

RODZINA I PRAWO

Nr 2 (5) 2007



Kwartalnik sędziów rodzinnych

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodnicząca

Dr Joanna Nowacka – ekspert Instytutu Badań DNA.

Członkowie:

- Prof. dr hab. Tadeusz Ereciński – prezes Izby Cywilnej Sądu Najwyższego,
Dr hab. Elżbieta Holewińska-Łapińska – prof. Uniwersytetu Warszawskiego,
prof. Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
- Dr hab. Tomasz Justyński – prof. UMK w Toruniu, prodziekan
Wydziału Prawa i Administracji,
- Grażyna Niemiałtowska – sędzia wizytator ds. rodzinnych
i nieletnich, SO Warszawa – Praga,
- Dr Lech K. Paprzycki – prezes Izby Karnej Sądu Najwyższego,
Prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski – sędzia Sądu Najwyższego,
Barbara Rymaszewska – sędzia WSA w Łodzi, wiceprezes
ds. organizacyjnych SSP IUSTITIA,
- Elżbieta Schubert – sędzia SO w Olsztynie,
Prof. dr hab. Tadeusz Smoczyński – Instytut Nauk Prawnych PAN
w Warszawie
- Prof. dr hab. Wanda Stojanowska – kierownik Katedry Prawa Rodzinnego
i Prawa Nieletnich UKSW
- Prof. dr hab. Bogusław Sygit – Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego,
- Prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski – dziekan Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warszawskiego,
- Ewa Waszkiewicz – sędzia SO w Warszawie, przewodnicząca
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: NAJ-COMP s. j.

04-506 Warszawa, ul. Minerska 1

tel.: 0 22 812 70 39

Nakład: 1500 egz.

Wydawca, prenumerata: Instytut Badań DNA Sp. z o. o.

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

ARTYKUŁY

- Dr hab. Tomasz Justyński, prof. UMK w Toruniu
Wrongful conception, wrongful birth i wrongful life w orzecznictwie sądów polskich 5
- Iwona Gredka, doktorantka Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach
Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania jednego z małżonków 22
- Olga Tytoń, Ministerstwo Sprawiedliwości
Hinduskie małżeństwo przed sądem konsystorskim, czyli o postępowaniu w sprawie zwolnienia cudzoziemca od obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa (art. 56 ust. 2 p.a.s.c.) 41
- Waldemar Ziętek, doktorant Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego im. Jana Pawła II w Lublinie
Kurator dla osoby ułomnej – de lege ferenda 59

PRAWO RODZINNE W EUROPIE. WSPÓŁPRACA MIĘDZYNARODOWA SĄDÓW

- Leszek Kuziak, sędzia w Ministerstwie Sprawiedliwości
Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka w Polsce 66

ORZECZNICTWO

- Wybrane uchwały Sądu Najwyższego podjęte w okresie od 22 listopada 2006 r. do 16 marca 2007 r. 88
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2006 r. IV CSK 127/06 (dot. oddalenia kasacji w sprawie pełnego nierozwiązywalnego przysposobienia) 90

WARTO PRZECZYTAĆ

- Prof. dr hab. Elżbieta Holewińska-Łapińska, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości
Recenzja książki Józefiny Hrynkiewicz, **Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach opieki**, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006, s. 223 96
- Robert Zegadło, sekretarz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego
Recenzja publikacji: Tadeusza Smyczyńskiego, **Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne** i Janiny Panowicz-Lipskiej, **Separacja** – Studia Prawa Prywatnego, 1 (4) 2007 105

PROJEKTY

- Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw – uchwalona przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 41. posiedzeniu w dniu 9 maja 2007 r., przekazana do rozpatrzenia przez Senat. 107

.....

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 przesyłać na adres: Redakcja kwartalnika Rodzina i Prawo, 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.

Tomasz Justyński

Wrongful conception, wrongful birth i wrongful life **w orzecznictwie sądów polskich**

1. Uwagi wprowadzające

Dramatyczny problem, wyrażający się w pytaniu czy zawinione zmuszenie kobiety do poczęcia lub urodzenia dziecka może rodzić odpowiedzialność odszkodowawczą sprawcy (w tym w szczególności odpowiedzialność związaną z kosztami utrzymania niechcianego dziecka) nie jest nowy dla prawników zagranicznych. Już w latach dwudziestych i trzydziestych XX wieku pojawił się on w Niemczech i USA, a następnie stanął na wokandach wielu innych krajów¹.

Początkowo chodziło głównie o skargi rodziców, którzy obawiając się urodzenia (lub ewentualnie poczęcia) dziecka ciężko upośledzonego, starali się temu przeciwdziałać (*wrongful birth*). Nieco później do sądów zaczęły wpływać sprawy określane dziś mianem *wrongful conception* (niechciane poczęcie). Tutaj nie chodziło już o niepożądane poczęcie lub urodzenie dziecka kalekiego. Dziecko było niechciane nie dlatego, że upośledzone; celem było uniknięcie wszelkich obciążeń (w tym przede wszystkim ekonomicznych) związanych z urodzeniem i wychowaniem dziecka. Trzecim typem spraw wiążących się z odpowiedzialnością za poczęcie albo urodzenie dziecka są skargi *wrongful life*. Nie chodzi tu jednak, jak przy dwóch poprzednich, o roszczenia rodziców, ale o skargę samego ciężko upośledzonego dziecka, które twierdzi, że byłoby dla niego lepiej, gdyby się w ogóle nie urodziło.

Sprawy *wrongful conception*, *wrongful birth* oraz *wrongful life* niedawno pojawiły się także przed sądami polskimi i wywołały, czego należało się spodziewać, niezwykle ożywioną dyskusję wśród prawników i to nie tylko cywilistów. Jak można było przewidywać, podobnie jak w pierwszej fazie dyskusji zagranicznej, również w Polsce, bardzo szybko zarysowały się dwa zasadniczo odmienne stanowiska. Spór ogniskuje się obecnie wokół pryncypialnej kwestii charakteru prawnego przepisów przyznających kobiecie możliwość przerwania ciąży.

Przeciwnicy istnienia prawa podmiotowego do aborcji, mniej lub bardziej zdecydowanie, negują możliwość domagania się odszkodowania na pokrycie

¹ Szeroko na ten temat: T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003.

kosztów utrzymania urodzonego „niechcianego” dziecka. Trudno przy tym oprzeć się wrażeniu, że prezentowana argumentacja częściej jest wyrazem stanowczej dezaprobaty dla dopuszczalności aborcji w prawie polskim, niż próbą jurydycznej konstatacji tego faktu. A przecież aborcja jest również w Polsce, nawet jeśli w bardzo wąskim zakresie, jednak dopuszczalna.

Na marginesie warto zwrócić uwagę na istotną dla dalszej dyskusji okoliczność. Otóż postawiony na wstępie problem będzie istniał także wówczas, gdyby wbrew oczywistym przesłankom, chcieć przeczyć istnieniu prawa kobiety do zadecydowania o przerwaniu ciąży. Doświadczenia sądów zagranicznych wskazują, że sprawy tego typu wcale nie rzadziej pojawiają się w ogóle bez związku z prawem do aborcji. Wiele orzeczeń zapadało przecież na tle naruszenia prawa do antykoncepcji, prawa do prawidłowej diagnozy prekoncepcyjnej, czy prawa do sterylizacji (w tym także dyskusyjnego na gruncie prawa polskiego prawa do tzw. sterylizacji dla wygody). Nawet zatem całkowita eliminacja dopuszczalności aborcji z systemu prawa nie rozwiązałaby tytułowego problemu.

Celem dalszych rozważań będzie zebranie i uporządkowanie ciekawego dorobku judykatury polskiej, przede wszystkim w zakresie roszczenia o pokrycie kosztów utrzymania niechcianego dziecka. To właśnie roszczenie budzi bowiem największe kontrowersje w doktrynie.

2. Orzecznictwo sądów polskich

Tytułowego problemu można doszukać się w czterech orzeczeniach polskiego Sądu Najwyższego.

Pierwsze, pochodzące jeszcze z 1965 r.², jest z nim stosunkowo luźno związane. Stan faktyczny rozpatrywanej wówczas sprawy w pełni uprawniał do postawienia zarzutu „zmuszenia” do urodzenia niechcianego dziecka oraz domagania się zwrotu kosztów jego utrzymania. U urodzonego dziecka stwierdzono mianowicie rozszczep szczęki górnej i podniebienia. Były one następstwem nieprawidłowego, niezgodnego z zasadami sztuki wykonania zabiegu aborcji, któremu poddała się kobieta nie chcąca mieć dzieci. Mianowicie lekarz usunął tylko jeden płód ciąży bliźniaczej, uszkodzając drugi. Zarzut „zmuszenia do urodzenia” nie został jednak *expressis verbis* sformułowany. W szczególności matka nie domagała się pokrycia kosztów utrzymania niechcianego dziecka. Poprzestała jedynie na żądaniu zadośćuczynienia za krzywdę. Natomiast dziecko, które doznało uszkodzeń w wyniku błędu lekarza przeprowadzającego zabieg aborcji, domagało się odszkodowania z tytułu szkód doznanych przed urodzeniem.

² Wyrok SN z dnia 8 stycznia 1965 r., II CR/65, OSPiKA 1967, nr 9 z glosą A. Szpunara.

Zawarte w uzasadnieniu wywody dotyczące roszczeń matki są niezwykle oszczędne. Sąd ograniczył się do stwierdzenia, z którym trzeba oczywiście w pełni się zgodzić, że „nie może ona dochodzić zadośćuczynienia z tytułu uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia jej żyjącego dziecka, a jedynie z tytułu własnych cierpień fizycznych i krzywdy moralnej, o ile takie nastąpiły w wyniku czynu niedozwolonego sprawcy”. Stwierdzenie to, ze względu na jego ogólnikowość, można interpretować jako niewykluczające przynajmniej pewnej części roszczeń z tytułu *wrongful conception*. Wobec treści pozwu Sąd Najwyższy został niejako zwolniony od zastanawiania się nad istotą *wrongful conception*, a więc nad dopuszczalnością roszczeń o pokrycie kosztów utrzymania „niechcianego” dziecka.

Z klasyczną skargą związaną z *wrongful conception* polskie sądy zetknęły się znacznie później. W precedensowym **orzeczeniu z 21 listopada 2003 r.**³ Sąd Najwyższy uznał, że „bezprawne uniemożliwienie wykonania zabiegu przerwania ciąży – w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz. U. Nr 17, poz. 78 ze zm.) – uprawnia kobietę do dochodzenia wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia”.

Orzeczenie zapadło na tle interesującego stanu faktycznego. Otóż powódka Małgorzata A. została w dniu 28 lipca 1996 r. zgwałcona. Sprawcy przestępstwa nie wykryto. Natomiast pod koniec września 1996 r. ginekolog potwierdził ciążę i określił jej zaawansowanie na 11 tygodni. Wystawił również skierowanie do Szpitala Miejskiego z zaleceniem usunięcia ciąży będącej wynikiem przestępstwa.

W Szpitalu, na podstawie przeprowadzonego badania USG, wiek płodu błędnie określono na 14 tygodni. Wobec rozbieżności prokurator powołał biegłego ginekologa, który miał ocenić, czy ciąża mogła być wynikiem gwałtu dokonanego na powódce. Powódka nie stawiała się na badania (raz ze względu na chorobę, drugi raz z powodu złego samopoczucia) zatem do wydania zgody na zabieg nie doszło i w dniu 30 kwietnia 1997 r. Małgorzata A. urodziła zdrowego syna.

Powódka domagała się od pozwanych (Skarbu Państwa – wojewody, Szpitala Miejskiego oraz Gminy) kwoty 20 000 zł tytułem zadośćuczynienia za naruszenie jej dóbr osobistych oraz odszkodowania z tytułu utraconych zarobków w kwocie 15 000 zł. Natomiast na rzecz małoletniego syna zażądała zasądzenia renty stanowiącej równowartość kosztów jego utrzymania (w kwocie 800 zł miesięcznie).

Sąd Okręgowy powództwo oddalił. Po pierwsze, uznał bowiem, że legitymowanym biernie w tym procesie może być jedynie Gmina, gdyż w 1996 r.

³ V CK 16/03, Monitor Prawniczy 2004, nr 10.

Szpital Miejski, niemający wówczas osobowości prawnej, był jednostką budżetową. Po drugie zaś, powództwo wobec Gminy uznał za nieuzasadnione, gdyż zabieg aborcyjny nie mógł być przeprowadzony bez prokuratorskiego potwierdzenia uzasadnionego podejrzenia, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. Prokurator natomiast ustala tę okoliczność samodzielnie. Nie był zatem związany rozpoznaniem dokonany w Szpitalu Miejskim.

Z kolei Sąd Apelacyjny, inaczej niż Sąd Okręgowy, dopuścił wprowadzenie istnienia związku przyczynowego między nieprawidłowym rozpoznaniem zaawansowania ciąży w szpitalu a uniemożliwieniem uzyskania zaświadczenia prokuratorskiego, uznał to jednak za okoliczność pozbawioną znaczenia. Przesłanką odpowiedzialności deliktowej z art. 444-449 k. c. jest bowiem uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia, urodzenie zaś dziecka nie jest objęte tymi pojęciami. Powódkę obciąża wprawdzie obowiązek alimentacyjny wobec syna, jednakże niemożność uzyskania alimentów od ojca małoletniego powoda nie daje podstaw do obciążenia tym obowiązkiem pozwanej Gminy.

Rozpatrujący kasację Sąd Najwyższy słusznie zajął stanowisko, które po długoletnich sporach zwyciężyło wszędzie tam, gdzie pojawił się problem *wrongful conception*. Uznał mianowicie, że naruszenie prawa kobiety do aborcji uprawnia ją do dochodzenia wyrównania szkody wynikłej z tego zdarzenia. Wykluczył natomiast roszczenia dziecka.

Z kolei w wyroku z dnia 13 października 2005⁴ Sąd Najwyższy postawiony został przed koniecznością rozstrzygnięcia sprawy należącej do kategorii *wrongful birth* (powszechnie znanej jako „przypadek łomżyński”). Orzeczenie zapadło na tle typowego dla tej kategorii spraw stanu faktycznego.

Otóż powodowie (małżonkowie W.) z uwagi na poważne kalectwo pierwszego dziecka, a także problemy zdrowotne powódki i złą sytuację materialną wystrzegali się drugiej ciąży. Na początku marca 1999 r. okazało się jednak, że powódka jest w ciąży. Od lekarza poradni „K” otrzymała więc skierowanie na konsultację do P. ordynatora Oddziału Ginekologii i Położnictwa Szpitala w Ł. Ten zaś odmówił stwierdzenia podstaw do przerwania ciąży a także odmówił uzasadnionemu żądaniu powódki skierowania jej na specjalistyczne badania do poradni genetycznej. Uważał bowiem błędnie, że występująca u pierwszego dziecka choroba genetyczna (nieuleczalna ciężka dysplazja kręgosłupowo-przynasadowa, objawiająca się na zewnątrz karłowatością i skróceniem kończyn) nie jest wskazaniem ani do dokonania aborcji, ani do skierowania pacjentki na badania prenatalne.

We wrześniu, podczas kolejnego badania USG zauważono nieprawidłowości mogące wskazywać na występowanie tej samej choroby, która dotknęła pierwsze dziecko. Powódka doznała szoku. Nie wyraziła zgody na przeprowadzenie dalszych badań ginekologicznych przez pozwanego lekarza P. Ten zaś

⁴ IV CK 161/05, OSP 2006, nr 6, poz. 71.

oświadczył, iż nie ma możliwości przeprowadzenia badań przez innego lekarza i wypisał pacjentkę z oddziału. Następnie lekarz poradni konsultacyjnej w Białymstoku, już na podstawie wywiadu ocenił, że szanse urodzenia dziecka zdrowego wynoszą zaledwie 50%. Natomiast po wykonaniu badania USG potwierdził istnienie wady płodu.

W dniu 27 października 1999 r. w Szpitalu w Białymstoku powódka urodziła córkę, u której, podobnie jak u jej pierwszego dziecka, występuje ciężka dysplazja kręgosłupowo-przynasadowa o podłożu genetycznym.

Sąd Najwyższy uznał, że skoro ustawa o planowaniu rodziny przyznaje rodzicom prawo do świadomego planowania rodziny, a kobiecie prawo do przerwania ciąży (m. in. z tzw. przyczyn eugenicznych), to prawa te należy uznać za **prawa podmiotowe** rodziców, których naruszenie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. W szczególności w sytuacji, gdy badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu rodzice mają prawo do świadomego podjęcia decyzji, czy chcą i mogą obciążyć siebie i swoją rodzinę skutkami urodzenia dziecka upośledzonego.

W nie mniejszym stopniu precedensowe jest również ostatnie z dotychczas zapadłych orzeczeń Sądu Najwyższego i to mimo tego, że chodziło o sprawę rozstrzyganą już wcześniej przez ten Sąd⁵. W uchwale z dnia 22 lutego 2006 r.⁶ Sąd Najwyższy ponownie rozpatrywał sprawę Małgorzaty A., która zmuszona została do urodzenia dziecka pochodzącego z gwałtu. Tym razem roszczenie dotyczące pokrycia kosztów utrzymania dziecka zgłoszone zostało nie przez dziecko (co wcześniej już Sąd Najwyższy uznał za niewłaściwe), ale przez matkę. Sąd zadecydował, że: „podmiot odpowiedzialny za bezprawne uniemożliwienie dokonania zabiegu przerwania ciąży, będącej następstwem gwałtu, którego sprawca nie został wykryty, ponosi koszty utrzymania dziecka w zakresie, w jakim matka nie jest w stanie zaspokoić jego usprawiedliwionych potrzeb”. Nowe jest tu przede wszystkim wyraźne potraktowanie również „zwykłych” kosztów utrzymania dziecka (a więc tych niewynikających z ewentualnego kalectwa, gdyż w sprawie chodziło przecież o dziecko zdrowe) jako pozycji szkody. Przyjęty zakres obowiązku odszkodowawczego, o czym będzie jeszcze szeroko mowa, jest natomiast dyskusyjny.

3. Naruszone dobro prawne

Bez uszczerbku w dobrach prawnie chronionych nie może być, co oczywiste, mowy o odpowiedzialności odszkodowawczej. Dorobek polskiej judykatury dotyczący tej kwestii jest interesujący i ważny, jakkolwiek trudno już dziś mówić o ostatecznie ustalonym poglądzie.

⁵ W orzeczeniu z 21 listopada 2003 r. (powołanym w przypisie nr 2).

⁶ III CZP 8/06, niepublikowane.

Sąd Najwyższy, co w okolicznościach rozstrzyganych dotychczas spraw wydaje się usprawiedliwione, m.in. zawsze chodziło przecież o publiczny zakład opieki zdrowotnej, koncentrował się na odpowiedzialności deliktowej, a co za tym idzie poszukiwał **bezprawności** zachowania sprawcy.

Warto w tym miejscu zasygnalizować, że na ogół zupełnie wystarczającą podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej dawał będzie w tego typu sprawach **kontrakt** (a ściślej: jego naruszenie). W moim przekonaniu istnieje on nie tylko w przypadku gabinetów prywatnych, ale również wówczas, gdy usługę medyczną wykonuje publiczny zakład opieki zdrowotnej⁷. Z konieczności należy poprzestać na zasygnalizowaniu tego zagadnienia, tym bardziej, że w żadnym z dotychczasowych rozstrzygnięć Sąd Najwyższy nie odwoływał się do naruszenia kontraktu. Co ciekawe, inaczej było w judykaturze zagranicznej, która na ogół poszukiwała właśnie naruszenia kontraktu, a dopiero wówczas, gdy (z różnych zresztą powodów) okazywało się to niewystarczające, odwoływała się do odpowiedzialności deliktowej. Rozwinięcie tej kwestii przekraczałoby ramy opracowania⁸.

W wyroku z dnia 21 listopada 2003 r. Sąd Najwyższy odwołał się do deliktowej podstawy roszczeń. Dostrzegł ją mianowicie w **prawie do aborcji**. Zdaniem Sądu Najwyższego, zmuszenie powódki do urodzenia dziecka pochodzącego z przestępstwa zgwałcenia stanowiło naruszenie jej dóbr osobistych. Chodziło mianowicie o rozumianą szeroko, mającą oparcie konstytucyjne, **wolność**. Prawem każdego jest bowiem możliwość decydowania o swoim życiu osobistym (art. 47 Konstytucji RP). Sąd Najwyższy wspominał również o możliwości brania pod uwagę **prawa do planowania rodziny**, wątku tego jednak nie rozwinął.

Stanowisko to w pełni podzielił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 października 2005 r. argumentując, że skoro ustawa z 1993 r. o planowaniu rodziny przyznaje rodzicom **prawo do świadomego planowania rodziny**, a kobiecie **prawo do przerwania ciąży** m.in. w sytuacji określonej w art. 4a ust. 1 pkt 2 z tzw. przyczyn genetycznych, to prawa te należy uznać za prawa podmiotowe, których naruszenie rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą.

Szczególnie interesujące oraz pogłębione w kontekście poszukiwania bezprawności zachowania lekarza są rozważania Sądu Najwyższego zawarte w ostatnim z dotychczas zapadłych orzeczeń (uchwała z dnia 22 lutego 2006). Potwierdzając istnienie (oraz naruszenie) prawa podmiotowego służącego kobiecie Sąd zmienił w znacznym stopniu optykę przyjętą w poprzednich rozstrzygnięciach. Dotychczas dostrzegane naruszenie prawa do planowania ro-

⁷ Inaczej jest np. we Francji, gdzie pomiędzy publicznym zakładem opieki zdrowotnej i pacjentem nie powstaje stosunek o charakterze cywilnoprawnym, czego namacalnym wyrazem jest kognicja sądów administracyjnych w sporach pomiędzy pacjentami a szpitalami.

⁸ Szerzej: T. Justyński, *Wrongful conception w prawie polskim*, PS 2005, nr 1, s. 40 i 41.

dziny (stanowiącego dobro osobiste kobiety) nie zostało tu potwierdzone. Zamiast tego wskazane zostało **prawo kobiety do podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży**. Istotnie zmieniła się także konstrukcja jurydycznego uzasadnienia tego prawa.

Otóż zdaniem Sądu Najwyższego, bezprawność zachowania lekarza nie wynika, jak to przyjęto w obu poprzednich orzeczeniach, z naruszenia art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny. Ten bowiem nie konstytuuje służącego kobiecie prawa podmiotowego (dobra osobistego) do żądania aborcji, a stanowi jedynie konstrukcję zbliżoną do kontraktynu. Okoliczności wskazane w tym przepisie wiążą się wprawdzie z wyłączeniem bezprawności, nie są jednak równoznaczne z uznaniem „prawa do aborcji” za dobro osobiste. Bezprawność zachowania lekarza wynika natomiast przede wszystkim z naruszenia art. 19 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30.08.1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej⁹, (zgodnie z którym pacjent ma prawo m.in. do świadczeń zdrowotnych obejmujących badanie i poradę lekarską) oraz z naruszenia art. 4 ustawy z dnia 5.12.1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁰, (nakładającego na lekarza obowiązek wykonywania zawodu zgodnie ze wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, dostępnymi mu metodami i środkami zapobiegania, rozpoznania i leczenia chorób, zgodnie z zasadami etyki zawodowej oraz należytą starannością). Skoro zaś celem obu tych norm jest umożliwienie kobiecie podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży, to zdaniem Sądu Najwyższego, podmiot odpowiedzialny za bezprawne działanie lekarza może tylko odpowiadać za pozbawienie tej możliwości.

Sąd Najwyższy, nawiązując do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego wyrażonego w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 (K 96/96) nie podzielił też poglądu, w świetle którego prawo do aborcji jest elementem prawa do planowania rodziny.

Rezygnacja z potwierdzenia naruszenia prawa do planowania rodziny nie wydaje się słuszna. Prawo to nie sprowadza się bowiem, jak chce tego Sąd Najwyższy, do aspektu pozytywnego (czyli prawa do urodzenia i wychowania dziecka) oraz w aspekcie negatywnym wyłącznie do prawa do odmowy poczęcia dziecka. Również w systemie prawa polskiego, podobnie zresztą jak na ogół za granicą, obejmuje ono ponadto, bez wątpliwości, (jakkolwiek w bardzo wąskim zakresie wyznaczonym przede wszystkim treścią art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny) także **prawo** do aborcji¹¹. Trudno przecież negować to, że w razie spełnienia wszystkich przesłanek ustawowych kobieta może **żądać** przeprowadzenia aborcji, na lekarzu zaś ciąży **obowiązek** wykonania zabiegu. Przysługuje jej zatem prawo podmiotowe, z którego pomocą osią-

⁹ Dz. U. Nr 91, poz. 468 ze zm.

¹⁰ Dz. U. z 2005 r., Nr 226, poz. 1943 ze zm.

¹¹ Oczywiście granice tego prawa zostały w różnych systemach prawnych różnie ukształtowane.

gany jest przecież efekt także (nawet jeżeli nie pierwszoplanowo) w zakresie planowania rodziny.

Niczego nie zmienia tu spostrzeżenie, iż w pewnych sytuacjach lekarz może powołać się na tzw. klauzulę sumienia (art. 39 ustawy o zawodzie lekarza¹²) i aborcji nie przeprowadzić. Że tak właśnie jest (tzn. że na lekarzu ciąży obowiązek, a kobiecie służy roszczenie) przekonują trzy spostrzeżenia. Otóż po pierwsze, klauzula sumienia jest wyjątkiem od reguły tworzącej obowiązek przerwania ciąży jeśli zażąda tego (w określonych okolicznościach) kobieta. Po drugie, z klauzuli tej lekarz może skorzystać nie zawsze, ale jedynie wtedy, gdy rzeczywiście zaistnieje sytuacja konfliktu sumienia. A zatem wówczas, gdy jego przekonania światopoglądowe nie dadzą się pogodzić z aborcją w konkretnym przypadku. Lekarz nie ma tu zatem pełnej swobody¹³. Konflikt sumienia musi rzeczywiście wystąpić aby mógł on „usprawiedliwić” zwolnienie z obowiązku. Niedopuszczalna byłaby zatem sytuacja, w której lekarz „przed godz. 15-tą” odmawia przeprowadzenia aborcji, natomiast po tej godzinie, w ramach praktyki prywatnej, chętnie zabiegu się podejmuje. I po trzecie, klauzula sumienia została w prawie polskim tak skonstruowana, że odmawiając przeprowadzenia zabiegu lekarz ma obowiązek wskazać pacjentce realną możliwość jego wykonania. Konstrukcja obowiązku lekarza, a tym samym roszczenia służącego pacjentce jest zatem ewidentna¹⁴.

Znaczenie przepisów zezwalających na aborcję nie ogranicza się więc do stworzenia niezbędnego kontraktynu. Dostrzega to, jak się wydaje, również Sąd Najwyższy, gdy pisze o jedynie **zbliżonym** do kontraktynu charakterze okoliczności wskazanych w art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny. Myśli tej jednak nie rozwija. O ograniczeniu znaczenia tych przepisów wyłącznie do roli kontraktynu można by ewentualnie mówić, gdyby ustawa nie nakładała na określone podmioty obowiązku **aktywnej pomocy** kobiecie jeszcze zanim „czyn zostanie popełniony”, a jedynie ograniczała się do tolerowania przeprowadzonej aborcji. Ale tak przecież nie jest.

Trudno w tym miejscu nie zasygnalizować istotnej niespójności stanowiska Sądu Najwyższego zaprezentowanego w ostatnim orzeczeniu. Otóż z jednej strony, Sąd zdaje się dość stanowczo negować **być prawa** do aborcji (sprawdzając art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny do roli kontraktynu) z drugiej zaś, wyraźnie wskazuje, że lekarz może odpowiadać (tylko) za uniemożliwienie kobiecie podjęcia świadomej decyzji co do przerwania ciąży (i wywodzi to z treści innych przepisów). Czyli jednak potwierdza istnienie prawa do aborcji,

¹² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.).

¹³ Odmienne, nietrafnie W. Borysiak, którego zdaniem każdy lekarz (zawsze) może uchylić się od przeprowadzenia zabiegu (glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., IV CK 161/05, PiP 2006, nr 7, s. 119).

¹⁴ Por. T. Justyński, glosa do wyroku SN z dnia 13 października 2005 r., (IV CK 161/05), PiP 2006, nr 7, s. 114.

bo przecież świadomie zdecydować o przerwaniu ciąży może tylko ten, komu prawo do jej przerwania służy. Można to wytłumaczyć chyba tylko w ten sposób, że Sąd Najwyższy w rzeczywistości nie neguje bytu prawa do aborcji a jedynie lokuje je poza treścią art. 4a ust. 1 ustawy o planowaniu rodziny.

Oczywiście można spierać się co do tego, czy prawo do aborcji postrzegać jako element prawa do planowania rodziny (gdyż z pomocą aborcji osiąga się przecież efekt w zakresie planowania rodziny), czy też, jak chce tego Sąd Najwyższy, nie (gdyż prawo do planowania rodziny obejmuje, obok aspektu pozytywnego, tylko prawo do powstrzymania się od poczęcia dziecka, nie zaś unicestwienie poczętego już życia). Jednak trudno nie dostrzec tego, że spór ten pozbawiony byłby praktycznej doniosłości. W tym drugim przypadku należałoby ewentualnie prawo do aborcji ujmować jako fragment zdecydowanie szerszego prawa jakim jest prawo do samostanowienia (lub wolność) albo też przydać mu pozycję całkowicie samodzielnego uprawnienia.

Postrzeganie prawa do planowania rodziny jako obejmującego również aborcję miałoby jednak istotną zaletę. Otóż umożliwiałoby jednolite potraktowanie wszystkich skarg *wrongful conception* oraz *wrongful birth* jako związanych z naruszeniem tego właśnie prawa. Obecnie zaś (tj. przy wąskim ujęciu zaprezentowanym ostatnio przez Sąd Najwyższy) niektóre skargi, czemu nie sposób zaprzeczyć, będą rezultatem naruszenia prawa do planowania rodziny¹⁵, dla innych zaś, trzeba będzie poszukiwać odmiennego uzasadnienia (np.: w prawie do samostanowienia, wolności, prawie do podjęcia świadomej decyzji co do aborcji).

4. Koszty utrzymania jako szkoda w sprawach *wrongful conception* oraz *wrongful birth*

Zgodnie z powszechnym w kręgu kultury chrześcijańskiej przekonaniem urodzenie się i egzystencja człowieka nie mogą być traktowane jako szkoda. To dość oczywiste spostrzeżenie nie oznacza jeszcze, iż w związku z egzystencją dziecka nie powstaje szkoda majątkowa w postaci kosztów jego utrzymania.

W tym zakresie wykształciły się w piśmiennictwie zagranicznym dwa przeciwstawne stanowiska. W literaturze niemieckiej zostały one nazwane **teorią jednolitości** (*Ganzheitslehre* albo *Einheitslehre*) oraz **teorią rozdzielności** (*Trennungslehre*). Zwolennicy pierwszego poglądu zdecydowanie zaprzeczają, jakoby koszty utrzymania niechcianego dziecka mogły stanowić szkodę. Uzasadniają to, z grubsza rzecz ujmując¹⁶, niemożnością oddzielenia osoby dziec-

¹⁵ Chodziłoby tu np. o skargi związane z niewłaściwą antykoncepcją, które nie były jeszcze przedmiotem rozstrzygnięć sądów polskich.

¹⁶ Szeroko: T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 55 i n.

ka od kosztów związanych z jego utrzymaniem. Z kolei w świetle stanowiska drugiego (zdecydowanie obecnie dominującego w doktrynie, a także, co ważniejsze, powszechnie przyjętego w judykaturze państw, które zetknęły się już z roszczeniami rodziców „dzieci niechcianych”) obciążenie rodziców ustawowym obowiązkiem ponoszenia kosztów utrzymania własnego „niechcianego” dziecka stanowi szkodę. Dostrzeganie w kosztach utrzymania dziecka szkody umożliwiające zostało dzięki rozróżnieniu z jednej strony, pomiędzy osobą dziecka (jako szczególną wartością) oraz kosztami utrzymania z drugiej¹⁷.

W orzeczeniu z 21 listopada 2003 r. polski Sąd Najwyższy nie był jeszcze zmuszony udzielić wiążącej odpowiedzi w tej kwestii. Przesądził jedynie generalną zasadę, zgodnie z którą naruszenie prawa kobiety do aborcji rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą. Z uzasadnienia orzeczenia wyczytać jednak można, że Sąd zalicza koszty utrzymania dziecka do pozycji szkody. Negując bowiem istnienie szkody po stronie dziecka, Sąd wskazał, iż: „nie ma tu ani uszkodzenia ciała, ani rozstroju zdrowia, a obciążenia alimentacyjne powstałe po urodzeniu dziecka dotyczą innych osób”. Obciążenia alimentacyjne potraktowane zostały zatem jako szkoda, tyle, że doznana przez inne osoby.

W obu kolejnych orzeczeniach Sąd Najwyższy już bardzo wyraźnie stanął na gruncie teorii rozdzielności (*Trennungstheorie*). *Expressis verbis* wskazał, że w urodzeniu się dziecka nie można postrzegać szkody, jednak obciążające rodziców koszty utrzymania dziecka szkodę taką stanowią.

W zagranicznej praktyce orzeczniczej nie mniejsze problemy od samego przesądzenia bytu szkody w postaci kosztów utrzymania dziecka wiązały się z precyzyjnym określeniem tego, co przez owe koszty należy rozumieć. Czyli tego na czym szkoda ta w istocie polega. Wbrew pozorom sprawa nie jest prosta. Wystarczy zważyć na to, że krzyżują się tu dwa zasadniczo różne obszary prawne, a także dwie odmienne filozofie za nimi stojące. Chodzi mianowicie o prawo odpowiedzialności odszkodowawczej (którego naczelnym celem jest postawienie poszkodowanego tak, jak „stałby” gdyby zdarzenie sprawcze nie nastąpiło) oraz prawo rodzinne z immanentną mu regulacją obowiązku alimentacyjnego (normujące stosunki wewnątrzrodzinne; nakierowane na możliwie sprawiedliwy podział dochodów rodzinnych). W tym układzie znalezienie właściwego rozwiązania nie jest rzeczą łatwą. Potwierdza to chociażby obserwacja, że w piśmiennictwie zagranicznym zarysowało się już kilka (istotnie różniących się) konstrukcji, które mają problem rozwiązywać. Warto w tym miejscu przywołać dwie, których przydatność na gruncie prawa polskiego wydaje się największa¹⁸.

Jednym z proponowanych w piśmiennictwie zagranicznym ujęć jest **rozwiązanie konkretno-indywidualne** albo **mieszane** (bo łączące elementy prawa odszkodowawczego i prawa rodzinnego). Najogólniej rzecz ujmując pole-

¹⁷ Sąd zresztą nazwy obu kierunków: teoria rozdzielności i teoria jedności.

¹⁸ Na temat pozostałych zob. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 114 i n.

ga ono na ustaleniu zobowiązań alimentacyjnych poszkodowanych (na podstawie przepisów prawa rodzinnego) i „przeniesieniu” ich w drodze odszkodowawczej na sprawcę szkody. Uzależnia ono wysokość odszkodowania od okoliczności konkretnej sprawy. Zatem w rodzinach lepiej sytuowanych będzie ono wyższe, bo przecież roszczenia alimentacyjne dziecka (uzależnione od poziomu życia rodziców) są tu wyższe¹⁹.

W istotnym stopniu odmienne podejście prezentują zwolennicy **metody czysto odszkodowawczej**. W tym ujęciu rozróżnia się mianowicie pomiędzy obciążeniem ustawowym obowiązkiem alimentacyjnym oraz faktycznie poniesionymi wydatkami na dziecko (albo potrzebami dziecka lub też, jak ujmują to inni, „przymusem” wydatków). Szkodę stanowią jedynie te drugie. Z praktycznego punktu widzenia „metoda czysto odszkodowawcza” nie jest możliwa do przeprowadzenia. Teoretycznie należałoby przecież oceniać zasadność każdego, pojedynczego wydatku. Nawet jedynie comiesięczne zasądzenie odszkodowania byłoby niewykonalne. W efekcie zwolennicy tego stanowiska dochodzą do przekonania o konieczności takiego, czy innego ryczałtowania odszkodowania. Wydatki są tu niejako „prognozowane” w oparciu o konkretny stan faktyczny.

Problem zarysował się już także w judykaturze polskiej. Oczywiście trudno mówić o definitywnym wyznaczeniu kierunku. Jednak w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r. Sąd Najwyższy wyraźnie zaproponował „metodę czysto odszkodowawczą”. Uznał bowiem, iż „potencjalną szkodą nie może być nieokreślony co do wysokości obowiązek alimentacyjny, lecz niezbędne wydatki faktycznie poniesione na dziecko, których istnienie (powstanie) jest wysoce prawdopodobne w okolicznościach sprawy”.

5. Ograniczona czy pełna odpowiedzialność sprawcy?

W kontekście zakresu odpowiedzialności sprawcy nie można zapominać o tym, że w prawie cywilnym (także polskim) zasadą jest pełna odpowiedzialność za szkodę. Ustawodawca formułuje jedynie wyjątki od tej reguły. Z oczywistych powodów takiego wyjątku dla spraw *wrongful conception* trudno dopatrzeć się w polskich ustawach. Mimo to w dwóch ważnych orzeczeniach Sąd Najwyższy nie posunął się do uznania pełnej odpowiedzialności sprawcy za spowodowanie szkody w postaci kosztów utrzymania dziecka²⁰.

W wyroku z dnia 13 października 2005 r., w którym chodziło o sprawę *wrongful birth*, czyli urodzenie niechcianego, gdyż upośledzonego dziecka, Sąd dostrzegł szkodę jedynie w **kosztach wynikających z upośledzenia dziecka**²¹.

¹⁹ Na temat niedoskonałości tego ujęcia patrz: ibidem, s. 116-117.

²⁰ W pozostałych nie był zmuszony do rozważenia tej sprawy.

²¹ Krytycznie do tego rodzaju ograniczenia odpowiedzialności sprawcy odnieśli się glosatorzy: M. Nesterowicz (OSP 2006, z. 6, s. 335), T. Justyński (PiP 2006, z. 7, s. 115 i 116).

Prima facie rozstrzygnięcie to może wydać się słuszne. Utrzymanie dziecka kalekiego kosztuje przecież więcej niż dziecka zdrowego. Zatem trudno oprzeć się pokusie ograniczenia roszczeń odszkodowawczych rodziców dziecka właśnie do owej różnicy. Pokusie tej ulegały wcześniej sądy zagraniczne²². Nie oparli się jej także niektórzy przedstawiciele doktryny zagranicznej²³. Z czasem jednak dostrzeżono, że poprawne dogmatycznie uzasadnienie takiego podejścia nie jest możliwe. W szczególności nie da się go pogodzić z akceptacją dla istnienia szkody w postaci kosztów utrzymania dziecka.

Rozumowanie polskiego Sądu Najwyższego przebiega następująco. Otóż gdyby płód nie był dotknięty wadami genetycznymi, i powodowie nie mieli prawa do przerwania ciąży, musieliby ponosić koszty utrzymania dziecka zdrowego. One zatem nie mogą stanowić szkody.

Konstrukcja ta może wydać się przekonująca dopóki nie zastanowić się nad tym w jaki sposób w prawie polskim ustala się wysokość szkody. Otóż, zgodnie z powszechnie obecnie akceptowaną metodą dyferencyjną, szkodę stanowi różnica pomiędzy aktualnym stanem dobra naruszonego, a stanem w którym znajdowałoby się ono, gdyby zdarzenie sprawcze nie miało miejsca. Ustalenie stanu aktualnego nie budzi oczywiście wątpliwości. Są nim istniejące koszty utrzymania dziecka upośledzonego. Powstaje natomiast kardynalne pytanie jaki to stan istniałby w tym zakresie wówczas, gdyby zdarzenie sprawcze nie miało miejsca? Odpowiedź na to pytanie podważa stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy. Otóż swe ustalenia Sąd odniósł do sytuacji urodzenia się dziecka **zdrowego** (czyli powstania odpowiednich kosztów jego utrzymania), następnie zaś oba te stany zbilansował. Czy jednak rzeczywiście w sprawach *wrongful birth* punktem odniesienia mogą być koszty utrzymania dziecka zdrowego? Otóż, co dostrzeżono już dość dawno w literaturze zagranicznej, nie²⁴. Jedynym punktem odniesienia dla ustalenia wysokości szkody może być **nieistnienie** dziecka. Taki bowiem stan istniałby gdyby zdarzenie sprawcze nie miało miejsca. Nie można przecież nie dostrzegać tego, że zdarzeniem tym jest nieprawidłowe zachowanie się lekarza, który uniemożliwia (jak tu) aborcję. Gdyby lekarz zachował się prawidłowo dziecka nie byłoby. Sąd Najwyższy natomiast, owym zdarzeniem czyni uszkodzenie genetyczne płodu. Pisze przecież: „gdyby bowiem płód nie był dotknięty wadami genetycznymi...”. Takie odniesienie byłoby prawidłowe na tle „klasycznych” już, również dla judykatury polskiej, spraw *prenatal injuries* (ewentualnie *preconception injuries*). Czyli spraw opierających się na stawianym (na ogół lekarzowi, lub personelowi medycznemu) zarzucie uszkodzenia płodu. W sprawach *wrongful birth* zarzut sta-

²² Szerzej T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 214-216.

²³ Ibidem.

²⁴ Por. T. Justyński, *op. cit.*, s. 215.

wiany lekarzowi nie polega jednak na tym, że uszkodził płód. Chodzi wyłącznie o to, że niejako zmusił rodziców, aby wbrew ich woli obciążyli się utrzymaniem dziecka upośledzonego.

