

RODZINA I PRAWO

Nr 9-10 2008



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,
- Prof. n. dr hab. Lech K. Paprzycki – prezes Izby Karnej Sądu Najwyższego,
Prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski – sędzia Sądu Najwyższego,
Barbara Rymaszewska – sędzia WSA w Łodzi,
Elżbieta Schubert – sędzia SO w Olsztynie,
Prof. dr hab. Tadeusz Smyczyński – 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

Prof. dr Zbigniew Radwański, Przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości Rzeczypospolitej Polskiej Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa	5
Prof. dr hab. Elżbieta Holewińska-Łapińska, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Uniwersytet Warszawski Opinia sędziów na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji	17
Dr Beata Janiszewska, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego Zadania sądu opiekuńczego w świetle przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego	34
Dr Beata Janiszewska, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego Zadania sądu opiekuńczego określone w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry	65
Dr Mariusz Fras, adiunkt Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Dominik Abłażewicz, doktorant Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Umowa o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego	94
Manuela Pliźga-Jonarska, Stowarzyszenie Mediatorów Rodziny Przebieg rodzinnej mediacji transgranicznej na przykładzie polsko-niemieckim	120
Dariusz Cieślík, sędzia Sądu Rejonowego w Wołominie, del. do Ministerstwa Sprawiedliwości Odebranie i doprowadzenie małoletniego do placówki opiekuńczo-wychowawczej (organy wykonujące orzeczenie)	128

PRAWO RODZINNE W EUROPIE

Kodeks cywilny Republiki Litwy z dnia 18 lipca 2000 r. – Księga Trzecia, przepisy o prawach i obowiązkach majątkowych małżonków	133
--	-----

ORZECZNICTWO

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2008 r., V CSK 432/07 (dot. oceny odmowy przez matkę poddania dziecka badaniom krwi w sprawie o zaprzeczenie ojcostwa)	150
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2008 r., III CZP 139/07 (dot. składu sądu pierwszej instancji udzielającego zabezpieczenia w sprawie o rozwód)	153

PROJEKTY

Wyciąg z projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw	156
---	-----

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Marek Domagalski Konferencja nt.: „Prawa rodziców drugiej kategorii”, zorganizowana przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (Warszawa, 3 kwietnia 2008 r.) - Przedruk artykułu: „Matka też musi respektować wyrok” (Rzeczpospolita, 04.04.2008)	160
Jolanta Zozula Adopcja formą realizacji prawa dziecka do życia w rodzinie (seminarium naukowe, Warszawa 11.04.2008 r.)	162

Prof. dr Zbigniew Radwański

Miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa¹

I. Wstępnie zauważyć należy, że gdy mówi się o „prawie rodzinnym” to niewątpliwie chodzi o jakiś wyodrębniony zespół norm prawnych odnoszących się do swoistej grupy społecznej powiązanej małżeństwem, pokrewieństwem lub relacjami podobnymi albo pochodnymi. Wynika stąd, że nie powinno się obdarzać mianem „prawa rodzinnego” norm regulujących tylko poszczególne więzi rodzinne nieukładające się w pewną całość opartą na prawnym uznaniu grupy rodzinnej.

Dlatego nieścisle byłoby twierdzenie o istnieniu prawa rodzinnego w okresie feudalnym. Ówczesne normy regulujące problematykę dzisiaj zaliczaną do prawa rodzinnego nie stanowiły bowiem jakiejś wyróżnionej całości. Nie tylko bowiem rozproszone były między prawem wyznaniowym i świeckim, ale ponadto odnosiły się do innych grup społecznych: do rodu powiązanego węzłami krwi lub do wspólnoty domowej (*Haus*) obejmującej także osoby spoza rodziny². Nietrudno zauważyć, że koncepcja ta zorientowana była na panujący wówczas system gospodarki oparty na współpracy „wspólnoty domowej”.

Z kolei rewolucyjne prawo francuskie, a w ślad za nim kodeks Napoleona z 1804 r. objął swoim zakresem całość stosunków prawno-rodzinych. Zarazem ideologia prawa natury wywarła istotny wpływ na systematykę k.N. i usytuowanie w nim przepisów dotyczących stosunków rodzinnych. Autorom chodziło o uregulowanie w nim jedynie stosunków cywilnoprawnych między indywidualnymi obywatelami, a nie ich grupami lub związkami. W tym indywidualistycznym założeniu kodeksu przejawiała się ogólna filozofia dominującego we Francji kierunku prawa natury, który odnosił się wrogo do wszelkich pośrednich organizacji społecznych, ograniczających wolność jednostki. W organizacjach takich upatrywano bowiem reminiscencje zwalczanego ustroju feudalnego. Umowa społeczna tworząca organizację państwową łączyła – w myśl panującej doktryny – bezpośrednio oby-

¹ Artykuł został opublikowany w *Państwie i Prawie*, Nr 1 z 2008 r., s. 3-9, ponadto został zamieszczony w *Księdze pamiątkowej profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, Toruń 2008, s. 181-193.

² Por. szerzej H. Hattenhauer, *Die Privatisierung der Ehe*, Wuppertal 1986, s. 13 i n. W szczególności w *Landrecht Pruski* z 1794 r. nie zostało sformułowane pojęcie rodziny, ani nie wyodrębniono przepisów dotyczących stosunków rodzinnych w jedną jakąś całość. W ogóle termin „rodzina” upowszechnił się w języku niemieckim stosunkowo późno, bo dopiero w XVIII wieku. Dla określenia tej wspólnoty, jaką tworzyła ówczesna rodzina patriarchalna posługiwano się terminem „dom” (*Haus*). Nazwy tej używał także *Landrecht Pruski*, stanowiąc, że związki między małżonkami oraz rodzicami i dziećmi tworzą właściwą społeczność domową, do której zaliczał wszakże również i służbę (cz. I, tyt. I § 3 i § 4).

watela z państwem, a nie poprzez ciała pośrednie³. Z tych przesłanek wychodząc twórcy k.N. nie mogli nadać rodzinie kształtu jakiejś samodzielnej instytucji, ponieważ właśnie ona (lub ród) była jedną z klasycznych postaci „ciał pośrednich”⁴. Natomiast to, co zwykle się dzisiaj określać mianem stosunków rodzinnych, ujęto jako indywidualne prawa jednych osób względem innych⁵. Do tej koncepcji dostosowana została systematyka przepisów dotyczących rodziny. Kodyfikatorzy w zasadzie oparli się na tradycyjnym, z czasów rzymskich pochodzącym trójpodziale (*personae, res, actiones*). Przepisy dotyczące małżeństwa, rozwodu, pokrewieństwa, adopcji, władzy ojcowskiej i opieki – wraz z postanowieniami o aktach stanu cywilnego – znalazły się w księdze I o osobach. Natomiast problematyka majątkowego prawa małżeńskiego uregulowana została w księdze III dotyczącej różnych sposobów nabycia własności.

Podobne stanowisko zajął austriacki kodeks cywilny z 1811 r. – również ukształtowany pod wpływem doktryny prawa natury.

II. Doktryna prawa natury z jej indywidualistycznymi preferencjami w dziedzinie relacji rodzinno-prawnych spotkała się w XIX w. z krytyką ze strony nowych kierunków filozoficznych, które odrzucały kontraktową koncepcję małżeństwa i wskazywały, że rodzina stanowi jedność opartą na miłości (Hegel). Otwierano to drogę do ujmowania norm prawnych odnoszących się do relacji rodzinnych w pewne wyodrębniające się całości – jako prawo rodzinne. W ożywionej dyskusji naukowej zgłaszano przy tym różne koncepcje ujęcia tej problematyki w systemie prawnym ze wskazaniem kryteriów wyróżniających ten dział prawa⁶.

Ostatecznie jednak pod koniec XIX w. dominujący pogląd naukowy uznał, że prawo rodzinne należy do prawa prywatnego, które zakresem swoim obejmuje nie tylko majątkowe, ale i osobiste (niemajątkowe) relacje⁷. Najdobitniej znalazło to wyraz w pandektowej koncepcji podziału kodeksu cywilnego, która prawo rodzinne ujmowała w odrębnej księdze, regulującej zarówno osobiste jak i majątkowe stosunki w obrębie rodziny.

³ Por. R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris 1963, s. 14; M. Waline, *L'individualisme et le Droit*, Paris 1949, s. 323 i n.

⁴ Znamienne, że w pierwotnym tekście k. N. słowo „rodzina” pojawia się tylko raz i to zupełnie incydentalnie jako element nazwy „rada familijna”, R. Savatier, s. 14, 15.

⁵ R. Savatier, s. 15.

⁶ Por. szerzej na ten temat W. Müller-Freienfels, *Zur Diskussion und die systematische Einordnung des Familienrechts*, *Rabels Zeitschrift*, 1974, z. 2-3, s. 533 i n. Między innymi Fr. Savigny rozwinął koncepcję małżeństwa jako instytucji pojętej jako wspólność o charakterze pozaindywidualnym uchylającej się spod swobodnej dyspozycji małżonków. Rozważano również czy prawo rodzinne ma charakter prawa prywatnego, czy publicznego, czy może należy do trzeciej kategorii wyróżnionej przez O. Gierkego, a mianowicie do „prawa socjalnego”; por też. na ten temat S. Kaleta, *Teoretyczne i praktyczne znaczenie sporu o miejsce prawa rodzinnego w systemie prawa*, *Studia Cywilistyczne*, t. XIII-XIV, 1969, s. 124 i n.

⁷ W. Müller-Freienfels, *Zur Diskussion um die systematische Einordnung des Familienrechts*, *Rabels Zeitschrift* 1974, z. 2-3, s. 570.

Najwcześniej owa pandektowa koncepcja kodyfikacyjna została zrealizowana w prywatnoprawnym kodeksie dla Kantonu Zuryjskiego z 1853 – 1855 r., który wywarł poważny wpływ na kształt szwajcarskiego kodeksu cywilnego z 1908 r. Prawo rodzinne znalazło się tam w drugiej części – po części poświęconej prawu osobowemu. Z kolei koncepcję tę przejął kodeks cywilny niemiecki z 1896 r. i szereg innych wzorowanych na nim kodeksów cywilnych. W kodeksie cywilnym austriackim z 1811 r. usytuowanie przepisów dotyczących stosunków rodzinnych nie uległo wprawdzie zmianie, ale nie przeszkodziło to nauce przyjąć pandektową koncepcję systematyki prawa cywilnego, w której ramach prawo rodzinne ujmowano jako wyodrębniony dział prawa cywilnego⁸. Również we współczesnej nauce francuskiego prawa cywilnego upowszechnił się odmienny od ustawowego sposób przedstawienia prawa rodzinnego. Dominujący pogląd uznaje, że prawo rodzinne stanowi dział prawa cywilnego, aczkolwiek, charakteryzujący się szeregiem swoistych cech uzasadnionych tym, że reguluje ono stosunki społeczne o podłożu naturalnym (biologicznym)⁹. Niezależnie od regulacji cywilnoprawnej problematyka administracyjna – zwłaszcza socjalna – doczekała się odrębnego, całościowego uregulowania w „kodeksie rodzinnym” (*„Code de la famille et de l’aide sociale”*).

Sumując można powiedzieć, że w XIX i XX wieku ostatecznie ukształtował się dominujący w państwach zachodnioeuropejskich pogląd, że prawo rodzinne stanowi element prawa prywatnego, o pewnych cechach swoistych. Źródłem tego poglądu niewątpliwie była ideologia prawa natury w wersji ukształtowanej w dobie oświecenia, stanowiąca podstawę dla odróżnienia prawa publicznego od prawa prywatnego zorientowanego na regulację stosunków między obywatelami.

III. Natomiast państwa totalitarne odrzucały podział systemu prawnego na prawo publiczne i prywatne uznając, że wszystkie normy podporządkowane są interesom publicznym. Stanowiło to dogodną podstawę do odmiennego sytuowania norm prawa rodzinnego niż przyjmowały to demokracje zachodnie. W szczególności w myśl hitlerowskiej doktryny społecznej prawo rodzinne miało być całkowicie podporządkowane interesowi narodu niemieckiego, służąc utrwaleniu i powiększeniu rasy nordyckiej. Radykalnie przeciwstawiała się więc traktowaniu rodziny jako sprawy prywatnej, będącej celem samym w sobie; miała bowiem służyć wspomnianym wyżej „większym celom”¹⁰. Ideologia ta była wprowadzana w życie zarówno przez nowe ustawodawstwo, jak i judykaturę sądową. Wśród nowych aktów normatywnych na szczególną uwagę zasługuje ustawa z 6.07.1938 r. o małżeństwie. Owe założenia ideologiczne i oparte na nim ustawodawstwo zostało w całości odrzucone po 1945 r.

⁸ Systematykę pandektową zastosował w szczególności najwybitniejszy w XIX w. cywilista austriacki J. Unger w swoim *„System des österreichischen allgemeinen Privatrechts”*, Leipzig 1856, 1857, s. VIII; por. też. W. Ogris, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft*, Berlin 1986, s. 13, 14.

⁹ Por. zwłaszcza J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, Paris 1983, s. 24 – 26.

¹⁰ A. Hitler, *Mein Kampf*, wydanie 1943, s. 446.

IV. Także komunistyczna koncepcja prawa nie uwzględniała zasadniczego podziału systemu prawnego na prawo publiczne i prawo prywatne. Usytuowanie prawa rodzinnego w tym systemie prawnym opierało się na doktrynalnych założeniach ideologii marksistowsko-leninowskiej. Klasycy marksizmu wskazywali na zmienność funkcji i struktury rodziny, na co istotny wpływ wywiera sposób wytwarzania dóbr i związane z nim stosunki własności. W konsekwencji uznawali oni panujący w XIX wieku model rodziny burżuazyjnej za wytwór kapitalistycznych stosunków produkcji z pewnymi jeszcze relikwami feudalnymi. Ten typ rodziny poddawali bezkompromisowej krytyce z punktu widzenia moralnego, przewidując jej zanik wraz z likwidacją ustroju kapitalistycznego¹¹. Natomiast w przyszłym ustroju komunistycznym „Wraz z przejściem środków produkcji na własność społeczną pojedyncza rodzina przestaje być gospodarczą jednostką społeczeństwa... Opieka nad dziećmi i ich wychowanie stanie się sprawą publiczną: społeczeństwo będzie się opiekować wszystkimi dziećmi jednakowo – zarówno ślubnymi, jak i nieślubnymi”. Dobór małżonków będzie przy tym opierać się wyłącznie na wzajemnej sympatii i miłości, poszanowaniu wzajemnej godności i równości; związek ten będzie uwolniony od wpływów dogmatów religijnych, a w konsekwencji rozwiązywalny¹².

Później, w marksistowskiej doktrynie kształtują się dwa poglądy na instytucje małżeństwa i rodziny w ustroju socjalistycznym.

Pierwszy nurt o charakterze radykalnie liberalnym (lewackim) opierał się na założeniu, że związek obu płci jest zagadnieniem najzupełniej prywatnym, niepoddającym się reglamentacji oficjalnej¹³.

Natomiast drugi nurt reprezentowany był przede wszystkim przez Lenina, który akcentował społeczną doniosłość rodziny, przeciwstawiając się traktowaniu związku kobiety i mężczyzny jako sprawy czysto prywatnej¹⁴.

Taki model rodziny – nie bez jednak pewnych wahań w kierunku radykalno lewackim – został przyjęty w ustawodawstwie radzieckim, poczynając od dekretu o małżeństwie cywilnym z 1917 r., poprzez późniejsze kodyfikacje prawa rodzinnego¹⁵.

Zdecydowanie dominujący pogląd nauki i judykatury radzieckiej uznawał prawo rodzinne za samodzielną gałąź prawa – odrębną w szczególności od prawa cywilnego.¹⁶ Prawo rodzinne znamionuje bowiem swoisty przedmiot regulacji, którego podstawę stanowią niemajątkowe (osobiste i uczuciowej natury) stosunki rodzinne. Wprawdzie zakre-

¹¹ Tak *Manifest Komunistyczny* z 1848 r.

¹² F. Engels, *Pochodzenie rodziny, własności prywatnej i państwa*, Warszawa 1969, s. 122-135.

¹³ A. Bebel, *Die Frau und der Sozialismus*, Berlin 1954, s. 567, 568; A. Koltontaj, *Siemja i komunistycznoje gosudarstwo*, N. Nowogorod, „*Komunist*” 1918, s. 9; tłumaczenie francuskie w: F. Champarnaud, *Revolucion et contre-revolution culturelles en U.R.S.S.*, Paris 1975, s. 473 i n. O wspomnianym nurcie pisał G. K. Matwiejew, *Sowietskoje siemiejnoje prawo*, Moskwa 1985, s. 25-29.

¹⁴ J. S. Piątkowski, *Lenin a zasady socjalistycznego prawa rodzinnego*, SP z. 28, 1971, s. 32.

¹⁵ Szczegółową analizę tego ustawodawstwa przeprowadził M. Nazar, *Etapy i kierunki rodzinnego rozwoju (1917-1987)*, Annales Universitatis Marie Curie-Skłodowska 1988, vol. XXXV, 13, Sectio G.

¹⁶ Por. M. Nazar, op. cit., s. 272, 273; G. K. Matwiejew, *Sowietskoje siemiejnoje prawo*, Moskwa 1985, s. 34 i n. i tam powołana literatura.

sem prawa rodzinnego objęte zostały także stosunki typu majątkowego, lecz mają one charakter wtórny, uzależnione od swej podstawy rodzinno-osobowej. Podkreślono przy tym, że wydzielenie sfery stosunków rodzinnych z orbity prawa cywilnego nastawionego w głównej mierze na regulację stosunków typu majątkowego i to przede wszystkim o ekwiwalentnym charakterze, stanowiło wyraz odejścia prawa socjalistycznego od koncepcji burżuazyjnych, podporządkowujących relacje rodzinne interesom majątkowym. Stanowisko prawa radzieckiego odpowiadało w tym względzie poglądom Marksa i Engelsa, którzy w „Ideologii Niemieckiej” wyróżnili typ stosunków społecznych nastawionych na odtwarzanie biologicznego bytu człowieka (funkcja prokreacyjna) od typu stosunków skierowanych na utrzymanie egzystencji człowieka (sfera produkcji dóbr materialnych).

Radziecki model regulacji stosunków rodzinnych został następnie przyjęty w państwach „demokracji ludowej”, gdzie ujęto je w odrębnych kodeksach rodzinnych.

V. W Polsce pełna unifikacja prawa cywilnego zakończona została dopiero w 1946 r. i to w postaci szeregu dekretów regulujących m. in. stosunki prawno-rodzinne. Kolejnym etapem prac legislacyjnych miał być kodeks cywilny systematycznie porządkujący wspomniany stan prawny. Projekt taki powstał w latach 1947 i 1948. Obejmował on prawo rodzinne, któremu poświęcono księgę drugą. Było rzeczą oczywistą, że projektodawcy kierowali się w tym względzie powszechnie przyjętym w Zachodniej Europie modelem kodyfikacyjnym prawa cywilnego, co zresztą odpowiadało treści normatywnej tego projektu. Był on bowiem kontynuatorem prac kodyfikacyjnych przedwojennej Komisji Kodyfikacyjnej RP. Z tego względu został on następnie odrzucony przez umacniający się wówczas reżim komunistyczny w Polsce. W miejsce projektowanego kodeksu uchwalono w 1950 r. ustawę zawierającą część ogólną prawa cywilnego oraz odrębny Kodeks rodzinny. Fakt ten jeszcze jednoznacznie nie przesądzał o usytuowaniu prawa rodzinnego w systemie prawnym, a to z braku kodeksu cywilnego. Jednakże niewątpliwie stanowił wsparcie dla promotorów radzieckiej koncepcji kodyfikacyjnej.¹⁷ Warto przy tym przypomnieć, że Kodeks rodzinny był przygotowywany wspólnie z Czechosłowacją i w prawie jednolitym kształcie ogłoszony w obu wspomnianych państwach. Czechosłowacja miała już jednak swój kodeks cywilny i uchwalenie tam odrębnego kodeksu rodzinnego niewątpliwie wskazywało na przyjęcie radzieckiego wzorca kodyfikacyjnego.

Problem ten ponownie pojawił się w toku przygotowywania polskiego kodeksu cywilnego, przystosowanego już do ustroju społecznego PRL.

W łonie powołanej w 1956 r. Komisji Kodyfikacyjnej kwestia, czy kodeks cywilny ma objąć prawo rodzinne spotkała się z rozbieżnymi ocenami. Pierwotnie przeważał pogląd opowiadający się za włączeniem prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego, co znalazło wyraz w projekcie Kodeksu cywilnego z 1960 r., gdzie prawu rodzinnemu poświęcono księgę czwartą¹⁸.

¹⁷ Por. zwłaszcza S. Szer, *Prawo rodzinne – odrębna gałąź prawa?*, PiP 1957, z. 3, s. 469 i n.

¹⁸ *Projekt Kodeksu cywilnego Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Warszawa 1960, por. bliżej J. S. Piątowski, *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, „Ossolineum” 1985, s. 12.

W kolejnym jednak projekcie opublikowanym rok później odstąpiono od tej koncepcji przyjmując zasadę, że prawo rodzinne ma być przedmiotem odrębnej kodyfikacji¹⁹. W uzasadnieniu tego stanowiska powołano następujące założenie teoretyczne: „W prawodawstwach opartych na prywatnej własności środków produkcji prawo cywilne jest gałęzią prawa, które reguluje przede wszystkim prywatną sferę jednostek. Wobec tego, że sfera ta obejmuje zarówno stosunki majątkowe, jak i stosunki osobiste, jest rzeczą zrozumiałą, iż w systemach prawnych poprzednich formacji prawo rodzinne jest uważane za część prawa cywilnego. W ustroju socjalistycznym ogromna większość stosunków własności znajduje się poza indywidualną sferą prawną jednostek. Do sfery prawnej jednostek należą, oprócz stosunków osobistych, stosunki majątkowe wynikające z własności przedmiotów indywidualnego spożycia, a więc stosunki majątkowe wywodzące się z jednej tylko formy własności, i to formy o charakterze pochodnym. W tym stanie rzeczy, skoro przedmiotem tej samej gałęzi ustawodawstwa powinny być normy prawne dotyczące pewnej jednorodnej kategorii stosunków społecznych, niepodobna obejmować zakresem kodeksu cywilnego stosunków tak różnorodnych, jak stosunki gospodarki socjalistycznej i stosunki rodzinne”²⁰.

Te same argumenty powtórzył J. Wasilkowski (przewodniczący Komisji Kodyfikacyjnej i główny referent projektu Kodeksu cywilnego) w publikacjach odrębnych wskazując ponadto, że „w krajach socjalistycznych prawo rodzinne na ogół uznaje się za odrębną gałąź prawa”²¹. Stanowisko to podtrzymywał także omawiając Kodeks cywilny z 1964 r.²²

W wyjaśnieniach tych na uwagę zasługuje argument, że wyodrębnienie legislacyjne prawa rodzinnego immanentnie wiąże się z ustrojem socjalistycznym. Równocześnie Autor z pełnym zrozumieniem odnosił się do odmiennego stanowiska przyjętego w „poprzedniej formacji”, czyli w demokratycznych państwach Europy Zachodniej.

W toku prac kodyfikacyjnych toczyła się żywa dyskusja na łamach czasopism prawniczych nad usytuowaniem prawa rodzinnego²³. Za jego integracją w kodeksie cywilnym zdecydowanie wypowiadali się: A. Wolter²⁴, Z. Radwański²⁵ i R. Piotrowski²⁶.

¹⁹ *Projekt Kodeksu cywilnego*, Warszawa 1961.

²⁰ *Op. cit.*, s. 189.

