Konkubent zrzekający się swego prawa został więc zubożony, a drugi z konkubentów uzyskał przysporzenie. Przesunięcie pomiędzy majątkami stron pozbawione jest przy tym podstawy prawnej, gdyż, jak wskazał Sąd Najwyższy, strona pozwana nie wykazała, aby dokonana została na jej rzecz darowizna.

²¹ W uzasadnieniu uchwały z dnia 11 maja 1972 r. w sprawie III CZP 22/72, publ. w OSNCP 1972, Nr 12 poz. 213 oraz w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 marca 1986 r. w sprawie IV CR29/86, publ. w OSNCP 1987, Nr 2–3, poz. 44.

²² Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 maja 2009 r. w sprawie IV CSK 523/08, LEX Nr 523904.

²³ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 27 maja 2010 r. w sprawie II PK 354/09, LEX Nr 598002.

Dopiero w sytuacji, w której wzajemne stosunki konkubentów w części polegającej na świadczeniu osobistej pracy nie mogą być określone mianem stosunku pracy, np. z uwagi na nieregularność wykonywanych czynności czy brak podporządkowania o charakterze pracowniczym, a także gdy nie podlegają reżimowi prawnemu umowy cywilnoprawnej, zastosowanie znajdują wyłącznie przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu²⁴.

Rozważając możliwość zbiegu przepisów prawa pracy, przepisów o umowach cywilnych i o bezpodstawnym wzbogaceniu, wyjść należy od przyjętej w prawie polskim zasady szczególnej ochrony pracy, która znalazła miejsce nawet w Konstytucji²⁵. Wydaje się, że przyjęty system aksjologii prawa zabrania dokonywania wyboru w sprawach w oczywisty sposób mających charakter pracowniczy.

Zbieg przepisów wydaje się natomiast możliwy w wypadku umów cywilnoprawnych. Przepisy regulujące te umowy w większości mają charakter dyspozytywny, stąd też należy przyznać większą swobodę wyboru podstawy prawnej byłego konkubenta dochodzącego roszczeń na ich podstawie, w szczególności gdy chodzi o umowy nienazwane. Dlatego też prawidłowe wydaje się przyjęcie, że w sytuacji, w której stosunki między konkubentami polegają na świadczeniu pracy, przy czym nie można uznać ich za stosunek pracy w rozumieniu art. 22 § 1 k.p., możliwe jest natomiast uznanie ich za umowę prawa cywilnego, należy konkubentowi występującemu z roszczeniem o zapłatę za to świadczenie dać prawo wyboru między roszczeniem z zawartej w sposób dorozumiany umowy a roszczeniem z bezpodstawnego wzbogacenia. Sytuacja ma się inaczej w wypadku, gdy strony od początku umówiły się w określony sposób, a umowa ta miała miejsce „niezależnie” od istnienia stosunku konkubinatu, nie będąc formą pomocy świadczonej konkubentowi w stosunkach o charakterze faktycznie rodzinnym czy *quasi*-rodzinnym – np. łączy je stosunek zlecenia, wynikający z zawartej umowy. Wówczas spór o wynagrodzenie rozstrzygać należy na podstawie przepisów o zleceniu.

Na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu rozstrzygać można też spory o używanie cudzej rzeczy. Problematyka ta omówiona została w rozdziale XXX, traktującym o roszczeniu windykacyjnym i innych roszczeniach z nim związanych²⁶.

Skutek bezpodstawnego wzbogacenia

Skutkiem bezpodstawnego wzbogacenia jest, w myśl art. 405 k.c., obowiązek wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Zasadę tę rozszerza art. 406 k.c., zgodnie z którym obowiązek wydania korzyści

²⁴ Za zastosowaniem w takich sytuacjach przepisów prawa pracy opowiadają się E. Łętowska, tamże, s. 71–72 i A. Szlęzak, *Stosunki majątkowe między konkubentami*, Wyd. Naukowe UAM, Poznań 1992, s. 82–84.

²⁵ Zgodnie z art. 254 Konstytucji RP praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy.

²⁶ E. Łętowska, tamże, s. 27, 66–70, o roszczeniu posesoryjnym – s. 71, 81, w szczególności orzecznictwo powołane w przypisie.

obejmuje nie tylko korzyść bezpośrednio uzyskaną, lecz także wszystko, co w razie zbycia, utraty lub uszkodzenia zostało uzyskane w zamian tej korzyści albo jako naprawienie szkody (tzw. zasada surogacji realnej). Art. 407 k.c. reguluje sytuację, w której ten, kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, rozporządził korzyścią na rzecz osoby trzeciej bezpłatnie. Rezultatem takiego działania jest przejście obowiązku wydania korzyści na tę osobę trzecią²⁷. Specyfiką art. 407 k.c. jest to, że znajduje on zastosowanie nie tylko we wzajemnych rozliczeniach między konkubentami czy też byłymi konkubentami, ale ze względów praktycznych – w stosunkach między konkubentami a osobami trzecimi. Często praktyką jest przenoszenie majątku przez jednego konkubenta na drugiego celem uniemożliwienia zaspokojenia wierzycieli. Cytowany przepis daje możliwość podjęcia przez poszkodowanego wierzyciela akcji wydobywczej przeciwko osobie trzeciej, którą często jest konkubent.

Problematyka zwrotu nakładów na przedmiot bezpodstawnego wzbogacenia, regulowana przez art. 408 k.c., nie wykazuje cech szczególnych w sprawach z udziałem byłych konkubentów, dlatego nie będzie szerzej omawiane w niniejszym opracowaniu²⁸. Uwagi tej nie można odnieść natomiast do art. 409 k.c., zgodnie z którym obowiązek wydania korzyści lub zwrotu jej wartości wygasa, jeżeli ten, kto korzyść uzyskał, zużył ją lub utracił w taki sposób, że nie jest już wzbogacony, chyba że wyzbywając się korzyści lub używając ją powinien był liczyć się z obowiązkiem zwrotu. Przepis ten zawiera tzw. zasadę aktualności wzbogacenia. W stosunkach konkubenckich jej zastosowanie oznacza tyle, że jedno z konkubentów (najczęściej byłych) może co do zasady domagać się rozliczenia z drugim na podstawie tychże przepisów wtedy, gdy wzbogacenie jeszcze istnieje.

Specyfiką konkubinatów jest bowiem występujący najczęściej stały przepływ składników majątkowych i środków pieniężnych między majątkiem jednego i drugiego z nich oraz sukcesywne używanie ich na potrzeby faktycznie założonej rodziny. Póki konkubinatu funkcjonuje prawidłowo, za naturalne uznać należy, że brak istnienia wzbogacenia, spowodowany zużyciem lub utraceniem korzyści, nie powoduje obowiązku zwrotu jego przedmiotu lub równowartości. Z drugiej strony całkowicie jasne jest, że od momentu ustania konkubinatu prawie każde wzbogacenie kosztem byłego konkubenta skutkować będzie obowiązkiem jego zwrotu lub zapłaty równowartości, a to z uwagi na to, że były kon-

²⁷ Szerokie omówienie problematyki art. 406 i 407 k.c. zawierają pozycje: E. Łętowska, tamże, s. 63 i n.

²⁸ „Art. 408 § 1. Zobowiązany do wydania korzyści może żądać zwrotu nakładów koniecznych o tyle, o ile nie znalazły pokrycia w użytku, który z nich osiągnął. Zwrotu innych nakładów może żądać o tyle, o ile zwiększają wartość korzyści w chwili jej wydania; może jednak zabrać te nakłady, przywracając stan poprzedni. § 2. Kto czyniąc nakłady wiedział, że korzyść mu się nie należy, ten może żądać zwrotu nakładów tylko o tyle, o ile zwiększają wartość korzyści w chwili jej wydania. § 3. Jeżeli żądający wydania korzyści jest zobowiązany do zwrotu nakładów, sąd może zamiast wydania korzyści w naturze nakazać zwrot jej wartości w pieniądzu z odliczeniem wartości nakładów, które żądający byłby obowiązany zwrócić.”

kubent co do zasady powinien liczyć się z obowiązkiem zwrotu wzbogacenia²⁹. Nie prowadząc wspólnego pożycia z drugą osobą nie może bowiem liczyć, że osoba ta będzie go wspierać.

O ile te dwie sytuacje są stosunkowo oczywiste, o tyle problemy pojawić mogą się w sytuacji konkubinatu istniejącego, ale znajdującego się na skraju rozkładu, kiedy to konkubenci przestają sobie ufać i stopniowo zaczynają oddzielne prowadzenie swoich spraw majątkowych i życiowych w tych obszarach, w których do tej pory czynili to wspólnie. Niestety, nie da się przedstawić żadnej gotowej recepty na rozwiązanie tego problemu, który musi każdorazowo być rozwiązywany przez praktykę *ad casu*, w zależności od danego układu stosunków prawnych i faktycznych.

Rozpatrując problematykę zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia zwrócić należy uwagę na sytuację, w której korzyść polegała na wyłącznym korzystaniu przez jedno z nich z przedmiotu wspólnego. W takiej sytuacji korzyść polegająca na nieodpłatnym używaniu pewnej rzeczy i zaoszczędzeniu w ten sposób wydatków nie może zostać zbyta, zużyta ani utracona, a jej stan nie może się zmienić w czasie następującym po uzyskaniu tej korzyści. Wobec tego, za jedyne miarodajny dla określenia zakresu i wartości tej korzyści moment czasowy należy uznać moment uzyskania omawianej korzyści majątkowej, tj. okres korzystania przez współwłaściciela z rzeczy wspólnej. Innymi słowy, o wartości uzyskanej przez współwłaściciela w ten sposób korzyści przesądza wysokość czynszu rynkowego możliwego do uzyskania w okresie, w którym współwłaściciel używał rzeczy wspólnej (lub jej części) z wyłączeniem pozostałych współwłaścicieli. Jak się wydaje, tego rodzaju zobowiązanie współwłaściciela jest od chwili swojego powstania zobowiązaniem pieniężnym i nie może zostać wykonane w inny sposób niż przez zapłatę określonej sumy pieniężnej³⁰.

Przykłady zastosowania lub niemożności zastosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu w praktyce rozliczania byłych konkubentów

Należy przyjąć, że na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu nie można żądać zapłaty za zamieszkiwanie przez jednego konkubenta w lokum drugiego w trakcie trwania konkubinatu. Nie następuje bowiem w tym wypadku żadne przesunięcie majątkowe. Z tego powodu sytuację taką należy rozpatrywać raczej na gruncie posiadania (art. 222–230 k.c.).

W wypadku, w którym zajmowane mieszkanie czy budynek jest przedmiotem współwłasności konkubentów uznać należy, iż koszty jego utrzymania, remontów

²⁹ Jako przykład podać można sytuację, w której były konkubent posiada gospodarstwo rolne, które prowadzi wspólnie z drugim konkubentem, a po ustaniu konkubinatu dokonuje zbiorów, korzystając wyłącznie z efektów wspólnej pracy. Przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu znajdują w tym wypadku zastosowanie tylko subsydiarnie, a mianowicie w sytuacji, w której nie ma podstaw do uznania, że konkubentów łączył stosunek pracy i do żądania wynagrodzenia za pracę.

³⁰ Tak A. Borowicz, *Wzajemne roszczenia współwłaścicieli o wynagrodzenie za korzystanie z rzeczy wspólnej*, PS 2011, Nr 6, s. 64–76.

i inne wydatki eksploatacyjne rozpatrywać należy jako nakłady na przedmiot współwłasności, które można rozliczyć na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, zgodnie z przyjętą wyżej koncepcją subsydiarności³¹.

Przytoczyć można wiele przykładów nienależnych świadczeń, które nie podlegają co do zasady zwrotowi, a to z uwagi na to, że spełnienie świadczenia czyni zadość z zasadom współżycia społecznego (art. 411 pkt 2 k.p.c.):

- 1) koszty leczenia jednego z konkubentów;
- 2) opieka nad chorym lub niedołęznym konkubentem;
- 3) koszty kształcenia jednego z konkubentów;
- 4) koszty bieżącego utrzymania gospodarstwa domowego;
- 5) koszty utrzymania drugiego konkubenta³²;
- 6) osobiste starania o gospodarstwo domowe.

Od powyżej opisanej reguły istnieją jednakże wyjątki. Jako przykład takiej wyjątkowej sytuacji wskazać można osobiste starania o bieżące utrzymanie gospodarstwa domowego, które jest wyjątkowo duże i w związku z tym wymaga ponadprzeciętnych nakładów pracy³³.

W większości podanych wyżej jako przykłady sytuacji uznać można, że świadczenie nie czyni zadość zasadom współżycia społecznego z powodu rażąco nielojalnego zachowania partnera. Nie sposób bowiem przyjąć, że świadczenie jest zgodne z zasadami współżycia społecznego w sytuacji, gdy doszło już do faktycznego zerwania konkubinatu, a świadczeniodawca pozostawał w błędzie co do tego faktu i utrzymywał w dalszym ciągu swojego partnera³⁴.

³¹ Tak A. Borowicz, tamże.

³² Przykładem świadczeń alimentacyjnych na rzecz osoby, wobec której świadczeniodawca nie jest zobowiązany, posługuje się A. Ohanowicz, *Wybór prac*, C. H. Beck, Warszawa 2007; tenże, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Wrocław 1981, s. 1042.

³³ Jako przykład z orzecznictwa podać można konkubinę, która zajmowała się przez lata wyłącznie domem, który miał 900 m² powierzchni, a ponadto opieką nad chorą matką konkubenta. Rozpatrujący powództwo o ustalenie stosunku pracy i zapłatę wynagrodzenia sąd pracy uwzględnił je w całości.

³⁴ W danym stanie faktycznym konkubent przebywający za granicą utrzymywał partnerkę przebywającą w Polsce, która w tym czasie nawiązała konkubinatu z innym mężczyzną, z którym wspólnie zamieszkała, nie informując o tym dotychczasowego konkubenta i korzystając wciąż z jego pomocy.

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Współpraca międzynarodowa sądów

Magdalena Arczewska

Sądownictwo rodzinne w ujęciu porównawczym

Wprowadzenie

Z dniem 1 stycznia 2013 r. zlikwidowanych zostanie 79 sądów rejonowych w Polsce, co stanowi blisko jedną czwartą wszystkich sądów rejonowych w kraju. Likwidowane sądy zostaną przekształcone w wydziały zamiejscowe, a Ministerstwo Sprawiedliwości zapewnia, że reforma przyniesie korzyści ekonomiczne, ale przede wszystkim, że w jej wyniku znacznie skróci się okres oczekiwania na rozpoznanie sprawy¹. Niemniej jednak, reforma budzi liczne kontrowersje i zastrzeżenia, m.in. Krajowej Rady Sądownictwa, Rzecznika Praw Obywatelskich, i co nie może dziwić – środowisk sędziowskich i reprezentujących ich stowarzyszeń².

Dla tej grupy przedstawicieli szczególnego zawodu zaufania publicznego to kolejna duża zmiana. W ubiegłym roku Sejm uchwalił bowiem nowelizację ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych i niektórych innych ustaw. Zgodnie z nią, w sądach rejonowych i okręgowych istnieją wydziały cywilne i karne. Fakultatywny charakter ma jednak utworzenie w tych sądach wydziałów rodzinnych i nieletnich, pracy i ubezpieczeń społecznych, gospodarczych oraz ksiąg wieczystych³. W opinii wielu ekspertów i samych sędziów, przyjęty kierunek reform obniża rengę zawodu sędziowskiego i godzi w stabilizację pracy sądów. Wprowadzane i projektowane reformy budzą szczególny niepokój sędziów rodzinnych, których praca w systemie sądownictwa powszechnego jest od wielu lat deprecjonowana, a w opinii sędziów rodzinnych działania Ministerstwa Sprawiedliwości

¹ Projekt rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie zniesienia niektórych sądów rejonowych, utworzenia wydziałów zamiejscowych w niektórych sądach rejonowych oraz zmiany rozporządzenia w sprawie sądów apelacyjnych, sądów okręgowych i sądów rejonowych oraz ustalenia ich siedzib i obszarów właściwości, dokument dostępny pod adresem: <http://static.presspublica.pl/red/rp/pdf/prawo/rozporzadzenie%20MS%20w%20sprawie%20sadow.pdf>.

² „Likwidacja sądów rejonowych zmniejszona o 20 procent” [w:] Gazeta Prawna z dnia 8 czerwca 2012 r., artykuł dostępny pod adresem: http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/623492,likwidacja_sadow_rejonowych_zmniejszona_o_20_procent.html.

³ Ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 203, poz. 1192).

doprowadzą do obniżenia kwalifikacji orzekających sędziów, a nawet do likwidacji pionu rodzinnego⁴.

Dlatego też warto zwrócić uwagę na długi i bardzo trudny proces zakorzenienia się koncepcji sądów rodzinnych w systemach różnych krajów oraz na niektóre rozwiązania organizacyjne dotyczące pracy sądów rodzinnych i nieletnich, które funkcjonują na świecie. Analiza porównawcza zawarta w tekście uwzględnia systemy Austrii, Belgii, Francji, Włoch, Portugalii, Wielkiej Brytanii, Szwajcarii oraz Argentyny.

Rys historyczny⁵

Należy podkreślić, że idea sądownictwa rodzinnego wyrosła na gruncie północnoamerykańskim w związku z rozwojem sądownictwa dla nieletnich. W 1899 r. w Chicago doszło do powołania specjalnego sądu do spraw młodzieży. Jego utworzenie było odpowiedzią na wzrost przestępczości wśród nieletnich, który odnotowano w Stanach Zjednoczonych pod koniec XIX wieku. Funkcjonowanie tego sądu dowiodło, że instytucje prawne mogą z pomocą dorobku nauk społecznych skutecznie rozwiązywać zaistniałe problemy dotyczące nieletnich. Pozytywne doświadczenia w tym zakresie doprowadziły do zastosowania specyficznych metod postępowania w stosunku do kwestii wynikających z funkcjonowania rodziny. Pierwszy sąd rodzinny powstał w 1914 r. w Cincinnati w stanie Ohio, dzięki osobistym staraniom sędziego Charlesa W. Hoffmana, który następnie objął funkcję prezesa tegoż sądu. W 1916 r. sądy rodzinne powstały w kolejnych miastach stanu Ohio: Acron, Toledo oraz Youngstown, a w 1922 r. we wszystkich okręgach sądowych stanu Wirginia⁶.

Krajem, w którym najszybciej doszło do implementowania idei sądownictwa rodzinnego pod wpływem doświadczeń amerykańskich była Japonia. Celem działania tamtejszych sądów rodzinnych miało być przede wszystkim łagodzenie konfliktów i sporów rodzinnych oraz wzmożenie ochrony nieletnich. Sądy specjalizujące się w rozpatrywaniu spraw rodzinnych oraz kwestii dotyczących młodzieży, zaczęły stopniowo powstawać na całym świecie – bądź jako sądy szczególne⁷, bądź jako osobne wydziały sądów powszechnych⁸.

⁴ Por.: *Uchwała XII Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce, Zakopane 17 czerwca 2010 r.*, dokument dostępny pod adresem: <http://www.mwreklama.i365.pl/SSSRWP/aktualnosci.html>; *Skarga konstytucyjna Krajowej Rady Sądownictwa w sprawie nowelizacji prawa o ustroju sądów powszechnych z dnia 23 stycznia 2012 r.*, dokument dostępny pod adresem: <http://www.iustitia.pl/content/view/802/257/>.

⁵ Por.: M. Arczewska, *Spoleczne role sędziów rodzinnych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009.

⁶ Istotną rolę w rozpowszechnianiu idei sądownictwa rodzinnego odegrały Stowarzyszenie Probacji i Warunkowego Zwolnienia (*National Probation and Parole Association*), Narodowa Rada Zbrodni i Przestępczości (*National Council on Crime and Delinquency*), Narodowa Rada Sędziów dla Nieletnich (*National Council of Juvenile Court Judges*) oraz Biuro do Spraw Dzieci (*U.S. Children Bureau*).

⁷ Austria, Japonia, Meksyk.

⁸ Brazylia, Niemcy, Grecja, Austria, Hiszpania, USA.

Idea powoływania sądów rodzinnych nie spotykała się wyłącznie z aprobatą. Początkowo odrzuciły ją systemy prawne Francji (1947 r.), Anglii (1956 r.) oraz Niemcy (1961 r.). Jedną z zasadniczych obaw przed powszechnym przyjęciem tej koncepcji było zdominowanie pracy tych sądów przez najliczniejsze sprawy o rozwód i alimenty⁹. Poza tym nie można było mówić o ich jednolitej właściwości, ani w skali międzynarodowej ani nawet w obrębie prawodawstwa narodowego. Jak zatem funkcjonują te sądy obecnie – czy idea tworzenia instytucji wyspecjalizowanych w sprawach dzieci jest w świecie ceniona?

Instytucje prawne wyspecjalizowane w sprawach dotyczących dzieci i rodziny w ujęciu porównawczym¹⁰

Austria

W Austrii już w 1908 r. utworzono odrębne sądy dla nieletnich, ale co ciekawe akty prawne, które regulowały postępowanie przed tymi sądami powstały dużo później – dopiero w 1919 r. Cechą charakterystyczną systemu funkcjonującego w Austrii jest rozdzielenie kompetencji w sprawach rodzinnych i nieletnich – kompetencje sędziów ds. nieletnich dotyczą wyłącznie prawa karnego, natomiast sędziowie rodzinni zajmują się kwestiami prawa cywilnego. Każda z tych instytucji kieruje się zatem własnymi procedurami. W postępowaniu cywilnym obecność adwokata nie jest konieczna, a dziecko jest reprezentowane przez przedstawiciela służb ochrony dziecka. Wyspecjalizowani sędziowie orzekają w sprawach dotyczących nieletnich (14–18 lat) i w sprawach dotyczących młodych dorosłych (18–21 lat). Z kolei w sprawach rodzinnych orzekają łącznie sędziowie zawodowi i pomocniczy.

Trzeba podkreślić, że procedury w zakresie postępowania w sprawach rodzinnych i nieletnich obowiązujące w Austrii są od lat niezienne i nie ma planów ich reformowania. Wypada zauważyć, iż w sprawach z zakresu prawa rodzinnego, występują cztery konkretne grupy okoliczności: wyznaczenie tymczasowej alimentacji dla rozwiedzionego małżonka, wyznaczenie tymczasowej alimentacji dla dziecka, nakazy tymczasowe mające na celu zapobieganie przemocy w rodzinie oraz w przypadku porozumienia tymczasowego, wykorzystanie lub zabezpieczenie w odniesieniu do dostępnego majątku lub oszczędności małżeńskich.

Oprócz innych szczególnych uzgodnień dotyczących prawa rodzinnego, szczególnie ważną wagę przywiązuje się do nakazów tymczasowych, mających na celu zapobieganie przemocy w rodzinie. Od wejścia w życie ustawy o zapobieganiu przemo-

⁹ Por.: J. Bafia, „Sądy rodzinne – pierwsze pytania i wątpliwości” [w:] „Gazeta Prawnicza” 1978, Nr 4.

¹⁰ Rozdział dotyczący porównawczych aspektów funkcjonowania sądów rodzinnych i dla nieletnich na świecie powstał m.in. w oparciu o materiały udostępnione dzięki uprzejmości sędziego Josepha Moyersoena, Przewodniczącego Międzynarodowego Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych i Nieletnich: *Le juge d'enfants en Europe. Une analyse comparative avec Beate Matschnig (Autriche), Francine Biron (Belgique), Anne Tardy (France), Joseph Moyersoén (Italie), Armando Leandro (Portugal), Avril Calder (Royaume-Uni), Michel Lachat (Suisse) et Maria Amanda Fontemachi (Argentine)*, tłumaczenie na język polski: Agnieszka Woroniecka-Balogue.

cy w dniu 1 maja 1997 r., w Austrii funkcjonuje bardzo skuteczny system zapobiegania przemocy w rodzinie, umożliwiający wykluczenie z rodziny agresywnego członka oraz zakazanie mu powrotu. W szczególności system promuje bliską współpracę pomiędzy policją, sądami rodzinnymi, organem pośredniczącym w sprawach zapobiegania przemocy w rodzinie oraz – w przypadku, gdy w sprawę zamieszane są osoby małoletnie, służbami opieki społecznej nad młodzieżą¹¹.

Kluczowe znaczenie w rozwiązywaniu spraw z zakresu prawa rodzinnego w Austrii ma mediacja. Szczegółowe regulacje w tym zakresie zawiera ustawa o mediacji cywilnej. W znaczeniu tej ustawy o mediacji można mówić jedynie, jeżeli mediator jest wykwalifikowanym specjalistą stosującym uznane metody. Prawo zobowiązuje mediatora do bezstronnego zachowania a struktura postępowania w mediacji jest z reguły określana przez strony sporu. Treść negocjacji mediacyjnych jest objęta tajemnicą zgodnie z art. 320 ust. 4 Kodeksu postępowania cywilnego (ZPO). W sporach rodzinnych dofinansowanie na pokrycie kosztów mediacji może być przyznane przez federalnego ministra zdrowia, rodziny i młodzieży, w zależności od dochodów rodziny.

Belgia

W systemie belgijskim co do zasady sprawami rodzinnymi i nieletnich zajmuje się Trybunał ds. Młodzieży, będący częścią Trybunału Pierwszej Instancji. System ten opiera się na jednoosobowej instytucji sędziego, któremu nie towarzyszą sędziowie pomocniczy. Trybunał ma kompetencje w zakresie rozstrzygania sporów w dziedzinie prawa cywilnego: sprawowania władzy rodzicielskiej i kwestii miejsca zamieszkania dzieci oraz w zakresie ochrony nieletnich. Kompetencje cywilne Trybunału ds. Młodzieży są kompetencjami specjalnymi, co oznacza, że sędzia ds. młodzieży może decydować w sprawach nieleżących w zakresie jego kompetencji, np. decydować o wysokości alimentów, o czym zwykle decyduje inny sędzia. W praktyce, kompetencje sekcji cywilnej Trybunału ds. Młodzieży nakładają się często na kompetencje sędziego pokoju (orzekającego w zakresie alimentów i separacji czasowych) lub zwykłego sędziego cywilnego (kompetentnego w sprawach rozwodowych).

Wypada podkreślić, iż w każdym przypadku Trybunał ds. Młodzieży może na wniosek rodziców lub Prokuratora Królewskiego nakazać wprowadzenie odpowiednich modyfikacji w zakresie sprawowania władzy rodzicielskiej. Sędzia ds. młodzieży jest również uprawniony do orzekania w sprawach adopcji oraz udziela zgody na ślub przed 18 rokiem życia. Co istotne, od dnia 1 października 2007 r. Trybunał ds. Młodzieży ma kompetencje sądenia osób, które w chwili popełnienia przestępstwa miały więcej niż 16 lat, jednak kara przewidziana normalnym trybem wydaje się nieadekwatna. Procedura ta nosi nazwę „zniesienia odpowiedzialności”.