Z kolei w uchwale z dnia 22 lutego 2006 r., dotyczącej sprawy *wrongful conception*, Sąd Najwyższy ograniczył odpowiedzialność sprawcy dotyczącą kosztów utrzymania dziecka do tych **usprawiedliwionych jego potrzeb, których nie jest w stanie zaspokoić matka**.

Również to stanowisko nie może być uznane za poprawne. Przeciwnie niemu przemawia przede wszystkim spostrzeżenie, że polski ustawodawca, co do zasady, nie uzależnia odszkodowania od sytuacji majątkowej poszkodowanego. A przecież stanowisko Sądu Najwyższego prowadziłoby w konsekwencji do **generalnego** powiązania tej odpowiedzialności z poziomem możliwości poszkodowanej matki²⁵. Trudno bowiem nie dostrzec tego, że jeśli matka byłaby w stanie zaspokoić wszystkie usprawiedliwione potrzeby dziecka to sprawca, mimo wyrządzenia szkody (fakt jej wyrządzenia potwierdza również Sąd Najwyższy) musiałby zostać od tej odpowiedzialności uwolniony. Jeśli zaś matka byłaby w stanie pokryć wydatki związane z utrzymaniem i wychowaniem tylko w części, sprawca odpowiadałby za szkodę jedynie w pozostałej części. Dopiero wtedy, gdy kobieta w ogóle nie byłaby w stanie ponosić kosztów utrzymania dziecka, jego odpowiedzialność byłaby pełna. Sprawca szkody będzie miał się zatem lepiej jeśli „trafi” na kobietę zamożną, jego sytuacja będzie natomiast nie do pozazdroszczenia, gdy okaże się, że kobieta jest biedna. To nadmiernie socjalne podejście przebija się także w użytym przez Sąd Najwyższy sformułowaniu, zgodnie z którym przypisanie sprawcy odpowiedzialności za szkodę ma prowadzić do udzielenia matce **wsparcia**. Jednak warto pamiętać, że celem prawa odszkodowawczego nie jest udzielanie komukolwiek wsparcia. To mogłoby być przedmiotem prawa socjalnego. Tutaj natomiast chodzi wyłącznie o naprawienie wyrządzonej szkody, a więc oddanie kobiecie tego, co jej się należy w świetle zasad prawa odszkodowawczego.

W uzasadnieniu tegoż orzeczenia Sąd Najwyższy próbował wesprzeć tę tezę dodatkowymi argumentami. W istocie rzeczy zamiast tego stworzył alternatywny pogląd mający uzasadniać innego rodzaju zawężenie odpowiedzialności sprawcy związanej z kosztami utrzymania dziecka. Otóż Sąd uznał, że skoro matka podejmuje decyzję o zatrzymaniu dziecka **to godzi się na ponoszenie kosztów** jego utrzymania. W przekonaniu Sądu wydatki „niechciane” przed urodzeniem dziecka stają się z chwilą jego urodzenia kosztami „chcianymi”. A skoro tak, to w tym zakresie nie może być mowy o szkodzie. Szkodą

²⁵ Co oczywiste „indywidualne” miarkowanie odszkodowania przewidziane w art. 440 k. c. nie znajduje tu zastosowania, ale też SN nie próbował odwoływać się do tego przepisu.

jest bowiem uszczerbek w dobrach lub interesach prawnie chronionych poniesiony **wbrew woli** poszkodowanego²⁶.

Również tego rodzaju ograniczenia nie sposób zaakceptować. Przecież także po urodzeniu dziecka kobieta wcale nie chce wydatków związanych z jego utrzymaniem. Zatem nie stają się one „dobrowolne”. Postawiona przed dramatycznym wyborem: zatrzymać, czy oddać dziecko, matka zatrzymuje je, przez co zostaje „**wpędzona**” w konieczność czynienia wydatków. Jak bowiem już dawno słusznie zauważono w literaturze zagranicznej, nie można oczekiwać od matki aby oddała własne dziecko obcym osobom, nawet jeśli w ten sposób w pełni uniknęłaby obciążeń ekonomicznych. Zatrzymanie dziecka jako urzeczywistnienie najwyższych wartości nie może być traktowane w kategoriach egoistycznej chęci posiadania, która byłaby nie do pogodzenia ze zgłaszanymi jednocześnie roszczeniami odszkodowawczymi. Brak gotowości do oddania dziecka do adopcji jest zachowaniem pożądanym społecznie i nie stanowi okoliczności pozbawiającej (nawet w części) prawa do odszkodowania²⁷. Słusznie w literaturze zagranicznej zwraca się również uwagę na to, że oddanie dziecka do adopcji nie tworzy w żadnym razie sytuacji identycznej z tą, która istniałaby gdyby dziecko w ogóle się nie urodziło²⁸. Nie można też zapominać o tym, że w sprawach *wrongful conception*, w których zawsze chodzi o tzw. dziecko „niechciane”, na ogół nie chodzi o dziecko „niekochane”. Matka ma naturalne prawo i swoisty przymus moralny zatrzymania dziecka. Ona nie chce wydatków (związanych z kosztami utrzymania) i ich nie akceptuje, ale „musi” zatrzymać dziecko. Wprowadzie zatem czyni wydatki, jednak nie robi tego wcale dobrowolnie w znaczeniu uchylającym byt szkody. **To one właśnie są szkodą**. Kobieta akceptuje jedynie dziecko, nie zaś wydatki. Takie rozdzielne traktowanie z jednej strony dziecka (jako najwyższej wartości) i kosztów jego utrzymania z drugiej, umożliwia przecież w ogóle postrzeganie szkody w tychże kosztach (*Trennungstheorie*). Akceptuje to *expressis verbis* również Sąd Najwyższy, pisząc m. in.: „czym innym jest urodzenie dziecka, a czym innym szkoda w postaci obowiązku ponoszenia kosztów utrzymania dziecka”. Nie wyłącza jednak z tego spostrzeżenia konsekwentnie wniosków. Skoro jednak raz rozdzielone zostały koszty utrzymania dziecka od samego dziecka, to należy bezwzględnie o zabiegu tym pamiętać. Zupełnie oczywista jest zatem

²⁶ Gwoli ścisłości należy zwrócić uwagę na to, że Sąd Najwyższy wcale nie twierdzi, że matka zatrzymująca dziecko akceptuje tym samym wszystkie koszty jego utrzymania. Jednak formuła, którą posługuje się Sąd jest dość niejasna a przy tym okoliczność ta jest bez znaczenia dla dalszego wyводу. Zostanie zatem pominięta. Szeroko wątek ten rozwija T. Justyński w głosie do uchwały z 22 lutego 2006 r. (OSP w druku).

²⁷ Por. np. H.-J. Mertens, *Ein Kind als Schadensfall?* FamRZ 1969, s. 251. Podobnie SN w wyroku z dnia 21 listopada 2003.

²⁸ Por. K. Waibl, *Kindesunterhalt als Schaden*, München 1987, s. 171.

akceptacja bytu dziecka przy jednoczesnym braku zgody na ponoszenie kosztów jego utrzymania²⁹.

Problem dobrowolności pewnych wydatków powstaje oczywiście, ale w zdecydowanie innej konfiguracji. Otóż, co zauważono już dawno w judykaturze i piśmiennictwie zagranicznym³⁰, wydatki na dziecko „nie znają granic”. Niestuszne i niedopuszczalne byłoby zatem zezwolenie na nieograniczony luksus kosztem sprawcy. W sprawach tego rodzaju konieczne jest zatem oddzielenie w jakiś sposób „sfery szkody” od „sfery prywatnej” (tj. rzeczywiście dobrowolnej) rodziców. W tym miejscu należy poprzestać na stwierdzeniu, że za wchodzące do „sfery szkody” (obciążającej sprawcę) uznawane są na ogół zwykłe wydatki związane z utrzymaniem dziecka, natomiast do „sfery prywatnej” (obciążającej wyłącznie rodziców) wydatki luksusowe³¹. Rozwijanie tego wątku przekracza ramy opracowania³². Łatwo dostrzec, że podział „sfer” zaproponowany przez Sąd Najwyższy nie ma nic wspólnego z tym wypracowanym w judykaturze zagranicznej.

6. Skarga upośledzonego dziecka (*wrongful life*)

Termin *wrongful life* pochodzi z literatury, a przede wszystkim z judykatury amerykańskiej. Po raz pierwszy użył go sąd w Illinois w 1963 r. jako przeciwstawienie do funkcjonującego w amerykańskim języku prawniczym określenia *wrongful death* (bezprawne spowodowanie śmierci) na oznaczenie skargi dziecka związanej z niedozwolonym spowodowaniem jego urodzenia się (życia) w stanie pokrzywdzenia.

W procesach *wrongful life* lekarzowi nie przypisuje się odpowiedzialności związanej z „uszkodzeniem” dziecka. Chodzi natomiast o odpowiedzialność za to, że dziecko mimo istniejących defektów urodziło się i cierpi, a urodzenie to miało miejsce ze względu na niewłaściwe postępowanie lekarza.

Skargi *wrongful life* są w judykaturze zagranicznej oddalane. Najczęściej obecnie wskazywaną przyczyną, dla której roszczenie dziecka musi być oddalone jest brak szkody. Życie bowiem (nawet z ciężkim upośledzeniem) jest w każdym przypadku cenniejsze od pustki nieistnienia. Ewentualnie wskazuje się na niemożność oszacowania wysokości szkody. Na przykład Sąd Apelacyjny

²⁹ Na marginesie warto zwrócić uwagę na to, że wyjątkowo możliwe byłoby przyjęcie akceptacji również kosztów utrzymania dziecka. W judykaturze zagranicznej wskazuje się na przypadki nagłej śmierci posiadanych przez rodziców dzieci, w wyniku czego niechciane i nieoczekiwane, ze względu na brak możliwości pokrycia kosztów utrzymania, dziecko staje się chciane i oczekiwane wraz z kosztami z tego wynikającymi. Ibidem, s. 112.

³⁰ Por. np. H-J. Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart 1967, s. 181.

³¹ Oczywiście w ujęciu subiektywnym, uwzględniającym poziom życia poszkodowanych rodziców.

³² Szeroko: T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka...*, s. 118, 119.

ny w Nowym Jorku w sprawie *Becker v. Schwartz* stwierdził, że to, czy lepiej jest nie być w ogóle urodzonym, czy być urodzonym z poważnymi wadami, jest tajemnicą, którą należy pozostawić filozofom i teologom.

Tym bardziej zaskakujące na tym tle są dwa orzeczenia sądów polskich. Chodzi mianowicie o wyroki Sądu Okręgowego i Sądu Apelacyjnego w Białymstoku w tzw. „sprawie łomżyńskiej”. Oba sądy zajęły nieoczekiwane stanowisko, zgodnie z którym za poszkodowanego należy uznać **dziecko** urodzone z upośledzeniem, nie zaś rodziców, którzy zgłosili roszczenie. Rodzice nie zostali uznani za czynnie legitymowanych do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych, nawet jeśli ponoszą zwiększone koszty utrzymania upośledzonego dziecka. W ten sposób oba sądy uznały zatem dopuszczalność skargi *wrongful life*.

Argumentacji tej zdecydowanie nie podziela Sąd Najwyższy. Otóż rozpoznając kasację od wspomnianego wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku Sąd Najwyższy słusznie stanął na gruncie skargi *wrongful birth* i uchylił wyrok do ponownego rozpoznania w tej części. Przesądził bowiem, że to wyłącznie rodzice mają legitymację czynną w procesie, nie służy ona natomiast dziecku.

Na marginesie warto również wspomnieć o wcześniejszym oddaleniu przez Sąd Najwyższy także skargi dziecka **zdrowego** pokrzywdzonego swym niechcianym urodzeniem (zaliczanej do *wrongful life sensu largo*)³³. Sąd słusznie przyjął, że zdrowo urodzonemu dziecku nie mogą służyć roszczenia tylko z tego tytułu, że istnieje. Zdrowe dziecko nie może zatem domagać się pokrycia kosztów swego utrzymania. Nie ma tu bowiem „ani uszkodzenia ciała, ani rozstroju zdrowia, a obciążenia alimentacyjne powstałe po urodzeniu dziecka dotyczą innych osób”. Pogląd taki jest powszechny zarówno w judykaturze, jak i piśmiennictwie zagranicznym.

7. Na koniec jeszcze jedno spostrzeżenie. Otóż w pełni podzielić należy pogląd Sądu Najwyższego co do potrzeby ustawowego uregulowania tego niezwykle kontrowersyjnego z moralnego punktu widzenia oraz złożonego jurydycznie zagadnienia. Oczywiście wydaje się stwierdzenie, że brak właściwej staranności przy świadczeniu usług medycznych prowadzący w konsekwencji do uniemożliwienia kobiecie zadecydowania o poczęciu bądź urodzeniu dziecka nie może pozostać bez sankcji odszkodowawczej. Konsekwencje niestaranego zachowania sprawcy nie mogą przecież obciążać wyłącznie rodziców. Moralna dwuznaczność procesów odszkodowawczych oraz w szczególności ich przewlekłość a także poważne finansowe obciążenie podmiotów świadczących usługi (ewentualnie ubezpieczycieli) skłaniają do poszukiwania nowych

³³ W wyroku SN z dnia 21 listopada 2003 r. (powołanym w przypisie nr 2).

rozwiązań. Mogłoby nim być np. przejęcie przez państwo kosztów utrzymania dziecka (poprzez stworzenie – jak we Francji – odpowiedniego funduszu) lub wprowadzenie jakiegoś modelu ubezpieczeniowego (np. na wzór skandynawski lub nowozelandzki). Ustawowe uregulowanie tej kwestii miałoby i tę zaletę, że pozwalałoby na ewentualne ograniczenie wysokości „odszkodowań” czego *de lege lata* zrobić się nie da.

Odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania jednego z małżonków

Uwagi wstępne

Ustawą z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw¹, (weszła w życie 20 stycznia 2005 r.), zmieniono m.in. przepisy Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego² w zakresie małżeńskich ustrojów majątkowych oraz przepisy Kodeksu postępowania cywilnego, w części dotyczącej postępowania o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika.

Prace nad nowelizacją k. r. o., podjęte zostały w roku 1998, przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, działającą przy Ministrze Sprawiedliwości, a ich celem było takie zreformowanie małżeńskiego prawa majątkowego, by odpowiadało ono aktualnie panującym warunkom gospodarki rynkowej³. Chodziło przy tym zarówno o zapewnienie należytej ochrony dla interesów majątkowych rodziny, jak i o właściwe ukształtowanie stosunków małżonków z osobami trzecimi; przede wszystkim z wierzycielami. Komisja Kodyfikacyjna debatowała także nad wyborem ustawowego ustroju majątkowego małżonków. Ostatecznie pozostano jednak przy ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej, jako ustroju ustawowym, argumentując, iż ustrój ten lepiej niż ustrój rozdzielności z rozliczeniem dorobku chroni interesy małżonka słabszego, tj. niezarobkującego, albo osiągającego dochody mniejsze niż drugi małżonek. Ustawodawca nie zdecydował się zatem na wprowadzenie ustroju rozdzielności majątkowej z obowiązkiem rozliczenia dorobku i wyrównania w nim udziałów w momencie ustania tego ustroju, na wzór prawa niemieckiego czy szwajcarskiego i na powrót tym samym do ustroju jaki w Polsce obowiązywał do roku 1950, na podstawie dekretu Prawo małżeńskie majątkowe z dnia 29 maja 1949 r.⁴ W uzasadnieniu projektu noweli czerwcowej wskazano natomiast, iż

¹ Dz. U. Nr 162, poz. 1691, dalej jako nowela czerwcową.

² Dalej jako k. r. o.

³ Szerzej na ten temat: M. Sychowicz, *Stosunki majątkowe łączące małżonków w świetle nowych uregulowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Rodzina i Prawo 1/2006, s. 7.

⁴ T. Smyczyński, *Reforma małżeńskiego prawa majątkowego*, Monitor Prawniczy 18/2004, s. 827.

ustrój majątkowej małżeńskiej wspólności ustawowej, występujący m.in. we Francji, Włoszech, czy w Holandii: „funkcjonując w warunkach gospodarki rynkowej, nie osłabia pewności i szybkości obrotu, nie ogranicza autonomii prywatnej i swobody działania małżonków, zwłaszcza w sferze gospodarczej”⁵.

Unormowania wprowadzone w artykule 41 k. r. o.

Powoływana nowela czerwcową w sposób radykalny zmieniła zasady odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z małżonków. Na podkreślenie zasługuje przy tym fakt, iż brzmienie art. 41 k. r. o., zmieniło się pod wpływem kolejnych nowelizacji prawa rodzinnego i opiekuńczego, dając tym samym wyraz tendencji przechodzenia od pełnej odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z małżonków w czasie trwania wspólności ustawowej do uzależnienia tej odpowiedzialności od zgody drugiego małżonka na zaciągnięcie zobowiązania. Artykuł 41 zawarty w ustawie z 25 lutego 1964 r., Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁶, w swym pierwotnym brzmieniu, stanowił, że zaspokojenia z majątku wspólnego małżonków może żądać także wierzyciel, którego dłużnikiem jest tylko jeden z małżonków. Przepis ten nie przewidywał natomiast żadnych uregulowań pozwalających na wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności majątkiem wspólnym małżonków. Ograniczenie odpowiedzialności do majątku odrębnego małżonka – dłużnika oraz do niektórych tylko składników majątku wspólnego, art. 41 § 2 k. r. o., odnosił jedynie do wierzycielności powstałych przed powstaniem wspólności ustawowej oraz do tych wierzycielności, które dotyczyły majątku odrębnego małżonka – dłużnika.

Taka regulacja art. 41 k. r. o., dająca wierzycielowi bez żadnych ograniczeń, prawo do zaspokojenia z majątku wspólnego i nie pozwalająca na wyłączenie lub ograniczenie odpowiedzialności majątkiem wspólnym w sytuacjach, w których przemawia za tym wzgląd na dobro rodziny (względy słuszności), wywoływała w doktrynie bardzo poważne zastrzeżenia i głosy krytyki. Także Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego, z dnia 9 czerwca 1976 r.⁷, wskazał, iż: „Wprowadzając jako ustawowy ustrój majątkowy małżeński wspólność dorobku, ustawodawca miał na celu umocnienie rodziny i zapewnienie jej ustabilizowanej bazy materialnej. (...) Przy ocenie zakresu odpowiedzialności majątkiem wspólnym za długi jednego z małżonków zachodzi niekiedy sprzeczność między postulatem ochrony rodziny a interesem wierzyciela. Przyznanie wierzycielowi bez żadnych ograniczeń prawa do zaspokojenia z majątku wspólnego może doprowadzić rodzinę do niemożności zaspokojenia podstawowych jej potrzeb.”

⁵ *Uzasadnienie projektu ustawy*, dostępne w druku nr 1566 Sejmu RP.

⁶ Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.

⁷ III CZP 46/75, OSNCP 1976, Nr 9, poz. 184 – pkt. III. 1.

Z uwagi na krytyczną ocenę funkcjonowania w praktyce nieograniczonego prawa wierzyciela do żądania zaspokojenia z majątku wspólnego małżonków, ustawą z dnia 19 grudnia 1975 r., o zmianie ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy⁸, znowelizowano art. 41 k. r. o., dodając w paragrafie 3 tego artykułu zapis, zgodnie z którym sądowi przyznano uprawnienie do ograniczania bądź wyłączenia możliwości zaspokojenia się wierzyciela jednego z małżonków z majątku wspólnego małżonków. Opisanie powyżej uprawnienie sądu odnosiło się do takich sytuacji, w których ze względu na charakter wierzytelności lub stopień przyczynienia się małżonka będącego dłużnikiem do powstania majątku wspólnego, zaspokojenie wierzyciela z majątku wspólnego małżonków byłoby sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Stosownie do nowelizacji prawa materialnego, zmieniono także przepisy proceduralne. W art. 787 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, ustawodawca przewidział mianowicie, iż w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika, sąd na wniosek tego małżonka, będzie orzekał także o ograniczeniu lub wyłączeniu możliwości zaspokojenia się wierzyciela z majątku wspólnego małżonków.

A zatem zgodnie z postulatami głoszonymi w doktrynie i w orzecznictwie, ograniczono możliwość zaspokojenia się wierzyciela z majątku wspólnego małżonków w sytuacji, gdy przemawiały za tym względy słuszności. Jak podnoszono w literaturze mankamentem tego rozwiązania było znaczne wydłużenie postępowania klauzulowego, a co za tym idzie, opóźnienie wszczęcia i skutecznego prowadzenia postępowania egzekucyjnego⁹.

Nowelą czerwcową ustawodawca dokonał zasadniczego zwrotu w sferze odpowiedzialności majątkiem wspólnym za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z małżonków. Przyjęto bowiem, że wierzyciel będzie mógł żądać zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków, jeżeli małżonek zaciągnął zobowiązanie za zgodą drugiego małżonka¹⁰.

Zgoda, którą przewiduje art. 41 § 1 k. r. o., jest zgodą o charakterze fakultatywnym, co oznacza, że jej brak pozostaje bez znaczenia dla samej czynności prawnej i nie powoduje nieważności tej czynności, przesądza natomiast o zakresie odpowiedzialności za zaciągnięte zobowiązanie. W sytuacji bowiem, gdy takiej zgody nie ma, tj. gdy – jak mówi art. 41 § 2 zdanie pierwsze k. r. o.¹¹ – małżonek zaciągnął zobowiązanie bez zgody drugiego małżonka, małżonek – dłużnik, odpowiada wobec wierzyciela swoim majątkiem osobistym oraz niektórymi tylko składnikami majątku wspólnego, w postaci: wynagrodzenia

⁸ Dz. U. Nr 45, poz. 234.

⁹ M. Sorysz, *Małżonek dłużnika w postępowaniu egzekucyjnym w świetle nowelizacji KPC z 2004 r.* – wybrane zagadnienia, *Monitor Prawniczy* 14/2005, s. 692.

¹⁰ Artykuł 41 § 1 k. r. o. w brzmieniu nadanym nowelą czerwcową.

¹¹ Artykuł 41 § 2 k. r. o. w brzmieniu nadanym nowelą czerwcową.

za pracę lub dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, jak również korzyści uzyskanych z jego praw, o których mowa w art. 33 pkt. 9 k. r. o.

Instytucji zgody małżonka na zaciągnięcie zobowiązania przez drugiego małżonka, ustawodawca nie przewiduje natomiast w odniesieniu do:

- zobowiązań jednego z małżonków niewynikających z czynności prawnych – art. 41 § 2 k. r. o.,
- wierzytelności powstałych przed powstaniem wspólności – art. 41 § 3 k. r. o.,
- wierzytelności dotyczących majątku osobistego jednego z małżonków – art. 41 § 3 k. r. o.

W literaturze przyjmuje się, iż art. 41 § 2 i § 3 k. r. o., jest *lex specialis* w stosunku do art. 41 § 1 k. r. o., w tym sensie, iż ustawodawca w ogóle nie dopuszcza możliwości wyrażenia przez współmałżonka zgody na odpowiedzialność także majątkiem wspólnym w odniesieniu do zobowiązań niewynikających z czynności prawnych, powstałych jeszcze przed powstaniem wspólności ustawowej lub dotyczących majątku osobistego drugiego małżonka, a przepisy § 2 i 3 art. 41 k. r. o., ustanawiają swoisty zakaz udzielania takiej zgody¹².

Gdyby ustawodawca nie przewidywał braku możliwości wyrażania przez współmałżonka zgody z art. 41 § 1 k. r. o., na zobowiązania powstałe ze źródeł powołanych powyżej, nie wprowadzałby w ogóle regulacji ujętych w art. 41 § 2 i 3 k. r. o., ograniczając się do podziału zobowiązań na te, które zostały zaciągnięte za zgodą współmałżonka oraz takie, które nie uzyskały przedmiotowej zgody, niezależnie od źródła powstania i rodzaju tych ostatnich¹³.

Z powyższego nie można jednak wyprowadzić wniosku, iż brak możliwości rozciągnięcia odpowiedzialności majątkiem wspólnym na zobowiązania, o których mowa w art. 41 § 2 i 3 k. r. o., powoduje, że wierzyciel w odniesieniu do przedmiotowych zobowiązań, w ogóle nie będzie mógł poszukiwać zaspokojenia w składnikach majątkowych innych niż te wymienione w powołanym powyżej przepisie, a zwłaszcza w majątku wspólnym małżonków. Przeciwnie, przyjęć należy, iż w przedmiocie wykonania zobowiązań jednego z małżonków (art. 41 § 2 i 3 k. r. o.), drugi małżonek może udzielić zabezpieczenia w drodze samodzielnej czynności prawnej, która dotyczyć będzie jego majątku osobistego. Zabezpieczenie takie może nastąpić, np. w drodze poręczenia¹⁴ lub wystawienia weksla własnego, jak również w drodze zabezpieczenia przedmiotami

¹² J. Strzebińczyk, *Nowelizacja przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego w zakresie małżeńskiego prawa majątkowego (cz. I)*, Rejent 8/2004, s. 161.

¹³ J. Strzebińczyk, *op. cit.*, s. 162.

¹⁴ Poręczenie traktowane jest, jako czynność niedotycząca określonych składników majątku wspólnego; tak w: *Uzasadnienie projektu ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, Przegąd Legislacyjny 2002/2, s. 169, tak też: M. Łączkowska, *Prowadzenie przedsiębiorstwa należącego do majątku wspólnego małżonków w świetle nowych przepisów k. r. o.*, Przegąd Prawa Handlowego 4/2005, s. 8.

wchodzącymi do majątku wspólnego, np. poprzez dokonanie przewłaszczenia na zabezpieczenie¹⁵. W tym ostatnim przypadku ważność czynności prawnej będzie jednak uzależniona od tego, czy rozporządzenie określonym składnikiem majątku wspólnego było objęte obligatoryjną zgodą współmałżonka na dokonanie tej czynności, wynikającą z art. 37 § 1 k. r. o.

Istotną nowością w stosunku do unormowań dotychczasowych jest wyróżnienie przez ustawodawcę czynności prawnych związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa oraz odpowiedzialności za zobowiązania wynikające z tych czynności.

Przepisy k. r. o. w brzmieniu obowiązującym przed nowelą czerwcową w żaden sposób nie różnicowały czynności prawnych związanych z działalnością gospodarczą prowadzoną przez małżonków. Nie zajmowały się także kwestią odpowiedzialności za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem takiej działalności, co nie sprzyjało pewności obrotu i nie odpowiadało potrzebom gospodarki wolnorynkowej¹⁶. Artykułem 41 § 2 k. r. o. w brzmieniu nadanym nowelą czerwcową, ustawodawca uzupełnił tę lukę, przewidując, iż w przypadku, gdy małżonek zaciągnął zobowiązanie bez zgody drugiego małżonka, jak również w takich sytuacjach, gdy zobowiązanie nie wynika z czynności prawnej, jeśli tylko przedmiotowa wierzytelność powstała w związku z prowadzeniem przez małżonka – dłużnika przedsiębiorstwa, wierzyciel będzie mógł żądać zaspokojenia z majątku osobistego dłużnika, z wynagrodzenia za pracę lub z dochodów uzyskanych przez dłużnika z innej działalności zarobkowej, z korzyści uzyskanych przez dłużnika z jego praw autorskich i pokrewnych, praw własności przemysłowej oraz innych praw twórcy, a także z przedmiotów majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa.

W literaturze podkreślono, iż pewnym mankamentem jest nieprecyzyjność art. 41 § 2 k. r. o. Nie stanowi on bowiem w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, czy odpowiedzialność także przedmiotami majątkowymi wchodzącymi w skład przedsiębiorstwa, powstaje zarówno w stosunku do pozostających w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa zobowiązań zaciągniętych samodzielnie przez jednego z małżonków bez zgody drugiego jak i do zobowiązań niewynikających z czynności prawnych, czy też tylko w stosunku do tych ostatnich¹⁷.

Wydaje się jednak, iż możliwość żądania dodatkowo zaspokojenia się przez wierzyciela także z przedmiotów wchodzących w skład przedsiębiorstwa, dotyczy obu wymienionych w art. 41 § 2 k. r. o., przypadków, gdyż przemawiają

¹⁵ J. Zralek, *Odpowiedzialność małżonków za zobowiązania po nowelizacji przepisów o ustawowej wspólności majątkowej*, Rejent 9/2005, s. 361.

¹⁶ Tak też M. Łączkowska, *op. cit.* s. 8.

¹⁷ J. Strzebińczyk, *op. cit.* s. 161, tak też: J. Zralek, *op. cit.*, s. 360.

za tym reguły racjonalnej wykładni. W praktyce w przeważającej większości będziemy mieli bowiem do czynienia ze zobowiązaniami zaciąganymi samodzielnie przez jednego z małżonków bez zgody drugiego i w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Intencją ustawodawcy z pewnością było natomiast przyznanie wierzycielowi w takich przypadkach, jak najszerszego uprawnienia do zaspokojenia się także z przedmiotów majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa.

Ustawodawca nie pominął przy tym także tych zobowiązań, które nie wynikają z czynności prawnej, czyli takich, które powstały np. na skutek szkody spowodowanej funkcjonowaniem przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 36 § 2 k. r. o., w brzmieniu nadanym nowelą czerwcową każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym. Od tej reguły ustawodawca przewidział trzy wyjątki, mianowicie:

1) Małżonek może samodzielnie zarządzać przedmiotami służącymi mu do wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej, a drugi z małżonków w odniesieniu do powołanych przedmiotów posiada jedynie uprawnienie do dokonywania z ich udziałem niezbędnych, bieżących czynności i tylko w razie zaistnienia przemijającej przeszkody po stronie tego z małżonków, który nimi dysponuje w ramach wykonywania zawodu lub prowadzenia działalności zarobkowej (art. 36 § 3 k. r. o.).

Współmałżonek nie może także sprzeciwić się czynności zarządu majątkiem wspólnym, dokonywanej przez drugiego małżonka w ramach działalności zarobkowej (art. 36 § 1 k. r. o.). Na marginesie warto dodać, iż takie rozwiązanie wprowadzone przez ustawodawcę w pełni zasługuje na ocenę aprobującą. Nie stwarza bowiem dodatkowych ograniczeń współmałżonka w wykonywaniu zawodu, czy prowadzeniu działalności zarobkowej, które to czynności prowadzą przecież do pomnażania majątku wspólnego małżonków¹⁸. Chodzi tu bowiem o takie czynności prawne, które dokonywane są z udziałem przedmiotów należących do majątku wspólnego małżonków, a tylko ze względu na wykonywaną działalność zawodową lub zarobkową pozostają wyłącznie w zarządzie tego małżonka, który działalność tę wykonuje. Artykuł 36 § 3 k. r. o., nie ma natomiast zastosowania do sytuacji, gdy działalność zawodową lub zarobkową, małżonek wykonuje wyłącznie z zastosowaniem przedmiotów wchodzących w skład jego majątku osobistego, bądź przedmiotów majątkowych, które należą do majątku wspólnego małżonków i obojgu małżonkom służą do wykonywania zawodu lub prowadzenia przez nich działalności zarobkowej.

¹⁸ Odmienne: J. Strzebińczyk, *op. cit.* s. 153;,,(...) regulacja z art. 36 § 3 k. r. o., jest przejawem nieuprawnionego ograniczenia prawa jednego z małżonków do zarządzania niektórymi składnikami majątku wspólnego małżonków”.

- 2) Dokonywanie przez małżonka jednej z czynności enumeratywnie wymienionych w art. 37 k. r. o., wymaga obligatoryjnej zgody drugiego małżonka, pod rygorem nieważności (art. 37 k. r. o.).
- 3) Małżonek może sprzeciwić się czynności zarządu majątkiem wspólnym zamierzonej przez drugiego małżonka, z wyjątkiem czynności podejmowanych w bieżących sprawach życia codziennego lub zmierzających do zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny (art. 36¹ § 1 k. r. o.). Sprzeciw jest przy tym skuteczny wobec osoby trzeciej, jeżeli mogła się z nim zapoznać przed dokonaniem czynności prawnej (art. 36¹ § 2 k. r. o.). W przypadku zgłoszenia przez jednego z małżonków przedmiotowego sprzeciwu do dokonania przez drugiego małżonka określonej czynności zarządu majątkiem wspólnym, sąd na wniosek drugiego małżonka udzieli zezwolenia na dokonanie czynności, jeśli dokonania tej czynności wymagać będzie dobro rodziny (art. 39 k. r. o.)

W świetle wyrażonej w art. 36 § 2 k. r. o. zasady samodzielności małżonków w zarządzaniu majątkiem wspólnym – poza wyjątkami opisanymi powyżej – regułą będzie, że w przypadku przedsiębiorstwa należącego do majątku wspólnego małżonków, małżonek – przedsiębiorca, będzie dokonywał czynności prawnych związanych z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa samodzielnie, bez zgody współmałżonka. Czynności prawnych opisanych powyżej małżonek – przedsiębiorca będzie mógł dokonywać nawet wbrew woli drugiego małżonka. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 36¹ § 1 k. r. o., współmałżonek nie może się sprzeciwić czynności zarządu majątkiem wspólnym podejmowanej w ramach działalności zarobkowej. Natomiast prowadzenie przedsiębiorstwa niewątpliwie należy zakwalifikować jako działalność zarobkową.

Odpowiedzialność za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa nie będzie obejmowała całego majątku wspólnego małżonków, a jedynie niektóre jego składniki, wskazane w art. 41 § 2 k. r. o., oraz majątek osobisty dłużnika. Za zobowiązania wynikające z czynności prawnych, dokonywanych w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, małżonkowie nie będą zatem odpowiadać majątkiem wspólnym. Małżonek – przedsiębiorca nie ma bowiem obowiązku uzyskiwania zgody współmałżonka na skuteczne dokonywanie czynności prawnych, związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Tylko od inicjatywy wierzyciela zależy, czy przy dokonywaniu czynności prawnej z przedsiębiorcą – małżonkiem, zadba o uzyskanie zgody współmałżonka przedsiębiorcy na dokonanie przedmiotowej czynności prawnej. Jeżeli małżonek przyszłego dłużnika taką zgodę wyrazi, wówczas odpowiedzialność za zobowiązanie rozszerzona zostanie także na cały majątek wspólny małżonków.

W literaturze zwrócono uwagę, na to, iż zgodę z art. 41 § 1 k. r. o., należy traktować jako jednostkową, tzn. dotyczącą pojedynczej czynności zamierzonej przez małżonka, a nie jako kompleksową, tzn. nie jako zgodę na cały ciąg powtarzających się czynności, np. na prowadzenie działalności gospodarczej. A zatem nie wystarczy, że małżonek przedsiębiorcy akceptuje fakt prowadzenia przez niego działalności gospodarczej i czerpie z niej korzyści, aby wierzyciel mógł szukać zaspokojenia w całym majątku wspólnym małżonków¹⁹. Wierzyciel będzie mógł szukać zaspokojenia w majątku wspólnym małżonków, tylko w odniesieniu do konkretnego zobowiązania i tylko w takiej sytuacji, gdy współmałżonek przedsiębiorcy wyraził zgodę na zaciągnięcie tego właśnie, określonego zobowiązania. Możliwa natomiast i w praktyce nierzadka jest sytuacja, w której łącznie występują wszystkie opisane poniżej okoliczności, mianowicie:

- a) zobowiązanie powstało w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa,
- b) wierzyciel nie zadbał o uzyskanie zgody współmałżonka przedsiębiorcy na zaciągnięcie przedmiotowego zobowiązania,
- c) dłużnik nie posiada majątku osobistego, nie dysponuje prawami, o których mowa w art. 33 pkt. 9 k. r. o.,
- d) przedsiębiorstwo dłużnika przynosi niewielkie dochody bądź nawet straty, zaś składniki przedsiębiorstwa nie przedstawiają większej wartości,
- e) przedsiębiorca i jego małżonek zgromadzili znaczny majątek wspólny, w skład którego wchodzi nieruchomości i inne składniki majątkowe, nabyte w okresie, gdy przedsiębiorstwo przynosiło dochody.

Pozostaje oczywistym, iż w powołanym powyżej przypadku wierzyciel może nie znaleźć zaspokojenia w składnikach majątkowych wskazanych w art. 41 § 2 k. r. o. Problem ten został rozwiązany w przypadku upadłości przedsiębiorcy – dłużnika. Zgodnie bowiem z art. 124 ust. 4 Prawa upadłościowego i naprawczego²⁰, istnieje domniemanie, że majątek wspólny powstały w okresie prowadzenia przedsiębiorstwa przez upadłego, został nabyty ze środków pochodzących z dochodów tego przedsiębiorstwa. W razie ogłoszenia upadłości jednego z małżonków, wspólność ustawowa między małżonkami ustaje z mocy prawa z dniem ogłoszenia upadłości, a majątek wspólny wchodzi do masy upadłości. Podział majątku wspólnego po ogłoszeniu upadłości jednego z małżonków jest wyłączony (art. 124 ust. 1 PrUpadNap). Natomiast zgodnie z art. 124 ust. 3 powoływanej ustawy, małżonek upadłego ma możliwość dochodzenia w postępowaniu upadłościowym należności z tytułu udziału w majątku wspólnym przez zgłoszenie tej wierzytelności sędziemu – komisarzowi. Przepisy PrUpadNap chronią wierzycieli upadłego także przed skutkami sądo-

¹⁹ M. Łączkowska, *op. cit.*, s. 10.

²⁰ Ustawa z dnia 28.02.2003 r., – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm.), dalej jako: PrUpadNap.

wego i umownego ustanowienia rozdzielności majątkowej, przewidując, iż zniesienie wspólności majątkowej na podstawie orzeczenia sądu w ciągu roku przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości jest bezskuteczne w stosunku do wierzycieli upadłego (art. 125 ust. 1 PrUpadNapr). A po ogłoszeniu upadłości nie można znieść wspólności ustawowej z datą wcześniejszą w stosunku do daty ogłoszenia upadłości (art. 125 ust. 2 PrUpadNapr). Jeśli zaś chodzi o ustanowienie rozdzielności majątkowej w drodze zawartej umowy, to umowa taka jest skuteczna w stosunku do masy upadłości, tylko wtedy, gdy zawarta została co najmniej dwa lata przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości²¹.

Przedstawione powyżej regulacje, mają jednak zastosowanie tylko w przypadku ogłoszenia upadłości jednego z małżonków. Jeśli jednak prowadzone przedsiębiorstwo nie będzie przynosiło strat i nie zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości, ale jednocześnie będzie ono przynosiło dochody tak nieznacznie, iż nie wystarczą one na zaspokojenie wierzyciela i nie będzie możliwe dokonanie takiego zaspokojenia z innych źródeł wskazanych w art. 41 § 2 k. r. o., to w konsekwencji zaspokojenie wierzyciela może okazać się w ogóle niemożliwe. Nie jest bowiem dopuszczalne by w takiej sytuacji wierzyciel mógł szukać zaspokojenia w tych składnikach majątku wspólnego małżonków, które nabyte zostały z wynagrodzenia dłużnika, z korzyści majątkowych uzyskanych z prowadzonego przedsiębiorstwa, w okresie, gdy przynosiło ono jeszcze znacznie większe przychody, czy też z innych dochodów pochodzących ze źródeł, o których mowa w art. 41 § 2 k. r. o. W doktrynie wskazuje się bowiem, iż odpowiedzialność małżonka – dłużnika nie obejmuje przedmiotów należących do majątku wspólnego, a nabytych w zamian za pobrane wynagrodzenie lub inne korzyści uzyskane przez dłużnika²².

W związku z niekorzystną sytuacją wierzyciela w razie niemożności zaspokojenia się ze składników wskazanych w art. 41 § 2 i § 3 k. r. o., M. Łączkowska proponuje wprowadzenie do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, przepisu zgodnie, z którym w opisanej powyżej sytuacji, tj. w sytuacji braku możliwości zaspokojenia się, wierzyciel mógłby skierować swoje roszczenie do przedmiotów należących do majątku wspólnego małżonków, nabytych po dacie powstania wierzytelności. Temu celowi mogłoby służyć domniemanie podobne do tego, jakie zastosowane zostało w art. 124 ust. 4 PrUpadNapr, a mianowicie domniemanie, że składniki majątku wspólnego, które pojawiły się w tym majątku po dacie powstania wierzytelności, zostały nabyte w zamian za wynagrodzenie za pracę lub dochody z innej działalności zarobkowej małżonka – dłużnika²³.

²¹ Artykuł 126 ust. 1 PrUpadNapr – przepis ten ma odpowiednie zastosowanie także wtedy, gdy umową majątkową ograniczono wspólność majątkową – co przewiduje art. 126 ust. 2 PrUpadNapr.

²² J. S. Piątkowski, *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1976, s. 154.

²³ M. Łączkowska, *op. cit.*, s. 10.

W literaturze aprobowany jest pogląd zgodnie, z którym skoro małżonkowie pozostają we wspólnym pożyciu, czerpią dochody z przedsiębiorstwa i zaspokajają z nich potrzeby rodziny, należałoby uznać, że ponoszą oni również odpowiedzialność za zobowiązania związane z działalnością tego przedsiębiorstwa, chociażby bieżące decyzje podejmował tylko jeden z małżonków²⁴.

W porównaniu do wcześniejszej regulacji, art. 41 k. r. o., nie przewiduje obecnie możliwości sądowego ograniczenia lub wyłączenia odpowiedzialności majątkiem wspólnym ze względu na charakter wierzytelności, albo stopień przyczynienia się małżonka będącego dłużnikiem do powstania majątku wspólnego. Obrona współmałżonka przed skierowaniem egzekucji także do majątku wspólnego małżonków obecnie może nastąpić tylko w drodze powództwa przeciwegzekucyjnego.