²¹ J. Wasilkowski, *Zagadnienia kodyfikacji polskiego prawa cywilnego*, Nowe Drogi 1960, z. 11, s. 33, 34; J. Wasilkowski, A. Wolter, *Projekt Kodeksu cywilnego*, Nowe Prawo 1961, s. 1517, 1518.

²² J. Wasilkowski, *Code civil de la Republique Populaire de Pologne*, Varsovie 1966, s. 14-16.

²³ Por. J. Winiarz, *Kodyfikacja prawa rodzinnego i opiekuńczego PRL. (w) Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 77 i n.

²⁴ A. Wolter, *Kodeks cywilny a „prawo rodzinne”*, PiP 1957, z. 3.

²⁵ Z. Radwański, *Uwagi o zakresie kodeksu cywilnego. Zagadnienie inkorporacji do kodeksu cywilnego prawa rodzinnego i gospodarczego*, RPEiS 1960, z. 4.

²⁶ R. Piotrowski, *Na marginesie projektowanych zmian w polskim prawie rodzinnym*, PiP 1960, nr 11, s. 739 i n.

VI. Jak już wspominałem, o legislacyjnym usytuowaniu prawa rodzinnego rozstrzygnął ustawodawca PRL w 1964 r. regulując tę dziedzinę prawa w odrębnym Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym, który wszedł w życie 1 stycznia 1965 r. wraz z Kodeksem cywilnym. Ze względu na ideologiczne uwarunkowania tej koncepcji legislacyjnej nie wydawała się możliwa jej zmiana w PRL. Natomiast nie został rozstrzygnięty problem, czy takie usytuowanie legislacyjne prawa rodzinnego decyduje o uznaniu go za odrębną gałąź prawa, czy tylko za dział prawa cywilnego – z wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami w jego stosowaniu. Argumenty zwolenników odrębnej gałęzi prawa rodzinnego powołujące się na ulokowanie zespołu tych norm w k.r.o. miały jednak wątpliwą wartość, ponieważ akt ten w istocie nie odpowiada postulatami stawianym kodeksom. W szczególności nie ma on bowiem części ogólnej, a jego wzajemne powiązania z normami k.c. są nader ścisłe²⁷.

W literaturze nie zabrakło wprawdzie głosów opowiadających się za odrębną gałęzią prawa rodzinnego²⁸, jednakże z biegiem czasu coraz silniej przeważało stanowisko uznające tę dziedzinę prawa za dział prawa cywilnego, a k.r.o. za *lex specialis* względem k.c.²⁹

VII. Upadek systemu komunistycznego doprowadził w państwach dawnego ZSRR do uchylecia dotychczasowego ustawodawstwa regulującego problematykę cywilnoprawną, jako całkowicie nieprzystosowanego do nowego ustroju społeczno-gospodarczego. W niemal wszystkich tych państwach uchwalono nowe kodeksy cywilne. Niektóre z nich objęły swym zakresem prawo rodzinne – idąc za klasycznymi wzorcami Zachodniej Europy³⁰. Inne z kolei ograniczały zakres kodeksu cywilnego w zasadzie do stosunków majątkowych regulując w konsekwencji osobowe prawo rodzinne w odrębnych kodeksach³¹.

W państwach byłych „demokracji ludowych” – w toku prowadzonych tam prac nad nowymi kodeksami prawa cywilnego – przyjęto, że mają one obejmować również prawo rodzinne³².

²⁷ Zwracałem na to uwagę w artykule pt. *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badań Prawa Sądowego, 1983, z. 19/20, s. 200 i n.; oraz w artykule pt. *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (w) Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 49 i n.

²⁸ Por. zwłaszcza S. Szer, *Prawo cywilne część ogólna*, 1967, s. 28; B. Dobrzański, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy a kodeks cywilny*, Studia Cywilistyczne, 1966, t. VII, s. 45 i n.

²⁹ Por. A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1970, s. 23; Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1979, s. 17, 18; J. S. Piątkowski, *System*, s. 20, który odstąpił od swojego pierwotnego stanowiska, że prawo rodzinne jest odrębną gałęzią prawa; W. Czachórski, *Prawo zobowiązań w zarysie*, Warszawa 1968, s. 20; S. Grzybowski (w) *System Prawa Cywilnego*, t. I, Ossolineum 1974, s. 18 i n.; A. Winiarz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1983, s. 29; tenże, *Kodyfikacja prawa rodzinnego i opiekuńczego*, s. 83; B. Walaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 14-16.

³⁰ Tak w szczególności postąpiła najbliższa nam kulturowo Litwa w *Kodeksie cywilnym* z 18.07.2000 r.

³¹ Tak w szczególności *Kodeks cywilny Federacji Rosyjskiej* z 1994 r., por. art. 2.

³² Por. P. Blaho, J. Švidron, *Kodifikácia, Europeizácia a harmonizácia súkromného práva*, Bratislava 2005; J. Lazar, *O kodyfikácii slovenského práva prywatného*, s. 105 i n.; L. Vekàs, *O kodyfikácii węgierskiego prawa prywatnego*, s. 149 i n.; Z. Králiková, *O rodinnym práve českém*, s. 415 i n.

W Rzeczypospolitej Polskiej – mimo utrzymania w mocy odrębnego Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – jednolity pogląd naukowy uznaje prawo rodzinne za dział prawa cywilnego, identyfikowanego z prawem prywatnym³³.

Natomiast pojawiły się kontrowersje *de lege ferenda*, a więc w kwestii, czy w przyszłości należy utrzymać kodeks rodzinny i opiekuńczy, czy też należy włączyć przepisy regulujące stosunki prawno-rodzinne do kodeksu cywilnego.

Pierwszy ze zdecydowaną krytyką obecnego usytuowania prawa rodzinnego i z postulatem uregulowania problematyki prawno-rodzinnej w k.c. wystąpił S. Grzybowski w 1994 r.³⁴ Doszedł on do wniosku, że „Podstawowym, najbardziej ogólnym postulatem jest konieczność całkowitego oderwania się od opartej na komunistycznej legislacji kodyfikacji prawa rodzinnego z 1964 r. Nowe prawo rodzinne nie może powstać w drodze reformy przepisów obecnie obowiązującego kodeksu (...) Musi ono powstać od podstaw. Należy odrzucić wszelką myśl o samodzielności prawa rodzinnego. (...) Wiele (...) przyczyn przemawia za zamieszczeniem prawa rodzinnego w samym kodeksie cywilnym (...)”³⁵.

Taką właśnie koncepcję kodyfikacyjną przedstawiła następnie Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego w 2006 r.³⁶ W literaturze jak i w dyskusjach publicznych spotkała się ona z poparciem³⁷ jak i z krytyką ze strony obrońców dotychczasowego usytuowania prawa rodzinnego.³⁸ Należy zatem rozważyć argumenty prezentowane na poparcie wspomnianych poglądów. Jedno wszakże zastrzeżenie ogólnej natury wymaga już teraz zasygnalizowania. Mianowicie dyskusja nad wspomnianą kwestią łączy się immanentnie z postulatem uchwalenia nowego kodeksu cywilnego przystosowanego do ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Z tego więc przede wszystkim punktu widzenia należy rozważyć, czy powinien on obejmować swym zakresem prawo rodzinne.

Otóż ma on być podstawowym aktem normatywnym dla całego obszaru prawa prywatnego. Wyróżnia się ono tym, że reguluje stosunki prawne autonomicznych względem siebie podmiotów. Podstawą tego wyróżnienia nie jest więc przedmiot, lecz metoda regulacji, wyłączając ze sfery prywatnoprawnej stosunki typu władcze-

³³ Por. zwłaszcza: M. Safjan (w) *System Prawa Prywatnego*, t. I, Warszawa 2007, s. 51-60; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 11; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 25-27; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2006, s. 37, 38; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 13, 14; M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2006, s. 2.

³⁴ S. Grzybowski, *Z problematyki usytuowania prawa rodzinnego w systemie prawa*, *Studia Iuridica* 1994, XXI, s. 201 i n.

³⁵ Op. cit., s. 208.

³⁶ *Zielona Księga*. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej, pod redakcją Z. Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 29 i n.

³⁷ Por. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne*, *Studia Prawa Prywatnego* 2007, z. 1, zwłaszcza s. 18, 19.

³⁸ Por. zwłaszcza M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, *Rejent* 2005, nr 9, s. 81 i n.; por. też wypowiedź E. Holewińskiej-Łapińskiej, *MoP* 13/2007, s. 738.

go wykonywane przez organy władzy publicznej. W tym świetle nie ulega wątpliwości, że stosunki prawno-rodzinne należą do sfery prywatnoprawnej osób fizycznych. W związku z tym tracą walor merytoryczny argumenty twórców k.r.o. i k.c., którzy idąc za doktryną komunistyczną nie uznawali podziału systemu prawa na prawo publiczne i prawo prywatne oraz hołdowali koncepcji, że podstawą odróżnienia prawa rodzinnego jest niemajątkowy jego przedmiot – w przeciwieństwie do prawa cywilnego. Paradoksalnie można powiedzieć, że ideologiczna argumentacja Jana Wasilkowskiego opowiadającego się za odrębnością prawa rodzinnego wzmacnia postulat integracji tego działu prawa do k.c., ponieważ uznaje on trafność takiego rozstrzygnięcia w „formacjach minionych”, do których na szczęście powróciła Rzeczpospolita Polska po 1989 r. Nie można także upatrywać odrębności prawa rodzinnego w tym, że organy publiczne mają kompetencję do ingerowania w szczególnych przypadkach w relacje między rodzicami a dziećmi. M. Safjan trafnie bowiem podkreślił, że kontrolne funkcje władzy publicznej nie pozbawiają stosunków prywatnoprawnych tego ich charakteru³⁹.

M. Nazar zgadza się z panującym poglądem, że prawo rodzinne jest działem prawa cywilnego (prywatnego). Jednakże nie aprobeuje wynikającego stąd postulatu, aby włączyć go do kodeksu cywilnego, a to ze względu na swoisty niemajątkowy jego przedmiot. W szczególności wskazuje, że „Specyfika prawa rodzinnego wyraża się w niewystępującym na pozostałym obszarze prawa cywilnego genetycznym i funkcjonalnym powiązaniu więzi osobistych z więziami majątkowymi stron stosunków prawnych.”⁴⁰.

Otóż trudno podzielić ten pogląd. Już J. S. Piąkowski trafnie zauważył, że w wielu instytucjach k.c. „poważne znaczenie mają elementy natury niemajątkowej, występujące bądź w splocie z elementami majątkowymi (zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową, darowizna, dożywocie, służebności osobiste), bądź nawet samodzielnie, co przejawia się zwłaszcza w ochronie dóbr osobistych; dający się stwierdzić w dzisiejszej dobie rozwój tej ochrony świadczy o wzroście roli elementów niemajątkowych w prawie cywilnym.”⁴¹. Do tych instytucji z pewnością dodać jeszcze można prawo spadkowe intensywnie nasycone osobistymi relacjami prawno-rodzinnymi.

Następnie M. Nazar podkreśla, że stosunki rodzinnoprawne „nie są zarazem stosunkami prawnymi polegającymi na prostej wymianie dóbr i usług, opartej na zasadzie wzajemności odwołującej się do ekwiwalentności świadczeń (art. 487 § 2 k.c.).” Jest to oczywiście trafne stwierdzenie. Nie stanowi jednak podstawy do wyróżnienia prawa rodzinnego, albowiem kodeks cywilny nie reguluje wyłącznie prawa zobowiązań, a w szczególności tylko umowy wzajemne. Nie przekonuje również kolejny argument Autora wskazujący na to, że swoistym źródłem upraw-

³⁹ M. Safjan (w) *System Prawa Prywatnego*, t. 1, Warszawa 2007, s. 50.

⁴⁰ M. Nazar, *Problemy*, s. 106.

⁴¹ J. S. Piąkowski, *System*, s. 21.

nień i obowiązków w prawie rodzinnym jest związek małżeński i pokrewieństwo. W k.c. nie ma bowiem zamkniętego katalogu źródeł stosunków cywilnoprawnych. Kodyfikacja ta jest więc otwarta na różne ich typy.

Nie wydaje się również przekonujący argument powołujący się na tradycję obowiązywania przez ponad pół wieku odrębnych kodeksów prawa rodzinnego⁴². Jeżeli jest to tradycja narzucona ideologią komunistyczną, to nie ma powodu, aby nadal jej ulegać. Nie sądzę zresztą, aby społeczeństwo polskie szczególnie było przywiązane do k.r.o. Raczej można by mówić o ewentualnym przywiązaniu do określonych instytucji prawnych, a niekoniecznie do aktu prawnego lub przepisu, w którym są one uregulowane. Trzeba w związku z tym zauważyć, że po upadku PRL liczne i ważne instytucje k. r. o zostały zreformowane i uregulowane zgodnie z dążeniem do ochrony dziecka, żony i matki, także w zakresie zawierania małżeństw oraz separacji, a względy tradycji nie stanęły tym nowelizacjom na przeszkodzie.

Stanowczo nie można przy tym zgodzić się z poglądem, że „Kodeksowe usytuowanie unormowań prawa rodzinnego w zachodnioeuropejskich kodeksach cywilnych nie powinno być współcześnie kopiowane w systemie prawa polskiego. Gdy powstały wielkie dziewiętnastowieczne europejskie kodeksy cywilne, prawo rodzinne było w tak wysokim stopniu nasycone majątkowym pierwiastkiem, że jego umiejscowienie w ramach tych kodeksów nie nasuwało żadnych wątpliwości.”⁴³ Trzeba z naciskiem podkreślić, że propozycje zmierzające do włączenia polskiego prawa rodzinnego do przyszłego kodeksu cywilnego nie są „kopiowaniem” rozwiązań zachodnioeuropejskich, lecz powrotem do tworzącej się w drugiej RP i realizowanej w pierwotnych projektach powojennych koncepcji polskiego systemu prawa cywilnego. Ponadto warto przypomnieć, że taki model kodyfikacyjny nie jest tylko tworem XIX wiecznych kodyfikacji, lecz został przyjęty we wszystkich późniejszych kodyfikacjach zachodnioeuropejskich. Także – jak to poprzednio wyjaśniłem – koncepcja odrębnego kodyfikowania podyktowana była doktryną komunistyczną i właśnie dlatego jednolicie została podjęta we wszystkich państwach „obozu socjalistycznego”. Twierdzenie, że „W bardziej przecież zasadniczych z ideologicznego punktu widzenia kwestiach gospodarczych i politycznych dopuszczalne były, zwłaszcza po 1956 r. „narodowe różnice w państwach socjalistycznych” właśnie nie odnosiło się do usytuowania prawa rodzinnego.

Wątpliwości budzi również pogląd przyjęty od klasyków marksizmu, jakoby majątkowy charakter stosunków prawno-rodzinnych w ustroju kapitalistycznym uzasadniał włączenie tej problematyki do kodeksów cywilnych nastawionych wyłącznie na regulację tej sfery stosunków społecznych. Jak wskazano na to powyżej, to właśnie społeczna doktryna personalizmu wywodząca się z ducha prawa natury stała się źródłem objęcia problematyki rodzinnej najpierw w kodeksie Napoleona,

⁴² M. Nazar, op. cit., s. 107.

⁴³ M. Nazar, op. cit., s. 107.

a następnie w późniejszych kodyfikacjach zachodnioeuropejskich. Ostateczne stanowisko doktryny niemieckiej wyznaczające treść kodeksu cywilnego niemieckiego z 1896 r. najlepiej sformułował Adolf Wach jednoznacznie wskazując na otwartość prawa cywilnego na osobiste niemajątkowe stosunki prawne, a w tym na prawo rodzinne⁴⁴. Dalszy rozwój doktryny personalistycznej szczególnie promowanej w Paktach Praw Człowieka prowadzi do znacznego rozszerzenia ochrony niemajątkowych interesów osób w prawie cywilnym, co szczególnie jest widoczne w dziedzinie ochrony dóbr osobistych.

Za odrębną kodyfikacją prawa rodzinnego ma również przemawiać doniosłość stosunków rodzinnoprawnych, która miałaby ucierpieć przez włączenie tej problematyki do kodeksu cywilnego. Pogląd ten nie jest uzasadniony, jeśli przyjmie się założenie, że kodeks cywilny jest podstawowym aktem normatywnym dla prawa prywatnego.

Także względy techniczno-legislacyjne przemawiają za włączeniem prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego. Nie chodzi tu bowiem o zespół norm, które odnoszą się tylko do wyróżnionej grupy osób podejmujących określoną aktywność interakcyjną. Prawo rodzinne reguluje bowiem sytuację prawną każdego człowieka; każdy bowiem się rodzi, ma co najmniej ojca i matkę, a nader często także rodzeństwo oraz sam zakłada rodzinę stając się ojcem albo matką; każdy również rozwija się stopniowo wymagając szczególnej opieki rodzicielskiej, w wieku dziecięcym i w okresie dojrzewania. Dlaczego tak podstawowy dla każdego człowieka zespół norm ma się znajdować poza kodeksem cywilnym, stanowiącym fundament prawa prywatnego? Dlaczego regulacja tego kręgu problemów ma pozostać rozdzielona między kodeksem rodzinnym a kodeksem cywilnym. Trzeba bowiem przypomnieć, że w kodeksie cywilnym znajdują się również normy regulujące tę sferę zagadnień. Wystarczy wskazać przepisy normujące urodzenie dziecka, jego zdolność do czynności prawnych i miejsca zamieszkania. Z kolei pojawia się również pytanie dlaczego kodeks cywilny ma być pozbawiony tak istotnego dla jego zupełności elementu, jakim jest prawo rodzinne. W szczególności przepisy prawa spadkowego, będące nieodzowną częścią kodeksu cywilnego, stają się niezrozumiałe bez prawa rodzinnego. Ponadto powszechnie podkreśla się związki prawa spadkowego z prawem rodzinnym. Normy prawa spadkowego powinny bowiem spajać i umacniać związki rodzinne⁴⁵.

Istnienie odrębnego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego należy zatem uznać za jeden z licznych przejawów dekodyfikacji prawa cywilnego, bezpodstawnie ograniczających konsolidacyjną funkcję kodeksu cywilnego na obszarze prawa prywatnego.

⁴⁴ A. Wach, *Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I*, (1885) II t. cytowany za W. Müller-Freienfels, *Zur Diskussion*, s. 570.

⁴⁵ M. Pazdan, *O potrzebie i kierunkach zmian dziedziczenia ustawowego w polskim prawie cywilnym*, Rejent 2005, nr 9, s. 43.

Zresztą obowiązujący kodeks rodzinny i opiekuńczy nie zasługuje na nazwę „kodeksu” funkcjonującego obok kodeksu cywilnego. Jego struktura pozbawiona jest części ogólnej i obejmuje nie tylko konkretne instytucje prawa rodzinnego, ale ponadto opiekę i kuratelę, niewątpliwie należące do powszechnego prawa cywilnego. Wszystko to jednoznacznie wskazuje na to, że kodeks ten powstał przez proste wyjęcie odpowiedniej księgi z pierwotnego wspólnego projektu kodeksu cywilnego. Czas już, aby prawo rodzinne powróciło do swojego macierzystego miejsca. Można by przy tej okazji dokonać translokacji niektórych norm wewnątrz kodeksu cywilnego oraz zsynchronizować – także w sferze semantycznej – nie zawsze obecnie spójnych regulacji zawartych w k.r.o. i k.c.⁴⁶ Jest zarazem rzeczą oczywistą, że regulacja w odrębnej księdze kodeksu cywilnego problematyki prawa rodzinnego nie wyklucza uwzględnienia pewnych swoistych jego cech. Jednakże jak trafnie wykazał to już J. S. Piątowski mieszczą się one w ramach prawa cywilnego, a „W tym zakresie dyspozycje k.r.o. stanowią *lex specialis* w stosunku do k.c. Z tego punktu widzenia nie jest nawet rzeczą istotną, że prawo rodzinne jest objęte odrębnym kodeksem, jak bowiem wiadomo, przepisy o charakterze *legis specialis* mogą być zawarte nie tylko w różnych aktach ustawodawczych, ale również w tym samym akcie i to nawet w sąsiadujących ze sobą artykułach ustawy.”⁴⁷

⁴⁶ Zwracałem już na to uwagę w artykule pt. *Kodeks cywilny a prawo regulujące zagadnienia rodziny*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego 1983, z. 19/20, s. 200 i n.

⁴⁷ J. S. Piątowski (w) *System*, s. 25.

Opinia sędziów na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji

Uwagi wprowadzające

W 2006 r. Ministerstwo Sprawiedliwości opublikowało dokument zatytułowany: „Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej”, który: „jest wyrazem dominujących poglądów Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego”¹. Przewiduje on włączenie do projektowanego kodeksu cywilnego prawa rodzinnego i opiekuńczego, jako księgi IV (po prawie zobowiązań a przed prawem spadkowym). Zgodnie z oceną Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej „Inkorporacja do k.c. problematyki prawa rodzinnego i opiekuńczego nie powinna nastroczać szczególnych trudności, ponieważ obowiązujący Kodeks rodzinny i opiekuńczy został w ostatnim czasie w szerokiej mierze znowelizowany i przystosowany do współczesnych potrzeb i postulatów społecznych”². Z powyższego stwierdzenia zdaje się wynikać zamiar „mechanicznego” przeniesienia tekstu znowelizowanego kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do przygotowywanego nowego kodeksu cywilnego.

Zaprezentowana w Zielonej Księdze koncepcja jest wyrazem przeświadczenia, że: „Tradycja legislacyjna zdecydowanie włącza regulację stosunków rodzinnych do kodeksów cywilnych. Natomiast doktryna komunistyczna uznała, że prawo rodzinne jest odrębną od prawa cywilnego gałęzią prawa (...)”³. Dostrzeżono, iż „koncepcja utrzymania prawa rodzinnego w ramach odrębnej kodyfikacji ma także zwolenników”⁴. Ich argumenty (streszczone w 14 wierszach tekstu)⁵ zostały jednak uznane za nieprzekonujące, bowiem: „Pięćdziesięcioletnia tradycja ukształtowa-

¹ Ministerstwo Sprawiedliwości. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej* pod redakcją Zbigniewa Radwańskiego, Warszawa 2006, s. 9. Jak wynika ze Wstępu, dokument powstał dzięki udziałowi członków Komisji Kodyfikacyjnej oraz szerszego grona prawników, zarówno pracowników naukowych jak i praktyków, którzy pracowali w zespołach problemowych. Pomocy udzielili także eksperci holenderscy przekazując informacje „o najnowszej w Europie Zachodniej kodyfikacji holenderskiej, innych kodyfikacjach zachodnioeuropejskich, a także o prawie cywilnym UE”.

² Z. Radwański, *Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce*, Rodzina i Prawo nr 3 (6) z 2007 r., s. 6.

³ *Zielona Księga* (...), s. 29.

⁴ *Zielona Księga* (...), s. 31.

⁵ Tamże.

na pod naciskiem doktryny komunistycznej nie powinna decydować o kształcie systemu prawnego RP. Odchodzenie od tej tradycji szeregu państw byłego bloku socjalistycznego świadczy, że »powrót« do europejskiej, demokratycznej koncepcji uznany jest za bardziej atrakcyjny⁶.

Projekt całego kodeksu cywilnego, a więc „artykułowana” postać wizji kodeksu, przedstawionej w Zielonej Księdze, uznanej przez jej twórców za optymalną, ma zostać zrealizowany w 2010 r.⁷

Wydaje się, że jedna z najistotniejszych decyzji „strategicznych” – włączenie prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego – powinna być przedmiotem szerokiej dyskusji, do której można w Księdze znaleźć zaproszenie⁸.