¹¹ Zarządzenia tymczasowe i zabezpieczenie roszczeń w sprawach rodzinnych w Austrii, informacje zamieszczone na stronie Europejskiej Sieci Sądowniczej w sprawach cywilnych i handlowych, http://ec.europa.eu/civiljustice/interim_measures/interim_measures_aus_pl.htm.

Francja

We Francji ten sam sędzia orzeka w zakresie spraw cywilnych i karnych, a połączenie tych funkcji pozwala na wypracowanie ogólnej wizji dotyczącej sytuacji nieletniego. Chroni to także przed powielaniem procedur w różnych sądach. Koherencja decyzji jest najważniejszą misją sędziego. Sędzia ds. dzieci jest sędzią zawodowym i orzeka w strukturach Trybunału Pierwszej Instancji. Sędzia ds. dzieci jest wspierany przez dwóch asesorów niezawodowych. Asesorzy są wybierani z uwzględnieniem ich doświadczenia i zaangażowania w sprawy nieletnich będących w trudnym położeniu, przy czym ich doświadczenie nie musi mieć charakteru zawodowego.

Działając w zakresie prawa karnego, sędzia ds. dzieci jest uprawniony do orzekania w sprawach przestępstw popełnionych przez osoby poniżej 18 roku życia. Prawo nie określa dolnej granicy wieku. Sędzia powinien jednak zawsze kierować się interesem nieletniego podsądnego. W sprawach cywilnych, na podstawie art. 375 Kodeksu cywilnego, sędzia ds. dzieci działa w zakresie ochrony dzieci. W zakresie prawa cywilnego, w sprawach pilnych, sędzia ds. dzieci jest zobowiązany do rozpatrzenia sprawy rodzinnej w terminie 15 dni.

Warto podkreślić, iż sędzia ds. dzieci orzeka w rejonie zamieszkania dziecka. Na przykład, w Paryżu, sędziowie ds. dzieci orzekają w jednej lub kilku dzielnicach, w zależności od sprawy. Na prowincji, we właściwości miejscowej sędziów znajduje się część departamentu lub całe miasto. Podział ten pozwala na dobre poznanie terenu działania. Sędzia pracuje w porozumieniu z zespołami edukacyjnymi, komisariatami policji, urzędami oraz ze stowarzyszeniami działającymi na danym terenie. Pomędzy instytucjami edukacyjnymi, zdrowotnymi i socjalnymi funkcjonuje rodzaj partnerskiego układu, w którym wszyscy pracują dla dobra podsądnego nieletniego.

Włochy

We Włoszech kompetencje Trybunału ds. Nieletnich dotyczą prawa cywilnego w zakresie adopcji, zagrożonego dzieciństwa, młodzieży niedostosowanej społecznie¹², separacji par nie będących w związkach małżeńskich a posiadających dzieci, nieletnich poniżej 14 roku życia zatrzymanych za udział w przestępstwie lub popełniających wykroczenie oraz prawa karnego w odniesieniu do nieletnich pomiędzy 14 a 18 rokiem życia zatrzymanych za udział w przestępstwie lub dopuszczających się wykroczenia. Trybunał ds. Nieletnich monitoruje ponadto egzekucje sankcji prawnych.

Z kolei wydział ds. rozwodów i separacji w sądzie powszechnym (Trybunale Pierwszej Instancji) funkcjonuje jako wyodrębniona jednostka jedynie przy największych sądach powszechnych i zajmuje się wyłącznie parami małżeńskimi posiadającymi lub nieposiadającymi dzieci. Wydział kuratorialny sądu powszechnego funkcjonuje tylko przy największych sądach powszechnych i zajmuje się wyłącznie sprawami związanymi z kuratelą.

¹² W świetle przepisów dotyczy to również młodych dorosłych w wieku 18–21 lat.

Trybunał ds. Nieletnich składa się z sędziów zawodowych i sędziów honorowych, a więc osób mających kompetencje w zakresie problemów dzieciństwa i adolescencji (np. psychologzy, psychiatry dziecięcy, kryminolodzy, pracownicy socjalni). Trybunał orzeka w składzie 4-osobowym (dwóch sędziów zawodowych i dwóch honorowych) we wszystkich sprawach poza fazą śledztwa karnego (jeden sędzia zawodowy) i fazą przesłuchania wstępnego (pierwsze przesłuchanie prowadzi jeden sędzia zawodowy i dwóch sędziów honorowych). Sędziowie honorowi mają dostęp do wszystkich materiałów dotyczących danej sprawy. Ten „mieszany” skład orzekający funkcjonuje również na poziomie Sądu Apelacyjnego rozpatrującego wszelkie sprawy karne i cywilne dotyczące nieletnich i rodziny. Wydział separacji i rozwodów sądu powszechnego prowadzony jest wyłącznie przez sędziów zawodowych.

Sprawy cywilne toczące się przed Trybunałem ds. Nieletnich są dwojakiego rodzaju. Otóż mogą one dotyczyć dzieci ze związków małżeńskich w trakcie rozwodu – wówczas stosowana jest klasyczna procedura. Wszystko co dotyczy natomiast bezpośrednio dziecka (dziecko w niebezpieczeństwie, nieletni zagrożony patologią lub sprawiający problemy wychowawcze) jest regulowane za pomocą specjalnej procedury, która ma na celu jak najszybsze załatwienie sprawy. W sprawach karnych, procedura jest wyszczególniona w ustawie DPR 448/1998¹³. We wszystkich przypadkach nieprzewidzianych, stosuje się procedurę dotyczącą dorosłych.

Portugalia

W Portugalii funkcjonuje 17 sądów wyspecjalizowanych w sprawach rodziny i nieletnich. Tam, gdzie ich nie ma, sprawy te toczą się przed sądem powszechnym, który zwołuje się wówczas jako Sąd ds. Rodziny i Nieletnich. Sąd ten jest właściwy we wszystkich sprawach cywilnych (wskazanie opiekuna, ustanowienie kurateli, adopcja, alimenty, regulacja odpowiedzialności rodzicielskiej, ograniczenie lub pozbawienie władzy rodzicielskiej). W Portugalii nie działa wyspecjalizowana instytucja z zakresu procedury karnej dla nieletnich powyżej 16 roku życia – sprawy w tym zakresie rozpoznaje zwykły sąd karny. Do 16 roku życia nieletni nie są sądeni karnie. Nie istnieje również żaden trybunał zajmujący się wyłącznie sprawami dotyczącymi przestępstw popełnionych na dzieciach.

Zasadniczo sprawy są rozpatrywane przez sędziego zawodowego, choć procedura przewiduje odstępstwo od tej reguły w sytuacji niebezpieczeństwa dla dziecka lub nastolatka do 18 roku życia. Wówczas zwołuje się sąd złożony z jednego sędziego zawodowego i dwóch sędziów społecznych wybranych przez urząd miejski. Ponadto istnieje możliwość powołania dwóch sędziów społecznych pomocniczych dla sędziego zawodowego w czasie przesłuchań i w celu zasądzenia środka zapobiegawczego w postaci kurateli. Sędziowie społeczni mają wówczas prawo decydowania na równi z sędzią zawodowym.

¹³ [Http://www.camera.it/parlam/leggi/98448l.htm](http://www.camera.it/parlam/leggi/98448l.htm).

Trzeba podkreślić, że prawo dotyczące ochrony dzieci i młodzieży w sytuacji zagrożenia zostało skonstruowane tak, aby umożliwić interwencję na jak najniższym poziomie formalizacji. Na najniższym poziomie funkcjonują wszelkie jednostki kompetentne w zakresie ochrony dziecka, następnie specjalne komisje ochrony praw dziecka działające na poziomie lokalnym. Komisje te mają specjalne uprawnienia i mogą, tak jak sądy, proponować rozwiązanie sytuacji, o ile rodzice dziecka wyrażają na to zgodę i samo dziecko nie wyraża sprzeciwu. Na najwyższym poziomie działa sąd.

Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii działają wyspecjalizowane sądy ds. młodzieży i wyspecjalizowane sądy ds. rodziny, a pomiędzy procedurą karną i cywilną nie ma powiązań. Zgodnie z brytyjskim prawem, wszystkie dzieci (10–13 lat) i młodzież (14–17 lat) oskarżone o przestępstwo są doprowadzane przed Sąd ds. Młodzieży (*Youth Court*) jeśli inne kroki w tym zakresie nie zostały podjęte. Przestępstwa zagrożone karą powyżej dwóch lat więzienia są sądzone przez Sąd Koronny (sędziego koronnego i ławę przysięgłych). Sędziowie Sądu Koronnego nie są specjalistami, ale mają doświadczenie pracy w Sądach ds. Młodzieży.

Z kolei system Sądów ds. Rodziny (*Family Courts*) to system wyspecjalizowanych sądów przypisanych do sądów poszczególnych hrabstw, podporządkowanych Departamentowi ds. Rodziny w Sądzie Najwyższym (*High Court*). Rozpatrywane są tam wszelkie sprawy związane z ochroną rodziny i dziecka wnoszone z urzędu. Sprawy z oskarżenia prywatnego mogą być rozpatrywane przez jakikolwiek sąd, choć sprawy rozwodowe nie wchodzą w zakres kompetencji sądów rodzinnych.

Sędziowie rodzinni funkcjonują jedynie na pierwszym poziomie sądów w sądach rodzinnych i sądach ds. młodzieży. Sędziowie ci są wybierani spośród sędziów obradujących w sprawach dotyczących dorosłych (po wykazaniu kompetencji w tym sądzie mogą orzekać w sprawach nieletnich). Sędziowie orzekający w tych sądach to sędziowie wyspecjalizowani, którzy muszą wykazać się dodatkowymi kompetencjami. Sędziowie honorowi są powoływani ze społeczności i przechodzą rygorystyczne procedury selekcji. Jest to funkcja nieodpłatna (wyjątek stanowi Irlandia Północna), a opłacane są jedynie poniesione wydatki.

Szwajcaria

System obowiązujący w Szwajcarii przewiduje rozdzielenie procedury karnej i cywilnej. Obecnie w 25 z 26 kantonów szwajcarskich¹⁴ funkcjonują wyspecjalizowane jednostki prawne orzekające wyłącznie w sprawach karnych: sąd ds. nieletnich, izba karna dla nieletnich oraz Trybunał ds. Młodzieży. Od dnia 1 stycznia 2007 r. w Szwajcarii obowiązują owe przepisy regulujące postępowanie w spra-

¹⁴ Wyjątek stanowi kanton Neuchâtel.

wach nieletnich – prawo federalne regulujące warunki penalizacji nieletnich, które dywersyfikuje postępowanie w sprawach nieletnich od postępowania wobec osób dorosłych oraz zawiera katalog kar i środków karnych stosowanych wobec nieletnich w wieku 10–18 lat. Mocną stroną nowej procedury jest szybkość postępowania – w odniesieniu do około 90% spraw orzeczenie wydawane jest w terminie dwóch miesięcy. Z drugiej jednak strony eksperci podkreślają, że zreformowana procedura jest bardzo sformalizowana, co utrudnia sędziemu swobodną interpretację.

W Szwajcarii, większość postępowań karnych wszczynanych z urzędu rozpatrywanych jest przez sędziego zawodowego. W skład sądu wchodzi oprócz niego także dwóch asesorów (sędziów niezawodowych, ale zajmujących się zawodowo problematyką dotyczącą dzieci i młodzieży, w tym pedagogów, psychologów, pracowników socjalnych).

Sprawy z zakresu prawa cywilnego, w tym na przykład przemocy, absencji szkolnej czy zachowań dewiacyjnych, niedające podstaw do interwencji karnej, rozpatrywane są przez sędziów pokoju. Obecnie dąży się do tego, aby wszyscy sędziowie pokoju byli sędziami zawodowymi, co w opinii ekspertów w znacznym stopniu wpływa na jakość wydawanych orzeczeń w kantonach, w których wprowadzono taki wymóg, na przykład we Fryburgu.

Sędzia pokoju stosuje środki mające na celu ochronę dobra dziecka, jeśli jest ono zagrożone, a rodzice nie są w stanie samodzielnie sprostać obowiązkowi wynikającym z pieczy rodzicielskiej. Wszystkie sytuacje noszące znamiona naruszenia dobra dziecka powinny być zgłaszane przez funkcjonariuszy policji, pracowników socjalnych czy pedagogów. Sędzia pokoju na etapie przygotowawczym zwykle zwraca się o pomoc do Służby ds. dzieci i młodzieży. W sytuacjach nagłych może on nakazać zastosowanie środka mającego na celu ochronę interesu dziecka, na przykład nałożyć nadzór kuratora w zakresie realizowania obowiązku szkolnego, ograniczyć władzę rodzicielską. Jeśli środki te są niewystarczające, Trybunał Pokoju, złożony z jednego sędziego zawodowego i dwóch asesorów niezawodowych może orzec o pozbawieniu władzy rodzicielskiej i ustanowieniu kuratora.

Argentyna

W Argentynie będącej krajem federacyjnym, w każdej z 23 prowincji obowiązują odrębne przepisy w zakresie prawa materialnego i procedury, a dodatkowo procedura karna i cywilna są rozłączne. W większości prowincji funkcjonuje sąd rodzinny i sąd karny ds. nieletnich, natomiast w niektórych prowincjach działa wydział sprawiedliwości ds. nieletnich oraz wydział sprawiedliwości ds. rodziny.

Prawo federalne regulujące penalizację nieletnich jest wyodrębnione od prawa dotyczącego dorosłych oraz prawa dotyczącego nieletnich, którzy dopuścili się popełnienia przestępstwa w wieku 16–17 lat. Warto podkreślić, iż obecnie trwają prace nad projektem obniżenia wieku penalizacji do 14 roku życia.

W systemie funkcjonującym w Argentynie orzekają wyłącznie sędziowie zawodowi. Nie istnieje tam zatem instytucja sędziego honorowego czy ławnika. Orzekający sędziowie są wyłącznie prawnikami – adwokatami lub notariuszami. Aby zostać sędzią, kandydat przystępuje do dwustopniowego egzaminu sprawdzającego wiedzę prawniczą. Po uzyskaniu pozytywnego wyniku egzaminu, kandydat poddaje się ocenie Rady Sędziowskiej, która wybiera trzech finalistów. Nominacja odbierana jest z rąk przedstawiciela władzy wykonawczej po zgodzie wydanej przez przedstawicieli władzy ustawodawczej (posłów i senatorów). Aby sprawować funkcję sędziego rodzinnego i ds. nieletnich, należy ukończyć odpowiednią specjalizację.

Warto przy tym zwrócić uwagę na reformę wdrożoną w 2000 r. w prowincji. Spowodowała ona znaczne zmiany w systemie sądownictwa ds. nieletnich. Powołano bowiem wówczas Trybunał Sprawiedliwości dla Rodziny, posiadający kompetencje w zakresie prawa cywilnego i orzekający we wszystkich sprawach dotyczących prawa rodzinnego, ze szczególnym uwzględnieniem dzieci dotkniętych problemem przemocy oraz pozostających poza rodziną, opuszczonych i maltretowanych przez rodziców. Kolejną instytucją utworzoną w związku z reformą był Trybunał Karny ds. Nieletnich, w którego właściwości znajdują się sprawy dotyczące dzieci i młodzieży do 18 roku życia, które popełniły czyn przestępczy. Nieletni, który ukończył 16 rok życia może w systemie tym ponieść odpowiedzialność karną. Sędzia karny ds. nieletnich orzeka w sprawach, w których kara pozbawienia wolności nie przekracza 10 lat. W sprawach, w których kara ta przekracza 10 lat pozbawienia wolności, sędzia obraduje we współpracy z Trybunałem Karnym.

Podsumowanie

Choć sądy dla nieletnich i sądy rodzinne mają długoletnią tradycję i funkcjonują w systemach na całym świecie, to jednak trudno mówić o wypracowaniu spójnych rozwiązań w zakresie ich funkcjonowania. Wystarczy tu chociażby zwrócić uwagę na fundamentalną różnicę w zakresie łączenia w jednym sądzie czy trybunale kompetencji w zakresie orzekania w sprawach dotyczących nieletnich i rodziny. Choć w większości systemów kompetencje te są rozłączne, to we Francji (a także w Polsce) fakt, iż ten sam sędzia orzeka w zakresie spraw nieletnich i rodziny uznawany jest za zaletę systemu.

To właśnie z systemu francuskiego wywodzi się założenie, że jeden sędzia prowadzi wszystkie sprawy określonych rodzin, co pozwala na uniknięcie niejednorodności orzecznictwa i prowadzi do zwiększenia zakresu wiedzy sądu o rodzinie. Ma to szczególne znaczenie w sprawach opiekuńczych. Istotę powiązań pomiędzy sędzią a rodziną wyprowadza się we Francji z dawnego prawa romańskiego obowiązującego w stosunku do nieletnich: „to jest mój sędzia, ja go znam i on mnie zna”.

Z tego powodu w literaturze można nawet spotkać się z porównaniem sędziego rodzinnego do lekarza domowego lub ze stwierdzeniem, że sędzia ten zajmuje się konkretnymi rodzinami „od kołyski do grobu”¹⁵.

Z pewnością jednak można pokusić się o kilka istotnych uwag dotyczących rozwiązań wartych naśladowania w zakresie tworzenia i reformowania sądowych instytucji prawnych wyspecjalizowanych w sprawach dotyczących dzieci i rodziny:

- (1) Obserwowaną w świecie tendencją jest dążenie do rozstrzygania spraw rodzinnych i nieletnich przez sędziów zawodowych. Szwajcarscy sędziowie pokoju są sędziami zawodowymi, co w opinii ekspertów w znacznym stopniu wpływa na jakość wydawanych orzeczeń w kantonach, w których już wprowadzono taki wymóg. W Argentynie sędziowie orzekający w sprawach rodzinnych muszą posiadać ugruntowaną wiedzę prawniczą i doświadczenie zawodowe, dlatego też rekrutowani są oni spośród adwokatów i notariuszy. Jednak o dopuszczeniu do pracy na stanowisku sędziego decyduje dopiero zdanie, mającego opinię trudnego, dwustopniowego egzaminu. Także w systemie brytyjskim, sędziowie orzekający w sądach rodzinnych to sędziowie wyspecjalizowani, którzy muszą wykazać się dodatkowymi kompetencjami. Inspirującym rozwiązaniem wydaje się także model włoski, w którym w Trybunałach ds. Nieletnich orzekają sędziowie zawodowi i sędziowie honorowi, wybierani jednak zawsze spośród osób mających kompetencje w zakresie problemów dzieciństwa i adolescencji.
- (2) Wart naśladowania jest funkcjonujący w Austrii skoordynowany system zapobiegania przemocy w rodzinie o bardzo wysokiej skuteczności. System ten w praktyce (a nie literalnie) promuje bliską współpracę pomiędzy policją, sądami rodzinnymi, organem pośredniczącym w sprawach zapobiegania przemocy w rodzinie oraz służbami opieki społecznej nad młodzieżą.
- (3) Rozwiązaniem przywoływanym w literaturze przedmiotu jako modelowe (abstrahując w tym miejscu od kwestii łączenia funkcji sądu rodzinnego i opiekuńczego) jest przyjęte we Francji rozwiązanie, iż ten sam sędzia orzeka z sprawach danego dziecka czy rodziny. Ponadto, podobnie jak w Austrii, we Francji wielką wagę przywiązuje się do współpracy służb społecznych. Sędzia pracuje w porozumieniu z zespołami edukacyjnymi, komisariatami policji, urzędami oraz ze stowarzyszeniami działającymi na danym terenie.

Odnosząc się do planowanych reform wymiaru sprawiedliwości w Polsce, w tym zmian w zakresie funkcjonowania sądownictwa rodzinnego, wypada podkreślić z goryczą, że polski model sądownictwa rodzinnego, który traktowany jest jako

¹⁵ Por.: *Z pomocą rodzinie. Rozmowa z wiceministrem sprawiedliwości, dr Marią Regent Lechowicz*, „Prawo i Życie” 1979, Nr 2; H. Zabrodzka, *Odpowiedzialność nieletnich w ustawodawstwie francuskim*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości” 1973, Nr 2, s. 184 i H. Amend, *Organisation und Zuständigkeit der Jugendgerichte und Vormundschaftsgerichte in Westeuropa, Skandinavien und Vereinigen Saaten von Nordamerika*, Marburg-Lahn 1970, s. 100.

„boczny tor” wymiaru sprawiedliwości w Polsce¹⁶, został wypracowany kilka dekad temu w ramach eksperymentu, którego pozytywne skutki pozwoliły na ugruntowanie wypracowanych wówczas rozwiązań na dalsze lata. Modelowe rozwiązania, które w Polsce stopniowo, acz systematycznie są dekonstruowane, z powodzeniem wprowadzane są obecnie w innych ustawodawstwach. Otóż model zbliżony do polskiego wprowadzono w Niemczech zaledwie trzy lata temu, a postępowanie sądowe w sprawach rodzinnych wyłączone zostało z Kodeksu postępowania cywilnego i uregulowane zostało w osobnym akcie prawnym. Obowiązująca w Niemczech ustawa o postępowaniu w sprawach rodzinnych i sądownictwie nieprocesowym weszła w życie z dniem 1 sierpnia 2009 r.¹⁷. W związku z reformą, utworzony został tzw. duży sąd rodzinny (*Großes Familiengericht*), który rzeczowo właściwy jest dla wszystkich spraw związanych z małżeństwem i rodziną. W konsekwencji tego, zniesione zostały sądy opiekuńcze, których zadania przejęły sądy rodzinne¹⁸.

¹⁶ Sformułowania tego używali respondenci w badaniach przeprowadzonych przez Autorkę w 2007 r. („Sędziowie rodzinni pytani o uznanie w środowisku sędziowskim zgodnie twierdzili, że uznawani są za «boczny tor» sądownictwa powszechnego”). Por.: M. Arczewska, *Společne role sędziów rodzinnych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009.

¹⁷ W porównaniu z Polską przepisy materialne znajdujące się w polskim Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym dotyczące rozvodu, alimentów, władzy rodzicielskiej, ustroju majątkowego, znajdują się w niemieckim Kodeksie cywilnym (*Bürgerliches Gesetzbuch*), a przepisy dotyczące postępowania w sprawach rodzinnych w osobnej ustawie.

¹⁸ P. Ostrowski, *Reforma postępowania sądowego w sprawach rodzinnych w Niemczech*, artykuł dostępny pod adresem: http://pf.mowimypolsku.de/lexicon_info.php?id=21&keyword.

Projekt z dnia 16-09-2011 r.

USTAWA

z dnia o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹⁾

Art. 1.

W ustawie dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zmianami²⁾ wprowadza się następujące zmiany:

1) art. 5 otrzymuje brzmienie:

Art. 5. *Kierownik urzędu stanu cywilnego, który dowiedział się o istnieniu okoliczności wyłączającej zawarcie zamierzonego małżeństwa, odmówi przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński lub wydania zaświadczenia, o którym mowa w art. 4¹, a w razie wątpliwości lub dowiedzenia się o istnieniu okoliczności, o których mowa w art. 12¹ zwróci się do sądu o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte.*

2) uchyla się art. 11 i 12;

3) dodaje się art. 12¹ o brzmieniu:

Art. 12¹. *Nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta zaburzeniami psychicznymi, które nie pozwalają jej kierować swym postępowaniem zgodnie z treścią obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa*

Art. 2.

W ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.³⁾) wprowadza się następujące zmiany:

¹ Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego.

² Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1975 r. Nr 45, poz. 234, z 1986 r. Nr 36, poz. 180, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1998 r. Nr 117, poz. 757, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 122, poz. 322, z 2001 r. Nr 128, poz. 1403, z 2003 r. Nr 83, poz. 772 i Nr 130, poz. 1188, z 2004 r. Nr 162, poz. 1691, z 2007 r. Nr 121, poz. 831, Nr 134, poz. 947 i Nr 192, poz. 1378, z 2008 r. Nr 220, poz. 1431, z 2010 r. Nr 125, poz. 842 oraz z 2011 r. Nr 75, poz. 398 i Nr 149, poz. 887.

³ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1965 r. Nr 15, poz. 113, z 1974 r. Nr 27, poz. 157 i Nr 39, poz. 231, z 1975 r. Nr 45, poz. 234, z 1982 r. Nr 11, poz. 82 i Nr 30, poz. 210, z 1983 r. Nr 5, poz. 33, z 1984 r. Nr 45, poz. 241 i 242, z 1985 r. Nr 20, poz. 86, z 1987 r. Nr 21, poz. 123, z 1988 r. Nr 41, poz. 324, z 1989 r. Nr 4, poz. 21 i Nr 33, poz. 175, z 1990 r. Nr 14, poz. 88, Nr 34, poz. 198, Nr 53, poz. 306, Nr 55, poz. 318 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 7, poz. 24, Nr 22, poz. 92 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 12, poz. 53, z 1994 r. Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 24, poz. 110, Nr 43, poz. 189, Nr 73,

1) w art. 561 § 2 i § 3 otrzymują brzmienie:

§ 2. *Zezwolenia na zawarcie małżeństwa osobom powinowatym w linii prostej udziela sąd na wniosek tych osób.*

§ 3. *W postanowieniu o udzieleniu zezwolenia wymienia się osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte. Przed wydaniem postanowienia rozstrzygającego taki wniosek sąd wysłucha wnioskodawcę, osobę, z którą małżeństwo ma być zawarte, oraz w razie potrzeby osoby bliskie przyszłych małżonków.*

2) w art. 564 dotychczasową treść oznacza się jako § 1 i dodaje się § 2 i 3 w brzmieniu:

§ 2. *Rozstrzygając o tym, czy małżeństwo może być zawarte przez osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi, sąd zasięgnie opinii biegłego lekarza psychiatry lub neurologa, a także psychologa.*

§ 3. *Z wnioskiem o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte przez osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi, może wystąpić także ta osoba.*

Art. 3.

Ustawa wchodzi w życie po upływie _____ od dnia ogłoszenia.