Zmodyfikowanie zakresu orzekania przez sąd, poprzez zniesienie orzekania o ograniczeniu lub wyłączeniu możliwości zaspokojenia się przez wierzyciela z majątku wspólnego ze względu na zasady słuszności, ocenić należy pozytywnie. Wydaje się, iż celem ustawodawcy, przy wprowadzaniu omawianej tu zmiany brzmienia art. 41 k. r. o., było przyspieszenie postępowania klauzularnego i zapewnienie wierzycielowi, możliwie jak najszybszego wszczęcia postępowania egzekucyjnego²⁵. Taka decyzja ustawodawcy jest w pełni uzasadniona²⁶, także z uwagi na zaistniałą konieczność zrównoważenia ochrony rodziny oraz interesów wierzyciela. Wprowadzenie instytucji zgody współmałżonka na zaciągnięcie zobowiązania, jako przesłanki odpowiedzialności majątkiem wspólnym małżonków, pogorszyło bowiem sytuację wierzyciela w stosunku do tej, jaką posiadał na gruncie regulacji k. r. o., sprzed noweli czerwcowej.

Przyjmuje się, iż art. 41 k. r. o., dotyczy tylko odpowiedzialności za zobowiązania cywilnoprawne w szerokim rozumieniu tego słowa. Przepis art. 41 k. r. o., znajduje zastosowanie, gdy źródłem zobowiązania jest czynność prawna, a także inne zdarzenie, np. czyn niedozwolony, bezpodstawne wzbogacenie, niezależnie od tego, czy podstawą stosunku cywilnoprawnego, z którego powstało zobowiązanie, są przepisy Kodeksu cywilnego, czy też inne przepisy. Dla zastosowania art. 41 k. r. o., nie ma również znaczenia tryb zasądzenia

²⁴ T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 832.

²⁵ Tak też: M. Sorysz, *op. cit.*, s. 692.

²⁶ Odmienne: J. Strzebińczyk, *op. cit.*, s. 162, zdaniem którego usunięcie tego swoistego, „wentyla bezpieczeństwa”, nie znajduje pełnego uzasadnienia w tym, że współodpowiedzialność majątkiem wspólnym, małżonka niebędącego dłużnikiem za dług współmałżonka, zależy od woli pierwszego, który może odmówić zgody na zaciągnięcie zobowiązania. A nie znajduje zdaniem tego autora, pełnego uzasadnienia, dlatego, iż nie wszystkie długi wynikać muszą z czynności prawnych, a ponadto w każdym przypadku odpowiedzialności powstałej wbrew woli małżonka niebędącego dłużnikiem, co najmniej część majątku wspólnego zagrożona jest egzekucją.

świadczenia, a mianowicie, czy jest to tryb postępowania cywilnego, postępowania karnego, czy postępowania administracyjnego. Zasady odpowiedzialności majątkiem wspólnym za karę grzywny, nawiązkę i należności sądowe, zasądzone w postępowaniu karnym, karnym skarbowym i w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, od małżonka pozostającego we wspólności majątkowej, określają natomiast przepisy kodeksu karnego wykonawczego, a odpowiedzialność majątkiem wspólnym za zobowiązania podatkowe i z nimi związane inne zobowiązania podatnika, płatnika i inkasenta, regulują przepisy ordynacji podatkowej²⁷.

Postępowanie klauzulowe

W ślad za zmianą przepisów materialnych, regulujących stosunki majątkowe między małżonkami, wprowadzono także zmiany w przepisach procesowych²⁸. Przede wszystkim ustawodawca znowelizował przepisy dotyczące postępowania o nadanie klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika, które uregulowane zostało w przepisach: art. 787, art. 787¹ i art. 787² Kodeksu postępowania cywilnego²⁹.

Zgodnie z art. 787 k. p. c., – w brzmieniu nadanym mu nowelą czerwcową – tytułowi egzekucyjnemu wydanemu przeciwko dłużnikowi pozostającemu w związku małżeńskim, sąd nada klauzulę wykonalności także przeciwko małżonkowi dłużnika, z ograniczeniem odpowiedzialności tego małżonka do majątku wspólnego, jeżeli wierzyciel wykaże dokumentem urzędowym lub prywatnym, że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała z czynności prawnej dokonanej za zgodą małżonka dłużnika. A zatem, jak wynika z powyższego, rozszerzenie odpowiedzialności także na majątek wspólny małżonków, po 20 stycznia 2005 r.³⁰, jest możliwe w praktyce, tylko w przypadku udowodnienia przez wierzyciela, poprzez dokument urzędowy lub prywatny, że współmałżonek dłużnika wyraził zgodę na zaciągnięcie zobowiązania, a co za tym idzie, wyraził zgodę na odpowiedzialność małżonków majątkiem wspólnym.

Znowelizowany art. 787 k. p. c., uzależnia nadanie tytułowi egzekucyjnemu klauzuli wykonalności także przeciwko małżonkowi dłużnika, od jednoczesnego spełnienia pięciu przesłanek, mianowicie:

1. pozostawanie dłużnika w związku małżeńskim,

²⁷ M. Sychowicz, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz pod redakcją K. Piaseckiego*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2006, s. 220.

²⁸ Zmiany dokonane nowelą czerwcową.

²⁹ Ustawa z dnia 17.11.1964 r., – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.), dalej, jako: k. p. c.

³⁰ Jako dacie wejścia w życie przedmiotowych zmian, wprowadzonych nowelą czerwcową.

2. pozostawanie dłużnika i jego małżonka we wspólności majątkowej (ustawowej lub umownej),
3. źródłem wierzytelności stwierdzonej tytułem egzekucyjnym, musi być czynność prawna,
4. małżonek dłużnika wyraził zgodę na dokonanie przedmiotowej czynności prawnej,
5. zgoda małżonka dłużnika zostanie wykazana przez wierzyciela dokumentem urzędowym lub prywatnym.

W praktyce najwięcej wątpliwości i dyskusji wywołuje konieczność wykazywania przez wierzyciela istnienia zgody, poprzez przedłożenie dokumentu urzędowego lub prywatnego.

Nie ulega wątpliwości, iż nałożenie przez ustawodawcę na wierzyciela, obowiązku dowodzenia w postępowaniu klauzulowym przeciwko małżonkowi dłużnika, istnienia zgody tego małżonka na zaciągnięte zobowiązanie i to konieczność wykazania tej zgody w drodze ściśle określonych środków dowodowych, pogorszyło sytuację wierzyciela w stosunku do tej, jaką posiadał na gruncie unormowań sprzed noweli czerwcowej. Ochrona interesów wierzyciela uzależniona została de facto od samego wierzyciela, tj. od jego inicjatywy i zaradności, od tego czy wierzyciel będzie na tyle aktywny i przezorny, aby zapewnić sobie możliwość dochodzenia zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków, poprzez uzyskanie zgody małżonka dłużnika na zaciągnięcie przez tego ostatniego konkretnego zobowiązania.

Omawiane tu, pewne utrudnienia po stronie wierzyciela nie mogą jednak prowadzić do wniosku, jaki zaprezentował P. Bodył-Szymala. Autor ten proponuje odrzucić literalną wykładnię zarówno art. 41 k. r. o., jak i służącego jego wykonaniu art. 787 k. p. c., gdyż jak wskazuje przyjęcie literalnej wykładni powoływanych powyżej artykułów w praktyce prowadziłyby do sytuacji absurdalnych³¹. P. Bodył-Szymala neguje zatem wykładnię zgodnie, z którą sąd nada tytułowi egzekucyjnemu klauzulę wykonalności także przeciwko małżonkowi dłużnika, tylko w sytuacji, gdy wierzyciel wykaże dokumentem urzędowym lub prywatnym, że zobowiązanie zaciągnięte zastało za zgodą małżonka dłużnika. Jak argumentuje powoływany autor, trudno pogodzić się z faktem, że mąż, idąc do krawca obstałować garnitur, musiałby brać ze sobą żonę, aby wyraziła zgodę na zaciągnięcie zobowiązania męża, generującego dług płatny w przyszłości. P. Bodył-Szymala wskazał, iż w celu ustrzeżenia się przed absurdalnością literalnej wykładni art. 787 k. p. c., należy tę wykładnię odrzucić. Przyjąć należy natomiast wykładnię, zgodnie, z którą przesłanką nadania klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika, jest wykazanie przez wierzyciela, istnienia zgody, ale tylko wtedy, gdy zgodnie z art. 37 § 1 k. r. o., była

³¹ P. Bodył-Szymala, *Garnitur zamówiony bez wiedzy żony*, Rzeczpospolita nr 222 (6905) z dnia 21.09.2004 r., s. C4.

ona przesłanką ważności czynności prawnej. W pozostałych zaś przypadkach, tj. w odniesieniu do czynności prawnych nie objętych art. 37 § 1 k. r. o., sąd będzie nadawał klauzulę wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika, niezależnie od tego, czy zgoda na zaciągnięcie zobowiązania została przez małżonka dłużnika wyrażona, czy też nie. W konsekwencji prowadzi to do wniosku, iż w tym drugim przypadku, wierzyciel istnienia takiej zgody wykazywać nie musi. Na poparcie zaprezentowanej przez siebie tezy, jej autor nietrafnie powołał się także na art. 36 § 1 k. r. o., wskazując, iż gdyby z art. 787 k. p. c., faktycznie wynikała konieczność wyrażania każdorazowo zgody na dokonanie czynności prawnej, obciążającej majątek wspólny, to wówczas wiedzę o przedmiotowych czynnościach mieliby oboje małżonkowie, a zatem nie musiałby istnieć wyrażony w art. 36 § 1 k. r. o., obowiązek udzielania sobie wzajemnie przez małżonków informacji o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny.

Argumentacja taka nie znajduje jednak uzasadnienia. Należy bowiem pamiętać, iż instytucja zgody na zaciągnięcie zobowiązania przez jednego z małżonków, została wprowadzona nowelą czerwową, nie jako przesłanka determinująca ważne dokonywanie wszelkich czynności prawnych, podejmowanych przez osoby pozostające w związku małżeńskim, lecz jako warunek dochodzenia przez wierzyciela zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków. W praktyce oznacza to, iż dla małżonków dokonujących czynności prawnych, poza tymi, które dla swej ważności obligatoryjnie wymagają zgody – enumeratywnie wskazanymi w art. 37 § 1 k. r. o. – instytucja zgody pozostaje w zasadzie bez znaczenia. Poza czynnościami prawnymi z art. 37 § 1 k. r. o., małżonkowie samodzielnie mogą bowiem, skutecznie dokonywać wszelkich czynności prawnych. W związku z powyższym, wprowadzony w art. 36 § 1 k. r. o., obowiązek udzielania sobie wzajemnie przez małżonków, informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny, znajduje pełne uzasadnienie.

To wierzyciel natomiast powinien być zainteresowany zadbaniem o to, by dokonując czynności prawnej z osobą pozostającą w związku małżeńskim, zapewnić sobie zgodę małżonka tej osoby na dokonanie przedmiotowej czynności, a więc w praktyce zgodę, na dochodzenie zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków.

Na podkreślenie zasługuje natomiast fakt, iż zaproponowana przez P. Bodyła – Szymalę, wykładnia art. 787 k. p. c., w związku z art. 41 k. r. o., prowadzi do pytania, nie o zasadność art. 36 § 1 k. r. o., lecz o zasadność art. 41 k. r. o., i z tego m.in. powodu jest nie do zaakceptowania. Gdyby bowiem przyjąć, że nadanie klauzuli wykonalności także przeciwko małżonkowi dłużnika uzależnione jest od wykazania przez wierzyciela istnienia zgody tego małżonka, ale tylko w takich przypadkach, gdy zgoda ta była przesłanką ważności czynności prawnej (art. 37 § 1 k. r. o.), to konieczne byłoby także przyjęcie, iż na czynno-

ści prawne inne niż wskazane w art. 37 § 1 k. r. o., zgoda nie jest potrzebna, a zatem w stosunku do wierzytelności z nich wynikających klauzula będzie zawsze nadawana bez zgody współmałżonka dłużnika na daną czynność. To z kolei prowadziłoby do wniosku, że art. 41 § 1 k. r. o., jest zbędny i że zupełnie niepotrzebnie wskazuje kiedy wierzyciel będzie mógł szukać zaspokojenia także z majątku wspólnego małżonków. Dochodzenie zaspokojenia z majątku wspólnego, byłoby bowiem możliwe zawsze, z uwagi na poniższe okoliczności.

Po pierwsze dlatego, że skoro wierzyciel mógłby się zaspokoić z majątku wspólnego, gdyby zgody współmałżonka dłużnika nie było, to tym bardziej mógłby szukać takiego zaspokojenia, gdyby wierzytelność powstała wskutek czynności prawnej dokonanej za zgodą małżonka dłużnika. Po drugie natomiast z uwagi na fakt, że brak zgody na dokonanie czynności z art. 37 § 1 k. r. o., rodzi skutek w postaci nieważności tej czynności prawnej, a zatem zagadnienie, czy wierzyciel może skierować egzekucję do majątku wspólnego małżonków, czy też nie, w ogóle nie powstaje³².

Skutek braku zgody na dokonanie czynności prawnej z art. 37 k. r. o., w postaci nieważności tej czynności, należy wyraźnie odróżnić od skutków braku zgody, jakie art. 41 § 2 k. r. o., przewiduje dla czynności opisanych w art. 41 § 1 k. r. o. Zakres przedmiotowy art. 41 § 1 k. r. o., jest znacznie szerszy niż zakres art. 37 § 1 k. r. o., co oznacza, że wierzyciel zawsze będzie mógł z majątku wspólnego małżonków, dochodzić wierzytelności, której źródłem jest czynność prawna, enumeratywnie wskazana w art. 37 § 1 k. r. o., bo taka czynność prawna dla swej ważności zawsze wymagać będzie zgody małżonka dłużnika. Nie zawsze natomiast możliwe będzie zaspokojenie się wierzyciela z majątku wspólnego małżonków, gdy źródłem zobowiązania będzie czynność prawna, której ważności ustawa nie uzależnia od zgody współmałżonka dłużnika. W tym ostatnim przypadku, jak już była o tym mowa, możliwość zaspokojenia się wierzyciela także z majątku wspólnego małżonków (art. 41 § 1 k. r. o.), uzależniona jest od istnienia zgody małżonka dłużnika za zobowiązanie.

Ponadto, gdyby przyjąć, że zgoda małżonka dłużnika na dokonanie czynności prawnej, innej niż wskazana w art. 37 § 1 k. r. o., nie jest wierzycielowi konieczna do poszukiwania zaspokojenia także w majątku wspólnym małżonków, to wówczas nie miałby racji bytu również art. 41 § 2 k. r. o., który określa skutki zaciągnięcia zobowiązania bez zgody współmałżonka, o której mówi art. 41 § 1 k. r. o. Zgodnie z art. 37 § 2 i 3 k. r. o., czynność prawna dokonana bez wymaganej zgody, będzie ważna jeśli zostanie potwierdzona przez współmałżonka, ale bezskuteczny upływ terminu do jej potwierdzenia i brak wymaganego potwierdzenia, powoduje jej bezwzględną nieważność, nie zaś skutki przewidziane w art. 41 § 2 k. r. o.

³² Krytycznie na temat wykładni, jaką zaproponował P. Bodył-Szymala, także E. Skowrońska-Bocian, *Rozliczenia majątkowe małżonków w stosunkach wzajemnych i wobec osób trzecich*, Warszawa 2005, s. 116.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 listopada 2003 r., wskazał, iż: „(...) według utrwalonych w orzecznictwie zasad interpretacji prawa, podstawowe znaczenia ma wykładnia językowa, a dopiero gdy ta zawodzi (...), sięga się do dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej. Każda wykładnia zmierza do prawidłowego określenia i zastosowania norm prawnych, przy czym nie jest możliwe uzyskanie poprawnej wykładni poszczególnych wyrażzeń i zwrotów zawartych w przepisach prawa w oderwaniu od całości porządku prawnego. Nie można poznać znaczenia przepisów bez poznania funkcji jakie mają one spełniać (...)”³³.

W świetle powyższego nie budzi najmniejszych wątpliwości, iż do art. 787 k. p. c., w związku z art. 41 § 1 k. r. o., – zmienionych nowelą czerwcową – stosować należy wykładnię językową, która jest jasna, jednoznaczna i nie pozostaje w sprzeczności z innymi regulacjami w tym zakresie.

Celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadzaniu noweli czerwcowej, było niewątpliwie zapewnienie pełniejszej ochrony interesom rodziny, przy jednoczesnym założeniu, że przyjmowane unormowania także z punktu widzenia wierzyciela są wystarczające do skutecznej ochrony jego praw.

Z uwagi na powyższe, wykładnia jaką zaproponował P. Bodył-Szymala, nie może zostać zaakceptowana i należy ją odrzucić.

W przypadku poszukiwania przez wierzyciela zaspokojenia z przedmiotów majątkowych, wchodzących w skład przedsiębiorstwa, wierzyciel celem uzyskania klauzuli wykonalności przeciwko małżonkowi dłużnika – przedsiębiorcy z ograniczeniem odpowiedzialności tego małżonka do przedsiębiorstwa wchodzącego w skład majątku wspólnego, ma także obowiązek wykazania dokumentem urzędowym lub prywatnym, że stwierdzona tytułem egzekucyjnym wierzytelność powstała w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa (art. 787¹ k. p. c.). Regulacje art. 787 k. p. c. oraz 787¹ k. p. c. mają natomiast zastosowanie niezależnie od ustroju majątkowego panującego między małżonkami. Artykuł 787² k. p. c., przewiduje bowiem, iż zawarcie umowy majątkowej małżeńskiej nie stanowi przeszkody do nadania klauzuli wykonalności według przepisów art. 787 k. p. c. i art. 787¹ k. p. c. oraz do prowadzenia egzekucji na podstawie uzyskanego tytułu wykonawczego do tych składników, które należałyby do majątku wspólnego, gdyby umowy majątkowej nie zawarto. Małżonkowi dłużnika przysługuje natomiast prawo do obrony w drodze powództwa przeciwegzekucyjnego, jeśli umowa majątkowa małżeńska była skuteczna wobec wierzyciela (art. 787² k. p. c.).

W publicystyce pewne wątpliwości wywołała kwestia formy zgody małżonka dłużnika na zaciągnięcie zobowiązania³⁴. Jak wskazuje art. 787 k. p. c., ist-

³³ III CZP 75/03, OSNC 2005/1/3, uchwała z dnia: 25.11.2003 r.

³⁴ J. Ignaczewski, *Zgoda małżonka na dług*, Rzeczpospolita 2005/6/17, J. Ignaczewski, *Forma dowolna lub dokument*, Rzeczpospolita 2005/1/8, W. Grajdura, *Zgoda zgodzie nierówna*, Rzeczpospolita 2004/12/30.

nienie zgody małżonka dłużnika wierzyciel musi wykazać dokumentem urzędowym lub prywatnym. Nie ma tu zatem wymogu, iż forma zgody powinna odpowiadać formie czynności prawnej, z której wynika wierzytelność, co może prowadzić do wniosku, iż kwestię formy zgody na czynność prawną ustawodawca pozostawił zapobiegliwości wierzyciela³⁵. Nie wyjaśnia to jednak kwestii, w jakim czasie przedmiotowa zgoda powinna zostać wyrażona. Skoro ustawodawca nie określił takiego czasu przyjmuje się, iż zgoda małżonka dłużnika może być wyrażona nie tylko przed lub jednocześnie z czynnością prawną, ale także po jej dokonaniu³⁶.

Największe wątpliwości wywołane zostały jednak możliwością wykazania zgody przy pomocy dokumentu prywatnego. Pojawiły się pytania o to, czy przedmiotowy dokument prywatny może zostać sporządzony wyłącznie przez małżonka dłużnika, czy też może pochodzić również od dłużnika, osób oświadczających w nim, że małżonek dłużnika wyraził zgodę na zaciągnięcie zobowiązania, czy też nawet od samego wierzyciela.

Zgodnie z art. 245 k. p. c., dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. W związku z tym oczywistym pozostaje fakt, iż sporządzone na piśmie przez małżonka dłużnika, oświadczenie woli ujęte czy to w samej umowie, czy w odrębnym piśmie, o takiej treści, że wyraża on zgodę na zaciągnięcie przez swojego współmałżonka zobowiązania, jest dokumentem prywatnym i bezspornym dowodem na to, że małżonek dłużnika wyraził zgodę na odpowiedzialność majątkiem wspólnym. Głoszone jest jednak i takie przekonanie, że wymóg z art. 787 k. p. c., zostanie w pełni spełniony również wtedy, gdy dłużnik lub nawet sam wierzyciel, sporządzi dokument prywatny. W przedmiotowym dokumencie oświadczy natomiast, że będąca źródłem zobowiązania czynność prawna, której jest stroną dokonana została za zgodą małżonka dłużnika. Oświadczenie takie wierzyciel opatrzy własnoręcznym podpisem, a zatem wymóg dokumentu prywatnego zostanie spełniony³⁷.

Zaprezentowane powyżej stanowisko budzi jednak pewne wątpliwości. Dokument prywatny nie korzysta bowiem z domniemania prawnego, że zawarty w nim stan faktyczny jest zgodny z prawdą, stanowi jedynie dowód tego, że osoba która dokument ten podpisała złożyła oświadczenie o określonej treści dokumentem tym objętej. Oznacza to, że jeżeli wierzyciel sam wystawi dokument prywatny, w którym osobiście zaświadczy, że zobowiązanie zaciągnięte zostało za zgodą małżonka dłużnika, to spełni w ten sposób jedynie wymóg z art. 787 k. p. c., dotyczący formy dokumentu, nie spełni jednak jeszcze prze-

³⁵ J. Ignaczewski, *Forma dowolna...*, Rzeczpospolita 2005/1/8.

³⁶ J. Ignaczewski, *Forma dowolna...*, Rzeczpospolita 2005/1/8, W. Grajdura, *op. cit.*, Rzeczpospolita 2004/12/30.

³⁷ Taki pogląd wyraził m.in. W. Grajdura, *op. cit.*, Rzeczpospolita 2004/12/30.

słanki dotyczącej treści dokumentu, a tej pierwszej, jak się wydaje, nie należy rozpatrywać w oderwaniu od tej drugiej. Trudno bowiem przyjąć, że istnienie zgody małżonka dłużnika, zaświadczone wyłącznie przez stronę postępowania, mającą interes prawny w istnieniu tej okoliczności jest dostatecznie udowodnione³⁸. Dlatego też nie można zgodzić się z W. Grajdurą³⁹, zdaniem którego nie ma przeszkód, by wystawcą dokumentu wymaganego przez art. 787 k. p. c., był nawet sam wierzyciel, aby tylko treść takiego dokumentu zawierała stwierdzenie, że dana czynność dokonana została za zgodą współmałżonka osoby objętej tytułem egzekucyjnym.

Trudno też byłoby zgodzić się z wysuniętą przez tego autora tezą, że zgoda, o której mowa w art. 41 § 1 k. r. o., jest oświadczeniem woli w techniczno – prawnym znaczeniu, które może być złożone choćby tylko jednej ze stron, np. wyłącznie małżonkowi, a przy tym zupełnie obojętna pozostaje forma tego oświadczenia woli, może to być forma dowolna i jak najbardziej dopuszczalne jest oświadczenie woli złożone w sposób dorozumiany.

W świetle przedstawionego powyżej poglądu, warto zwrócić uwagę na to, iż sama zgoda współmałżonka na ważne zaistnienie zobowiązania między wierzycielem a dłużnikiem, poza czynnościami prawnymi z art. 37 § 1 k. r. o., nie jest w ogóle potrzebna. Jej sens wyłania się dopiero na gruncie procesowym, w związku z art. 787 k. p. c., i w kontekście tego przepisu zgodę taką należy rozpatrywać. Przepis art. 787 k. p. c., stawia natomiast określone wymogi dotyczące zarówno formy w jakiej zgoda została wyrażona, jak i jej treści. Zgoda wyrażona przez współmałżonka dłużnika w sposób dorozumiany nie spełniałaby natomiast wymogu z art. 787 k. p. c., w zakresie formy pisemnej takiej zgody.

Sam dłużnik pozostający w związku małżeńskim może nie być zainteresowany w wyrażeniu przez jego współmałżonka zgody na zaciągnięcie zobowiązania, ale w interesie wierzyciela leży uzyskanie takiej zgody i to wierzyciel powinien zadbać o uczynienie zadość wszelkim wymogom w tym zakresie, wynikającym z art. 787 k. p. c.

Na marginesie dodać należy także, iż przez wskazanie formy w jakiej wierzyciel ma wykazać, że zobowiązanie zostało zaciągnięte za zgodą, art. 787 k. p. c., przewiduje ograniczenia w zakresie postępowania dowodowego. Zgoda małżonka dłużnika ma wynikać z dokumentu, a nie np. z zeznań świadków, czy wierzyciela. Samo zaś ograniczenie możliwości dowodowych na etapie postępowania o nadanie klauzuli wykonalności, zostało zapewne wprowadzone przez ustawodawcę w celu skrócenia i przyspieszenia postępowania klauzulowego.

³⁸ Tak też: J. Ignaczewski, *Zgoda małżonka...*, Rzeczpospolita 2005/6/17, odmiennie: W. Grajdura, *op. cit.*, Rzeczpospolita 2004/12/30.

³⁹ W. Grajdura, *op. cit.*, Rzeczpospolita 2004/12/30.

Podsumowanie

Podsumowując dotychczasowe rozważania, stwierdzić należy, iż na pozytywną ocenę zasługują niewątpliwie wprowadzone nowelą czerwcową regulacje art. 41 § 2 k. r. o., dotyczące odpowiedzialności także z przedmiotów majątkowych wchodzących w skład przedsiębiorstwa, za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem tego przedsiębiorstwa. Zwrócenie przez ustawodawcę uwagi na prowadzenie działalności gospodarczej, opartej na przedsiębiorstwie należącym do majątku wspólnego i wprowadzenie odpowiednich uregulowań w zakresie odpowiedzialności przedsiębiorstwem, w warunkach gospodarki rynkowej było absolutną koniecznością. Obowiązujące jeszcze do niedawna unormowania, były całkowicie niedostosowane do aktualnych potrzeb obrotu gospodarczego. Przepisy k. r. o., sprzed noweli czerwcowej w żaden sposób nie wyróżniały bowiem czynności prawnych związanych z działalnością gospodarczą prowadzoną przez małżonków, ani zobowiązań wynikających z tych czynności⁴⁰.

Podobnego entuzjazmu nie budzi już jednak wprowadzona przez ustawodawcę w art. 41 § 1 k. r. o., instytucja zgody fakultatywnej, jako przesłanki odpowiedzialności małżonków majątkiem wspólnym⁴¹. Ustawodawca z jednej strony preferuje bowiem majątek wspólny małżonków z drugiej natomiast ogranicza wierzycielowi możliwość zaspokojenia się z tego majątku. Ochrona prawna wierzyciela została osłabiona i mamy obecnie do czynienia z zachwianiem równowagi między ochroną interesów rodziny a ochroną interesów wierzyciela⁴², który oprócz porozumienia się z kontrahentem w przedmiocie dokonania określonej czynności prawnej, dla pełniejszego zabezpieczenia swoich interesów musi jeszcze dodatkowo zabiegać o zgodę małżonka przysięgo dłużnika na zaciągnięcie zobowiązania.

Dodatkowe osłabienie przyniosły przepisy procesowe przewidujące ograniczenia dowodowe, szczegółowo omówione powyżej (art. 787 k. p. c.). Istnienie zgody małżonka dłużnika, wierzyciel może wykazać tylko dokumentem urzędowym lub prywatnym, nie może natomiast powoływać się na zeznania świadków, potwierdzających wyrażenie takiej zgody w razie jej nie istnienia na piśmie. Wprowadzając przedmiotowe ograniczenia dowodowe, ustawodawca miał na celu, jak się wskazuje, przyspieszenie postępowania klauzulo-

⁴⁰ Pozytywną ocenę wyraziła także: M. Łączkowska, *op. cit.*, s. 11.

⁴¹ Oczywiście z wyjątkiem wskazanych w art. 361 k. r. o., czynności: w bieżących sprawach życia codziennego lub zmierzających do zaspokojenia zwykłych potrzeb rodziny albo podejmowanych w ramach działalności zarobkowej – którym to współmałżonek nie może się sprzeciwić i co do których zgoda no odpowiedzialności majątkiem wspólnym nie jest potrzebna.

⁴² Tak też: J. Zralek, *op. cit.*, s. 366, odmiennie: J. Strzebińczyk, *op. cit.*, s. 101, T. Smyczyński, *op. cit.*, s. 835, M. Łączkowska, *op. cit.*, s. 11.

wego i w efekcie poprawienie sytuacji wierzyciela, poprzez umożliwienie mu jak najszybszego uzyskania tytułu wykonawczego także przeciwko małżonkowi dłużnika. Pozostaje jednak wątpliwym, czy przyjęta regulacja procesowa faktycznie służy ochronie interesów wierzycieli. Samą zaś instytucję zgody współmałżonka na zaciągnięcie zobowiązania, można ocenić, nie jako dostosowanie przepisów k. r. o., w zakresie odpowiedzialności małżonków majątkiem wspólnym za zobowiązania jednego z nich, do aktualnych potrzeb zarówno gospodarczych, jak i społecznych, lecz raczej jako skomplikowanie i spowolnienie obrotu gospodarczego w tym zakresie.

Olga Tytoń

Hinduskie małżeństwo przed sądem konsystorskim, czyli o postępowaniu w sprawie zwolnienia cudzoziemca od obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa (art. 56 ust. 2 p. a. s. c.)

I. Wstęp

W ostatnich latach w praktyce sądów polskich wzrasta liczba spraw z elementem obcym¹. Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać w otwieraniu się granic i swobodnym przemieszczaniu się osób, które zawierają związki małżeńskie nie bacząc na różnice narodowościowe, wyznaniowe i prawne. Sprawy takie są nierzadko trudne nie tylko dla stron, ale i dla samych sądów. Trudności biorą się nie tylko z konieczności stosowania norm z dziedziny międzynarodowego prawa prywatnego i postępowania, wynikających w coraz większym stopniu z prawa wspólnotowego, lecz także z przepisów prawa obcego, a w sprawach małżeńskich nierzadko prawa wyznaniowego. Wymaga to od sędziego szczególnej wnikliwości i umiejętności prawnoporównawczych, tak aby w gąszczu źródeł prawa nie stracić orientacji. Celem niniejszego artykułu jest próba pewnego uporządkowania tych zawikłanych splotów zagadnień.

II. Stan faktyczny

Asumpt do jego napisania dała sprawa, której stan faktyczny wyglądał następująco. W maju 2005 r. wpłynął do jednego z polskich sądów rejonowych wniosek obywatela Indii o zwolnienie z przedłożenia zaświadczenia o zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa w Urzędzie Stanu Cywilnego. W uzasadnieniu wnioskodawca podał, że w 1981 r. zawarł w Indiach związek małżeński według rytuału Hindu. W 1993 r. przyjechał do Polski, gdzie poznał uczestniczkę postępowania, obywatelkę Polski, z którą od 1994 r. żyje w konkubinacie,

¹ Tytułem przykładu można podać, iż w 1997 r. do Wydziału Prawno-Traktatowego Ministerstwa Sprawiedliwości wpłynęły 3 sprawy z wniosków obywateli Indii dotyczące omawianej tu materii, natomiast w 2006 r. spraw tych było 19.

a którą obecnie zamierza poślubić. Szczególnego kolorytu nadaje sprawie fakt, iż do wniosku załączono m.in. dekret polskiego sądu kościelnego stwierdzający na podstawie kan. 1103 kodeksu prawa kanonicznego nieważność hinduskiego małżeństwa z powodu przymusu i bojaźni po stronie mężczyzny. Sąd rejonowy przesłuchał wnioskodawcę i uczestniczkę postępowania, uzyskał z Ministerstwa Sprawiedliwości informację na temat prawa Indii oraz postanowieniem z sierpnia 2005 r. zwolnił obywatela Indii z obowiązku przedstawienia dokumentu stwierdzającego jego zdolność do zawarcia małżeństwa. Czy słusznie?

III. Postępowanie w sprawie zwolnienia cudzoziemca z obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa (art. 56 ust. 2 p. a. s. c.)

Zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 29 września 1986 r. Prawo o aktach stanu cywilnego² (dalej: p. a. s. c.) *„cudzoziemiec zamierzający zawrzeć małżeństwo jest obowiązany złożyć kierownikowi urzędu stanu cywilnego dokument stwierdzający, że zgodnie z właściwym prawem może zawrzeć małżeństwo”*. To wymaganie wynika z powszechnie uznanej w większości ustawodawstw zasady, że o możliwości zawarcia małżeństwa każdego z nupturientów rozstrzyga jego prawo ojczyste. Stąd też większość państw, w tym Polska, zna instytucję wydawania swoim obywatelom dowodu zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa według ich prawa³. Korelatem obowiązku cudzoziemca z art. 56 ust. 1 p. a. s. c. jest zatem przewidziana w art. 71 p. a. s. c. możliwość uzyskania przez obywatela polskiego zamierzającego zawrzeć małżeństwo za granicą zaświadczenia, że zgodnie z prawem polskim może on zawrzeć małżeństwo. Dokumentem stwierdzającym możliwość zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca w myśl art. 56 ust. 1 p. a. s. c. jest dokument urzędowy wydany przez organ krajowy państwa ojczystego cudzoziemca lub przez jego placówkę dyplomatyczną bądź konsularną w Polsce⁴. Otrzymanie takiego dokumentu może okazać się jednak niemożliwe, np. jeśli prawo obce w ogóle nie przewiduje wydawania takich dokumentów albo uzyskanie takiego dokumentu jest utrudnione, np. gdy cudzoziemiec przebywa na terytorium polskim jako uchodźca lub gdy Polska nie utrzymu-

² Tekst jednolity Dz. U. z 2004 r., Nr 161 poz. 1688. Tekst pierwotny art. 56 p. a. s. c. został zmieniony z dniem 15.11.1998 r.

³ „Wykaz państw, których ustawodawstwa przewidują wydawanie dokumentów stwierdzających możliwość zawarcia małżeństwa według prawa ojczystego” zawarty jest w publikacji J. Ciszewskiego, *Obrot prawa za granicą w sprawach cywilnych i karnych*, wyd. 5, Warszawa 2006, poz. 49 (str. 715 i n.).

⁴ Bliżej A. Czajkowska / E. Pachniewska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, orzecznictwo, wzory dokumentów i pism*, Warszawa 2002, art. 56, pkt 9 i 10 (str. 159); H. Chwyć, *Zawarcie małżeństwa w prawie polskim. Poradnik dla kierowników Urzędów Stanu Cywilnego*, Lublin 2001, str. 54 i n.

je z danym państwem stosunków dyplomatycznych bądź komunikacja jest z nim przerwana⁵.

Indie nie wydają swoim obywatelom dowodu zdolności prawnej do zawarcia małżeństwa⁶. W takiej sytuacji cudzoziemiec powinien złożyć kierownikowi Urzędu Stanu Cywilnego odpis prawomocnego postanowienia sądu, zwalniającego go od obowiązku przedłożenia omawianego dokumentu. Zgodnie bowiem z art. 56 ust. 2 p. a. s. c. „*jeżeli otrzymanie dokumentu napotyka trudne do przewyciężenia przeszkody, sąd w postępowaniu nieprocesowym na wniosek cudzoziemca może go zwolnić od złożenia dokumentu*”.

1. Jurysdykcja krajowa

Sąd polski może rozpoznać sprawę merytorycznie tylko wtedy, jeżeli ma jurysdykcję krajową⁷. Pierwszą zatem czynnością sądu po wplynięciu sprawy będzie konieczność wyjaśnienia tej kwestii. W razie stwierdzenia braku jurysdykcji krajowej sąd zgodnie z art. 1099 kodeksu postępowania cywilnego⁸ (dalej: k. p. c.) musi odrzucić wniosek.

Z art. 91 Konstytucji wypływa obowiązek uprzedniego zbadania, czy prawo wspólnotowe bądź ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe nie zawierają postanowień w tym zakresie. Gdyby bowiem takie akty prawne istniały, miałyby one pierwszeństwo zastosowania przed prawem krajowym. Ponieważ ani prawo wspólnotowe⁹ ani umowy o obrocie prawnym, jakie zawarła Polska z innymi państwami¹⁰, nie regulują jurysdykcji sądów w sprawach o udzie-

⁵ K. Gondorek / A. Ustowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz, przepisy wykonawcze i związkowe*, Warszawa 1991, art. 56, pkt 8 (str. 255).

⁶ „Wykaz państw, których ustawodawstwa nie przewidują wydawania dokumentów stwierdzających możliwość zawarcia małżeństwa według prawa ojczystego” zawarty jest w publikacji J. Ciszewskiego, *Obrót prawny (...)* poz. 50 (str. 720).

⁷ Por. obszerną monografię K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005.

⁸ Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

⁹ Prawo wspólnotowe reguluje jurysdykcję sądów państw członkowskich w sprawach małżeńskich dotychczas tylko w jednym akcie prawnym: Rozporządzeniu Rady (WE) Nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącym jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające Rozporządzenie (WE) Nr 1347/2000 (tzw. Bruksela II bis), Dz. Urz. W. E., Wydanie specjalne 2004, Rozdz. 19, Tom VI str. 243. Tłumaczenie nieoficjalne rozporządzenia umieszczone jest także w publikacji J. Ciszewskiego, *Europejskie prawo małżeńskie i dotyczące odpowiedzialności rodzicielskiej. Komentarz*, Warszawa 2004, str. 173 oraz wraz z angielską, francuską i niemiecką wersją językową w *Kwartalniku Prawa Prywatnego* 2007, z. 1, str. 197 i n. Jednakże „sprawy małżeńskie” w myśl Brukseli II bis oznaczają jedynie sprawy cywilne dotyczące rozvodu, separacji albo unieważnienia małżeństwa. Por. też K. Weitz, *Jurysdykcja krajowa w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej w prawie wspólnotowym*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2007, z. 1, str. 83 i n.

¹⁰ Tak na gruncie reprezentowanego tu poglądu, że sprawy o zwolnienie cudzoziemca od złożenia dokumentu w myśl art. 56 ust. 2 p. a. s. c. nie należą do „spraw dotyczących stosunków osobistych małżonków”, dla których zawarte przez Polskę z wieloma państwami umowy o obrocie prawnym określają jurysdykcję sądów.

lenie cudzoziemcowi zwolnienia od obowiązku złożenia dokumentu potrzebnego do zawarcia małżeństwa, wyjaśnienia tej kwestii należy szukać w przepisach prawa polskiego.

Kodeks postępowania cywilnego nie zawiera wyraźnej podstawy do ustalenia jurysdykcji krajowej w tzw. sprawach przedmażeńskich, w których uczestnikami są nupturienti. Jedynie art. 562 k. p. c. stanowi, że „zwolnienia od obowiązku złożenia urzędowi stanu cywilnego dokumentu potrzebnego do zawarcia małżeństwa udziela sąd na wniosek osoby obowiązanej do złożenia dokumentu”. W związku z takim stanem rzeczy zarysowały się w doktrynie trzy poglądy.

Pierwszy opiera się na przekonaniu, że usytuowanie postępowania w sprawie zwolnienia od złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa w rozdziale zatytułowanym „sprawy małżeńskie” każe poszukiwać podstawy jurysdykcji krajowej dla tych spraw w przepisach kodeksu, które określają jurysdykcję sądów polskich w sprawach małżeńskich. Takim przepisem jest art. 1100 k. p. c., zgodnie z którym do jurysdykcji krajowej należą sprawy małżeńskie, jeżeli choćby jedno z małżonków miało obywatelstwo polskie lub nie posiadając żadnego obywatelstwa miało miejsce zamieszkania w Polsce (§ 1) oraz sprawy małżeńskie pomiędzy cudzoziemcami mieszkającymi w Polsce (§ 3). Art. 1100 k. p. c. jako właściwą podstawę do ustalenia jurysdykcji krajowej w sprawach o zwolnienie od obowiązku złożenia dokumentu potrzebnego do zawarcia małżeństwa uznaje T. Ereciński¹¹, K. Piasecki¹² oraz E. Wierzbowski¹³.

Drugie stanowisko sprzeciwia się natomiast szerokiemu rozumieniu pojęcia „spraw małżeńskich”. Zdaniem J. Jodłowskiego ze sformułowania art. 1100 k. p. c. wynika, że chodzi w nim tylko o sprawy dotyczące już istniejącego małżeństwa, nie zaś o sprawy przedmażeńskie¹⁴. W konsekwencji dla spraw o zwolnienie od obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa upatruje on podstawę w art. 1110 k. p. c., który jurysdykcji krajowej poddaje „również inne sprawy rozpoznawane w postępowaniu nieprocesowym, jeże-

¹¹ T. Ereciński, w: T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego, Część trzecia, Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego*, Warszawa 2006, art. 1100, pkt 1, str. 44. Podobnie sędzi J. Ciszewski w: T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz (...)*, art. 1110, pkt 2, str. 106 i 107, który jednak z tej kategorii wyraźnie wyłącza sprawy o zwolnienie cudzoziemca od złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa według prawa właściwego, uznając, że dla tego rodzaju spraw przepis jurysdykcyjny zawarty jest w art. 56. p. a. s. c. (por. art. 1110, pkt 24, str. 113).

¹² K. Piasecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom III, 3. wydanie Warszawa 2002, art. 1100, pkt 1, str. 488.

¹³ E. Wierzbowski, *Międzynarodowy obrót prawny w sprawach cywilnych*, Warszawa 1971, str. 105.

¹⁴ J. Jodłowski / W. Ludwiczak, Dwugłos recenzyjny na temat „Międzynarodowego prawa rodzinnego” M. Sośniaka, B. Walaszka i E. Wierzbowskiego, *Państwo i Prawo* 1973, nr 7, str. 146, 154. Pogląd ten podziela K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa i przestanki jego ważności w prawie prywatnym międzynarodowym*, Warszawa 1985, str. 107 rozpatrując kwestię jurysdykcji w sprawach o zezwolenie na zawarcie w Polsce małżeństwa przez pełnomocnika w myśl art. 6 § 1 k. r. o.

li choćby jeden uczestnik postępowania jest obywatelem polskim lub w Polsce ma miejsce zamieszkania". Do podobnych wniosków dochodzi A. Ślusarski¹⁵.