W tej dyskusji wyjątkowo cenny wydaje się być głos środowiska sędziowskiego, w szczególności zaś sędziów rodzinnych, jako najbardziej kompetentnych w zakresie problematyki, której projektowana zmiana dotyczy. Dlatego Stowarzyszenie Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce, przy bardzo wydatnej pomocy organizacyjno-technicznej Wydawcy kwartalnika „Rodzina i Prawo”, za którą należy wyrazić uznanie i podziękowanie, przedstawiło sędziom anonimową ankietę zawierającą pytania na wskazany temat⁹. Miała ona formę ankiety pocztowej. W badaniu wzięło udział (przesłało na adres Redakcji kwartalnika „Rodzina i Prawo” wypełnione ankiety) 956 sędziów. Głównymi adresatami ankiety byli sędziowie sądów rejonowych i okręgowych orzekający w wydziałach cywilnych oraz rodzinnych. Przedmiotem niniejszego opracowania są wyniki wskazanego badania opinii sędziów.

Ogólna charakterystyka uczestników badania

Sędziowie, którzy wzięli udział w badaniu mogą być podzieleni na trzy grupy: (1) sędziów rodzinnych, orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych oraz sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych, (2) sędziów orzekających w wydziałach (sekcjach) cywilnych sądów grodzkich, rejonowych i okręgowych oraz (3) sędziów orzekających w innych sądach lub

⁶ *Zielona Księga (...)*, s. 31-32. W tym kontekście warto zacytować „retoryczne” pytanie sformułowane przez Przewodniczącego Zespołu Prawa Rodzinnego Komisji Kodyfikacyjnej minionej kadencji, Prof. Mirosława Nazara: „czy proponowany jurydyczny bon ton miałby polegać również na uwzględnieniu takich europejskich progresywnych wzorców prawnych, jak małżeństwo osób tej samej płci lub choćby tylko zarejestrowane związki homoseksualne mające status prawny bardzo zbliżony do statusu małżeństw”. (Zob. M. Naza: *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent nr 9 z 2005 r., s. 109, przypis 104).

⁷ Z. Radwański: *Prace nad kodyfikacją prawa cywilnego w Polsce*, *Rodzina i Prawo* nr 3 (6) z 2007 r., s. 8.

⁸ *Zielona Księga (...)*, s. 10.

⁹ W ankiecie były przedstawione pytania dotyczące włączenia prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego bądź kodeksowej odrębności prawa rodzinnego oraz pytania o uzasadnienie zajętogo stanowiska (w postaci skategoryzowanej, uwzględniające argumenty najczęściej wypowiedziane na uzasadnienie każdego ze stanowisk oraz dodatkowe pytania „otwarte”, umożliwiające podanie innego lub dodatkowego argumentu na rzecz prezentowanego przez ankietowanego poglądu).

w innych wydziałach sądów rejonowych i okręgowych. Najliczniejsze były dwie pierwsze grupy. Prezentowane przez nie poglądy oraz ich porównanie wydaje się być szczególnie interesujące.

Do pierwszej grupy należało 489 (52% badanych) sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych oraz 38 (4% badanych) sędziów orzekających w wydziałach (sekcjach) rodzinnych sądów okręgowych. Łącznie więc **sędziowie, którzy zgodnie ze specjalizacją orzeczniczą mogą być uważani za sędziów rodzinnych, stanowili 56% badanych (527 osób).**

Do grupy **sędziów – cywilistów należało 411 sędziów (43% badanych)**. Najliczniejsi z nich (219 osób czyli 53,3% spośród cywilistów, a zarazem 23% wszystkich ankietowanych) orzekali w wydziałach cywilnych sądów rejonowych. 179 sędziów orzekało w wydziałach cywilnych sądów okręgowych (19% wszystkich ankietowanych a zarazem 43,5% sędziów – cywilistów). Pozostali cywiliści (13 sędziów) orzekali w sprawach cywilnych w sądach grodzkich.

Zaledwie siedem osób reprezentowało trzecią z wymienionych grup sędziów.

Jak z powyższego wynika, 418 sędziów w dniu wypełniania ankiety nie orzekało w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych lub w wydziałach (sekcjach) rodzinnych sądów okręgowych. Większość z nich (260 sędziów – 62%) nigdy nie orzekało w sądach rodzinnych. Pozostali (158 osób – 38%) wcześniej, przez pewien, choćby krótki okres, orzekali w sądzie rodzinnym. Zнали więc z własnego doświadczenia zawodowego zarówno „klasyczne” prawo cywilne jak i prawo rodzinne „w działaniu”.

Wśród wszystkich badanych sędziów większość (647 osób – około 68%) miała co najmniej pewne doświadczenie orzecznicze w sprawach rodzinnych. Jest to wyjątkowo istotna konstatacja. Można bowiem założyć, że właśnie oni mają większą wiedzę teoretyczną i praktyczną w zakresie prawa rodzinnego nie tylko od pozostałych uczestników badania ale i od innych prawników, którym ta problematyka jest znana tylko teoretycznie bądź przez pryzmat pojedynczych spraw. Mają też bezpośrednie spostrzeżenia na temat zarówno prawnej jak i społeczno-demograficznej problematyki rodzinnej. W tym zakresie można im więc przypisać przymioty eksperckie¹⁰.

Większość uczestników badania (704 osoby – 74%) było kobietami, co jest konsekwencją sfeminizowania zawodu sędziowskiego w szczególności w sądach niższych instancji.

Ankietowani byli osobami o znacznym doświadczeniu życiowym i zawodowym. Tylko co czwarta osoba liczyła nie więcej niż 35 lat. Najliczniejszą grupę wiekową (345 osób – 36% badanych) stanowili sędziowie liczący od 36 do 45 lat, kolejna co do liczebności (269 osób – 28% badanych) składała się z osób od 46 do 55 roku życia. 102 osoby (11%) były starsze.

¹⁰ Zob. M. Arczewska: *Spoleczne role sędziów rodzinnych – wyniki badań własnych*, Rodzina i Prawo nr 3 (6) z 2007 r., s. 17-18.

Staż orzecznicy sędziów

Sędziowie uczestniczący w badaniu mieli poważne doświadczenia zawodowe. Co trzecia z badanych osób orzekała ponad 20 lat, 15% badanych orzekało przez nie mniej niż 16 lat (do 20 lat), a 20% od 11 do 15 lat. 82% badanych miało co najmniej sześćioletni staż orzecznicy.

Sądy, w których orzekali sędziowie o danym stażu sędziowskim

Staż orzecznicy nie dłuższy niż 5 lat:

Spośród 169 sędziów o najniższym stażu orzecznicy (do 5 lat) największa grupa licząca 91 osób orzekała w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 67 sędziów orzekało w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 5 sędziów orzekało w sądach grodzkich i 2 w wydziale cywilnym sądu okręgowego (brak danych dotyczących sądu w 4 przypadkach).

Staż orzecznicy od 6 do 10 lat:

Od 6 do 10 lat orzekało 163 sędziów uczestniczących w badaniu: 93 w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 49 w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 13 w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 4 w wydziałach cywilnych sądów grodzkich, jeden w wydziale rodzinnym sądu okręgowego, 2 w innym sądzie (brak danych dotyczących sądu, w którym orzekała jedna z osób uczestniczących w badaniu).

Staż orzecznicy od 11 do 15 lat:

Staż orzecznicy od 11 do 15 lat miało 189 sędziów: 104 orzekało w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 42 w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 39 w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, jeden w wydziale rodzinnym sądu okręgowego, 2 w sądzie grodzkim (brak danych dotyczących sądu, w którym orzekała jedna z osób uczestniczących w badaniu).

Staż orzecznicy od 16 do 20 lat:

143 sędziów orzekało od 16 do 20 lat: 74 w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 41 w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 17 w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 5 w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych, pozostali w innych sądach.

Staż orzecznicy nie krótszy niż 21 lat:

Sędziowie o stażu orzecznicy nie krótszym niż 21 lat, stanowiący 30% badanych, orzekali głównie w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych (150 sędziów), 81 orzekało w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 31 w wy-

działach rodzinnych sądów okręgowych, 23 w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, pozostali w sądach grodzkich.

Staż orzecznicy sędziów z poszczególnych sądów

Wydziały rodzinne i nieletnich sądów rejonowych:

Spśród 489 uczestników badania orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych **31% miało staż sędziowski nie krótszy od 21 lat**, 21% od 11 do 15 lat, 19% od 6 do 10 lat, **15% od 16 do 20 lat** i 14% nie dłuższy niż 5 lat.

Wydziały rodzinne sądów okręgowych:

38 sędziów orzekało w wydziałach (sekcjach) rodzinnych sądów okręgowych. **82% miało staż orzecznicy dłuższy od 21 lat**, **13% od 16 do 20 lat**, po około 3% od 11 do 15 lat oraz od 6 do 10 lat. 95% tych sędziów miało bardzo duże doświadczenie zawodowe.

Wydziały cywilne sądów rejonowych:

W badaniu uczestniczyło 219 sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów rejonowych. **42% z nich orzekało nie dłużej niż 5 lat**, 22% od 6 do 10 lat. 18% od 11 do 15 lat, 10% nie krócej niż 21 lat, a 8% od 16 do 20 lat.

Wydziały cywilne sądów okręgowych:

W badaniu uczestniczyło 179 sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów okręgowych. **45% z nich orzekało nie krócej niż 21 lat**, po 23 % od 16 do 20 lat oraz od 11 do 15 lat, 7% od 6 do 10 lat. Pozostali orzekali krócej.

Jak z powyższego wynika, największy odsetek (82) sędziów o najdłuższym stażu występował wśród ankietowanych z wydziałów rodzinnych sądów okręgowych.

Stanowisko ankietowanych na temat pozycji prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji

Za kodeksową samodzielnością prawa rodzinnego, a więc przeciwko włączeniu przepisów z zakresu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego, opowiedziało się w sposób zdecydowany **671 osób, czyli 70% badanych**.

Za włączeniem przepisów z zakresu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego (jako jego księgi) **było 157 osób (16% ankietowanych sędziów)**.

76 sędziów (8%) nie zajęło jednoznacznego stanowiska wyrażając pogląd, iż równie doniosłe argumenty przemawiają za zachowaniem dotychczasowej kodeksowej odrębności prawa rodzinnego jak i za propozycją przedstawioną w Zielonej Księdze. Pozostali przyznali, że nie mają przemyślanego stanowiska na ten temat.

Jeżeli uwzględni się tylko tych ankietowanych, którzy mieli własne jednoznaczne i zdecydowane stanowisko co do miejsca prawa rodzinnego w kodyfikacji prawa cywilnego, a więc 828 sędziów to okazuje się, że **za odrębnością kodeksową prawa rodzinnego opowiedziało się 81% spośród nich**, zaś za koncepcją zaproponowaną w Zielonej Księdze 19%.

Charakterystyka sędziów – zwolenników kodeksowej odrębności prawa rodzinnego

Specjalizacja orzecznicza

Za kodeksową samodzielnością prawa rodzinnego w sposób zdecydowany opowiedziało się 671 sędziów. 395 z nich (59%) to sędziowie wydziałów rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 124 (19%) orzeka w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 100 (15%) w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 32 (5%) w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych, pozostali w innych sądach (w tym 8 w wydziałach/sekcjach cywilnych sądów grodzkich).

Tak więc sędziowie rodinni (orzekający w sądach rejonowych i okręgowych) łącznie stanowili 64% zwolenników tezy o celowości zachowania odrębności kodeksowej prawa rodzinnego, zaś sędziowie – cywiliści z sądów grodzkich, rejonowych i okręgowych około 35% aprobujących zdecydowanie wskazane stanowisko.

Spółród wszystkich 527 sędziów rodzinnych (orzekających w sądach rejonowych i okręgowych), którzy uczestniczyli w badaniu, zdecydowanie **za odrębnością kodeksową prawa rodzinnego opowiedziało się 427 sędziów – 81%**.

Spółród 411 sędziów – cywiliistów (orzekających w wydziałach cywilnych sądów grodzkich, rejonowych i okręgowych), którzy uczestniczyli w badaniu, zdecydowanie **za odrębnością kodeksową prawa rodzinnego opowiedziało się 232 sędziów – 56%**.

Tak więc zarówno wśród sędziów rodzinnych jak i wśród sędziów cywilnych, którzy uczestniczyli w badaniu i zajęli zdecydowane stanowisko, większość udzieliła jednoznacznego poparcia kodeksowej odrębności prawa rodzinnego.

Wydaje się nie budzić wątpliwości, że teoretyczna i praktyczna znajomość prawa rodzinnego oraz jego problematyki społecznej jest (powinna być) wyższa u sędziów rodzinnych niż u sędziów orzekających w innych wydziałach. Przemawia to za tezą, że **głębsza znajomość specyfiki stosunków rodzinnoprawnych wytwarza przeświadczenie, iż należycie mogą być unormowane w wyspecjalizowanym akcie normatywnym**.

Płeć, wiek i staż orzecznicy

W grupie sędziów będących kobietami za kodeksową odrębnością prawa rodzinnego opowiedziało się 75% badanych zaś w grupie sędziów będących mężczyznami 58% badanych. Pewien wpływ na zajęte stanowisko miał wiek ankietowanych. W grupie najmłodszych sędziów, liczących nie więcej niż 35 lat, za kodeksową odrębnością prawa rodzinnego opowiedziało się 57% badanych, zaś wśród sędziów od 56 roku życia odsetek ten wynosił 74. Także wraz ze wzrostem stażu orzeczniczego zwiększał się odsetek zwolenników tego stanowiska.

Powyższe ustalenie zdaje się wspierać tezę, że **im większe było doświadczenie życiowe i zawodowe ankietowanych, tym częściej uważali, że właściwą koncepcją jest samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego.**

Charakterystyka sędziów – zwolenników włączenia prawa rodzinnego do nowego kodeksu cywilnego

Specjalizacja orzecznicza

W sposób zdecydowany za włączeniem prawa rodzinnego do opracowywanego nowego kodeksu cywilnego opowiedziało się 157 sędziów, czyli 16% badanych. 53 z nich (34%) orzekało w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 50 (32%) w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 44 (29%) w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 4 (2,5%) w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych, pozostali w innych sądach. Tak więc **ankietowani, którzy opowiedzieli się za stanowiskiem wyrażonym w Zielonej Księdze, w 64% byli sędziami – cywilistami, a w 31,5% sędziami rodzinnymi.** W tej grupie więc dwukrotnie więcej było sędziów – cywilistów niż sędziów rodzinnych.

Płeć, wiek i staż orzecznicy

Za włączeniem prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego opowiedziało się 91 sędziów będących kobietami i 66 sędziów będących mężczyznami. 39% liczyło nie więcej niż 35 lat, 26% od 36 do 45 lat, 22% od 46 do 55 lat, 13% liczyło nie mniej niż 56 lat.

Najwięcej zwolenników włączenia prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego było wśród najmłodszych sędziów.

Prawie równoliczne były grupy sędziów o najkrótszym – do 5 lat – (44 sędziów – 28%) i najdłuższym, ponad 20 letnim, stażu orzeczniczym (45 sędziów – 29%). Staż orzecznicy 17% zwolenników tego poglądu wynosił 6 do 10 lat, 15% od 16 do 20 lat i 12% od 11 do 15 lat.

Charakterystyka sędziów, w których ocenie równie doniosłe argumenty przemawiają za każdą z konkurencyjnych koncepcji ustawowego usytuowania prawa rodzinnego

Specjalizacja orzecznicza

76 sędziów (8% wszystkich badanych) było zdania, iż nie jest możliwe zajęcie zdecydowanego, nie budzącego wątpliwości stanowiska, bowiem każda z koncepcji kodyfikacyjnego rozstrzygnięcia o miejscu prawa rodzinnego może być poparta równie doniosłymi argumentami. W tej grupie badanych (76 sędziów stanowi 100%) 35 sędziów (46%) orzekło w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 28 (37%) w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 12 (16%) w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, jeden w wydziale cywilnym sądu grodzkiego. Jak z powyższego wynika większość stanowili tu sędziowie orzekający w wydziałach cywilnych (łącznie 41 sędziów, a więc 54%).

Płeć, wiek i staż orzecznicza

Sędziowie, w których ocenie równie doniosłe argumenty przemawiają za każdą z konkurencyjnych koncepcji ustawowego usytuowania prawa rodzinnego, w 48 przypadkach (63%) byli kobietami. Wśród wszystkich kobiet sędziów uczestniczących w badaniu takie stanowisko zajęło 7%, wśród wszystkich sędziów mężczyzn uczestniczących w badaniu 11%.

Omawiane podejście do problemu kodeksowej formy unormowania prawa rodzinnego było udziałem zaledwie 3 sędziów w grupie najstarszych sędziów (liczących ponad 55 lat). Pozostali przynależeli do wszystkich grup wiekowych w zbliżonych proporcjach. Największa grupa 28 sędziów była w wieku od 36 do 45 lat. (Stanowili 37% prezentujących stanowisko, iż równie doniosłe argumenty przemawiają za pozostawieniem kodeksowej samodzielności prawa rodzinnego jak i za koncepcją zamieszczenia prawa rodzinnego w przyszłym kodeksie cywilnym. Jednocześnie stanowili oni 8% wszystkich sędziów uczestniczących w badaniu, którzy byli w tej grupie wieku). 24 sędziów (32% w omawianej grupie poglądów) było w wieku do 35 lat, a 21 (28%) liczyło od 46 do 55 lat.

Staż orzeczniczy sędziów, którzy zajęli prezentowane stanowisko nie miał, jak się wydaje, przesądzającego znaczenia. Co czwarty z nich (19 sędziów) orzekał nie dłużej niż pięć lat. Jedna piąta (15 sędziów) orzekała od 6 do 10 lat, kolejna jedna piąta od 11 do 15 lat. Siedemnastu sędziów (22% w tej grupie) orzekało od ponad 20 lat a dziesięciu od 16 do 20 lat.

Argumentacja zwolenników koncepcji zachowania kodeksowej samodzielności prawa rodzinnego

Badani, którzy opowiedzieli się za zachowaniem kodeksowej samodzielności prawa rodzinnego, uzasadniając zajęte stanowisko mogli zaakceptować lub odrzucić pięć wymienionych w ankiecie argumentów oraz wskazać jeszcze inne okoliczności na poparcie wybranej tezy (z możliwości wypowiedzenia się w pytaniu otwartym skorzystał tylko 1% badanych. Ich wypowiedzi, w istocie rzeczy, można potraktować tylko jako uszczegółowienie argumentacji zawartej w skategoryzowanych odpowiedziach¹¹).

671 sędziów wypowiedziało w sposób zdecydowany pogląd, iż optymalnym rozwiązaniem jest zachowanie kodeksowej samodzielności prawa rodzinnego. W poniższych uwagach więc 671 stanowi 100%. Większość sędziów wybierała więcej niż jeden argument na poparcie przyjętego stanowiska. Dlatego podawane wartości procentowe nie sumują się do 100.

Prawo rodzinne jest wyodrębnioną gałęzią prawa

Najdalej idącym argumentem za samodzielnością kodeksową prawa rodzinnego jest przeświadczenie, iż prawo rodzinne wyodrębniło się z prawa cywilnego. Nie jest już jego działem ale samodzielną gałęzią prawa, mimo że nadal jego związek z prawem cywilnym jest najbliższy. Dlatego prawo rodzinne nie tylko nie powinno ale nie może być księgą kodeksu cywilnego. Takie przeświadczenie wyraziło 461 sędziów, a więc blisko 69% zwolenników samodzielności kodeksowej prawa rodzinnego i zarazem na 48% wszystkich sędziów, którzy wzięli udział w badaniu.

W grupie 461 sędziów uważających, iż prawo rodzinne wyodrębniło się z prawa cywilnego, trzystu osiemnastu (69%) orzeka w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, sześćdziesięciu (13%) w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, pięćdziesięciu jeden (11%) w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, dwudziestu pięciu (5%) w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych, pozostali w innych sądach (w tym czterech orzeka w sprawach cywilnych w sądach grodzkich).

W tym miejscu warto przypomnieć, że ankietę wypełniło 489 sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych oraz 38 sędziów orzekających w wydziałach (sekcjach) rodzinnych sądów okręgowych. W tej grupie ankietowanych, traktowanych w niniejszym badaniu jako sędziowie rodzinni, którą tworzy 527 sędziów, pogląd o samodzielności „gałęziowej” prawa rodzinnego wypowiedziało 343 sędziów (65%). Jednakże udział zwolenników takiego sta-

¹¹ Wskazywano np. na rolę wiedzy pozaprawnej w procesie wykładni przepisów prawa rodzinnego, specjalizację sędziów i aktualne rozwiązania organizacyjne sądownictwa rodzinnego.

nowiska był w sposób znaczący wyższy wśród sędziów rodzinnych z sądów okręgowych (84% sędziów rodzinnych orzekających w sądach okręgowych, 65 % sędziów rodzinnych orzekających w sądach rejonowych).

Do grupy sędziów – cywilistów (orzekających w sądach grodzkich, rejonowych i okręgowych) należało 411 sędziów. 115 z nich (28%) uważało, że prawo rodzinne nie jest jedynie wyspecjalizowanym działem prawa cywilnego ale wyodrębniło się z tego prawa. Takie stanowisko prezentowało 60 sędziów spośród 219 sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów rejonowych (27,4%), oraz 51 sędziów spośród 179 sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów okręgowych (28,5%).

Jak z powyższego wynika, wśród sędziów cywilistów stanowisko o samodzielności gałęziowej prawa rodzinnego prezentuje bardzo zbliżony odsetek sędziów orzekających w sądach rejonowych i okręgowych (wśród badanych było ich o 1,1% więcej w sądach okręgowych). Natomiast wśród sędziów rodzinnych zwolenników takiego poglądu jest aż o 20% więcej wśród sędziów orzekających w sądach okręgowych.

Najliczniejszą grupę wiekową, 345 osób, stanowili sędziowie liczący od 36 do 45 lat. Wśród nich pogląd o wyodrębnieniu się prawa rodzinnego z prawa cywilnego wypowiedziało 183 osoby (53%). W kolejnej co do liczebności, 269 osobowej, grupie wiekowej badanych (sędziowie w wieku od 46 do 55 lat) taki pogląd prezentowało 135 osób (50,2%).

Wśród 235 najmłodszych sędziów, liczących nie więcej niż 35 lat, za odrębnością prawa rodzinnego opowiedziało się 91 osób (38,7%), a wśród najstarszych (w wieku powyżej 55 lat) 75 na 102 badanych (73,5%).

Tak więc pogląd, iż prawo rodzinne jest odrębną od prawa cywilnego, choć wywodzącą się z niego i najbliższą mu, gałęzią prawa, najrzadziej wypowiedzieli sędziowie najmłodszy (około 39% w grupie sędziów którzy liczyli nie więcej niż 35 lat), najczęściej zaś najstarsi (około 74% w grupie sędziów którzy liczyli więcej niż 55 lat). Wśród pozostałych sędziów (liczących od 36 do 55 lat) wiek nie miał, jak się wydaje, poważniejszego wpływu na stanowisko co do miejsca prawa rodzinnego w systemie polskiego prawa. Pogląd o odrębności prawa rodzinnego od cywilnego wypowiedziało 53% wszystkich ankietowanych w wieku od 36 do 45 lat oraz co drugi ankietowany wieku od 46 do 55 lat.

Związek pomiędzy długością stażu orzeczniczego ankietowanych a ich przeświadczeniem, że prawo rodzinne wyodrębniło się z prawa cywilnego, był następujący: 143 sędziów (31% zwolenników prezentowanego stanowiska) orzekało dłużej od 20 lat, 103 (22%) orzekało od 11 do 15 lat, 85 (19%) orzekało od 6 do 10 lat, 72 (16%) orzekało od 16 do 20 lat zaś 56 (12%) nie dłużej niż 5 lat.