Uzasadnienie

1. Wobec obowiązujących przepisów dotyczących przeszkód małżeńskich ubezwłasnowolnienia i choroby psychicznej wysuwanych jest szereg zastrzeżeń i wątpliwości.

poz. 350 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 270, Nr 54, poz. 348, Nr 75, poz. 471, Nr 102, poz. 643, Nr 117, poz. 752, Nr 121, poz. 769 i 770, Nr 133, poz. 882, Nr 139, poz. 934, Nr 140, poz. 940 i Nr 141, poz. 944, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 757, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 269 i 271, Nr 48, poz. 552 i 554, Nr 55, poz. 665, Nr 73, poz. 852, Nr 94, poz. 1037, Nr 114, poz. 1191 i 1193 i Nr 122, poz. 1314, 1319 i 1322, z 2001 r. Nr 4, poz. 27, Nr 49, poz. 508, Nr 63, poz. 635, Nr 98, poz. 1069, 1070 i 1071, Nr 123, poz. 1353, Nr 125, poz. 1368 i Nr 138, poz. 1546, z 2002 r. Nr 25, poz. 253, Nr 26, poz. 265, Nr 74, poz. 676, Nr 84, poz. 764, Nr 126, poz. 1069 i 1070, Nr 129, poz. 1102, Nr 153, poz. 1271, Nr 219, poz. 1849 i Nr 240, poz. 2058, z 2003 r. Nr 41, poz. 360, Nr 42, poz. 363, Nr 60, poz. 535, Nr 109, poz. 1035, Nr 119, poz. 1121, Nr 130, poz. 1188, Nr 139, poz. 1323, Nr 199, poz. 1939 i Nr 228, poz. 2255, z 2004 r. Nr 9, poz. 75, Nr 11, poz. 101, Nr 68, poz. 623, Nr 91, poz. 871, Nr 93, poz. 891, Nr 121, poz. 1264, Nr 162, poz. 1691, Nr 169, poz. 1783, Nr 172, poz. 1804, Nr 204, poz. 2091, Nr 210, poz. 2135, Nr 236, poz. 2356 i Nr 237, poz. 2384, z 2005 r. Nr 13, poz. 98, Nr 22, poz. 185, Nr 86, poz. 732, Nr 122, poz. 1024, Nr 143, poz. 1199, Nr 150, poz. 1239, Nr 167, poz. 1398, Nr 169, poz. 1413 i 1417, Nr 172, poz. 1438, Nr 178, poz. 1478, Nr 183, poz. 1538, Nr 264, poz. 2205 i Nr 267, poz. 2258, z 2006 r. Nr 12, poz. 66, Nr 66, poz. 466 i Nr 104, poz. 708 i 711, Nr 186, poz. 1379, Nr 208, poz. 1537 i 1540, Nr 226, poz. 1656 i Nr 235, poz. 1699, z 2007 r. Nr 7, poz. 58, Nr 47, poz. 319, Nr 50, poz. 331, Nr 61, poz. 418, Nr 99, poz. 662, Nr 106, poz. 731, Nr 112, poz. 766 i 769, Nr 115, poz. 794, Nr 121, poz. 831, Nr 123, poz. 849, Nr 176, poz. 1243, Nr 181, poz. 1287, Nr 192, poz. 1378 i Nr 247, poz. 1845, z 2008 r. Nr 59, poz. 367, Nr 96, poz. 609 i 619, Nr 100, poz. 648, Nr 110, poz. 706, Nr 116, poz. 731, Nr 119, poz. 772, Nr 120, poz. 779, Nr 122, poz. 796, Nr 171, poz. 1056, Nr 220, poz. 1431, Nr 228, poz. 1507, Nr 231, poz. 1547 i Nr 234, poz. 1571, z 2009 r. Nr 26, poz. 156, Nr 67, poz. 571, Nr 69, poz. 592 i 593, Nr 131, poz. 1075, Nr 216, poz. 1676, z 2010 r. Nr 3, poz. 13, Nr 7, poz. 45, Nr 40, poz. 229, Nr 108, poz. 684, Nr 125, poz. 842, Nr 152, poz. 1018, Nr 155, poz. 1037.

W świetle obowiązującego art. 5 k.r.o. kierownik urzędu stanu cywilnego w razie wątpliwości co do istnienia okoliczności wyłączonej zawarcie zamierzonego małżeństwa zwróci się do sądu o rozstrzygnięcie, czy małżeństwo może być zawarte.

Zgodnie z art. 11 nie może zawrzeć małżeństwa osoba ubezwłasnowolniona całkowicie. Przepis art. 12 k.r.o. stanowi o zakazie zawierania małżeństw przez osoby dotknięte chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym; jedynie sąd może zezwolić takim osobom na zawarcie małżeństwa, o ile uzna, że stan zdrowia lub umysłu takiej osoby nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa.

Podstawowym zarzutem stawianym art. 12 k.r.o. jest nieproporcjonalność i nieadekwatność ustanowionego w nim zakazu wobec założonego przez ustawodawcę celu tego przepisu. Jeżeli poprzestać na językowej wykładni przepisu art. 12 § 1 k.r.o., zasadą jest, że nie może zawrzeć małżeństwa żadna osoba chora psychicznie (a więc także osoba dotknięta depresją, anoreksją czy ADHD), ani żadna osoba dotknięta upośledzeniem umysłowym, niezależnie od stopnia tego upośledzenia. Jedynie jeżeli spełnione są specjalne przesłanki określone w zdaniu drugim powołanego przepisu – i jeżeli zainteresowany nupturient je udowodni – sąd może mu zezwolić na zawarcie małżeństwa.

Określonym w art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o. przesłankom „zagrożenia małżeństwu” i „zagrożenia zdrowiu przyszłego potomstwa” stawiany jest zarzut nieprecyzyjności, dawania pola do arbitralnych decyzji i – zwłaszcza w przypadku zagrożenia zdrowia potomstwa – całkowitego braku adekwatności, związku między zaburzeniami a zagrożeniami, jakie art. 12 wiąże z tymi zaburzeniami⁴. Możliwość utrzymania trwałego związku emocjonalnego, usankcjonowanego przez państwo, jakim jest małżeństwo, wpływa – w świetle ustaleń nauk psychologicznych – korzystnie na rozwój osobowy człowieka. Oznacza to, że nie tyle zaburzenia psychiczne zagrażają małżeństwu, ile brak możliwości zawarcia małżeństwa stanowi zagrożenie dla zdrowia psychicznego nupturientów dotkniętych takimi zaburzeniami.

Krytykowana jest również terminologia art. 12 k.r.o. ze względu na jej nieprecyzyjny, stygmatyzujący i niezgodny ze współczesnymi standardami medycznymi charakter.

Zastrzeżenia budzi nałożony na kierowników urzędów stanu cywilnego obowiązek dokonania samodzielnej oceny, czy nie zachodzi wątpliwość co do stanu zdrowia psychicznego nupturientów. Podnosi się, że nie mają oni ku temu dostatecznej wiedzy specjalistycznej.

Przedmiotem krytyki jest wreszcie utrzymywanie trzech równoległych „ścieżek” postępowania w sprawach przeszkody małżeńskiej choroby psychicznej⁵. Pełnią

⁴ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości z 3 sierpnia 2011 r., RPO-673676-IV/II/MK.

⁵ Są to: (1) zezwolenie sądu na zawarcie małżeństwa osobie dotkniętej chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym (art. 561 § 2 i § 3 k.p.c.), (2) rozstrzygnięcie sądu na wniosek nupturienta, czy okoliczności przedstawione przez kierownika urzędu stanu cywilnego uzasadniają odmowę przyjęcia oświadczeń o zawarciu małżeństwa (art. 7 ust. 2 i 3 ustawy – prawo o aktach stanu cywilnego) oraz (3) rozstrzy-

one taką samą funkcję, a w orzecznictwie sądowym dokonano się ujednoczenie materialnoprawnej przesłanki rozstrzygnięcia każdej z tych spraw.

2. Zasadniczą zmianą przewidzianą w projekcie jest uchylenie przeszkody ubezwłasnowolnienia całkowitego (art. 11 k.r.o.). Ubezwłasnowolnienie całkowite w jego obecnym kształcie nie jest bowiem instytucją adekwatną do kształtowania kręgu osób mogących zawrzeć małżeństwo. Orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu całkowitym ma na celu udzielenie podopiecznemu stałej pomocy w zakresie uczestnictwa w obrocie prawnym, polegającej na stałej reprezentacji przy dokonywaniu czynności prawnych, a więc czynności konwencjonalnych. Natomiast zawarcie małżeństwa jest swoistą czynnością prawną: o charakterze ściśle osobistym, dokonywaną w zasadzie jednorazowo, i wywierającą skutki przede wszystkim w sferze faktycznej. Może się zdarzyć, że osoba nie mająca kompetencji do zrozumienia znaczenia i skutków czynności prawnych może mieć poczucie odpowiedzialności wystarczające do sprostania obowiązkom małżeńskim.

Orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu całkowitym jest ingerencją w fundamenty autonomii decyzyjnej jednostki. Co więcej, ograniczenie praw i wolności jednostki spowodowane tym orzeczeniem jest sztywne i ryczałtowe. Nie ma możliwości dostosowywania tego ograniczenia ani do zróżnicowanych przecież cech osób poddanych temu ograniczeniu, ani do zróżnicowanych sytuacji, w których te osoby się znajdują. Wobec instytucji ubezwłasnowolnienia całkowitego zgłaszane nieproporcjonalności zastosowanej ingerencji w wolność jednostki do dóbr chronionych tą instytucją, oraz wywoływania przez tę instytucję skutków odwrotnych od zamierzonych (wykluczenia podopiecznego zamiast jego ochrony).

Poważne zastrzeżenia budzi też sformułowanie medycznej przesłanki ubezwłasnowolnienia całkowitego. Zgodnie z art. 13 § 1 k.c. ubezwłasnowolnienie takie orzeka się wobec osób cierpiących na *chorobę psychiczną, niedorozwój umysłowy albo innego rodzaju zaburzenia psychiczne, w szczególności pijaństwo lub narkomanię*. Terminy te nie odpowiadają aktualnym standardom medycznym, są nieprecyzyjne, a częściowo również stygmatyzujące.

Dlatego w orzecznictwie wyrażane są wątpliwości, czy obecna regulacja instytucji ubezwłasnowolnienia odpowiada najwyższym wymogom ochrony praw człowieka⁶ oraz sugestie daleko idącej reformy tej instytucji⁷, a w piśmiennictwie pojawiły się nawet postulaty jej zniesienia⁸.

gnięcie sądu czy okoliczność przedstawiona przez kierownika urzędu stanu cywilnego wyłącza zawarcie małżeństwa, a także o tym, czy okoliczności przedstawione przez kierownika urzędu stanu cywilnego uzasadniają odmowę przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński (art. 564 pkt 1 k.p.c.).

⁶ Uzasadnienie uchwały pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 14 października 2004 r., III CZP 37/2004, OSNC 2005/3 poz. 42 *in fine*.

⁷ Uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2007 r., K. 28/2005, OTK ZU 2007/3A poz. 24 *in fine*.

⁸ L. Kociucki: *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2011, s. 237 i n., i powołane tam piśmiennictwo.

W wielu państwach europejskich odchodzi się obecnie od sztywnego ograniczenia praw i wolności osób cierpiących na zaburzenia psychiczne – takiego jak w przypadku ubezwłasnowolnienia – na rzecz regulacji bardziej elastycznych, dopasowywanych do konkretnych sytuacji przez sąd orzekający w danej sprawie. Powoduje to, że o zdolności do czynności prawnych osób cierpiących na zaburzenia psychiczne (lub jej braku) orzekają *ad casum* sądy (m.in. Niemcy, Anglia). W innych krajach (Francja, Szwajcaria) rygory wobec osób nie mających pełnej zdolności do czynności prawnych łagodzone są przez to, że na zawarcie małżeństwa przez taką osobę zgodę mogą wyrazić – również *ad casum* – jej przedstawiciele ustawowi.

3. Z powyższych względów w projekcie zdecydowano się odstąpić od ubezwłasnowolnienia całkowitego jako przeszkody małżeńskiej. Za najwłaściwszy kierunek zmian uznać należy dostosowanie regulacji przeszkody choroby psychicznej do współczesnych standardów praw człowieka. Zmiana dotychczasowego przepisu art. 12 k.r.o. wydaje się w tym celu niewystarczająca, dlatego projekt przewiduje wykreślenie tego przepisu i uregulowanie przeszkody zaburzeń psychicznych na całkowicie nowych zasadach w art. 12¹.

4. Najpierw należy odnieść się do kwestii terminologii używanej w aktualnie obowiązującym art. 12 k.r.o. Przepis ten określając przesłanki wystąpienia przeszkody małżeńskiej odwołuje się do terminów „choroba psychiczna”, „niedorozwój umysłowy” oraz „stan zdrowia lub umysłu, [który] nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa”. Znaczenie i zakres pojęć tego rodzaju, a więc pojęć medycznych użytych w akcie normatywnym, powinny być w miarę możliwości dostosowane do aktualnej wiedzy medycznej. Zaliczenie określonej osoby do kategorii medycznej jest diagnozą, a więc czynnością lekarską, która może być kontrolowana wyłącznie w płaszczyźnie kryteriów medycznych, a więc w płaszczyźnie wymagającej wiedzy specjalistycznej⁹.

W praktyce podstawą ustaleń terminologicznych mogą być dwa standardy: obowiązująca oficjalnie w Polsce Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*, ICD-10), opracowana przez Światową Organizację Zdrowia, oraz często stosowany w nauce i praktyce medycznej (także polskiej) system diagnozy nozologicznej Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego DSM-IV (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 1994). Odnotować należy także zalecenia dotyczące terminologii związanej z upośledzeniem umysłowym formułowane przez Międzynarodowe Stowarzyszenia Badań Naukowych nad Upośledzeniem

⁹ Por. S. Dąbrowski, L. Kubicki: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Przegląd ważniejszych zagadnień*, Warszawa 1994, s. 14–15, J. Duda: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, w: LexPolonica, publikacja elektroniczna, komentarz do art. 3, teza 3.

Umysłowym (IASSID – *International Association for the Scientific Studies on Intellectual Disability*) oraz Amerykańskie Stowarzyszenie Niepełnosprawności Intelektualnej i Rozwojowej (AAIDD – *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities*).

Według obu wskazanych wyżej standardów najszerszą kategorią są zaburzenia psychiczne. W klasyfikacji ICD-10 kategoria „zaburzenia psychiczne” stanowi grupę F. W grupie tej wyróżniono m.in. podgrupy istotne z punktu przeszkód małżeńskich: „Upośledzenie umysłowe” (F70–F79), „Zaburzenia psychiczne i zachowania spowodowane używaniem środków [substancji] psychoaktywnych” (F10–F19, wśród nich zaburzenia spowodowane alkoholizmem i uzależnieniem od poszczególnych rodzajów narkotyków).

W obu standardach nie występuje natomiast termin choroba psychiczna. Autorzy ICD-10 wyjaśniają, że termin zaburzenie (*disorder*) jest używany w całej klasyfikacji celem uniknięcia poważnych wątpliwości dotyczących terminu choroba (*disease, illness*), który nie jest terminem ścisłym. Także w standardzie DSM-IV stosuje się tylko termin *zaburzenia psychiczne*, zwracając przy tym uwagę, że i ten termin nie ma zadowalającej definicji operacyjnej¹⁰.

Dodać należy, że wspomniane Międzynarodowe Stowarzyszenie Badań Naukowych nad Upośledzeniem Umysłowym w 1996 r. zaleciło posługiwanie się terminem niepełnosprawność intelektualna (*intellectual disability*) przy opisywaniu zaburzeń w rozwoju umysłowym (w miejsce niedorozwoju czy upośledzenia umysłowego). Termin ten stopniowo przyjmuje się w piśmiennictwie; zapewne zostanie w przyszłości przyjęty w kolejnych wersjach standardów ICD i DSM¹¹.

Ze względu na to, przy określaniu przesłanek wystąpienia omawianej przeszkody małżeńskiej zasadna wydaje się rezygnacja z terminu „choroba psychiczna” i „niedorozwój umysłowy”, i zastąpienie go nie budzącym wątpliwości metodologicznych ani zastrzeżeń aksjologicznych terminem „zaburzenia psychiczne”.

5. Oczywiście nie każdy przypadek zaburzeń psychicznych jest równoznaczny z wystąpieniem przeszkody małżeńskiej. Proponowany art. 12¹ wychodzi z założenia, że przeszkoda taka ma miejsce jedynie w przypadku wystąpienia takich zaburzeń psychicznych, które nie pozwalają kierować postępowaniem zgodnie z treścią obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa. Formułując tą przesłankę odwołać się należy do konstytucyjnych zasad godności człowieka, równości wobec prawa i zakazu dyskryminacji, wolności człowieka, oraz zasady pomocniczości. Wspomnieć tu należy także o art. 23 ust. 1 a/ Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o Prawach Osób Niepełnosprawnych, w świetle którego Państwa Strony Konwencji podejmą efektywne i odpowiednie środki w celu likwidacji dyskrymi-

¹⁰ Oczywiście w nauce i praktyce psychiatrii termin choroba psychiczna nadal występuje, m.in. w wąskim rozumieniu, obejmującym tylko psychozy (maniakalno-depresyjną, schizofreniczną, alkoholową, starczą).

¹¹ L. Kociucki: *Zdolność...*, s. 2 i n.

nacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków, na zasadzie równości z innymi osobami, w taki sposób, aby zapewnić uznanie prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny, na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków.

Zaproponowana formuła przeszkody małżeńskiej określonej w nowym art. 12¹ k.r.o., która ogranicza relewantne dla tej normy zaburzenia psychiczne, tylko do tych, które nie pozwalają uświadomić sobie i przyjąć obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa, spełnia zarówno wskazane wyżej postulaty odnośnie do terminologii, jak i do respektowania swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków.

W treści art. 12¹ pominięto przesłankę eugeniczną. Trafny jest argument, że uprzednie zawarcie związku małżeńskiego nie jest warunkiem koniecznym do posiadania potomstwa. Zakaz zawierania związków małżeńskich nie powoduje, że osobom, którym zakazano małżeństwa nie rodzą się dzieci, powoduje jedynie, że dzieci te są dziećmi pozamałżeńskimi, ze wszystkimi konsekwencjami tego faktu, na czele z potrzebą przeprowadzenia procedury uznania bądź ustalenia ojcostwa. Ponadto teza o dziedziczności zaburzeń psychicznych jest dyskusyjna.

Art. 12¹ nie zawiera regulacji unieważnienia małżeństwa z powodu choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego. Ze wskazanych wyżej względów wystarczające jest w tym zakresie unormowanie art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. Krąg osób, wobec których występuje przeszkoda małżeńska zaburzeń psychicznych zawiera się bowiem w zbiorze osób które składając oświadczenie o wstąpieniu w związek małżeński z jakichkolwiek powodów znajdowały się w stanie wyłączającym świadome wyrażenie woli.

6. Po uchyleniu art. 11 k.r.o. (definiującego przeszkodę małżeńską ubezwłasnowolnienia całkowitego) i art. 12 k.r.o. (definiującego przeszkodę choroby psychicznej i niedorozwoju umysłowego) oraz wprowadzeniu art. 12¹ (definiującego na nowo przeszkodę zaburzeń psychicznych) powstać może pytanie, czy orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu całkowitym lub częściowym nupturienta, odbierające mu w określonym zakresie zdolność do czynności prawnych samo w sobie nie stanowi przeszkody małżeńskiej. Problem taki istniał pod rządami prawa małżeńskiego z 1945 r.¹² i Kodeksu rodzinnego z 1950 r.¹³, kiedy prawo polskie nie знаło przeszkody małżeńskiej ubezwłasnowolnienia.

Odpowiedź na to pytanie jest negatywna, gdyż art. 12¹ k.r.o. jest przepisem szczególnym w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego o ubezwłasnowolnieniu całkowitym i częściowym. Zarówno art. 12¹ k.r.o., jak i przepisy kodeksu cywil-

¹² Dekret z dnia 25 września 1945 r. (Dz. U. Nr 48, poz. 270).

¹³ Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. (Dz. U. Nr 34, poz. 308 ze zm.).

nego o ubezwłasnowolnieniu odnoszą się do tego samego kręgu osób (cierpiących na zaburzenia psychiczne). Mają one jednak, jak już wspomniano, odmienne cele: orzeczenie o ubezwłasnowolnieniu ma na celu udzielenie podopiecznemu stałej pomocy, polegającej na reprezentacji. Natomiast art. 12¹ k.r.o. dotyczy sytuacji potencjalnego nupturienta i drugiego współmałżonka małżeństwa przed zawarciem małżeństwa, a więc czynności prawnej o charakterze ściśle osobistym, dokonywanej w zasadzie jednorazowo, i wywierającą skutki przede wszystkim w sferze faktycznej. Wobec tego zamieszczanie w art. 12¹ k.r.o. dodatkowego postanowienia, że w odniesieniu do oceny zdolności do zawarcia małżeństwa nie stosuje się przepisów o ubezwłasnowolnieniu byłoby superfluum.

7. Zmiany w art. 5 k.r.o., art. 561 k.p.c. i art. 564 k.p.c. mają na celu dostosowanie tych przepisów do nowego art. 12¹ k.r.o. Należy zaznaczyć, że skutkiem uchylenia art. 12 § 1 jest również uchylenie jednej ze „ścieżek” postępowania w sprawach przeszkody małżeńskiej choroby psychicznej, a mianowicie przewidzianego w art. 12 § 1 zdanie drugie k.r.o. oraz art. 561 § 2 i § 3 k.p.c. zezwolenia sądu na zawarcie małżeństwa wydawanego na wniosek osoby dotkniętej chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym. Z brzmienia samego art. 5 k.r.o. wynika zaś, że kierownik USC nie będzie mógł odmówić przyjęcia oświadczeń z powodu dowiedzenia się o istnieniu przesłanek z art. 12¹ k.r.o. lub powzięcia wątpliwości co do ich istnienia i zawsze w tych sytuacjach będzie musiał zwrócić się do sądu o rozstrzygnięcie.

Opinia lekarza psychiatry oraz psychologa oceniająca stan zdrowia nupturienta powinna być podstawowym środkiem umożliwiającym sądowi rozstrzygnięcie o tym, czy małżeństwo może być zawarte przez osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi. Procedura zasięgnięcia opinii biegłych zawarta w nowym art. 564 § 2 k.p.c. wzorowana jest na procedurze stosowanej w postępowaniu o ubezwłasnowolnienie.

Uwzględniając, że w dotychczasowym stanie prawnym przyszły nupturient mógł przed udaniem się do USC wystąpić z wnioskiem o zezwolenie, o którym mowa w art. 12 § 1 zdanie drugie k.r.o. oraz art. 561 § 2 i § 3 k.p.c., należy dopuścić możliwość wystąpienia przez niego z wnioskiem bezpośrednio do sądu o rozstrzygnięcie na podstawie art. 12¹ k.r.o. Dlatego też postanowiono dodać w art. 564 k.p.c. możliwość wniosku samego nupturienta. Stosowne uzupełnienie zostało zredagowane jako § 3.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 15 września 2011 r. w sprawie Schneider przeciwko Republice Federalnej Niemiec (skarga Nr 17080/07)

Sprawa toczyła się ze skargi obywatela niemieckiego, M. Schneidera przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

Skarżący powołując się na art. 8 Konwencji zarzucił niemieckim sądom, że nie były w stanie wyegzekwować jego prawa do kontaktu z synem podczas gdy skarżący utrzymywał, że jest jego biologicznym ojcem. Matka dziecka zarówno w momencie urodzenia dziecka jak i nadal pozostaje w związku małżeńskim z innym mężczyzną. W konsekwencji prawnym ojcem dziecka na zasadzie domniemania pochodzenia z małżeństwa jest ten inny mężczyzna.

Małżonkowie uznali, że skarżący mógł być biologicznym ojcem chłopca, ale twierdzili, że ojcem równie dobrze mógł być mąż matki, ponieważ utrzymywał on intymne relacje z matką dziecka w tym samym czasie. Małżonkowie zdecydowali nie przeprowadzać testów genetycznych mających na celu potwierdzenie ojcostwa z uwagi na dobro swojej rodziny.

W dniu 20 października 2005 r. niemiecki Sąd Rejonowy w Fuldzie odrzucił wniosek skarżącego z dnia 24 października 2004 r. o umożliwienie kontaktów z dzieckiem. W ocenie sądu skarżący nie był uprawniony do kwestionowania ojcostwa męża matki z uwagi na rodzinną więź łączącą tego ostatniego z całą rodziną. Ponadto skarżący nigdy nie mieszkał z dzieckiem i w związku z tym nie miał możliwości nawiązania emocjonalnej więzi z dzieckiem.

W dniu 9 lutego 2006 r. niemiecki Sąd Apelacyjny we Frankfurcie oddalił apelację skarżącego.

W skardze konstytucyjnej z dnia 14 marca 2006 r. skarżący zakwestionował orzeczenia sądów krajowych dotyczące jego kontaktów z dzieckiem. W dniu 20 września 2006 r. Trybunał Konstytucyjny RFN odmówił rozpatrzenia skargi uznając ją za bezpodstawną.

W dniu 4 kwietnia 2007 r. skarżący wniósł skargę przeciwko Republice Federalnej Niemiec do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powołując się na art. 8, w związku z art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, zarzucając niemieckim sądom nierespektowanie jego prawa do kontaktu z dzieckiem (uniemożliwienie dostępu do chłopca, brak informacji na temat dziecka).

Skarżący domagał się kwoty nie mniejszej niż 25 000 euro (dwadzieścia pięć tysięcy euro) z tytułu poniesionej szkody niemajątkowej.

Trybunał uznał, że kwestie poruszone w tej sprawie odnoszą się do „życia prywatnego i rodzinnego” w znaczeniu artykułu 8 Konwencji i że przepis ten ma tu zastosowanie¹.

W ocenie Trybunału istotnym elementem w tym postępowaniu powinno być dokładne zbadanie okoliczności sprawy mając na względzie interes wszystkich zainteresowanych stron. Zdaniem Trybunału, sądy krajowe nie dopełniły tego obowiązku. W konsekwencji doszło do naruszenia art. 8 Konwencji.

Niemniej jednak Trybunał zauważył dalej, że w okolicznościach tej sprawy, orzeczenia sądów krajowych były trafne (brak więzi emocjonalnych łączących skarżącego z dzieckiem).

Trybunał uznał, że pozwane państwo ma wypłacić skarżącemu kwotę 5000 euro z tytułu szkody niemajątkowej i kwotę 10 000 euro tytułem kosztów i wydatków oraz oddalił dalej idące roszczenia skarżącego o zadośćuczynienie.

¹ Art. 8 stanowi: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, a także mieszkania i korespondencji. 2. W demokratycznym społeczeństwie niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych z uwagi na bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, zapobieganie przestępstwom, ochronę porządku, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.”.

Uchwała Sądu Najwyższego w składzie 7 sędziów z dnia 30 września 2010 r. (I KZP 10/10)

Dnia 30 września 2010 r. Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów uchwalił, że:

„Rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, w tym także w postępowaniu z oskarżenia prywatnego, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców.”.

Sprawa dotyczyła sytuacji, gdzie matka małoletniej P., działając jako jej ustawowa przedstawicielka, wniosła do Sądu Rejonowego w W. przeciwko swojemu małżonkowi a ojcu małoletniej prywatnoskargowy akt oskarżenia, w którym zarzucono mu to, że w dniu 30 kwietnia 2005 r. w L. uderzył P. w okolicę lędzwiową pleców, co spowodowało rozstrój zdrowia małoletniej trwający nie dłużej niż 7 dni, to jest popełnił występki określony w art. 157 § 2 k.k.