Natomiast J. Cagara¹⁶ oraz A. Zieliński¹⁷ zgadzają się co prawda z J. Jodłowskim, że art. 1100 k. p. c. nie obejmuje spraw nupturientów, ale jako podstawę jurysdykcji krajowej w sprawach cudzoziemców o zwolnienie od przedłożenia dowodu zdolności do zawarcia małżeństwa wskazują nie art. 1110 k. p. c., ale art. 56 ust. 2 p. a. s. c. (względnie nie różniący się zasadniczo w tej mierze od swojego następcy art. 46. d. a. s. c.¹⁸). Ich zdaniem art. 56 ust. 2 p. a. s. c. zawiera normę nie tylko materialnoprawną, ale także jurysdykcyjną. Do takiego wniosku dochodzą też J. Ciszewski¹⁹ i A. Mączyński²⁰. Konsekwencją tego poglądu jest uznanie, że w każdym wypadku wystąpienia cudzoziemca z wnioskiem o zwolnienie go od obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa zachodzi jurysdykcja sądu polskiego, nawet w sytuacji, gdy cudzoziemiec ten nie ma w Polsce miejsca zamieszkania, a drugi nupturient nie jest obywatelem polskim i w Polsce nie mieszka. Zdaniem A. Ślusarskiego stanowisko to nie może być prawidłowe. Autor ten sprzeciwia się uznaniu jurysdykcyjnego charakteru art. 56 ust. 2 p. a. s. c. z uwagi na fakt, iż przepis ten nie wskazuje „tego, co jest dla przepisów jurysdykcyjnych najbardziej charakterystyczne, a mianowicie łącznika wiążącego daną sprawę z polskim obszarem prawnym. Łącznikiem takim, gdy chodzi o dotyczące cudzoziemców sprawy niemajątkowe, jest w zasadzie miejsce zamieszkania cudzoziemca w Polsce albo też obywatelstwo polskie lub miejsce zamieszkania w Polsce innego uczestnika postępowania. Trudno byłoby natomiast przyjąć, aby łącznikiem uzasadniającym jurysdykcję sądu polskiego mogła być jedynie sama okoliczność, że wnioskodawca-cudzoziemiec ma zamiar zawrzeć małżeństwo w Polsce”²¹.

Wydaje się, że zarzuty te nie wytrzymały próby czasu. Z dniem 15 listopada 1998 r. przestał obowiązywać art. 12 p. a. s. c., który co do zasady nakazywał zawarcie małżeństwa w urzędzie stanu cywilnego miejsca zamieszkania jednego z przyszłych małżonków²². Obecnie art. 12 ust. 1 p. a. s. c. umożliwia

¹⁵ A. Ślusarski, *W kwestii charakteru prawnego art. 56 prawa o aktach stanu cywilnego*, Palestra 1987, nr 12, str. 25, 29 i 31.

¹⁶ J. Cagara, *Postępowanie nieprocesowe w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa z obywatelem polskim*, Nowe Prawo 1979, nr 2, str. 107, 108 i n.

¹⁷ A. Zieliński, *Sądownictwo opiekuńcze w sprawach małoletnich*, Warszawa 1975, str. 165.

¹⁸ Dekret z dnia 8 czerwca 1955 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz. U. Nr 25 poz. 151 z późn. zm., został uchylony przez ustawę z dnia 29 września 1986 r. p. a. s. c.

¹⁹ T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz (...)*, art. 1110, 24, str. 113.

²⁰ A. Mączyński, *Zawarcie małżeństwa w polskim prawie prywatnym międzynarodowym*, w: *Obrót prawny z zagranicą w sprawach stanu cywilnego. Konkordat. Materiały z seminarium w Lublinie w dniach 26-28 marca 1996 r.*, Lublin 1997, str. 37.

²¹ A. Ślusarski, *W kwestii charakteru prawnego (...)*, str. 30.

²² Zmianę wprowadzono art. 3 pkt 2 ustawy 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 117, poz. 757).

nupturientom wybór urzędu stanu cywilnego, w którym chcą zawrzeć związek małżeński. Prawo o aktach stanu cywilnego umożliwia zatem zawarcie małżeństwa w Polsce przez cudzoziemców nie mających w kraju miejsca zamieszkania, ale posiadających dokument potrzebny do zawarcia małżeństwa wydany przez organ ich państwa. Niecelowe byłoby wprowadzanie ograniczeń tylko dla sytuacji, w których otrzymanie stosownego dokumentu jest utrudnione. Funkcjonalna wykładnia art. 56 u. 2 p. a. s. c. przemawia zatem za tym, aby w aktualnym stanie prawnym przyznać temu przepisowi charakter normy jurysdykcyjnej. Każde inne rozwiązanie powodowałoby, że w wielu sprawach o zwolnienie cudzoziemca niezamieszkującego w Polsce sąd nie miałby jurysdykcji krajowej. Stałoby to nie tylko w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 56 ust. 2 p. a. s. c., który nie zawiera takich ograniczeń („sąd w postępowaniu nieprocesowym na wniosek cudzoziemca może go zwolnić od złożenia dokumentu”), ale pozbawiałoby to w praktyce możliwości zawarcia małżeństwa w Polsce np. pokoleń emigrantów, którzy posiadają wyłącznie obywatelstwo obce, a pragną zawrzeć małżeństwo w kraju swoich przodków²³.

Taką społeczną potrzebę zdaje się też dostrzegać Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, która w opracowanym przez siebie projekcie zmian ustawy Kodeks postępowania cywilnego dodała art. 1106² § 1 o brzmieniu: „do jurysdykcji krajowej należą sprawy małżeńskie, jeżeli jeden z małżonków albo jedna z osób zamierzających zawrzeć małżeństwo jest obywatelem polskim albo będąc cudzoziemcem ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w Rzeczypospolitej Polskiej bądź zamierza zawrzeć małżeństwo w Rzeczypospolitej Polskiej”²⁴. Przyjęcie projektowanego przepisu przesądzi, że sąd w sprawach o zwolnienie cudzoziemca od złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa w myśl art. 56 ust. 2 p. a. s. c. będzie ustalał swoją jurysdykcję na podstawie art. 1106² § 1 k. p. c.

W omawianym tutaj kazusie kwestia jurysdykcji nie wzbudza wątpliwości. Wnioskodawca ma swoje miejsce zamieszkania w Polsce, a uczestniczką postępowania jest obywatelka Polski. Ponieważ spełnione są zarówno przesłanki art. 1100 k. p. c. jak i art. 1110 k. p. c., to niezależnie od reprezentowanego poglądu należy uznać, że sąd polski miał jurysdykcję w sprawie o zwolnienie obywatela Indii od obowiązku złożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa.

²³ Warto zauważyć, że akurat prawo Kanady i USA, a więc państw o silnych ośrodkach polonijnych, nie przewiduje wydawania zaświadczeń. W takiej sytuacji H. Chwyć, „Zawarcie małżeństwa w prawie polskim. Poradnik dla kierowników Urzędów Stanu Cywilnego”, Lublin 2001, str. 55 sugeruje, żeby cudzoziemiec zwrócił się do sądu rejonowego o zwolnienie go od złożenia kierownikowi USC wymaganego dokumentu.

²⁴ Art. 1 pkt 26 rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 1366 z dnia 22 stycznia 2007 r., dostępnego na stronach internetowych Sejmu: <http://sejm.gov.pl> → prace sejmu → druki sejmowe-wyszukiwanie.

2. Zakres kognicji sądu

Z samej treści przepisu art. 56 ust. 2 p. a. s. c., a zwłaszcza z wyrażenia „*zwolnić od złożenia dokumentu*” można by wnioskować, że sąd w postępowaniu ogranicza się tylko do badania, czy zachodzą w sprawie przesłanki formalne, tj. „*trudne do przewyciężenia przeszkody*” do przedłożenia dokumentu, natomiast nie ma obowiązku wyjaśnienia, czy cudzoziemiec może w konkretnej sytuacji zawrzeć małżeństwo. Kwestia ta na gruncie dawnego prawa budziła wątpliwości, które wielokrotnie były przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego i doktryny²⁵. Ustawodawca rozstrzygnął je w Prawie o aktach stanu cywilnego z 1986 r. wprowadzając art. 56 ust. 3 p. a. s. c., który w obecnym brzmieniu stanowi, że „*w postępowaniu o zwolnienie cudzoziemca od złożenia dokumentu sąd na podstawie właściwego prawa ustala, czy osoba ta może zawrzeć małżeństwo*”. Należy przy tym podkreślić, że możliwość zawarcia małżeństwa przez wnioskodawcę sąd w żadnym razie nie bada abstrakcyjnie, w oderwaniu od osoby drugiego nupturienta, lecz musi ustalić, czy osoba ubiegająca się o zwolnienie może zawrzeć małżeństwo – w myśl prawa właściwego – z określoną osobą²⁶. Dokonując tych ustaleń, sąd powinien też ocenić skutki zastosowania prawa właściwego z punktu widzenia jego zgodności z podstawowymi zasadami prawa polskiego²⁷.

a. Prawo właściwe

Prawo właściwe sąd ustala w oparciu o obowiązujące w Polsce źródła prawa prywatnego międzynarodowego, tj. normy kolizyjne zawarte w umowach międzynarodowych²⁸ bądź ustawie z dnia 12 listopada 1965 r. Prawo prywatne

²⁵ Por. J. Cagara, *Postępowanie nieprocesowe (...)* str. 113 oraz powoływane tam orzecznictwo i literatura.

²⁶ K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa i przesłanki jego ważności w prawie międzynarodowym prywatnym*, Warszawa 1985, str. 34; M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. VII uaktualnione, Warszawa 2001, str. 199.

²⁷ Por. J. Ciszewski, *Zakazy i ograniczenia małżeństw z cudzoziemcami a klauzula porządku publicznego*, Państwo i Prawo 1984, nr 3, s. 90 i n.; K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa (...)* str. 43-58.

²⁸ Należą do nich zawarte przez Polskę umowy o obrocie prawnym z następującymi państwami: art. 24 ust. 2 umowy z Austrią (Dz. U. z 1973 r. Nr 6 poz. 33), art. 26 ust. 1 umowy z Białorusią (Dz. U. z 1994 r. Nr 128 poz. 619), art. 22 ust. 1 umowy z Bułgarią (Dz. U. z 1963 r. Nr 27 poz. 88 ze zm.), art. 25 ust. 1 umowy z Czechami (Dz. U. z 1989 r. Nr 39 poz. 210), art. 26 ust. 1 umowy z Estonią (Dz. U. z 2000 r. Nr 5 poz. 49), art. 21 ust. 2 umowy z Finlandią (Dz. U. z 1981 r. Nr 27 poz. 140), art. 4 ust. 2 i 3 umowy z Francją (Dz. U. z 1969 r. Nr 4 poz. 22), art. 18 ust. 2 i 3 umowy z Koreą Północną (Dz. U. z 1987 r. Nr 24 poz. 135), art. 24 ust. 2 umowy z Kubą (Dz. U. z 1984 r. Nr 47 poz. 247), art. 25 ust. 1 umowy z Litwą (Dz. U. z 1994 r. Nr 35 poz. 130 ze zm.) art. 27 ust. 1 umowy z Łotwą (Dz. U. z 1995 r. Nr 110 poz. 534 ze zm.), art. 24 ust. 1 umowy z Rosją (Dz. U. z 2002 r. Nr 83 poz. 750), art. 29 ust. 1 umowy z Rumunią (Dz. U. z 2002 r. Nr 83 poz. 752), art. 25 ust. 2 umowy z Serbią i Czarnogórą (Dz. U. z 1963 r. Nr 27 poz. 162), art. 24 ust. 2 z Ukrainą (Dz. U. z 1994 r. Nr 96 poz. 465), art. 31 ust. 2 umowy z Węgrami (Dz. U. z 1960 r. Nr 8 poz. 54 ze zm.), art. 23 ust. 2 umowy z Wietnamem (Dz. U. z 1995 r. Nr 55 poz. 289). Teksty umów przedrukowano w: J. Ciszewski, *Obrót prawny z zagranicą. Zbiór umów międzynarodowych, t. II umowy dwustronne*, Sopot 2003.

międzynarodowe (dalej: p. p. m.)²⁹. Z uwagi na brak stosownych podstaw traktatowych między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Indii, prawo właściwe ustala się tutaj w oparciu o art. 14 p. p. m. Zgodnie z nim „o możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste”³⁰.

Art. 14 p. p. m. wskazuje więc prawo właściwe dla oceny możliwości zawarcia małżeństwa za pomocą łącznika obywatelstwa. O tym, czy nupturient jest lub nie jest obywatelem określonego kraju, decyduje prawo wewnętrzne tego kraju³¹. Od tej powszechnie przyjmowanej na świecie zasady art. 2 p. p. m. przewiduje dwa wyjątki: nupturient, który jest obywatelem polskim „podlega prawu polskiemu, chociażby prawo innego państwa uznawało go za obywatela tego państwa” (art. 2 ust. 1 p. p. m.)³², natomiast możliwość zawarcia małżeństwa przez cudzoziemca, który ma „obywatelstwo dwóch lub więcej państw podlega, jako prawu ojczystemu, prawu tego państwa, z którym jest najściślej związany” (art. 2 ust. 2 p. p. m.).

Ponieważ w przedmiotowej sprawie indyjskie obywatelstwo wnioskodawcy wynika bezspornie z przedłożonego przez niego wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego paszportu, zatem prawem właściwym w myśl art. 14 p. p. m. jest prawo Indii. Nie musi to jednak oznaczać, że prawem właściwym dla oceny, czy wnioskodawca może zawrzeć małżeństwo, będzie obowiązujące w tym państwie prawo merytoryczne. Jest to spowodowane działaniem przewidzianej w art. 4 p. p. m. instytucji odesłania, z której wynika obowiązek zastosowania norm kolizyjnych prawa prywatnego międzynarodowego obowiązującego w państwie ojczystym cudzoziemca³³. „Gdy więc obce prawo ojczyste nupturientów, wskazane naszymi przepisami jako właściwe, każe oceniać powyższe

²⁹ Dz. U. Nr 46, poz. 290; Dz. U. z 1995 r. Nr. 83 poz. 417; Dz. U. z 1999 r., Nr 52, poz. 532.

³⁰ Projekt nowej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe (stan na 9.10.2006 r.) opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego zasadniczo powtarza ten przepis. Nowy art. 47 brzmi: „O możliwości zawarcia małżeństwa rozstrzyga w stosunku do każdej ze stron jej prawo ojczyste z chwili zawarcia małżeństwa”. Projekt jest dostępny na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości pod adresem: <http://www.ms.gov.pl>

³¹ Por. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, str. 48.

³² Taką zasadą kieruje się też art. 2 ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim (tekst jednolity Dz. U. z 2000 r., Nr 28, poz. 353 ze zm.) statuując: „obywatel polski w myśl prawa polskiego nie może być równocześnie uznawany za obywatela innego państwa”. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że projekt nowej ustawy p. p. m. nie zawiera odpowiednika art. 2 ust. 1 p. p. m. Tym samym poddaje obywateli polskich pod zasadę ogólną (art. 2 § 1 projektu). Prowadzi to do tego, że za prawo ojczyste Polaka będącego jednocześnie obywatelem innego państwa sąd przyjmować będzie prawo tego państwa, z którym dana osoba jest najściślej związana. Jak wynika z uzasadnienia projektu (str. 5) „w dążeniu do zwiększenia międzynarodowej harmonii rozstrzygnięć, inaczej niż w ustawie z 1965 r., rozstrzygane są w projekcie sytuacje wielorakiego obywatelstwa, gdy jednym z wchodzących w grę obywatelstw jest obywatelstwo polskie. Za decydujące uznano mianowicie kryterium najściślejszej rzeczywistej więzi osoby z państwem. Przy ustalaniu tej więzi powinny być brane pod uwagę wszelkie okoliczności ją potwierdzające lub jej przeczące”.

³³ Na temat odesłania por. M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. VII uaktualnione, Warszawa 2001, str. 61 i n.

wymogi np. według obcego prawa miejsca zamieszkania lub miejsca zawarcia małżeństwa, zastosujemy to inne prawo (art. 4, § 2 naszej ustawy). Zawsze oczywiście uwzględnimy odesłanie do prawa polskiego (art. 4, § 1)³⁴.

b. Ustalanie treści prawa właściwego

Mimo braku wyraźnego przepisu ustawowego zarówno w orzecznictwie³⁵ jak i w doktrynie³⁶ przyjmuje się, że to na sądzie ciąży obowiązek ustalenia, prawo jakiego państwa jest prawem właściwym w zawisłej przed nim sprawie oraz ustalenie treści tego prawa³⁷. Co więcej, prawidłowość zastosowania prawa obcego przez sąd podlega kontroli instancyjnej. „*Niezastosowanie w ogóle lub błędne zastosowanie prawa właściwego (tak własnego, jak i obcego) stanowi naruszenie prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie z wszystkimi tego konsekwencjami procesowymi (może więc być użyte jako zarzut w apelacji – art. 368 i n. k. p. c. lub stać się podstawą skargi kasacyjnej – art. 398³ § 1 pkt 1 k. p. c.)*”³⁸. W opracowanym projekcie zmian ustawy Kodeks postępowania cywilnego Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego zaproponowała taką zmianę art. 1143 § 1 k. p. c., by z przepisu tego jednoznacznie wynikało, że to „sąd z urzędu stwierdza treść właściwego prawa obcego”³⁹.

W przedmiotowej sprawie sąd miał różne możliwości uzyskania informacji na temat treści prawa Indii.

³⁴ M. Sośniak / B. Walaszek / E. Wierzbowski, *Międzynarodowe prawo rodzinne*, Ossolineum 1969 str. 41.

³⁵ W wyroku SN z dnia 11.08.2004 r. w sprawie II CK 489/03 (niepubl.) Sąd Najwyższy oceniając kasację opartą na zarzucie naruszenia przepisów art. 232 k. p. c. w zw. z art. 1143 k. p. c. orzekł: „zasada iura novit curia nie może bowiem mieć zastosowania w razie potrzeby poznania obcego prawa. W piśmiennictwie wyraźnie podkreślono, że zebranie informacji o treści obcego prawa jest obowiązkiem sądu, a strona może być w tym zakresie jedynie pomocna i nie mogą wynikać dla niej żadne ujemne skutki procesowe z faktu, że nie zdoła ona przedstawić w tym zakresie stosownych informacji. Przepis art. 1143 k. p. c. pozostawia oczywiście Sądowi pewną swobodę wyboru środków pozwalających na poznanie treści obcego prawa. W razie jednak zaistnienia trudności z pozyskaniem przez Sąd wiedzy o treści prawa obcego niezbędnej dla rozstrzygnięcia sporu Sąd powinien rozważyć potrzebę sięgnięcia po środki określone w art. 1143 § 1 i § 3 k. p. c. Samo ustalenie jedynie treści zagranicznej normy prawnej nie zawsze pozwoli na usunięcie wszystkich wątpliwości co do jej znaczenia, bowiem często niezbędne jest posłużenie się także rozmaitymi dyrektywami interpretacyjnymi, a nawet wykorzystanie ukształtowanej linii obcego orzecznictwa. Ponieważ prawidłowe zastosowaniu prawa obcego podlega kontroli instancyjnej, a strona skarżąca zasadnie zarzuciła, że Sąd Apelacyjny z naruszeniem wskazanych w kasacji przepisów procesowych nie zbadał dostatecznie i nie ustalił treści niemieckiego prawa, w szczególności w przedmiocie przesłanek określających sposób wykonywania zobowiązań w razie braku w tym zakresie stosownych uzgodnień stron kontraktu, przeto z tej przyczyny należało ocenić kasację jako opartą na usprawiedliwionej podstawie”.

³⁶ Por. T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz (...)* art. 1143, pkt 4 (str. 247), pkt 10 (str. 249), pkt 13 (str. 250).

³⁷ Takie rozwiązanie nie jest jednak powszechne. Por. na ten temat aktualne prawno-porównawcze opracowanie M. Jäntherä-Jareborg, *Foreign law in national courts. A comparative perspective*, w: *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tom 304 (2003), str. 181-385.

³⁸ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, wyd. VII uaktualnione, Warszawa 2001, str. 75.

³⁹ Art. 1 pkt 69 rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Druk Sejmowy nr 1366 z dnia 22 stycznia 2007 r.

Pierwszą z nich wymienia art. 1143 § 1 k. p. c. przewidując, że „gdy zacho-
dzi potrzeba zastosowania przez sąd polski prawa obcego, sąd może zwrócić
się do Ministra Sprawiedliwości o udzielenie tekstu tego prawa oraz o wyjaśnie-
nie obcej praktyki sądowej”. Sposób postępowania sądu w takiej sytuacji pre-
cyzuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r.
w sprawie szczegółowych czynności sądów z zakresu międzynarodowego po-
stępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych⁴⁰.
Zgodnie § 5 rozporządzenia „występując do Ministra Sprawiedliwości o udzie-
lenie tekstu prawa obcego oraz wyjaśnienie obcej praktyki sądowej lub innych
wątpliwości, sąd wskazuje datę, na którą stan prawny winien zostać ustalony,
oraz przesyła akta sprawy”.

Drugim sposobem stwierdzenia treści prawa obcego i obcej praktyki sądowej
wymienionym w art. 1143 § 3 k. p. c. jest zasięgnięcie przez sąd opinii biegłych⁴¹.

Trzecią drogę toruje sądom konwencja europejska o informacji o prawie ob-
cym, sporządzona w Londynie 7 czerwca 1968 r.⁴², która umożliwia uzyskanie
odpowiedzi od prawnika danego państwa-strony konwencji. Zgodnie z art. 3
konwencji londyńskiej organami uprawnionymi do wystąpienia z wnioskiem
o dostarczenie informacji w trybie konwencji są tylko sądy. Ministerstwo Spra-
wiedliwości jedynie przekazuje go organom innego państwa-strony konwencji.

Wybór sądu nie jest ograniczony do powyższych możliwości. T. Ereciński
podkreśla, że sąd ma swobodę odnośnie wyboru środków zapewniających mu
poznanie treści prawa obcego i może uzyskać jej znajomość także w inny spo-
sób, np. z zagranicznych zbiorów tekstów prawnych bądź literatury przedmio-
tu. „Nie jest natomiast dopuszczalny dowód z zeznań świadka ani z przesłucha-
nia stron co do treści normy prawa obcego”⁴³.

W omawianej sprawie sąd skorzystał z trybu art. 1143 § 1 k. p. c. i zwrócił
się do Ministerstwa Sprawiedliwości z wnioskiem o udzielenie informacji po-
zwalających na udzielenie odpowiedzi na dwa pytania, mianowicie „czy mał-
żeństwo wyznaniowe zawarte w Indiach według rytuału hindu między obywatel-
kami Indii jest małżeństwem ważnym z prawnego punktu widzenia oraz czy unie-
ważnienie takiego małżeństwa przez polski Metropolitalny Sąd Duchowny skut-
kuje jego unieważnieniem na terenie Indii”.

⁴⁰ Dz. U. Nr 17, poz. 164; zm. Dz. U. z 2005 r., Nr 109, poz. 916.

⁴¹ Por. szczegółowo T. Ereciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1981, str. 228 i n.

⁴² Dz. U. z 1994 r., Nr 64, poz. 22, 273, 274 i 275. Zgodnie z informacją zaczerpniętą z oficjalnych stron internetowych Rady Europy pod adresem <http://conventions.coe.int> aktualnie stronami konwencji londyńskiej są: Albania, Austria, Azerbejdżan, Belgia, Białoruś, Bułgaria, Cypr, Czechy, Dania, Estonia, Finlandia, Francja, Georgia, Grecja, Hiszpania, Islandia, Kostaryka, Liechtenstein, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Macedonia, Malta, Meksyk, Mołdawia, Niderlandy, Niemcy, Norwegia, Polska, Portugalia, Rosja, Rumunia, Serbia i Czarnogóra, Słowacja, Słowenia, Szwajcaria, Szwecja, Turcja, Ukraina, Węgry, Włochy, Zjednoczone Królestwo.

⁴³ T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz (...)*, art. 1143, pkt 14 (str. 250).

c. Stosowanie prawa właściwego

Z treści wniosku sądu zdaje się wynikać, że zarówno dla oceny pierwotnej ważności małżeństwa hinduskiego, jak i dla oceny wpływu orzeczenia sądu kanonicznego na ważność tego małżeństwa przyjął on właściwość merytorycznego prawa ojczystego wnioskodawcy.

Główną jednak sprawą, która wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, jest kwestia, jakie prawo jest właściwe dla oceny możliwości zawarcia małżeństwa przez obywatela Indii w Polsce. W odniesieniu do prawa wskazanego przez art. 14 p. p. m. ustawodawca polski uznaje odestanie. Z uwagi na treść art. 4 § 1 p. p. m. należy zatem w każdym przypadku sięgnąć najpierw do norm kolizyjnych prawa indyjskiego w celu stwierdzenia, czy w danej sprawie każe ono stosować przepisy merytoryczne własne, czy też odsyła do prawa polskiego.

Indie – inaczej niż Polska – nie mają skodyfikowanego prawa prywatnego międzynarodowego, a – podobnie jak Wielka Brytania – przyjmują w zakresie prawa małżeńskiego zasadę prawa domicylu⁴⁴. Jest ona wyrażona zarówno w art. 1 ust. 2 ustawy o świeckim małżeństwie (Special Marriage Act), jak i w art. 1 ust. 2 ustawy o małżeństwach Hindu (Hindu Marriage Act). Trzeba bowiem wiedzieć, że w Indiach obowiązują dla poszczególnych grup wyznaniowych różne systemy prawa osobowego. Są to sankcjonowane przez państwo normy różnych wspólnot religijnych, regulujące głównie sprawy małżeńskie i spadkowe. Dla przedmiotowej sprawy jednak najbardziej doniosłym wynikiem ustaleń jest to, że indyjskie prawo kolizyjne dla oceny możliwości zawarcia małżeństwa przewiduje właściwość prawa państwa domicylu stron. Ponieważ dla wnioskodawcy od 12 lat rzeczywistym centrum życiowym jest Polska, gdzie ma on zamiar też pozostać na stałe, to tym samym należy przyjąć, że w omawianym kazusie prawo indyjskie odsyła do prawa polskiego. Zatem ustalenie, czy wnioskodawca może zawrzeć małżeństwo sąd w myśl art. 14 p. p. m. w związku z art. 4 § 1 p. p. m. powinien dokonać na podstawie prawa polskiego.

W świetle przepisów prawa polskiego przeszkodą dla zawarcia małżeństwa jest istniejący już związek małżeński. Zgodnie z art. 13 § 1 k. r. o. „*nie może zawrzeć małżeństwa, kto już pozostaje w związku małżeńskim*”. Z akt sprawy wynika, że wnioskodawca zawarł w 1981 r. w Indiach związek małżeński według rytuału Hindu. Zachodzi zatem konieczność ustalenia, czy małżeństwo zawarte w Indiach według rytuału Hindu może być uznane za „związek małżeński” w myśl art. 13 § 1 k. r. o. Wydaje się, że odpowiedzi na pytanie, jakie „związki małżeńskie” ma na myśli polski ustawodawca nie można udzielić w sposób

⁴⁴ Informacje na temat prawa indyjskiego podają za Bergmann / Ferid, *Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht, Länderbericht Indien*, 6 wyd. 1989, str. 9 i n., skąd pochodzą też teksty prawa indyjskiego, na które się powołuję.

ogólny i oderwany od konkretnej sprawy. Inaczej bowiem musimy wyklądać pojęcie „związek małżeński” w sytuacji czysto wewnętrznej, która od początku do końca zamyka się w obszarze prawa polskiego, a inaczej gdy – tak jak w omawianym przypadku – zachodzi konieczność uwzględnienia skutków zdarzenia, które miało miejsce pod rządem innego prawa.

Pytanie, czy w niniejszej sprawie istnieje ważny „związek małżeński” w myśl art. 13 § 1 k. r. o. jest tzw. kwestią wstępną. *„Kwestia wstępna w prawie prywatnym międzynarodowym (la question préalable, Vorfrage, preliminary question) oznacza odrębny względem sprawy głównej, samoistny stosunek (samoistną sytuację prawną), którego ocena wywiera wpływ na rozstrzygnięcie sprawy głównej. Kwestia wstępna ujawnia się dopiero po ustaleniu prawa właściwego dla sprawy głównej. Potrzeba rozstrzygnięcia kwestii wstępnej wynika z treści norm merytorycznych prawa właściwego dla sprawy głównej, które to normy uzależniają określone skutki prawne od istnienia jakiegoś stosunku podlegającego odrębnej ocenie kolizyjnoprawnej”*⁴⁵. W opisywanej sprawie zachodzi więc konieczność oddzielnego poszukania prawa właściwego dla oceny ważności małżeństwa hinduskiego jako stosunku występującego w roli kwestii wstępnej.

Mimo, iż w nauce prawa prywatnego międzynarodowego sporne jest, czy ustalenie prawa właściwego do rozstrzygnięcia kwestii wstępnej powinno nastąpić na podstawie norm kolizyjnych obowiązujących w siedzibie sądu (legis fori), czy też na podstawie norm kolizyjnych zaczerpniętych z tego systemu prawnego, któremu podlega sprawa główna (legis causae), to w przedmiotowej sprawie ten spór nie odgrywa roli, bowiem obydwie alternatywy prowadzą do właściwości polskiego prawa prywatnego międzynarodowego. Zatem prawo właściwe dla oceny ważności małżeństwa hinduskiego ustala się według art. 14 p. p. m. oraz art. 15 p. p. m.

Jeśli chodzi o materialnoprawną ocenę ważności małżeństwa, to z uwagi na fakt, iż w czasie wystąpienia zdarzenia, tj. zawarcia małżeństwa według rytuału Hindu, zarówno wnioskodawca jak i jego żona mieli swój domicyl w Indiach, należy uznać, że ich prawo ojczyście – właściwe zgodnie z art. 14 p. p. m. – przewidywało swoją właściwość (a nie odsyłało dalej do prawa polskiego). Także formalnoprawna ważność małżeństwa podlega zgodnie z art. 15 p. p. m. prawu indyjskiemu.

Zawarcie małżeństwa w ujęciu ustawy o małżeństwach Hindu (Hindu Marriage Act) jest sakramentalnym aktem, w którym uczestniczą kapłani i świadkowie. Przebieg ceremonii „saptapadi” wieńczy wezwanie i wspólne wykonanie przez narzeczonych siedmiu kroków w stronę świętego ognia. Wraz z wykonaniem siódmego kroku małżeństwo zostaje zawarte (art. 7 ust. 2). Małżeństwo może podlegać obowiązkowi rejestracji w rejestrze, jeśli wymóg taki ustanowią wła-

⁴⁵ M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, Warszawa 2001, str. 58.

dze stanowe. Brak rejestracji nie wpływa jednak na ważność małżeństwa (art. 8 ust. 5). Nieważne (null and void) jest natomiast małżeństwo, jeśli w chwili jego zawarcia jedna ze stron miała już żyjącego małżonka lub strony były ze sobą w niedozwolonym stopniu spokrewnione (art. 11). Unieważnienia małżeństwa w drodze sądowego orzeczenia można natomiast żądać na podstawie art. 12 ustawy, jeśli nie doszło do jego skonsumowania z uwagi na impotencję męczyzny (a), jeśli małżeństwo zawarto mimo choroby psychicznej (b), jeśli małżeństwo zostało zawarte w wyniku podstępu lub przymusu, chyba że powództwo wytoczono po roku od ustania przymusu bądź dowiedzenia się o podstępie albo gdy powód po tym fakcie dobrowolnie żył ze swoim małżonkiem (c). Podstawą unieważnienia jest także zatajona ciąża pozwanej z innym mężczyzną w chwili zawarcia małżeństwa, pod warunkiem, że sąd jest przekonany o niewiedzy powoda w chwili zawierania małżeństwa, powództwo zostało wytoczone w ciągu roku od zawarcia małżeństwa, a między małżonkami nie doszło do współżycia fizycznego po tym, jak powód dowiedział się o fakcie będącym podstawą powództwa (d). W ujęciu religii hinduskiej małżeństwo tworzy między małżonkami nierozzerwalną więź⁴⁶. Z biegiem czasu jednak w niektórych stanach Indii dopuszczono rozwód na podstawie prawa zwyczajowego, co w 1964 r. usankcjonowała również ustawa o małżeństwach Hindu (art. 13-14).

Ponieważ w przedmiotowej sprawie nie zachodzą żadne okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie nieważności małżeństwa, a okoliczność podnoszona przez wnioskodawcę, iż został on przez swojego ojca zmuszony do ożenku, może stanowić co najwyżej podstawę jego unieważnienia, to należy uznać, że wnioskodawca pozostaje w związku małżeńskim zawartym w Indiach według rytuału Hindu. Jest ono małżeństwem cywilnoprawnie ważnym. Dowodem zaistnienia takiego skutku jest wpis „imienia i nazwiska żony” w paszporcie wnioskodawcy. Należało zatem przyjąć, że zgodnie z art. 13 § 1 k. r. o. obywatel Indii nie ma możliwości zawarcia małżeństwa z uwagi na to, że pozostaje już w związku małżeńskim.

Drugie pytanie sądu dotyczy skutków, jakie stwierdzenie nieważności małżeństwa hinduskiego przez polski Metropolitalny Sąd Duchowny wywiera na terenie Indii. Mogłoby się bowiem wydawać, że gdyby orzeczenie trybunału kościelnego stwierdzające nieważność małżeństwa było na terenie Indii skuteczne, to sąd mógłby ten fakt uwzględnić – konsekwentnie do powyższych wywodów – w ramach wykładni art. 13 § 1 k. r. o. Innymi słowy, jeśli w świetle prawa Indii właściwego do kwestii wstępnej, czyli do oceny ważności małżeństwa hinduskiego, wnioskodawca nie pozostawałby już w związku małżeńskim, to zgodnie z właściwym dla sprawy głównej prawem polskim miałby możliwość zawarcia ponownego małżeństwa.

⁴⁶ Bergmann / Ferid, (...) str. 25.

Takie rozumowanie obarczone byłoby jednak pewnym błędem. Art. 1145 § 2 k. p. c. jasno statuuje bowiem zasadę, iż „*prawomocne orzeczenie sądu zagranicznego w sprawach niemajątkowych obywateli obcych, wydane przez sąd właściwy według ich prawa ojczyźnego*” może stanowić podstawę zawarcia nowego małżeństwa w Polsce tylko, jeżeli zostało uznane przez sąd polski w trybie przewidzianym w art. 1147 – 1149 k. p. c. Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego „*uznania tego nie można dokonać jako przesłanki orzeczenia w innej sprawie (ad casum)*”⁴⁷. Oznacza to, że gdyby w przedmiotowej sprawie wnioskodawca przedłożył wydane przez sąd indyjski orzeczenie unieważniające jego hinduskie małżeństwo, to sąd rozpatrujący wniosek o zwolnienie w trybie art. 56 ust. 2 p. a. s. c. nie mógłby uznać skuteczności takiego orzeczenia na terenie Polski. Jego uznanie mogłoby nastąpić wyłącznie w odrębnym postępowaniu.

W świetle powyższego nie może być zatem miarodajne, jakie skutki prawne wywołuje orzeczenie polskiego trybunału kościelnego w Indiach⁴⁸. Jeśli art. 1145 § 2 k. p. c. wyłącza możliwość prejudycjalnego uznania orzeczenia wydanego przez sąd właściwy według prawa ojczyźnego cudzoziemca, przypisując charakter konstytutywny dopiero polskiemu postanowieniu o uznaniu takiego orzeczenia⁴⁹, to tym bardziej sprzeciwia się automatycznemu rozciąganiu na terytorium Polski skutków prawnych innych zdarzeń w tej mierze. Dlatego nawet gdyby orzeczenie Metropolitalnego Sądu Duchownego rzeczywiście skutkowało unieważnieniem hinduskiego małżeństwa na terenie Indii, to fakt ten w świetle art. 1145 § 2 k. p. c. nie mógłby mieć dla niniejszej sprawy znaczenia. Z drugiej strony, gdyby orzeczenie trybunału kościelnego było prawnie skuteczne na terytorium Polski, to stanowiłoby dowód unieważnienia małżeństwa niezależnie od tego, czy orzeczenie to byłoby, a nawet – czy mogłoby być – uznane w państwie, którego obywatelem jest cudzoziemiec zmierzający zawrzeć małżeństwo w Polsce⁵⁰. Stanowisko takie wynika z przyjętej w polskim prawie zasady, zgodnie z którą przepisy postępowania cywilnego dotyczące skutków materialnej prawomocności orzeczeń sądowych są „silniejsze” od przepisów prawa prywatnego międzynarodowego i mogą uchylać lub zmieniać treść tych ostatnich⁵¹.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7.05.1999, II CKN 211/98, OSNC 1999, nr 11, poz. 199.

⁴⁸ Jedyne celem kompletności obrazu warto zauważyć, że skutki prawne zagranicznych orzeczeń w Indiach reguluje art. 13 – art. 14 indyjskiego kodeksu postępowania cywilnego (Code of Civil Procedure) tak Bergmann/Ferid, str. 11. Zgodnie z art. 13 lit. a indyjskiego k. p. c. przeszkodą w uznaniu mocy prawnej zagranicznego orzeczenia jest fakt jego wydania przez niewłaściwy sąd. W tym kontekście należałoby rozważyć, czy Metropolitalny Sąd Duchowny był sądem właściwym do wydawania orzeczeń o unieważnieniu małżeństwa hinduskiego ze skutkiem cywilnoprawnym.

⁴⁹ Por. T. Ereciński / J. Ciszewski, *Komentarz (...)*, art. 1145, pkt 4, str. 259 i art. 1149, pkt 11, str. 320.

⁵⁰ Por. A. Mączyński, *Zawarcie małżeństwa (...)*, str. 35.

⁵¹ Por. A. Mączyński, *Rozwiązanie małżeństwa w prawie prywatnym międzynarodowym*, Kraków 1980, str. 70 i n.; K. Pietrzykowski, *Zawarcie małżeństwa (...)* 1985, str. 59 i n.; H. Trammer, *Z problematyki wzajemnego wpływu przepisów k. p. c. o uznaniu orzeczeń sądów zagranicznych i przepisów ustawy o prawie prywatnym międzynarodowym*, Nowe Prawo 1967, str. 715, 717 i n.

Sumując, trzeba uznać, że nieodzowne jest ustalenie, jakie skutki wywiera orzeczenie polskiego trybunału kościelnego w Polsce.

3. Orzeczenie polskiego trybunału kościelnego

Skutki cywilne orzeczeń trybunałów kościelnych w sprawach małżeńskich podlegały na przestrzeni wieków daleko idącej ewolucji⁵². W okresie przedso-borowym zasadą było uznawanie wyroków kościelnych przez władze państwo-we, ale zasada ta uległa następnie odwróceniu. System formalnej separacji między państwem a Kościołem w niektórych państwach doznaje jednak modyfikacji na podstawie umów międzynarodowych, zwanych konkordatami, zawieranyymi między Stolicą Apostolską a niektórymi krajami. W niektórych konkordatach wprowadzono system indywidualnego uznawania wyroków sądów kościelnych w zależności od tego, czy procedura tego orzekania była zgodna z prawem stanowionym przez państwo⁵³.

Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisany w Warszawie dnia 28 lipca 1993 r.⁵⁴ nie wprowadza żadnych zmian do polskiego ustawodawstwa celem uznania skutków orzeczeń kościelnych w sprawach nieważności małżeństw kanonicznych⁵⁵. Zgodnie z art. 10 ust. 4 Konkordatu „*orzekanie w sprawach małżeńskich w zakresie skutków określonych w prawie polskim należy do wyłącznej kompetencji sądów państwowych*”. Mimo więc wprowadzenia w Polsce tzw. małżeństwa konkordatowego⁵⁶ orzeczenie nieważności małżeństwa kanonicznego, które w trybie przewidzianym w art. 10 ust. 1 zostało wpisane do rejestru cywilnego, nie wywiera żadnego skutku

⁵² J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, str. 285 i n.

⁵³ J. Krukowski, *passim*, jako przykład podaje art. 6 ust. 2 Konkordatu hiszpańskiego z 1979 r., który postanawia, że na wniosek jednej ze stron orzeczenia kościelne mogą uzyskać skuteczność w porządku cywilnym: „[...] jeśli zostaną uznane jako zgodne z prawem państwowym w drodze orzeczenia wydanego przez kompetentny trybunał cywilny”. W praktyce sądy cywilne w Hiszpanii stosują w tym celu procedurę przewidzianą dla wykonania wyroków sądów zagranicznych. Podobnie w Konkordacie laterańskim z 1929 r. uzupełnionym układem z 1984 r. Włochy uznały w pewnym zakresie jurysdykcję kościelną w sprawach o stwierdzenie nieważności małżeństwa. Por. W. Góralski, *Małżeństwo konkordatowe we Włoszech po 18 II 1984 r.*, *Chrześcijanin w Świecie* 20 (1988) nr 12, str. 82-91. Natomiast Konkordat z Portugalią z 1940 r. przewiduje, że sprawy o unieważnienie małżeństwa katolickiego zawartego zgodnie z konkordatem należą do wyłącznej właściwości sądów kościelnych. Por. J. Ciszewski, *Europejskie prawo małżeńskie (...)*, str. 154. Przekrojowo na ten temat W. Adamczewski, *Małżeństwo we współczesnych konkordatach*, Warszawa 1999.

⁵⁴ Dz. U. z 1998 r. Nr. 51, poz. 318.