Wśród wszystkich ankietowanych sędziów o danym stażu orzeczniczym zwolenników poglądu, że prawo rodzinne wyodrębniło się z prawa cywilnego, było: w grupie 169 sędziów orzekających nie dłużej niż 5 lat – 56 sędziów (33%), w grupie 163 sędziów orzekających od 6 do 10 lat – 85 sędziów (52%), w grupie 189 sędziów

orzekających od 11 do 15 lat – 103 sędziów (54,5%), w grupie 143 sędziów orzekających od 16 do 20 lat – 72 sędziów (50,3%), w grupie 288 sędziów orzekających dłużej niż 20 lat – 143 sędziów (49,7%). Jak z powyższego wynika wśród sędziów, którzy orzekali od 6 do 15 lat wrastała liczba zwolenników odrębności prawa rodzinnego od prawa cywilnego dochodząc do 54,5%. Przy dłuższym stażu orzeczniczym odsetek podzielających to stanowisko nieco spadał ale był bliski 50. Pozwala to na konstatację, **że wśród początkujących sędziów zdecydowaną przewagę mają zwolennicy tezy o przynależności prawa rodzinnego do prawa cywilnego, zaś wśród doświadczonych sędziów odsetek zwolenników i przeciwników tezy o wyodrębnieniu się prawa rodzinnego z prawa cywilnego jest bardzo zbliżony.**

Specyfika spraw rodzinnych wymaga wyspecjalizowanego sądownictwa a jego dobrej pracy sprzyja wyodrębnienie kodeksowe prawa rodzinnego

374 badanych (56%) wskazało, iż specyfika spraw rodzinnych wymaga głębokiej specjalizacji sędziów i uzasadnia rozwój sądownictwa rodzinnego, które powinno być, co najmniej, dwuinstancyjne (rejonowe i okręgowe sądy rodzinne). Odrębność kodeksowa prawa rodzinnego podkreśla specyfikę normowanych stosunków społecznych, umożliwia sformułowanie wiodących zasad prawa rodzinnego (odmiennych, wskutek tej głębokiej specjalizacji, od wiodących zasad prawa cywilnego). Dlatego przemawia za umocnieniem i rozwojem sądownictwa rodzinnego a jednocześnie przeciwko koncepcjom organizacyjnym, które usprawnienia pracy sądownictwa poszukują w nierespektowaniu specjalizacji orzeczniczej, przyjmując założenie, że każdy sędzia może równie dobrze orzekać we wszystkich sprawach, niezależnie od ich przedmiotu i swoich doświadczeń zawodowych (specjalizacji)¹².

Przyjmuje się, że od dnia 1 stycznia 1978 r. funkcjonuje powszechne sądownictwo rodzinne¹³. Nigdy jednak nie nastąpiło konsekwentne wyodrębnienie pionu sądownictwa rodzinnego w obrębie sądownictwa powszechnego, co zapewne byłoby rozwiązaniem optymalnym, a zarazem oczekiwanym przez sędziów rodzinnych.

¹² Unormowanie prawa rodzinnego w kodeksie cywilnym mogłoby posłużyć za argument dla zmian organizacyjnych polegających np. na likwidacji wydziałów rodzinnych i nieletnich, zwłaszcza w sądach o niewielkiej obsadzie sędziowskiej. Stanowisko sędziów (głównie z wydziałów rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych) w przedmiocie ewentualnych zmian organizacyjnych ilustruje pilotażowe badanie ankietowe na temat miejsca sądów rodzinnych w systemie sądownictwa powszechnego, w którym wzięło udział 51 sędziów. Zostało ono przeprowadzone przez Sędziogo SO Eleonorę Porębiak-Tymecką podczas spotkania szkoleniowego, które odbyło się w dniach od 3 do 5 września 2007 r. w Jastrzębiej Górze. Wyniki badania zostały przedstawione w dniu 2 października 2007 r. w Zakopanym, podczas IX Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce. Ponad 70% ankietowanych dostrzegło potrzebę utworzenia odrębnego pionu sądownictwa rodzinnego na wszystkich poziomach (w sądach rejonowych, okręgowych, apelacyjnych oraz w Sądzie Najwyższym, w którego strukturze powinna znaleźć się Izba Rodzinna). Brany pod uwagę przez ówczesne kierownictwo resortu sprawiedliwości wariant likwidacji wydziałów rodzinnych w małych sądach o obsadzie poniżej 10 sędziów i włączenie ich do wydziałów cywilnych został odrzucony, jako nietrafny, przez 96% ankietowanych.

¹³ M. Bańkowska: *XX lecie sądownictwa rodzinnego w Polsce*, PS nr 4 z 1999 r.

Celowe wydaje się przypomnienie, że art. 12 Prawa o ustroju sądów powszechnych (USP)¹⁴ wydział rodzinny i nieletnich sądu rejonowego nazywa „sądem rodzinnym”. Przyjmuje się, iż „Określenie wydziału mianem sądu jest zabiegiem techniczno-organizacyjnym, wskazującym na szczególne społeczne znaczenie spraw rozpoznawanych w tym wydziale”¹⁵. Mimo takiej opinii twórcy USP nie byli konsekwentni i nie dostrzegli zapewne w wystarczającym stopniu specyfiki spraw rozpoznawanych w sądach rodzinnych. Nie wymagają, bowiem szczególnego przygotowania od osób w nich orzekających w odróżnieniu od wymagań wobec sędziów i ławników orzekających w innych wydziałach nazywanych „sądami”¹⁶. Takie podejście ustawodawcy ułatwia mu dokonywanie zmian o charakterze instytucjonalno-ustrojowym dotyczących wydziałów sądowych, którym powierzono, między innymi, rozstrzygania spraw z zakresu prawa rodzinnego. Wszelkie zamierzenia mogące zmniejszyć znaczenie sądownictwa rodzinnego, zahamować jego rozwój i doskonalenie są odbierane z wielkim niepokojem, zwłaszcza gdy nie są poddawane pod szeroką dyskusję z udziałem najbardziej zainteresowanych, czyli sędziów rodzinnych.

Ułatwienie dla adresatów prawa rodzinnego

248 sędziów (37%) było zdania, że samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego ułatwia poznanie stanu prawnego i korzystanie z tej wiedzy przez nieprofesjonalistów. Prawo rodzinne jest adresowane do bardzo szerokiego kręgu odbiorców. Zainteresowani zapewne łatwiej i szybciej „trafią” do oddzielnego kodeksu bez konieczności poszukiwania pomocy u prawników. Jest to szczególnie ważne dla uboższych obywateli.

Tradycja i względy praktyczne

219 badanych (33%) wskazało, iż tradycja przemawia za zachowaniem kodeksu rodzinnego bowiem od 57 lat stosunki rodzinne są normowane przez poświęcony im kodeks. 203 ankietowanych (30%) wskazało, iż nowy kodeks cywilny nie może być nadmiernie rozbudowany. Będzie to bowiem bardzo utrudniało korzystanie z niego.

Argumentacja zwolenników włączenia prawa rodzinnego do projektowanego kodeksu cywilnego

¹⁴ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r.: Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 ze zm.).

¹⁵ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski: *Komentarz do prawa o ustroju sądów powszechnych i ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa*, Warszawa 2002, s. 51.

¹⁶ Art. 12 § 4 i § 5 odnośnie do sądów rejonowych oraz art. 16 § 3 i § 4 odnośnie do sądów okręgowych wymagają szczególnych kwalifikacji od sędziów i ławników wyznaczanych do orzekania w sprawach z zakresu prawa pracy, ubezpieczeń społecznych i w sprawach gospodarczych.

Za włączeniem przepisów z zakresu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego (jako jego księgi) było 157 osób (16% ankietowanych sędziów). Uzasadniając zajęte stanowisko mogli zaakceptować lub odrzucić pięć wymienionych w ankiecie argumentów oraz wskazać jeszcze inne okoliczności na poparcie wybranej tezy (z możliwości wypowiedzenia się w pytaniu otwartym skorzystało tylko siedem osób).

Prawo rodzinne jest działem prawa cywilnego

142 sędziów, 90% zwolenników koncepcji prawa rodzinnego jako IV księgi projektowanego kodeksu cywilnego było zdania, iż prawo to jest działem prawa cywilnego. Wśród nich było 51 (36%) sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, 47 (33%) sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów rejonowych, 34 (24%) sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, 4 (3%) sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych.

W badaniu uczestniczyło 219 sędziów orzekających w wydziałach cywilnych sądów rejonowych. Tak więc odsetek zwolenników tezy o przynależności prawa rodzinnego do prawa cywilnego wynosił wśród nich 21,5.

179 badanych orzekających w wydziałach cywilnych sądów okręgowych. 51 z nich (28,5%) wskazało na omawiany argument.

Udział zwolenników tezy o przynależności prawa rodzinnego do prawa cywilnego (38) wśród wszystkich sędziów rodzinnych, którzy wypełnili analizowane ankiety (527) wynosił więc 7%, z tym, że wyższy był wśród sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych sądów okręgowych (takie przeświadczenie podzielało 4 sędziów spośród 38 ankietowanych, a więc 10,5%).

Argument o przynależności prawa rodzinnego do prawa cywilnego podało 79 kobiet i 63 mężczyzn. Podzielało go więc 11% spośród ankietowanych sędziów będących kobietami i 25% spośród ankietowanych sędziów będących mężczyznami.

W większości stanowisko to zajęli młodszy sędziowie. 58 spośród nich (41%) liczyło nie więcej niż 35 lat, 37 (26%) miało od 36 do 45 lat, 32 (23%) liczyło nie mniej niż 46 lat i nie więcej niż 55 lat a 15 było starszych. Natomiast, gdy zważy się na staż orzeczniczy zwolenników omawianego argumentu okazuje się, że prawie równoliczni byli sędziowie o najkrótszym stażu do 5 lat (41 sędziów) i o najdłuższym, ponad 20 letnim stażu (39 sędziów). Wśród wszystkich badanych o najkrótszym i najdłuższym doświadczeniu orzeczniczym odsetek powołujących się na przynależność prawa rodzinnego do cywilnego wynosił odpowiednio 24,3 i 13,5.

Wśród wszystkich badanych sędziów z grupy 235 osób najmłodszych (do lat 35) 27% traktowało prawo rodzinne jako dział prawa cywilnego, a w liczącej 102 osób grupie najstarszych sędziów (liczących więcej niż 55 lat) taki pogląd miało 15% badanych.

Nie ma podstaw do sformułowania „własnej” części ogólnej kodeksu rodzinnego

Przeświadczenie, iż nie jest możliwe stworzenie oddzielnej „pełnej” (zupelnej a nie „kadłubkowej”¹⁷) kodyfikacji prawa rodzinnego było udziałem 69 sędziów (44% zwolenników koncepcji przedstawionej w „Zielonej Księdze”). Pośrednio użycie takiego argumentu wskazuje, iż przyjmujący go jest przeciwnikiem stanowiska o daleko posuniętej specyfice stosunków rodzinnoprawnych.

46 spośród 69 sędziów o takim stanowisku orzekło w wydziałach cywilnych (25 w sądach rejonowych, 21 w sądach okręgowych), 20 w wydziałach rodzinnych (17 w sądach rejonowych, 3 w sądach okręgowych). Pogląd ten głównie wypowiedzieli najmłodsi sędziowie (38–55% z nich liczyło nie więcej niż 35 lat¹⁸) o najkrótszym stażu orzeczniczym (26 orzekło nie dłużej niż 5 lat¹⁹).

Włączenie prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego zwiększy prestiż prawa rodzinnego

W „Zielonej Księdze” został wypowiedziany pogląd, iż „Kodeks cywilny jest najdonioślejszym aktem normatywnym po Konstytucji”²⁰. W konsekwencji, podziеляjący takie stanowisko traktują zamieszczenie przepisów w tym akcie normatywnym za „dowartościowanie” problematyki, którą one normują²¹.

Tak też oceniło perspektywę zamieszczenia prawa rodzinnego w kodeksie cywilnym 30 sędziów. Warto zauważyć, że połowa z nich orzekła w sądach rodzinnych (czternastu sędziów w sądach rejonowych, jeden w sądzie okręgowym). Pozostali zwolennicy poglądu o wzmożeniu prestiżu prawa rodzinnego po zamieszczeniu go w postaci księgi kodeksu cywilnego orzekali w sądach cywilnych (trzy-nastu w wydziałach cywilnych sądów okręgowych, dwóch w wydziałach cywilnych sądów rejonowych).

Warto zauważyć, iż pogląd ten prezentowało około 3% uczestniczących w badaniu sędziów rodzinnych. Zapewne więc pozostali nie mieli „kompleksu” sędziego rodzinnego²².

¹⁷ Zob. T. Smoczyński: *Prawo rodzinne i stosunki rodzinnoprawne*, Studia z Prawa Prywatnego 2007, zeszyt 1 (4), s. 18.

¹⁸ W kolejnych grupach wieku jego zwolennikami było: 13 sędziów liczących od 36 do 45 lat, 12 sędziów liczących od 46 do 55 lat, 6 sędziów liczących więcej niż 55 lat.

¹⁹ Stanowisko to podzieliło 14 sędziów orzekających od 6 do 10 lat, 3 sędziów orzekających od 11 do 15 lat, 11 sędziów orzekających od 16 do 20 lat i 15 sędziów orzekających dłużej od 20 lat.

²⁰ *Zielona Księga* (...), s. 32.

²¹ Wg zwolenników odrębności kodeksowej prawa rodzinnego w latach sześćdziesiątych XX w. włączenie prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego obniżyłoby rangę prawa rodzinnego nie przynosząc żadnych korzyści. Por. M. Nazar, op. cit., s. 108.

²² M. Arczewska: *Spoleczne role sędziów rodzinnych – wyniki badań własnych*, Rodzina i Prawo nr 3 (6) z 2007 r., s. 14 -15.

Prawo rodzinne jest normowane przez większość kodeksów cywilnych państw zachodnioeuropejskich

Odrębność kodeksowa prawa rodzinnego w XX w. występowała w ZSRR i środkowoeuropejskich państwach „demokracji ludowych”. W państwach Europy Zachodniej, zgodnie z tradycją wielkich XIX wiecznych kodeksów cywilnych (które obowiązywały także na ziemiach polskich), prawo rodzinne należało do prawa cywilnego²³. Ten argument prawnoporównawczy wypowiedziało 24 sędziów (w tym jedenastu orzekających w wydziałach rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, jeden orzekający w wydziale rodzinnym w sądzie okręgowym, jedenastu sędziów orzekających w wydziałach cywilnych, pozostali orzekali w innych sądach).

Włączenie prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego będzie potwierdzeniem polskiej suwerenności bowiem odrębność kodeksowa prawa rodzinnego wynika z przyczyn politycznych a nie merytorycznych

W „Zielonej Księdze” został wypowiedziany pogląd, iż „pięćdziesięcioletnia tradycja ukształtowana pod naciskiem doktryny komunistycznej nie powinna decydować o kształcie systemu prawnego RP.”²⁴. Stanowisko takie uznało za swoje 11 ankietowanych (7% zwolenników koncepcji „powrotu” prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego, jako jego IV księgi). Ośmiu z tych sędziów orzekało w wydziałach cywilnych, trzech w wydziałach rodzinnych i nieletnich. Sześciu zwolenników tego poglądu liczyło nie więcej niż 35 lat, trzech było w wieku od 36 do 45 lat.

Inne argumenty

Sędziowie, którzy odpowiedzieli na pytanie otwarte, wskazywali że prawo rodzinne nie normuje wszystkich stosunków rodzinnoprawnych, jest związane z prawem cywilnym. Podkreślali, że uświadomienie sobie tych związków, potwierdzone jednością kodeksową, będzie sprzyjało pogłębianiu wiedzy cywilistycznej przez sędziów orzekających w sprawach rodzinnych, które będą oceniane z „szerszej perspektywy” i bardziej „kompleksowo”.

²³ Takie unormowanie było konsekwencją „podporządkowania” osobowych stosunków rodzinnych majątkowym. Zob. M. Nazar: *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent nr 9 z 2005 r., s. 107 i powołaną tam literaturę. Jak pisze powołany Autor: „Zwolennicy włączenia kodeksu rodzinnego i opiekuńczego do kodeksu cywilnego, uzasadniając swoje stanowisko, wskazują na zakres europejskich kodeksów cywilnych. Ten argument przypomina a reburs jeden z prawdopodobnych powodów wyłączenia w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku z projektu polskiego kodeksu cywilnego unormowań prawa rodzinnego. Chodziło mianowicie o istnienie tzw. radzieckiego wzorca odrębnych kodyfikacji prawa cywilnego i rodzinnego. Nie wydaje się jednak przekonujące twierdzenie, że właśnie ta okoliczność **decydująco (i negatywnie)** wpłynęła na kształt polskiej kodyfikacji” (Podkreślenie E. H.-Ł.). W pełni podzielam to stanowisko.

²⁴ *Zielona Księga* (...), s. 31 32.

Podsumowanie i wnioski

Wyniki badania opinii sędziów wskazują, że nie dla wszystkich włączenie prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego jest „wizją optymalną” przyszłego stanu prawnego. Nie wszyscy zwolennicy kodeksowej samodzielności prawa rodzinnego traktują go wyłącznie jako wyspecjalizowany dział prawa cywilnego bądź kierują się tylko „socjotechnicznym punktem widzenia”, jak zdaje się sądzić Komisja Kodyfikacyjna²⁵.

Celowe wydaje się wyeksponowanie w niniejszym podsumowaniu wyników ankiety najistotniejszych ustaleń przeprowadzonego badania.

Pogląd, że prawo rodzinne jest samodzielną gałęzią prawa, mimo że nadal jego związek z prawem cywilnym jest najbliższy wypowiedziało 461 sędziów na 965 badanych (48%). Pogląd przeciwny, że prawo cywilne jest działem prawa cywilnego, potraktowało, jako główny argument wspierający koncepcję zaprezentowaną w „Zielonej Księdze”, 142 sędziów (około 15% badanych). Jak z powyższego wynika, żadnego z przeciwstawnych stanowisk nie podzielała bezwzględna większość sędziów, którzy uczestniczyli w badaniu. Niemniej, odmiennie od stanowisk prezentowanych we współczesnych polskich publikacjach prawniczych, więcej zwolenników miała teza o „emancypacji” prawa rodzinnego.

Za kodeksową samodzielnością prawa rodzinnego, a więc przeciwko włączeniu przepisów z zakresu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego, opowiedziało się 671 sędziów (70% badanych), zaś za włączeniem przepisów z zakresu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego (jako jego księgi) 157 sędziów (16%). Część ankietowanych sędziów nie miała przemyślanego stanowiska w sprawie miejsca prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji, część nie znajdowała dla żadnej z przeciwstawnych koncepcji argumentu przesądzającego. Wśród tych, którzy mieli jednoznaczną i zdecydowaną opinię „za” lub „przeciw” włączeniu prawa rodzinnego do kodeksu cywilnego koncepcję zaproponowaną w „Zielonej Księdze” aprobowało 19% ankietowanych.

Badanie wykazało, że specjalizacja orzecznicza ma istotny wpływ na poglądy w omawianej kwestii.

Sędziowie rodzinni (orzekający w sądach rejonowych i okręgowych) łącznie stanowili 64% zwolenników tezy o celowości zachowania odrębności kodeksowej prawa rodzinnego.

Sędziowie – cywiliści z sądów grodzkich, rejonowych i okręgowych stanowili około 35% aprobujących zdecydowanie stanowisko o celowości odrębności kodeksowej prawa rodzinnego.

Spośród wszystkich badanych 527 sędziów rodzinnych (orzekających w sądach rejonowych i okręgowych), zdecydowanie za odrębnością kodeksową prawa rodzinnego opowiedziało się 427 sędziów – 81%.

²⁵ *Zielona Księga (...)*, s. 31.

Spośród 411 sędziów – cywilistów (orzekających w wydziałach cywilnych sądów grodzkich, rejonowych i okręgowych), którzy uczestniczyli w badaniu, zdecydowanie za odrębnością kodeksową prawa rodzinnego opowiedziało się 232 sędziów – 56%.

Liczny udział sędziów w badaniu ankietowym na temat miejsca prawa rodzinnego w systemie polskiego prawa wskazuje na wagę, jaką do potrzeby dyskusji nad koncepcją przedstawioną w „Zielonej Księdze” przywiązuje to środowisko. Dlatego należałoby postulować organizację spotkań dyskusyjnych na temat projektowanych rozwiązań w środowisku sędziowskim²⁶.

²⁶ Założenia „Zielonej Księgi” były przedstawiane podczas II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Wiśle, we wrześniu 2006 r. (zob. referat tam wygłoszony przez Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej, Z. Radwański: *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, RPEiS nr 1 z 2007 r., s. 5-16). Konferencja na temat głównych założeń projektu nowego kodeksu cywilnego, zorganizowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN i Izbę Cywilną SN, odbyła się 29 marca 2007 r. Syntetyczne sprawozdania z jej przebiegu zostały opublikowane w dodatku do Monitora Prawniczego nr 14 z 2007 r. oraz w Palestrze nr 7-8 z 2007 r. (A. Redzik, P. Zdanikowski: *Konferencja „Główne założenia Projektu Kodeksu Cywilnego”*, Warszawa, Pałac Staszica, 29 marca 2007, Palestra nr 7-8 z 2007 r., s. 247-248).

Zadania sądu opiekuńczego w świetle przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹

1. Wprowadzenie

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego² weszła w życie 21 stycznia 1995 r., po prawie 65 latach prac ustawodawczych i po dwudziestoletnich pracach nad ostatnim projektem ustawy³, stanowiącym podstawę obecnie obowiązującej regulacji. Tak długi okres prac legislacyjnych wynikał nie tylko z tego, że zamierzeniem prawodawcy było stworzenie nowoczesnego, kompleksowego unormowania z zakresu ochrony zdrowia psychicznego, ale także z wyjątkowo delikatnej materii tej regulacji, dotyczącej ochrony osób z zaburzeniami psychicznymi, czyli osób chorych psychicznie, upośledzonych umysłowo i wykazujących inne zakłócenia czynności psychicznych (art. 3 pkt 1).

Szczególny charakter ustawy podkreśla dodanie preambuły, która wprawdzie nie stanowi przepisu, a jedynie wstęp do aktu prawnego, jednak odgrywa duże znaczenie w dokonywaniu wykładni teleologicznej⁴. Określa bowiem założenia ustawodawcy, towarzyszące uchwaleniu aktu prawnego i cele, jakie są związane z jego wprowadzeniem. Stosownie do treści preambuły, „Uznając, że zdrowie psychiczne jest fundamentalnym dobrem osobistym człowieka, a ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi należy do obowiązków państwa, stanowi się, co następuje”. Wyrażony w tych słowach cel działania ustawy w postaci ochrony osób z zaburzeniami psychicznymi może być, zgodnie z treścią art. 2 ustawy, realizowany w różny sposób, m.in. przez promocję zdrowia psychicznego, zapobieganie zaburzeniom psychicznym, zapewnienie opieki zdrowotnej, czy kształtowanie postawy tolerancji wobec osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi.

¹ Składam serdeczne podziękowania SSO Małgorzacie Masiulanis, Sędziemu Wizytatorowi ds. rodzinnych i nieletnich Sądu Okręgowego w Warszawie za cenne informacje dotyczące sądowej praktyki stosowania przepisów ustawy oraz za pomoc udzieloną mi w czasie przygotowywania niniejszego opracowania.

² Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.), powoływana dalej jako ustawa lub przez wskazanie numerów przepisów tego aktu prawnego.

³ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, s. 16 i 15.

⁴ Na znaczenie preambuły w wykładni przepisów ustawy zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 lutego 1997 r., II CKU 72/96 (OSNC 1997, Nr 6-7, poz. 84).

Na tle tych form ochrony zdrowia psychicznego podstawowe znaczenie mają zadania, które w zapewnieniu ochrony praw osób z zaburzeniami psychicznymi zostały powierzone sądom powszechnym (sądom opiekuńczym)⁵. Przyjęciu takiego rozwiązania normatywnego, stosownie do którego sądy opiekuńcze rozstrzygają w najistotniejszej (i najbardziej drażliwej, jak się wydaje) kwestii przymusowej hospitalizacji, towarzyszyło przeświadczenie, że „każda forma ograniczenia konstytucyjnie gwarantowanej swobody osobistej powinna być poddana kontroli sądowej”⁶, ponieważ sądy stwarzają gwarancję właściwego zabezpieczenia praw osób z zaburzeniami psychicznymi. Szeroki zakres unormowanych w ustawie czynności sądów opiekuńczych powoduje, że odpowiednio duże jest pole powstawania wątpliwości interpretacyjnych. Skłania to do przedstawienia w niniejszym opracowaniu kilku zagadnień, które mogą mieć znaczenie dla kształtowania się praktyki sądowego stosowania ustawy⁷.

2. Zadania sądów opiekuńczych na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Obecnie, po kilkakrotnych zmianach ustawy, sądy opiekuńcze podejmują czynności w ponad dwudziestu różnych sytuacjach prawnych. W celu uporządkowania tych różnorodnych przypadków, warto działania sądów opiekuńczych podzielić na kilka grup czynności⁸.

Pierwsza sfera zadań obejmuje orzekanie przez sąd w przedmiocie zgody na mające nastąpić w przyszłości przyjęcie do szpitala psychiatrycznego lub domu pomocy społecznej (art. 22 i art. 39) w sytuacji braku zdolności osoby do wyrażenia zgody (art. 22 ust. 2), rozbieżnych oświadczeń pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego w sprawie zgody na hospitalizację (tzw. rozstrzygnięcie „kolizji oświad-

⁵ Z uwagi na ograniczone ramy opracowania dalsze uwagi będą koncentrowały się na czynnościach sądów opiekuńczych związanych z umieszczeniem i pobytem pacjenta w szpitalu psychiatrycznym, z pominięciem analizy przepisów dotyczących wprost umieszczenia i pobytu osoby w domu pomocy społecznej.

⁶ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, Warszawa 1997, op. cit. s. 149. Autorzy zwrócili uwagę, że ponieważ sąd orzeka także w sprawach przymusowego poddania się leczeniu odwykowemu oraz w zastosowaniu środka leczniczo-zabezpieczającego w postaci umieszczenia sprawców czynów zabronionych w szpitalu psychiatrycznym, to „uzależnieni od alkoholu i innych środków oraz zaburzeni psychicznie, którzy dopuszczali się czynów zabronionych, dysponowali większymi gwarancjami niż chorzy, którzy nie weszli w kolizję z ustawą karną”. W kwestii gwarancji sytuacji prawnej pacjenta, związanej z czynnościami sądów opiekuńczych zob. także A. Wilkowska-Plóciennik, *Prześlanki przymusowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym*, Prawo i Medycyna 2004, Nr 4, s. 23.

⁷ W opracowaniu podjęte zostaną kwestie poruszone przez Sędziów sądów opiekuńczych w trakcie dwu szkoleń, zorganizowanych przez Krajowe Centrum Szkolenia Kadr Sądów i Prokuratury w dniach 3-5 września 2007 roku i 17-19 grudnia 2007 roku. Serdecznie dziękuję Paniom i Panom Sędziom za wszystkie uwagi dotyczące zagadnień sądowego stosowania ustawy.

⁸ Podane zestawienie ma charakter ramowy i służy uzyskaniu ogólnej orientacji w katalogu zadań sądów opiekuńczych. Inne, choć częściowo zbieżne zestawienie prezentują T. Cysek i Ł. Korozs, *Funkcjonowanie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Monitor Prawniczy 1997, Nr 3, s. 98-99.

czeń”) oraz w przedmiocie zezwolenia na wyrażenie zgody na hospitalizację przez przedstawiciela ustawowego osoby niepozostającej pod władzą rodzicielską (tzw. zezwolenie na zgodę, art. 22 ust. 3 w zw. z ust. 5)⁹.

Druga grupa przypadków obejmuje orzekanie w przedmiocie zgody na pobyt osoby w szpitalu psychiatrycznym po dokonaniu już przyjęcia do tego szpitala. Dotyczy to osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo niezdolnych do wyrażenia zgody lub stosunku do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego i leczenia, które w przypadkach nagłych zostały hospitalizowane bez wcześniejszego uzyskania zgody sądu opiekuńczego (art. 22 ust. 2a w zw. z ust. 2) oraz osób, które zostały w wypadkach nagłych przyjęte do szpitala psychiatrycznego mimo nieuzyskania jeszcze przez przedstawiciela ustawowego zezwolenia sądu opiekuńczego na wyrażenie zgody na przyjęcie do szpitala (art. 22 ust. 5). W wymienionych sytuacjach, mimo dokonania już przyjęcia, sąd rozstrzyga o wyrażeniu zgody (co powinno znaleźć odzwierciedlenie w sentencji postanowienia sądu), nie zaś – jak w kolejnej grupie zadań sądów opiekuńczych – o stwierdzeniu istnienia lub nieistnienia podstaw do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego.

W trzeciej sferze zadań sądów opiekuńczych mieści się badanie podstaw umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym w związku z tzw. przymusową hospitalizacją osoby chorej psychicznie (art. 23), przymusowym przyjęciem osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo w razie sprzeciwiania się przyjęciu (art. 22 ust. 2c)¹⁰, tzw. przymusową obserwacją (art. 24) i tzw. przymusowym zatrzymaniem w szpitalu psychiatrycznym (art. 28).

Czwarta grupa zadań sądów opiekuńczych obejmuje orzekanie o potrzebie przyjęcia osoby do szpitala w tzw. trybie wnioskowym (art. 29) lub inaczej „wyłączenie wnioskowym”, ponieważ postępowanie w tym przedmiocie może być wszczęte wyłącznie na wniosek osoby uprawnionej, a nie z urzędu¹¹.

⁹ Ponadto zestawienie przepisów art. 108 w zw. z art. 156 k.r.o. prowadzi do wniosku, że oprócz tych przypadków, wprost wymienionych w art. 22 ustawy, Sąd powinien także orzekać w przedmiocie zezwolenia na wyrażenie przez rodzica zgody na hospitalizację małoletniego ubezwłasnowolnionego całkowicie, czyli małoletniego w wieku od 13 do 18 lat. Rodzice takiego małoletniego podlegają bowiem takim ograniczeniom, jak opiekun.

¹⁰ Można mieć wątpliwości, czy przepis ten jest spójny z regulacjami art. 22 i 23. Skoro odwołuje się on do sytuacji „osoby, o której mowa w ust. 2”, należy wnosić, że dotyczy osoby „chorej psychicznie lub osoby upośledzonej umysłowo niezdolnej do wyrażenia zgody lub stosunku do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego i leczenia”. Jeśli „sprzeciwianie się przyjęciu” do szpitala uznać za wyraźną odmowę zgody, trzeba byłoby konsekwentnie przyjąć, że osoba chora psychicznie lub upośledzona umysłowo była zdolna do wyrażenia zgody lub stosunku do przyjęcia jej do szpitala psychiatrycznego. Sprzeciw wyrażony wobec zamiaru jej hospitalizacji jest właśnie, jak się wydaje, formą wykorzystania opisanej wcześniej zdolności, której nie powinno się utożsamiać z wyrażeniem zgody, lecz z wypowiedzeniem się w przedmiocie zgody na przyjęcie do szpitala (tzn. ze zdolnością do wyrażenia zgody albo odmowy zgody lub wyrażenia negatywnego stosunku do przyjęcia do szpitala i leczenia). Z tego punktu widzenia skoro osoba sprzeciwiła się, nie można twierdzić, że była „niezdolna do wyrażenia zgody lub stosunku do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego i leczenia”. Sprzeciw jest przecież wymownym wyrazem negatywnego stosunku do hospitalizacji.

¹¹ Ponieważ art. 29 ust. 2 określa ściśle krąg podmiotów uprawnionych do wystąpienia z wnioskiem, postępowanie nie może być, jak się wydaje, wszczęte na wniosek prokuratora. Jego wniosek podlegałby zatem

W piątej grupie działań sądów warto ująć orzekanie o wypisaniu ze szpitala lub o zmianie postanowienia o przyjęciu osoby do domu pomocy społecznej – DPS (art. 36 i art. 41).

Kolejna, szósta sfera zadań wiązana jest z wykonywaniem przez inne podmioty obowiązku zawiadomień sądów opiekuńczych o określonych w ustawie zdarzeniach. W wyniku tych zawiadomień sąd opiekuńczy może z urzędu podjąć dalsze działania – tak dzieje się w przypadku zawiadomienia przez kierownika zakładu psychiatrycznej opieki zdrowotnej o nienależytym wykonywaniu przez przedstawiciela ustawowego osoby chorej psychicznie swych obowiązków wobec tej osoby (art. 17). W innych przypadkach rola zawiadomienia sprowadza się zasadniczo do udokumentowania zaistnienia pewnego faktu. Ustawa przewiduje tu zawiadomienie sądu przez kierownika szpitala psychiatrycznego o wypisaniu ze szpitala osoby przebywającej w tym szpitalu bez jej zgody w razie ustania przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia i pobytu tej osoby w szpitalu psychiatrycznym (art. 35 ust. 1 i 3) oraz o tym, że osoba ta za swą później wyrażoną zgodą pozostała w szpitalu psychiatrycznym z uwagi na celowość dalszego pobytu w szpitalu (art. 35 ust. 1 i 3). Ostatnie z zawiadomień ma istotne znaczenie dla ochrony sytuacji prawnej szpitala psychiatrycznego, zabezpiecza bowiem przed późniejszymi zarzutami pacjentów dotyczącymi bezpodstawnego przetrzymywania w szpitalu.

Ponadto jako odrębne zadanie sądu można wskazać orzekanie w przedmiocie ustanowienia kuratora dla osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym lub DPS (art. 44)¹².

oddaleniu jako złożony przez osobę nieuprawnioną. Oczywiście mogą mieć miejsce takie przypadki, w których przydatne wydawałoby się dysponowanie przez prokuratora legitymacją do wystąpienia z wnioskiem. Obecnie zdarza się bowiem, że osoby uprawnione nie inicjują postępowania mimo potrzeby jego przeprowadzenia, co z kolei niejednokrotnie wymusza potrzebę przeprowadzenia postępowania o ubezwłasnowolnienie, a następnie wystąpienia w wnioskiem przez ustanowionego w tym postępowaniu przedstawiciela ustawowego. Różne względy, także historyczne, mogą jednak uzasadniać brak legitymacji prokuratora do wystąpienia w wnioskiem na podstawie art. 29 ustawy. Kwestia legitymacji prokuratora może być jednak uznana za sporną. Np. w wykładni art. 36 reprezentowany jest pogląd, że wszczęcia postępowania sądowego w związku z odmową wypisania pacjenta ze szpitala na podstawie art. 7 k.p.c. może żądać także prokurator (J. Duda, *Komentarz do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Warszawa 2006, s. 145), choć art. 36 ust. 2 (podobnie do art. 29 ust. 2) określa katalog osób uprawnionych do żądania wypisania pacjenta ze szpitala psychiatrycznego, a dopiero odmowa takiego żądania uprawnia do wystąpienia na drogę postępowania sądowego. W ramach kontrargumentu można jednak podnieść, że o ile może wydać się uzasadnione szersze określenie kręgu podmiotów uprawnionych do wystąpienia o wypisanie pacjenta ze szpitala psychiatrycznego, o tyle – odwrotnie – wąsko powinno być określone grono podmiotów, uprawnionych do żądania przyjęcia pacjenta do takiego szpitala.

¹² Z uwagi na sygnały sądów o podejmowanych w praktyce próbach wykorzystania instytucji kuratora w tych przypadkach, w których zachodzi potrzeba działania w imieniu pacjenta, należy zauważyć, że kurator ustanowiony na podstawie art. 44 nie jest uprawniony do reprezentacji osoby przebywającej w szpitalu psychiatrycznym lub – w zakresie działania ust. 3 – w domu pomocy społecznej. Jeśli więc zachodzi konieczność dokonania czynności prawnej przez pacjenta, który nie został ubezwłasnowolniony, lecz z uwagi na wiek lub chorobę nie jest w stanie składać ważnych oświadczeń woli, wskazywanie sądowi na taką konieczność nie uzasadnia ustanowienia kuratora bez wniosku strony (art. 44 ust. 2), gdyż wydanie orzeczenia w tym przedmiocie w niczym nie zmieni sytuacji prawnej pacjenta w zakresie dokonywania czynności

3. Zgoda na przyjęcie do szpitala psychiatrycznego

Z przedstawionego zarysu zadań sądów opiekuńczych wynika, że podstawowe sfery tych zadań związane są z potrzebą rozstrzygnięcia w przedmiocie zgody na hospitalizację oraz uprzedniego lub następczego badania podstaw przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez wymaganej zgody. W praktyce zakres i liczba zadań sądu opiekuńczego są więc zależne od tego, czy zgoda na hospitalizację została wyrażona przez uprawnione podmioty, ponieważ złożenie stosownego oświadczenia o zgodzie wyłącza konieczność interwencji sądu. Stąd dla rozważenia zadań sądów opiekuńczych zasadnicze znaczenie ma zbadanie, kiedy dochodzi do prawnie skutecznego oświadczenia o zgodzie na umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym¹³.

Przyjęta w ustawie koncepcja świadomej zgody znalazła wyraz w treści art. 3 pkt 4 ustawy, który stanowi, że „ilekroć przepisy niniejszej ustawy stanowią o (...) zgodzie, oznacza to swobodnie wyrażoną zgodę osoby z zaburzeniami psychicznymi, która – niezależnie od stanu jej zdrowia psychicznego – jest rzeczywiście zdolna do zrozumienia przekazywanej w dostępny sposób informacji o celu przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, jej stanie zdrowia, proponowanych czynnościach diagnostycznych i leczniczych oraz o dających się przewidzieć skutkach tych działań lub ich zaniechania”.

W związku z tą formułą należy po pierwsze zauważyć, że – nieco wbrew dosłownie odczytanym pierwszym słowom art. 3 pkt 4 ustawy – takie rozumienie pojęcia zgody dotyczy nie wszystkich sytuacji wyrażania zgody („ilekroć w ustawie...”), lecz składania oświadczeń przez osoby z zaburzeniami psychicznymi. W uregulowanych w ustawie przypadkach wyrażania zgody przez przedstawiciela ustawowego, oświadczeniu w przedmiocie zgody powinny być więc stawiane ogólne wymagania dotyczące zgody jako oświadczenia woli, nie zaś wymagania, określone w art. 3 pkt 4 ustawy¹⁴. Po drugie, wprawdzie w przepisie mowa jedynie o „swobod-

prawnych. Do rozważenia pozostaje jedynie wystąpienie o przeprowadzenie postępowania w przedmiocie ubezwłasnowolnienia. Jak wynika z wypowiedzi nauki prawa, tendencje do takiego wykorzystania unormowania art. 44 były także widoczne krótko po wejściu w życie ustawy (T. Cysek, Ł. Korózs, *Funkcjonowanie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Monitor Prawniczy 1997, Nr 3, s. 102).

¹³ Potrzeba takiej oceny jest dobitnie widoczna w uregulowanym w art. 26 ustawy przypadku wyrażenia „następczej” (po przyjęciu do szpitala psychiatrycznego) zgody na pobyt w tym szpitalu. Stosownie do treści art. 26 ust. 1 sąd opiekuńczy umarza w takiej sytuacji postępowanie wszczęte wskutek zawiadomienia lub wniosku, o którym mowa w art. 25 ustawy, „jeżeli uzna, że osoba ta wyraziła zgodę”; przed umorzeniem postępowania sąd jest jednak obowiązany osobę tę wysłuchać (art. 26 ust. 2). Celem wysłuchania jest ustalenie, czy zgoda osoby na pobyt w szpitalu psychiatrycznym spełnia wymagania stawiane jej przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (tak również J. Pietrzykowski, op. cit., s. 153).

¹⁴ Stosownie do treści art. 3 pkt 4 element „swobody” wyrażenia zgody jest włączany do samego pojęcia zgody osoby z zaburzeniami psychicznymi. W razie braku swobody można byłoby zatem twierdzić, że nie wyrażono zgody w takim rozumieniu, jakie przyjmowane jest w powołanym wyżej przepisie. Natomiast w przypadku składania oświadczenia o zgodzie przez przedstawiciela ustawowego pacjenta, oświadczenie to, jak każde oświadczenie woli, podlega badaniu z punktu widzenia złożenia go w sposób niewadliwy. W ramach tego badania nie podważa się, że oświadczenie zostało złożone, można jednak zarzucić temu złożonemu

nie wyrażonej zgodzie”, jednak z wykładni całego tego unormowania wywodzi się, że zgoda musi być również uświadomiona, tzn. podjęta po uzyskaniu przez pacjenta (a dokładniej, pacjenta „*in spe*” – „w przyszłości”) wymienionych w przepisie informacji, pozwalających mu ukształtować własne zdanie w sprawie potrzeby hospitalizacji i na tej podstawie wyrazić zgodę na umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym lub odmówić wyrażenia takiej zgody.

Odwołanie się w art. 3 pkt 4 do konieczności wyrażenia zgody swobodnej i uświadomionej skłania do przypomnienia, jaka idea towarzyszyła sprecyzowaniu pojęcia zgody osoby z zaburzeniami psychicznymi. Otóż celowość unormowania tego pojęcia wiązano z dążeniem do uniknięcia kwestionowania ważności oświadczeń o wyrażeniu zgody, składanych przez osoby z zaburzeniami psychicznymi – z powołaniem się na złożenie tych oświadczeń w stanie braku świadomości lub swobody w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli (art. 82 k.c.)¹⁵. W ten sposób mogłoby dochodzić do ograniczania pacjentów psychiatrycznych w możliwości decydowania o sobie, o chęci pozostania w szpitalu psychiatrycznym. Chociaż bowiem nie ma ścisłej zależności między występowaniem zaburzeń psychicznych i zdolnością do składania ważnych oświadczeń woli, pacjenci mogliby być narażeni na podważanie konkretnych oświadczeń w przedmiocie np. odmowy zgody na hospitalizację.

W ujęciu art. 3 pkt 4 ustawy zdolność do wyrażenia zgody jest „kategorią niezależną od zdolności do czynności prawnych”¹⁶, ponieważ prawnie skuteczne oświadczenie o zgodzie na hospitalizację może być złożone także przez osoby, które nie mają zdolności do czynności prawnych¹⁷. Taka formuła zgody osób z zaburzeniami psychicznymi powinna wpływać na zmniejszenie liczby spraw rozpoznawanych przez sądy opiekuńcze, ponieważ zgodę na hospitalizację mogą wyrazić także osoby, które nie dysponując zdolnością do czynności prawnych, nie mogłyby złożyć oświadczenia o zgodzie w rozumieniu przepisów prawa cywilnego – co z kolei stwarzałoby potrzebę orzeczenia o zgodzie przez sąd opiekuńczy. Z drugiej strony, z kilku powodów liczba tych spraw może rosnąć. Wzrost świadomości prawnej lekarzy

już oświadczeniu niewywołanie skutku prawnego z uwagi na nieważność spowodowaną np. brakiem świadomości lub swobody w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli. Jak widać, „swoboda” wyrażenia zgody w obu przypadkach jest inaczej umiejscowiona w (1) badaniu złożenia i (2) ważności, a w konsekwencji także skuteczności tego oświadczenia. Niezależnie od powyższego wydaje się (co wymagałoby jednak odrębnego, obszernego rozważenia), że w analizowanych przypadkach inaczej rozumiane może być samo pojęcie „swobody (...)”.

¹⁵ S. Dąbrowski, op. cit. s. 26, J. Duda, op. cit., s. 28.

¹⁶ M. Baliński, *Przymus w psychiatrii – regulacje i praktyka*, Prawo i Medycyna 1999, Nr 1, s. 45.

¹⁷ Precyzyjnie rzecz ujmując trzeba byłoby raczej uznać, że w świetle przepisów ustawy osoba może generalnie nie mieć zdolności do czynności prawnych, a jednocześnie mieć tę zdolność w zakresie wyrażania zgody na hospitalizację. Trafne wydaje się w tej kwestii stanowisko S. Dąbrowskiego i J. Pietrzykowskiego (op. cit., s. 132), że art. 22 ust. 4, normujący wyrażanie zgody na hospitalizację przez osobę całkowicie ubezwłasnowolnioną, „stanowi wyjątek od zasady, że osoba całkowicie ubezwłasnowolniona nie ma zdolności do czynności prawnych (...)”. Z faktu, że do zgody stosowane są przepisy o wadach oświadczenia woli, o formie itd. wynika, iż nie budzi wątpliwości pogląd, że oświadczenie o zgodzie na hospitalizację stanowi oświadczenie woli.

powoduje przywiązywanie coraz większej wagi do tego, aby osobie przyjmowanej do szpitala psychiatrycznego zapewnić rzeczywistą możliwość wypowiedzenia się w przedmiocie zgody na hospitalizację. W odróżnieniu od sytuacji obserwowanych bezpośrednio po wejściu w życie ustawy, kiedy to niejednokrotnie zgodę traktowano jako formalność¹⁸, obecnie można wnioskować, że przydaje się jej właściwą wagę – aktu woli decydującego o legalności hospitalizacji.

Z kolei ściśle stosowanie określonej w ustawie „procedury” przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, w której istotne znaczenie ma uzyskanie zgody, powoduje, że pacjenci, których świadomość prawna także wzrasta, częściej sprzeciwiają się hospitalizacji. Takie wnioski wywodzono już z badań przeprowadzonych w drugiej połowie lat 90-tych, dostrzegając, że w szpitalach psychiatrycznych dużych miast przypadki odmowy zgody na hospitalizację zdarzały się częściej (i częściej były odnotowywane w dokumentacji medycznej) niż w szpitalach działających w mniejszych miejscowościach¹⁹.

W uwagach dotyczących zgody na umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym należy podkreślić ponadto jeszcze jedną okoliczność. Otóż, ocenę zdolności do wyrażenia zgody przeprowadzają w pierwszym rzędzie lekarze w związku z niezbędnymi czynnościami poprzedzającymi przyjęcie do szpitala. To na lekarzach spoczywa zatem ciężar zbadania i rozstrzygnięcia, czy pacjent jest zdolny do wyrażenia zgody w rozumieniu art. 3 pkt 4 ustawy i czy – w razie posiadania takiej zdolności – swe oświadczenie złożył niewadliwie. W pierwotnym brzmieniu ustawy pewne ułatwienie stwarzał w tej kwestii (zmieniony obecnie) art. 22 ust. 2, który stanowił, że „w przypadku poważnych wątpliwości co do zdolności wyrażenia zgody przez osobę z zaburzeniami psychicznymi, odnotowuje się ten fakt w dokumentacji medycznej, którą przedstawia się sędziemu wizytującemu szpital”.