Sąd Rejonowy, wyrokiem z dnia 19 marca 2008 r., sygn. VI K 199/06, na podstawie art. 66 § 1 i art. 67 § 1 k.k., warunkowo umorzył postępowanie, stwierdzając, że oskarżony dopuścił się naruszenia nietykalności cielesnej małoletniej P. oraz na podstawie art. 67 § 3 k.k. orzekł środek karny w postaci świadczenia pieniężnego w kwocie 300 złotych na rzecz Szpitala Specjalistycznego w W.

Wyrok ten zaskarżył oskarżony, zarzucając w apelacji m.in. obrazę art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o., polegającą na rozpoznaniu sprawy pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela. Apelacja zawierała też zarzuty naruszenia art. 7 k.p.k., obrazy art. 217 k.k., a także błędu w ustaleniach faktycznych, przyjętych za podstawę wyroku. Środek odwoławczy wniosła też reprezentująca małoletnią pokrzywdzoną matka, kwestionując konsekwencje prawne, zastosowane wobec oskarżonego, jako zbyt łagodne, oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu.

Sąd Okręgowy w G. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, uznając obie apelacje za oczywiście bezzasadne.

Od prawomocnego wyroku sądu odwoławczego kasację wniósł obrońca oskarżonego, zarzucając w niej uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 9 k.p.k., związane z rażącym naruszeniem art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k., art. 51 § 2 k.p.k. w zw. z art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 k.r.o., polegające na rozpoznaniu sprawy pomimo braku skargi uprawnionego oskarżyciela i na uznaniu matki małoletniej pokrzywdzonej za uprawnioną do działania jako przedstawiciel ustawy pokrzywdzonej, chociaż ustawa wyłączała w tej sprawie możliwość reprezentowania małoletniej przez matkę.

Rozpoznając skargę kasacyjną zwykły skład Sądu Najwyższego dostrzegł „...szereg wątpliwości co do zakresu związku przepisów Kodeksu postępowania karnego z przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w płaszczyźnie upraw-

nień przedstawicieli ustawowych wykonujących prawa małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym, a zwłaszcza w postępowaniu szczególnym, jakim jest postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego”. Przedstawił zatem składowi siedmiu sędziów Sądu Najwyższego zagadnienie prawne o treści: „Czy regulacje art. 51 § 2 k.p.k. oraz art. 98 § 2 i § 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wyłączają uprawnienie rodzica małoletniego pokrzywdzonego do wykonywania jego praw w postępowaniu z oskarżenia prywatnego przeciwko drugiemu z rodziców, któremu przysługuje władza rodzicielska?”.

Prokurator Prokuratury Generalnej wnioskował o podjęcie uchwały, iż „*nie jest możliwe reprezentowanie małoletniego jako oskarżyciela prywatnego lub oskarżyciela posiłkowego przez jednego z rodziców, gdy oskarżonym o przestępstwo popełnione na szkodę tego małoletniego jest drugi z rodziców, któremu przysługuje władza rodzicielska*”.

Sąd Najwyższy zważył, że w sprawie niniejszej poważne wątpliwości budzić mogą, na tle dotychczasowych poglądów orzecznictwa i piśmiennictwa, dwie kwestie. Po pierwsze: czy zagadnienie reprezentacji pokrzywdzonego małoletniego, ubezwłasnowolnionego całkowicie lub częściowo (art. 51 § 2 k.p.k.) oraz nieporadnego ze względu na wiek lub stan zdrowia (art. 52 § 3 k.p.k.) jest unormowane jednoznacznie i w pełni autonomicznie w Kodeksie postępowania karnego, czy też wymaga posiłkowego stosowania przepisów innych gałęzi prawa. Po drugie zaś, jeśli przyjąć, że zachodzi potrzeba zastosowania takich innych unormowań, to jakie przepisy polskiego systemu prawnego wchodzi w grę i jaki jest, w szczególności, rezultat ich stosowania w sytuacji procesowej, w której sformułowane zostało zagadnienie prawne.

Przy podejmowaniu uchwały w niniejszej sprawie skład powiększony Sądu Najwyższego jest z jednej strony zobowiązany do respektowania zasady, iż skład zwykły Sądu Najwyższego miał prawo zadania jedynie pytania o charakterze tzw. konkretnym, to jest związanego z układem procesowym występującym w sprawie zawiślej w związku z rozpoznawaną kasacją, a nie pytania o charakterze tzw. abstrakcyjnym. Z drugiej jednak strony nie sposób nie dostrzec tego, że tak udzielona odpowiedź będzie miała szerszy zasięg zastosowania (np. w pewnym zakresie nie tylko w odniesieniu do wykonywania praw pokrzywdzonego małoletniego, ale i praw innej osoby pokrzywdzonej, której cechy określone zostały w art. 51 § 2 i 3 k.p.k., a także nie tylko w związku z działaniem w charakterze oskarżyciela prywatnego, ale również i oskarżyciela posiłkowego, w szczególności subsydiarnego, a nadto w związku z zagadnieniem złożenia wniosku o ściganie tzw. przestępstwa wnioskowego).

Problem reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym został wprawdzie uregulowany w art. 51 § 2 k.p.k., zgodnie z którym to przepisem, jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje. Niemniej jednak pogląd wyrażany w niektórych

orzeczeniach Sądu Najwyższego na gruncie poprzedniego stanu prawnego – pomimo tego, że był to stan praktycznie analogiczny z obecnym – jakoby kwestia wykonywania praw małoletniego pokrzywdzonego została unormowana w Kodeksie postępowania karnego jednoznacznie i nie zachodzi zatem potrzeba posiłkowego stosowania przepisów prawa cywilnego i prawa rodzinnego, które określają zakres swobody działania osób poddanych władzy rodzicielskiej, opiece lub kuratelii (por. uchwałę SN z dnia 4 marca 1968 r. VI KZP 30/67, OSNKW 1968, z. 5, poz. 52 i uchwałę SN z dnia 17 grudnia 1970 r. VI KZP 43/68, OSNKW 1971, z. 7–8, poz. 101), nie może być uznany za zasadny. W obu tych uchwałach Sąd Najwyższy przyjął, że małoletni pokrzywdzony nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ściganie przestępstwa tzw. wnioskowego, a uprawnienia te przysługują ojcu, matce, opiekunowi lub osobie, pod której pieczęcią pokrzywdzony pozostaje, a tym samym, wbrew deklaracjom, dokonał jednak częściowego odesłania systemowego. Jeszcze dalej posuniętą niekonsekwencję wykazał Sąd Najwyższy w drugiej z przytoczonych uchwał, gdyż jednocześnie stwierdził, że w przypadkach beczynności ustawowych przedstawicieli, która to sytuacja może nie czynić zadość potrzebie ochrony osób małoletnich, winny jednak mieć zastosowanie odpowiednie przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, służące przymuszeniu ustawowego przedstawiciela małoletniego pokrzywdzonego do złożenia wniosku lub wyznaczeniu kuratora do tej czynności.

Zatem – zdaniem powiększonego składu Sądu Najwyższego – uregulowanie zawarte w przepisach procedury karnej nie jest wyczerpujące i nie pozwala, bez zastosowania odwołań systemowych, na dokonanie podstawowych rozstrzygnięć.

Przepis art. 51 § 2 k.p.k., ani też żaden inny przepis tego Kodeksu, nie zawiera autonomicznej definicji „przedstawiciela ustawowego” oraz nie określa zakresu jego działania. W przepisach prawa karnego materialnego, a więc gałęzi prawa najbliższej procedurze karnej, brak jest unormowań, które pozwoliłyby na rozwiązanie dwóch powyższych kwestii, podstawowych dla możliwości operatywnego stosowania przepisu art. 51 § 2 k.p.k. Uwarunkowanie to częściowo dostrzegł orzekający w niniejszej sprawie Sąd Okręgowy w G., który uznał, że dla ustalenia tego, kto jest, również na gruncie art. 51 § 2 k.p.k., przedstawicielem ustawowym dziecka, niezbędne jest odwołanie się do przepisu art. 98 § 1 k.r.o. Z drugiej jednak strony Sąd ten przyjął założenie, że przewidziane w art. 98 § 3 k.r.o. odpowiednie stosowanie „w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym” przepisów art. 98 § 2 k.r.o. nie uzasadnia odwoływania się do tej normy w postępowaniu karnym. Potrzebę spojrzenia systemowego dostrzegł w pełni dopiero sąd kasacyjny, występujący z zagadnieniem prawnym. Zasadnicze wręcz znaczenie do uwarunkowań systemowych przywiązywał też w swym pisemnym wniosku przedstawiciel Prokuratury Generalnej.

Dla powiększonego składu Sądu Najwyższego oczywiste jest, że w pierwszej z wyżej zasygnalizowanych kwestii wręcz muszą znajdować zastosowanie odpowiednie przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Brak zdolności do czynno-

ści prawnych oznacza, że małoletni nie może praw przysługujących pokrzywdzonemu wykonywać osobiście, lecz przez swojego przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której pieczęcią się znajduje. Przedstawicielem ustawowym małoletniego jest przy tym osoba, której umocowanie do występowania w jego imieniu nie wynika z woli reprezentowanego, ale z przepisu ustawy. O tym, że przedstawicielami ustawowymi dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską (a więc małoletniego) są rodzice, stanowi w polskim systemie prawnym właśnie art. 98 § 1 k.r.o. w zw. z art. 92 k.r.o.

Tak więc brak uwzględniania przy wykładni art. 51 § 2 k.p.k. odesłania systemowego do przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wręcz uniemożliwiłoby wykonywanie przez małoletnich praw przysługujących pokrzywdzonym.

Bardziej złożona jest druga z zarysowanych wyżej kwestii. Jednak także i w tej mierze, zdaniem powiększonego składu Sądu Najwyższego, niezbędne jest stosowanie ścisłego odesłania systemowego, które znajduje silne wsparcie w wykładni funkcjonalnej. Inne założenie, oparte z jednej strony na posiłkowym odwołaniu się do treści art. 98 § 1 k.r.o. (które, jak to już wyżej wykazano, jest wręcz niezbędne), a z drugiej strony na zerwaniu na dalszym etapie wykładni z uwzględniania kontekstu systemowego i na wywodzeniu wszelkich dalszych wniosków li tylko z wykładni językowej art. 51 § 2 k.p.k., nie tylko raziłoby brakiem konsekwencji, ale prowadziłoby do paradoksalnych wniosków, których nie można zaakceptować, także biorąc za punkt odniesienia dobro małoletniego pokrzywdzonego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odwołanie się przy interpretacji art. 51 § 2 k.p.k. tylko do przepisu art. 98 § 1 k.r.o., z pominięciem wszelkich dalszych unormowań systemowych, które na gruncie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego są bardzo silne i powiązane jednym, spójnym węzłem aksjologicznym, którym jest dobro dziecka i rodziny, musiałoby prowadzić do uznania, że każdy z przedstawicieli ustawowych mógłby w postępowaniu karnym wykonywać prawa małoletniego pokrzywdzonego nie tylko nie bacząc na stanowisko drugiego z przedstawicieli ustawowych, ale także i niezależnie od swej własnej sytuacji procesowej w tym postępowaniu. Kodeks postępowania karnego nie zawiera bowiem żadnych dalszych przepisów, które normowałyby sytuacje tak kolizyjne jak ta, w której rodzic będący przedstawicielem ustawowym dziecka jednocześnie byłby podejrzanym (oskarżonym) o popełnienie przestępstwa na szkodę małoletniego pozostającego pod jego władzą rodzicielską, a nawet ta, w której sprawcami przestępstwa na szkodę małoletniego są oboje rodzice. Zatem niezbędne jest zaaprobowanie poglądu, że skoro instytucja przedstawicielstwa ustawowego, związana z wykonywaniem władzy rodzicielskiej, określona w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, znajduje zastosowanie na gruncie procedury karnej, to należy ją także i w tym ostatnim postępowaniu – wobec braku szczegółowych wyłączeń – stosować całościowo, a więc również przy odpowiednim zastosowaniu unormowań zawartych w art. 97 § 1 i 2, art. 98 § 2 i 3 oraz w art. 99 k.r.o. Jedy-

nie to konsekwentne zapatrywanie może zapobiec paradoksalnym efektom interpretacji art. 51 § 2 k.p.k. w izolacji od regulacji zawartych w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym.

Na tle problematyki przedstawicielstwa ustawowego, w tym także przy wnoszeniu prywatnoskargowego aktu oskarżenia, należy rozważyć także problem, czy – jeżeli rodzice wykonują prawa małoletniego – decyzja o wniesieniu i popieraniu oskarżenia musi być obopólna, czy też wystarczająca dla jej skuteczności jest wola jednego z rodziców. Zgodnie z art. 93 § 1 k.r.o. władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom. Każde z rodziców jest obowiązane i uprawnione do samodzielnego wykonywania władzy rodzicielskiej, jednakże o istotnych sprawach dziecka rodzice rozstrzygają wspólnie, w braku zaś porozumienia między nimi rozstrzyga sąd opiekuńczy (art. 97 § 1 i 2 k.r.o.). Użycie w art. 51 § 2 k.p.k. liczby pojedynczej („przedstawiciel ustawowy”) pozostaje w zgodzie z ogólną regułą wyrażoną w art. 98 § 1 zd. 2 k.r.o., iż jeśli dziecko pozostaje pod władzą rodzicielską obojga rodziców, każde z nich może działać samodzielnie jako jego przedstawiciel ustawowy. Ten ostatni przepis zakłada zatem dorozumianą zgodę rodzica na czynność dokonaną przez drugiego z nich. W rezultacie, czynności przedsięwzięte przez jednego z rodziców, działającego jako przedstawiciel ustawowy małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym, w tym wniesienie prywatnoskargowego aktu oskarżenia, będą prawnie skuteczne i nie jest konieczne wspólne dokonanie tych czynności przez oboje rodziców sprawujących władzę rodzicielską. Rzecz jednak w tym, że każde z rodziców może w konkretnym układzie sytuacyjnym odmiennie oceniać dobro dziecka w aspekcie wykonywania przez małoletniego praw pokrzywdzonego w procesie karnym, tak jeśli idzie o złożenie skargi prywatnej, jak i skargi subsydiarnej, czy np. wniosku o ściganie. Czynne uczestniczenie w procesie może bowiem wiązać się w tzw. wtórną wiktyimizacją małoletniego pokrzywdzonego, ale także i jego rodziców, czy też rodzeństwa. Przy wazeniu argumentów, które przemawiają za i przeciw wystąpieniu w takim wypadku z prywatnoskargowym aktem oskarżenia, może w takiej sytuacji dojść do różnicy zdań między rodzicami uprawnionymi do wykonywania praw małoletniego, jako pokrzywdzonego. Ze względu na możliwości – istniejące w tym postępowaniu szczególnym – odstąpienia od oskarżenia, pojednania oraz zawarcia ugody, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której jeden z przedstawicieli ustawowych małoletniego pokrzywdzonego podejmowałby kroki zmierzające do uzyskania wyroku skazującego, zaś drugi rodzic, któremu także służyłoby prawo do wykonywania praw małoletniego, zmierzałby do ugodowego zakończenia sporu, w takich właśnie krokach upatrując dobra dziecka. Każda z tych czynności w dacie jej wykonywania wywierałaby przewidziany przez przepisy prawa skutek. W istocie zatem drugi z rodziców mógłby zniweczyć działania pierwszego z rodziców. W razie zaś złożenia przez rodziców jednocześnie w imieniu małoletniego sprzecznych oświadczeń woli, żadne z nich nie odniosłoby skutku [por. np. J. Ignatowicz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzin-*

ny i opiekuńczy. Komentarz, Warszawa 2010, s. 881]. Szczególnego znaczenia taka rozbieżność ocen obu przedstawicieli ustawowych, uprawnionych do wykonywania praw małoletniego pokrzywdzonego, nabierałaby przy podejmowaniu innej decyzji, a mianowicie, czy złożyć w imieniu małoletniego wniosek o ściganie w wypadku popełnienia na jego szkodę przestępstwa wnioskowego. Jak wiadomo, przestępstwa wnioskowe naruszają dobra, które należą do osobistej sfery życia człowieka. W rezultacie, ingerencja organów ścigania wbrew woli pokrzywdzonego w tej kategorii spraw może prowadzić do szczególnie dolegliwej wtórnej wiktyimizacji, odczuwanej niejednokrotnie równie dotkliwie jak samo przestępstwo. Pamiętać też należy, że przyczyną wyodrębnienia przestępstw względnie wnioskowych była ochrona więzów rodzinnych, które na skutek ingerencji organów ścigania mogłyby zostać trwale zerwane (por. T. Gardocka, *Wniosek o ściganie osoby najbliższej*, NP 1980, Nr 2, s. 73–74). Dlatego także i w tej kategorii przestępstw (np. kradzież dokonana przez dziecko pełnoletnie na szkodę małoletniego brata lub siostry) oceny w zakresie ważenia dóbr dokonane przez każdego z przedstawicieli ustawowych małoletniego pokrzywdzonego mogą być zgoła rozbieżne.

Podsumowując tę część rozważań SN wskazał, że nie jest możliwe rozwiązanie wszystkich wyżej zarysowanych dylematów – związanych z reprezentacją małoletniego pokrzywdzonego przez jego przedstawicieli ustawowych, w wypadku popełnienia na jego szkodę przestępstwa przez osobę trzecią, a także przez innego niż rodzic członka rodziny – bez zastosowania wykładni systemowej i odwołania się do rozwiązań przewidzianych w art. 97 § 2 k.r.o. oraz w art. 98 § 2 pkt 1 i 2 w zw. z § 3 k.r.o.

W odniesieniu do problemu najściślej związanego z układem procesowym, który dał asumpt do wystąpienia przez sąd kasacyjny z pytaniem prawnym w niniejszej sprawie SN rozważył zagadnienie, czy interpretację art. 51 § 2 k.p.k. w kontekście systemowym, a więc z uwzględnieniem treści przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, być może należałoby odrzucić w szczególnej sytuacji, gdy przedstawicielem ustawowym małoletniego jest jeden z rodziców, zaś drugi rodzic występuje w sprawie w charakterze oskarżonego (podejrzanego).

Zgodnie z art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o., żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka przy czynnościach prawnych między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem, chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo że dotyczy należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania. Zgodnie zaś z § 3 art. 98 k.r.o., przepisy paragrafu poprzedzającego stosuje się odpowiednio w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym.

W piśmiennictwie wskazuje się, że pojęcia „czynności prawnych” na gruncie art. 98 § 2 pkt 2 k.r.o. nie można interpretować jedynie jako czynności o charakterze cywilnoprawnym i że może ono dotyczyć także czynności o charakterze karnoprawnym (por. np. W. Hazuka, *Wykonanie praw pokrzywdzonego małoletniego, gdy*

sprawcą przestępstwa jest jego przedstawiciel ustawowy lub opiekun, Problemy Praworządności 1972, Nr 10, s. 32). Po drugie, podkreśla się także to, że zawarty w 98 § 3 k.r.o. zakaz reprezentacji dziecka przez rodziców obowiązuje przed sądem oraz każdym organem państwowym (por. K. Gromek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, 3. wydanie, Warszawa 2009, s. 1442). Należy zatem przyjąć, że zakaz ten – *lege non distinguente* – odnosi się do każdego postępowania sądowego, a zatem również karnego, w sytuacji, gdy stroną przeciwną jest jeden z rodziców.

Wyłączenie uprawnienia każdego z rodziców do reprezentacji dziecka w oparciu o art. 98 § 2 pkt 2 i art. 98 § 3 k.r.o., a w konsekwencji wskazanie na kuratora ustanowionego przez sąd opiekuńczy, jako osobę uprawnioną na podstawie art. 99 k.r.o. do wykonywania praw małoletniego pokrzywdzonego, zaaprobowane zostało zarówno w artykułach, zamieszczanych w prasie specjalistycznej (por. W. Hazuka, *op. cit.*, s. 41; K. Dudka, *Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o ściganie przestępstwa popełnionego na szkodę małoletniego pokrzywdzonego*, Prok. i Pr. 2006, Nr 9, s. 111; A. Kaznowski, *Udział pokrzywdzonego małoletniego w procesie karnym*, Prok. i Pr. 2007, Nr 5, s. 79; A. Z. Krawiec, *Podmioty uprawnione do wykonywania praw małoletniego pokrzywdzonego w procesie karnym*, WPP 2008, Nr 2, s. 49), w przeglądach orzecznictwa (por. R. A. Stefański, *Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2003 r.*, WPP Nr 2, s. 103), komentarzach [por. R. A. Stefański (w:) Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2003, t. I, s. 446], a także w opracowaniach monograficznych, poświęconych poszczególnym instytucjom, mającym ścisły związek z wykonywaniem przez przedstawicieli ustawowych praw małoletniego pokrzywdzonego (por. J. Grajewski, *Ściganie na wniosek w polskim procesie karnym*, Gdańsk 1982, s. 143–144 – w odniesieniu do kwestii złożenia wniosku o ściganie, gdy sprawcą przestępstwa wnioskowego na szkodę małoletniego jest jeden z rodziców, oraz M. Lipczyńska, *Oskarżenie prywatne*, Warszawa 1977, s. 112 – w odniesieniu do kwestii wnoszenia i popierania prywatnoskargowego aktu oskarżenia przeciwko jednemu z rodziców przez małoletniego pokrzywdzonego).

Skład powiększony Sądu Najwyższego w pełni podzielił poglądy prezentowane w powołanym wyżej piśmiennictwie, mając na uwadze zarówno względy systemowe, jak i celowościowe. W sytuacji, gdy przedstawiciele ustawowi zaniedbują swe obowiązki lub z oczywistych przyczyn nie są zainteresowani tym, aby w imieniu małoletniego jego prawa wykonywać, to rażącą niekonsekwencję stanowiłoby zrezygnowanie z wykładni systemowej przy ustalaniu tych sytuacji, w których rodzice są wykluczeni od reprezentowania praw małoletniego pokrzywdzonego. Mając ten właśnie wzgląd na uwadze M. Lipczyńska (*op. cit.*, s. 112) zasadnie, zdaniem składu powiększonego, wywiodła – w odniesieniu do reprezentacji małoletniego przy oskarżeniu prywatnym – że „... w razie zaistnienia konfliktu między rodzicami, którzy nie mogą uzgodnić stanowisk, rozstrzygnięcie wydaje sąd opiekuńczy. Jeśli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka, zwłaszcza gdy proces toczy się

między rodzicami a dzieckiem (**lub jednym z rodziców a dzieckiem** – podkreśl. SN) – dziecko reprezentuje kurator, ustanowiony przez sąd opiekuńczy, celem dokonywania tych czynności w procesie (art. 99 k.r.o.)”.

Wyniki wykładni systemowej znajdują potwierdzenie w rezultatach wykładni celowościowej.

Prokurator Prokuratury Generalnej zasadnie wskazał we wniosku pisemnym na potrzebę zwrócenia uwagi na fakt, że zgodnie z teorią reprezentacji, która na gruncie prawa polskiego odpowiada konstrukcji przedstawicielstwa [por. np. B. Gawlik (w:) S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1985, s. 744; M. Pazdan (w:) Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2008, s. 468] – osobą działającą jest nie osoba zastąpiona (w tym wypadku małoletni), lecz przedstawiciel ustawowy. Zatem według stanu dotyczącego reprezentującego, a nie reprezentowanego, ocenia się całokształt okoliczności związanych z podejmowaniem w imieniu dziecka czynności prawnych [por. J. Ignatowicz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, op. cit.*, s. 880]. Oceniając więc układ procesowy występujący w przedstawionym pytaniu prawnym, jak i każdy inny układ procesowy, w którym jeden z rodziców reprezentowałby uprawnienia małoletniego w procesie karnym przeciwko drugiemu z rodziców, należy mieć na względzie, iż w wypadku, gdy jeden z rodziców dziecka występuje *de facto* jako przeciwnik procesowy drugiego rodzica, zachodzić musi uzasadniona obawa związana z trudnością dokonania przez niego obiektywnej oceny sytuacji, mającej przede wszystkim na względzie interes dziecka, a nie swój własny. W konsekwencji, gdyby nie możliwość skorzystania w takich układach procesowych, poprzez odesłanie systemowe, z rozwiązania przewidzianego w art. 98 § 3 k.r.o. i art. 99 k.r.o., interesy własne jednego z rodziców mogłyby niejednokrotnie przeważyć nad dobrem pokrzywdzonego dziecka.

Kierowanie się dobrem dziecka stanowi zaś niewątpliwie nie tylko cel unormowań przewidzianych w art. 98 § 2 pkt 2 i w art. 98 § 3 k.r.o., ale także i w art. 51 § 2 k.p.k. (por. R. A. Stefański, *Przeгляд uchwał...*, *op. cit.*, s. 103; K. Dudka, *op. cit.*, s. 111).

Zastosowania rozwiązania, za którym opowiada się w niniejszej uchwale powiększony skład Sądu Najwyższego, wymaga również dobro rodziny i potrzeba zapobieżenia możliwości jej rozkładu, do którego często prowadzi zbyt pochopne, niepremyślane, czy wręcz instrumentalne (np. mające na celu „podbudowanie” sprawy rozwodowej, opiekuńczej lub tzw. mieszkaniowej) podejmowanie przez rodzica reprezentującego interesy dziecka, czynności skierowanych przeciwko małżonkowi, a jednocześnie drugiemu rodzicowi, mających na celu uruchomienie lub kontynuowanie funkcji ścigania (prywatnoskargowy lub subsydiarny akt oskarżenia, złożenie wniosku o ściganie przestępstwa wnioskowego). Idzie przy tym przede wszystkim o ochronę więzów rodzinnych pomiędzy małoletnim a rodzicem, przeciwko któremu skierowane byłoby zbyt pochopne lub wręcz instrumentalne oskarżenie.

Interes małoletniego pokrzywdzonego bez wątpienia nie dozna natomiast uszczerbku, gdy organ ścigania – po powzięciu z urzędu wiadomości o popełnieniu przez jednego z rodziców przestępstwa na szkodę małoletniego lub po złożeniu zawiadomienia o popełnieniu takiego przestępstwa przez drugiego z rodziców (złożyć takie zawiadomienie drugi z rodziców może działając w swoim imieniu, a nie jako przedstawiciel ustawy o małoletniego) bądź to wyda postanowienie o wszczęciu postępowania (możliwość taka istnieje także w wypadku przestępstw prywatnoskargowych – art. 60 k.p.k.), bądź – jeśli niezbędne okaże się złożenie wniosku o ściganie lub organ uzna, że interes społeczny nie wymaga wszczęcia postępowania przez prokuratora w sprawie prywatnoskargowej – wystąpi o ustanowienie kuratora w pierwszym z tych wypadków, a rozważy zasadność takiego wystąpienia w drugim wypadku. Gdyby zaś, kierując się okolicznościami sprawy i własną oceną dobra małoletniego, wniosku takiego nie złożył organ ścigania, nic nie stoi na przeszkodzie, aby z wnioskiem o ustanowienie kuratora wystąpił rodzic, który jest zdania, że drugi z rodziców popełnił przestępstwo na szkodę małoletniego, a oceny organu ścigania są wadliwe. Sąd opiekuńczy powinien, na podstawie art. 99 k.r.o., ustanowić kuratora, ten zaś rozważyć zadecydować o ewentualnym złożeniu w imieniu małoletniego prywatnoskargowego aktu oskarżenia lub wniosku o ściganie.