⁵⁵ Odmienne zasady obowiązują jedynie wobec wyroków sądów konsystorskich wydanych przed dniem 1 stycznia 1946 r. na obszarze mocy obowiązującej prawa małżeńskiego z 1836 r. lub tomu X cz. 1 Zводу praw. Orzeczenia takie, chociażby dany sąd był niewłaściwy według przepisów prawa cywilnego stały się z dniem 1 października 1950 r. prawnie skuteczne stosownie do art. XV § 1 ustawy z dnia 2 czerwca 1950 r. – przepisy wprowadzające kodeks rodzinny (Dz. U. Nr 34, poz. 309). Podaję za A. Czajkowska / E. Pachniewska, *Prawo o aktach (...) 2002*, art. 55, pkt 7 (str. 153).

⁵⁶ Por. A. Maczyński, *Konkordatowa forma zawarcia małżeństwa*, Rejent 2003, nr 10 str. 127 i n.

w porządku państwowym. Jak obrazowo wyjaśnia H. Misztal „*Konkordat stoi na stanowisku niezależności i autonomii państwa i Kościoła, toteż orzekanie na forum kościelnym czy też państwowym pozostaje niezależne od siebie. W tej sytuacji może się zdarzyć, że sąd kościelny orzeknie nieważność małżeństwa konkordatowego, a sąd świecki nie udzieli rozwodu ani nie unieważni małżeństwa na forum cywilnym. Wtedy kościelnie osoby te pozostaną wolne, a cywilnie – nadal związane węzłem. I odwrotnie: sąd cywilny może orzec rozwód lub unieważnienie, a sąd kościelny nie znajdzie podstaw do orzeczenia jego nieważności. W tym więc przypadku małżeństwo cywilne będzie związane, a na forum kościelnym pozostanie ważne*”⁵⁷. Natomiast J. Krukowski zauważa, że „*orzeczenie sądu kościelnego może być tylko jedną z przesłanek wskazujących na rozkład pożycia małżeńskiego w postępowaniu dowodowym zmierzającym do uzyskania rozwodu, ale samo w sobie nie może być podstawą postępowania zmierzającego do przypisania mu skutków cywilnych*”⁵⁸. Jedyne pewną ciekawostką w tym kontekście może być fakt, iż jednocześnie Polska obowiązana jest do uznawania orzeczeń o nieważności małżeństw kanonicznych wydanych przez trybunały kościelne Portugalii, Hiszpanii, Włoch oraz Malty zgodnie z art. 63 Rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej (tzw. Bruksela II bis)⁵⁹.

Wobec powyższego brak jest jednak podstaw do przyznania na terytorium Polski skutków cywilnoprawnych dekretowi wydanemu w lutym 2005 r. przez „*Metropolitalny Sąd Duchowny w Poznaniu jako Trybunał Apelacyjny*”, z którego wynika, że sąd kościelny „*rozpatrywał sprawę o nieważność małżeństwa zawartego dnia 28 listopada 1981 r. w New Delhi, Indie według rytu hindu, pomiędzy (...) powodem, ur. w Indiach i (...) pozwaną ur. w Indiach z tytułu przymusu i bojaźni po stronie powoda – mężczyzny (kan. 1103 KPK)*” uznając, iż „*1. Udo wodniono nieważność małżeństwa (...) z tytułu przymusu i bojaźni po stronie powoda – mężczyzny (kan. 1103 KPK). 2. Zatwierdza się wyrok Sądu I instancji. 3. Strony są stanu wolnego*”.

IV. Wnioski

W kontekście przeprowadzonych rozważań nasuwa się wniosek, iż w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do zwolnienia cudzoziemca z obowiązku przedłożenia dokumentu stwierdzającego możliwość zawarcia małżeństwa. Wnioskodawca nie jest bowiem osobą stanu wolnego, co w świetle art. 13 § 1

⁵⁷ H. Misztal (red.), *Prawo wyznaniowe*, Lublin 2000, str. 359.

⁵⁸ J. Krukowski, *Polskie prawo wyznaniowe*, Warszawa 2000, str. 287.

⁵⁹ Por. przypis 9.

k. r. o. stanowi przeszkodę dla zawarcia małżeństwa. Przeszkody tej nie byłoby, gdyby wcześniej uzyskał on orzeczenie sądu polskiego o unieważnieniu małżeństwa bądź o rozwodzie. Jurysdykcję krajową w takiej sprawie należałoby oceniać na podstawie art. 3 ust. 1 lit. a Rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej (Bruksela II bis). Warto podkreślić, że rozporządzenie to stosuje się co do zasady także wobec obywateli państw trzecich⁶⁰. W analizowanym tu stanie faktycznym jurysdykcja sądów polskich mogłaby zostać oparta na przepisie art. 3 ust. 1 lit. a tiret 5 z uwagi na fakt, iż obywatel Indii przebywa w Polsce od przynajmniej roku bezpośrednio przed złożeniem wniosku i ma w kraju swój zwykły pobyt.

Odmienne postąpił w niniejszej sprawie sąd rejonowy, który postanowił „zwolnić obywatela Republiki Indii (...), kawalera z obowiązku przedstawienia w Urzędzie Stanu Cywilnego dokumentu stwierdzającego jego zdolność do zawarcia związku małżeńskiego według jego prawa ojczystego z obywatelką Rzeczypospolitej Polskiej (...), panną”. Na tle tego postanowienia nasuwa się wniosek, że dalsze losy nupturientów leżą obecnie w rękach kierownika danego urzędu stanu cywilnego. W literaturze podkreśla się bowiem istnienie rozbieżnej praktyki urzędów stanu cywilnego będącej wynikiem sporów w doktrynie, co do tego, czy cudzoziemiec oprócz postanowienia sądu o zwolnieniu od złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 56 p. a. s. c., ma jeszcze obowiązek złożenia dokumentów określonych w art. 54 ust. 1 p. a. s. c. (a więc także dowodu ustania lub unieważnienia poprzedniego małżeństwa⁶¹), czy też postanowienie sądu stanowi dla kierownika USC dowód, który zwalnia cudzoziemca od obowiązku złożenia odpisu orzeczenia o unieważnieniu bądź rozwodzie⁶². Za przekonujący trzeba uznać pogląd A. Mączyńskiego, zgodnie z którym należy przyjąć, że art. 56 p. a. s. c. uzupełnia, a nie wyłącza, regulację przewidzianą w art. 54 p. a. s. c. Praktyczną doniosłość tego poglądu dobrze ilustruje kasus hinduski.

Na marginesie tych wywodów prawnych można pokusić się o refleksję natury ogólnej. Dotyczy ona wątpliwości związanych z faktem, że w niniejszej sprawie trybunał kościelny uznał się za właściwy do rozstrzygania o ważności małżeństwa hinduskiego. Jak ma się bowiem sprawa kompetencji Kościoła, który unieważnia małżeństwa zawarte przez osoby nieochrzczone, a więc – wy-

⁶⁰ Por. J. Ciszewski, *Europejskie prawo małżeńskie (...)*, art. 2 pkt. 7 (str. 44).

⁶¹ Tak niestrudzenie od lat A. Mączyński, *Zawarcie małżeństwa (...)* 1997, str. 35; tenże, *Rozwiązanie małżeństwa (...)* 1980, str. 70 i n.; A. Czajkowska / E. Pachniewska, *Prawo o aktach (...)* 2002, art. 56, pkt 12 (str. 161).

⁶² M. Albinia / A. Czajkowska, *Prawo o aktach stanu cywilnego z objaśnieniami*, Warszawa 1989, str. 68; K. Gondorek / A. Ustowska, *Prawo o aktach (...)* 1991, art. 56, pkt 9 (str. 256).

dawałoby się na pierwszy rzut oka – nie podlegające jego jurysdykcji? Temat ten jest przedmiotem ciekawych rozważań S. Świacznego, który dochodzi do następujących wniosków: „według Magisterium, związki małżeńskie zawierane przez dwie osoby ochrzczone są absolutnie nierozzerwalne, natomiast związki naturalne, czyli takie, w których przynajmniej jedna ze stron byłaby nieochrzczone, cechują się nierozzerwalnością względną. Do tego rodzaju małżeństw nie stosuje się zasady nierozzerwalności (...). Podstaw tej decyzji należy upatrywać w samej strukturze misji i działalności Kościoła, która ma charakter religijny czyli powiązany z wiarą, i to ta ostatnia legitymuje władzę w Kościele. Rozwiązanie małżeństwa naturalnego niewątpliwie jest aktem władzy. Na skutek dokonywania porównań z władzą polityczną władza, także ta kościelna, kojarzy się zazwyczaj z wykonywaną jurysdykcją, z ustawami, rozkazami wpływającymi na zachowanie się osób w określonym układzie społecznym. W Kościele jednak wszystkie te sprawy mają charakter wtórny, stanowią nadbudowę istotnych mechanizmów związanych z wiarą. (...) Przekonanie Kościoła, iż małżeństwo naturalne nie jest absolutnie nierozzerwalne zaowocowało w praktyce powstaniem norm umożliwiających rozwiązanie tego węzła. Stało się to na drodze wielowiekowego procesu, poczynawszy od rady św. Pawła z Pierwszego Listu do Koryntian, przez szesnastowieczne konstytucje papieskie, aż do obecnie obowiązujących norm z roku 2001. Oprócz zrozumiałego znaczenia, jakie mają wspomniane normy dla osób zainteresowanych wydaje się, iż odgrywają ważną rolę społeczną wręcz integrującą. (...) Normy, o których mowa, sprawiają, iż osoba nieochrzczone, zgodnie ze swoimi przekonaniem, unikając konfliktu sumienia, może zawrzeć ponowny związek małżeński; także ochrzczone bez uszczerbku dla swojej wiary, może związać się z nieochrzczone, który wcześniej pozostawał w związku małżeńskim zakończonym rozwodem cywilnym. W ten sposób normy o rozwiązaniu małżeństwa przyczyniają się do spokoju społecznego opartego na podstawowej jednostce jaką jest małżeństwo, które z kolei musi być oparte na zdrowych relacjach między poszczególnymi jednostkami, likwidując ewentualne konflikty sumienia, mogące powstać przy okazji skomplikowanych losów małżeńskich”⁶³. Mimo, iż powyższe rozważania dotyczą instytucji rozłączenia małżonków, a nie – jak w omawianej sprawie hinduskiej – stwierdzenia nieważności małżeństwa, to znakomicie ilustrują uzasadnienie „uniwersalnej jurysdykcji”⁶⁴ Kościoła katolickiego i w tej mierze.

⁶³ S. Świacny, *Nierozzerwalność małżeństwa a rozwiązanie małżeństwa naturalnego w prawie kanonicznym*, Katowice 2004, str. 177, 178, 179.

⁶⁴ Por. J. Zajadło, *Uniwersalna jurysdykcja – kilka uwag filozoficznoprawnych*, *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2005, nr 3, str. 61-76.

Kurator dla osoby ułomnej – *de lege ferenda*

1. Pojęcie osoby ułomnej

Przepis art. 183 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹ (cyt. dalej: k. r. i o.) regulujący instytucję kuratora dla osoby ułomnej zarówno w doktrynie, jak i w judykaturze nie budził dotychczas większego zainteresowania². Ustawodawca zdecydował się na zmianę treści tego przepisu, stąd też warto przy tej okazji poświęcić mu nieco uwagi³. Intencją autora jest także przybliżenie instytucji kuratora dla osoby ułomnej/niepełnosprawnej z uwagi na fakt, że pomimo społecznego zapotrzebowania, rzadko jest ona wykorzystywana w praktyce.

Instytucja kuratora dla osoby ułomnej występowała już na gruncie dekretu z dnia 14 maja 1946 r. Prawo opiekuńcze, który w art. 57 § 1 stanowił, że dla osób ułomnych, w szczególności ślepych, głuchych lub niemych, ustanawia się na ich wniosek kuratora, jeżeli potrzebują pomocy do prowadzenia swoich spraw lub spraw określonego rodzaju⁴. Powyższa egzemplifikacja miała charakter przykładowy, jednak może być nadal pomocna przy wykładni pojęcia osoby ułomnej.

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że pojęcie osoby ułomnej nie jest ustawowo zdefiniowane, jednak podkreśla się, że ze względów humanitarnych nie należy go wyklądać zbyt rygorystycznie⁵. Ułomną jest więc np. osoba glu-

¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz. U. Nr 9, poz. 59 ze zm.

² A. Józefowicz, *Kuratela ustanawiana dla osób ułomnych*, Nowe Prawo 1975, nr 7-8, s. 982-987; J. Ignatowicz, w: *System prawa rodzinnego i opiekuńczego* pod red. J. S. Piątowskiego, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985, s. 1200-1201; K. A. Kruk, *Zgoda pokrzywdzonego na przekazanie ścigania karnego*, Prokuratura i Prawo 2002, Nr 3, s. 63-65; T. Smyczyński, w: *System Prawa Prywatnego. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, t. 12 pod red. T. Smyczyńskiego, Warszawa 2003, s. 828-829; *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* pod red. K. Piaseckiego, wyd. 3, Warszawa 2006, s. 935-936;

³ Art. 2 projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi – druk sejmowy nr 715 dostępny na stronie internetowej www.sejm.gov.pl a także s. 108 tego numeru.

⁴ Dz. U. Nr 20, poz. 135 ze zm.

⁵ Por. M. Grudziński, w: *Komentarz do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* pod red. B. Dobrzańskiego i J. Ignatowicza, Warszawa 1975, s. 895; A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 982; orzeczenie SN z dnia 20 października 1965 r., sygn. akt: II CR 273/65, opubl. w: OSN 1966, Nr 7-8, poz. 124 z glosą T. Rowińskiego, opubl. w: Państwo i Prawo 1968, Nr 2, s. 326.

cha, niema, niewidoma, obłożnie chora, nieporadna z powodu podeszłego wieku, kaleka. Podkreśla się jednak, że osoba taka jest w stanie kierować swoim postępowaniem i decydować o swoich sprawach, choćby jednakże z powodu upadku sił i osłabienia władz umysłowych kierowanie nimi sprawiało jej trudności⁶. Przez osobę ułomną należy więc rozumieć osobę fizyczną, która wskutek różnych ułomności fizycznych, psychicznych czy też umysłowych, nie jest w stanie samodzielnie prowadzić swoich spraw i w związku z tym potrzebuje stałej lub przejściowej pomocy innej osoby przy załatwianiu czynności faktycznych i prawnych związanych z zaspokojeniem potrzeb życiowych, a nie zachodzą przesłanki do jej ubezwłasnowolnienia. W przypadku gdy ułomność polega na konsekwencjach zdrowotnych, jakie normalnie wiążą się z chorobą psychiczną, niedorozwojem umysłowym albo innego rodzaju zaburzeniami psychicznymi i prowadzą do ograniczenia lub pozbawienia osoby naturalnej zdolności do podejmowania lub wyrażania woli, to zastosowanie znajdzie instytucja ubezwłasnowolnienia⁷.

Jednakże, jak zauważa się w doktrynie, stan osłabienia władz umysłowych, spowodowany przede wszystkim wiekiem, nie kwalifikujący się jako choroba psychiczna, może być potraktowany jako ułomność w rozumieniu art. 183 § 1 k. r. i o. Podkreśla się również, że instytucja ta nie ma zastosowania wobec małoletniego, gdyż ten podlega pieczy ze strony rodziców bądź opiekuna⁸.

Ustanowienie kurateli ma jedynie na celu niesienie pomocy osobie ułomnej przy załatwianiu dotyczących jej spraw, przy czym nie chodzi tutaj o zastępstwo ustawowe w znaczeniu ustanowienia w osobie kuratora przedstawiciela ustawowego, lecz o ułatwienie osobie ułomnej załatwienia spraw ze względu na powstające z powodu ułomności trudności natury faktycznej. Osoba ułomna nadal zachowuje pełną zdolność do czynności prawnych i może z własnej woli podejmować czynności, jakie uzna za właściwe⁹.

W uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej podkreśla się, że ustawodawca zdecydował się zastąpić pojęcie osoby ułomnej pojęciem osoby nie-

⁶ T. Smyczyński, w: *System Prawa Prywatnego...*, s. 828.

⁷ Art. 44 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.) pozwala na ustanowienie kuratora dla osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym, jeżeli osoba ta w czasie pobytu w szpitalu potrzebuje pomocy do prowadzenia wszystkich swoich spraw albo spraw określonego rodzaju. Przepis ten stosuje się odpowiednio do osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, przebywających w domu pomocy społecznej. W judykaturze podkreśla się, że kuratela ta ustaje z mocy prawa z chwilą zakończenia pobytu w szpitalu psychiatrycznym osoby, dla której została ustanowiona. Por. orzeczenie SN z dnia 5 maja 1949 r., sygn. akt: Po. C. 67/49, Nr 11-12, s. 523; postanowienie SN z dnia 27 marca 1996 r., sygn. akt: III CZP 28/96, opubl. w: OSNC 1996, nr 7-8, poz. 99. Zagadnienie ustanawiania kurateli dla osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym lub osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo przebywającej w domu pomocy społecznej wyczerpująco omówił M. Sychowicz, *Postępowanie sądowe w sprawach z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Przegląd Sądowy 1995 r., Nr 1, s. 26-27.

⁸ J. Ignatowicz, w: *System prawa rodzinnego...*, s. 1200.

pełnosprawnej z dwóch powodów. Po pierwsze, przyczyną uzasadniającą ten zabieg legislacyjny jest podłoże aksjologiczne pojęcia osoby ułomnej. Określenie kurator dla osoby ułomnej (łac. *curator debilis*) może być negatywnie odbierane w odczuciu społecznym, a tym samym może zniechęcać potencjalnych wnioskodawców do korzystania z instytucji kuratora dla osoby ułomnej. Wskazać również należy, że może ono naruszać godność osoby ludzkiej. Po drugie, podkreśla się, że określenie „osoba niepełnosprawna” jest pojęciem używanym w szerokim zakresie w języku prawnym, stąd zachodzi konieczność ujednoczenia stosowanej terminologii.

Zaznaczyć należy, że ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych nie definiuje pojęcia osoby niepełnosprawnej, lecz przymiot niepełnosprawności. Art. 2 pkt. 10 tej ustawy stwierdza że niepełnosprawność jest to trwała lub okresowa niezdolność do wypełniania ról społecznych z powodu stałego lub długotrwałego naruszenia sprawności organizmu, w szczególności powodującą niezdolność do pracy¹⁰. Z kolei w art. 3 i 4 ustala się i definiuje trzy stopnie niepełnosprawności, tj. stopień znaczny, umiarkowany i lekki.

Z kolei w uchwale Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 sierpnia 1997 r. – Karta Praw Osób Niepełnosprawnych za osoby niepełnosprawne uznano osoby, których sprawność fizyczna, psychiczna lub umysłowa trwale lub okresowo utrudnia, ogranicza lub uniemożliwia życie codzienne, naukę, pracę oraz pełnienie ról społecznych, zgodnie z normami prawnymi i zwyczajowymi, mają prawo do niezależnego, samodzielnego i aktywnego życia oraz nie mogą podlegać dyskryminacji¹¹.

Osobą niepełnosprawną jest każda osoba fizyczna, która wskutek różnych ułomności zarówno fizycznych, jak i psychicznych oraz intelektualnych, nie jest w stanie samodzielnie prowadzić swoich spraw. Stąd też, moim zdaniem, osoba taka nie musi się legitymować jakimkolwiek orzeczeniem, czy to o stopniu niepełnosprawności czy też o niezdolności do pracy. Sąd opiekuńczy biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy *in casu* winien oceniać potrzebę i zasadność ustanowienia kurateli dla osoby niepełnosprawnej.

2. Wszczęcie postępowania

Doktryna zgodnie przyjmuje, że na gruncie obecnie obowiązującej treści przepisu art. 600 k. p. c. ustanowienie kuratora dla osoby ułomnej następuje

⁹ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 1995 r., sygn. akt: III CRN 22/95, opubl. w: OSNC 1995, nr 9, poz. 134. Odmienne, lecz błędne, stanowisko zajął Sąd Najwyższy w uzasadnieniu do uchwały z dnia 14 grudnia 1982 r., sygn. akt: III CZP 55/82, opubl. w: OSNPG 1983, Nr 8-9, poz. 31.

¹⁰ Dz. U. Nr 123, poz. 776, z późn. zm.

¹¹ M. P. Nr 50, poz. 475.

na wniosek osoby potrzebującej pomocy¹². Na podstawie art. 7 k. p. c. oprócz samego zainteresowanego legitymację do złożenia wniosku o ustanowienie kuratora dla osoby ułomnej posiada także prokurator, jednak sprzeciw zainteresowanego byłby podstawą do oddalenia wniosku przez sąd¹³.

W znowelizowanym brzmieniu art. 600 k. p. c. przewiduje się ustanowienie kurateli:

1. na wniosek osoby niepełnosprawnej,
2. na wniosek organizacji społecznych, do których zadań statutowych należy ochrona praw osób niepełnosprawnych i udzielanie pomocy takim osobom lub ochrona praw człowieka, jednakże za zgodą osoby niepełnosprawnej,
3. z urzędu – w przypadku, gdy stan osoby niepełnosprawnej wyłącza możliwość złożenia wniosku lub wyrażenia zgody oraz w razie oddalenia wniosku o ubezwłasnowolnienie osoby, której dotyczył wniosek.

Można mieć pewne zastrzeżenia co do przypadku ustanawiania kurateli na wniosek organizacji społecznych, do których zadań statutowych należy ochrona praw osób niepełnosprawnych i udzielanie pomocy takim osobom lub ochrona praw człowieka. Postulowałbym przyznanie legitymacji czynnej również ośrodkom pomocy społecznej oraz powiatowym centróm pomocy rodzinie. Instytucje te świadczą pomoc szerokim rzeszóm ludzi, w tym bardzo często osobóm niepełnosprawnym. Wydaje się to tym bardziej uzasadnione, że na podstawie art. 110 ust. 6 i art. 112 ust. 4 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej¹⁴ instytucje te mogą kierować wnioskami o ustalenie niezdolności do pracy, niepełnosprawności i stopnia niepełnosprawności do organów określonych odrębnymi przepisami.

Z pełną aprobatą należy odnieść się do możliwości ustanowienia kuratora z urzędu¹⁵. Ustanowienie kurateli w tym trybie nie powinno prowadzić do nadużyć, gdyż w razie sprzeciwu osoby niepełnosprawnej nie będzie celowe ustanawianie takiej kurateli, a ponadto może ona być uchylona w każdym czasie na żądanie osoby niepełnosprawnej.

Kuratelę ustanowioną w trybie art. 183 § 1 k. r. i o. uchyla się na żądanie osoby ułomnej, dla której była ustanowiona. Wniosek osoby ułomnej w tej materii jest wiążący dla sądu opiekuńczego¹⁶. Ponadto sąd opiekuńczy może

¹² A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 983; J. Ignatowicz, w: *System prawa rodzinnego...*, s. 1200; T. Smyczyński, w: *System Prawa Prywatnego...*, s. 829.

¹³ J. Gajda, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 563; K. A. Kruk, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 63; T. Smyczyński, w: *System Prawa Prywatnego...*, s. 829.

¹⁴ Dz. U. Nr 64, poz. 593 ze zm.

¹⁵ Postulat dotyczący możliwości ustanawiania kurateli z urzędu zgłaszano w doktrynie już w latach 70-tych ubiegłego wieku. Por. A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 983.

¹⁶ Por. T. Żyżnowski, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, pod. red. K. Piaseckiego, t. II, wyd. 4, Warszawa 2006, s. 237.

z urzędu, bez wniosku osoby ułomnej, zmienić kuratora nie uchylając kurateli, jeśli ustalą, że kurator dopuszcza się czynów lub zaniedbań naruszających dobro osoby, dla której go ustanowiono. Zwolnienie kuratora od sprawowania kurateli może także nastąpić na żądanie kuratora z ważnych powodów¹⁷. W razie ustanowienia kurateli dla załatwienia konkretnej czynności faktycznej lub prawnej na rzecz osoby ułomnej w określonym terminie sąd opiekuńczy po zaaprobowaniu sprawozdania kuratora stwierdzi, że kuratela ustała i odbierze kuratorowi zaświadczenie sądowe o ustanowieniu go kuratorem¹⁸.

3. Zakres obowiązków i uprawnień kuratora

Podstawą działania kuratora ustanawianego w trybie art. 183 k. r. i o. jest orzeczenie sądowe w tym przedmiocie, które jest wystarczające dla podejmowania czynności faktycznych, zaś orzeczenie sądu wraz z pełnomocnictwem jest konieczne dla dokonania czynności prawnych i procesowych¹⁹.

Postanowienie sądu o ustanowieniu kurateli stanowi podstawę określenia uprawnień i obowiązków kuratora oraz zakresu nadzoru sądu opiekuńczego po wydaniu orzeczenia. Ponadto jest podstawą wydania kuratorowi osoby ułomnej zaświadczenia określającego zakres jego kompetencji (art. 604 k. p. c.). Kurator musi bowiem znać zakres swoich obowiązków i legitymujących go uprawnień. Zaświadczenie stanowi legitymację kuratora do występowania w imieniu osoby ułomnej. Uprawnienia kuratora muszą być dostosowane do rzeczywistych potrzeb osoby ułomnej i konkretnej sytuacji faktycznej. Ustalenie w postanowieniu zakresu kurateli jest konieczne z uwagi na fakt, że sąd musi określić w zaświadczeniu dla kuratora zakres jego uprawnień. Ogólnikowe ustanowienie kuratora bez określenia w postanowieniu jego celu nie daje mu żadnych uprawnień. Sąd opiekuńczy w postanowieniu o ustanowieniu kurateli może upoważnić kuratora do:

1. załatwienia konkretnej czynności faktycznej lub prawnej o poważniejszym znaczeniu życiowym dla osoby ułomnej,
2. prowadzenia spraw określonego rodzaju, tj.:
3. sprawowania pieczy i zarządu majątkiem osoby ułomnej,
4. reprezentowania osoby ułomnej przy podejmowaniu czynności prawnej w urzędach administracji publicznej lub przy załatwianiu określonej sprawy, np. administracyjnej, rentowej, o udzielenie pomocy finansowej z opieki społecznej itp.,

¹⁷ Por. uchwała SN z dnia 14 grudnia 1982 r., sygn. akt: III CZP 55/82, opubl. w: OSNPG 1983, Nr 8-9, poz. 31; A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 987.

¹⁸ A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 987.

¹⁹ T. Smyczyński, w: *System Prawa Prywatnego...*, s. 829.

5. dokonywania skonkretyzowanych czynności faktycznych, np. odbioru renty, podjęcia określonej kwoty pieniężnej z rachunku bankowego itp.
6. dokonywania wszelkich spraw osoby ułomnej, bez ich wyszczególniania w postanowieniu, którymi z przyczyn faktycznych nie może się osobiście zająć.

Jeśli ułomność wnioskodawcy w ogóle nie uzasadnia ustanowienia kurateli lub w zakresie żądanym, sąd może wniosek oddalić lub uwzględnić go częściowo²⁰.

W proponowanej zmianie art. 183 § 1 zd. 1 k. r. i o. postuluje się dodać wyrazy: „lub do załatwienia poszczególnej sprawy”. Powyższą zmianę uzasadniono tym, że przepis powinien ponadto dopuszczać ustanowienie kuratora także w celu udzielenia osobie niepełnosprawnej pomocy do załatwienia jednej sprawy, mającej dla takiej osoby istotne życiowe znaczenie. Wydaje się, że zmiana ta jest zbędna, gdyż możliwym jest na gruncie obecnie obowiązującego przepisu art. 183 § 1 k. r. i o. ustanowienie kuratora dla załatwienia poszczególnej sprawy. Po pierwsze, wynika to z wnioskowania opartego na *argumentum a maiori ad minus*. Po drugie, zakres kurateli zależy od wniosku zainteresowanego²¹. W sytuacji, gdy złoży on wniosek o ustanowienie kurateli celem udzielenia mu pomocy do załatwienia konkretnej, ważnej życiowo sprawy, to wówczas sąd będzie związany żądaniem wniosku i nie będzie mógł orzec ponad to, o co wnioskuje zainteresowany.

W razie potrzeby, np. gdy osoba ułomna potrzebuje pomocy nie tylko do prowadzenia spraw określonego rodzaju, ale do prowadzenia wszelkich spraw, na wniosek osoby ułomnej sąd opiekuńczy, na podstawie art. 577 k. p. c., może zmienić swoje wcześniejsze postanowienie poprzez inne niż uprzednio określone zakresu obowiązków i uprawnień kuratora.

W doktrynie rozważano także zagadnienie uprawnień kuratora upoważnionego przez sąd opiekuńczy w trybie art. 183 § 1 k. r. i o., do działania w imieniu osoby ułomnej w procesie karnym, a w szczególności czy jest on uprawniony do udzielenia w imieniu pokrzywdzonego zgody na przekazanie ścigania, przy czym udzielono odpowiedzi pozytywnej²². Należy tu poczynić jednak pewne zastrzeżenia. Po pierwsze, nie można zapominać, że osoba ułomna zachowuje pełną zdolność do czynności prawnych. Po drugie, kurator ustanowiony w trybie art. 183 k. r. i o. uprawniony jest do pomocy osobie ułomnej, a nie do działania za nią, stąd też nie jest jej przedstawicielem ustawowym. Wobec tego, w przypadku, gdy osoba ułomna nie udzieli mu pełnomocnictwa w tym przedmiocie, wydaje się niedopuszczalnym działanie kuratora dla osoby ułomnej w procesie karnym.

²⁰ A. Józefowicz, *Kuratela...*, s. 984-985.

²¹ Por. H. Haak, *Prawo rodzinne. Wzory pism procesowych*, t. 3, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 373.

²² K. A. Kruk, *Zgoda pokrzywdzonego...*, s. 63-65.

4. Zakończenie

Podsumowując należy odnieść się z pełną aprobatą dla podjętej inicjatywy ustawodawczej. *De lege ferenda* proponowałbym uwzględnienie postulatów w zakresie dotyczącym:

1. zbędnego dodania w art. 183 § 1 zd. 1 wyrazów: „lub do załatwienia poszczególnej sprawy”,
2. przyznania legitymacji czynnej do zgłaszania wniosku o ustanowienie kurateli dla osoby niepełnosprawnej ośrodkom pomocy społecznej oraz powiatowym centrom pomocy rodzinie.

Leszek Kuziak

Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę i postępowanie w sprawach o powrót dziecka w Polsce

1. Wprowadzenie

Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze w dniu 25 października 1980 r. weszła w życie w stosunku do Polski w dniu 1 listopada 1992 r. Tekst Konwencji został opublikowany w Dz. U. Nr 108 z 1995 r. poz. 528. Sprostowanie tłumaczenia art. 13 Konwencji opublikowano w Dz. U. Nr 93 z 1999 r.¹

Jako umowa międzynarodowa Konwencja haska stanowi w myśl art. 87 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 241 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, część krajowego porządku prawnego; jest bezpośrednio stosowana i ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy nie da się pogodzić z jej treścią.

Aktualnie Konwencja o której mowa, wiąże Polskę z ponad sześćdziesięcioma państwami, w tym ze wszystkimi państwami Unii Europejskiej, a także z USA, Kanadą, Meksykiem; z większością państw Ameryki Południowej, z niektórymi państwami Afryki i Azji, a także z Australią i Nową Zelandią.

Niewątpliwym powodem podjęcia prac nad międzypaństwowym uregulowaniem kwestii bezprawnego uprowadzania dzieci przez jedno z rodziców był narastający charakter tego zjawiska, będący konsekwencją ruchów migracyjnych, datujących się od lat pięćdziesiątych ubiegłego stulecia. Po raz pierwszy propozycję opracowania międzypaństwowego traktatu mającego na celu przeciwdziałanie skutkom transgranicznego uprowadzania dzieci przez jednego z rodziców

¹ W dalszej części tekstu, dla określenia omawianej Konwencji, posługiwać się będę skrótem Konwencja haska lub Konwencja, a ilekroć w ogólności powołane zostaną przepisy, chodzić będzie o przepisy wymienionej Konwencji.

złożył ekspert kanadyjski T. Bradbrooke Smith w trakcie posiedzenia Komisji Specjalnej Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego odbytej w Hadze w styczniu 1976 r. Wstępne studium w tej sprawie, zostało przedstawione w trakcie Trzynastej Sesji Konferencji odbytej w październiku 1976 r. Pierwszy projekt przyszłej Konwencji przyjęty został przez Konferencję Haską w listopadzie 1979 r. razem z komentarzem opracowanym przez E. Pérez-Vera. Ostateczna wersja Konwencji została przyjęta a następnie podpisana w trakcie Czternastej Sesji Konferencji odbytej w Hadze w dniach 6-25 października 1980 r.²

Powaga zjawiska bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymywania dzieci zwłaszcza o charakterze międzypaństwowym wynika z jednej strony z tego, że dziecko zostaje pozbawione relacji z dotychczasowym środowiskiem, z drugiej strony pozbawia to osobę mającą prawo do opieki nad dzieckiem możliwości wykonywania tego prawa³. Z reguły sytuacja taka wiąże się z cierpieniami natury psychicznej zwłaszcza u dziecka.

Państwa Sygnatariusze Konwencji haskiej uznały bezprawne uprowadzenie i zatrzymanie dziecka za sprzeczne z dobrem dziecka, a przeciwstawianie się temu zjawisku powinno być podyktowane pragnieniem ochrony praw dziecka i opierać się na interpretacji interesu dziecka⁴.

Ochronę w tym zakresie przewiduje także art. 11 wiążącej Polskę Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1988 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

Przedmiotem ochrony w myśl przepisów Konwencji są:

1. prawo osoby, instytucji lub innej organizacji do wykonywania opieki nad dzieckiem, oraz
2. prawo osoby do odwiedzin dziecka.

Celem Konwencji haskiej jest skuteczne przeciwstawianie się samowolnym działaniom uprowadzającego lub zatrzymującego dziecko, który – bezpośrednio lub za pośrednictwem osób trzecich – naruszył prawa innej osoby, instytucji lub organizacji do opieki nad dzieckiem. Urzeczywistnienie tego celu ma nastąpić przez pozbawienie wszelkich skutków działania osoby uprowadzającej lub zatrzymującej dziecko w drodze przywrócenia stanu faktycznego i prawnego, jaki istniał przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Filarem Konwencji haskiej, jest zatem „mechanizm” przywracania *status quo*, jakie istniało zanim uprowadzenie lub zatrzymanie nastąpiło, poprzez zapewnienie szybkiego powrotu dziecka do państwa miejsca stałego pobytu⁵.

² Por.: N. Lowe, M. Everall, M. Nichols: *International Movement of Children-Law Practice and Procedure*, Family Law 2004, s. 196; oraz: E. Pérez-Vera: *Explanatory Report [w] Actes et documents Tome III*; La Haye 1982, p. 1.

³ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 12.

⁴ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 24.

⁵ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 16.

Kolejnym celem Konwencji haskiej jest zapewnienie poszanowanie prawa do odwiedzin dziecka osobie, u której dziecko nie przebywa, przez nałożenie na władze państwa miejsca stałego pobytu dziecka obowiązków podjęcia skutecznych działań w kierunku ochrony tego prawa.

Bezpośrednim celem Konwencji haskiej nie jest zatem zapobieganie łamaniu prawa do opieki nad dzieckiem lub prawa do odwiedzin, lecz przywracanie stanu rzeczywistego przestrzegania praw objętych regulacją Konwencji.

W zależności od tego, czy w danym wypadku zachodzi potrzeba ochrony naruszonego prawa do opieki wskutek uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, czy też prawa do osobistej styczności, Konwencja haska przewiduje odmienne środki prawne. W pierwszym wypadku prawo wnioskodawcy jest chronione w drodze zastosowania procedury przewidzianej w art. 12 zd. 1, polegającej na zapewnieniu szybkiego powrotu dziecka do państwa miejsca jego stałego pobytu. Natomiast prawo do odwiedzin dziecka chronione jest przez art. 21 Konwencji przez zapewnienie organizowania i skutecznego wykonywania tego prawa⁶.

Gwoli ścisłości należy dodać, że przepis art. 1 lit. b), jako przedmiot ochrony wymienia „poszanowanie prawa do opieki”, jednakże nie wymienia środków ochrony tego prawa w innym Umawiającym się Państwie. Poszanowanie tego prawa wymyka się całkowicie spod regulacji Konwencji⁷.

Realizacji przedstawionych celów służy przewidziana przez przepisy Konwencji haskiej współpraca organów centralnych i innych właściwych organów Państw Stron Konwencji przyczyniająca się do niezwłocznego powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego oraz skutecznego respektowania prawa do odwiedzin w innym Umawiającym się Państwie. Podstawę wyznaczenia organów centralnych stanowi art. 6 Konwencji a ich zadania zostały określone w art. 7. Organem centralnym w Polsce wyznaczonym dla potrzeb Konwencji haskiej jest Ministerstwo Sprawiedliwości – Wydział Prawa Międzynarodowego.

Zakres niniejszej pracy obejmuje zasadnicze zagadnienia związane ze stosowaniem przepisów Konwencji haskiej w sprawach o powrót bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego za granicą dziecka. Pominięto natomiast regulacje Konwencji dotyczące poszanowania prawa do odwiedzin z uwagi na sporadyczne wykorzystywanie tej regulacji w praktyce.

⁶ Por.: N. Lowe i inni: *International...*; s. 198.

⁷ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*, p. 17.

2. Zakres zastosowania Konwencji

Zakres podmiotowy Konwencji haskiej został określony w formie przesłanki negatywnej, wynikającej z treści przepisu art. 4 zd. 2, który stanowi, że nie stosuje się jej, gdy dziecko ukończy 16 lat. Jeśli w trakcie prowadzenia sprawy o powrót, dziecko ukończy 16 lat, sprawa nie może toczyć się dalej w trybie przepisów Konwencji, co jednak nie przekreśla możliwości dalszego jej prowadzenia w trybie zwykłym, przewidzianym przez prawo wewnętrzne danego państwa. „Jeżeli dziecko osiągnie wiek 16 lat w czasie toczącego się postępowania o jego wydanie na podstawie przepisów Konwencji, postępowania tego nie umarza się, lecz prowadzi w dalszym ciągu na ogólnych zasadach [...]. Rozstrzygnięcie w przedmiocie oddania będzie wówczas zależało od rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej lub opiece nad dzieckiem, które zostało uprowadzone lub zatrzymane [...]”.⁸

Zgodnie z art. 35, art. 12 zd. 1 i art. 4, Konwencja haska ma zastosowanie do tych wypadków bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dzieci, które nastąpiły po wejściu w życie jej przepisów we wzajemnych stosunkach między państwem, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu a państwem do którego zostało uprowadzone. Innymi słowy, przynajmniej, gdy chodzi o wnioski o powrót dzieci, Konwencja haska nie działa retrospektywnie.⁹

Aktualny wykaz państw między którymi obowiązuje Konwencja haska wraz z datą wejścia jej w życie między nimi uzyskać można na stronach internetowych Haskiej Konferencji Prawa Prywatnego Międzynarodowego (<http://www.hcch.net>) albo zwracając się do Ministerstwa Sprawiedliwości – Wydziału Prawa Międzynarodowego.

3. Pojęcie bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka

Podstawową przesłanką zastosowania przepisów Konwencji w części, które regulują przywrócenie prawa do opieki nad dzieckiem, jest bezprawność uprowadzenia lub zatrzymania dziecka. Na bezprawność zachowania składają się dwie okoliczności, które muszą wystąpić kumulatywnie. Wymienia je art. 3 Konwencji, który stanowi:

- a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz

⁸ T. Żyznowski: [w] *Kodeks postępowania cywilnego – Komentarz*, red. K. Piasecki; Warszawa 2002, T. II, s. 569.

⁹ Por.: N. Lowe i inni: *International...*; s. 213.

- b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Artykuł 3 zd. 1 lit a) i b) stanowi kluczowy przepis, bowiem „[...] w rzeczywistości Konwencja nakłada obowiązek wydania dziecka tylko w sytuacji, gdy miało miejsce jego uprowadzenie lub zatrzymanie, uważne przez Konwencję za bezprawne”¹⁰. W tym miejscu należy zaznaczyć, że pojęcie uprowadzenia lub zatrzymania w języku polskim nacechowane jest negatywnie i samo w sobie zawiera element bezprawności. Bezprawność o której mówi Konwencja jest pojęciem normatywnym, zawężonym do tych wypadków naruszenia prawa do opieki, które w rzeczywistości było wykonywane. Bezprawność w ujęciu Konwencji haskiej opiera się, jak to wynika z powołanego przepisu, na dwóch elementach:

- a) prawnym (naruszenie prawa do opieki przyznanego danej osobie w państwie miejsca stałego pobytu dziecka), i
- b) faktycznym (rzeczywiste wykonywanie tego prawa w momencie uprowadzenia lub zatrzymania przez uprawnionego).

Zatem „uprowadzenie” lub „zatrzymanie”, które nie odpowiada normie wyrażonej w art. 3 zd. 1 lit. a) i b), nie jest bezprawne w rozumieniu Konwencji, a co za tym idzie, nie jest objęte jej zakresem przedmiotowym. Wniosek o powrót dziecka, złożony przez osobę (y), która nie miała w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa do opieki nad dzieckiem (np. przez dziadków, którzy wychowywali dziecko nie będąc rodziną zastępczą), lub mimo tego prawa, nie wykonywała go, należy oddalić (szerzej na ten temat w punkcie 7).

Przepis art. 3 zd. 1 lit. a) posługuje się pojęciem „prawa do opieki”, którego treść i zakres należy ustalać w drodze stosowania wykładni autonomicznej, wyznaczanej przez cele Konwencji, uwzględniając przy tym określenie tego prawa zawarte w samej Konwencji. W żadnym razie „prawo do opieki”, którym posługuje się polskie tłumaczenie Konwencji haskiej nie może być utożsamiane z instytucją „opieki” uregulowaną w art. 145 i n. k. r. o.¹¹

Konwencja haska w art. 5 lit. a) określa „prawo do opieki” w ten sposób, iż swym zakresem obejmuje prawo dotyczące opieki nad osobą dziecka, a w jego obrębie, prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka. Treść tego prawa można przedstawić w ten sposób, iż ten (osoba, instytucja lub inna organizacja), kto ma nawet (tylko) prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka,

¹⁰ E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 64.