Wykorzystanie stworzonej przez ten przepis możliwości wsparcia się pomocą sędziego było jednak niewielkie, a wręcz – jak się wydaje – mniejsze niż prawdopodobna liczba przypadków, które powinny budzić wątpliwości lekarzy²⁰. Można z tego wnosić, że lekarze nie dostrzegali lub sami rozstrzygali wątpliwości w kwestii zdolności pacjenta do wyrażenia zgody. Obecnie, wobec uświadamiania sobie konsekwencji prawnych niezgodnego z przepisami ustawy przyjęcia do szpitala psychiatrycznego (czyli m.in. bez prawnie skutecznej, niewadliwej zgody pacjenta), można oczekiwać odmiennych tendencji. Skoro lekarze nie mają możliwości obarczenia ciężarem decyzji sędziego wizytującego, w obawie przed możliwymi skutkami nietrafnej oceny zdolności pacjenta do wyrażenia zgody częściej mogą przyjmować, że pacjent nie jest zdolny do wypowiedzenia się w przedmiocie ze-

¹⁸ S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski, op. cit. s. 128, którzy przytaczają wygłaszane tuż po wprowadzeniu ustawy opinie lekarzy psychiatrów, że zgoda pacjenta to mit i rezultat manipulacji psychiatry.

¹⁹ S. Dąbrowski, op. cit. s. 29, M. Balicki, op. cit. s. 51.

²⁰ Na nikle stosowanie tego przepisu wskazują S. Dąbrowski, J. Pietrzykowski (op. cit., s. 10 i s. 130) oraz przytaczane przez M. Balickiego (op. cit., s. 52-53) wyniki kontroli realizacji ustawy, przeprowadzonej przez NIK na przełomie 1996 i 1997 roku.

zwolnienia na hospitalizację. To z kolei spowoduje konieczność orzekania przez sąd opiekuńczy o wyrażeniu tzw. zgody zastępczej, prowadząc do zwiększenia liczby tej kategorii spraw sądowych.

4. Uwagi o poszczególnych zadaniach sądów opiekuńczych (art. 23, 29 i 36 ustawy)

1. Uwagi dotyczące kilku wybranych zadań Sądów opiekuńczych warto rozpocząć od omówienia przypadku przymusowej hospitalizacji (w art. 23), który – mimo wzrostu liczby spraw rozpoznawanych w tzw. trybie wyłącznie wnioskowym (art. 29) – nadal jest najczęstszą przyczyną orzekania przez Sądy opiekuńcze w sprawach uregulowanych przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego²¹. Rolą Sądu jest w tej sytuacji zbadanie podstaw dokonanego bez zgody osoby przyjęcia do szpitala, następującego na podstawie decyzji lekarza potwierdzającej spełnienie przesłanek wymienionych w art. 23 ustawy, tzn. potwierdzającej, iż dotychczasowe zachowanie osoby chorej psychicznie wskazuje na to, że z powodu tej choroby zagraża ona bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób. Przed uwagami dotyczącymi proceduralnych czynności Sądu, kilka spostrzeżeń należy poświadczyć materialnoprawnym przesłankom stosowania art. 23 ustawy.

Po pierwsze, nie budzi wątpliwości, że wykładnia obu tych przesłanek powinna być ścisła²². Przepis art. 23 ust. 1 ustawy określa bowiem podstawy przymusowej hospitalizacji, stanowiącej przykład legalnego naruszenia swobody osobistej pacjenta, oponującego²³ przeciwko umieszczeniu go w szpitalu psychiatrycznym.

²¹ Badania przeprowadzone w latach 90-tych, w krótkim okresie czasu po wprowadzeniu ustawy, wskazywały, że przymusowe przyjęcia do szpitala psychiatrycznego, dokonywane na podstawie art. 23, stanowiły prawie 85% wszystkich hospitalizacji bez zgody pacjenta (dane zamieszczone przez S. Dąbrowskiego, op. cit. s. 28 i nast.).

²² W odniesieniu do orzekania we wszystkich sprawach przewidzianych w ustawie, na potrzebę wąskiej interpretacji przesłanek stanowiących podstawę wydania orzeczeń, powodujących ingerencję w sferę praw i wolności pacjenta wskazał M. Sychowicz, *Postępowanie sądowe w sprawach z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Przegląd Sądowy 1995, Nr 1, s. 15.

²³ W związku z wątpliwościami, jakie mogą nasunąć się na tle wykładni zwrotu „bez zgody wymaganej w art. 22” warto zauważyć, że art. 23 dotyczy odmowy zgody, czyli sprzeciwiania się hospitalizacji. Taki pogląd wywodzony jest przez S. Dąbrowskiego (op. cit., s. 136) z treści art. 19 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej, w którym wymienione są m.in. prawa pacjenta do wyrażenia zgody lub odmowy zgody po uzyskaniu odpowiedniej informacji. W świetle tego podziału pojęcie „bez zgody” musiałoby oznaczać odmowę zgody na hospitalizację. Nie dotyczyłoby natomiast przypadku niezłożenia jakiegokolwiek oświadczenia w przedmiocie zgody, czyli przypadku określanego jako „bez wypowiedzenia się w przedmiocie zgody”. Wydaje się, że sprawa wykładni pojęcia „bez zgody” (dokonywanej w oderwaniu od art. 23, na tle którego „bez zgody” oznacza odmowę) jest bardziej skomplikowana. Skoro w art. 19 ustawy o z. o. z. mowa o prawach (a nie obowiązkach) pacjenta, można bowiem wyobrazić sobie, że pacjent nie chce skorzystać z tych praw, wobec czego nie składa żadnego oświadczenia w przedmiocie zgody. Doprowadzałoby to do powstania „trzeciego stanu” – obok zgody i odmowy zgody mogłoby mieć miejsce niewypowiedzenie się w przedmiocie zgody, które w szerszym rozumieniu byłoby wraz z odmową zaliczane do kategorii stanów faktycznych hospitalizacji „bez zgody” w odróżnieniu od przypadków wyrażenia zgody. Jeśli między wymaganiami stawianymi zgodnie i odmowie zgody dostrzegać symetrię wymagań co do zdolności

W sytuacji przymusowego stosowania środków ingerencji w sferę dóbr osobistych człowieka, przesłanki dopuszczające taką ingerencję nie mogą być interpretowane rozszerzająco, lecz powinny być wykładane ściśle lub zawężająco. W przypadku przymusowej hospitalizacji sprawa ma tym istotniejsze znaczenie, że Sąd orzeka wprawdzie jedynie o podstawach przyjęcia do szpitala, ale skutkiem stwierdzenia takich podstaw jest także możliwość podejmowania względem pacjenta czynności leczniczych. Jak stanowi art. 33 ust. 1, zamieszczony w rozdziale 3 ustawy (Postępowanie lecznicze), w jednostce redakcyjnej oznaczonej jako „Postępowanie lecznicze w stosunku do osoby leczonej bez jej zgody”, „wobec osoby przyjętej do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody można stosować niezbędne czynności lecznicze, mające na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia bez zgody”²⁴. Gdyby nie przytoczone unormowanie, podejmowanie w czasie pobytu w szpitalu „niezbędnych czynności leczniczych, mających na celu usunięcie przewidzianych w ustawie przyczyn przyjęcia (...)” także – stosownie do treści art. 32-34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry – wymagałoby zgody uprawnionego podmiotu (zasadniczo – pacjenta)²⁵.

Po drugie, skoro przesłanką stosowania art. 23 ustawy jest choroba psychiczna pacjenta, możliwość przymusowej hospitalizacji można uznać za przejaw tzw. miękkiego paternalizmu²⁶, który podejmowanie niezgodnych z wolą osoby działań (np. umieszczenie jej w szpitalu psychiatrycznym) tłumaczy tym, że owa „przełamywana” wola i tak jest upośledzona wobec wywołanego chorobą psychiczną zaburzenia procesów postrzegania, myślenia, wyboru, kierowania swym postępowaniem. Wprawdzie ten sam element pewnego upośledzenia woli można byłoby do-

do wyrażenia zgody (i – konsekwentnie – odmowy zgody), trzeba byłoby uznać, że odmowę zgody może wyrazić tylko osoba, która jest zdolna do wyrażenia zgody. Sytuację prawną osoby niezdolnej do wyrażenia zgody (i odmowy zgody) regulują przepisy art. 22.

²⁴ S. Dąbrowski (op. cit., s. 27) akcentuje, że leczenie bez zgody pacjenta (tzn. bez względu na jego odmowę) nie może wykraczać poza granice wyznaczone treścią art. 33, czyli poza usunięcie przyczyn przyjęcia bez zgody. Zakres czynności, które mogą być podejmowane w związku z leczeniem przymusowym, jest jednak szeroki. Autor wskazuje bowiem, że „przymusowe leczenie jest dopuszczalne w celu usunięcia nie tylko cech bezpośredniego zagrożenia, lecz także objawów przyczyny pierwotnej” (op. cit., s. 168), poprzez „poprawę stanu psychicznego, wyrażającą się w ustąpieniu czy złagodzeniu objawów psychotycznych” (op. cit., s. 168).

²⁵ O sytuacji prawnej pacjenta psychiatrycznego jako pacjenta w rozumieniu przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry: T. Dukiet-Nagórska, *Stosowanie ustawy o zawodzie lekarza przez psychiatrów i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego przez lekarzy innych specjalności*, Prawo i Medycyna 2004, Nr 4, s. 5 i nast. S. Dąbrowski i J. Pietrzykowski (op. cit., s. 126) podają, że „w przypadku, gdy pacjent wyraził świadomą zgodę na przyjęcie, należy domniemywać, że dotyczy to także leczenia (...)” i od sytuacji owej domniemanej zgody odróżniają przypadek sprzeciwu pacjenta wobec czynności leczniczych. Wydaje się, że na podstawie samej zgody na hospitalizację trudno konstruować domniemanie faktyczne zgody na udzielenie świadczenia medycznego. W razie upatrywania w zachowaniu pacjenta psychiatrycznego wyrażenia zgody *per facta concludenda*, wniosek taki musiałby mieć mocniejsze oparcie w zachowaniu pacjenta. Krytyczne stanowisko względem poglądu Autorów zajmuje także J. Duda, op. cit. s. 107 i 136.

²⁶ Takie stanowisko, jak można wnosić, zajmuje S. Dąbrowski, op. cit. s. 137. Wyróżniany jest tu także tzw. twardy paternalizm, którego przejawem jest podejmowanie decyzji w sprawie pacjenta nie liczących się z jego wolą świadomie wyrażoną i nie zniekształconą np. chorobą (S. Dąbrowski, op. cit. s. 27).

strzec także w przypadku innych niż choroba psychiczna zaburzeń psychicznych (art. 3 pkt 1), jednak tych pozostałych zaburzeń ustawodawca nie objął możliwością przymusowej hospitalizacji²⁷.

W praktyce obserwowane są jednak dążenia do tego, aby szczególny tryb przyjęcia do szpitala psychiatrycznego na podstawie art. 23 (jak również na podstawie art. 29) wykorzystać także wobec osób cierpiących na inne schorzenia (np. w razie dążenia rodziny osoby chorej na anoreksję do przymusowego umieszczenia jej w szpitalu w celu poddania niezbędnym czynnościom leczniczym). W świetle powołanej wyżej dyrektywy ściślej wykładni art. 23 ustawy takie sytuacje, mimo niejednokrotnie zrozumiałych motywów działania, nie powinny uzasadniać decyzji lekarza o przyjęciu do szpitala, a tym bardziej – być podstawą stwierdzenia przez sąd legalności przymusowej hospitalizacji²⁸. Pewne rozszerzenie katalogu schorzeń uzasadniających przyjęcie do szpitala mimo sprzeciwu pacjenta przewiduje wprowadzony z dniem 13 sierpnia 2005 r. art. 22 ust. 2c ustawy, który stanowi, że „Jeżeli osoba, o której mowa w ust. 2, sprzeciwia się przyjęciu do szpitala psychiatrycznego, a jej dotychczasowe zachowanie wskazuje na to, że zagraża bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób, stosuje się odpowiednio przepisy art. 23 ust. 3-5 oraz art. 25 i 27”. Rozszerzenie to dotyczy jednak osób upośledzonych umysłowo, nie zaś osób dotkniętych „innymi zaburzeniami psychicznymi” w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy.

Po trzecie, uwagi zgłoszone w poprzednim punkcie rozważań skłaniają do postawienia pytania, które ma znaczenie nie tylko dla stosowania art. 23, ale także innych przepisów ustawy, regulujących działanie sądów opiekuńczych. Rozstrzygając o wyrażeniu zgody na mające nastąpić umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, badając legalność dokonanej już hospitalizacji, czy zasadność odmowy zwolnienia osoby ze szpitala psychiatrycznego sąd musi przede wszystkim rozważyć i rozstrzygnąć podstawowy dylemat: co jest dobrem pacjenta. Kierowanie się dobrem pacjenta psychiatrycznego, realizujące wyrażony w preambule ustawy cel „ochrony praw osób z zaburzeniami psychicznymi” wymaga bowiem każdorazowego, skonkretyzowanego zbadania, czy – w granicach wyznaczonych przepisami ustawy – dobru pacjenta służy umieszczenie w szpitalu, czy też przeciwnie, rozstrzygnięcie o braku podstaw do hospitalizacji. Wychodząc z różnych punktów widzenia to samo zdarzenie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym można bowiem traktować jako ograniczenie lub wręcz pozbawienie swobody osobistej albo – zwłaszcza w dalszej perspektywie czasowej – jako ochronę zdrowia lub życia pacjenta. Jednym z najtrudniejszych zadań sądów opiekuńczych jest więc wnikliwa, poprawna ocena tego, co w okolicznościach sprawy jest dobrem pacjenta i jakie działania będą służyły ochronie praw osoby z zaburzeniami psychicznymi.

²⁷ Z zastrzeżeniem treści art. 22 ust. 2c, o którym była mowa we wcześniejszych fragmentach opracowania.

²⁸ Pomocne może być natomiast zwrócenie się do prokuratora o rozważenie możliwości wystąpienia o ubezwłasnowolnienie takiej osoby.

Co dotyczy drugiej przesłanki przymusowej hospitalizacji, czyli przesłanki „zagrożenia bezpośrednio swojemu życiu albo życiu i zdrowiu innych osób”, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na jej „niesymetryczne” ukształtowanie, wyrażające się w tym, że – w odróżnieniu od zagrożenia bezpośrednio życiu lub zdrowiu innych osób – przepis art. 23 ust. 1 nie przewiduje możliwości przymusowej hospitalizacji w razie zagrożenia przez pacjenta bezpośrednio swemu zdrowiu. Ten brak symetrii jest celowy i zmierza do wykluczenia przyjęcia w trybie nagłym pacjenta do szpitala psychiatrycznego bez jego zgody z zamiarem przymusowego leczenia osoby chorej psychicznie²⁹. Takie przyjęcie do szpitala psychiatrycznego w celu leczenia może nastąpić wyłącznie w trybie wnioskowym, uregulowanym w art. 29 ustawy. Wykluczona jest zatem taka, teoretycznie możliwa, interpretacja omawianego sformułowania, która pomijając wyniki wykładni językowej prowadziłaby do wniosku o możliwości przymusowej hospitalizacji z powodu zagrożenia zdrowiu osoby chorej psychicznie (np. z uwagi na niepodejmowanie lub przerwanie leczenia).

W wykładni przepisów ustawy wypracowano szczegółowe kryteria pomocne w stwierdzeniu, że omawiana obecnie przesłanka została spełniona. Podnosi się w szczególności, że zachowanie osoby musi być nacechowane „rzeczywistym i bezpośrednim zagrożeniem”³⁰ wskazanych w art. 23 ust. 1 dóbr osobistych w postaci życia pacjenta albo życia i zdrowia innych osób. O istnieniu takiego zagrożenia można twierdzić np. w razie dokonania lub usiłowania dokonania aktów agresji względem siebie i innych osób, przygotowywania aktów agresji stwarzających „z natury rzeczy” poważne zagrożenie, a także wyrażania gróźb uzasadniających obawę realnej agresji³¹. Istotna jest również możliwość powstania „poważnych aktualnych lub potencjalnych skutków”³² bezpośredniego zagrożenia (np. w postaci śmierci lub ciężkiego uszkodzenia ciała), ocenianych na podstawie działań podejmowanych przez pacjenta. Czynnikiem miarodajnym w badaniu spełnienia przesłanki „zagrożenia bezpośrednio własnemu życiu albo życiu lub zdrowiu innych osób” jest także stwierdzenie, że wcześniej miały miejsce przypadki agresywnych zachowań pacjenta, zwiększa to bowiem prawdopodobieństwo powtórzenia tych zachowań w przyszłości³³. Ocena kryterium „bezpośredniości” następuje natomiast na podstawie zbadania czasowej relacji między aktem agresji i momentem przyjęcia pacjenta do szpitala³⁴.

²⁹ S. Dąbrowski, op. cit. s. 141.

³⁰ S. Dąbrowski, op. cit., s. 137. Podane niżej skrótowo okoliczności, przemawiające za spełnieniem przesłanki z art. 23 ust. 1 Autor ten wymienia szczegółowo z podaniem przykładów na s. 137-138 cytowanego wcześniej dzieła.

³¹ S. Dąbrowski, op. cit., s. 138. Przesłanki wskazywane w głównym nurcie tekstu opisuje także M. Balicki (op. cit., s. 47) i J. Duda (op. cit., s. 112 i nast.).

³² S. Dąbrowski, op. cit., s. 138.

³³ S. Dąbrowski, op. cit., s. 139.

³⁴ S. Dąbrowski, op. cit., s. 139-140.

2. Istotne jest także wskazanie na kilka kwestii dotyczących postępowania sądowego w sprawach wszczętych na podstawie art. 23 ustawy. Stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie jest pogląd o konieczności każdorazowego przeprowadzenia postępowania w przedmiocie istnienia podstaw przymusowej hospitalizacji. Celem tego postępowania jest kontrola legalności umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym³⁵. Kontrola ta nie staje się zaś bezprzedmiotowa z tego powodu, że pacjent już po przyjęciu do szpitala wyraził zgodę na hospitalizację. Z powołaniem się na zbędność postępowania sąd nie może więc umorzyć postępowania w sprawie, lecz powinien podjąć czynności określone w art. 26 ustawy. Sąd jest zatem zobowiązany wysłuchać osobę, która została przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez swej zgody, a następnie wyraziła zgodę na pobyt w tym szpitalu i dopiero w razie uznania, „że osoba ta wyraziła zgodę” (tzn. że oświadczenie o zgodzie spełnia wymagania stawiane w art. 3 pkt 4) sąd umarza postępowanie w sprawie. W odróżnieniu od przypadku dobrowolnego przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego, kiedy to prawną skuteczność zgody ocenia sam lekarz, w razie „następczej” zgody po przymusowym przyjęciu do szpitala psychiatrycznego skuteczność tego oświadczenia ocenia sąd opiekuńczy. Jeśli zaś dojdzie do wniosku, że zgoda nie została wyrażona w sposób odpowiadający wymaganiom art. 3 pkt 4, kontynuowane jest postępowanie w sprawie stwierdzenia podstaw przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody³⁶.

Założenie o konieczności zbadania podstaw przyjęcia do szpitala jest także aktualne w razie wypisania pacjenta ze szpitala na podstawie decyzji lekarza. Jak trafnie wyjaśniono w orzecznictwie Sądu Najwyższego³⁷, fakt wypisania osoby ze szpitala nie czyni postępowania sądowego zbędnym lub niedopuszczalnym. Dlatego przyjmuje się, że mimo wypisania osoby ze szpitala badanie legalności przymusowej hospitalizacji powinno być kontynuowane, choć w praktyce niejednokrotnie

³⁵ Tak m.in. SN w postanowieniu z dnia 14 lutego 1996 r., II CRN 201/95 i w uchwale z dnia 6 lutego 1996 r., III CZP 6/96, OSNC 1996, Nr 7-8, poz. 95 (w odniesieniu do przypadku wypisania ze szpitala psychiatrycznego osoby umieszczonej tam bez jej zgody, dokonanego po wniesieniu rewizji).

³⁶ Także w razie wyrażenia przez pacjenta zgody na pobyt w szpitalu przed upływem 72-godzinowego terminu na zawiadomienie sądu o przyjęciu osoby do szpitala psychiatrycznego, kierownik szpitala nie jest zwolniony z wynikającego z art. 23 ust. 4 ustawy obowiązku zawiadomienia o fakcie przymusowej hospitalizacji. Wskutek zawiadomienia sąd wszczyna postępowanie (art. 25 ustawy) mimo to, że zgoda została już wyrażona, a następnie podejmuje opisane wcześniej działania uregulowane w art. 26 ustawy. Na marginesie należy zauważyć, że stosownie do treści art. 22 ust. 1 „przyjęcie osoby (...) do szpitala psychiatrycznego następuje za jej pisemną zgodą (...)”. Tymczasem zgoda, o której mowa w art. 26 ust. 1, jest „zgodą na pobyt”, co – w razie oddzielenia od siebie przyjęcia i pobytu – przemawiałoby tym bardziej za stanowiskiem, że badanie legalności przyjęcia nie staje się zbędne w przypadku wyrażenia zgody na pobyt w szpitalu. Także w tej sytuacji bezprzedmiotowości postępowania nie można wiązać z wyrażeniem przez pacjenta zgody na pobyt w szpitalu, ponieważ organem uprawnionym do oceny skuteczności oświadczenia o zgodzie jest sąd opiekuńczy, nie zaś kierownik szpitala psychiatrycznego.

³⁷ Uchwała SN z 6.02.1996 r., III CZP 6/96.

dochodzi w związku z tym do licznych problemów, wynikających z braku zainteresowania pacjenta dalszym udziałem w postępowaniu, niestawianiem się na posiedzenia i nieodbieraniem zawiadomień itd.³⁸

W związku z opisanym tu przypadkiem „następczego” wyrażania zgody na pobyt w szpitalu psychiatrycznym należy poczynić jeszcze dwie uwagi praktyczne.

Po pierwsze, powstaje zagadnienie, czy art. 26 znajduje zastosowanie jedynie w razie wyrażenia zgody przez samego pacjenta, czy również przez jego przedstawiciela ustawowego. Do rozważenia pozostają tu dwie sytuacje: gdy „dobrowolna” hospitalizacja wymagałaby wyłącznie zgody przedstawiciela ustawowego (art. 22 ust. 3) oraz gdy wymagałaby ona jego zgody i zgody samego pacjenta (art. 22 ust. 4). Co dotyczy pierwszego wariantu, w literaturze³⁹ zaproponowano stanowisko, stosownie do którego mimo brzmienia art. 26 ust. 1, wskazującego na stosowanie tego przepisu tylko „w przypadku gdy osoba przyjęta do szpitala psychiatrycznego bez jej zgody wyraziła potem zgodę na pobyt w tym szpitalu”, powołana regulacja powinna być stosowana także w razie wyrażania zgody przez przedstawiciela ustawowego. Natomiast w odróżnieniu od sytuacji pacjenta, przed umorzeniem postępowania nie zachodzi potrzeba wysłuchania przedstawiciela ustawowego (art. 26 ust. 2), a to z uwagi na szczególną funkcję wysłuchania, związaną z koniecznością zbadania skuteczności zgody osoby chorej psychicznie (nie zaś jej przedstawiciela ustawowego).