Wykonując tę czynność kurator powinien mieć na uwadze wyłącznie dobro małoletniego, którego reprezentuje, oceniane we wszystkich, wyżej już sygnalizowanych aspektach, w tym ochrony więzów rodzinnych, a nawet tzw. wtórnej wiktymizacji (por. W. Hazuka, *op. cit.*, s. 41–42; J. Grajewski; *op. cit.*, s. 143–144).

Na zakończenie SN zasygnalizował, że:

Po pierwsze, jeśli przyjąć, że – z uwagi na uwarunkowania systemowe i konieczność odwołania się przy interpretacji art. 51 § 2 k.p.k. do treści art. 98 § 2 i § 3 k.r.o. – jeden z rodziców małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, gdy oskarżonym jest drugi z rodziców, to w konsekwencji przyjąć również należy, iż z sytuacją taką mamy do czynienia niezależnie od tego, czy oskarżonym jest rodzic, któremu przysługuje, czy też nie przysługuje władza rodzicielska. Należy mieć bowiem na względzie zarówno to, że wszelkiego rodzaju ograniczenia władzy rodzicielskiej nie zrywają samych więzów krwi i nie unicestwiają faktu rodzicielstwa, jak i kategoryczne brzmienie art. 98 § 2 i § 3 k.r.o. Właśnie ze względu na kategoryczne brzmienie odnośnych przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, zasady w nich określone obowiązują, choćby *in concreto* żadne niebezpieczeństwo sprzeczności interesów nie występowało i odnoszą się także do tego z rodziców, któremu przysługuje władza rodzicielska także wówczas, gdy drugiemu z rodziców władza ta nie przysługuje [por. J. Ignatowicz (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, op. cit.*, s. 884].

Po drugie, treść art. 98 § 2 pkt 2 *in fine* k.r.o. – zgodnie z którym to unormowaniem wyłączenie możliwości reprezentacji dziecka przez jednego z rodziców nie dotyczy czynności dotyczących należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania – oraz wielokrotnie już eksponowana w niniejszej uchwale potrzeba zachowania konsekwencji w odesłaniu systemowym, przemawiają za odmiennym spojrzeniem na możliwość złożenia wniosku o ściganie w imieniu małoletniego pokrzywdzonego przez jednego z rodziców w wypadku popełnienia przez drugiego z rodziców występku określonego w art. 209 § 1 Kodeksu karnego, czyli tzw. przestępstwa niealimentacji.

Po trzecie wreszcie, w związku z tym fragmentem uzasadnienia postanowienia składu zwykłego, w którym stwierdzono, że wypowiedzenie się powiększonego składu Sądu Najwyższego pozwoli zarówno na usunięcie wątpliwości co do relacji między przepisami art. 51 § 2 k.p.k. i art. 98 § 2 pkt 2 i § 3 k.r.o., jak i na „... właściwe zakwalifikowanie uchybienia wskazanego w kasacji”, zauważyć należy, że zagadnieniem odrębnym od przesądzonego w tezie niniejszej uchwały jest to, jakie konsekwencje pociąga za sobą zapatrywanie, iż rodzic małoletniego nie może, działając w charakterze przedstawiciela ustawowego, wykonywać praw tego małoletniego jako pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, jeżeli oskarżonym jest drugi z rodziców. Należy bowiem pamiętać o tym, że w sytuacji procesowej, która stanowiła kanwę wystąpienia z zagadnieniem prawnym, prawidłowe ujęcie ról procesowych nakazuje przyjąć, że oskarżycielem prywatnym jest małoletnia P., nie zaś ewentualny reprezentant, to jest kurator, który tylko wykonywałby jej prawa jako oskarżyciela prywatnego. Odrębnym zatem problemem jest to, czy w wypadku braku należytej reprezentacji małoletniego pokrzywdzonego można mówić o „braku skargi uprawnionego oskarżyciela” (art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k.) lub „braku wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej” (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.).

Tak sformułowanego zagadnienia prawnego skład zwykły nie przedstawił jednak składowi powiększonemu Sądu Najwyższego. Zatem, respektując regułę, iż rozstrzygając wątpliwości przedstawione w trybie art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym skład powiększony tego Sądu nie może rozszerzać ram przedstawionego pytania w taki sposób, iż dokonywałby wykładni przepisów, o interpretację których nie zwrócił się sąd zadający pytanie prawne, wypada poprzestać jedynie na tej sygnalizacji.

Uchwała połączonych Izb Sądu Najwyższego (Izby Cywilnej oraz Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych) z dnia 22 listopada 2011 r. (sygn. akt III CZP 38/11)

Sąd Najwyższy na posiedzeniu niejawnym w dniu 22 listopada 2011 r., przy udziale Zastępcy Prokuratora Generalnego Roberta Hernanda, po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego we wniosku z dnia 23 maja 2011 r., BSA 1-4110-4/11:

„Czy brak pouczenia lub błędne pouczenie strony (uczestnika) postępowania działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia w sprawie cywilnej powoduje, że termin do wniesienia tego środka nie rozpoczyna biegu?”
podjął uchwałę:

„Niepouczenie albo błędne pouczenie strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nie ma wpływu na rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia tego środka.”

Uzasadnienie

Przedstawiając przytoczone zagadnienie prawne na podstawie art. 60 § 1 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.), Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego wskazał, że kwestia skutków naruszenia przez sąd obowiązku pouczenia strony (uczestnika) postępowania sposobie zaskarżania orzeczeń sądowych jest różnie rozstrzygana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Według jednego nurtu orzecznictwa, w razie niepouczenia lub błędnego pouczenia strony (uczestnika) działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia sąd nie może odrzucić środka zaskarżenia, a termin do jego wniesienia nie rozpoczyna biegu (uchwała Sądu Najwyższego Izby Cywilnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 6 marca 1972 r., III CZP 27/71, OSNC 1973, Nr 1, poz. 1 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1997 r., I PZ 18/97, OSNP 1998, Nr 11, poz. 333, z dnia 17 listopada 2009 r., II CZ 93/09, OSNC 2010, Nr 6, poz. 91 i z dnia 12 lutego 2010 r., I CZ 116/09, niepubl.). W myśl innego nurtu orzecznictwa Sądu Najwyższego niepouczenie lub błędne pouczenie nie stanowi przeszkody do odrzucenia środka zaskarżenia, może natomiast stanowić podstawę wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia środka zaskarżenia

(uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2007 r., III CZP 34/07, OSNC 2008, Nr 7–8, poz. 71 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1997 r., III KKN 389/97, i z dnia 22 lipca 2010 r., CZ 53/10, niepubl.).

Zdaniem Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, za pierwszym stanowiskiem przemawia wzgląd na potrzebę ochrony konstytucyjnego prawa do sądu, obejmującego prawo do zaskarżania orzeczeń. Odrzucenie środka zaskarżenia, spowodowane zachowaniem strony, która polegała na mylnej treści pouczenia sądu lub działała na skutek zaniechania sądu bez pouczenia, prawo to istotnie ogranicza. Rozwiązanie to eliminuje konieczność podejmowania zarówno przez stronę, jak i przez sąd dalszych czynności procesowych. Ważne argumenty przemawiają jednak także za drugim stanowiskiem. Korzystając z prawa do sądu, strona (uczestnik) nie może zasłaniać się niezajomością obowiązującego prawa, należycie ustanowionego i ogłoszonego. Samo pouczenie nie warunkuje też skuteczności ogłoszenia lub doręczenia orzeczenia, wyznaczających ustawowo określony początek biegu terminu do zaskarżenia orzeczenia. Dopuszczenie do rozpoznania środka zaskarżenia, który został wniesiony z uchybieniem – nawet niezawinionym – prawa procesowego przeczyłoby nie tylko idei państwa prawnego, ale także naruszałoby konstytucyjną zasadę, że postępowanie przed sądem określają ustawy. Mogłoby ono również utrudniać uzyskanie prawomocnego orzeczenia w rozsądnym terminie i stwarzać pozór naruszenia bezstronności sądu, niesłużące umacnianiu zaufania do państwa i autorytetu władzy sądowej.

Prokurator Generalny opowiedział się za drugim stanowiskiem.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

I. Kwestia skutków niepouczenia strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika lub rzecznika patentowego o sposobie zaskarżania orzeczeń sądowych nie jest jednolicie rozstrzygana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 3 maja 1966 r., III CO 12/66 (OSNC 1966, Nr 11, poz. 182) Sąd Najwyższy, rozstrzygając zagadnienie prawne, czy doręczenie stronie działającej bez adwokata wydane go na posiedzeniu niejawnym postanowienia bez pouczenia przewidzianego w art. 357 § 2 k.p.c. rozpoczyna bieg terminu do wniesienia zażalenia, orzekł, że termin do wniesienia zażalenia na postanowienie wydane na posiedzeniu niejawnym nie rozpoczyna biegu dla strony występującej w sprawie bez adwokata przed doręczeniem pouczenia o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia, przewidzianego w art. 357 § 2 k.p.c. Sąd Najwyższy przyjął, że w rozumieniu art. 394 § 2 k.p.c. doręczenie postanowienia, od którego liczy się początek biegu terminu do wniesienia zażalenia, obejmuje, mimo dosłownego brzmienia tego zwrotu, także pouczenie przewidziane w art. 357 § 2 zdanie drugie k.p.c. Doręczenie postanowienia, dokonane bez wspomnianego pouczenia, jest zatem nieskuteczne i nie rozpoczyna biegu terminu do wniesienia środka odwoławczego.

Zdaniem Sądu Najwyższego, za przyjętą wykładnią przemawiają założenia Kodeksu postępowania cywilnego, który przywiązuje szczególną wagę – o czym świadczy lokata w tytule wstępnym art. 5 k.p.c. – do nałożonego na sąd obowiązku udzielania stronom postępowania występującym bez adwokata niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych. Zamieszczenie w Kodeksie postępowania cywilnego także szczególnego przepisu przewidującego – w zakresie dotyczącym środków zaskarżenia – obowiązek pouczenia strony występującej bez adwokata o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia takiego środka świadczy ponadto o tym, że celem ustawodawcy było zapewnienie stronie dalej idącej ochrony niż wynikająca z art. 5 k.p.c. Możliwość żądania przez stronę przywrócenia uchybionego terminu nie stanowi – w myśl omawianej uchwały Sądu Najwyższego – argumentu przeciwko przyjętemu rozstrzygnięciu, przywrócenie terminu (art. 168 k.p.c.) nie zawsze bowiem – ze względu na przewidziane w art. 169 § 1 k.p.c. wymaganie zachowania terminu do złożenia wniosku – byłoby w stanie zapobiec ujemnym skutkom niedokonania przez stronę występującą bez adwokata czynności procesowej w terminie. Dostrzegając, że przyjęte rozstrzygnięcie może prowadzić do przewlekłości postępowania umożliwia bowiem wniesienie środka zaskarżenia nawet po upływie dłuższego czasu, Sąd Najwyższy uznał, iż taki argument nie może mieć rozstrzygającego znaczenia.

Do zapoczątkowanego tą uchwałą nurtu orzecznictwa należy postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 1997 r., I PZ 18/97 (OSNP 1998, Nr 11, poz. 333), w którym uznano, że doręczenie stronie wydanego na posiedzeniu niejawnym postanowienia kończącego postępowanie w sprawie bez pouczenia o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia (art. 357 § 2 k.p.c.) powoduje, iż termin do wniesienia kasacji od tego postanowienia nie rozpoczyna biegu. Wyrazem aprobaty tego kierunku orzecznictwa są także postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2000 r., I CKN 1279/99 i z dnia 19 grudnia 2006 r., VCZ 104/06 (niepubl.).

W judykaturze Sądu Najwyższego dominuje jednak pogląd, że niepouczenie strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie zaskarżenia orzeczenia nie ma wpływu na rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia środka zaskarżenia, a może jedynie uzasadniać wniosek o przywrócenie uchybionego terminu do wniesienia środka zaskarżenia. Jego podstawę stanowi wyraźne brzmienie przepisów regulujących bieg terminów do wniesienia środka zaskarżenia, uzależniających rozpoczęcie biegu tego terminu od określonego zdarzenia, którym jest doręczenie stronie orzeczenia, a nie pouczenia. Stanowisko takie zostało zajęte w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2007 r., III CZP 34/07 (OSNC 2008, Nr 7-8, poz. 71) oraz w postanowieniach Sądu Najwyższego z dnia 30 września 1998 r., I CKN 375/98 (niepubl.), z dnia 21 grudnia 2001 r., I PZ 94/01 (niepubl.), z dnia 23 czerwca 2004 r., V CZ 55/04 (niepubl.), z dnia 14 kwietnia 2008 r., II UZ 28/07

(OSNP 2009, Nr 15-16, poz. 214), z dnia 16 lipca 2008 r., II CZ 43/08 (niepubl.), z dnia 18 listopada 2009 r., II CZ 65/09 (niepubl.) i z dnia 14 grudnia 2010 r., I PZ 34/10 (niepubl.).

II. Kwestia skutków błędnego pouczenia strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika lub rzecznika patentowego o sposobie zaskarżania orzeczeń była w orzecznictwie Sądu Najwyższego do niedawna rozstrzygana jednolicie. Przyjmowano, że błędne pouczenie może uzasadniać jedynie żądanie przywrócenia uchybionego terminu, ponieważ wadliwa czynność sądu nie może prowadzić do modyfikacji terminu ustawowego. Stanowisko to znalazło wyraz w postanowieniach Sądu Najwyższego z dnia 5 września 1997 r., III CKN 398/97 (niepubl.), z dnia 19 grudnia 1997 r., II CZ 149/97 (niepubl.), z dnia 4 listopada 1998 r., I CKN 740/98 (niepubl.), z dnia 11 marca 2003 r., V CZ 16/03 (niepubl.), z dnia 18 stycznia 2006 r., II PZ 62/05 (niepubl.) i z dnia 25 sierpnia 2010 r., II UZ 16/10 (niepubl.).

Pojawił się także pogląd, przyjmujący, że wprawdzie błędne pouczenie nie ma wpływu na rozpoczęcie biegu terminu do zaskarżenia orzeczenia, jednakże sąd nie może odrzucić środka zaskarżenia, jeżeli został wniesiony w terminie przez niego wskazanym. W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2009 r., II CZ 93/09 (OSNC 2010, Nr 6, poz. 91) uznano, że w razie doręczenia pozwanemu działającemu bez zawodowego pełnomocnika odpisu nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu upominawczym z pouczeniem jedynie o możliwości wniesienia sprzeciwu, nie jest dopuszczalne odrzucenie, z powodu niezachowania terminu, zażalenia na rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zawarte w nakazie, wniesionego w terminie przewidzianym dla sprzeciwu. Rozstrzygnięcie to zostało oparte na założeniu, że błędne pouczenie strony jedynie o prawie wniesienia sprzeciwu bez możliwości zakwestionowania samego rozstrzygnięcia o kosztach postępowania zażaleniem sprawia, iż strona nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do takiego pouczenia. Podkreślono, że przyjęte rozstrzygnięcie uwzględnia interes obu stron, zasady ekonomii procesowej oraz interes społeczny i dobro wymiaru sprawiedliwości. Strona nie jest zmuszona do podejmowania jakichkolwiek innych czynności procesowych, które mogłyby okazać się nieskuteczne i wymagałyby wydania przez sąd kilku orzeczeń. Wyeliminowany jest także element niepewności co do prawomocności orzeczenia dotyczącego istoty sprawy, a wniesiony środek zaskarżenia podlega rozpoznaniu według prawidłowych reguł dotyczących zażalenia, a nie sprzeciwu.

W omawianym postanowieniu Sąd Najwyższy wykorzystał ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, że w razie odrzucenia pozwu, apelacji, skargi kasacyjnej (kasacji) lub umorzenia postępowania wyrokiem środek odwoławczy podlega rozpoznaniu jako zażalenie również wtedy, gdy skarżący nazwał go inaczej i nie może być odrzucony z powodu niezachowania terminu do wniesienia zażalenia (por. uchwałę Sądu Najwyższego Izby Cywilnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych

z dnia 6 marca 1972 r., III CZP 27/71, OSNC 1973, Nr 1, poz. 1, uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1995 r., III CZP 138/95, OSNC 1996, Nr 2, poz. 20 oraz postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1976 r., II CZ 23/76, OSNC 1977, Nr 3, poz. 51, z dnia 8 marca 2004 r., I PZ 8/04, OSNP 2005, Nr 1, poz. 9 i z dnia 25 listopada 2010 r., II PZ 37/10, niepubl.). Stanowisko to ukształtowało się pod wpływem przytoczonej uchwały Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 1972 r., III CZP 27/71, w której orzeczono – rozstrzygając jednak kwestię konsekwencji wniesienia przez stronę środka odwoławczego dostosowanego do nadanej przez sąd rozstrzygnięciu wadliwej formy – że w razie odrzucenia pozwu wyrokiem środek odwoławczy podlega rozpoznaniu jako zażalenie również wtedy, gdy skarżący nazwał go rewizją i nie może być odrzucony z powodu niezachowania terminu przewidzianego w art. 394 § 2 k.p.c. W uchwale tej przyjęto zasadę, że o rodzaju środka odwoławczego decyduje treść rozstrzygnięcia, a nie jego forma. Dostrzegając jednak, że strona działająca w zaufaniu do sądu nie powinna ponosić ujemnych skutków jego omyłki, uznano, iż jeżeli strona wniesie w terminie środek zaskarżenia odpowiedni do błędnie nadanej rozstrzygnięciu formy, to nie może on zostać odrzucony z powodu upływu terminu do wniesienia właściwego środka zaskarżenia. Istotne jest jednak to, aby strona wniosła ten środek zaskarżenia w terminie wymaganym dla środka zaskarżenia, który błędnie uznała za właściwy.

III. Wpływ niepouczenia lub błędnego pouczenia strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia na bieg terminu do wniesienia tego środka budzi również kontrowersje w literaturze, dominuje jednak pogląd, że zarówno niepouczenie, jak i błędne pouczenie nie wpływają na bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia, lecz mogą jedynie uzasadniać wniosek o przywrócenie uchybionego terminu. Podkreśla się, że doręczenie orzeczenia bez stosownego pouczenia nie oznacza wadliwości doręczenia orzeczenia, ponieważ doręczenie orzeczenia i doręczenie pouczenia stanowią odrębne czynności procesowe. Krytycy uchwały Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1966 r., III CO 12/66, zarzucili, że idzie ona za daleko, nie licząc się z konsekwencjami polegającymi na tym, iż takie orzeczenie może się nigdy nie uprawomocnić. Niepouczenie strony o sposobie zaskarżenia może zatem uzasadniać jedynie wniosek o przywrócenie uchybionego terminu do zaskarżenia orzeczenia.

W literaturze wyrażono także odmienne poglądy. Zdaniem jednego z autorów, jedynie niepouczenie strony o sposobie zaskarżenia powoduje, że termin do wniesienia środka zaskarżenia nie rozpoczyna biegu, udzielenie zaś stronie błędnego pouczenia nie ma wpływu na bieg terminu do zaskarżenia orzeczenia, a może tylko uzasadniać wniosek o przywrócenie terminu. Podzielający uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1966 r., III CO 12/66, wskazywali, że odpowiada ona w pełni zasadzie równości stron i zmierza od zapewnienia im możliwości obrony swych

praw. Wyrażono także pogląd, że rozwiązanie przyznające stronie błędnie pouczonej o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia orzeczenia jedynie prawo do żądania przywrócenia uchybionego terminu prowadzi do obciążenia strony konsekwencjami błędu sądu, czego nie można pogodzić z gwarancyjnym charakterem zasady działania w zaufaniu do sądu.

IV. Kodeks postępowania cywilnego zawiera wiele przepisów regulujących udzielanie stronie postępowania pouczeń co do czynności prawnych. Aktywność informacyjna sądu nie stanowi jednak, choć przywiązuje się do niej dużą wagę, zasady postępowania cywilnego, jest jednak jedną z gwarancji równouprawnienia stron postępowania. Obecnie art. 5 k.p.c. – na skutek nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 172, poz. 1804) – nie nakłada na sąd obowiązku udzielania stronie postępowania występującej bez adwokata lub radcy prawnego niezbędnych pouczeń co do czynności procesowych, lecz przyznaje sądowi uprawnienie do udzielania takich pouczeń w razie uzasadnionej potrzeby. Jednakże regulacje szczegółowe, zwłaszcza dotyczące udzielania pouczenia stronie postępowania działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nadal przewidują obowiązek udzielenia tego pouczenia (art. 327 § 1, art. 357 § 2 zdanie drugie, art. 502 § 2 k.p.c.).

Przewidziany w Kodeksie postępowania cywilnego szeroki zakres aktywności informacyjnej sądu uzasadniano realizacją materialnej równości stron i zasadą działania sądu z urzędu. Nie miał on odpowiednika w Kodeksie postępowania cywilnego z 1930 r., który zgodnie z art. 384 § 2 i 3 stanowił, że sąd – jedynie przed sądami grodzkimi, gdzie nie było obowiązkowego zastępstwa procesowego – stosownie do okoliczności zwróci powodowi uwagę bądź na niedopuszczalność powództwa z przyczyn formalnych, bądź na oczywistą jego bezzasadność, a stronie działającej bez adwokata, w razie potrzeby udzieli wskazówek o terminach czynności procesowych, zwłaszcza o terminie apelacji lub zażalenia. Według piśmiennictwa z okresu obowiązywania Kodeksu postępowania cywilnego z 1930 r., przytoczone przepisy miały zapobiegać przede wszystkim temu, aby strona działająca bez adwokata nie ponosiła niezawinionych ujemnych skutków swoich działań lub zaniechań w postępowaniu sądowym.

V. Ocena argumentów, przedstawionych w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego daje zdecydowanie mocniejsze podstawy do rozstrzygnięcia, że niepouczenie lub błędne pouczenie o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nie ma wpływu na bieg terminu do wniesienia tego środka.

Termin do wniesienia środka zaskarżenia jest terminem ustawowym; nie może on zostać skrócony ani wydłużony na podstawie decyzji organu procesowego lub w drodze czynności strony. Przepisy ustawowe wyznaczają zatem zarówno począ-

tek, jak i koniec biegu tego terminu. Wniesienie środka zaskarżenia w przewidzianym przez ustawę terminie stanowi jedno z istotnych wymagań prawnych, które muszą być dochowane przez podmiot postępowania cywilnego, aby czynność procesowa spowodowała przewidziany prawem skutek. Prawo procesowe nie przewiduje żadnych modyfikacji terminu do wniesienia środka zaskarżenia, zwłaszcza uzależnionych od niepouczenia lub błędnego pouczenia strony występującej bez profesjonalnego pełnomocnika lub rzecznika patentowego o sposobie zaskarżenia orzeczenia.

Wykładnia art. 167 k.p.c. prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wniesienie środka zaskarżenia po upływie ustawowego terminu powoduje bezskuteczność tej czynności procesowej. O wystąpieniu tego skutku decyduje wyłącznie chwila faktycznego dokonania czynności procesowej; następuje on samoistnie, choćby strona dokonała spóźnionej czynności procesowej z powodu niepouczenia lub błędnego pouczenia przez sąd. Czynność zaskarżenia nie może ulec już konwalidacji, środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia podlega więc odrzuceniu.

Za orzecznictwem przyjmującym, że zarówno niepouczenie, jak i błędne pouczenie strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia nie ma wpływu na bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia, a może jedynie uzasadniać wniosek o przywrócenie uchybionego terminu do jego wniesienia, przemawia także wyraźne brzmienie przepisów, które rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia środka zaskarżenia uzależniają od doręczenia lub ogłoszenia orzeczenia (art. 369 § 1, art. 394 § 2, art. 398⁵ § 1 k.p.c.), a nie od dokonania stosownego pouczenia. Najwyraźniej widać to w wypadku obowiązku udzielenia pouczenia na posiedzeniu jawnym (art. 327 § 1 k.p.c.), gdyż pouczenie następuje tu w zupełnie innej chwili niż rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia środka zaskarżenia. Samo pouczenie i doręczenie lub ogłoszenie orzeczenia stanowią odrębne czynności procesowe. Podobnie jest także w razie doręczenia orzeczenia z pouczeniem; stylizacja odpowiednich przepisów wyraźnie oddziela doręczenie od pouczenia. Przykładem jest sformułowanie art. 357 § 2 zdanie drugie k.p.c. („gdy stronie przysługuje środek zaskarżenia, postanowienie należy doręczyć z uzasadnieniem; doręczając postanowienie, należy pouczyć stronę występującą bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o dopuszczalności, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia”). Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że doręczenie orzeczenia bez pouczenia nie stanowi doręczenia rozpoczynającego bieg terminu do wniesienia środka zaskarżenia.

Przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby, że doręczone orzeczenie bez pouczenia nie mogłoby się uprawomocnić, ponieważ termin do wniesienia środka zaskarżenia nie rozpoczął biegu. Mogłoby to wprowadzać niepewność w stosunkach prawnych, gdyż możliwe byłoby zaskarżenie orzeczenia nawet po długim czasie od jego wydania. Rozwiązanie, że zaniechanie stosownego po-

uczenia strony o sposobie zaskarżenia orzeczenia powoduje, iż termin do wniesienia środka zaskarżenia nie rozpoczyna biegu mogłoby więc prowadzić do naruszenia pewności prawa i prawa strony do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie.

Przyjęte rozstrzygnięcie wspierają wyrażane w literaturze i orzecznictwie trafne poglądy, że uzależnione od doręczenia orzeczenia terminy do wniesienia środka zaskarżenia nie mogą rozpocząć biegu w wypadku wadliwego doręczenia. O wadliwym doręczeniu można jednak mówić tylko wtedy, gdy naruszono przepisy o doręczeniach (art. 131–147 k.p.c.), a nie gdy doręczono orzeczenie bez odpowiedniego pouczenia (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 1960 r., I CZ 3/59, OSPiKA 1960, Nr 1, poz. 9).

Warto także wskazać, że w obecnym stanie prawnym sąd nie ma już obowiązku wyręczania stron w podejmowaniu stosownych czynności procesowych. Uległ też ograniczeniu – na skutek nowelizacji art. 5 k.p.c. – zakres obowiązku informacyjnego sądu. Przyjęcie kontradyktoryjnego modelu postępowania cywilnego oznacza, że inicjatywa stron stanowi podstawowy impuls do podejmowania czynności w toku tego postępowania. Rozwiązanie przyjmujące, że termin do wniesienia środka zaskarżenia nie rozpoczyna biegu, jeżeli stronie nie udzielono stosownego pouczenia, mogłoby prowadzić do sytuacji, w której termin do zaskarżenia nie biegnie, mimo że strona, która nie została pouczona, nie miała nawet zamiaru wnosić środka zaskarżenia. Wprowadzenie tak dalekiego rozwiązania ochronnego, wbrew woli strony, byłoby pozbawione racjonalnego uzasadnienia.