¹¹ Por.: E. Holewińska-Łapińska: *Konwencja haska dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę a przepisy polskiego prawa*; Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 1999, str. 14.

ma tym samym prawo do opieki. Wniosek ten wynika z analizy gramatycznej treści art. 5 lit. a) Konwencji, w którym użyto zwrotu „obejmuje (...) w „szczegółności”, co oznacza, że prawo to musi obejmować prawo do określenia (również przez sprzeciw) miejsca stałego pobytu dziecka¹². Zatem, na bezprawność uprowadzenia lub zatrzymania dziecka może powołać się tylko ta osoba, której prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka wynikające z ustawodawstwa (prawa) miejsca stałego pobytu dziecka albo decyzji sądowej lub administracyjnej lub ugody zawartej w tym państwie zostało pogwałcone wskutek jednostronnego zachowania uprowadzającego lub zatrzymującego dziecko.

Obowiązkiem organu orzekającego (sądu lub organu administracyjnego) w sprawie wniosku o powrót dziecka jest m. in. ustalenie, czy wnioskodawca miał prawo do opieki nad dzieckiem, w szczególności, czy służyło mu prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka w chwili uprowadzenia lub zatrzymania oraz, czy prawo to zostało naruszone.

Prawo do opieki, o jakim mowa w Konwencji może być wykonywane przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem bądź wspólnie (np. przez rodziców mających pełną władzę rodzicielską) bądź też indywidualnie (gdy tylko jedna osoba ma uprawnienia wynikające z tego prawa). Miarodajnym do oceny prawa wnioskodawcy jest prawo miejsca stałego pobytu dziecka w momencie, w którym nastąpiło jego uprowadzenie lub zatrzymanie (art. 3 zd. 1 lit. a). Jednakże „preferować należy pogląd, iż omawiany przepis nie stanowi normy kolizyjnej, która przewiduje właściwość prawa tego państwa, w którym dziecko ma miejsce stałego pobytu. Normę kolizyjną stanowić będzie w tym zakresie przepis umowy międzynarodowej lub w wypadku jej braku – przepis prawa prywatnego międzynarodowego państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu”¹³. Zgodnie z art. 3 zd. 2 Konwencji naruszone prawo do opieki może w szczególności wynikać z:

1. mocy samego prawa;
2. orzeczenia (decyzji) sądowej lub administracyjnej;
3. ugody, mającej moc prawną.

Nie jest to wyliczenie zamknięte, lecz tylko przykładowe, co oznacza, że mogą istnieć także inne źródła, z których może wynikać prawo osoby do opieki nad dzieckiem, a co za tym idzie, także uprawnienie do żądania powrotu dziecka do miejsca stałego pobytu.

Miejsce stałego pobytu dziecka jest kolejnym pojęciem, którego Konwencja nie definiuje i nie odsyła w tym zakresie do prawa wewnętrznego Państwa Strony

¹² za: N. Lowe i inni: *International...*; s. 262.

¹³ J. Ciszewski: *Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę* [w] *Przebieg Sądowy*, nr 2/1994, s. 26.

Konwencji. Jak wyjaśniła to E. Pérez-Vera, pojęcie to jest bliskie pojęciu opracowanemu na Konferencji Haskiej, rozumianemu jako czysto faktyczne, wyraźnie różniące się od pojęcia miejsca stałego zamieszkania.¹⁴ Wskazówka ta może prowadzić do wniosku, że przez pojęcie stałego pobytu dziecka należy rozumieć to miejsce, w którym zogniskowana jest aktywność życiowa dziecka, i które stanowi centrum jego egzystencji. Pogląd ten jest zbliżony ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w postanowieniu z dnia 26 września 2000 r. (I CKN 776/2000, OSN 2001, poz. 38), który stwierdził: „miejsce stałego pobytu dziecka w rozumieniu przepisów konwencji określają fakty uzewnętrzniające jego długotrwałe i stałe przebywanie w miejscu, w którym zaspokajają wszystkie swoje potrzeby, niezależnie od istnienia po stronie osób, pod których opieką dziecko pozostaje zamiaru stałego pobytu. O zamiarze stałego pobytu dziecka nie decyduje wola osób, pod których opieką przebywa. ...] ustalenia miejsca pobytu dziecka należy dokonać na podstawie kryteriów obiektywnych, tj. ciągłego przebywania w określonym miejscu, z wyłączeniem subiektywnych dotyczących zamiaru stałego pobytu”.

Naruszenie prawa do opieki polega na przemieszczeniu lub przetrzymywaniu dziecka, przez co zakłóceniu ulega wykonywanie przez (współ-) uprawnionego tego prawa, co czyni niemożliwym nawet (tylko) wykonywanie przez niego pojedynczych uprawnień.

W uzupełnieniu powyższych uwag warto także dokonać rozróżnienia między bezprawnym uprowadzeniem a bezprawnym zatrzymaniem, o jakich mówi Konwencja haska. Różnica jest taka, że do bezprawnego uprowadzenia dochodzi wskutek przemieszczenia dziecka z terytorium jednego państwa na terytorium innego państwa, bez zamiaru powrotu i bez zgody osoby mającej prawo do decydowania lub współdecydowania o miejscu pobytu dziecka. Dla odmiany bezprawne zatrzymanie zachodzi, gdy dziecko zostało zgodnie z prawem przemieszczone do innego państwa (np. na podstawie orzeczenia regulującego prawo do odwiedzin rodzica zamieszkałego w innym państwie niż dziecko), a następnie zostało zatrzymane po upływie okresu pobytu przewidzianego orzeczeniem lub porozumieniem zawartym między osobami mającymi prawo do opieki. Bezprawne uprowadzenie dziecka następuje w chwili przekroczenia przez nie granicy państwa miejsca stałego pobytu bez wymaganej zgody osoby uprawnionej, podczas gdy bezprawne zatrzymanie nie nastąpi zanim nie upłynie okres czasu, do kiedy dziecko może przebywać na terytorium innego państwa. Pojęcia bezprawnego uprowadzenia i zatrzymania w rozumieniu przepisu art. 3 zd. 1 Konwencji haskiej wzajemnie się wykluczają.

Do zaistnienia bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania art. 3 zd. 1 lit. b) wymaga jeszcze zaistnienia elementu faktycznego jakim jest przynajmniej

¹⁴ E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 66.

częściowe wykonywanie opieki nad dzieckiem o jakim była mowa wyżej. Ratio legis przyjętego rozwiązania wynika z tego, iż Konwencja haska kładzie „nacisk na ochronę prawa dzieci do życiowej stabilizacji, które rozciąga się na prawo do stabilizacji emocjonalnej i społecznej, w jakiej wzrastają, chyba że istnieją prawne argumenty gwarantujące stabilizację w nowej sytuacji”¹⁵. Omawiany przepis ma na celu przeciwdziałanie wykorzystywaniu Konwencji haskiej do uzyskania powrotu dziecka w sytuacji, gdy wnioskodawca faktycznie nie wykonywał przysługującego mu prawa do opieki nad dzieckiem zanim do uprowadzenia lub zatrzymania doszło. Regulacja ta wynika z samej istoty mechanizmu Konwencji zmierzającego do przywróceniu wykonywania prawa do opieki; nie może zatem żądać ochrony prawnej ten, kto zaniechał wykonywania przysługującego mu prawa.

4. „Prawo do opieki nad dzieckiem” w prawie polskim

Jak była już o tym mowa wcześniej, ocenę uprawnień wnioskodawcy w zakresie prawa do opieki nad dzieckiem, w tym prawa do decydowania o miejscu pobytu dziecka, przeprowadza się w sprawach prowadzonych w trybie Konwencji, w drodze analizy przepisów prawa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. Wydaje się, że prawu do opieki, o którym mówi Konwencja, w polskim prawie odpowiadać będzie pojęcie pieczy, której częściowa definicja zawarta jest w art. 95 §1 i 96 k. r. o. Wniosek taki wynika z użytego w angielskim tekście Konwencji słowa *care* na oznaczenie tego prawa (art. 5 lit. a), które oznacza troskę, dbałość (o kogoś). Piecza nad dzieckiem obejmuje według polskiego prawa również prawo do decydowania o miejscu pobytu dziecka.

„W ramach pieczy nad dzieckiem, która należy do treści władzy rodzicielskiej mieści się uprawnienie do osobistego wykonywania przez rodziców bieżącej pieczy, a także przekazania tej pieczy osobom trzecim lub placówkom opiekuńczo-wychowawczym, a tym samym do ustalenia miejsca pobytu dziecka. Zakres swobody każdego rodzica zawsze wyznacza dobro dziecka. Jest on zależny także od tego, czy władza rodzicielska przysługuje jednemu czy obojgu rodzicom oraz jaki jest zakres władzy rodzicielskiej każdego z rodziców”¹⁶.

Piecza, jako element władzy rodzicielskiej, przysługuje z mocy prawa matce dziecka (art. 93 §1 k. r. o.), jej mężowi, co do którego zachodzi domniemanie ojcostwa (art. 62 k. r. o. w zw. z art. 93 §1 k. r. o.), a także mężczyźnie, który uznał dziecko (art. 72 k. r. o. w zw. z art. 93 §2 zd. 1 k. r. o.).

¹⁵ Por. E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 72.

¹⁶ E. Holewińska-Łapińska: *Konwencja...*; s. 18.

Z mocy orzeczenia sądowego władza rodzicielska przysługuje ojcu w wypadku sądowego ustalenia ojcostwa, jeżeli sąd przyzna mu ją w wyroku (art. 93 §2 k. r. o). Również z mocy orzeczenia o przysposobieniu dziecka, pomiędzy przysposabiającym a przysposobionym powstaje stosunek prawny jak między rodzicami a dziećmi (art. 121 §1 k. r. o). Przysposabiający nabywa władzę rodzicielską, a tym samym pieczę nad przysposobionym.

Pieczę nad dzieckiem nabywa również opiekun małoletniego powołany przez sąd opiekuńczy (art. 146 w zw. z art. 155 §1 i §2 k. r. o.).

Interwencja sądu opiekuńczego w drodze orzeczenia wydanego na podstawie przepisów art. 58 §1, 107 §1 i §2, 109§1 i §2 pkt. 5 k. r. o., może powodować ograniczenie lub pozbawienie rodzica (ów) pieczy nad dzieckiem, a w konsekwencji powierzenie jej wykonania drugiemu rodzicowi, rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo – wychowawczej¹⁷. Prawo do pieczy nad dzieckiem będą zatem mieli rodzic, (rodzice) zastępczy lub placówka opiekuńczo – wychowawcza, o ile sąd opiekuńczy nie odmówi im tego prawa (art. 1121 k. r. o.).

Określenie miejsca pobytu dziecka zaliczyć należy do istotnych spraw dziecka w rozumieniu art. 97 §2 k. r. o. Osoby sprawujące pieczę nad dzieckiem wspólnie decydują o miejscu jego pobytu. W razie braku porozumienia między nimi, co do miejsca pobytu dziecka, decyduje sąd opiekuńczy.

Jeżeli władza rodzicielska przysługuje tylko jednemu rodzicowi, ma on prawo samodzielnego decydowania o istotnych sprawach dziecka w tym między innymi o przemieszczeniu dziecka do innego państwa.

Natomiast opiekun nie może podejmować samodzielnej decyzji w tym zakresie, ponieważ decyzja taka wymaga akceptacji sądu opiekuńczego zgodnie z art. 156 k. r. o.

Jeżeli doszło do uprowadzenia lub zatrzymania za granicą dziecka, które miało miejsce stałego pobytu w Polsce, z naruszeniem prawa osoby (placówki) sprawującej pieczę nad nim i decydującej o miejscu jego pobytu, wówczas uprowadzenie lub zatrzymanie uważać należy za bezprawne w świetle przepisów omawianej Konwencji. Osoba, której prawa naruszono, może zwrócić się do władz państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub zatrzymane z wnioskiem o powrót dziecka do Polski.

W związku z bezprawnym zatrzymaniem za granicą dziecka, Sąd Najwyższy uznał, „że pozbawienie przez ojca kilkuletniego dziecka naturalnego środowiska rodzinnego i bezpośredniej opieki matki oraz możliwości wychowywania się wspólnie z małoletnim rodzeństwem i zatrzymanie go na stałe – wbrew woli matki – w obcym kraju, zawiera elementy nadużycia władzy rodzicielskiej, które uzasadniają pozbawienie go tej władzy”¹⁸.

¹⁷ Szerzej na ten temat – E. Holewińska-Łapińska: *Konwencja...*; s. 15-16.

¹⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego: III CRN 181/70 [w] OSN 1971, poz. 107.

5. Wniosek o powrót dziecka sporządzony w trybie Konwencji haskiej

W art. 8 zd. 2 Konwencji haska wymienia składniki, które musi zawierać każdy wniosek o powrót dziecka. Są to:

- a) informacje dotyczące tożsamości wnioskodawcy, dziecka oraz osoby, co do której istnieje domniemanie, że uprowadziła dziecko;
- b) datę urodzenia dziecka, jeżeli jest to możliwe do ustalenia;
- c) podstawy na które powołuje się wnioskodawca, żądając powrotu dziecka;
- d) wszelkie dostępne informacje dotyczące miejsca przebywania dziecka oraz tożsamości osoby, co do której istnieje domniemanie, że dziecko z nią przebywa.

Do wniosku należy dołączyć uwierzytelnione odpisy jakichkolwiek przydatnych dla sprawy orzeczeń lub ugód, a także zaświadczenie lub poświadczony oświadczenie pochodzące od organu centralnego lub innej właściwej władzy państwa stałego pobytu dziecka lub osoby kompetentnej dotyczące przepisów ustawodawstwa tego państwa (art. 8 zd. 2 lit. f). Wniosek musi być sporządzony w języku oryginalnym wnioskodawcy, a następnie przetłumaczony na język urzędowy lub jeden z języków urzędowych państwa wezwanego. Jedynie w wypadku, gdy w państwie wzywającym nie ma możliwości dokonania tłumaczenia wniosku na język państwa wezwanego wówczas możliwe jest zaakceptowanie tłumaczenia wniosku na język francuski lub angielski (art. 24 zd. 1).

Konwencja haska nie reguluje kwestii niezachowania warunków formalnych wniosku o powrót dziecka, pozostawiając ją regulacjom wewnętrznym Państw Stron Konwencji. W razie stwierdzenia, że wniosek, który wpłynął do polskiego sądu nie zachowuje warunków formalnych, przewodniczący działając na podstawie art. 1096 k. p. c. i art. 130 §1 k. p. c. wezwie wnioskodawcę do uzupełnienia lub poprawienia wniosku pod rygorem jego zwrotu. Ponieważ wnioskodawcami w tych sprawach są z reguły osoby zamieszkałe za granicą, przewodniczący wyznacza termin do poprawienia lub uzupełnienia wniosku nie krótszy niż miesiąc, chyba że wnioskodawcę reprezentuje w Polsce jego przedstawiciel (art. 130 §1¹ k. p. c.). W razie nieuzupełnienia braków w określonym terminie, wniosek podlega zwrotowi zgodnie z art. 130 §2 k. p. c. Wydaje się, że tylko wyjątkowo, brak informacji o miejscu pobytu dziecka należy traktować jako podstawę do zwrotu wniosku, gdyż na organie centralnym i sędzię państwa wezwanego, ciąży obowiązek poczynienia ustaleń w tym zakresie. Wniosek taki wynika z porównania przepisu art. 8 zd. 2 pkt. d) z przepisem art. 7 zd. 2 pkt. a). Z przepisami tymi koresponduje przepis art. 598³ k. p. c.

Na marginesie należy dodać, że wnioski o powrót dziecka sporządzane są zwykle na formularzu stanowiącym załącznik do Konwencji haskiej. Korzysta-

nie z tego druku nie jest obowiązkowe. Zaakceptowany będzie każdy wniosek, jeśli tylko zawiera elementy (informacje) przewidziane art. 8 zd. 2. Osoba zainteresowana uzyskaniem formularza, może zwrócić się o jego nadesłanie do Ministerstwa Sprawiedliwości – Wydziału Prawa Międzynarodowego lub skorzystać ze wzoru opublikowanego w pracy J. Ciszewskiego¹⁹.

Do wnioskodawcy należy wybór, czy wniosek o powrót dziecka skieruje bezpośrednio do sądu lub organu administracyjnego państwa, w którym dziecko przebywa (art. 29 w zw. z art. 12 zd. 1), czy też, za pośrednictwem organu centralnego państwa miejsca stałego pobytu dziecka lub nawet organu centralnego każdego innego Państwa Strony Konwencji (art. 8 zd. 1). Wniosek złożony w jednym z wymienionych organów centralnych (organ wzywający), o którym była mowa wyżej, przesyła się do organu centralnego miejsca pobytu dziecka (organ wezwany), zgodnie z art. 7 zd. 1, który inicjuje dalsze postępowanie zgodnie z przepisami prawa wewnętrznego swego państwa (art. 7 zd. 2 pkt. f). Ze słów „może zwrócić się do (...) organu centralnego każdego innego państwa” wnioskować można, iż dopuszczalne jest skierowanie wniosku przez wnioskodawcę bezpośrednio do organu centralnego państwa pobytu dziecka.

6. Przepisy procesowe w Konwencji haskiej

Spśród zagadnień procesowych za najważniejszą należy uznać kwestię jurysdykcji w sprawach objętych zakresem Konwencji haskiej. W tej kwestii wypowiedział się J. Ciszewski stwierdzając, że „[...] z Konwencji wynika, iż jurysdykcja przysługuje organom tego państwa, w którym dziecko przebywa. Za takim stanowiskiem przemawia treść m.in. art. 10 i 12 Konwencji, a także względy celowościowe”²⁰. Stanowisko to zaaprobowala E. Holewińska-Łapińska²¹.

Na szczególną uwagę zasługuje także przepis art. 14, przewidujący skuteczność *sui generis* orzeczeń zagranicznych, które mogą być brane pod uwagę, przy ustalaniu przez sąd prawa wnioskodawcy do opieki nad dzieckiem, o jakim mowa w art. 3 zd. 1 lit. a) Konwencji, bez uciekania się do szczególnych trybów postępowania dla uznania zagranicznych orzeczeń²².

W podobny sposób wypowiedziała się w tej kwestii E. Pérez-Vera, która stwierdza, że przepis art. 14 stanowi *lex specialis*, zgodnie z którym te dokumenty (orzeczenia obcych organów lub ugody) nabędą bezpośrednią skuteczność w wezwanym państwie; skutek ten nie będzie warunkowany uzyskaniem exequatur ani innymi metodami uznania²³.

¹⁹ J. Ciszewski: *Obrót prawny z zagranicą*; Warszawa 2006, wyd. 5, s. 159 i następne.

²⁰ J. Ciszewski: *Konwencja...*; s. 29.

²¹ Por.: E. Holewińska-Łapińska: *Konwencja...*; str. 37.

²² Por.: W. Skierkowska: *Uprowadzenie dziecka za granicę* [w] Jurysta nr 4/1999; str. 5.

²³ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 119.

Organ orzekający w sprawie o powrót dziecka państwa wezwanego może niekiedy nie być pewny znaczenia przepisów prawa kraju miejsca stałego pobytu dziecka lub treści decyzji wydanej w przedmiocie prawa wnioskodawcy do opieki nad dzieckiem. Gdyby taka sytuacja zaistniała, sąd lub organ administracyjny działając na podstawie art. 15 Konwencji haskiej, może żądać, aby wnioskodawca przedłożył zaświadczenie lub decyzję pochodzącą od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka, stwierdzającą, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu art. 3 Konwencji. Wyraźnie trzeba zaznaczyć nieobowiązkowy charakter takiego zadania, w tym sensie, że powrót dziecka nie może być warunkowany jego spełnieniem; wynika to z założenia zawartego w treści tego przepisu, że uzyskanie zaświadczenia, może w niektórych wypadkach być niemożliwe do uzyskania²⁴. Zaświadczenie takie powinno obejmować obie przesłanki wymienione w art. 3 Konwencji haskiej. Do państw, których przepisy wewnętrzne przewidują wydanie takich zaświadczeń należą m. in. Wielka Brytania i Republika Federalna Niemiec.

Ważnym przepisem o charakterze procesowym jest art. 16 Konwencji, zgodnie, z którym władze sądowe lub administracyjne państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub, w którym zostało zatrzymane nie będą mogły decydować merytorycznie o prawie do opieki, dopóki nie zostanie ustalone, że wymogi określone przez Konwencję, co do zwrotu dziecka nie zostały spełnione lub jeżeli w stosownym czasie nie wpłynę wniosek sporządzony na podstawie Konwencji. Przepis ten zabrania władzom państwa wezwanego wydania decyzji merytorycznych dotyczących opieki nad dzieckiem od chwili, gdy zostały poinformowane o bezprawnym uprowadzeniu lub zatrzymaniu dziecka. Obowiązek ten odpada, gdy okaże się, że powrót dziecka nie byłby wskazany, albo gdy wniosek nie wpłynął w stosownym czasie po tym zawiadomieniu. Pierwszą przyczynę mogą stanowić okoliczności będące podstawą do odmowy wydania dziecka zgodnie z art. 13 lub 20 Konwencji. Drugą przyczyną może być np. porozumienie zawarte między osobami uprawnionymi lub cofnięcie wniosku. Z przepisem art. 16 Konwencji wiąże się przepis art. 598² §1 k. p. c. Gdyby jednak organ państwa wezwanego orzekł o opiece nad dzieckiem przed rozpoznaniem wniosku o jego powrót w trybie Konwencji haskiej, a nawet przed wpływaniem wniosku lub zawiadomienia, o którym mowa w art. 16, organ orzekający w sprawie o powrót dziecka nie jest związany treścią wydanego orzeczenia w myśl art. 17 Konwencji. Jednakże władze sądowe lub administracyjne mogą wziąć pod uwagę przyczyny wydania takiego orzeczenia.

W ten sposób Konwencja daje absolutny priorytet sprawom o powrót dziecka i obowiązek orzeczenia powrotu ma przewagę nad wszelkimi decyzjami odnośnie opieki, które były lub mogłyby być wydane w wezwanym państwie.

²⁴ Por.: E. Pérez-Vera: *Explanatory...*; p. 120.

7. Zakres kognicji organu orzekającego w sprawach o powrót dziecka. Podstawy odmowy wydania dziecka

Zakres kognicji organu orzekającego w sprawie o wydanie dziecka sprowadza się do ustalenia:

1. czy dziecko, które według twierdzeń wnioskodawcy zostało uprowadzone lub zatrzymane nadal przebywa na terytorium państwa, w którym sprawa w trybie Konwencji haskiej się toczy (art. 12 zd. 1);
2. czy doszło do jego bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania (art. 3 zd. 1);
3. czy dziecko nie ukończyło 16 lat (art. 4);
4. jaki okres czasu upłynął od chwili uprowadzenia lub zatrzymania do chwili złożenia wniosku, w szczególności, czy upłynął okres jednego roku (art. 12 zd. 1).

Po ustaleniu, że w sprawie doszło do bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka, które nie ukończyło w chwili orzekania 16 lat, oraz że dziecko nadal przebywa na terytorium państwa organu orzekającego, i że od momentu uprowadzenia lub zatrzymania do chwili wpłynięcia wniosku do tego organu upłynął okres krótszy niż jeden rok, organ orzekający nakaże niezwłoczny powrót dziecka do państwa miejsca stałego pobytu (art. 12 zd. 1).

W wypadku, gdy organ orzekający ustali, że od chwili bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka do chwili wpłynięcia wniosku upłynął okres jednego roku, wówczas również zarządzi wydanie dziecka, chyba, że ustali, iż dziecko przystosowało się do nowego środowiska; wówczas może odmówić jego wydania (art. 12 zd. 2). Warto zauważyć, że w wymienionym przepisie nie użyto słowa „niezwłocznie” w odniesieniu do zarządzenia wydania dziecka w przeciwieństwie do art. 12 zd. 1 Konwencji haskiej.

Konwencja haska nie zawiera żadnych wskazówek, co należy rozumieć przez wyrażenie „przystosowało się do nowego środowiska”. Przeważa pogląd, że zwrotowi „przystosowało się” należy przypisać zwykłe, naturalne znaczenie obejmujące dwa stałe elementy, fizyczny: bycia w relacjach z innymi osobami, stabilizacji w środowisku lokalnej społeczności i emocjonalny: świadczący o poczuciu bezpieczeństwa w miejscu osiedlenia. Inny pogląd wyrażony w tej kwestii, kładzie nacisk na ustalenie, czy dziecko czuje się szczęśliwe, bezpieczne i dostosowane do nowego środowiska²⁵. Za uznaniem, że dziecko przystosowało się do nowego środowiska bezsprzecznie przemawiać będzie opanowanie języka miejscowej społeczności.

Powołany przepis art. 12 zd. 2 różni się od art. 13 Konwencji haskiej (który także stanowi podstawę odmowy wydania dziecka) tym, że w przeciwieństwie do tego drugiego przepisu nie wskazuje na kim spoczywa ciężar udowodnienia, że

²⁵ Por.: N. Lowe i inni: *International...*; s. 297.

dziecko przystosowało się do nowego środowiska. W art. 13 wyraźnie postanowiono, iż osoba, instytucja lub inny organ, która odmawia wydania dziecka powinna udowodnić przewidziane tym przepisem przesłanki do odmowy wydania dziecka. Wydaje się, że również udowodnienie przystosowania się dziecka do nowego środowiska obciążać będzie osobę sprzeciwiającą się wydaniu dziecka na podstawie okoliczności wymienionych w art. 12 zd. 2 Konwencji haskiej.

Na tle interpretacji przepisu art. 12 zd. 2 Konwencji, wyłania się pytanie, czy organ orzekający może nakazać wydanie dziecka pomimo udowodnienia, że dziecko przystosowało się już do nowego środowiska. Jakkolwiek nie jest to możliwe na gruncie przepisu art. 12 zd. 2, jednak jest dopuszczalne na podstawie art. 19 Konwencji. Takie stanowisko zajęła w szczególności judykatura brytyjska²⁶.

Z przepisu art. 13 zd. 1 lit. a) Konwencji wynika, że wniosek może być oddalony, jeśli osoba sprzeciwiająca wydaniu dziecka wykaże, że wnioskodawca faktycznie nie wykonywał prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodził się lub później wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie. Przepis ten powoduje wiele trudności interpretacyjnych, zwłaszcza, że również art. 3 lit. b) Konwencji haskiej wymaga do stwierdzenia bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania, aby prawo do opieki było skutecznie wykonywane lub mogłoby być skutecznie wykonywane. W tej sprawie wyrażono pogląd, że wyłączenie z art. 13 zd. 1 lit. a) będzie miało miejsce, gdy zostanie wykazane, że wnioskodawca skutecznie „porzucił” rolę opiekuna dziecka i faktycznie zaprzestał wykonywania prawa do opieki²⁷.

Kolejną przesłanką dającą podstawę oddalenia wniosku o powrót dziecka, jest przewidziana w art. 13 zd. 1 lit. a), zgoda wnioskodawcy na uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka lub później wyrażona zgoda (akceptacja). Różnica między „zgoda” a „później wyrażoną zgodą” jest taka, że w pierwszym wypadku osoba domagająca się powrotu dziecka w trybie Konwencji haskiej, przystała na wyjazd dziecka za granicę, zanim wyjazd nastąpił, natomiast „później wyrażona zgoda” dotyczy akceptacji uprowadzenia lub zatrzymania post factum. W praktyce może pojawić się kwestia, czy zgodę wnioskodawcy na wyjazd dziecka za granicę, należy rozpatrywać w świetle art. 3 czy też art. 13 zd. 1 lit. a) Konwencji haskiej. Wydaje się, że jeśli wnioskodawca przyzna fakt wyrażenia zgody na wyjazd dziecka za granicę lub zaakceptuje post factum uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka za granicą, wniosek należy oddalić, wobec braku bezprawności w zachowaniu drugiej strony. Natomiast, osoba sprzeciwiająca się wydaniu dziecka, może bronić się zarzutem przewidzianym w art. 13 zd. 1 lit. a) Konwencji haskiej z tym, że musi fakt zaistnienia zgody lub akceptacji wnioskodawcy udowodnić.

²⁶ Por.: N. Lowe i inni: *International...*; s. 303.

²⁷ N. Lowe i inni: *International...*; s. 307.

Organ orzekający nie ma obowiązku wydania dziecka, jeżeli stwierdzi poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną lub w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia (art. 13 zd. 1 lit. b).

Różnica w podstawach oddalenia wniosku o powrót dziecka wyrażonych w art. 13 zd. 1 lit. a) i b) Konwencji haskiej jest taka, iż przesłanki z art. 13 zd. 1 lit. a) są konsekwencją zachowania wnioskodawcy, a z art. 13 lit. b) opierają się na dobru dziecka. Również i w tym wypadku obowiązek udowodnienia okoliczności wynikających z powołanego przepisu, obciąża osobę sprzeciwiającą się wydaniu dziecka. Przepis ten nie wymaga ustalenia, że powrót dziecka postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia, ale że istnieje poważne, bezpośrednie ryzyko, że powrót narazi je na taką sytuację. Rzecz oczywista, ryzyko takie musi istnieć w chwili zamknięcia rozprawy sądowej. W konsekwencji sąd orzekający powinien tylko brać pod uwagę sytuację, która może zaistnieć w krótkim okresie czasu po powrocie dziecka. Do tej kategorii przyczyn zaliczyć należy m. in.: alkoholizm, narkomanię lub skłonność wnioskodawcy do awantur. Zauważyć wypada, iż w celu przeciwdziałania oddaleniu wniosku o powrót dziecka, w sytuacjach, o jakich mowa w omawianym przepisie, ustawodawstwo wielu państw przewiduje środki zabezpieczające powrót dziecka. Do takich środków należy zaliczyć np. powrót dziecka z rodzicem, który uprowadził dziecko, limitowane lub nadzorowane kontakty wnioskodawcy z dzieckiem.

Zarzuty z art. 13 zd. 1 lit. b) Konwencji haskiej były najczęściej podnoszone w kasacjach kierowanych do Sądu Najwyższego.

W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że „Postanowienie art. 13 pkt. b) Konwencji pozwala na niewydanie dziecka wówczas, gdy istnieje „poważne ryzyko”, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je „w niekorzystnej sytuacji” [...] Nie ulega wątpliwości, że jeżeli dziecko powróci do Kanady, a jego matka pozostanie w Polsce, dziecko pozbawione zostanie opieki matki i praktycznie rzecz biorąc wpływu matki na jego wychowanie. Oczywiście nie jest to w interesie dziecka. Ale pozostanie dziecka w Polsce wyłączyłoby możliwość sprawowania nad nim pieczy przez ojca, stale zamieszkałego w Kanadzie. Byłaby to również sytuacja sprzeciwiająca się dobru dziecka. W konsekwencji nie można uznać, że w świetle postanowienia art. 13 Konwencji zarządzenie wydania małoletniej (...) zgodnie z wnioskiem stawia je w niekorzystnej sytuacji w rozumieniu tego postanowienia”²⁸.

Sąd Najwyższy opowiedział się za restryktywnym interpretowaniem przepisów Konwencji haskiej także w kolejnym orzeczeniu, wskazując na kluczowe znaczenie art. 13 Konwencji wśród podstaw oddalenia wniosku o powrót

²⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998r; I CKN 745/98 publ. w zb. LEX nr 55398.

dziecka do miejsca stałego pobytu. Zdaniem Sądu Najwyższego przepis ten ma na względzie jedynie poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej, na jakie mógłby narazić dziecko jego powrót do miejsca stałego pobytu. Konsekwentnie również poważne muszą być inne niekorzystne dla dziecka sytuacje, zrównane w tym przepisie ze wzmiankowanymi szkodami. Wszelkie inne uciążliwości i niedogodności nie są wystarczające do oddalenia wniosku. Natomiast zasadniczo nie usprawiedliwiają zastosowania rozpatrywanego przepisu często podnoszone przez sprawców uprowadzenia, niekorzystne dla dziecka konsekwencje jego oddzielenia w następstwie nakazania jego wydania osobie uprawnionej. Zrozumiałe, że realizacja tego celu łączy się dla dziecka na ogół z różnego rodzaju niedogodnościami i ujemnymi przeżyciami. Są one jednak niejako wliczone w „koszt” urzeczywistnienia wspomnianego celu służącego dobru dziecka. Przy tym nakazanie wydania dziecka nie zakłada jego oddzielenia od sprawcy uprowadzenia. Orzeczenie tej treści ma jedynie przywrócić stan sprzed uprowadzenia i nie łączy się z rozstrzygnięciem w przedmiocie opieki nad dzieckiem. Rozstrzygnięcie w przedmiocie opieki może zapadnąć dopiero później i wówczas może się okazać ostatecznie gdzie i z kim dziecko pozostanie²⁹.

Do wydania dziecka może nie dojść również, gdy powrotowi sprzeciwia się samo dziecko posiadające zdolność rzeczowego osądu – osiągnęło ono wiek i stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii (art. 13 zd. 2). Wymagane jest, aby wola dziecka w tym zakresie powstała bez obcego wpływu i była wyraźnie skierowana przeciwko żądaniu jego powrotu.

Wreszcie można odmówić wydania dziecka zgodnie z art. 20 Konwencji, gdy nie da się tego pogodzić z obowiązującymi w wezwanym państwie podstawowymi zasadami w zakresie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności. Na temat art. 20 Konwencji wypowiedział się Sąd Najwyższy, który stwierdził, że „artykuł [ten] dopuszcza odmowę zwrotu dziecka zgodnie z postanowieniami art. 12 Konwencji haskiej, jeżeli zwrot nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności. Zasady, którymi kieruje się państwo polskie nie sprzeciwiają się zwrotowi dziecka w razie jego uprowadzenia lub zatrzymania do państwa jego stałego pobytu, chyba, że w państwie tym, ze względu na nieposzanowanie praw człowieka i podstawowych wolności, dobro dziecka narażone byłoby na szkodę”³⁰.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 grudnia 1999r.; I CKN 992/99 – publ. Biul. SN 2000/2/11 oraz Prok. i Pr. 2000/3/28; podobnie w postanowieniu z dnia 7 października 1998r.; I CKN 745/98 publ. Biul. SN 2000, nr 2, poz. 11

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998r.; I CKN 745/98, publ. zb. LEX, nr 55398.

8. Postępowanie przed polskimi sądami w sprawach o powrót dziecka w trybie Konwencji haskiej

Postępowanie o powrót dziecka w trybie Konwencji haskiej toczyć się może przed sądami polskimi tylko na podstawie wniosku sporządzonego przez wnioskodawcę, nigdy z urzędu (art. 598¹ §3 k. p. c.).

Jeżeli wniosek wpłynie do Ministerstwa Sprawiedliwości – Wydziału Prawa Międzynarodowego, zostanie niezwłocznie przekazany do rozpoznania właściwemu sądowi rejonowemu za pośrednictwem prezesa sądu okręgowego. Jak była o tym mowa wcześniej, art. 29 Konwencji haskiej, pozwala wnioskodawcy na bezpośrednie skierowanie wniosku do sądu polskiego z pominięciem Ministerstwa Sprawiedliwości jako organu centralnego.

Wydaje się, że nie ma przeszkód prawnych, aby sąd poinformował o wpływnięciu wniosku Ministerstwo Sprawiedliwości Wydział Prawa Międzynarodowego. Włączenie organów centralnych ma tę zaletę, że ułatwia kontakt sądu z wnioskodawcą zamieszkałym za granicą, zwłaszcza, gdy nie ustanowił pełnomocnika w Polsce.

Wyłącznie właściwym do rozpoznania wniosku sporządzonego w trybie Konwencji haskiej, jest sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania dziecka lub miejsca jego pobytu (art. 569 §1 k. p. c.). Od złożonego wniosku sąd nie pobiera opłaty (art. 96 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych; Dz. U. Nr 167 z 2005 r., poz. 1398).

Wniosek powinien być niezwłocznie zarejestrowany w repertorium Nmo. Działając zgodnie z art. 11 zd. 2 lit. c) Konwencji haskiej, sąd niezwłocznie wezwie osobę przeciwko której wniosek jest skierowany do dobrowolnego wydania dziecka. W razie odmowy jego wydania, przewodniczący wyznacza termin rozprawy w sprawie i zarządza doręczenie wniosku (art. 206 w zw. z art. 13 §2 k. p. c.).

Przepisy Konwencji haskiej kładą szczególny nacisk na konieczność szybkiego postępowania w sprawach o powrót dziecka. Nakaz szybkiego działania wynika z przepisów art. 2, art. 11 zd. 1 oraz art. 12 zd. 1. Do realizacji tego celu „ustawodawca [polski] dostarczył sądowi opiekuńczemu oraz uczestnikom kilka wygodnych narzędzi procesowych [...]”³¹.

W razie gdyby okazało się, że dziecko nie przebywa pod wskazanym we wniosku adresem, sąd może zarządzić dochodzenie w celu ustalenia miejsca jego pobytu. W szczególności sąd może zażądać ustalenia miejsca pobytu przez Policję (art. 598³ k. p. c.).

Kolejnym instrumentem na drodze do przyspieszenia postępowania jest przewidziana w art. 598¹ §2 k. p. c. możliwość odpowiedniego stosowania

³¹ J. Gudowski: *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką* [w] *Przegląd Sądowy* nr 1/2002, s. 25.

art. 472 §1 k. p. c. Przepis ten, zezwala na wzywanie uczestników, świadków, biegłych i inne osoby w sposób, który uzna za najbardziej celowy, nawet z pominięciem sposobów przewidzianych przez przepisy ogólne. „Uproszczone formy doręczeń (zawiadomień, wezwań, zarządzeń) polegają na zastosowaniu innych środków niż poczta i woźny sądowy. W grę wchodzi zatem: telefon, telegram, telefonogram lub komputerowa forma elektroniczna”³². Warunkiem skutecznego doręczenia wezwania w ten sposób jest, aby wezwanie bezsprzecznie doszło do wiadomości adresata (art. 472 §2 k. p. c.). Dyskusyjnym jest, czy przepis ten może być stosowany przy doręczeniach wezwań i pism sądowych osobom zamieszkałym za granicą. Trzeba zaznaczyć, że Konwencja haska nie zawiera regulacji w tym zakresie, wobec czego zastosowanie mają przepisy obwiązujących umów międzynarodowych. Przyjęła się także międzynarodowa praktyka informowania wnioskodawców zamieszkałych za granicą o terminach czynności procesowych za pośrednictwem organów centralnych zainteresowanych państw.

Na aspekt szybkości postępowania w sprawach prowadzonych w trybie Konwencji haskiej zwracał wielokrotnie uwagę Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu w swych orzeczeniach. W sprawie H. N. przeciwko Polsce (nr wniosku 77710/01), Trybunał stwierdził, że więź między rodzicem i dzieckiem wchodzi w zakres poszanowania życia rodzinnego o którym mówi art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Wynika z tego obowiązek organów krajowych zapewnienia przywrócenia więzi, który powinien być interpretowany w kontekście przepisów Konwencji haskiej, zwłaszcza, gdy państwo jest Stroną Konwencji. Trybunał ocenił przebieg postępowania o powrót dzieci i stwierdził, że władze polskie nie podjęły skutecznych działań w kierunku przywrócenia dzieci ojcu naruszając w ten sposób prawo do poszanowania życia rodzinnego, wynikające z art. 8 Konwencji. Trybunał uznał także, że postępowanie w tej sprawie trwało ponad 3 lata i 7 miesięcy, co spowodowało naruszenie przysługującego skarżącemu prawa do rzetelnego procesu sądowego w rozsądnym terminie przewidzianego w art. 6 ust. 1 wymienionej Konwencji. Podobne co do treści orzeczenia Trybunał wydał w sprawach: I.-Z. v Rumunia, (nr wniosku 31679/96); N. v Finlandia, (nr wniosku 32842/96); S. v Austria, (nr wniosku 36812/97). W wymienionych sprawach Trybunał ustalił bezczynności organów wahające się od kilku tygodni do kilku miesięcy.

Orzeczenie, co do istoty sprawy prowadzonej na podstawie Konwencji haskiej, może być wydane tylko po przeprowadzeniu rozprawy (art. 598⁴ k. p. c.). Jedynie w wypadku, gdy z treści wniosku wynika oczywisty brak uprawnień wnioskodawcy (w chwili uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka nie miał pra-

³² J. Gudowski: *Postępowanie...*; s. 25.

wa do opieki lub prawa tego skutecznie nie wykonywał) sąd opiekuńczy zgodnie z art. 514 §2 k. p. c. może oddalić wniosek, postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym.

Przed wydaniem postanowienia, co do istoty sprawy sąd powinien umożliwić dziecku wypowiedzenie się w przedmiocie postępowania. W orzeczeniu wydanym na tle przepisu art. 12 Konwencji o prawach dziecka, Sąd Najwyższy stwierdził: „Konwencja pozostawia określenie sposobu realizacji tego obowiązku uregulowaniom prawa wewnętrznego właściwego państwa. W naszej procedurze możliwość wypowiadania poglądu przez dziecko zapewnia instytucja jego wysłuchania przewidziana w art. 576 §2 k. p. c. w zw. z art. 573 §2 k. p. c. [...]. Wysłuchanie jako wystarczającą gwarancję procesową dziecka dla przedstawienia jego podglądów w postępowaniu sądowym dotyczącym ustalenia jego praw, przewiduje także art. 72 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”³³.