Większe trudności stwarza ocena drugiego przypadku. Jeśli bowiem odczytać art. 26 ust. 1 dosłownie, trzeba byłoby przyjąć, że wyrażenie zgody przez pacjenta uzasadnia umorzenie postępowania także wtedy, gdy hospitalizacja na podstawie art. 22 wymagałaby tzw. zgody podwójnej (pacjenta i przedstawiciela ustawowego). W konsekwencji do „dobrowolnej” hospitalizacji potrzebna byłaby zgoda podwójna, a do „legalizacji” przymusowego przyjęcia do szpitala w sytuacjach uregulowanych w ust. 4 w zw. z ust. 3 wystarczyłaby już zgoda pacjenta. Wydaje się, że trafne są wyrażone w literaturze wątpliwości dotyczące systemowej spójności takiego rozwiązania⁴⁰. Skoro wyrażenie zgody ma skutkować odstąpieniem od kontroli podstaw przymusowego przyjęcia do szpitala, powinno ono, jak można twierdzić, wiernie odzwierciedlać te wymagania w zakresie zgody – także zgody podwójnej – które są stawiane dobrowolnej hospitalizacji. Na konstrukcji zgody podwójnej, wymaganej w przypadkach unormowanych w art. 22 ust. 3 i 4, ustawodawca oparł bowiem pewien podstawowy model hospitalizacji, która zasadniczo winna wtedy następować

³⁸ J. Pietrzykowski (op. cit., s. 153) zwraca uwagę, że w razie prowadzenia postępowania na wniosek osoby wymienionej w art. 25 cofnięcie wniosku nie stwarza podstaw do umorzenia postępowania, gdyż postępowanie to mogłoby być wszczęte z urzędu (art. 25 ust. 2).

³⁹ J. Pietrzykowski, op. cit., s. 153-154 oraz M. Sychowicz, op. cit., s. 18. Ostatni z Autorów stwierdził, że umorzenie postępowania powinno nastąpić w razie „przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby małoletniej lub całkowicie ubezwłasnowolnionej bez zgody jej przedstawiciela ustawowego, jeżeli potem wyraził on zgodę na pobyt w szpitalu tej osoby” – nie wskazując jednak wprost, czy stanowisko to dotyczy również przypadku wymagania zgody podwójnej.

⁴⁰ J. Pietrzykowski, op. cit. s. 153-154.

za zgodą obu osób uprawnionych do zajęcia stanowiska w przedmiocie umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym. Zatem odebranie od uprawnionych podmiotów oświadczeń składających się na zgodę podwójną pozwoliłoby „odtworzyć” działanie takiego modelu, tyle że następnie, po przyjęciu do szpitala. Tym samym zachodziłaby pewna symetria między takim rozwiązaniem i stanowiskiem przyjętym na tle opisanego wcześniej przypadku działania przedstawiciela ustawowego, który pierwotnie oponował przeciwko hospitalizacji, a następnie wyrażając zgodę („wyłączną”, „samoistną”) doprowadzał do umorzenia postępowania na podstawie art. 26.

Po drugie, w praktyce sądów opiekuńczych zdarzają się przypadki kwestionowania przez pacjentów zasadności umorzenia postępowania w sprawie w sytuacji uregulowanej w art. 26 ustawy, czyli po wyrażeniu zgody na pobyt w szpitalu psychiatrycznym. Pacjenci oczekują bowiem, że mimo takiej zgody kontynuowane będzie badanie legalności przymusowego przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. Ze stwierdzeniem braku podstaw umieszczenia w szpitalu wiążą też niejednokrotnie dalsze plany dochodzenia naprawienia uszczerbków, wynikłych z bezpodstawnej hospitalizacji. Wydaje się jednak, że art. 26 ust. 1 nie stwarza możliwości swobodnej oceny przez sąd, czy mimo wyrażenia prawnie skutecznej zgody postępowanie powinno być kontynuowane, czy też powinno podlegać umorzeniu. Inaczej niż w art. 355 k.p.c., art. 26 ust. 1 stanowczo wskazuje, że „sąd opiekuńczy umorzy postępowanie wszczęte na skutek zawiadomienia lub wniosku (...), jeżeli uzna, że osoba (...) wyraziła zgodę”. Jeśli więc pacjent chce dążyć do uzyskania postanowienia sądu stwierdzającego, że nie zachodziły podstawy do przymusowej hospitalizacji, nie powinien wyrażać zgody, o której mowa w art. 26 ust. 1 ustawy. Ponadto wydaje się, że umorzenie postępowania nie pozbawia pacjenta możliwości wykazywania w procesie o ochronę dóbr osobistych, że umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym nastąpiło mimo niespełnienia przesłanek określonych w art. 23 ust. 1 ustawy. Pacjent, który chce dochodzić ochrony niemajątkowej, majątkowej i „pośredniej”, czyli związanej z żądaniem zapłaty za doświadczenie lub odpowiedniej sumy na wskazany cel społeczny, w takim procesie może więc podnosić fakt nielegalnej przymusowej hospitalizacji.

3. Spośród licznych zagadnień pojawiających się na tle wykładni art. 29, normującego przesłanki umieszczenia osoby w szpitalu psychiatrycznym w tzw. trybie wyłącznie wnioskowym, warto zwrócić uwagę na kilka kwestii istotnych w praktyce orzeczniczej sądów opiekuńczych.

Jak wcześniej wspomniano, przepisy określające przesłanki przymusowego (bez zgody osoby uprawnionej) przyjęcia pacjenta do szpitala psychiatrycznego nie powinny być poddawane wykładani rozszerzającej⁴¹. Art. 29 ust. 1 wymienia

⁴¹ Tak m.in. M. Balicki (op. cit., s. 49) i A. Wilkowska-Płóciennik, *Przesłanki przymusowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym*, Prawo i Medycyna 2004, Nr 4, s. 27. Na potrzebę ścisłego odczytania art. 29 ust. 1 zwrócił uwagę także Sąd Najwyższy w postanowieniach z dnia 12 lipca 1996 r., II CRN 81/96 (OSNC 1996, Nr 12, poz. 164) i z dnia 12 lutego 1997 r., II CKU 72/96 (OSNC 1997, Nr 6-7, poz. 84). Pod-

dwie sytuacje, w których zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku o stwierdzenie potrzeby przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego: gdy (pkt 1) dotychczasowe zachowanie tej osoby wskazuje na to, że nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego, bądź gdy (pkt 2) osoba ta jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia⁴².

Mimo użycia spójnika „bądź”, wskazującego na rozłączność obu przypadków stosowania art. 29 ust. 1, należy przyjąć, że w jednym stanie faktycznym może mieć miejsce spełnienie wszystkich tych przesłanek. Natomiast wykluczone jest wymienne „przesuwanie” okoliczności opisanych w obu punktach art. 29 ust. 1 i tworzenie w ten sposób nowych, nieprzewidzianych przez ustawodawcę przesłanek przyjęcia do szpitala psychiatrycznego bez zgody wymaganej w art. 22 ustawy. Przyczyny takiej hospitalizacji są limitowane, toteż – mimo poruszania się w obrębie tego samego art. 29 ust. 1 – za podstawę uwzględnienia wniosku nie można przyjmować sytuacji, w której „dotychczasowe zachowanie osoby chorej psychicznie wskazuje na to”, iż „uzasadnione jest przewidywanie, że leczenie w szpitalu psychiatrycznym przyniesie poprawę jej stanu zdrowia”, albo też, w której osoba chora psychicznie „jest niezdolna do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych, a uzasadnione jest przewidywanie”, że „nieprzyjęcie do szpitala spowoduje znaczne pogorszenie stanu jej zdrowia psychicznego”.

4. Jeśli chodzi o zakres przypadków, w których zastosowanie znajduje art. 29, ust. 2 tego artykułu stanowi, że „o potrzebie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby, o której mowa w ust. 1, bez jej zgody, orzeka sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania tej osoby – na wniosek jej małżonka, krewnych w linii prostej, rodzeństwa, jej przedstawiciela ustawowego lub osoby sprawującej nad nią faktyczną

nosi się również, że wykluczone jest stosowanie analogii, jednak proponowane w nauce prawa kierunki wykładni przepisów ustawy wskazują, iż analogia w pewnym zakresie jest jednak stosowana. Na marginesie przypomnieć należy, że w odróżnieniu od analogii, która znajduje zastosowanie wtedy, gdy ma miejsce luka w prawie lub luka w ustawie, podstawy do odpowiedniego stosowania przepisów zachodzą jedynie wtedy, gdy wynika to wprost z treści przepisu (tzn. o tym, czy nastąpi odpowiednie stosowanie przepisów decyduje ustawodawca, a nie podmiot dokonujący wykładni).

⁴² Różnica przesłanek stosowania art. 23 i art. 29 wpływa na relacje między postępowaniami prowadzonymi na podstawie przepisów tych artykułów. Jeśli w toku sprawy prowadzonej w trybie wyłącznie wnioskowym osoba zostanie przymusowo przyjęta do szpitala psychiatrycznego, pierwsze z postępowań ulega zawieszeniu z uwagi na inne toczące się postępowanie (czyli postępowanie w sprawie stwierdzenia podstaw przymusowej hospitalizacji). Po zakończeniu wspomnianego ostatnio postępowania stwierdzeniem („potwierdzeniem”) podstaw zastosowania art. 23, postępowanie z art. 29 powinno być podjęte i umorzony jako bezprzedmiotowe. Natomiast w razie stwierdzenia braku podstaw przymusowej hospitalizacji, drugie z postępowań powinno być podjęte i kontynuowane aż do zbadania, czy spełnione są przesłanki wymienione w art. 29 – odmienne wszak od okoliczności uzasadniających przymusowe przyjęcie do szpitala na mocy art. 23 (tak: T. Cysek, Ł. Korózs, op. cit., s. 101, w tej kwestii również M. Sychowicz, op. cit., s. 20-21).

opiekę⁴³. Ponieważ w przepisie tym mowa o braku zgody osoby chorej psychicznie („bez jej zgody”), powstaje pytanie, czy art. 29 znajduje zastosowanie także w razie braku zgody przedstawiciela ustawowego osoby, która ma być hospitalizowana. Na pytanie to odpowiada się twierdząco, podnosząc, że skoro w art. 29 ust. 1 użyto zwrotu „bez zgody wymaganej w art. 22”, a powołana ostatnio regulacja normuje także przypadki wymagania zgody przedstawiciela ustawowego, również art. 29 powinien być odczytywany jako obejmujący sytuacje braku zgody przedstawiciela ustawowego osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio⁴⁴.

Kolejnym istotnym zagadnieniem stosowania art. 29 jest sprawa skuteczności i wykonalności wydanych na jego podstawie postanowień. W związku z tą kwestią pojawiają się dwa szczegółowe wątki. Po pierwsze, powstaje pytanie, kiedy orzeczenie to staje się skuteczne: z chwilą jego wydania (art. 578 k.p.c.), czy uprawnomocnienia się (art. 521 k.p.c.). Po drugie, rodzi się wątpliwość, jaki jest zakres skutków tego orzeczenia i czy można w odniesieniu do niego mówić także o wykonalności.

Co dotyczy pierwszego problemu, jego rozstrzygnięcie wymaga ustalenia, w jakiej kolejności powinny być stosowane przepisy proceduralne, normujące porządek czynności sądu opiekuńczego w sprawach z zakresu ochrony zdrowia psychicznego. Kwestia ta ma szersze znaczenie, dotyczy bowiem nie tylko postępowania, o którym mowa w art. 29, ale wszystkich postępowań prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Wydaje się, że właściwe „uszeregowanie” kolejności stosowania przepisów postępowania zaproponował J. Pietrzykowski⁴⁵. Autor ten wskazał, że w pierwszym rzędzie stosuje się przepisy proceduralne zamieszczone w ustawie (czyli przepisy Rozdziału 5, Postępowanie przed sądem opiekuńczym oraz przepisy formalne zawarte w innych rozdziałach ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Następnie zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym. Oznacza to, że chociaż omawianą obecnie kategorię spraw rozpoznają sądy opiekuńcze, stosują one przepisy ogólne Księgi drugiej, „Postępowanie nieprocesowe”, natomiast przepisy ogólne Rozdziału 2, „Inne sprawy rodzinne oraz sprawy opiekuńcze”, znajdują tu zastosowanie o tyle, o ile dają się pogodzić z przepisami ogólnymi o postępowaniu nieprocesowym. I wreszcie w ostatniej kolejności na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy o procesie.

⁴³ Osobą sprawującą faktyczną opiekę i z tego tytułu uprawnioną do wystąpienia z wnioskiem (art. 29 ust. 2) nie mogą być zatem osoby sprawujące „instytucjonalną”, ustawowo określoną opiekę nad chorym, np. pracownik socjalny pracujący w ramach udzielania oparcia społecznego (tak: J. Pietrzykowski, op. cit., s. 163).

⁴⁴ Tak: J. Pietrzykowski, op. cit., s. 162-163.

⁴⁵ J. Pietrzykowski, op. cit., s. 192. Wyjątkiem jest natomiast regulacja art. 27 ustawy, przewidująca wykonanie orzeczenia po doręczeniu do szpitala odpisu postanowienia. Tak również K. Korzan, *Postępowanie w sprawach ochrony zdrowia psychicznego*, Rejent 1996, Nr 6, s. 26.

Przedstawione tu uporządkowanie kolejności stosowania przepisów formalnych rozstrzyga wspomniany wcześniej dylemat oceny skuteczności orzeczeń sądów opiekuńczych, sprowadzający się do konkurencji zasady wyrażonej w art. 521 i w art. 578 k.p.c.. Zagadnienie to, ujęte w pytaniu, czy postanowienia te są skuteczne po uprawomocnieniu się (art. 521 k.p.c.), czy też z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania (art. 578 k.p.c.), rozstrzygnięto „na korzyść” pierwszej z powołanych regulacji. Skoro bowiem przepisy ogólne o postępowaniu w sprawach opiekuńczych są stosowane jedynie wtedy, gdy przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym nie stanowią inaczej, a tymczasem niewątpliwie art. 521 „stanowi inaczej” niż art. 578 k.p.c., należy uznać, że postanowienia sądu opiekuńczego stają się skuteczne, a jeśli wymagają wykonania – także wykonalne, po uprawomocnieniu się⁴⁶.

Natomiast duża rozbieżność stanowisk widoczna jest w drugiej z wyróżnionych wyżej kwestii – zakresu skutków oraz wykonalności orzeczeń sądów opiekuńczych. Zaprezentowane w tej sprawie zapatrywania świadczą przy tym nie tylko o odmienności poglądów na temat skuteczności postanowień, lecz o odmiennych koncepcjach roli judykatów sądu opiekuńczego w sprawach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy.

Pierwsze ze stanowisk głosi, że podlegają wykonaniu wydane na podstawie art. 29 orzeczenia uwzględniające wniosek, a szerzej – orzeczenia sądu opiekuńczego nakazujące zwolnienie lub przyjęcie osoby do szpitala psychiatrycznego lub domu pomocy społecznej. Do wykonania tych postanowień nie stosuje się jednak przepisów k.p.c. o postępowaniu wykonawczym, lecz przepisy art. 32 i 40 oraz przepisy o wypisaniu ze szpitala psychiatrycznego lub z domu pomocy społecznej, wskazujące szpital i DPS jako jednostki wykonujące orzeczenia sądu opiekuńczego. Mimo niestosowania przepisów o sądowym postępowaniu egzekucyjnym podnosi się, że postanowieniom sądu, podlegającym wykonaniu, powinna być nadawana klauzula wykonalności⁴⁷.

W związku z tym stanowiskiem pojawia się istotny problem, przedstawiony szerzej w dalszych fragmentach opracowania – jakie działania mogą i powinny być podjęte wówczas, gdy po wydaniu postanowienia, a przed jego wykonaniem usta-

⁴⁶ Takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 kwietnia 1997 r., III CKU 22/07 (OSNC 1997, nr 9, poz. 139), stwierdzając w tezie orzeczenia, że „Do postanowień sądu opiekuńczego co do istoty sprawy, zapadłych w sprawach dotyczących ochrony zdrowia psychicznego, nie ma zastosowania art. 578 k.p.c.”. Wyjątek od tej zasady wprowadza art. 27, dotyczący jednak szczególnej sytuacji wydania postanowienia o braku podstaw do przyjęcia do szpitala psychiatrycznego. W kwestii skuteczności i wykonalności postanowień wydanych na podstawie art. 29 ustawy J. Duda (op. cit., s. 128 za A. Rydzewskim, *Problematyka skuteczności i wykonalności orzeczeń sądu wydanych na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego*, Rejent 1998, Nr 1, s. 94) stwierdza, że orzeczenie sądu uwzględniające wniosek jest skuteczne i wykonalne z chwilą jego ogłoszenia, natomiast postanowienie oddalające wniosek – skuteczne z chwilą ogłoszenia. Oznacza to, że na podstawie nieprawomocnego postanowienia sądu możliwe jest umieszczenie osoby w szpitalu psychiatrycznym. Takie rozwiązanie opiera ocenę skuteczności i wykonalności na brzmieniu art. 578 k.p.c.

⁴⁷ J. Pietrzykowski, op. cit., s. 162.

ną okoliczności, które uzasadniały uwzględnienie wniosku o hospitalizację osoby chorej psychicznie (art. 29). Jeśli szpital jest obowiązany wykonać wynikający z postanowienia sądu obowiązek przyjęcia takiego pacjenta, może się wszak zdarzyć, że hospitalizacja obejmie osobę, która z uwagi na zmianę okoliczności nie powinna być umieszczona w szpitalu psychiatrycznym.

Stosownie do drugiego stanowiska orzeczenia sądu opiekuńczego mają jedynie walor skuteczności, zatem już z chwilą uprawomocnienia się wywołują skutki wynikające z ich treści. Natomiast zbędne jest nadawanie tym orzeczeniom klauzuli wykonalności, bowiem „skoro istotą postanowień Sądu w tym zakresie jest jedynie ocena, czy celowe jest ograniczenie wolności osobistej osoby zaburzonej psychicznie, nie ma uzasadnienia dla formułowania poglądów obciążających sądy obowiązkiem doprowadzenia do przymusowej hospitalizacji czy umieszczenia bez zgody w domu pomocy społecznej. Sąd jedynie zezwala na te czynności, a wykonanie należy już do innych organów”⁴⁸. Pogląd o takim „zezwalającym” charakterze orzeczenia sądu w przedmiocie hospitalizacji rzutuje z kolei na ocenę roli lekarzy psychiatrów, od których decyzji ostatecznie zależy, czy nastąpi umieszczenie osoby w szpitalu psychiatrycznym. Jak się zauważa, „W momencie badania pacjenta w izbie przyjęć mogą zajść już poważne zmiany, które czynią hospitalizację niezasadną niezależnie od treści orzeczenia sądowego wydanego w określonym momencie. Trudno byłoby zaakceptować przy braku określenia przez ustawę okresu skuteczności wydanego postanowienia (...) inny pogląd. Postanowienie sądu jedynie zezwala, ale nie obliguje (...) do hospitalizacji bez zgody, a ostateczna decyzja, czy wypada skorzystać z zezwolenia sądu, winna należeć do lekarza przyjmującego do szpitala”⁴⁹.

Z tej wypowiedzi należy, jak się wydaje, wnosić, że postanowienie w przedmiocie uwzględnienia wniosku z art. 29 podlega ze strony lekarza swoistej „ostatecznej weryfikacji” w chwili przyjmowania osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego. Lekarz dysponuje wprawdzie orzeczeniem „zezwalającym” na hospitalizację, lecz uwzględniając wpływ czasu od chwili wydania postanowienia powinien zdecydować, czy „poważne zmiany (...) czynią hospitalizację niezasadną niezależnie od treści orzeczenia sądowego w tej sprawie” i czy „wypada skorzystać z zezwolenia sądu (...)”⁵⁰.

Informacje o praktyce sądowej wskazują, że z postanowieniami wydanymi na podstawie art. 29 wiązane są skutki wykraczające poza „zezwolenie” na umieszczenie osoby chorej psychicznie w szpitalu psychiatrycznym. Jednocześnie, mimo przyjmowania, że szpital jest obowiązany dokonać hospitalizacji, orzeczeniom tym nie jest nadawana klauzula wykonalności. Uznaje się bowiem, że dla stron postę-

⁴⁸ T. Cysek, Ł. Korózs, op. cit., s. 102.

⁴⁹ T. Cysek, Ł. Korózs, op. cit., s. 101.

⁵⁰ Niezależnie od możliwości reprezentowania innego stanowiska trudno mi zrozumieć stwierdzenie Autorów o tym, „czy wypada skorzystać z zezwolenia sądu” (w jakim sensie „wypada”?).

powania, a przede wszystkim dla szpitala wykonującego orzeczenie sądu, jest oczywiste, iż na tej podstawie musi nastąpić przyjęcie pacjenta do szpitala, nie zachodzi więc potrzeba potwierdzania tego klauzulą wykonalności.

Tej konkluzji o obowiązku wykonania orzeczenia wydanego w trybie wyłącznie wnioskowym, podsumowującej obserwację praktyki, nie zmienia fakt, że terminologia przyjęta w formułowaniu postanowień uwzględniających wnioski niejednokrotnie mogłaby świadczyć o aprobacie sądów dla drugiego z opisanych wcześniej poglądów. W redakcji orzeczeń obok wyrażenia „nakazuje przyjęcie do szpitala”, wyrażającego imperatyw dokonania hospitalizacji, używana jest bowiem formuła orzeczenia (postanowienia) „o potrzebie przyjęcia do szpitala”. Wprawdzie z pierwszym ujęciem można byłoby wiązać wsparcie dla stanowiska o obowiązku wykonania orzeczenia sądu, podczas gdy drugie lepiej współgra z koncepcją jedynie „upoważniającego”, „zezwalającego” charakteru postanowienia, jednak wydaje się, że sprawa oceny obu koncepcji skuteczności i wykonalności orzeczeń nie pozostaje w tak silnej korelacji ze sposobem redakcji postanowienia, iżby owa redakcja jednocześnie determinowała stanowisko w kwestii skutków prawomocnego orzeczenia uwzględniającego wniosek z art. 29 ustawy.

W konsekwencji przyjęte w praktyce użycie drugiej z formuł nie powinno być utożsamiane z aprobatą dla poglądu kwestionującego istnienie po stronie szpitala obowiązku dokonania hospitalizacji. Zwrot nawiązujący do „potrzeby przyjęcia” jest najbliższy słowom użytym przez samego ustawodawcę, odzwierciedla bowiem początkowy fragment art. 29 ust. 2. W sposobie redagowania orzeczeń przyjęte jest zaś (oprócz oczywistego wymagania, że treść ta ma być zrozumiała i jednoznaczna, nie może nasuwać wątpliwości co do przedmiotu rozstrzygnięcia, wykonania itd.) wykorzystywanie zwrotów użytych w treści przepisów, stanowiących podstawę prawną judykatu. Pozwala to również adresatom orzeczenia „usytuować” je na tle różnych instytucji prawa i ocenić zakres jego skutków prawnych⁵¹.

Przechodząc od tych kwestii wstępnych, terminologicznych, do podstawowego zagadnienia oceny dwu przedstawionych wcześniej koncepcji skutków postanowienia z art. 29, trzeba wskazać, że liczniejsze wątpliwości wiążą się z drugim z tych stanowisk. Trudne do pogodzenia z istotą postępowania wyłącznie wnioskowego byłoby przyjęcie, że bez względu na potwierdzenie treścią orzeczenia, iż spełnione zostały przesłanki z ustępu 1 tego artykułu, lekarz samodzielnie weryfikuje trafność stanowiska sądu. W odróżnieniu od sytuacji hospitalizacji w trybie nagłym (art. 23), w której decyzja

⁵¹ Ma to istotne znaczenie zwłaszcza w razie rozstrzygania przez sąd opiekuńczy o zastosowaniu środków, z którymi wiązany jest pobyt w szpitalu psychiatrycznym (np. przymusowa hospitalizacja – art. 23, przymusowa obserwacja art. 24 i przymusowe zatrzymanie – art. 28), ale odmiennie są podstawy prawne orzekania o takim pobycie, a w konsekwencji odmienny jest katalog czynności, które mogą być podejmowane względem pacjenta (w razie przymusowej obserwacji nie można stosować przymusowego leczenia, nie znajduje tu bowiem zastosowania art. 33 ustawy). W razie trudności w takim sformułowaniu sentencji orzeczenia niewykluczone jest wskazanie wprost podstawy prawnej rozstrzygnięcia przez podanie numeru stosownego artykułu ustawy.

o przyjęciu do szpitala należy do psychiatrów, a jedynie „następczo” badana jest przez sąd, z przepisów art. 29 (i odpowiednich regulacji proceduralnych) nie wydaje się wynikać kompetencja psychiatry do dokonania takiej oceny orzeczenia sądu. Musiałaby to być zresztą kompetencja do każdorazowej oceny, następującej nawet w krótkim czasie po uprawomocnieniu się orzeczenia, skoro nie można wykluczyć dość szybkiej zmiany okoliczności, które w chwili orzekania uzasadniały uwzględnienie wniosku.