Argumentu przemawiającego na rzecz przyjętego rozwiązania dostarcza także orzecznictwo w sprawach o przywrócenie terminu. Przyjmuje się, że brak winy strony w dokonaniu czynności procesowej w terminie, polegający na wystąpieniu przeszkody niezależnej od woli strony, może zachodzić także wówczas, gdy stronie nie udzielono stosownego pouczenia o sposobie zaskarżenia orzeczenia lub w razie błędnego zrozumienia takiego pouczenia, np. z powodu choroby (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 1978 r., I CZ 145/77, niepubl. i z dnia 5 stycznia 2006 r., I UZ 38/05, OSNP 2007, Nr 1–2, poz. 32). Należy jednak podkreślić, że sam fakt nieudzielenia pouczenia o sposobie zaskarżenia orzeczenia nie może stanowić przesłanki uzasadniającej przywrócenie terminu. W każdej sprawie konieczna jest ocena, czy strona nie ponosi winy za niedokonanie czynności procesowej w terminie. Nie można bowiem wykluczyć, że mimo nieudzielenia jej stosownego pouczenia, znała ona sposób zaskarżenia orzeczenia.

Argumentów podważających przyjęte rozstrzygnięcie nie dostarcza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 2009 r., II CZ 93/09. Wprawdzie nie można nie docenić pragmatyzmu tego orzeczenia, jednakże traktowanie spóźnionego środka zaskarżenia jako wniesionego w terminie pozostaje w sprzeczności z art. 167 k.p.c. i prowadzi do nieprzewidzianej przez prawo procesowe modyfikacji biegu ustawowego terminu do zaskarżenia orzeczenia. Ponadto koncepcja roz-

strzygnięcia, związana ściśle ze specyfiką konkretnej sprawy, ma ograniczony zakres i nie może służyć do generalnego rozwiązania kwestii skutków błędnego pouczenia strony o środkach zaskarżenia orzeczenia.

Przeciwko przyjętemu rozstrzygnięciu nie przemawia także konieczność poszanowania konstytucyjne zagwarantowanych praw stronie postępowania cywilnego. Niepouczenie ani błędne pouczenie strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego o sposobie zaskarżenia orzeczenia nie niweczą prawa strony do zaskarżenia orzeczenia (art. 78 Konstytucji), prawa do drugiej instancji (art. 45 ust. 1 w zw. z art. 176 ust. 1 Konstytucji) lub prawa do rzetelnej procedury (art. 45 ust. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji), przywrócenie terminu pozwala bowiem stronie wzruszyć skutki upływu terminu, któremu uchybiła na skutek nieudzielenia jej stosownego pouczenia. Przepis art. 176 Konstytucji dopuszcza ustanawianie terminów, wymagań proceduralnych i fiskalnych dla środków zaskarżenia, których niezachowanie może powodować utratę prawa do drugiej instancji, chyba że ograniczenia posuwają się aż do przekreślenia jego istoty. Co więcej, ustawa może określać także wyjątki od zasady zaskarżalności i sposób zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 zdanie drugie Konstytucji). W literaturze podnosi się, że art. 78 zdanie drugie Konstytucji dopuszcza nawet ingerencję ustawodawcy w istotę prawa do zaskarżenia, stanowi więc *lex specialis* w stosunku do art. 31 ust. 3 zdanie drugie Konstytucji, chociaż przepisy wyłączające prawo do zaskarżenia w oznaczonych wypadkach powinny być interpretowane ściśle, opierać się na szczególnych przesłankach interesu publicznego i szanować zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji). Konstytucja pozwala zatem ustawodawcy wprowadzać ograniczenia w zakresie procedur sądowych, nie jest ona natomiast źródłem takich norm, które dałoby się samoistnie zastosować jako podstawę modyfikacji ustawowego terminu do wniesienia środka zaskarżenia, zwłaszcza polegającej na przyjęciu, że termin ten nie rozpoczyna biegu, jeżeli strony działającej bez adwokata, radcy prawnego lub rzecznika patentowego nie pouczono albo błędnie pouczono o sposobie zaskarżenia orzeczenia.

Z przedstawionych powodów Sąd Najwyższy orzekł, jak w uchwale.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2011 r. (III CZP 39/11)

Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa M. przeciwko W. o uchylenie obowiązku alimentacyjnego, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 13 lipca 2011 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy w R. postanowieniem z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt I Ca 128/11:

„Czy obowiązek alimentacyjny pomiędzy małżonkami orzeczony w trakcie trwania małżeństwa na podstawie art. 27 k.r.o. wygasa na skutek orzeczenia rozwodu, czy też ulega jedynie przekształceniu i jest nadal kontynuowany na zasadach określonych w art. 60 k.r.o.?”

podjął uchwałę:

„Z chwilą uprawomocnienia się wyroku orzekającego rozwód obowiązek małżonków przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny (art. 27 k.r.o.) wygasa.”

Uzasadnienie

Powód M. w pozwie skierowanym przeciwko pozwanej W. domagał się ustalenia wygaśnięcia – z dniem 2 grudnia 2004 r. – obowiązku alimentacyjnego w wysokości po 250 zł miesięcznie, orzeczonego na podstawie art. 27 k.r.o., ciężącego na nim mocą prawomocnego wyroku Sądu Rejonowego w R. z dnia 15 marca 2004 r. Twierdził, że obowiązek alimentacyjny względem pozwanej ustał z chwilą uprawomocnienia się wyroku orzekającego rozwód małżeństwa stron.

Pozwana uznała powództwo co do zasady, zarzucając jednak, że ustanie obowiązku alimentacyjnego nastąpiło z dniem 14 marca 2009 r., tj. w chwili zawarcia przez nią kolejnego związku małżeńskiego.

Sąd Rejonowy w Ł. „uchylił” obowiązek alimentacyjny powoda względem pozwanej z dniem wskazanym przez pozwaną i w pozostałej części powództwo oddalił. Przyjął, że prawomocne orzeczenie rozwodu nie pozbawia mocy wyroku zasądzającego alimenty od jednego z małżonków na rzecz drugiego, cel bowiem i społeczne znaczenie małżeństwa wymaga, aby niektóre konsekwencje jego zawarcia – w tym obowiązek alimentacyjny między małżonkami – trwały także po rozwodzie. W ocenie Sądu pierwszej instancji, dopiero gdyby na skutek rozwodu upadła przesłanka dalszego świadczenia alimentów, np. uprawniony zostałby uznany za wyłącznie winnego rozkładu pożycia, ograniczenie czasu trwania obowiązku alimentacyjnego byłoby uzasadnione.

Rozpoznając sprawę na skutek apelacji powoda, Sąd Okręgowy w R. powziął poważne wątpliwości, którym dał wyraz w przedstawionym do rozstrzygnięcia zagadnieniu prawnym.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 23 k.r.o., małżonkowie są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Obowiązek wzajemnej pomocy małżonków oraz współdziałania dla dobra rodziny znajduje rozwinięcie w art. 27 k.r.o. – ułożonym w ramach tego samego działu „Prawa i obowiązki małżonków” – z którego wynika, że małżonkowie powinni, każdy według swych sił oraz możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczynić się do zaspokajania potrzeb rodziny, przy czym zadośćuczynienie temu obowiązkowi może polegać także – w całości lub w części – na osobistych staraniach o wychowanie dzieci i na pracy we wspólnym gospodarstwie domowym. W doktrynie i orzecznictwie wyjaśniono, że wymieniony przepis, a także art. 28 k.r.o., dotyczą zaspokajania potrzeb rodziny od tego z małżonków, który nie spełnia ciężącego na nim obowiązku w tym zakresie. Wskazuje się również, że omawiany przepis reguluje obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny jako całości (por. np. uzasadnienie uchwały całej Izby Cywilnej i Administracyjnej Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1987 r., III CZP 91/86, OSNCP 1988, Nr 4, poz. 42).

Nie ulega wątpliwości, że pomiędzy obowiązkiem ustanowionym w art. 27 k.r.o. a obowiązkiem alimentacyjnym (art. 128 i nast. oraz art. 60 k.r.o.) istnieje pewne podobieństwo, jednak o tożsamości tych obowiązków nie może być mowy; można mówić co najwyżej o „alimentacyjnym charakterze” obowiązku przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny, konstatacja ta nie upoważnia jednak do formułowania tezy, że między małżonkami – w czasie trwania małżeństwa – istnieje obowiązek alimentacyjny *sensu stricto*. Alimentacyjny charakter obowiązku ustanowionego w art. 27 k.r.o. jest zresztą eksponowany przeważnie na użytek rozwiązań prawa procesowego, np. gdy chodzi o ocenę podstaw ustawowego zwolnienia od kosztów sądowych (art. 96 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, jedn. tekst: Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594 ze zm.; por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1992 r., III CZP 107/92, OSNCP 1993, Nr 5, poz. 73) albo dopuszczalności skargi kasacyjnej (art. 398² § 2 pkt 1 k.p.c.; por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1997 r., I CKN 11/96, niepubl. lub postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 1997 r., II CZ 55/97, niepubl.). W praktyce sądowej od wielu dziesięcioleci daje się zresztą zauważyć – dyktowana względami socjalnymi, językowymi i pragmatycznymi – tendencja do traktowania każdego świadczenia polegającego na dostarczaniu środków utrzymania jako świadczenia alimentacyjnego (por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1937 r., C. II. 1566/37, „Przegląd Sądowy” 1938, poz. 327). Należy w związku z tym przyjąć, że jeżeli sądy zasądzają na podstawie art. 27 k.r.o. alimenty na rzecz drugiego małżonka, to postępują się pewnym skrótem. Nie bez powodu

także Sąd Najwyższy, np. w wyroku z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97 (OSP 1999, Nr 2, poz. 29), wyraz *alimenty*, używany w kontekście art. 27 k.r.o., ujmował w cudzysłów.

Poszukując – mających znaczenie dla rozstrzygnięcia analizowanego zagadnienia prawnego – dystynkcji między obowiązkami wynikającymi z art. 27 k.r.o. a obowiązkiem alimentacyjnym, należy także podkreślić, że realizacja obowiązku alimentacyjnego może polegać – jak się powszechnie przyjmuje – na dostarczaniu środków utrzymania i wychowania w formie świadczeń pieniężnych lub „w naturze”, a wybór należy do uprawnionego. W przypadku art. 27 k.r.o., ze względu na jego kogentywny charakter, o takim wyborze nie może być mowy (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2000 r., III CKN 1412/00, niepubl.). Różne są także przesłanki ustawowe wypełniania obowiązku określonego w art. 27 i w art. 60 k.r.o.; obowiązek alimentacyjny dotyczy byłych małżonków (*verba legis*: „małżonek rozwiedziony”) oraz potrzeb uprawnionego (nie rodziny) i zależy od winy oraz istnienia niedostatku, a z punktu widzenia art. 27 k.r.o. żadna z tych przesłanek nie ma znaczenia, w tym bowiem wypadku podłożem obowiązku małżeństwo, jego trwanie, funkcjonowanie i potrzeby; obowiązek ten powstaje z chwilą zawarcia związku małżeńskiego i trwa do czasu jego ustania – rozwiązania lub unieważnienia.

Charakterystyczne jest, że obowiązek ustanowiony w art. 27 k.r.o. ustaje także po orzeczeniu separacji małżonków; orzekając separację, sąd – zgodnie z art. 61³ § 1 k.r.o. – stosuje art. 58 k.r.o., a więc w szczególności rozstrzyga o obowiązku ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka, pomijając obowiązki między małżonkami. Skoro do obowiązków sądu orzekającego rozwód albo separację należy orzeczenie tylko o alimentach na rzecz dziecka, to należy uznać, że obowiązek wynikający z art. 27 k.r.o., także obejmujący interesy dziecka, wygasa. Trzeba przy tym podkreślić, że zgodnie z dominującym współcześnie orzecznictwem także separacja faktyczna może być – i nierzadko bywa – podstawą ustalenia ustania obowiązków wymienionych w art. 27 k.r.o. (por. np. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 1998 r., II CKN 585/97, i z dnia 26 maja 1999 r., III CKN 153/99, niepubl.; odmiennie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1999 r., III CKN 446/98, niepubl.).

W tym stanie rzeczy należy uznać, że dla głoszonego niekiedy w piśmiennictwie poglądu, iż art. 27 k.r.o. stanowi podstawę obowiązku alimentacyjnego między małżonkami, nie ma dogmatycznego oparcia. Należy zatem przychylić się do uchwał Sądu Najwyższego z dnia 5 października 1982 r., III CZP 38/82 (OSNCP 1983, Nr 2–3, poz. 31) i z dnia 20 października 2010 r., III CZP 59/10 (OSNC 2011, Nr 5, poz. 52), z których wynika, że obowiązek przewidziany w art. 27 k.r.o. wygasa na skutek ustania małżeństwa. Jednocześnie trzeba kategorycznie zakwestionować odmienny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 1955 r., I CO 27/55 (OSN 1956, Nr 2, poz. 33), zaopatrzonej w uzasadnienie odległe od argumentów

jurydycznych, przesycane za to ideologią, wątpliwymi odwołaniami do prawa radzieckiego i radzieckiej literatury prawniczej oraz oparte na tezie o rzekomym istnieniu „podstaw moralnych małżeństwa socjalistycznego”.

Tak więc o „kontynuacji” obowiązku wynikającego z art. 27 k.r.o. po orzeczeniu rozvodu – na zasadach określonych w art. 60 k.r.o. – nie może być mowy. Można co najwyżej mówić o powiązaniach faktycznych oraz o pewnej ciągłości w tym znaczeniu, że zawarcie i funkcjonowanie związku małżeńskiego jest konieczną przesłanką dochodzenia roszczenia alimentacyjnego przewidzianego w art. 60 k.r.o., gdyż – co oczywiste – przewidziany w tym przepisie status rozwiedzionego małżonka wymaga uprzedniego pozostawania w związku małżeńskim. Prawne źródła tego roszczenia nie mogą być natomiast upatrywane w art. 27 k.r.o. (por. także uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 kwietnia 2006 r., SK 57/04, OTK-A Zb. Urz. 2006, Nr 4, poz. 43).

Z tych względów Sąd Najwyższy podjął uchwałę, jak na wstępie.

Robert Zegadło

Sprawozdanie ze spotkania Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z przedstawicielami Społecznej Rady ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów działającej przy Ministrze Sprawiedliwości

Jednym z punktów posiedzenia plenarnego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego w dniu 22 marca 2012 r. było spotkanie z przedstawicielami Społecznej Rady ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów działającej przy Ministrze Sprawiedliwości. Ze strony Rady w spotkaniu udział wzięli: dr Ewa Gmurzyńska – Przewodnicząca Rady, mec. Sylwester Pieckowski i Maciej Tański – Członkowie Prezydium Rady, mec. Maciej Bobrowicz – Prezes Krajowej Rady Radców Prawnych, Członek Rady, dr Rafał Morek – Sekretarz Rady oraz Grzegorz Frączek – Dyrektor Ośrodka Mediacji Fundacji WPIA UŚ „Facultas Iuridica” w Katowicach.

Ministerstwo Sprawiedliwości reprezentowali Wiceministrowie Grzegorz Wałęko i Jacek Gołaczyński, który jest jednocześnie Członkiem KKPC.

Prof. Tadeusz Ereciński – Przewodniczący KKPC wskazał, że instytucja mediacji nie jest w praktyce wykorzystywana. Być może będą potrzebne zmiany w przepisach k.p.c. dotyczących mediacji. Zmiany te mogłyby być rozważone na tle obecnego kodeksu jak i w pracach nad nowym. Kwestie ustrojowe są zasadniczo poza zakresem zainteresowania KKPC i mogłyby znaleźć się w ustawie odrębnej.

Dr E. Gmurzyńska poinformowała, że powstają nowe uregulowania ustawowe dotyczące mediacji w innych krajach europejskich. Polskie regulacje wymagają kompleksowego ujęcia. Wskazała na konieczność wprowadzenia zmian systemowych. Rada wychodzi z założenia, że istnieje konieczność takiego usytuowania mediacji, aby stała się równorzędną i komplementarną metodą do postępowań sądowych. Przepisy dotyczące mediacji nie są spójne i istnieje konieczność dostosowania ich do regulacji europejskich. Obszary, które wymagają uregulowania to przede wszystkim kwalifikacje mediatorów (problem braku zaufania do mediatorów dotyczy zarówno sędziów, jak i uczestników postępowań, sprawy nie są przesyłane do mediacji przez sąd ponieważ sędziowie nie znają kwalifikacji mediatorów), obligatoryjność mediacji, finansowanie mediacji (większe zaangażowanie państwa w finansowanie, mediacje cywilne nie są w ogóle finansowane). Do rozważenia

pozostaje kwestia finansowania mediacji w ramach pozaprocesowej pomocy prawnej. Celem jest zapewnienie szerokiego dostępu do mediacji osobom posiadającym niskie dochody.

Prof. T. Ereciński wskazał na problem wynagrodzenia mediatora (stawka mediatora w dużych sprawach gospodarczych nie jest proporcjonalna do włożonego wysiłku) a następnie otworzył dyskusję w kwestii przymusu i kwalifikacji, rozpoczynając od własnej refleksji, że nie sprawdziło się założenie, iż będą działać społecznie autorytety lokalne, raczej dominuje działalność profesjonalna. Przeważa kierowanie do mediacji na posiedzeniu niejawnym. Zwrócił uwagę, że lepszym rozwiązaniem byłoby kierowanie do mediacji na rozprawie (wykorzystanie autorytetu sędziego celem zachęcenia do korzystania z tej instytucji).

We Włoszech próbowano wprowadzić na szeroka skalę obligatoryjność mediacji, ale zostało to zaskarżone do Trybunału Konstytucyjnego. Przymus mediacji mógłby zostać wprowadzony w drobnych sprawach, np. z najmu. Nie powinno się wprowadzać mediacji w sprawach rozwodowych.

Prof. Jerzy Pisuliński zwrócił uwagę, że skrajne rozwiązania nie są dobre, tj. nie opowiedział się ani za absolutną dobrowolnością mediacji ani za szerokim przymusem. Zauważył, że istnieją sprawy cywilne, w których prawo ma niewielką możliwość wymuszania określonych zachowań – są to sprawy rodzinne, ale nie chodzi tutaj o sprawy rozwodowe. Opowiedział się przeciwko przymusowi mediacji w sprawach rozwodowych. Inaczej przedstawia się kwestia mediacji w sprawach z zakresu władzy rodzicielskiej – tutaj mediacja mogłaby odgrywać istotną rolę. W tych sprawach niekoniecznie musi być ugoda, może być propozycja rozstrzygnięcia.

Prof. Maksymilian Pazdan poinformował, że w innych krajach istnieje większe zaangażowanie środowisk prawniczych w popularyzację mediacji i jej organizację. Profesor jest zwolennikiem mediacji instytucjonalnej – zwrócił uwagę, że istotne byłoby większe zaangażowanie profesjonalnych prawników. Podkreślił, że instytucja mediacji sprawdza się przy stałych sądach polubownych. Podzielił pogląd prof. J. Pisulińskiego, że mediacja powinna być niekiedy obowiązkowa, ale zasadniczo dobrowolna.

Zwrócił uwagę, że w aktualnie obowiązującej regulacji mediacji w k.p.c. skutki umowy o mediację są zbyt słabe – być może powinno się zbliżyć te skutki do skutków zapisu na sąd polubowny (do dyskusji).

Profesor nie jest zwolennikiem ustawowych wymagań kwalifikacyjnych. Wymagania te powinny stawiać centra mediacyjne.

Dr Rafał Morek podkreślił, że od 2004 r. wiele zmieniło się, jeżeli chodzi o instytucję mediacji w Europie (bardzo istotnych i daleko idących zmian dokonano w ubiegłym roku we Włoszech i w Niemczech, w tym roku zaś we Francji, Holandii oraz Hiszpanii). Zwrócił uwagę, że skuteczność działań propagujących mediację (szkolenia, promocja wśród sędziów oraz przedstawicieli korporacji prawniczych)

jest niewielka. Opowiedział się za zmianą art. 103 § 2 k.p.c., podkreślił, że w innych krajach (np. w Anglii czy Irlandii) penalizuje się każde nieuzasadnione niepoddanie się mediacji.

Prof. Fryderyk Zoll opowiedział się za wstrzemięźliwością przy wprowadzaniu przymusu mediacji. Wskazał, że istnieją też w Europie krytyczne oceny mediacji. Poparł uwagę prof. J. Pisulińskiego – mediacja przymusowa mogłaby funkcjonować tam gdzie nie występuje roszczenie. Nie powinna dotyczyć drobnych spraw.

Zdaniem mec. S. Pieckowskiego, prawo do mediacji nie pozbawia roszczenia. Zaznaczył, że instytucja mediacji powinna wspierać system wymiaru sprawiedliwości (taka powinna być wizja systemowa). Zwrócił uwagę, że kwestia obligatoryjności mediacji może dotyczyć sądu jak i stron. Podkreślił, że dobrym rozwiązaniem jest by w ciągu całego postępowania sąd miał obowiązek rozważać możliwość skierowania stron do mediacji. Następnie dodał, że doświadczenia z rozwiązaniami wprowadzonymi we Włoszech są negatywne. Jeśli mediacja miałaby być powszechna i obligatoryjna, to wymagałoby to odpowiedniej liczby przygotowanych mediatorów. W drobnych sprawach opowiedział się za mediacją przymusową.

Prof. J. Pisuliński sugerował, że należałoby zrobić badania motywacji stron, które poddały się mediacji, a także przeprowadzić rozmowy z sędziami celem ustalenia z czego wynika ich ewentualna niechęć do załatwiania spraw poprzez mediację. Skierowanie do mediacji niekoniecznie musiało być na samym początku sprawy. Zdaniem Profesora, doprowadzenie do ugody powinno być uwzględnione w wynagrodzeniu adwokata/radcy prawnego.

Prof. Jacek Gołaczyński zwrócił uwagę, że powstały listy mediatorów prowadzone przez prezesów Sądów Okręgowych. Oferta ze strony środowisk mediatorów jest wystarczająca. W każdym sądzie jest sędzia specjalista ds. mediacji, który jeździ na szkolenia, uczestniczy w konferencjach etc. Powstaje pytanie, czy nasze społeczeństwo jest zdolne do mediacji. W sprawach gospodarczych często w umowie istnieje obowiązek mediacyjny, ale także często nie jest on przestrzegany.

Sędzia Andrzej Niedużak poinformował, że w dniach 12–13 października br., we Wrocławiu odbędzie się duża, polsko–niemiecka konferencja mediacyjna (dotyczyć będzie mediacji w sprawach rodzinnych i gospodarczych). Sędziowie w toku sprawy stale oceniają możliwość ugodowego załatwienia sprawy. Zwrócił uwagę, że promocja mediacji przez aktywne działanie sądów nie zawsze może przynieść efekt. Sędziowie są przeczuleni na zarzut doprowadzenia do przewlekłości postępowania.

Wskazał na możliwości zwiększenia motywowania stron do korzystania z instytucji mediacji kosztami sądowymi.

Dr Grzegorz Frączek zauważył wzmożony ruch mediacyjny kiedy były kampanie mediacyjne. Najlepiej jest, gdy strony pójdą do mediacji zamiast do sądu.

Strony często nie podejmują mediacji ze skierowania sądu, zwłaszcza powodowie nie są tym zainteresowani. Powinny istnieć specjalizacje mediatorów. Problemem jest odpowiednia prezentacja mediatorów na listach, które są udostępniane sędziom. Za kształt listy odpowiadają organizacje pozarządowe. Ośrodek katowicki jest zadowolony ze *status quo*. W sprawach o kontakty z dzieckiem mediacje są często skuteczne, w sprawach rozwodowych rzadziej. To potwierdza trafność ocen wyrażonych wcześniej.

Należy wydłużyć dopuszczalny czas mediacji, zwiększyć wynagrodzenia za jej przeprowadzenie. Trudno działać mediatorom indywidualnym z tego względu, że organizacje pozarządowe nie wpisują ich na listy. Wynagrodzenie w sprawach rodzinnych jest bardzo niskie – powstaje pytanie czy jest sens zwalniać od tak niskich kosztów. Należałoby zwiększyć koszty – w Austrii wynagrodzenie za mediację rodzinną wynosi ok. 200 EURO. W tych sprawach mediatorami są zawsze kobieta i mężczyzna.

Mec. M. Bobrowicz ocenił, że polska regulacja była dobra w momencie jej tworenia, teraz należy podejść ponownie do tej regulacji. Poinformował, że w ok. 60% mediacji dochodzi do ugody.

Zwrócił uwagę na niewłaściwe podejście sędziów do instytucji mediacji oraz na istniejącą barierę informacyjną. Sędziowie stawiają znak równości pomiędzy mediacją a nakłanianiem do ugody, co jest błędne. Opowiedział się za obowiązkowym spotkaniem informacyjnym (możliwość szybkiego wprowadzenia).

Występują również bariery systemowe: należy tutaj wskazać na nieatrakcyjne wynagrodzenia mediatorów, co powoduje zniechęcenie i „ucieczkę” mediatorów.

Kolejnym problemem jest to, że strony nie rozumieją, dlaczego muszą dodatkowo płacić za mediację, do której skierował sąd skoro opłata sądowa została już uiszczona.

Nie ryzykowałby wprowadzania mediacji obowiązkowej, z uwagi na to, że może to spowodować jeszcze większe zniechęcenie do mediacji.

Dodał, że w sądach funkcjonują koordynatorzy ds. mediacji, ale nie mają określonych kompetencji.

Prof. Michał Romanowski opowiedział się za miękkimi środkami promocji mediacji. Jest zwolennikiem dobrowolnej mediacji. Zwrócił uwagę, że mediacja bywa instrumentalnie wykorzystywana przez sędziów, jak również przez strony. O skłonności do zawarcia ugody decyduje dynamizm procesu (chodzi o różne momenty procesu).

Prof. F. Zoll zauważył, że sąd nie jest w stanie dobrze ocenić, czy strony są zdolne do ugody (rozpoznanie interesów stron).

Dr Rafał Morek poinformował, że w Polsce w 2011 r. mediacji ze skierowania sądu odbyło się 8600, tj. o 600 więcej niż w roku poprzednim. Poinformował, że polska regulacja kwalifikacji jest najbardziej liberalna w Europie.

Zaznaczył, że kwestia obowiązkowości mediacji jest kontrowersyjna.

M. Tański, który jest mediatorem nieprawnikiem, podkreślił potrzebę kwalifikacji mediatorów podejmujących mediację ze skierowania sądu. Wynagrodzenie powinno być zależne od czasu, a nie od wartości przedmiotu sporu.