W podobnym duchu Sąd Najwyższy wypowiedział się w orzeczeniu z dnia 15 grudnia 1998 r. w sprawie I CKN 1122/98 (OSN z 1999 r. nr 6 poz. 119).

W orzeczeniu wydanym w oparciu o art. 12 zd. 1 Konwencji haskiej, sąd polski nakaze osobie, która sprzeciwia się żądaniu wniosku oddanie dziecka, określając jednocześnie termin do dokonania tej czynności.

Obowiązkiem sądu jest wymienić w postanowieniu nakazującym oddanie dziecka zarówno osobę zobowiązaną, uprawnioną jak i dziecko, przez podanie ich imion i nazwisk (art. 598⁵ k. p. c.).

Określenie terminu, w jakim ma nastąpić oddanie dziecka należy do uznania sądu. Jeżeli sąd w postanowieniu nie wyznaczył terminu oddania dziecka, uprawniony może złożyć wniosek o jego uzupełnienie na podstawie art. 351 §1 k. p. c. Po bezskutecznym upływie terminu do złożenia wniosku o uzupełnienie postanowienia, sąd opiekuńczy może wyznaczyć termin do oddania dziecka wyłącznie w odrębnym postępowaniu³⁴.

9. Bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka oraz postępowanie w sprawach o powrót dziecka w świetle przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z dnia 27 listopada 2003 r.

Rozporządzenie Rady (WE) o jurysdykcji oraz uznawaniu i wykonywaniu orzeczeń w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylające rozporządzenie (WE) nr 1347/2000, weszło w życie z dniem 1 sierpnia 2005 r.

³³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997r.; III CZP 63/97, publ. MoP, 1998r., nr. 5, poz. 4.

³⁴ Podobnie J. Jagieła: *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką (stadium wykonawcze)* [w] Monitor Prawniczy nr 6/2003 s. 248.

nia 2004 r. i z wyjątkiem kilku przepisów podlega stosowaniu od dnia 1 marca 2005 r. (art. 72 zd. 2). Rozporządzenie wiąże Państwa Członkowskie Unii Europejskiej z wyjątkiem Danii.

Zasadniczym celem rozporządzenia jest zabezpieczenie należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego poprzez podjęcie środków w zakresie współpracy sądowej w sprawach małżeńskich oraz w sprawach odpowiedzialności rodzicielskiej. Celowi temu służy m.in. połączenie w jednym akcie prawnym przepisów jurysdykcyjnych w sprawach małżeńskich (rozwód, separacja i unieważnienie małżeństwa) oraz w sprawach o przyznanie, wykonywanie, przekazywanie jak też pełne lub częściowe pozbawienie odpowiedzialności rodzicielskiej (art. 1 ust. 1 lit. a i b).

Wymienione rozporządzenie zawiera również regulacje dotyczące bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dzieci (art. 11a ust. 1-7). Zgodnie z przepisem art. 60 ust. 1 Konwencja haska nadal obowiązuje w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, z tym, że pierwszeństwo mają te uregulowania, które wynikają z rozporządzenia. Rozporządzenie raczej uzupełnia przepisy Konwencji haskiej, niż je zmienia³⁵.

Przepis art. 2 ust. 11 rozporządzenia określa bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka w sposób podobny do tego, jak czyni to art. 3 Konwencji haskiej, i obejmuje te uprowadzenia lub zatrzymania, które nastąpiły wskutek naruszenia prawa do pieczy (opieki) wynikającego z prawa państwa, w którym dziecko przed uprowadzeniem mieszkało. Wymieniony przepis rozporządzenia określa natomiast, co należy rozumieć przez wspólne wykonywanie pieczy (opieki) nad dzieckiem. W sumie pojęcie bezprawnego uprowadzenia dziecka w ujęciu art. 3 Konwencji haskiej i rozporządzenia są podobne, choć nie identyczne.

Rozporządzenie jeszcze bardziej niż Konwencja haska kładzie nacisk na szybkość postępowania w sprawach o powrót dziecka. Zgodnie z art. 11 ust. 3 rozporządzenia, sąd wyda postanowienie o powrocie dziecka najpóźniej w terminie 6 tygodni od dnia złożenia wniosku, chyba, że na skutek nadzwyczajnych okoliczności nie jest możliwe zachowanie terminu.

Przed wydaniem orzeczenia merytorycznego sąd powinien umożliwić dziecku złożenie wyjaśnień, chyba, że uzna to za zbędne, ze względu na wiek dziecka (art. 11 ust. 2). Sąd nie może oddalić wniosku o powrót dziecka, jeżeli nie dał wnioskodawcy możliwości wypowiedzenia się w przedmiocie wniosku (art. 11 ust. 5).

Jeśli stawiennictwo wnioskodawcy zamieszkałego za granicą w sądzie orzekającym nie jest możliwe, sąd może przeprowadzić jego wystąpienie za pośrednictwem sądu zagranicznego w drodze zastosowania przepisów roz-

³⁵ Por.: Practice guide for the application of Council Regulation (EC) No 2201/2003, s. 32.

porządzenia Rady (WE) 1206/2001 z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami Państw Członkowskich przy przeprowadzaniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych.

Sąd nie może odmówić powrotu dziecka z powodu okoliczności wymienionych w art. 13 lit. b) Konwencji haskiej, jeżeli osoba żądająca wydania wykaże, że zostały podjęte stosowne działania w celu ochrony dziecka po jego powrocie. Sąd dokonuje oceny działań na podstawie informacji władz państwa wezwanego. Chodzi tu nie o procedury prawne związane z ochroną dziecka w państwie wzywającym, lecz o konkretne przedsięwzięcia władz państwa pochodzenia dziecka w celu ochrony jego osoby (art. 11 ust. 4). Jeżeli sąd oddalił wniosek o powrót dziecka na podstawie art. 13 (całego) Konwencji haskiej wówczas niezwłocznie, a najpóźniej w ciągu miesiąca, bezpośrednio lub za pośrednictwem swego organu centralnego, przedstawi sądowi miejsca zwyczajnego pobytu dziecka, odpis orzeczenia wraz z odpowiednimi dokumentami, w tym zwłaszcza odpisami protokołów z posiedzeń, opinii psychologicznych i innymi (art. 11 ust. 6). Wydaje się, iż termin jednego miesiąca należy liczyć od momentu uprawnomocnienia się orzeczenia oddalającego wniosek. Sąd, do którego wpłyną dokumenty o jakich mowa wyżej, podejmie działania zgodnie z ustępem 7 art. 11.

10. Wykonanie postanowień nakazujących oddanie dziecka

Postanowienie nakazujące oddanie dziecka osobie uprawnionej jest skuteczne z chwilą ogłoszenia a wykonalne po upływie terminu przewidzianego w treści postanowienia (art. 578 k. p. c.).

Od postanowienia merytorycznego wydanego przez sąd pierwszej instancji w sprawie prowadzonej w trybie Konwencji haskiej, stronie, prokuratorowi, przysługuje apelacja (art. 518 zd. 1 k. p. c., art. 60 §2 k. p. c.). W myśl art. 519¹ §2 k. p. c. od postanowienia wydanego, co do istoty sprawy przez sąd drugiej instancji kasacja nie przysługuje.

Postanowieniu, o którym mowa nie nadaje się klauzuli wykonalności, gdyż do postępowania o powrót dziecka nie stosuje się przepisów k. p. c. o postępowaniu zabezpieczającym i egzekucyjnym.

Fazę przymusowego wykonania orzeczenia rozpoczyna złożenie przez osobę uprawnioną, wniosku o zlecenie kuratorowi sądowemu przymusowego odebrania dziecka, co ma miejsce wówczas, gdy osoba zobowiązana nie wyda dziecka w określonym czasie osobie uprawnionej. Sąd zleci kuratorowi sądowemu odebranie dziecka w drodze postanowienia, które może być wydane na posiedzeniu niejawnym (art. 514 §1 k. p. c.).

³⁶ J. Jagiela: *Postępowanie...*; s. 249.

Kurator sądowy wyznaczy termin i miejsce odebrania dziecka, o czym zawiadamia uprawnionego lub osobę albo instytucję przez niego upoważnioną. Jeżeli uprawniony nie stawia się lub nie stawia się osoba albo instytucja przez niego upoważniona, kurator sądowy odstąpi od czynności odebrania, po czym wyznaczy kolejny termin odebrania (art. 598⁹ k. p. c.). Kurator sądowy dokonując czynności związanych z wykonaniem orzeczenia o odebraniu dziecka powinien mieć na uwadze jego dobro i podejmować je tak, aby dziecko nie doznało szkody fizycznej lub moralnej. Jeżeli wskutek wykonania orzeczenia miałyby doznać uszczerbku dobro dziecka, kurator sądowy może wstrzymać wykonanie orzeczenia do czasu ustania przyczyny (art. 598¹² k. p. c.). Dotyczy to jednak sytuacji przejściowej; przy czym ewentualne odstąpienie od wykonania orzeczenia także może stanowić zagrożenie dla dobra dziecka³⁶. Jeżeli przymusowe odebranie dziecka napotyka na przeszkody na skutek jego ukrycia lub innej czynności przedsięwziętej w celu udaremnienia wykonania orzeczenia, wówczas kurator sądowy zawiadomi o tym prokuratora (art. 598¹¹ §1 k. p. c.). Obowiązek zawiadomienia prokuratora [...] istnieje w każdym wypadku odebrania dziecka, a więc także wtedy, gdy ukrycie lub dokonanie innych czynności nie stanowi przestępstwa określonego w art. 211 k. k.³⁷

Kurator jest upoważniony do odebrania dziecka nie tylko od osoby zobowiązanej do jego oddania, ale od każdej osoby, u której dziecko się znajduje (598⁸ k. p. c.).

W praktyce dochodzi do ukrycia dziecka w celu uniknięcia jego oddania osobie uprawnionej. W takich wypadkach sąd zarządzi na podstawie wniosku kuratora sądowego przymusowe sprowadzenie osoby zobowiązanej lub innych osób, celem złożenia oświadczenia o miejscu pobytu dziecka. Przymusowe sprowadzenie następuje przy odpowiednim zastosowaniu art. 220-222 k. p. k. i 224 k. p. k. w zw. z art. 247 k. p. k. (598¹¹ §2 zd. 1 k. p. c. w zw. z art. 163 §2 k. p. c.). Złożenie nieprawdziwego oświadczenia skutkuje odpowiedzialnością karną z art. 233 §1 k. k., o czym sąd powinien pouczyć osobę doprowadzoną. Odpowiedzialności karnej przewidzianej w tym przepisie podlega także ten, kto odmówi złożenia oświadczenia, o jakim mowa w art. 598¹¹ §2 k. p. c., przez co zataja prawdę. Zanim to jednak nastąpi, kurator powinien wezwać do ujawnienia miejsca pobytu dziecka, które ma być odebrane, jeżeli kontakt z tą osobą jest możliwy (art. 598¹¹ §2 zd. 1 k. p. c.).

Niezależnie od procedury przewidzianej w art. 598¹¹ §2 k. p. c. sąd, w celu ustalenia miejsca ukrycia dziecka, może przeprowadzić stosowne dochodzenie. W szczególności sąd może zażądać ustalenia miejsca pobytu dziecka przez Policję (art. 598³ k. p. c.).

³⁷ Por.: T. Żyżnowski [w] *Kodeks...*; s. 582.

Uchwały Sądu Najwyższego

Uchwała z dnia 22 listopada 2006 r., III CZP 83/06

Apelacja wniesiona przez adwokata, bez spełnienia obowiązku zaokrąglenia w górę końcówki uiszczonej opłaty stosunkowej do pełnego złotego, podlega odrzuceniu.

Uchwała z dnia 22 listopada 2006 r., III CZP 86/06

Do apelacji wniesionej od wyroku wydanego po wejściu w życie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.) mają zastosowanie przepisy tej ustawy.

Uchwała z dnia 24 listopada 2006 r., III CZP 89/06

Wniosek o wyznaczenie przez sąd przedstawiciela dla nieobecnej strony postępowania administracyjnego (art. 34 k. p. a.) nie podlega opłacie sądowej.

Uchwały z dnia 24 listopada 2006 r., III CZP 106/06 i III CZP 105/06

W postępowaniu apelacyjnym strona procesu rozwodowego może cofnąć wyrażone przed sądem pierwszej instancji żądanie zaniechania orzekania o winie rozkładu pożycia (art. 57 § 2 k. r. o.).

Uchwała z dnia 28 listopada 2006 r., III CZP 98/06

W razie oddalenia zawartego w apelacji wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych przewodniczący wzywa do uiszczenia opłaty należnej od apelacji także wtedy, gdy wniósł ją adwokat.

Uchwała z dnia 7 grudnia 2006 r., III CZP 110/06

Obowiązek uiszczenia opłaty podstawowej od apelacji, w której zawarto wnioski o zwolnienie od kosztów, powstaje po uwzględnieniu tego wniosku.

Uchwała z dnia 24 stycznia 2007 r., III CZP 124/06

Zakończenie postępowania w danej instancji – w rozumieniu art. 149 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.) – następuje z chwilą wydania orzeczenia kończącego postępowanie w tej instancji.

Uchwała z dnia 7 lutego 2007 r. (III CZP 154/06)

W razie częściowego zwolnienia strony od kosztów sądowych, polegającego na zwolnieniu od uiszczenia opłaty od pisma podlegającego opłacie, pobiera się od tego pisma opłatę podstawową (art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.).

Uchwała z dnia 9 lutego 2007 r. (III CZP 156/06)

Dopuszczalne jest zażalenie na postanowienie sądu pierwszej instancji oddalające wniosek o zlecenie kuratorowi sądowemu przymusowego odebrania osoby (art. 5986 k. p. c.).

Uchwała z dnia 22 lutego 2007 r. (III CZP 160/06)

W razie ogłoszenia wyroku przez sędziego, który nie brał udziału w jego wydaniu zachodzi nieważność postępowania (art. 379 pkt 4 k. p. c.).

Uchwała z dnia 16 marca 2007 r. (III CZP 4/07)

Zażalenie na postanowienie w przedmiocie zabezpieczenia roszczenia majątkowego podlega opłacie w wysokości stałej w kwocie 30 zł (art. 19 ust 3, 20 ust 1 i 69 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.).

Postanowienie SN z dnia 5 lipca 2006 r., IV CSK 127/06

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 5 lipca 2006 r., skargi kasacyjnej wnioskodawczyni Moniki W. od postanowienia Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 10 listopada 2005 r., oddalił skargę kasacyjną.

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 19 lipca 2005 r. Sąd Rejonowy w Bytowie, w sprawie z wniosku Catherine i Gregorego małżonków B. oraz Moniki i Grzegorza małżonków W., orzekł wobec małoletniego Daniela O. przysposobienie pełne nierozwiązywalne przez Gregorego i Catherine B., a także postanowił nadać przysposobionemu nazwisko „B.” oraz nakazał sporządzenie jego nowego aktu urodzenia.

Od powyższego orzeczenia Monika W. wniosła apelację, która została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 10 listopada 2005 r. U podstaw zaskarżonego orzeczenia legły następujące ustalenia faktyczne.

Rodzice Daniela O. wyrokiem Sądu Rejonowego w Bytowie Roki Sądowe w Miastku pozbawieni zostali władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Małoletni, wykazujący oznaki lekkiego niedorozwoju umysłowego oraz poważnie zaniedbany w zakresie jego potrzeb fizycznych i emocjonalnych, został umieszczony w placówce opiekuńczej. Wobec faktu, że poszukiwania odpowiednich kandydatów do zastępczych form wychowania rodzinnego na terenie Polski pozostały bez rezultatu, małoletni został zakwalifikowany do przysposobienia zagranicznego. Wolę przysposobienia Daniela O. przejawili małżeństwo obywateli francuskich Catherine i Gregorego B. Małżonkowie B. posiadają stałe źródło utrzymania, właściwe warunki materialno-bytowe oraz wykształcenie odpowiednie do samodzielnego prowadzenia terapii z przysposobianym.

Wkrótce po złożeniu wniosku o przysposobienie przez małżonków B., z analogicznym wnioskiem wystąpili małżonkowie W., uzasadniając go głównie więzią bliskiego pokrewieństwa, łączącego Monikę W. z matką przysposobionego, Łucją O.

Podzielając w pełni ustalenia oraz ocenę stanu faktycznego i prawnego poczynione przez Sąd pierwszej instancji, Sąd Okręgowy uznał apelację za bez-

zasadną. Wskazał, że zgodnie z art. 114² § 1 k. r. o., a także przepisami konwencji międzynarodowych, których Polska jest stroną, w szczególności Konwencji o ochronie dzieci i współpracy w dziedzinie przysposobienia międzynarodowego, sporządzonej w Hadze dnia 29 maja 1993 r. (Dz. U. z 2000 r., Nr 39, poz. 448) oraz Konwencji o prawach dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526; popr. z 2000 r. Nr 2, poz. 11), do przysposobienia zagranicznego może dojść wówczas, gdy tylko w ten sposób można zapewnić przysposobianemu odpowiednie zastępcze środowisko rodzinne. Obowiązująca zasada pierwszeństwa adopcji krajowej nie może być jednak rozumiana w sposób mechaniczny, w grę mogą bowiem wchodzić także inne względy, w szczególności sytuacja rodzinna lub cechy psychofizyczne dziecka, a także jego związek emocjonalny z wnioskodawcami, całościowa ocena nie może zaś abstrahować od dobra małoletniego dziecka.

Na tej podstawie Sąd Okręgowy uznał, że wnioskodawcy B. spełniają wymagania stawiane przysposabiającym. Nie tylko pozostają z małoletnim w prawidłowym kontakcie emocjonalnym, lecz również gwarantują właściwe rozpoznanie i zaspokojenie potrzeb rozwojowych dziecka, są świadomi jego opóźnień oraz mają odpowiednie przygotowanie zawodowe i umiejętności do samodzielnego prowadzenia jego terapii.

Z kolei, udział małżonków W. w zaspokajaniu potrzeb psychicznych dziecka był w ciągu kilku lat bardzo ograniczony i sprowadzał się do sporadycznych wizyt w placówce opiekuńczej. Monika W., mimo bliskiego pokrewieństwa i deklarowanego kontaktu z dzieckiem, nie zdołała jednak zauważyć jego degradacji psychofizycznej. Obecnie również nie dostrzega jego problemów, zaś w ocenie biegłych rodzinnego ośrodka diagnostyczno-konsultacyjnego nie potrafi zająć się małoletnim we właściwy sposób, zrozumieć jego potrzeb i pokierować zarówno jego wychowaniem, jak i rehabilitacją.

Od postanowienia Sądu Okręgowego w Słupsku Monika W. wniosła skargę kasacyjną, podnosząc w ramach podstawy z art. 398³ § 1 pkt 1 k. p. c. zarzut naruszenia art. 114² § 1 k. r. o. przez niewłaściwe zastosowanie i art. 114 § 1 k. r. io. przez stwierdzenie, że przysposobienie małoletniego przez rodzinę z zagranicy jest zgodne z dobrem dziecka. W uzasadnieniu wywodziła, że zamieszkiwanie w Polsce rodziny małoletniego, która wyraża wolę jego przysposobienia, stanowi okoliczność, która bezwzględnie przemawia za pierwszeństwem adopcji krajowej, a nadto że brzmienie art. 114² § 1 k. r. o. wyraźnie wskazuje na wyjątkowość przysposobienia związanego ze zmianą miejsca zamieszkania przysposobianego w Polsce na miejsce zamieszkania w innym państwie. Wskazując na powyższe podstawy, skarżąca wniosła o uchylenie zaskarżonego postanowienia i jego zmianę przez orzeczenie przysposobienia pełnego nierozwiązywalnego małoletniego Daniela O. przez Grzegorza W.

i Monikę W., względnie o uchylenie zaskarżonego postanowienia oraz poprzedzającego go postanowienia Sądu pierwszej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Rejonowemu w Bytowie, wraz z pozostawieniem temuż sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Rozważając trafność zarzutu naruszenia art. 114 § 1 k. r. o. trzeba zauważyć, że skarżąca nie sformułowała go w sposób prawidłowy. Zgodnie z art. 398³ § 1 pkt 1 k. p. c., naruszenie prawa materialnego może polegać na błędnej jego wykładni lub niewłaściwym zastosowaniu. Oparcie skargi na pierwszej podstawie kasacyjnej nie może sprowadzać się tylko do wskazania przepisu prawa materialnego, który został w ocenie skarżącego naruszony przez sąd drugiej instancji, lecz nadto zarzut musi być należycie skonkretyzowany poprzez wskazanie, na czym uchybienie polegało, tj. czy dany przepis został błędnie wyłożony bądź niezastosowany, mimo że stan faktyczny sprawy to uzasadniał, względnie zastosowany, choć nie było do tego podstaw.

Z uzasadnienia zarzutu dopiero wynika, że naruszenie art. 114 § 1 k. r. o. polegać ma na niewłaściwej wykładni przesłanki dobra małoletniego. W ocenie skarżącej, która jest siostrą matki małoletniego, nie jest zgodne z dobrem dziecka pozbawienie go kontaktu z nią, odłączenie od biologicznej rodziny, którą zna od urodzenia i umieszczenie w innej rodzinie poza granicami kraju.

Artykuł 114 § 1 k. r. io. stanowi, że przysposobić można osobę małoletnią, tylko dla jej dobra. Przepis zawiera zatem ogólną przesłankę przysposobienia, tj. wymaganie, aby następowało ono dla dobra osoby małoletniej. Przesłanka ta ma znaczenie rozstrzygające dla ustalenia, czy przysposobienie może nastąpić.

Dobro (interes) dziecka ma znaczenie nadrzędne i wymaga rozważenia w każdej sprawie dotyczącej opieki nad małoletnim, a więc również w sprawie o jego przysposobienie i to zarówno krajowe, jak i zagraniczne. W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego postuluje się jego jednolite rozumienie, zarówno przy wykładni norm k. r. io., jak i wiążących Polskę umów międzynarodowych (zob. postanowienie SN z 12 grudnia 2000 r., V CKN 1805/00, nie publ.). Przesłanka ta została wnikliwie rozważona przez orzekające w sprawie Sądy, to zaś, że skarżąca nie podziela dokonanej przez nie oceny, nie oznacza, że doszło do naruszenia art. 114 § 1 k. r. io. Pod tym względem ocena dokonana przez Sąd Okręgowy jest pełna, prawidłowa i nie budzi wątpliwości.

Właściwe rozumienie pojęcia „dobra dziecka” konieczne jest także przy wykładni art. 114² § 1 k. r. i. o. Jak wynika z jego brzmienia, przysposobienie, które spowoduje zmianę dotychczasowego miejsca zamieszkania przysposobianego w Rzeczypospolitej Polskiej na miejsce zamieszkania w innym państwie, może nastąpić wówczas, gdy tylko w ten sposób można zapewnić przysposobianemu odpowiednie zastępcze środowisko rodzinne. Trafnie wskazuje skarżąca na występowanie w sprawie istotnego zagadnienia prawnego, które spro-

wadza się przede wszystkim do rozstrzygnięcia, jak należy rozumieć przesłankę „odpowiedniości” zastępczego środowiska rodzinnego w przypadku przysposobienia zagranicznego.

Artykuł 114² § 1 został wprowadzony do k. r. io. ustawą z dnia 26 maja 1995 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodziny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 83, poz. 417), która weszła w życie w dniu 20 października 1995 r. Już jednak w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, z uwagi na znaczny wzrost liczby spraw o przysposobienie obywateli polskich przez wnioskodawców stale zamieszkałych za granicą, kwestia tzw. adopcji zagranicznych była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. W uchwale 7 sędziów z dnia 12 czerwca 1992 r., III CZP 48/92 (OSNC 1992, nr 10, poz. 179) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że przysposobienie dziecka polskiego, związane z przeniesieniem do innego kraju, może nastąpić, jeżeli nie ma możliwości umieszczenia go na równorzędnych warunkach w rodzinie zastępczej lub adopcyjnej na terenie Polski, oraz, że w postępowaniu tym decydujące znaczenie ma nadrzędny interes dziecka. W uchwale tej Sąd Najwyższy rozważał pojęcie dobra dziecka, jego nadrzędnego interesu, o jakim mowa w Konwencji o prawach dziecka (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526). Z przepisów konwencyjnych, zwłaszcza z art. 3 wynika, że wartością pierwotną i nadrzędną jest dobro dziecka. Treść tego pojęcia, ustalona wedle wskazań obowiązującego prawa polskiego, odpowiada w ogólnych zarysach pojęciu nadrzędnego interesu dziecka i oznacza, zgodnie z brzmieniem postanowień Konwencji, że dziecko dla pełnego i harmonijnego rozwoju powinno wychowywać się w środowisku rodzinnym w „atmosferze szczęścia, miłości i zrozumienia” i że powinno być w pełni przygotowane do życia w społeczeństwie „jako indywidualnie ukształtowana jednostka, wychowywana w duchu pokoju, godności, tolerancji, wolności, równości i solidarności”, z uwzględnieniem znaczenia tradycji i wartości kulturalnych każdego narodu dla ochrony i harmonijnego rozwoju dziecka. Artykuł 21 Konwencji dotyczący pierwszeństwa adopcji „krajowej” wymaga również wykładni uwzględniającej nadrzędny interes dziecka i z tego względu nie może być rozumiany w sposób mechaniczny. W uchwale tej wskazał Sąd Najwyższy, że adopcję związaną z przeniesieniem do innego kraju należy zgodnie z art. 21 lit. b konwencji traktować jako „zastępczy środek opieki nad dzieckiem”, co może nastąpić, gdy dziecku w żaden inny, odpowiedni sposób nie można zapewnić opieki na terenie Polski, a więc wtedy, gdy dziecko nie może być przysposobione przez odpowiednią rodzinę polską, bądź umieszczone w polskiej rodzinie zastępczej.

Powyższa uchwała zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym, w którym art. 114² § 1 k. r. io. normuje kwestię adopcji zagranicznej i również, zgodnie z Konwencją, wprowadza zasadę pierwszeństwa adopcji krajowej. Także w obecnym stanie prawnym nie można tej zasady stosować w sposób

mechaniczny, wykluczając adopcję zagraniczną w każdym wypadku, w którym zaistnieje możliwość zapewnienia dziecku opieki w kraju. Także i w obecnym stanie prawnym nie można bowiem przy wykładni pojęcia „dobro osoby małoletniej” pomijać, z uwagi na systemową wykładnię, rozumienia dobra dziecka i jego nadrzędnego interesu, o jakim mowa w wiążących Polskę konwencjach międzynarodowych, a które zostało wyczerpująco omówione w powołanej wyżej uchwale.

Jak wskazano wyżej, zgodnie z art. 114² § 1 k. r. io., adopcja zagraniczna może nastąpić wówczas, gdy tylko w ten sposób można zapewnić dziecku odpowiednie zastępcze środowisko rodzinne. Dopiero zatem wtedy, gdy to zastępcze środowisko rodzinne nie jest odpowiednie, rozważyć można adopcję zagraniczną. Tego rodzaju ustalenie może nastąpić po uwzględnieniu wszystkich istotnych okoliczności dotyczących dziecka, w tym jego wieku, stanu zdrowia, stopnia rozwoju fizycznego i psychicznego, związków emocjonalnych z otoczeniem.

Wszystkie te okoliczności, wbrew zarzutom skarżącej, zostały przez orzekające Sądy uwzględnione. Jak wynika z dokonanych w sprawie ustaleń, w toku postępowania adopcyjnego przed złożeniem wniosku do sądu, nie zgłosiła się żadna rodzina polska, która byłaby zainteresowana statusem rodziny adopcyjnej lub choćby rodziny zastępczej. Małoletni przebywał w placówce opiekuńczej, w której został umieszczony po odebraniu go od matki, wobec której orzeczono następnie pozbawienie władzy rodzicielskiej. W okresie przebywania z matką, siostrą skarżącej, doprowadzony został do skrajnego zaniedbania i opóźnienia w rozwoju. Dopiero podczas pobytu w placówce opiekuńczej udało się uzyskać postęp w jego rozwoju, nadal jednak utrzymuje się lekki niedorozwój umysłowy i inne wady rozwojowe. Dalszy rozwój małoletniego i opieka nad nim wymaga systematycznej i indywidualnej pracy, czego nie da się osiągnąć przy pozostawieniu go w placówce opiekuńczej, której nie można choćby tylko odpowiedniego tego względu traktować jako odpowiedniego zastępczego środowiska rodzinnego. Podzielić należy te poglądy doktryny, które odpowiednie zastępcze środowisko rodzinne odnoszą tylko do rodziny, żadna bowiem, nawet najlepsza, placówka opiekuńcza nie jest w stanie zastąpić środowiska rodzinnego.

W toku postępowania sądowego zgłosiła się polska rodzina, gotowa przysposobić małoletniego Daniela. Skarżąca, którą wiąza z małoletnim więzi pokrewieństwa (jest siostrą jego matki) i jej mąż deklarowali gotowość stworzenia mu domu rodzinnego. Sam fakt jednak istnienia rodziny polskiej, deklarującej gotowość przysposobienia małoletniego, nie jest, jak trafnie uznały orzekające w sprawie Sądy, wystarczający do uznania, że jest to rodzina, tworząca „odpowiednie” dla małoletniego środowisko zastępcze, a tylko w takim wypadku można mówić o pierwszeństwie adopcji krajowej.

Kwestia ta była przedmiotem wnikliwych ustaleń faktycznych. Ustalenia te, które w postępowaniu kasacyjnym nie mogą być kwestionowane, wykazały, że więź emocjonalna pomiędzy małoletnim a skarżącą i jej rodziną jest słaba. Skarżąca, pomimo kilkuletniego przebywania chłopca w placówce opiekuńczej, nawiązała z nim jedynie sporadyczny kontakt, a w okresie, gdy przebywał w stanie skrajnego zaniedbania pod opieką matki, nie przejawiała żadnego nim zainteresowania. Przeprowadzone w sprawie dowody z opinii biegłych specjalistów wykazały, że choć skarżąca i jej mąż tworzą prawidłową i wydolną wychowawczo rodzinę wobec swoich naturalnych dzieci, nie są w stanie stworzyć jej również dla małoletniego Daniela. Jest tak dlatego, że nie zdają sobie w pełni sprawy z ograniczeń w jego rozwoju i z tego, że wymaga on kompleksowej, specjalistycznej pomocy terapeutycznej, stymulującej jego rozwój poznawczy i emocjonalny, w tym terapii pedagogicznej rozwijającej percepcję słuchową, wzrokową, motorykę oraz wszechstronnych oddziaływań stymulujących rozwój poznawczy. Dalszy rozwój małoletniego wymaga zatem ogromnej pracy, a także niewątpliwie nakładów finansowych.

Trafnie uznano zatem, że skarżąca i jej rodzina nie może być uznana za odpowiednie zastępcze dla tego małoletniego środowisko rodzinne, pomimo istnienia bliskiego pokrewieństwa.

Jednocześnie, nie budzi wątpliwości, że wnioskujący o przysposobienie małżonkowie B. spełniają wymogi, pozwalające uznać ich rodzinę za prawidłowe środowisko rodzinne dla małoletniego.

Jakkolwiek zatem w świetle art. 114² § 1 k. r. i o. adopcja zagraniczna rzeczywiście powinna być traktowana jako *ultima ratio*, to jednak nadrzędny interes dziecka, jego dobro, możliwość pełnego i harmonijnego rozwoju może wymagać, w konkretnym wypadku, odrzucenia zasady pierwszeństwa adopcji krajowej.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 398¹⁴ k. p. c.

Elżbieta Holewińska-Łapińska

Recenzja książki Józefiny Hrynkiewicz, *Odrzuceni. Analiza procesu umieszczania dzieci w placówkach opieki*

Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2006, stron 223

Instytut Spraw Publicznych, w ramach programu polityki społecznej, prowadził badania nad wdrażaniem zreformowanego w 1999 r. systemu opieki zastępczej nad dziećmi. Wyniki badań zostały przedstawione w czterech publikacjach książkowych¹. Najnowszą z nich jest pozycja prezentowana w niniejszych uwagach. Wydaje się, że powinna zainteresować Czytelników Rodziny i Prawa, zważywszy na rolę, jaką pełni sąd rodzinny orzekając o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej, placówce opiekuńczo-wychowawczej bądź resocjalizacyjnej.

Celem badań, których wyniki relacjonuje J. Hrynkiewicz, było ustalenie, dlaczego, mimo malejącej liczby dzieci, nie zmniejsza się liczba małoletnich powierzanych pieczy zastępczej oraz dlaczego, mimo powszechnego przeświadczenia o wyższości rodzinnych form pieczy zastępczej nad zakładowymi, nie zmniejsza się liczba małoletnich umieszczanych w placówkach?

Zmierzając do uzyskania odpowiedzi na to pytanie zastosowano metodę biograficzną (badano losy wybranych dzieci, wychowanków domów dziecka). Technikami badań był wywiad pogłębiony² i analiza materiałów źródłowych. Badania zostały przeprowadzone w czterech województwach: mazowieckim, łódzkim, pomorskim, warmińsko-mazurskim. W każdym z wymienionych województw wybrano jeden powiat w taki sposób, aby badane środowiska lokalne różniły się od siebie (została podana charakterystyka ludności zamieszkującej badane powiaty) i jeden dom dziecka funkcjonujący na obszarze wybranego powiatu. Z każdego z tych domów dziecka wybrano do zbadania losy ośmiorga dzieci (czterech dziewczynek i czterech chłopców). Przyjęto, że w „kształtowaniu procesu opieki zastępczej” (s. 26) uczestniczą: pracownicy socjalni ośrodków pomocy społecznej w gminie, dyrektorzy i pracownicy socjalni powiatowych centrów pomocy rodzinie (PCPR), wychowawcy w domach dziec-

¹ Opieka zastępcza nad dzieckiem i młodzieżą – od form instytucjonalnych do rodzinnych pod redakcją M. Raclaw-Markowskiej i S. Legata, Warszawa 2004, Pomoc dzieciom i rodzinie w środowisku lokalnym. Debata o nowym systemie pod redakcją M. Raclaw-Markowskiej, Warszawa 2005, Z opieki zastępczej w dorosłe życie. Założenia i rzeczywistość pod redakcją A. Kwak, Warszawa 2006 oraz książka J. Hrynkiewicz, prezentowana w niniejszej recenzji.

² Wywiady przeprowadzał zespół w składzie: M. Arczewska, J. Hrynkiewicz, K. Hernik, A. Pakulska, M. Raclaw-Markowska, P. Sobisiak.

ka, pracownicy socjalni placówek opiekuńczych, sędziowie rodzinni, sądowi kuratorzy rodzinni. Z tymi osobami przeprowadzono wywiady.

Analiza wyników badań została przedstawiona poprzez rolę poszczególnych instytucji, których działania (lub beczynność) miały wpływ na losy dzieci będących wychowankami domu dziecka. W kolejnych rozdziałach została omówiona rola gminnych (miejskich) ośrodków pomocy społecznej (s. 29–66), sądu rodzinnego, z uwzględnieniem opinii sędziów (s. 67–97) i kuratorów sądowych (s. 98–107), samorządu powiatowego, z uwzględnieniem opinii i roli kierowników i pracowników socjalnych PCPR (s. 109–143), placówki opiekuńczej, z uwzględnieniem opinii i roli dyrektorów placówek i wychowawców (s. 145–202). Pracę kończą wnioski z analizy (s. 203–219) i rekomendacje (s. 221–223).

Dla sędziów rodzinnych zapewne najbardziej interesujący będzie rozdział II książki zatytułowany „*Rola sądu rodzinnego i opiekuńczego*” (s. 67–107), przedstawiający opinie doświadczonych sędziów rodzinnych o przyczynach umieszczania małoletnich w placówkach i tendencji wzrostowej w wyborze tej formy pieczy zastępczej.

Sędziowie, z którymi zostały przeprowadzone wywiady, przyczyn tego dopatrywali się nie tylko w zwiększaniu się sfery ubóstwa i dezorganizacji rodzin, ale także w większej wrażliwości na krzywdę dzieci, niższym stopniu tolerancji dla zaniedbań, wyższej świadomości u przedstawicieli różnych instytucji (policji, szkoły, niektórych ośrodków pomocy społecznej) co do potrzeby podejmowania działań instytucjonalnych. Wskazywali także na częstsze zawiadamianie sądów rodzinnych o zagrożeniu dobra dziecka, np. w konsekwencji „akcji niebieskiej karty”. Dostrzegali, że „*dopiero zmiana statusu prawnego dziecka w rodzinie, może w wielu przypadkach rozwiązać trudną sytuację materialną rodziny (...)*” (s. 68). Wydaje się, że chodzi tu nadanie określonym członkom najbliższej rodziny dziecka statusu rodziny zastępczej, co pozwala im uzyskiwać pomoc materialną na częściowe pokrycie kosztów utrzymania wychowanka.

Bardzo istotnym problemem, zaobserwowanym przez sędziów, okazał się brak miejsc w placówkach opiekuńczych przeznaczonych dla dzieci o specjalnych potrzebach (chorych fizycznie i psychicznie, niedorozwiniętych umysłowo, zaniedbanych wychowawczo, wymagających długotrwałej rehabilitacji). Dla takich dzieci trudno także znaleźć specjalistyczną rodzinę zastępczą. Potrzebne byłoby tworzenie nowych, wyspecjalizowanych placówek. Są one bardzo kosztowne i z reguły samorządów powiatowych na nie stać (s. 69–70).

Sędziowie z badanych terenów zaobserwowali bardzo zróżnicowany poziom pracy gminnych (miejskich) ośrodków pomocy społecznej i zaangażowania w rozwiązywanie problemów rodzin. Niektóre swą rolę ograniczały do wysłania do sądu faxu „alarmującego o konieczności zapewnienia dziecku opieki” (s. 78).

W postawach pracowników socjalnych przeważała bierność. Jeden z sędziów uczestniczących w badaniu stwierdził, że pomoc społeczna w gminie to ciągle jeszcze jest „*ta pani urzędniczka za biurkiem, która czeka na klientów*” (W) – s. 79.

Badanie wykazało różne modele relacji sądu rodzinnego i samorządu powiatowego. „*Model współdziałania*”, „*model głębokiego konfliktu (...)*” **połączony z próbami zdominowania sądu przez samorząd, który czuje się niezależny i niepodzielnie rządzi na swoim terenie uznając, że także sąd (...) ma realizować jego politykę**”, „*model perswazyjno-negocjacyjny*”, „*model izolacyjny (niech każdy robi co do niego należy i nie przeszkadza pozostałym)*” (s. 77). Większość opinii o działaniu lokalnych instytucji w sprawach dzieci i rodzin była bardzo krytyczna (s. 79). Zdarza się, że „**PCPR (...) nie wie nawet o tym, że sąd jest władzą niezależną od samorządu (...)**” (s. 81). Niektórzy sędziowie ocenili, że „*pracownicy PCPR wykazują (...) całkowity brak przygotowania do wykonywania ustawowych zadań w zakresie opieki zastępczej nad dziećmi*” (s. 82). Zaobserwowano też zjawisko „wyręczania się” przez samorząd powiatu wolontariuszami i organizacjami charytatywnymi, jak np. Caritas (s. 83).

W ocenie sędziów celem szkoły, do której uczęszcza „trudny” uczeń jest oddalenie go („*Szkoły nie podejmują pracy z uczniami trudnymi, mającymi problemy, gdyż uważają, że od tego jest sąd rodzinny i kurator sądowy*” – s. 86). Szkoły także zwlekają z poinformowaniem sądu o znanej im sytuacji rodzinnej uczniów wymagającej interwencji.