Wskazał, że w ubiegłym roku ze skierowania sądu w sprawach gospodarczych na poziomie sądów rejonowych było 1053 mediacji, a protokołów, które złożyli mediatorzy z mediacji „prywatnych” (mediacja z umowy) – 44. Wskazał na konieczność uregulowania pozycji ośrodków mediacyjnych – kierowanie powinno być nie tylko do konkretnego mediatora ale i ogólnie do ośrodka. Kwalifikacje mediatorów powinny być weryfikowalne i uaktualniane. Zauważył, że sędziowie nie potrafią oceniać zdolności do ugodowego załatwienia sprawy.

Poinformował, że 2009 roku było 400 skierowań do mediacji w sprawach gospodarczych, natomiast w 2011 – 1053.

Wskazał na konieczność przeprowadzania badań dotyczących tej instytucji.

Zdaniem prof. Karola Weitzta, nie powinno kłaść się nacisku na mediację w momencie, gdy sprawa znajduje się już w sądzie, z tego względu, że mediacja to pozasądowy środek rozwiązywania sporów. Zaznaczył, że na problem dot. mediacji nie można patrzeć poprzez pryzmat sędziego, który nie chce kierować sprawy do mediacji, lecz należy skoncentrować się na polepszeniu oferty mediacyjnej.

Profesor poruszył również problem dostosowania regulacji dot. mediacji w sprawach cywilnych do prawa unijnego. Dyrektywa uzależnia wykonanie egzekucyjne ugody od dodatkowej zgody stron (w tym zobowiązanego/dłużnika) co jest regresem w stosunku do rozwiązania przyjętego w Polsce w 2004 r.

Minister Grzegorz Wałęjko nie potwierdził sygnalizowanych w niektórych wypowiedziach mediatorów ujemnych konsekwencji dla sędziów za skierowanie sprawy do mediacji. Poinformował, że badania nie potwierdzają, aby mediacja prowadziła do przewlekłości.

Dr R. Morek zwrócił uwagę, że system sędziów koordynatorów jest niedoskonały. Rola koordynatora jest rolą społeczną. Oceniał, że w ciągu siedmiu lat nie wykształcił się system usług mediacyjnych.

Prof. T. Erciński podsumował dyskusję wskazując, że różne instytucje powinny działać na rzecz mediacji. Mediacja powinna się rozwijać także i w sprawach niewniesionych do sądu. Podkreślił, że konieczne jest usunięcie barier, które zostały wskazane podczas dyskusji. W tym celu powołany zostanie Zespół KKPC z udziałem członków Rady, który przygotuje projekt zmian mający zwiększyć zastosowanie mediacji i wpłynąć na aktywność sędziów w kierowaniu do mediacji.

W pracach tych zostanie wykorzystane opracowanie przedłożone przez Radę, które publikujemy za jej zgodą.

**Spoleczna Rada ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów
i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości**

ZAŁOŻENIA OGÓLNE
propozycji działań zmierzających do pełniejszego
wykorzystania potencjału mediacji jako skutecznej
metody rozwiązywania sporów i konfliktów

Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Uzasadnienie czasu wprowadzenia zmian
- III. Niewykorzystywanie potencjału mediacji w Polsce
- IV. Mediacja jako metoda zapewniająca skuteczniejszą ochronę prawną i lepszy dostęp do sprawiedliwości
- V. Zapewnienie wysokiej jakości usług mediacyjnych, w szczególności w zakresie mediacji ze skierowania sądu
- VI. Wdrożenie Dyrektywy 2008/52/WE
- VII. Zapewnienie jednolitości i jasności przepisów
- VIII. Skutki finansowe
- IX. Zakres zmian: zarys wariantów możliwych rozwiązań
- X. Załącznik: spis podstawowych aktów prawnych regulujących mediację wg. stanu na dzień 1 marca 2012 r.

I. Wprowadzenie

Spoleczna Rada ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Sporów i Konfliktów przy Ministrze Sprawiedliwości wychodzi z propozycją zmian systemowych dotyczących mediacji w Polsce. Celem opracowania niniejszych założeń jest wskazanie obecnego stanu mediacji w Polsce, przyczyn, dla których zmiany systemowe są konieczne, wskazanie możliwości bardziej efektywnego wykorzystywania mediacji oraz kierunków i zakresu proponowanych zmian.

Zdaniem Rady konieczność zmian systemowych wynika głównie z pilnej potrzeby lepszego niż obecnie wykorzystywania możliwości, jakie niesie mediacja. Pod względem czasu, kosztów, a przede wszystkim satysfakcji stron, mediacja stanowi bowiem szczególnie efektywną metodę rozwiązywania sporów. W sprawach, które trafiły do sądów, istotnie przyspiesza i skraca postępowania. Jest także metodą prewencyjną, dzięki której wniesienie sprawy do sądu staje się w ogóle zbędne. Zmiany te są także potrzebne ze względu na konieczność przystosowania prawa polskiego do prawa unijnego.

Dla osiągnięcia ww. celów niezbędne są działania na wielu płaszczyznach. Rada uważa jednak, że najważniejsze są zmiany systemowe polegające m.in. na:

- 1) usunięciu luk i sprzeczności w obowiązujących przepisach,
- 2) wdrożeniu mechanizmów stymulujących praktyczne stosowanie mediacji,
- 3) wprowadzeniu rozwiązań zapewniających zaufanie obywateli i środowisk prawniczych do mediacji,
- 4) zagwarantowaniu wysokich kwalifikacji mediatorów w mediacjach ze skierowania sądów,
- 5) zapewnieniu szerokiej dostępności mediacji, m.in. dla osób o niskich dochodach.

Niezależnie od proponowanych zmian systemowych istnieje także potrzeba jak najpilniejszego wprowadzenia najważniejszych zmian doraźnych w obowiązujących przepisach, aby możliwie jak najszybciej usunąć niektóre przeszkody powodujące brak efektywnego wykorzystania mediacji.

II. Uzasadnienie czasu wprowadzenia zmian

Mediacja jako metoda rozwiązywania sporów uregulowana w polskim prawie liczy już ponad dwadzieścia lat. Mediacje w sporach zbiorowych z zakresu prawa pracy funkcjonują w Polsce od 1991 roku, mediacje w sprawach karnych – od 1997, mediacje w sprawach nieletnich – od 2001, mediacje w sprawach administracyjnych od 2004 a mediacje cywilne – od 2005 roku. W tym opracowaniu Rada zajmuje się tylko trzema najczęściej stosowanymi w Polsce rodzajami mediacji: w sprawach karnych, nieletnich i cywilnych (w tym gospodarczych, ze stosunku pracy i rodzinnych).

Chociaż polski ustawodawca zdecydował się na stopniowe wprowadzanie mediacji do różnych dziedzin życia i obrotu prawnego, to jednak statystyka postępowań mediacyjnych we wszystkich rodzajach spraw wskazuje na ich bardzo niską liczbę bezwzględną oraz słabą dynamikę wzrostu. W niektórych kategoriach, np. w sprawach karnych i nieletnich, w ostatnim czasie zaznaczył się nawet spadek liczby spraw kierowanych przez organy procesowe do mediacji. Natomiast w przypadku mediacji cywilnych widać rażąco niski ich udział w stosunku do ogólnej liczby spraw spornych w sądach. Jak dotąd mediacja w sensie instytucji systemowej

nie zaistniała w Polsce ani w sferze społecznej, ani w wymiarze sprawiedliwości, jako uznany i równoprawny sposób rozwiązywania sporów. Wskazują na to statystyki dotyczące różnych rodzajów mediacji.

Mediacje ze skierowania sądu w latach 2006–2011

	cywilne	gospodarcze	pracownicze	rodzinne	nieletni	karne	razem
2006	1448	256	33	270	326	5052	7085
2007	1399	258	74	326	366	4178	6601
2008	1455	210	107	427	261	3891	6351
2009	1842	540	252	716	293	3714	7357
2010	2196	848	195	988	337	3480	8044
2011	2514	1429	65	1149	253	3254	8664
Łącznie	10 854	3541	726	3876	1836	23 569	44 102

Kolejnym powodem, dla którego właśnie teraz należy rozważyć możliwość wprowadzenia systemowych zmian, jest brak ustawowego uznania i jednoznacznego potwierdzenia rangi mediacji oraz zdefiniowania instytucji mediacji, jako równorzędnego i komplementarnego do postępowania sądowego sposobu rozwiązywania sporów. Należy zauważyć, że w wielu krajach europejskich wprowadza się obecnie przepisy kompleksowo regulujące mediację oraz nadające jej coraz wyższą rangę w systemie prawa. Pozytywne doświadczenia innych krajów UE w ustawowym, kompleksowym regulowaniu mediacji (np. Włochy, Słowenia, Niemcy, Rumunia, Słowacja, Węgry, Austria, Bułgaria) są dodatkowym argumentem za podjęciem obecnie tego kroku przez Polskę.

Zmiany systemowe są potrzebne i konieczne, gdyż prawo polskie nie realizuje założeń prawa unijnego, w szczególności zawartych w: rekomendacji Rec (2002) 10 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie mediacji w sprawach cywilnych z 18.09.2002 r., dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z 21.05.2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych, oraz dyrektywie na rzecz ofiar przestępstw, przyjętej już przez Radę (obecnie dyrektywa jest dyskutowana w Parlamencie Europejskim).

Dotychczasowy brak reakcji organów administracji rządowej na propozycje zmian oraz krytyka wad i niesprawności obecnego systemu prawnego w odniesieniu do mediacji, podnoszona przez instytucje mediacyjne, korporacje prawnicze, organizacje konsumenckie i przedsiębiorców, a także uporczywy, wieloletni brak reakcji na proponowane konkretne zmiany legislacyjne lub praktykę stosowania dotychczas obowiązujących przepisów, skłania Radę do zaproponowania kompleksowych zmian. Nadszedł czas na głęboką i skuteczną reformę ustawowej regulacji postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych wszystkich kategorii

oraz w sprawach karnych i nieletnich. Niepodjęcie tego wyzwania nieuchronnie spowoduje atrofie instytucji mediacji i utrwali jej dekoracyjny, fasadowy charakter, z ogromną szkodą dla dostępu obywatela do sprawiedliwości (access to justice) oraz dla ogólnej jakości życia obywateli i sprawności państwa.

III. Niewykorzystywanie potencjału mediacji w Polsce

Mediacja jako metoda rozwiązywania sporów jest narzędziem niezwykle skutecznym. Potwierdzają to liczne badania empiryczne. Porównując jej praktyczne zalety z tradycyjnym postępowaniem sądowym czy arbitrażowym, dostrzegamy potencjał mediacji, który w państwach UE jest statystycznie określony i potwierdzony m.in. w analizach przeprowadzonych na zlecenie Komisji Europejskiej¹. Ponadto efektywność mediacji potwierdzona jest w licznych badaniach, z których na uwagę zasługują: projekt badawczy Uniwersytetu Cornell, Raport na temat rosnącego stosowania ADR przez amerykańskie korporacje (1998², 2011³), Studium Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego (AAA) z 2003 r. i 2006 r.: *Dispute-Wise Business Management*⁴ czy Zielona Księga Komisji Europejskiej o alternatywnych metodach rozwiązywania sporów w prawie cywilnym i handlowym z 2002 r.⁵

a. Koszty mediacji

Badania przeprowadzone w tych krajach EU, w których mediacja rozwija się od wielu lat, wskazują na to, że koszty mediacji w porównaniu do postępowań sądowych i arbitrażowych są zdecydowanie niższe. Średnie koszty postępowań sądowych dla wartości przedmiotu sporu ok. 200 000 euro w krajach Unii Europejskiej wynoszą średnio 25 337 euro⁶. W przypadku arbitrażu koszty te kształtują się na poziomie 34 385 euro. Natomiast średni koszt mediacji w takich sprawach wynosi w UE 9488 euro. **Oznacza to, że koszty mediacji w sprawach o wartości przedmiotu sporu ok. 200 000 euro w Unii Europejskiej są dwuipółkrotnie mniejsze niż koszty postępowania sądowego i ponad trzypółkrotnie mniejsze niż koszty postępowania arbitrażowego.**

¹ *The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra Community Commercial Litigation* (2010), dostępny m.in. na stronie internetowej: http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf.

² *Emerging Systems for Managing Workplace Conflict* (Josey-Bass, 2003).

³ Por. np.: <http://www.businessconflictmanagement.com/blog/2012/01/new-survey-reveals-corporate-use-of-adr>.

⁴ *Dispute-Wise Business Management. Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts*: www.adr.org.

⁵ *Commission of the European Communities Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels, 19. IV 2002, COM (2002) 196 final, *Summary of responses to the green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law* (zob.: http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com2002_0196en01).

⁶ *The Cost of Non ADR Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation. Survey Data Report*, The ADR Center, Rzym 2010.

b. Czas trwania mediacji

Podobnie jak koszty, również czas trwania mediacji w porównaniu do postępowań sądowych jest dużo krótszy, co wpływa bezpośrednio na ograniczenie kosztów. W krajach Unii Europejskiej średni czas potrzebny na rozstrzygnięcie sporów w sądach wynosi od 246 dni (Niemcy) do 2205 dni (Włochy). **W Polsce czas cywilnej sprawy toczącej się w sądzie – według tych samych badań – wynosi średnio 540 dni.** Dla wszystkich krajów Unii średnia długość postępowań sądowych wynosi 647 dni. Czas postępowania arbitrażowego wynosi 503 dni, w Polsce natomiast – 352 dni.

Na tym tle mediacja okazuje się metodą znacznie szybszą. **Średni czas prowadzenia mediacji w Unii Europejskiej wynosi 87 dni. W Polsce natomiast średni czas prowadzenia mediacji określono na 42 dni (brano pod uwagę razem postępowania ze skierowania sądu i umowne), co pozwala skrócić postępowanie w sporach cywilnych o 498 dni, czyli ponad 10-krotnie w porównaniu z postępowaniem sądowym. W porównaniu z arbitrażem oszczędność czasu wynosi 310 dni⁷.** Powyższe badania są potwierdzone przez dane zebrane przez Społeczną Radę ds. ADR od najbardziej aktywnych polskich ośrodków mediacyjnych. Analiza tych danych pozwala na stwierdzenie, że **przeciętny czas trwania postępowania mediacyjnego** w Polsce wynosi – w zależności od typu mediacji, źródła wpływu (ze skierowania sądu czy umowna) i od ośrodka – **od 28 do 90 dni.** Zwykle postępowanie mediacyjne zajmuje od 2 do 4 spotkań (posiedzeń), z których każde trwa przeciętnie ok. 1,5 do 2 godzin.

c. Efektywność mediacji

Efektywność w mediacji zależy w dużym stopniu od charakteru sprawy, stopnia jej skomplikowania, długości trwania sporu oraz kwalifikacji mediatora, dlatego trudno mówić o przeciętnej liczbie spraw zakończonych ugodą w wyniku mediacji. Dostępne statystyki zagraniczne dotyczące poszczególnych programów sądowych wskazują na wysoki procent zawartych uгод. Badania przeprowadzone w Wielkiej Brytanii w 2006 r. w sądach hrabstw *Exeter* oraz *Guildford* w sprawach cywilnych wskazywały na odpowiednio 40% i 53% spraw zakończonych ugodą⁸. Badania te wskazują także na bardzo wysoki odsetek uгод w sprawach, w których sąd najpierw zwoływał sesję informacyjną, na której informował strony o korzyściach mediacji, bądź robił to na rozprawie – aż 90% spraw zakończonych ugodą. W ramach programu pilotażowego dot. *small claims*, czyli mediacji w sprawach cywilnych o wartości do 5000 funtów w Manchester, ponad 9000 spraw było skierowanych do mediacji w ciągu 12 miesięcy, z których 71% zakończyło się zawarciem

⁷ *Ibidem.*

⁸ *Evaluation of the Effectiveness of the Court Based Mediation Process In Non Family Civil Proceedings in Exeter and Guildford County*; <https://www.eric.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/22735/prince6.pdf7sequence>.

ugód⁹. W sądzie tym nie każda sprawa o niskiej wartości przedmiotu sporu kierowana była do mediacji, ale sędziowie mieli do dyspozycji wykaz kryteriów, które należy brać pod uwagę przy kierowaniu spraw do mediacji.

Z kolei w sądzie pracy w *Grenoble* np. w 2001 roku 27% spraw skierowano do mediacji (mediacja odbyła się w ponad połowie spraw), z czego w 63% przypadków zawarto ugody¹⁰. Od 2001 roku odsetek spraw przesyłanych do mediacji w tym sądzie oraz spraw, w których odbyła się mediacja, stopniowo wzrasta, a to głównie za sprawą zarządzania sprawami (*case management*) i obowiązkowymi spotkaniami informacyjnymi sędziego ze stronami oraz przekazywaniu pełnej informacji stronom na temat mediacji.

Przykłady z Polski wskazują na podobną tendencję w zakresie liczby zawieranych ugód w wyniku odbytej mediacji. **Według statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości odsetek mediacji ze skierowania sądu zakończonych ugoda w 2010 r. był następujący: w postępowaniu karnym przygotowawczym – 78,9%; w sprawach karnych – 89,5%; w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych – 75%; w sprawach rodzinnych – 40,2% zakończonych ugoda** (przy czym ten odsetek z pewnością jest większy, gdyż statystyka nie uwzględnia tych spraw, w których mediacja mimo skierowania przez sąd nie odbyła się). Wysoki odsetek spraw zakończonych ugoda potwierdzają badania prowadzone w Polsce dotyczące określonego rodzaju spraw. Na przykład w badaniach dotyczących mediacji w sprawach nieletnich (badanie 118 mediacji) ugoda została zwarta w 92,5%¹¹. Natomiast skuteczność mediacji karnych w sprawach skierowanych przez sądy wynosiła w 2007 r. ok. 66%, w 2011 – 64%, a w sprawach skierowanych przez prokuraturę – ok. 75% w 2007 r. i ok. 72% w 2010.

Na podstawie dostępnych danych można ocenić, że w Polsce, podobnie jak w innych krajach Unii Europejskiej, efektywność mediacji mierzona odsetkiem zawartych ugód sięga co najmniej 50%, a w przypadku niektórych rodzajów mediacji przewyższa tę liczbę.

Oznacza to, że co druga skierowana przez sąd sprawa, w której mediacja się odbywa, kończy się ugoda. Wśród badanych przez Radę ds. ADR ośrodków mediacyjnych, prowadzących sprawy cywilne, rodzinne, karne, gospodarcze i pracownicze, **średni odsetek zawieranych porozumień oscyluje między 27% a 54%**. W tym miejscu należy wyjaśnić, że pewne kontrowersje budzi kwestia efektywności mediacji mierzonej liczbą zawartych ugód. **Zawarcie ugody nie jest bowiem jedyną miarą efektywności mediacji**. Wartością dodaną mediacji jest przywrócenie konstruktywnej komunikacji między stronami i przekonanie się stron

⁹ Civil Court Mediation Manual, luty 2009, <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/736F2228-4BB3-4F42-80E2-0889181D1667/0/civil-court-mediation-service-manual-v3-mar09.pdf>.

¹⁰ <http://www.michel.brenneur.pagesperso-orange.fr/anglais/stat.htm>.

¹¹ P. Kujan, *Mediacja w sprawach nieletnich w doświadczeniach i opiniach uczestników postępowania mediacyjnego i mediatorów na przykładzie województwa śląskiego* – praca doktorska.

o tym, czy zawarcie ugody jest w danej sytuacji możliwe. Mimo że mediacja nie gwarantuje w każdej sytuacji ostatecznego zakończenia sprawy ugodą, to jednak z wypowiedzi wielu sędziów, pełnomocników oraz stron wynika, że nawet, gdy w wyniku mediacji do ugody nie dojdzie, to zmienia się nastawienie stron do siebie nawzajem i do prowadzonego sporu. W licznych przypadkach zawierają one ugodę już po zakończeniu mediacji, w ramach postępowania sądowego.

d. Satysfakcja stron

Na podstawie badań poziomu satysfakcji klientów (stron sporów) wybranych polskich ośrodków mediacyjnych można dostrzec, że **ok. 80% osób, które nie osiągnęły porozumienia w mediacji, było zadowolonych z odbytej mediacji i poleciłoby ten sposób rozwiązywania sporów innym**¹². W badaniach dot. eksperymentalnego programu mediacji w sprawach nieletnich aż 90% pokrzywdzonych i 95% sprawców było zadowolonych z mediacji i jej wyników¹³. Te dane znajdują potwierdzenie w wynikach podobnych badań przeprowadzonych w innych krajach, np. w Wielkiej Brytanii, gdzie w mediacji w drobnych sprawach cywilnych ok. 97% uczestników postępowań mediacyjnych było zadowolonych z pomocy, jaką uzyskali od mediatora, a 95% skorzystałoby z niej ponownie¹⁴. Z kolei w Stanach Zjednoczonych 89% do 96% stron jest zadowolonych z mediacji i nawet, jeśli uczestnicy nie zawarli ugody, to także uznali mediację „za właściwą próbę rozwiązania ich konfliktu”¹⁵.

e. Wykonanie ugód zawartych w wyniku mediacji

Ze względu na wysoką satysfakcję stron z mediacji, a także możliwość dostosowania treści ugody do możliwości stron, procent ugód zawartych w wyniku mediacji, które są wykonywane dobrowolnie, jest bardzo wysoki. W dostępnych w Polsce badaniach dotyczących np. mediacji w sprawach nieletnich odsetek spraw, w których wykonano ugody, jest bardzo wysoki i sięga 94,9%¹⁶. W badaniach przeprowadzonych w Stanach Zjednoczonych w sprawach dotyczących niewielkiej wartości przedmiotu sporu wykazano, że w 81% przypadków wykonano dobrowolnie ugodę zawartą w wyniku mediacji, w porównaniu do 48% dobrowolnego wykonania wyroku sądu¹⁷.

¹² M. Koman, *Pedagogiczne aspekty mediacji rodzinnych*, praca magisterska, maszynopis niepublikowany.

¹³ B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 107–122.

¹⁴ *Civil Court Mediation Manual*, February 2009, http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/736F2228-4BB3-4F42-80E2-0889181D1667/0/civil_court_mediation_service_manual_y3_mar09.pdf.

¹⁵ K. Kressel, G. Dean, *Pruitt and Associates, Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Interventions*, Jossey Bass Publishers, San Francisco 1989, s. 403.

¹⁶ P. Kujan, *Mediacja w sprawach...*

¹⁷ K. Kressel, *Mediation Research...*

Wnioski: Główny problem w Polsce stanowi zarówno bardzo niska liczba spraw kierowanych do mediacji przez sędziów, jak i liczba skierowanych spraw, w których mediacje się odbywają. Pomimo że co druga sprawa kończy się ugodą, to odsetek przeprowadzonych mediacji jest znikomy. W **Polsce rocznie wpływa do sądów ogółem ponad 13 mln spraw o charakterze cywilnym**, w tym spraw gospodarczych przeszło 1,025 mln, 7,5 mln spraw cywilnych i 1,315 mln spraw rodzinnych. Natomiast w sądach rejonowych znajduje się obecnie **prawie pół miliona spraw karnych**. Ta olbrzymia liczba spraw, zwłaszcza cywilnych, wskazuje, że konieczne jest wprowadzenie takich mechanizmów, które spowodują przyspieszenie procedur sądowych i zmniejszenie liczby spraw wpływających do sądów. **Potencjał mediacji w tym zakresie jest bardzo duży, natomiast niemal zupełnie niewykorzystany w naszym kraju. Ogólna liczba mediacji prowadzonych rocznie w Polsce nie przekracza kilkunastu tysięcy. Stanowi to niktą i nieznaną z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości procent ogółu spraw rozpatrywanych przez sądy wszystkich instancji.** Przyczyną takiego stanu rzeczy nie jest, jak wykazano, niska jakość usług mediacyjnych, gdyż efektywność mediacji jest porównywalna z efektywnością w innych krajach Unii Europejskiej, a satysfakcja stron z mediacji równie wysoka. Mediacja, jako pozasądowy sposób rozwiązywania konfliktów, nie jest obecnie w Polsce właściwie wykorzystana. Zagraniczne i krajowe doświadczenia wskazują jednoznacznie na jej korzyści zarówno dla stron konfliktu, jak i dla wymiaru sprawiedliwości. Należy rozważyć w pierwszej kolejności, jakie mechanizmy należy wprowadzić do systemu, aby, po pierwsze, więcej spraw było kierowanych przez sędziów do mediacji, a po drugie, aby strony przystępowały do mediacji w większej liczbie spraw.

IV. Mediacja jako metoda zapewniająca skuteczniejszą ochronę prawną i lepszy dostęp do sprawiedliwości

Ze względu na rozwój demokratycznych społeczeństw w kierunku większego znaczenia praw indywidualnych jednostki mediacja w pełniejszy sposób zaspokaja **indywidualne poczucie sprawiedliwości**. Mediacja jest metodą gwarantującą lepszy dostęp do sprawiedliwości i skuteczniejszą ochronę prawną szczególnie osób najuboższych. Wiele badań wskazuje na to, że sprawiedliwość w aspekcie proceduralnym ma dla stron najważniejsze znaczenie. Strony mogą zaakceptować zróżnicowane co do meritum rozwiązanie, jeśli mają przekonanie, że zapewniono im możliwość pełnego wypowiedzenia się, wpływu na proces i wynik sporu, konstruktywnego wyrażenia emocji oraz traktowano je z godnością i szacunkiem. Ze względu na takie zasady, jak neutralność i bezstronność mediatora, dobrowolność procesu i autonomię stron, poczucie sprawiedliwości w rozumieniu stron jest dobrze realizowane w mediacji.

Na trzecim szczycie Rady Europy w Warszawie w maju 2005 roku głowy państw i rządów podjęły decyzję, aby „pomóc krajom członkowskim wymierzać sprawiedliwość rzetelnie i szybko oraz rozwijać alternatywne środki rozwiązywania sporów”.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/52/WE z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych przewiduje, że **jednym z jej podstawowych celów jest zapewnienie lepszego dostępu do sprawiedliwości (access to justice)**, m.in. przez dostęp do sądowych oraz pozasądowych metod rozwiązywania sporów. **Dzięki temu, że mediacja w porównaniu do postępowań sądowych i arbitrażowych stanowi oszczędną i szybką metodę pozasądowego rozwiązywania sporów, zapewnia lepszy dostęp do sprawiedliwości szczególnie osobom, które są w trudnej sytuacji finansowej.** Wiele osób, ze względu na swoją pozycję materialną, nie jest w stanie udźwignąć trudności i kosztów związanych z prowadzeniem sporów przed sądami, dlatego sprawiedliwość w sądach jest dla nich trudna do osiągnięcia, czasami iluzoryczna albo wręcz niemożliwa. Mediacja daje im możliwość lepszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości oraz osiągnięcia sprawiedliwych rozwiązań.

Wnioski: Ze względu na to, że mediacja jest wbudowana w system wymiaru sprawiedliwości oraz daje możliwość szerszego dostępu do sprawiedliwości osobom najuboższym, **dostęp do usług mediacyjnych dla tych osób powinien stać się częścią rozwiązań dotyczących pomocy prawnej. Pomoc prawna połączona z szerokim dostępem osób najuboższych do mediacji, może stać się skutecznym sposobem na efektywną ochronę prawną dla tych osób¹⁸.** Konieczne jest zastosowanie takich rozwiązań systemowych, w których **całe koszty mediacji w sprawach cywilnych bądź przynajmniej ich część, w wybranych kategoriach spraw (np. sprawy rodzinne, sprawy o niskiej wartości przedmiotu sporu, sprawy konsumenckie, związane z eksmisją), będzie pokrywana przez Skarb Państwa. Wynagrodzenie dla mediatorów powinno odzwierciedlać jednak rzeczywisty nakład pracy oraz kwalifikacje mediatorów a przede wszystkim powinno być porównywalne z wynagrodzeniem innych specjalistów zajmujących się rozwiązywaniem sporów – sędziów, adwokatów, radców prawnych. Należy także rozważyć zmianę przepisów dotyczących włączenia kosztów mediacji do kosztów sądowych (co zapewniałoby zwolnienie z kosztów mediacji osób zwolnionych z kosztów sądowych), a także nieodprowadzanie podatku VAT przez mediatorów, którzy mediują na zasadach *pro bono*.**

¹⁸ S. M. Yates, *Accessing to Justice and promoting mediation. Pathways for poor and low income disputants.* <http://www.courtadr.org/files/AccessingJustice.pdf>.

V. Zapewnienie wysokiej jakości usług mediacyjnych, w szczególności w zakresie mediacji ze skierowania sądu

Z danych i opinii zebranych przez Społeczną Radę wynika, że jedną z głównych przeszkód do bardziej powszechnego korzystania z mediacji w Polsce jest **brak zaufania lub przekonania do skuteczności tej instytucji ze strony sędziów i innych organów procesowych, prawników oraz obywateli**. Brak zaufania organów procesowych przejawia się m.in. w bardzo niewielkiej liczbie spraw kierowanych do mediacji. Sędziowie tłumaczą, że skoro nie znają mediatorów i nie są pewni, jakie są ich umiejętności i kwalifikacje, to nie kierują do nich spraw. Tymczasem z wypowiedzi sędziów, którzy przesyłają sprawy do mediacji, wynika, że mają oni dobre zdanie o mediatorach. Z doświadczeń innych zaś krajów wynika, że zaangażowanie sędziów ma podstawowe znaczenie w upowszechnianiu mediacji.

Wzrost zaufania do instytucji mediacji może być osiągnięty m.in. przez wysokie kwalifikacje mediatorów. W przypadku spraw kierowanych do mediacji przez sądy szczególnym obowiązkiem państwa jest zapewnienie, że mediacje będą prowadzone przez odpowiednio wykwalifikowanych mediatorów. Dodatkowo, jeżeli koszty mediacji są pokrywane przez państwo (jak to jest w przypadku mediacji w sprawach karnych i nieletnich) to pieniądze podatników powinny być wykorzystywane w sposób najbardziej efektywny, a to może nastąpić przez zapewnienie wysokiej jakości usług mediacyjnych.

Konieczność podejmowania przez państwa członkowskie UE działań w celu zagwarantowania wysokiej jakości usług mediacyjnych wynika też wprost z art. 4 Dyrektywy. Państwa członkowskie mają obowiązek wdrożyć „skuteczne mechanizmy kontroli jakości świadczonych usług mediacyjnych”, a także „wspierać wstępne szkolenia mediatorów i kontynuację tych szkoleń, aby zagwarantować stronom skuteczne, bezstronne i kompetentne prowadzenie mediacji”. Zdaniem Rady ten przepis Dyrektywy nie jest w Polsce obecnie właściwie realizowany. Nie istnieją żadne „skuteczne mechanizmy kontroli jakości świadczonych usług mediacyjnych”, bowiem zarówno w mediacjach w sprawach karnych i nieletnich, gdzie co prawda formułuje się pewne wymagania merytoryczne wobec mediatorów, jak i w mediacjach w sprawach cywilnych, gdzie nie ma właściwie żadnych jawnych wymagań wobec mediatorów (są domyślne, jak np. znajomość przepisów prawa o mediacji) nie ma wbudowanych mechanizmów kontrolnych ich pracy. Co interesujące, takich mechanizmów kontrolnych i weryfikacyjnych domagają się nie tylko sędziowie, ale i sami mediatorzy.

Wnioski: W celu wzrostu zaufania sędziów i innych organów procesowych, prawników oraz obywateli do mediacji należy rozważyć rozwiązania systemowe w sprawach ze skierowania organów procesowych polegające m.in. na: 1) zapewnieniu wysokiej jakości usług mediacyjnych i wysokich kwalifikacji

mediatorów; 2) poszerzaniu wiedzy na temat mediacji wśród sędziów, prokuratorów, adwokatów i radców prawnych, aplikantów oraz na studiach prawniczych; 3) stworzeniu mechanizmów zarządzania mediacjami w systemie sądów powszechnych (m.in.: informowanie stron o mediacji przez sędziów, spotkania informacyjne, dni lub tygodnie mediacyjne w sądach, unormowanie prawne funkcji koordynatora ds. mediacji w sądach); 4) rozważenie obligatoryjności mediacji w wybranych kategoriach spraw (np. w sprawach o rozwód, separacje i innych rodzinnych, w których strony mają małoletnie dzieci).

VI. Wdrożenie Dyrektywy 2008/52/WE

W dniu 11 maja 2011 r. upłynął trzyletni termin na wdrożenie przez Państwa Członkowskie UE Dyrektywy 2008/52/WE. Pomimo iż przepisy polskiego prawa zostały uznane za formalnie zgodne z Dyrektywą, to zdaniem ekspertów regulacje te wymagają znaczących zmian. Wątpliwości dotyczące wdrożenia przepisów Dyrektywy w polskim prawie dotyczą m.in.:

- zaniechania wprowadzenia rozwiązań legislacyjnych gwarantujących odpowiednie **kwalifikacje mediatorów, które sprzyjałyby prowadzeniu mediacji w sposób „skuteczny” i „kompetentny”** [zob. m.in. definicję pojęcia „mediator” w art. 3 lit. (b) Dyrektywy];
- zaniechania wprowadzenia rozwiązań legislacyjnych dotyczących **szkolenia mediatorów oraz wdrażania efektywnych mechanizmów kontroli jakości świadczonych przez nich usług** (*effective quality control mechanisms*) [pkt (16) Preambuły oraz art. 4 Dyrektywy];
- zaniechania **przyznania sądom kompetencji (lub nawet obowiązku) wskazywania stronom uwagi na możliwość rozwiązania sporu w drodze mediacji** [pkt (13) zd. 3 Preambuły Dyrektywy];
- zaniechania rozważenia możliwości wprowadzenia w określonych rodzajach spraw **obowiązku podjęcia mediacji** lub określonych korzyści lub sankcji związanych z podjęciem mediacji [pkt (27) Preambuły Dyrektywy].

Przyszłe zmiany polskiego prawa powinny uwzględniać rozwiązania oparte na długoletnich doświadczeniach, które okazały się skuteczne w innych krajach, w których mediacja jest znacznie powszechniej wykorzystywana niż w Polsce. Uzasadnione jest również korzystanie z rozwiązań wprowadzonych w tych systemach prawnych, które cechuje w porównaniu do prawa polskiego istotne podobieństwo (np. z niemieckiej ustawy o mediacji przyjętej przez Bundestag w grudniu 2011 r. *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*). Rozwiązania te dotyczą m.in. wymienionych już wyżej kwestii: zapewniania wysokiej jakości usług mediacyjnych i odpowiednich kwalifikacji mediatorów, poszerzania wiedzy na temat mediacji wśród przedstawicieli zawodów prawniczych i innych osób, tworzenia mechanizmów wspierających wykorzystywa-

nie mediacji w sądach itp. Ponadto, szczegółowe założenia do propozycji zmian polskich regulacji dotyczących mediacji powinny obejmować również działania pozalegislacyjne, mające na celu popularyzację mediacji. Obowiązek stałego prowadzenia przez państwa członkowskie takich działań oraz nadania im charakteru systemowego wynika wprost z Dyrektywy 2008/52/WE. O zadaniach tych przypomniał niedawno Parlament Europejski w Rezolucji z dnia 13 września 2011 r. w sprawie wdrożenia dyrektywy o mediacji w państwach członkowskich, jej wpływie na mediację i stosowaniu przez sądy (2011/2026 (INI)). W Rezolucji Parlament Europejski wskazał m.in., że:

- istnieje potrzeba większej świadomości i zrozumienia mediacji oraz wezwał do dalszych działań w zakresie edukacji, poszerzania wiedzy o mediacji, częstszego stosowania mediacji przez przedsiębiorstwa, a także wymogów w zakresie dostępu do zawodu mediatora;
- władze krajowe należy zachęcać do opracowywania programów mających na celu propagowanie stosownej wiedzy na temat alternatywnych metod rozstrzygania sporów; te działania powinny skupiać się na głównych korzyściach wynikających z mediacji – koszty, wskaźniki skuteczności i oszczędność czasu – oraz być skierowane do prawników, notariuszy i przedsiębiorców, zwłaszcza MŚP, oraz pracowników akademickich;
- zdaje sobie sprawę ze znaczenia ustanowienia wspólnych norm dostępu do **zawodu mediatora** w celu propagowania wyższej jakości mediacji i zapewnienia wysokich standardów szkoleń zawodowych i akredytacji w całej Unii (pkt. 18–20).

VII. Zapewnienie jednolitości i jasności przepisów

De lege lata przepisy dotyczące mediacji są rozproszone w kilkunastu różnych aktach prawnych (*vide*: załącznik do niniejszego opracowania – spis aktów regulujących mediacje w polskim prawie). Były one przyjmowane w różnym czasie i w zróżnicowanych trybach prac legislacyjnych. Niektóre z nich znalazły się w kodeksach, inne w ustawach, a jeszcze inne w rozporządzeniach Ministra Sprawiedliwości (lub innych). Regulacje te cechuje niejednorodność i rozbieżności trudne do pogodzenia z zasadą racjonalności ustawodawcy. Rozproszenie formalne i wewnętrzna niespójność regulacji dotyczących mediacji powodują istotne problemy praktyczne oraz wątpliwości interpretacyjne. Przedstawiciele środowisk mediacyjnych oraz eksperci są zgodni co do potrzeby ujednoczenia (tam, gdzie to możliwe) i uporządkowania obowiązujących regulacji oraz wyeliminowania szeregu usterek. Celowe jest także rozszerzenie zakresu zastosowania niektórych rozwiązań, które sprawdziły się w ramach dotychczasowych regulacji -np. regulacja poufności mediacji w kodeksie postępowania cywilnego.

Jako wybrane przykłady braku spójności i innych wad obecnych regulacji mogą posłużyć:

- niekonsekwentne i częściowo nieuzasadnione zróżnicowanie kwalifikacji mediatorów, regulacji dotyczących ośrodków mediacyjnych oraz list stałych mediatorów, w różnych rodzajach spraw;
- brak regulacji dotyczących przygotowania do prowadzenia mediacji i szkolenia mediatorów (z wyjątkiem mediacji w sprawach nieletnich);
- brak regulacji dotyczących poufności mediacji (z wyjątkiem k.p.c.);
- nieuzasadnione zróżnicowanie regulacji dotyczących protokołów i sprawozdań z przebiegu mediacji;
- wliczanie czasu trwania mediacji do ogólnego czasu trwania postępowań – z punktu widzenia kryteriów oceny pracy sędziów (vide: nagminne niestety przypadki wytyków czynionych przez sędziów wizytatorów).

Wnioski: Obecne regulacje postępowań mediacyjnych w Polsce są rozproszone, niepowiązane i niejednorodne. Możliwe i celowe jest znalezienie zagadnień ogólnych, które należy uregulować w ramach jednego aktu prawnego. Taka regulacja powinna z jednej strony zapewnić spójność, a z drugiej uwzględniać różnice charakterystyczne dla mediacji w różnych rodzajach sporów. W pozostałym zaś zakresie, przy pozostawieniu regulacji mediacji w źródłach dotyczących poszczególnych gałęzi prawa, konieczne jest ujednoczenie i zracjonalizowanie tych regulacji, kładąc nacisk na pełną realizację ustrojowych celów mediacji w rozwiązywaniu konfliktów.

VIII. Skutki finansowe

W przypadku skutecznego skorzystania z mediacji w ramach postępowania sądowego koszty postępowania są znacznie niższe niż w przypadku rozstrzygnięcia sporu na drodze pełnego postępowania sądowego. W przypadku mediacji przedsądowych oszczędności te są ze zrozumiałych względów jeszcze większe. Jednak zdaniem Rady, aby mediacja w Polsce zaistniała jako rzeczywista alternatywa wobec postępowań sądowych i w dłuższej perspektywie przyniosła znaczące oszczędności dla Skarbu Państwa i dla obywateli, konieczne jest zwiększenie na obecnym etapie nakładów finansowych na mediacje, szczególnie w następujących obszarach:

1. Zwiększenie stawek wynagrodzenia dla mediatorów

Obecne stawki wynagrodzenia dla mediatorów nie odpowiadają znaczeniu i roli, jaką mediator i procedura mediacyjna mają spełniać w systemie wymiaru sprawiedliwości. Są one także nieadekwatne do kwalifikacji mediatora, czasu i nakładu jego pracy. Ze sprawozdań i protokołów z mediacji składanych do sądów wynika, że czas procedury mediacji „netto” wynosi od kilku do kilkunastu godzin. Niskie stawki nie motywują mediatorów do podwyższenia swoich kwalifikacji, oraz powodują odchodzenie wielu wysoko wykwalifikowanych mediatorów od pełnienia tej

funkcji. Ponadto pojawiają się głosy w środowisku sędziowskim, a także wśród stron postępowań mediacyjnych, że tak niskie stawki za usługę mediacyjną mogą budzić brak zaufania stron oraz organu kierującego sprawą do mediacji, do mediatora i jego kwalifikacji zawodowych¹⁹. Z tych powodów może wzrastać brak akceptacji nie tylko dla mediatora, ale i instytucji mediacji.

2. Pokrycie kosztów mediacji przez Skarb Państwa w przypadku osób w trudnej sytuacji materialnej

W celu lepszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości i efektywniejszej ochrony prawnej należy zapewnić dostęp do mediacji cywilnej osobom o niskich dochodach. Skutki finansowe dla Państwa wiązać się będą z włączeniem kosztów mediacji do kosztów sądowych i w przypadku zwolnienia strony z kosztów sądowych, wypłacenia wynagrodzenia dla mediatora ze środków Skarbu Państwa.

3. Rozważenie możliwości częściowego sfinansowania ze środków Skarbu Państwa postępowań mediacyjnych w wybranych kategoriach spraw

Doświadczenia zagraniczne wskazują na wiele udanych przykładów wdrożenia programów mediacyjnych w całości lub częściowo subsydiowanych ze środków publicznych. Programy te przyczyniają się na dłuższą metę do osiągnięcia znacznych oszczędności w sądownictwie. Przykładowo, w Anglii ze środków publicznych finansuje się m.in. mediacje w sprawach rodzinnych z udziałem małoletnich dzieci, a także pierwszą godzinę mediacji w sprawach o niewielkiej wartości przedmiotu sporu (zob. wcześniejsze uwagi w pkt. IIIc). Z kolei w Słowenii państwo finansuje w całości koszty pierwszej sesji mediacyjnej (co ma przyczynić się do przekonania i zachęcenia do mediacji osób, które wcześniej z niej nie korzystały).

4. Zwolnienie z podatku VAT

Należy także rozważyć zwolnienie z podatku VAT mediatorów, którzy podejmą się prowadzenia mediacji *pro bono*, np. ze względu na trudną sytuację materialną stron, aby zachęcić mediatorów do takich działań. Przykłady mediacji, a nawet całych programów mediacyjnych prowadzonych *pro bono*, można znaleźć w krajach *common law*, głównie w Stanach Zjednoczonych, Kanadzie i Australii, najczęściej w sprawach o niskiej wartości przedmiotu sporu, albo w sprawach, w których uczestniczą osoby ubogie (np. sprawy o eksmisje). W takich programach uczestniczą *pro bono* osoby, których przygotowanie do pełnienia funkcji mediatora jest opłacane przez Państwo, a ponadto studenci z klinik mediacji lub prawnicy, którzy są mediatorami i w ten sposób realizują, najczęściej ustawowy, obowiązek pracy na rzecz społeczeństwa.

¹⁹ Spotkania koordynatorów ds. mediacji (trzy spotkania w Ministerstwie Sprawiedliwości oraz szkolenia i warsztaty prowadzone w ramach KSSIP).

IX. Zakres zmian: zarys wariantów możliwych rozwiązań

Na obecnym etapie wstępnych założeń projektowych, w celu prowadzenia dalszych prac analitycznych i dyskusji *de lege ferenda*, należy zasygnalizować istnienie w innych państwach zróżnicowanych regulacji dotyczących mediacji i związanych z nimi charakterystycznych rozwiązań normatywnych:

Wariant I. Promocja mediacji przez budowanie społecznego kapitału zaufania do mediacji związanego z gwarancjami wysokiej jakości usług mediacyjnych oraz aktywne działania sądów i innych instytucji publicznych na rzecz mediacji.

W ramach tego wariantu występują następujące typowe rozwiązania:

- a) określenie w ustawie odpowiednich kwalifikacji mediatorów (w tym zwłaszcza tzw. stałych mediatorów i mediatorów, do których sąd kieruje sprawy) stanowiących przesłankę wpisu na listę mediatorów lub odnowienia wpisu (obowiązek stałego doskonalenia zawodowego), w szczególności w zakresie szkoleń i przygotowania praktycznego do prowadzenia mediacji – tego rodzaju rozwiązania przewiduje m.in. nowa ustawa niemiecka z 2011 r.;
- b) urzędowy charakter listy mediatorów lub skuteczne mechanizmy weryfikacji kompetencji mediatorów przez sądy i inne organy państwowe kierujące sprawy do mediacji;
- c) finansowanie ze środków publicznych pierwszych sesji mediacyjnych lub sesji informacyjnych dotyczących mediacji;
- d) uzależnienie od udziału w sesjach informacyjnych dotyczących mediacji przyznania zwolnienia od kosztów sądowych oraz pomocy prawnej z urzędu;
- e) system współfinansowania mediacji ze środków publicznych i prywatnych (stron sporu), z uwzględnieniem rodzaju spraw, interesu społecznego, uzasadnionych interesów stron, godziwej i adekwatnej wyceny pracy mediatora oraz korzyści ekonomicznych płynących z mediacji dla Skarbu Państwa;
- f) obowiązek proponowania i informowania stron o możliwości skorzystania z mediacji i jej korzyściach przez sądy i inne organy procesowe;
- g) profesjonalizacja mediacji, np. obowiązkowe ubezpieczenie mediatorów od odpowiedzialności cywilnej (por. ustawa austriacka z 2004 r.).

Wariant II. Wprowadzenie mediacji obowiązkowych: przedsądowych w określonych kategoriach spraw lub sądowych na podstawie indywidualnych decyzji sądu.

W ramach tego wariantu spotyka się następujące typowe rozwiązania:

- a) mediacje obowiązkowe przedsądowe w określonych w ustawie kategoriach spraw – np. ustawa włoska z 2010 r. (określone rodzaje spraw cywilnych, w szczególności gospodarczych); ustawa niemiecka (EGZPO) z 1999 r. (sprawy o niskiej wartości przedmiotu sporu);

- b) mediacje obowiązkowe ze skierowania sądu na podstawie postanowienia sądu o skierowaniu sprawy do mediacji w indywidualnych sprawach;
- c) strony mają obowiązek w niektórych przypadkach wzięcia udziału w sesji informacyjnej dotyczącej mediacji;
- d) możliwość zasądzenia kosztów postępowania sądowego, niezależnie od wyniku sprawy, w przypadku nieuzasadnionej odmowy przystąpienia do mediacji itp. – tak np. w Anglii.

Wariant III. Model oparty na założeniu, że rynek usług mediacyjnych stopniowo wykształci wystarczające mechanizmy konkurencji i samoregulacji lub na innych założeniach ograniczających aktywność państwa w zakresie regulacji i promocji mediacji.

W ramach tego wariantu można wymienić następujące przypadki:

- a) niektóre państwa o utrwalonej kulturze polubownego rozwiązywania sporów, np. Szwajcaria, lub inne kraje, w których systemy sądownictwa są uznawane za sprawnie działające (model „organicznego”, ewolucyjnego rozwoju mediacji, wobec braku presji związanej z dysfunkcją dostępnych metod rozwiązywania sporów);
- b) państwa, w których brak utrwalonych wzorców społecznych i prawnych w zakresie polubownego rozwiązywania sporów, np. kraje Europy Wschodniej – w tym państwa, w których poziom legislacji oraz szeroko rozumianej kultury prawnej odbiega od międzynarodowych standardów;
- c) państwa wstrzymujące się z aktywną regulacją mediacji, np. w oczekiwaniu na rezultaty działań podjętych w innych krajach, lub wprowadzające ograniczone działania na rzecz mediacji.

Polskę na obecnym etapie należy obecnie zaliczyć do grupy krajów opisanych powyżej w ramach wariantu III. Należy odnotować, że jeszcze w latach 90-ych XX wieku i w pierwszych latach obecnego stulecia model ten dominował m.in. w Europie. Obecnie jednak coraz więcej państw, rozumiejąc wagę mediacji w realizowaniu indywidualnych praw jednostki, tworzeniu społeczeństwa otwartego, a także biorąc pod uwagę oszczędności, jakie przynosi dla wymiaru sprawiedliwości, podejmuje aktywne działania zmierzające do szerokiego wprowadzenia regulacji opisywanych ramach wariantu I lub II. Zdaniem Rady takie działania należy również podjąć w Polsce.

Doświadczenia zagraniczne wskazują, że o ile wprowadzenie modelu mediacji obowiązkowych przynosi w krótkim terminie znaczący wzrost liczby spraw trafiających do mediacji a jednocześnie spadek liczby spraw sądowych, promocja mediacji w taki sposób może powodować pewne napięcia. Wolne od kontrowersji są natomiast działania mające na celu promocję mediacji poprzez budowanie społecznego kapitału zaufania do tej instytucji, zwłaszcza poprzez aktywne włączenie są-

dów i innych instytucji publicznych. Należy też zaznaczyć, że warianty I i II nie wykluczają się wzajemnie. Wręcz przeciwnie, wdrożenie modelu mediacji obowiązkowej wiąże się na ogół z działaniami promującymi mediację i wysoką jakość usług mediacyjnych, które zostały scharakteryzowane w ramach wariantu I.

W zasadzie każdy z modeli wymaga wprowadzenia zmian legislacyjnych. Od strony formalnej mogą one polegać na:

- 1) wprowadzeniu nowego aktu normatywnego (ustawy) obejmującego w zasadzie całokształt regulacji mediacji (lub ewentualnie ADR, w tym arbitrażu) w danym systemie prawnym;
- 2) wprowadzeniu nowej ustawy mediacyjnej – przy pozostawieniu, w koniecznym zakresie uzasadnionym względami systemowymi w ramach poszczególnych gałęzi prawa, regulacji mediacji w innych aktach prawnych;
- 3) ograniczenia zmian do nowelizacji – bez wprowadzania nowej ustawy.

Rozwiązanie wymienione powyżej jako drugie może wydawać się najbardziej uzasadnione. Pozwala ono uniknąć zbędnych powtórzeń w różnych aktach normatywnych oraz uregulować zagadnienia wspólne. Jednocześnie podnosi rangę mediacji, jako instytucji prawnej.

Niezależnie od tworzenia nowych rozwiązań systemowych należy bezzwłocznie podjąć działania zmierzające do zmiany najważniejszych przepisów hamujących rozwój mediacji w Polsce, polegające m.in. na:

- 1) wprowadzeniu przepisów, które dawałyby możliwość zwolnienia osób o niskich dochodach (w szczególności zwolnionych z kosztów sądowych) z kosztów mediacji;
- 2) zmianie przepisów podatkowych polegających na zwolnieniu z podatku VAT w przypadku, gdy mediator prowadzi mediację pro bono;
- 3) zmianie przepisów dotyczących wynagrodzeń dla mediatorów;
- 4) zmianie przepisów dotyczących mediacji karnej, szczególnie w zakresie wprowadzenia możliwości umorzenia postępowania karnego w przypadku zawarcia ugody mediacyjnej i naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem lub zadośćuczynienia pokrzywdzonemu, a także poufności mediacji.

X. Załącznik: Spis podstawowych aktów prawnych regulujących mediację wg. stanu na dzień 1 marca 2012 r.

W obrębie **prawa karnego** regulacje dotyczące mediacji znajdują się obecnie m.in. w następujących aktach prawnych:

- Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm., aktualna regulacja mediacji w k.p.k. obowiązuje od 1 lipca 2003 r., a została wprowadzona Ustawą z 10 stycznia 2003 r., Nr 17, poz. 155),
- Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.),

- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 czerwca 2003 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz. U. Nr 108, poz. 1020),
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2003 r. w sprawie wysokości i sposobu obliczania wydatków Skarbu Państwa w postępowaniu karnym (Dz. U. Nr 108, poz. 1026 ze zm.),
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. Nr 90, poz. 557 z późn. zm.; mediację wprowadzono na mocy ustawy z 24 lipca 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw Dz. U. Nr 142, poz. 1380, która weszła w życie 1 września 2003 r.).

Mediacje **w sprawach nieletnich** zostały uregulowane następującymi aktami prawnymi:

- Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. 2002 r., Nr 11, poz. 109 z późn. zm.),
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 56, poz. 591),
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 14 sierpnia 2001 r. w sprawie szczególnych zasad ustalania kosztów postępowania w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 90, poz. 1009),
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 23 grudnia 2002 r. w sprawie wynagrodzeń kuratorów zawodowych i aplikantów kuratorskich (Dz. U. Nr 239, poz. 2037).

Regulacje mediacji **w sprawach cywilnych** obejmują m.in.:

- Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.; mediacja została wprowadzona do k.p.c. ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw Dz. U. z 2005 r., Nr 172, poz. 1438; weszła w życie 10 grudnia 2005 r.),
- Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.),
- Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.),
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 30 listopada 2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym.

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji zarówno w formie wydruku z dyskietką lub w formie elektronicznej w edytorze Word 6.0, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami.

Na pierwszej stronie należy zamieścić imię i nazwisko autora (autorów) oraz tytuł pracy. Na końcu pracy należy podać: adres (y) autora (ów), nr telefonu, faksu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (ów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska.

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać na adres: Redakcja kwartalnika „Rodzina i Prawo” – Instytut Badań DNA, ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa lub pocztą elektroniczną na adres e-mail: redakcja@ibdna.pl

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmiany tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje tylko prace oryginalne. Niezamówione materiały zwracane są wyłącznie na życzenie Autora.