Na szczególnie podkreślenie zasługuje godny aprobaty postulat sędziów rodzinnych, **aby opiekun sprawujący bezpośrednio pieczę nad dzieckiem był uprawniony do uzyskiwania pomocy materialnej na częściowe pokrycie kosztów utrzymania dziecka na równi z rodziną zastępczą**. Często jedynym celem ustanawiania rodziny zastępczej dla dziecka, które musi pozostawać pod opieką (np. w związku z małoletniością matki) jest zapewnienie rodzinie pomocy materialnej (s. 87). Celowe wydaje się przypomnienie, że od wejścia w życie noweli do kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 19 grudnia 1975 r., a więc od przeszło trzydziestu lat, trwa spór o to czy skutkiem zmian stanu prawnego dokonanych wówczas jest powstanie nowej formy opieki. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale pełnego składu Izby Cywilnej z dnia 9 czerwca 1976 r., zawierającej zalecenia kierunkowe w sprawie wzmożenia ochrony rodziny (OSNCP 1976, nr 9, poz. 184). W literaturze stanowisko to prezentował, w szczególności, Jerzy Ignatowicz (*System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego pod red. J. St. Piątowskiego, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź, 1985, s. 1138*), który ze zmiany stanu prawnego w zakresie opieki, dokonanej nowelą z 1975 r., umożliwiającą sprawowanie opieki przez małżonków, wywiódł wniosek, że „rodzina zastępcza spełnia trojako rolę: stanowi jedną z postaci ograniczenia władzy rodzicielskiej (art. 109

k. r. o.), jest nową zasadniczą formą opieki (art. 146 k. r. o.), wreszcie wyręcza rodziców w sprawowaniu bezpośredniej pieczy nad dzieckiem, gdy oni sami z uzasadnionej przyczyny czynić tego osobiście nie mogą”. W konsekwencji więc, gdy dziecko nie przebywa w rodzinie zastępczej a powstał prawny powód ustanowienia opieki (np. pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej) to „w rachubę wchodzi przede wszystkim ustanowienie opieki i powołanie opiekuna. Opieka ta może być oczywiście powierzona rodzicom zastępczym”. Dziecko „może być skierowane do rodziny nowo powołanych opiekunów jako do rodziców zastępczych, ale **nie jest to samodzielne rozstrzygnięcie, lecz skutek powołania małżonków (lub osoby samotnej) na opiekunów**” [podr. E. H-Ł.]. Przy takim ujęciu kolejność orzekania o ustanowieniu opieki i powołaniu opiekuna oraz o ustanowieniu tej samej osoby (małżonków) rodziną zastępczą nie ma zasadniczego znaczenia. Brzmienie art. 149 § 4 k. r. o. skłania jednak do wniosku, że – o ile ta sama osoba (osoby) ma łączyć funkcję rodziny zastępczej i opiekuna prawnego – to w pierwszej kolejności powinno być wydane orzeczenie o powierzeniu dziecka rodzinie zastępczej, a następnie (po uprawomocnieniu się tego orzeczenia) ustanowienie opiekunem rodzica zastępczego (małżonków ustanowionych rodziną zastępczą). W każdym zaś razie taka kolejność wydaje się być „najbezpieczniejsza prawnie”, bowiem następuje zadośćuczynienie wymaganiu, aby sprawowanie opieki nad dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej zostało powierzone („przede wszystkim”) rodzicom zastępczym. Zapewne jednak art. 149 § 4 k. r. o. odnosi się do sytuacji, gdy potrzeba umieszczenia dziecka w rodzinie zastępczej wyprzedzała (i zadośćuczyniono jej) prawny powód ustanowienia opieki. Np. umieszczenie w rodzinie zastępczej było formą ograniczenia władzy rodzicielskiej. Po pewnym czasie rodzice zmarli lub zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej. Powstał prawny powód ustanowienia opieki. Aby nie zmieniać sytuacji dziecka opiekę powierzono rodzicom zastępczym. Tymczasem w stanach faktycznych, które występują w praktyce najczęściej, zaistnienie prawnego powodu ustanowienia opieki dotyczy dziecka, które jeszcze nie było umieszczone w rodzinie zastępczej. Powierzenie opiekunowi funkcji rodziny zastępczej ma na celu umożliwienie mu uzyskania pomocy pieniężnej na częściowe pokrycie kosztów utrzymania dziecka (opiekun ma już uprawnienie i obowiązek pieczy nad osobą pupila; ustanowienie opiekuna rodziną zastępczą nie poszerza zakresu jego kompetencji). Stanisława Kalus (*Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2000, s. 378*) i Jerzy Strzebińczyk (*Opieka [w] System Prawa Prywatnego, t. 12, Prawo rodzinne i opiekuńcze pod red. T. Smoczyńskiego, Warszawa 2003, s. 776*) upatrują w tej praktyce obchodzenie przepisów o nieodpłatnym charakterze opieki (art. 162 § 1 k. r. o.). W pełni podzielam stanowisko tych sędziów rodzinnych, którzy postulują jednoznaczne rozwiązanie wskazanego problemu.

Sędziowie ocenili, że wszystkie obecnie funkcjonujące formy pieczy zastępczej (także domy dziecka) są „potrzebne i pożądane” (s. 94). Bardzo wiele zastrzeżeń budził jednak stan aktualny. Dostrzegano potrzebę rozbudowy systemu rodzin zastępczych. Krytycznie oceniano spokrewnione rodziny zastępcze, bowiem „rodzina, która zaniedbuje dziecko jest **zwalniana** przez sąd z odpowiedzialności za jego utrzymanie i wychowanie (...) niezadko jest **wynagradzana materialnie**, gdy sąd ustanowi spokrewnioną rodzinę zastępczą”. (s. 95).

Badanie losów dzieci, które ostatecznie zostały umieszczone w placówce, wykazało, że nadzór kuratora sądowego nad ich rodzicami, będący pierwszą formą ingerencji sądu w wykonywanie władzy rodzicielskiej, w żadnym ze zbitych przypadków nie doprowadził do zmiany postępowania rodziców. Średni okres „zainteresowania sądu” losem dziecka, finalnie umieszczonego w placówce, wynosił od ośmiu do dziesięciu lat. Według relacji kuratorów, którzy uczestniczyli w badaniu, w tym okresie z reguły zmieniała się zarówno osoba sędziego prowadzącego sprawę dziecka jak i kuratora sprawującego nadzór nad wykonywaniem nad dzieckiem władzy rodzicielskiej (s. 98). Z tej przyczyny kuratorzy nie byli w stanie odtworzyć historii dziecka, aktualnie przebywającego w placówce, którego losy były przedmiotem badania Józefiny Hrynkiewicz i Jej zespołu. W większości zbadanych przypadków najdalej idącą formą ingerencji sądu było ograniczenie władzy rodzicielskiej przez umieszczenie dziecka w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Było to oceniane krytycznie przez kierownictwo placówek, w których umieszczono dzieci. Rodzice bowiem najczęściej nie kontaktowali się z dziećmi. Zachowywali jednak szereg uprawnień z zakresu władzy rodzicielskiej a ich zgoda była konieczna przy podejmowaniu różnych decyzji dotyczących osoby dziecka. Kierownictwo placówek nie znało aktualnego miejsca pobytu rodziców, nie mogło ich odszukać. Konieczne było podejmowanie stosownych decyzji przez sąd (s. 99).

Alarmujący charakter ma ustalenie, że **zdarzają się przypadki nie obejmowania nadzorem sądu całej rodziny w sytuacji popełnienia przestępstwa na szkodę tylko jednego z kilkorga dzieci**. Zdarza się, że interwencja sądu dotyczy tylko sprawcy i jego ofiary (s. 99). Potencjalnymi ofiarami zaś mogą być inne dzieci (np. w przypadku molestowania seksualnego przez ojca, ojczyma, starszego brata stwierdzonego wobec jednego z kilkorga rodzeństwa mieszkającego wspólnie). Zakładam, że taka sytuacja jest wyjątkiem a nie regułą w działaniach sądów rodzinnych. Zastosowana w recenzowanej książce metoda badawcza nie pozwala na zbyt daleko idące uogólnienia. Nie mniej to właśnie ustalenie powinno szczególnie „uczulić” sędziów rodzinnych i doprowadzić do wyeliminowania potencjalnych zagrożeń dobra rodzeństwa dziecka, które jest ofiarą przestępstwa, zwłaszcza gdy sprawcą jest osoba z kręgu rodziny lub bliskiego środowiska dziecka.

Z relacji kuratorów sądowych wynikał „pokoleniowy charakter patologii rodzinnej” (s. 100). Ta konstatacja nie zaskakuje. Świadczy jednak o braku skuteczności działań resocjalizacyjnych wobec wstępnych dziecka.

Kuratorzy sądowi zaobserwowali niechęć pracowników socjalnych, skoncentrowanych na udzielaniu pomocy materialnej, do „wchodzenia w konflikty rodzinne” gdyż to mogłoby im utrudniać sytuację zawodową. Tylko w jednej sprawie, spośród wszystkich zbadanych przez autorkę przypadków, miała miejsce interwencja pracownika socjalnego. Wywołały ją wielokrotne prośby babci dzieci zaniedbywanych i demoralizowanych przez upośledzoną umysłowo matkę. Mimo, że prawie wszystkie dzieci, których losy zbadała autorka relacjonowanej książki, należały do rodzin będących podopiecznymi pomocy społecznej, sądy najrzadziej były informowane o potrzebie interwencji przez pracowników socjalnych w porównaniu z częstotliwością informacji nadchodzących od szkoły i policji, mimo że zapewne pracownicy socjalni o patologii w rodzinie wiedzieli najwcześniej. Kuratorzy zaobserwowali, że także sąsiedzi, najbardziej zorientowani w sytuacji dzieci, rzadko sygnalizują potrzebę interwencji, a jeżeli to czynią to zwykle anonimowo (s. 101).

Warto zwrócić uwagę na obserwację kuratorów dotycząca funkcjonowania dzieci w patologicznych rodzinach. Najczęściej tylko najmniejsze dzieci w rodzinach patologicznych są bezradnymi ofiarami patologii rodziców i innych krewnych. O ich losie sąd jest najczęściej informowany przez policję, która przypadkowo poznaje los dzieci dokonując interwencji związanej z przestępstwem lub innym patologicznym zachowaniem rodziców lub innej osoby znajdującej się w mieszkaniu, w którym przebywa dziecko. Nieco starsze dzieci nie tylko przejmują obowiązki rodziców, ale i chcą je wykonywać, bo uważają, że jest to ich obowiązkiem („są już tak niezwykle operatywne, że same szukają (...) jakiegoś źródła dochodów (...) zbierają złom czy makulaturę (...) dziecko wchodziło (...) w rolę rodziców w złym znaczeniu, bo właśnie w taki sposób, że kra-dło, zabezpieczało materialne potrzeby rodziny, a rodzice bez żadnego zażenowania z tego korzystali (S)”. Ingerencja sądu najczęściej „ma miejsce wówczas, gdy te zaradne dzieci lub ich bliscy popełnia przestępstwo” (s. 103).

Kuratorzy ustalili, że ingerencja sądu opiekuńczego w wykonywanie władzy rodzicielskiej jest skuteczna, jeżeli rodzice zachowali jeszcze więź emocjonalną z dziećmi i nie chcą dopuścić do powierzenia bezpośredniej pieczy nad dziećmi innej osobie lub placówce. W takiej sytuacji starają się wypełnić oczekiwania sądu (szukają pracy, leczą się odwykowo, zmieniają środowisko i obyczaje, np. starają się nieprzebywać w miejscach publicznych, gdy są pod wpływem alkoholu, zabiegają o odzyskanie dobrej opinii), często kontaktują się z kuratorem i z sądem. W przypadkach, gdy więź emocjonalna z dziećmi jest bardzo słaba lub ustała, rodzice z zadowoleniem przyjmują decyzję sądu o pozbawieniu ich osobistej pieczy nad dziećmi (s. 106).

Badanie wykazało liczne niedostatki w działaniach instytucji samorządu powiatowego w instytucjonalnej pieczy zastępczej nad dziećmi. W każdym ze zbadanych domów dziecka przebywały dzieci z różnych powiatów a nawet województw, co powodowało, że zachowanie styczności z osobami bliskimi było znacznie utrudnione. We wszystkich domach dziecka przebywało od 60 do 70 dzieci. **Zmniejszanie liczby wychowanków od 2005 r. miało charakter formalny a nie rzeczywisty (!)**. Jedną ze stosowanych „metod” było tworzenie wydzielonych grup wychowanków, którzy mieli się usamodzielniać. *„Oznacza to, że wychowankowie pozostają nadal w domu dziecka, ale na nieco innych zasadach (...) określanych indywidualnie dla poszczególnych wychowanków”* (s. 111). Wszystkie samorządy powiatowe zmierzały do ograniczenia przyjmowania do placówek dzieci z terenu innych powiatów. Nie powiodły się próby obniżenia kosztów utrzymania placówek, które są nadal b. wysokie. W badanych domach dziecka **koszty utrzymania jednego wychowanka wynosiły w 2004 r. od 1.900 zł do 2.700 zł**. Wysokie koszty funkcjonowania domów dziecka wynikają głównie z ich przestarzałej „bazy” (kosztowne remonty, modernizacja i eksploatacja) oraz zasad zatrudniania i wynagradzania personelu. W praktyce **można obniżyć tylko wydatki przeznaczone na wyżywienie, ubranie, edukację, leczenie i rehabilitację dzieci**. Samorządy są zainteresowane zmianą funkcji lub likwidacją placówek (s. 112).

Badanie wykazało bardzo ograniczone współdziałanie samorządów powiatów i gmin między sobą oraz z rodzinami – tylko w zakresie, który w sposób jednoznaczny wynika z zapisów ustaw i rozporządzeń. Jedynie obowiązek dostarczania dokumentów finansowo – księgowych dotyczących „ruchu wychowanków” i pomocy na ich usamodzielnienie jest realizowany skrupulatnie (s. 115). Pracownicy samorządu powiatowego oceniali, że gminy nie są zainteresowane współpracą nawet, gdy przybiera ona atrakcyjne, jak można byłoby sądzić, formy – np. na szkolenie z udziałem ekspertów niemieckich nie przybył nikt z ośrodków gminnych. *„Gminy przyjmują postawę obronną przed nowymi zadaniami”* (s. 116).

Współpracę odnotowano przy tworzeniu i szkoleniu rodzin zastępczych i wykonywaniu wywiadów środowiskowych (jeden raz na 6 miesięcy) przez gminne ośrodki pomocy społecznej na zlecenie PCPR. Jeżeli jest współpraca to z inicjatywą PCPR (s. 117).

Pracownicy PCPR bardzo krytycznie ocenili swoją współpracę z sądami rodzinnymi. Ilustruje to np. taka, zacytowana w książce wypowiedź (s. 119): *„(...) na początku to sądy w ogóle nie wiedziały, co my tam jeszcze od nich chcemy. Jakiś tam nowy twór powstał, a tutaj trzeba bronić niezawisłości! (...) Ja wcale nie chcę wchodzić w ich kompetencje, ale żeby oni chcieli nas słuchać – to wystarczy (B)”*. Za wielkie osiągnięcie, w opinii kierowników PCPR, należy uznać, że „sąd **niekiedy** chce wysłuchać pracowników socjalnych” (s. 119).

W opinii kierowników PCPR sądy rodzinne ani nie korzystają ani nie uwzględniają wielu danych zgromadzonych przez instytucje pomocy społecznej i dlatego „**postanowienia sądów rodzinnych wydawane są na podstawie wyrwykowych materiałów oraz niedostatecznie wnikliwie przeprowadzonej diagnozy i analizy sytuacji dziecka**”. Przypadki bardzo pozytywnie ocenianej współpracy sądów z PCPR też zaobserwowano, ale występowały sporadycznie. Powszechne wśród kierowników PCPR, których opinię poznała autorka recenzowanej książki, jest spostrzeżenie, że **sądy rzadko korzystają** z opinii psychologów i pedagogów szkolnych, na ogół nie zwracają się do instytucji pomocy społecznej o opinie dotyczące sytuacji dziecka i rodziny **preferując wywiad środowiskowy wykonany przez kuratora sądowego** (s. 120). „Katalog” krytycznych opinii pracowników socjalnych wobec pracy sądów rodzinnych obejmuje, między innymi, **przewlekłość postępowania, małą wnikliwość w rozpatrywaniu sytuacji rodzinnej dziecka, ignorowanie wiedzy pracowników socjalnych o rodzinie i zgromadzonej przez nich dokumentacji, nadmierną „łatwowierność” sądu wobec obietnic poprawy składanych przez rodziców krzywdzonych dzieci, niezawiadanie PCPR o wielu przypadkach wszczęcia postępowań wobec ich „podopiecznych”, nadsyłanie odpisów orzeczeń po upływie znacznego okresu od ich wydania z jednoczesnym oczekiwaniem, że zostanie wykonane natychmiast, „polecenia” w miejsce rzeczywistej współpracy** (s. 121–123). Wydaje się, że te opinie i uwagi krytyczne powinny być bardzo poważnie wzięte pod uwagę, nawet jeżeli w stosunku do większości działań i orzeczeń sądów rodzinnych są nieuzasadnione.

Opinie dyrektorów i wychowawców domów dziecka wobec funkcjonującego systemu pieczy zastępczej były także bardzo krytyczne. Ramy niniejszej wypowiedzi nie pozwalają na ich zreferowanie. Warto wskazać jednak na **ograniczony zakres informacji o dziecku**, które przybywa do placówki, co bardzo utrudnia zaplanowanie pracy wychowawczej z nim (s. 155, 156), szczególnie że część dzieci wymaga leczenia **psychiatrycznego** (s. 158).

Badanie doprowadziło do druzgocącej krytyki systemu pieczy zastępczej nad dziećmi, wynikającej, między innymi, z niżej wskazanych ustaleń.

Samorządy gmin nie realizują programów społecznych, w tym w szczególności w zakresie przeciwdziałania alkoholizmowi, który degraduje rodziny i powoduje ich niewydolność wychowawczą (pijaństwo rodziców, zaniedbywanie dzieci trwa wiele lat przy „**całkowitej bierności wszystkich instytucji w środowisku lokalnym**” (s. 221). Rozpowszechnieniu ulega narkomania wśród rodziców, którą zwykle jest znacznie trudniej wykryć niż alkoholizm. Dodatkowo do degradacji rodzin prowadzi **bezrobocie rodziców** i ich „niewydolność ekonomiczna”.

W celu ograniczenia uciążliwości rodzin patologicznych dla pozostałych mieszkańców samorządy gmin i miast przesiedlają takie rodziny tworząc

„dzielnice” zamieszkałe przez rodziny niewydolne wychowawczo, zaniebujące dziećmi. Z takimi rodzinami i ich dziećmi nie prowadzi się pracy wychowawczej. **„Samorząd gminy jest wręcz zainteresowany przekazaniem dziecka do placówki opiekuńczej lub rodziny zastępczej, gdyż jest to źródłem istotnych oszczędności (...) koszty pobytu dziecka w placówce lub rodzinie zastępczej pokrywa samorząd powiatu”** (s. 222).

Gminne ośrodki pomocy społecznej **bardzo rzadko zawiadamiają sąd rodzinny o potrzebie interwencji**, zwykle dopiero, gdy występuje bezpośrednie zagrożenie życia dzieci (np. pozostawionych bez opieki). O przypadkach drastycznych zaniedbań także rzadko informuje sąd służba zdrowia i szkoła. Zdarza się, że sądy są informowane anonimowo. Sądy i kuratorzy rodzinni nie współpracują z gminnymi i powiatowymi instytucjami pomocy społecznej; **Częstokroć postanowienia sądu nie są niezwłocznie wykonywane a PCPR usiłuje nawet „dyskutować” z sądem na temat ich zasadności** (s. 79–85 oraz s. 120 i n.).

Tylko w jednym z czterech zbadanych środowisk prowadzono prace w celu pozyskania zawodowych rodzin zastępczych. Nie ma specjalistycznych rodzin zastępczych a równolegle zmniejsza się liczba bardzo kosztownych miejsc w placówkach specjalistycznych. Badanie akt spraw sądowych, zakończonych w pierwszym półroczu 2005 r., o umieszczeniu dzieci w rodzinach zastępczych, które przeprowadziłam w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, potwierdziło większość krytycznych ocen dotyczących systemu pomocy społecznej i miejsca jakie zajmują w nim rodziny zastępcze.

Józefina Hryniewicz doszła do wniosku, iż **„badania pokazały, że system opieki zastępczej nad dzieckiem został wadliwie zaprojektowany w zakresie wszystkich narzędzi jego realizacji. Wykazano w nich wadliwie zaprojektowane rozwiązania prawne, finansowe, instytucjonalne, kadrowe oraz brak monitorowania i ewaluacji systemu. Punktem wyjścia dla projektowania systemu uczyniono kompetencje i uprawnienia instytucji, a nie realizację głównego zadania, jakim jest opieka zastępcza nad dzieckiem (...) nawet poprawienie jakiegoś elementu systemu nie wpłynie na jego prawidłowe działanie, to jest na działanie zgodne z potrzebami i interesem dzieci, pozbawionych opieki własnych rodziców”** (s. 223).

Przedstawiony obraz funkcjonowania systemu organizowania dla dzieci pieczy zastępczej i pracy (a właściwie braku takiej pracy) z ich rodzinami powstał w oparciu o stosunkowo ograniczony materiał badawczy. Badania zostały określone jako „jakościowe”, a nie ilościowe. Dlatego na podstawie ich wyników **nie można dokonywać uogólnień i wnioskować o skali przedstawianych zjawisk**. Jest to niewątpliwie słabość pracy. Mimo tego pokazuje ona w sugestywny sposób wiele problemów, których rozwiązywanie należy także do sądów rodzinnych. Zapewne będzie interesująca konfrontacja obrazu przedstawionego w pracy z doświadczeniami Czytelników.

Robert Zegadło

Tadeusz Smoczyński

Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne

Janina Panowicz-Lipska

Separacja

Studia Prawa Prywatnego 2007, nr 1 (4)

Studia Prawa Prywatnego to kwartalnik publikowany przez Wydawnictwo C. H. Beck we współpracy z Instytutem Naukowym PAN. Redaktorem naczelnym jest prof. Zbigniew Radwański.

Artykuły prezentowane w Studiach Prawa Prywatnego są częścią większych opracowań oczekujących na publikację w kolejnych tomach Systemu Prawa Prywatnego. Ze względu na docelowe przeznaczenie do Systemu Prawa Prywatnego artykuły te mają charakter kompleksowych opracowań dotyczących danych instytucji prawa cywilnego. Są na tyle obszerne, że stanowią nie tylko komentarz do aktualnego ustawodawstwa, ale nadto zawierają analizy historyczne i prawnoporównawcze. Takie ujęcie pozwala na odniesienie omawianej instytucji do całego systemu prawa cywilnego.

Oba wymienione powyżej opracowania znajdują się w przygotowywanym obecnie tomie Systemu Prawa Prywatnego, który będzie poświęcony konsekwencjom prawnym wynikającym z małżeństwa. Relacjom prawnym wynikającym z rodzicielstwa oraz prawu opiekuńczemu był poświęcony 12. tom Systemu.

Artykuł profesora Smoczyńskiego, ze względu na przedmiot, będzie zapewne otwierał wspomniany tom Systemu. Zawiera on bowiem, jak sam tytuł wskazuje, analizę pojęć „prawo rodzinne” i „stosunek rodzinnoprawny”. Niezależnie bowiem od dyskusji, gdzie prawo rodzinne powinno być w przyszłości uregulowane, nie ulega wątpliwości, że kategoria „prawo rodzinne” jest odrębną kategorią w ramach prawa cywilnego a „stosunek rodzinnoprawny” wyróżnia się pewnymi swoistymi cechami. Odrębność prawa rodzinnego istnieje więc co najmniej w takim zakresie, w jakim mówimy o prawie rzeczowym, prawie spadkowym, prawie własności intelektualnej itd. Nie można zapominać, że prawo rodzinne tradycyjnie należy do prawa cywilnego i że istnieją funkcjonalne i systemowe związki prawa rodzinnego z tym prawem. Dlatego też Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie ma przepisów ogólnych i odwołuje się do podstawowych pojęć zdefiniowanych w Kodeksie cywilnym. Profesor Smoczyński zwraca uwagę, że brak części ogólnej Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jest niedostatkiem obecnego sposobu regulacji. Co do zasady Autor opowiada się jednak za włączeniem prawa rodzinnego do Kodeksu cywilnego.

Dyskusja w sprawie relacji między prawem rodzinnym i prawem cywilnym nie zagraża bytowi sądów rodzinnych jako odrębnych jednostek w strukturze wymiaru sprawiedliwości już choćby ze względu na to, że kognicja sądu rodzinnego jest znacznie szersza niż tylko obejmująca sprawy rodzinne (wydział rodzinny i nieletnich – por. art. 12 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1071 ze zm.). Omawiany artykuł nie pomija też tych kwestii – proceduralnych i ustrojowych.

Mimo iż zasadniczo omawiane opracowanie cechuje się ujęciem ogólnym i teoretycznym warto je polecić nie tylko teoretykom prawa, ale i praktykom. W szczególności przydatne dla praktyki są rozważania dotyczące głównych zasad i kierunków wykładni w prawie rodzinnym. Niejednokrotnie bowiem sędzia rodzinny stoi w obliczu zastosowania bardzo otwartej normy, jak w szczególności takiej, gdzie jedyną przesłanką rozstrzygnięcia jest dobro dziecka. Również w innych przypadkach celowe bywa odwołanie się do zasad prawa rodzinnego dla „wzmocnienia” uzasadnienia konkretnego rozstrzygnięcia. Wśród zasad prawa rodzinnego Autor wymienia zasadę ochrony rodziny, dobra dziecka, trwałości małżeństwa, równouprawnienia małżonków, świeckości prawa rodzinnego.

Jak już wskazano, materiały publikowane w Studiach Prawa Prywatnego z istoty rzeczy charakteryzują się kompleksowym ujęciem całej problematyki związanej z daną instytucją prawną. Taki też charakter ma artykuł prof. Panowicz-Lipskiej, w którym znajdujemy szczegółowe rozważania dotyczące przesłanek i skutków zarówno orzeczenia separacji jak i jej zniesienia. W zakresie skutków orzeczenia separacji sama systematyka artykułu wskazuje na rozróżnienie skutków analogicznych z orzeczeniem rozwodu i skutków szczególnych dla separacji – związanych z dalszym istnieniem małżeństwa, jak w szczególności niedopuszczalność zawarcia nowego związku, kwestia nazwiska, obowiązek pomocy, przymusowy ustrój majątkowy. Nie zostały pominięte aspekty procesowe, które – jak to często bywa w prawie rodzinnym – przenikają się nawzajem z prawem materialnym. Autorka na tyle szczegółowo analizuje różne aspekty separacji, że poświęciła oddzielny rozdział kwestii, jakie znaczenie ma separacja dla sprawowania opieki i pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Autorka nie pomija też, że nadal system prawny wiąże określone skutki prawne z separacją faktyczną, która w ustawodawstwie jest określana zazwyczaj sformułowaniem „małżonkowie żyją w rozłączeniu”.

Bardzo interesujący jest też rys historyczny, który przypomina o ewolucji poglądów na temat celowości przywrócenia tej instytucji.

Również to opracowanie warto polecić nie tylko teoretykom prawa, ale i praktykom, gdyż jego kompleksowość i szczegółowość umożliwi nie tylko poznanie i zrozumienie instytucji separacji jako teoretycznej konstrukcji, ale może też przynieść rozwiązania dla konkretnych problemów wyłaniających się w praktyce orzeczniczej.

Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ – uchwalona przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej na 41. posiedzeniu w dniu 9 maja 2007 r., przekazana do rozpatrzenia przez Senat

Art. 1.

W ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.²⁾) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 64 po § 1 dodaje się § 11 w brzmieniu:

„§ 11. Zdolność sądową mają także jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną.”;

2) w art. 65 § 1 otrzymuje brzmienie:

„§ 1. Zdolność do czynności procesowych (zdolność procesową) mają osoby fizyczne posiadające pełną zdolność do czynności prawnych, osoby prawne, inne jednostki organizacyjne oraz organizacje społeczne, o których mowa w art. 64.”;

3) w art. 67 § 1 otrzymuje brzmienie:

„§ 1. Osoby prawne, inne jednostki organizacyjne oraz organizacje społeczne mające zdolność sądową dokonują czynności procesowych przez swoje organy albo przez osoby uprawnione do działania w ich imieniu.”;

¹⁾ Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawę z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, ustawę z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej i ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

²⁾ 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, 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 oraz 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 i Nr 267, poz. 2258, z 2006 r. Nr 12, poz. 66, Nr 66, poz. 466, 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 oraz z 2007 r. Nr 7, poz. 58, Nr 47, poz. 319 i Nr 50, poz. 331.

-
- 4) w art. 89 uchyla się § 3;
- 5) w art. 98:
- a) § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. Do niezbędnych kosztów procesu prowadzonego przez stronę osobiście lub przez pełnomocnika, który nie jest adwokatem, radcą prawnym lub rzecznikiem patentowym, zalicza się poniesione przez nią koszty sądowe, koszty przejazdów do sądu strony lub jej pełnomocnika oraz równowartość zarobku utraconego wskutek stawiennictwa w sądzie. Suma kosztów przejazdów i równowartość utraconego zarobku nie może przekraczać wynagrodzenia jednego adwokata wykonującego zawód w siedzibie sądu procesowego.”;
- b) § 4 otrzymuje brzmienie:
„§ 4. Wysokość kosztów sądowych, zasady zwrotu utraconego zarobku lub dochodu oraz kosztów stawiennictwa strony w sądzie, a także wynagrodzenie adwokata, radcy prawnego i rzecznika patentowego regulują odrębne przepisy.”;
- 6) w art. 981 § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. Jeżeli postępowanie cywilne zostało wszczęte w ciągu trzech miesięcy od dnia zakończenia mediacji, która nie została zakończona ugodą albo w ciągu trzech miesięcy od dnia uprawomocnienia się postanowienia o odmowie zatwierdzenia ugody przez sąd, do niezbędnych kosztów procesu zalicza się także koszty mediacji w wysokości nieprzekraczającej czwartej części opłaty.”;
- 7) uchyla się art. 121;
- 8) w art. 135 dotychczasową treść oznacza się jako § 1 oraz dodaje się § 2 w brzmieniu:
„§ 2. Na wniosek strony doręczenie może być dokonane na wskazany przez nią adres skrytki pocztowej. W tym wypadku pismo sądowe przesłane pocztą składa się w placówce pocztowej operatora publicznego, umieszczając zawiadomienie o tym w skrytce pocztowej adresata.”;
- 9) w art. 136:
- a) § 3 otrzymuje brzmienie:
„§ 3. Przepisu § 2 nie stosuje się do doręczenia skargi o wznowienie postępowania lub skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia.”;
- b) po § 3 dodaje się § 4 w brzmieniu:
„§ 4. Strona, która zgłosiła wniosek o dokonywanie doręczeń na adres oznaczonej skrytki pocztowej, ma obowiązek zawiadamiać sąd o każdej zmianie tego adresu. Przepisy § 2 i 3 stosuje się odpowiednio.”;
- 10) art. 373 otrzymuje brzmienie:
„**Art. 373.** Sąd drugiej instancji odrzuca na posiedzeniu niejawnym apelację, jeżeli uległa ona odrzuceniu przez sąd pierwszej instancji. Jeżeli dostrzeże braki, do których usunięcia strona nie była wezwana, zażąda ich usunięcia. W razie nieusunięcia braków w wyznaczonym terminie apelacja ulega odrzuceniu. Art. 3701 stosuje się odpowiednio.”;
- 11) w art. 394 w § 1 pkt 9 otrzymuje brzmienie:
„9) zwrot kosztów, określenie zasad ponoszenia przez strony kosztów procesu, wymiar opłaty, zwrot opłaty lub zaliczki, obciążenie kosztami sądowymi, jeżeli strona nie składa środka zaskarżenia co do istoty sprawy, koszty przyznane w nakazie zapłaty oraz wynagrodzenie biegłego.”;
- 12) w art. 395 § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Akta sprawy wraz z zażaleniem sąd pierwszej instancji przedstawia są-

- dowi drugiej instancji po doręczeniu zażalenia stronie przeciwnej, a w wypadkach wskazanych w art. 394 § 1 pkt 2 i 5 – niezwłocznie po złożeniu zażalenia bez doręczenia go stronie przeciwnej. Odpowiedź na zażalenie może być wniesiona wprost do sądu drugiej instancji w terminie tygodniowym od doręczenia zażalenia.”;
- 13) w art. 3986 § 4 otrzymuje brzmienie:
„§ 4. O odrzuceniu skargi kasacyjnej niespełniającej wymagań określonych w art. 3984 § 1 sąd drugiej instancji albo Sąd Najwyższy zawiadamia właściwy organ samorządu zawodowego, do którego należy pełnomocnik.”;
- 14) w art. 4246 § 3 otrzymuje brzmienie:
„§ 3. Skargę nieopłaconą, skargę wniesioną z naruszeniem art. 871 § 1 oraz skargę, której braków strona nie usunęła w terminie, sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym.”;
- 15) w art. 473 uchyla się § 2;
- 16) w art. 544 § 2 otrzymuje brzmienie:
„§ 2. W sprawach tych właściwy jest sąd miejsca zamieszkania osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie, a w braku miejsca zamieszkania – sąd miejsca jej pobytu.”;
- 17) w art. 545 § 1-3 otrzymują brzmienie:
„§ 1. Wniosek o ubezwłasnowolnienie może zgłosić:
1) małżonek osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie;
2) jej krewni w linii prostej oraz rodzeństwo;
3) jej przedstawiciel ustawowy.
§ 2. Krewni osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie, nie mogą zgłaszać tego wniosku, jeżeli osoba ta ma przedstawiciela ustawowego.
§ 3. Wniosek o ubezwłasnowolnienie częściowe można zgłosić już na rok przed dojściem do pełnoletności osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie.”;
- 18) w art. 546:
a) § 1 otrzymuje brzmienie:
„§ 1. Uczestnikami postępowania o ubezwłasnowolnienie są z mocy samego prawa prócz wnioskodawcy:
1) osoba, której dotyczy wnioski;
2) jej przedstawiciel ustawowy;
3) małżonek osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie.”,
b) dodaje się § 3 w brzmieniu:
„§ 3. Organizacje społeczne, do których zadań statutowych należy ochrona praw osób niepełnosprawnych, udzielanie pomocy takim osobom lub ochrona praw człowieka, mogą wstąpić do postępowania w każdym jego stadium.”;
- 19) art. 547 otrzymuje brzmienie:
„Art. 547. § 1. Osobę, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie, należy wysłuchać niezwłocznie po wszczęciu postępowania; wysłuchanie powinno odbyć się w obecności biegłego psychologa oraz – w zależności od stanu zdrowia osoby, która ma być wysłuchana – biegłego lekarza psychiatry lub neurologa.
§ 2. W celu wysłuchania osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie, sąd może zarządzić przymusowe sprowadzenie tej osoby na rozprawę albo wysłuchać ją przez sędziego wyznaczonego. Na postanowienie sądu

o przymusowym sprowadzeniu osoby na rozprawę przysługuje zażalenie.

§ 3. Niemożność porozumienia się z osobą, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, stwierdza się w protokole po wysłuchaniu biegłego lekarza i psychologa uczestniczących w posiedzeniu.”;

20) art. 548 otrzymuje brzmienie:

„Art. 548. § 1. Jeżeli wnioszek o ubezwłasnowolnienie dotyczy osoby pełnoletniej, sąd może na wniosek uczestnika postępowania lub z urzędu, przy wszczęciu lub w toku postępowania, ustanowić dla niej doradcę tymczasowego, gdy uzna to za konieczne dla ochrony jej osoby lub mienia.

§ 2. Przed ustanowieniem doradcy tymczasowego należy wysłuchać osobę, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie.

§ 3. Doradcą tymczasowym należy ustanowić przede wszystkim małżonka, krewnego lub inną osobę bliską, jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie wzgląd na dobro osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie.

§ 4. Sąd może zwrócić się do organizacji społecznej wymienionej w art. 546 § 3 o wskazanie osoby, która mogłaby być ustanowiona doradcą tymczasowym.

§ 5. Postanowienie o ustanowieniu doradcy tymczasowego staje się skuteczne z chwilą doręczenia go osobie, której dotyczy wnioszek. W wypadkach określonych w art. 556 postanowienie staje się skuteczne z chwilą wydania.”;

21) w art. 550 § 2 otrzymuje brzmienie:

„§ 2. Sąd odwołuje doradcę tymczasowego, jeżeli ustała potrzeba dalszej ochrony osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, lub jej mienia.”;

22) art. 552 otrzymuje brzmienie:

„Art. 552. § 1. Jeżeli według wniosku o ubezwłasnowolnienie ma być orzeczone z powodu choroby psychicznej lub niedorozwoju umysłowego, sąd przed zarządzeniem doręczenia wniosku zażąda, w wyznaczonym terminie, przedstawienia świadectwa lekarskiego wydanego przez lekarza psychiatrę o stanie psychicznym osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, lub opinii psychologa o stopniu niepełnosprawności umysłowej tej osoby. Jeżeli ubezwłasnowolnienie ma nastąpić z powodu pijaństwa, sąd żąda także przedstawienia zaświadczenia poradni przeciwalkoholowej, a jeżeli ubezwłasnowolnienie ma nastąpić z powodu narkomanii – zaświadczenia z poradni leczenia uzależnień.

§ 2. Sąd odrzuca wnioszek o ubezwłasnowolnienie, jeżeli treść wniosku lub dołączone do wniosku dokumenty nie uprawdopodobniają istnienia choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub występowania innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie albo w razie niezłożenia żądanego świadectwa, opinii lub zaświadczenia, chyba że złożenie takich dokumentów nie jest możliwe.”;

23) art. 553 otrzymuje brzmienie:

„Art. 553. § 1. Osoba, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, musi być zbadana przez biegłego lekarza psychiatrę lub neurologa, a także psychologa.

§ 2. Opinia biegłego oprócz oceny stanu zdrowia psychicznego lub zaburzeń psychicznych albo rozwoju umysłowego osoby, której dotyczy wnioszek o ubezwłasnowolnienie, powinna zawierać umotywowaną ocenę zakresu jej zdolności do samodzielnego kierowania swoim postępowaniem i prowadzenia swoich spraw, uwzględniającą postępowanie i zachowanie się tej osoby.”;

24) w art. 554 § 1 otrzymuje brzmienie:

- „§ 1. Sąd może, jeżeli na podstawie opinii dwóch biegłych lekarzy uzna to za niezbędne, zarządzić oddanie osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, pod obserwację w zakładzie leczniczym na czas nie dłuższy niż sześć tygodni. W wyjątkowych wypadkach sąd może termin ten przedłużyć do trzech miesięcy.”;
- 25) po art. 554 dodaje się art. 5541 w brzmieniu:
„Art. 5541. § 1. Postępowanie dowodowe powinno ustalić przede wszystkim stan zdrowia, sytuację osobistą, zawodową i majątkową osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, rodzaj spraw wymagających prowadzenia przez tę osobę oraz sposób zaspokajania jej potrzeb życiowych.
§ 2. Sąd może zobowiązać osoby pozostające we wspólnocie domowej z osobą, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, do złożenia wykazu majątku należącego do tej osoby oraz do złożenia przyrzeczenia. Przepisy art. 913, 915-917 stosuje się odpowiednio.”;
- 26) art. 556 otrzymuje brzmienie:
„Art. 556. § 1. Sąd może zaniechać doręczenia pism sądowych, wezwania lub wysłuchania osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, jeżeli uzna to za niecelowe ze względu na stan zdrowia tej osoby, określony w opiniach biegłego lekarza psychiatry lub neurologa oraz psychologa wydanych po przeprowadzeniu badania. Nie dotyczy to wysłuchania, o którym mowa w art. 547. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie.
§ 2. W wypadkach wskazanych w § 1 sąd orzekający, w celu ochrony w toku postępowania praw osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, ustanowi kuratora, chyba że ma ona przedstawiciela ustawowego, który nie jest wnioskodawcą. Przepisy art. 548 § 3 i 4 stosuje się odpowiednio. Na postanowienie sądu przysługuje zażalenie.”;
- 27) w art. 558 dotychczasową treść oznacza się jako § 1 oraz dodaje się § 2 w brzmieniu:
„§ 2. W razie oddalenia wniosku o ubezwłasnowolnienie sąd zawiadamia sąd opiekuńczy o potrzebie ustanowienia kuratora dla osoby niepełnosprawnej.”;
- 28) w art. 559 dodaje się § 3 w brzmieniu:
„§ 3. Z wnioskiem o uchylenie albo zmianę ubezwłasnowolnienia może wystąpić także ubezwłasnowolniony.”;
- 29) art. 560 otrzymuje brzmienie:
„Art. 560. § 1. Do zaskarżania postanowień uprawniony jest sam ubezwłasnowolniony nawet wówczas, gdy ustanowiony został doradca tymczasowy albo kurator.
§ 2. Do środków odwoławczych wnoszonych przez osobę, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, nie stosuje się art. 368. Środka odwoławczego wniesionego przez osobę, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie, nie odrzuca się z powodu nieusunięcia braków formalnych.”;
- 30) art. 600 otrzymuje brzmienie:
„Art. 600. § 1. Kuratora dla osoby niepełnosprawnej sąd opiekuńczy ustanawia na wniosek tej osoby, a za zgodą osoby niepełnosprawnej – także na wniosek organizacji społecznej, wymienionej w art. 546 § 3.
§ 2. W przypadku gdy stan osoby niepełnosprawnej wyłącza możliwość złożenia wniosku lub wyrażenia zgody, o których mowa w § 1, sąd może usta-

nowić kuratora z urzędu. Sąd może ustanowić kuratora z urzędu także w przypadku, o którym mowa w art. 558 § 2.”.

Art. 2.

W ustawie z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.³⁾) art. 183 otrzymuje brzmienie:

„Art. 183. § 1. Dla osoby niepełnosprawnej ustanawia się kuratora, jeżeli osoba ta potrzebuje pomocy do prowadzenia wszelkich spraw albo spraw określonego rodzaju lub do załatwienia poszczególnej sprawy. Zakres obowiązków i uprawnień kuratora określa sąd opiekuńczy.

§ 2. Kuratelę uchyla się na żądanie osoby niepełnosprawnej, dla której była ustanowiona.”.

Art. 3.

W ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535, z późn. zm.⁴⁾) w art. 46 ust. 1a otrzymuje brzmienie:

„1a. Osoba, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, może być doprowadzona na rozprawę sądową na mocy zarządzenia sądowego. W tym przypadku stosuje się odpowiednio art. 547 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego.”.

Art. 4.

W ustawie z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 126, poz. 1069, z późn. zm.⁵⁾) w art. 15 uchyla się ust. 3.

Art. 5.

W ustawie z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.⁶⁾) w art. 37 uchyla się § 3.

Art. 6.

W sprawach o ubezwłasnowolnienie wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, do czasu zakończenia postępowania w drugiej instancji, stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 7.

Ustawa wchodzi w życie po upływie trzech miesięcy od dnia ogłoszenia.

³⁾ 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. 1322, z 2001 r. Nr 128, poz. 1403, z 2003 r. Nr 83, poz. 772 i Nr 130, poz. 1188 oraz z 2004 r. Nr 162, poz. 1691.

⁴⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 554 i Nr 113, poz. 731, z 1998 r. Nr 106, poz. 668, z 1999 r. Nr 11, poz. 95, z 2000 r. Nr 120, poz. 1268 oraz z 2005 r. Nr 141, poz. 1183, Nr 167, poz. 1398 i Nr 175, poz. 1462.

⁵⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 96, poz. 959 oraz z 2005 r. Nr 150, poz. 1240 i Nr 163, poz. 1361.

⁶⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692, z 2005 r. Nr 94, poz. 788, Nr 169, poz. 1417, Nr 250, poz. 2118 i Nr 264, poz. 2205 oraz z 2006 r. Nr 38, poz. 268, Nr 208, poz. 1536 i Nr 217, poz. 1590.