Oprócz tych wątpliwości jurydycznych można przedstawić także dalsze argumenty kwestionujące omawiane tu stanowisko. Skoro postępowanie lekarza miało by pozwolić na weryfikację aktualności przyczyn uwzględnienia wniosku, psychiatra musiałby, jak myślę, badać, czy nadal spełnione są przesłanki z art. 29 ust. 1. W warunkach towarzyszących przyjęciu do szpitala psychiatrycznego rzetelna kontrola tych okoliczności wydaje się w zasadzie niemożliwa. Wydanie orzeczenia poprzedza postępowanie sądowe, pozwalające z pomocą różnych środków dowodowych zbadać, czy zachodzą podstawy do hospitalizacji bez zgody wymaganej w art. 22. Jest oczywiste, że takich możliwości nie ma lekarz w izbie przyjęć. Ponadto w razie dysponowania przy przyjęciu jedynie odpisem postanowienia, psychiatra musiałby domyślać się, które z przesłanek art. 29 ust. 1 pkt 1 lub 2 zdecydowały o zasadności wniosku i pod kątem tych domniemywanych przyczyn badać aktualność podstaw hospitalizacji. Nie można również pominąć, że z natury okoliczności wymienionych w tych przepisach wynika pewna retrospektywność. Lekarz nie mógłby więc oceniać jedynie zachowania się osoby chorej psychicznie w momencie badania, lecz powinien dokonać szerszego oglądu niezdolności tej osoby „do samodzielnego zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych”, a ponadto antycypować przyszły stan pacjenta, spowodowany ewentualnym nieprzyjęciem do szpitala i możliwością poprawy stanu zdrowia w razie podjęcia leczenia szpitalnego. Naraziłoby to, moim zdaniem, i pacjenta, i osobę występującą z wnioskiem, na pewną uznaniowość decyzji psychiatry, wynikającą z ograniczonych środków „kontrolnych”, konieczności szybkiego podjęcia decyzji itd.

Niezależnie od tego trzeba byłoby rozstrzygnąć kolejny problem. Jeśli lekarz odmówiłby hospitalizacji, powołując się na zmianę okoliczności, które w czasie orzekania uzasadniały uwzględnienie wniosku, lecz – zdaniem psychiatry – obecnie nie zachodzą, czy orzeczenie zachowywałoby swoją moc i czy mogłoby służyć podjęciu w późniejszym czasie próby umieszczenia tego samego pacjenta w szpitalu psychiatrycznym? Czy taką wielokrotność prób doprowadzenia do hospitalizacji można powiązać z zamysłem ustawodawcy, towarzyszącym unormowaniu ram postępowania wyłącznie wnioskowego? A jeśli nie – co z celowością przeprowadzania wcześniejszego postępowania, angażującego sąd, środki publiczne itd., jeśli liczyć będzie się jedynie to, czy w chwili badania w izbie przyjęć zdaniem lekarza nadal spełnione będą przesłanki stosowania art. 29⁵².

⁵² Te pytania stają się szczególnie wyraziste np. w sytuacji, w której pacjent po wydaniu orzeczenia uwzględniającego wniosek z art. 29, w poczuciu pewnego „zagrożenia” hospitalizacją podejmuje leczenie. W konsekwencji, zdaniem badającego go lekarza, brak aktualnie powodów, aby przyjąć pacjenta do szpitala. Po

Wskazane powyżej wątpliwości skłaniają do tego, aby – mimo pewnej atrakcyjności ocenianego wcześniej rozwiązania – powrócić do pierwszej z koncepcji, zakładającej obowiązek dokonania przez szpital psychiatryczny hospitalizacji pacjenta, co do którego sąd opiekuńczy uwzględnił wniosek o przyjęcie do szpitala bez zgody wymaganej w art. 22. Mankamentem takiego stanowiska była podnoszona wcześniej konieczność wykonywania postanowienia sądu w sytuacji, gdy uległy zmianie okoliczności leżące u podstaw uwzględnienia wniosku. Ryzyko takie istnieje, nie jest bowiem określony czas, w którym może być wykonane postanowienie sądu rozstrzygające o potrzebie przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego. W braku takiego normatywnego ograniczenia podnosi się jedynie, że wystąpienie o dokonanie hospitalizacji nie powinno być zbyt odległe w czasie od uprawomocnienia się postanowienia⁵³. Sąd rozstrzygając sprawę na tę datę potwierdza bowiem spełnienie przesłanek z art. 29 ustawy.

W związku z analizowanym obecnie poglądem powstają więc dwa spotykane w praktyce zagadnienia.

Po pierwsze, skoro postanowienie może być wykonane w różnym czasie, kilkakrotnie może zaistnieć potrzeba (a w jakimś sensie – także pokusa) wykorzystania tego samego orzeczenia. Dzięki temu bez przeprowadzania kolejnych postępowań można byłoby, dysponując raz wydanym postanowieniem, podejmować szybką reakcję np. w razie przerwania leczenia przez osobę, która została już wcześniej hospitalizowana, a następnie wypisana ze szpitala psychiatrycznego. Czy wobec tego możliwe jest wielokrotne wykorzystanie tego samego postanowienia sądu w celu kilkakrotnego umieszczenia pacjenta w szpitalu psychiatrycznym?

Po drugie, czy w razie następującej z biegiem czasu zmiany okoliczności, na których podstawie sąd uwzględnił wniosek z art. 29, sąd może zmienić swe postanowienie, a jeśli tak – czy może je zmienić z urzędu, czy jedynie na wniosek osób uprawnionych – analogicznie do wyłącznie wnioskowego wszczęcia postępowania w sprawie. Taka potrzeba może się w szczególności pojawić w razie uzyskania przez sąd sygnału, że zamierzone jest wykonanie dość dawno wydanego postanowienia, podczas gdy sąd posiada jednocześnie wiedzę o zmianie okoliczności określonych w art. 29 ustawy.

Co dotyczy pierwszego z postawionych pytań, odpowiedź na nie powinna być negatywna. Z treści przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nie wynika, iżby tytuł w postaci postanowienia sądu opiekuńczego miał być podstawą wielokrotnie przeprowadzanej hospitalizacji (czy też „prób hospitalizacji”, o których była wcześniej mowa). Przeciwno takiemu rozwiązaniu normatywnemu przemawiałyby zresztą skutki tego orzeczenia, którego wykonanie prowadzi do ograniczenia

„nieudanej” z punktu widzenia wnioskodawcy próbie hospitalizacji pacjenta, chory zaprzestaje leczenia, mając świadomość, że podjęcie kolejnych działań zmierzających do umieszczenia go w szpitalu psychiatrycznym będzie wymagało przeprowadzenia następnego postępowania z art. 29.

⁵³ J. Pietrzykowski, op. cit., s. 162.

– w związku z umieszczeniem w szpitalu psychiatrycznym – swobody osobistej pacjenta, a ponadto uprawnia także do podejmowania bez jego zgody czynności leczniczych w zakresie określonym w art. 33. Nie bez znaczenia jest również fakt, że kolejne akty hospitalizacji następowałyby niejednokrotnie w zmienionych, nie-poddanych ocenie sądu, okolicznościach, które – w razie zbadania ich przez sąd – mogłyby nie być uznane za spełniające przesłanki art. 29 ustawy. W praktyce trudno jednak uniknąć kilkakrotnego wykorzystania tego samego postanowienia, skoro wydanie kolejnych odpisów nie jest limitowane. Dlatego środkiem wykluczającym takie zachowania byłoby postulowane nadawanie postanowieniu klauzuli wykonalności. Tytuł wykonawczy wydawany jest bowiem jeden, a jego ponowne wydanie uzasadnia jedynie utrata tytułu, badana w postępowaniu sądowym (art. 794 k.p.c.). Ponieważ orzeczenie sądu stanowi podstawę legalnego przyjęcia do szpitala osoby chorej psychicznie bez zgody wymaganej w art. 22, jest ono składane w dokumentacji medycznej, co zapobiega jego wielokrotnemu użyciu.

Z kolei w drugiej z poruszonych kwestii trafne wydaje się stanowisko, że zmiana okoliczności (np. podjęcie leczenia, poprawa stanu zdrowia, odzyskanie zdolności do samodzielnego zaspokajania potrzeb życiowych) stanowi podstawę do zmiany lub uchylecia orzeczenia sądu. Pogląd ten nie budzi wątpliwości, kiedy mowa o zmianie postanowienia „(...) przy odpowiednim zastosowaniu art. 577 k.p.c. na wniosek osoby, której to postanowienie dotyczy bezpośrednio, jak i na wniosek innych osób określonych w art. 29 (...)”⁵⁴. Zdarza się jednak, że z różnych przyczyn ani sam pacjent, ani inna osoba wymieniona w art. 29 ust. 2 nie występują z wnioskiem o zmianę wcześniej zapadłego orzeczenia, choć byłoby to uzasadnione zmianą sytuacji, leżącej u podstaw wcześniejszego uwzględnienia wniosku. Powstaje zatem istotne dla praktyki pytanie, czy swe wcześniejsze postanowienie może zmienić sam sąd opiekuńczy.

Rozwiązanie takie jest aprobowane w wykładni art. 577 k.p.c., stosowanego w sprawach opiekuńczych. Czy jednak pozostaje aktualne w odniesieniu do spraw rozpoznawanych na podstawie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, skoro w działaniu przepisów tej ustawy stosowanie regulacji formalnoprawnych podlega pewnemu „uszeregowaniu”, na czele którego stoją unormowania proceduralne samej ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (w tym – art. 29 ust. 2). Art. 577 k.p.c. mógłby tu zatem znaleźć odpowiednie (art. 42 ustawy) zastosowanie o tyle, o ile co innego nie wynikałoby z przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i przepisów ogólnych o postępowaniu nieprocesowym. Tymczasem z treści art. 29 ust. 2 wynika, że postępowanie w trybie wyłącznie wnioskowym nie może być wszczęte z urzędu; jednocześnie przepis ten znajduje zastosowanie przed dopuszczającymi wszczęcie postępowania z urzędu przepisami ogólnymi o postępowaniu nieprocesowym (art. 506 k.p.c.) i przepisami ogólnymi w innych sprawach rodzinnych i w sprawach opiekuńczych (art. 570 k.p.c.).

⁵⁴ J. Pietrzykowski, op. cit. s. 162.

Rozstrzygnięcie postawionej wyżej kwestii uzależnione jest od zbadania, czy art. 29 ust. 2 określa jedynie krąg podmiotów legitymowanych do wystąpienia z wnioskiem, czy również krąg podmiotów uprawnionych do zainicjowania postępowania w przedmiocie zmiany lub uchylecia zapadłego już orzeczenia. Jeśli uznać, że powołana regulacja stosowana jest również do zmiany lub uchylecia postanowienia wydanego uprzednio w wyniku rozpoznania wniosku, trzeba byłoby stwierdzić, że postępowania tego sąd nie może wszcząć z urzędu – tak samo, jak nie mógłby bez wniosku strony przeprowadzić postępowania z art. 29. Odpowiednio stosowany art. 577 k.p.c. nie stwarzałby zatem podstawy do zmiany lub uchylecia orzeczenia z inicjatywy sądu. Inaczej mówiąc, jeśli uznać, że określenie kręgu podmiotów legitymowanych do zainicjowania postępowania z art. 29 determinuje jednocześnie katalog osób, które mogą wystąpić o jego zmianę, trzeba byłoby konsekwentnie przyjąć, iż wyłączone jest stosowanie art. 577 k.p.c. W świetle wskazanej wcześniej kolejności stosowania przepisów proceduralnych, unormowania ustawy (m. in. art. 29 ust. 2) wykluczałyby – w „kolizyjnym” zakresie możliwości wszczęcia postępowania – działanie art. 577 k.p.c.⁵⁵

Omawiana kwestia jest bardzo kontrowersyjna i wymaga szerszej dyskusji. Jednak mimo wątpliwości wydaje się możliwa obrona poglądu, stosownie do którego sąd może omawiane postępowanie przeprowadzić z urzędu. Przepis art. 29 ust. 2 wyklucza wszczęcie z urzędu postępowania o przyjęcie pacjenta do szpitala psychiatrycznego bez zgody wymaganej w art. 22. Choć niewątpliwie istnieje więź między postępowaniem zainicjowanym wnioskiem z art. 29 oraz postępowaniem w przedmiocie zmiany zapadłego wcześniej postanowienia, jednak z brzmienia powołanego ostatnio unormowania nie wynika, iżby ograniczenie grona podmiotów legitymowanych do wystąpienia z wnioskiem miało obejmować inne postępowania niż to rozstrzygające „o potrzebie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego osoby, o której mowa w ust. 1 (...)”, czyli osoby chorej psychicznie. W braku wyraźnego wyłączenia (jak np. w art. 588 k.p.c.) nie powinno się zatem wykluczać zainicjowania z urzędu postępowania w przedmiocie zmiany lub uchylecia postanowienia wydanego na podstawie art. 29. To drugie postępowanie nie

⁵⁵ Rozważania powyższe dotyczą przypadków, w których jeszcze nie doszło do hospitalizacji na podstawie art. 29 ustawy, a już ustaly okoliczności uzasadniające uwzględnienie wniosku. W razie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego cel wydania orzeczenia zostaje zrealizowany, a wypisanie ze szpitala w związku z polepszeniem stanu pacjenta powinno następować zgodnie z zasadami określonymi w art. 36 ustawy. Powstaje jednak pytanie, czy z odwołania się do treści art. 36 pośrednio nie wynika argument podważający tezę o stosowaniu art. 577 k.p.c. Z określenia w art. 36 ust. 2 grona podmiotów uprawnionych do wystąpienia o wszczęcie takiego postępowania wywodzi się (J. Pietrzykowski, op. cit., s. 176), że postępowania tego nie może z urzędu wszcząć sąd opiekuńczy. Skoro zatem tą drogą sąd nie może doprowadzić do wypisania pacjenta ze szpitala (a przecież przynajmniej niektórzy pacjenci zostali hospitalizowani na podstawie art. 29), można postawić pytanie, czy spójne jest wnioskowanie prowadzące do konkluzji, że sąd przed hospitalizacją może z urzędu zmienić postanowienie, którego skutków – po wykonaniu orzeczenia – nie mógłby „odwrócić”, inicjując postępowanie w przedmiocie wypisania pacjenta ze szpitala z uwagi na poprawę stanu jego zdrowia.

jest już tym, co do którego ustawodawca wykluczył wszczęcie postępowania z urzędu. W konsekwencji jego przeprowadzenie z inicjatywy sądu nie narusza, jak się wydaje, art. 29 ust. 2, określającego krąg podmiotów uprawnionych do wystąpienia z wnioskiem o przeprowadzenie jedynie „pierwotnego” postępowania – nie zaś postępowania w przedmiocie zmiany zapadłego wcześniej orzeczenia. Z tego punktu widzenia stosowanie art. 577 k.p.c. mogłoby być uznane za niekolidujące z unormowaniem art. 29 ust. 2. W konsekwencji art. 577 k.p.c. w zw. z art. 42 ustawy mógłby znaleźć zastosowanie do dokonania z urzędu zmiany nawet prawomocnego postanowienia w przedmiocie potrzeby przyjęcia osoby chorej psychicznie do szpitala psychiatrycznego.

Takiemu rozwiązaniu nie można, jak myślę, skutecznie przeciwstawić argumentu, że oczekiwana jest symetria w gronie osób, które mogą wystąpić z wnioskiem z art. 29 i osób, które mogą żądać zmiany lub uchylecia tego postanowienia; skoro więc sąd nie może zainicjować postępowania w trybie wyłącznie wnioskowym, nie powinien także z urzędu doprowadzać do zmiany swego orzeczenia z powołaniem się na odpowiednie stosowanie art. 577 k.p.c.. Przeciwno tezie o tak rozumianej symetrii można podnieść, że osoba, której dotyczy postępowanie z art. 29, sama nie jest wskazana jako uprawniona do wystąpienia z wnioskiem (co jest logiczne), natomiast bezsprzecznie powinna być legitymowana do wystąpienia o zmianę zapadłego postanowienia w razie zmiany okoliczności, uzasadniających uprzednio uwzględnienie wniosku⁵⁶. Ponadto za bronionym tu stanowiskiem przemawia także cel stosowania przepisów ustawy, czyli ochrona praw osób z zaburzeniami psychicznymi. Dążenie do realizacji tego celu powinno skłaniać do poszukiwania takich kierunków wykładni, które zapewniłyby możliwość zmiany postanowienia wydanego na podstawie art. 29⁵⁷, jeśli – z uwagi na zmianę okoliczności – wymaga tego dobro osoby, której dotyczyło to postępowanie⁵⁸.

5. Ostatnia grupa uwag będzie dotyczyć uregulowanego w art. 36 ustawy postępowania sądowego o zwolnienie pacjenta ze szpitala psychiatrycznego. Postępowanie to jest wszczynane tylko na wniosek osób wymienionych w ust. 2 powo-

⁵⁶ Z wcześniej przytoczonego stanowiska nauki prawa wynika bowiem, że nie budziła sprzeciwu sama możliwość zmiany orzeczenia – tyle że na wniosek osoby uprawnionej. Oznacza to, że nie dostrzegano kolizji między treścią art. 577 k.p.c. oraz przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego i przepisów ogólnych o postępowaniu nieprocesowym, te bowiem unormowania „wyprzedzają” stosowanie przepisów ogólnych o postępowaniu w sprawach opiekuńczych, wśród których zamieszczony jest art. 577 k.p.c.

⁵⁷ Zaaprobowanie tego stanowiska oznaczałoby jednocześnie, że nie jest dopuszczalne wniesienie skargi kasacyjnej opartej „wyłącznie na podstawach, których uwzględnienie umożliwiłoby zmianę lub uchYLENIE zaskarżonego postanowienia przy odpowiednim zastosowaniu art. 577 k.p.c.” (tak: SN w postanowieniu z dnia 15 kwietnia 1997 r., I CZ 25/97, OSNC 1997, Nr 9, poz. 135). W uzasadnieniu postanowienia Sąd wskazał na stosowanie w związku z odesłaniem zawartym w art. 42 ustawy – art. 577 k.p.c. w sprawach toczących się na podstawie przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

⁵⁸ T. Żyżnowski (*Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, Tom II, Warszawa 1997, s. 349) stwierdza, że spełnienie przesłanki dobra osoby, której postępowanie dotyczy „obliguje sąd opiekuńczy do zmiany lub uchylecia postanowienia z urzędu, także w sprawie, która może być wszczęta tylko na wniosek”.

tanego artykułu, natomiast nie może być wszczęte z urzędu⁵⁹. Utrwalone jest stanowisko, że wniosek złożony przez osobę, której to postępowanie dotyczy bezpośrednio, może być – tak jak wniosek kierowany do administracji szpitala – złożony w dowolnej formie. Podobnie złagodzone wymagania stawiane są środkiem odwoławczym, wnoszonym przez tę osobę (art. 47 ustawy) – oprócz konieczności zachowania terminu do ich wniesienia⁶⁰.

Postępowanie sądowe jest postępowaniem „kontrolnym” względem odmowy wypisania, dokonanej przez lekarza ordynatora (lekarza kierującego oddziałem – art. 35 ust. 1). Dlatego dla przeprowadzenia postępowania przed sądem opiekuńczym niezbędne jest uprzednie przeprowadzenie „postępowania wewnątrzszpitalnego”, o którym mowa w art. 36 ust. 1 i 2. Z żądaniem wypisania pacjenta przebywającego bez swej zgody w szpitalu psychiatrycznym osoby uprawnione (art. 36 ust. 2 zd. 2) mogą wystąpić nie wcześniej niż po upływie 30 dni od uprawomocnienia się postanowienia sądu opiekuńczego w przedmiocie przyjęcia do szpitala lub dalszego leczenia tej osoby bez jej zgody w tym szpitalu⁶¹. W razie wystąpienia z żądaniem wypisania przed upływem 30-dniowego terminu, żądanie to może być przyjęte, ale pozostawia się je bez rozpatrzenia⁶². Wbrew wcześniej zgłoszonej propozycji interpretacyjnej, stosownie do której żądanie takie nie powinno być przyjęte⁶³, można podzielić stanowisko, że art. 36 ust. 2 nie zabrania samego złożenia wniosku, ale wyklucza jego rozpoznanie⁶⁴.

Wspomniany wcześniej „kontrolny” charakter postępowania sądowego rzutuje na czynności podejmowane w razie wystąpienia z wnioskiem bezpośrednio do sądu opiekuńczego, z pominięciem zgłoszenia w szpitalu żądania wypisania. Przyjmuje się, że wniosek o wypisanie ze szpitala złożony wprost do sądu powinien podlegać odrzuceniu⁶⁵ na podstawie art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c., z uwagi na czasową niedopuszczalność drogi sądowej⁶⁶. Ponieważ w razie

⁵⁹ J. Pietrzykowski, op. cit. s. 176.

⁶⁰ Natomiast zachowanie wszystkich wymagań formalnych jest niezbędne w razie wystąpienia ze skargą kassacyjną, dopuszczalną w omawianych sprawach z uwagi na uznanie ich za sprawy z zakresu prawa osobowego (tak: SN w postanowieniach z dnia 30 kwietnia 1997 r., III CKU 22/97, OSNC 1997, Nr 9, poz. 139 i z dnia 25 stycznia 2001 r., III CKN 1454/00 z krytyczną glosą Z. Świebudy, OSP 2002, nr 5, poz. 63).

⁶¹ S. Dąbrowski (op. cit. s. 175) zauważył, że 30-dniowy termin uwzględnia przyjmowany także w ustawodawstwach obcych państw minimalny okres przymusowego leczenia pacjentów psychiatrycznych.

⁶² Powstaje pytanie, czy wniosek złożony przed upływem terminu nie powinien być w ogóle rozstrzygany, czy też ma być rozstrzygnięty, tyle że po upływie trzydziestu dni, o których mowa w art. 36 ust. 2 ustawy. Trafne wydaje się pierwsze stanowisko.

⁶³ S. Dąbrowski, op. cit. s. 175.

⁶⁴ J. Duda, op. cit. s. 145. Odmienne: M. Sychowicz, op. cit., s. 23.

⁶⁵ J. Duda, op. cit. s. 146.

⁶⁶ M. Sychowicz, op. cit. s. 21. Jeśli wniosek jest kierowany wprost do sądu opiekuńczego (o czym świadczy np. jego oznaczenie, nagłówki, treść), nie powinno się zatem przesyłać wniosku do szpitala w celu „nadania mu biegu” przewidzianego w ustawie. Czynności podjęte przez sąd opiekuńczy winny być bowiem odpowiednie do charakteru pisma i sytuacji procesowej. Natomiast „odesłanie” wniosku do szpitala mogłoby mieć miejsce w razie stwierdzenia, że został skierowany do szpitala, lecz mylnie trafił do sądu opiekuńczego.

odmowy wypisania ze szpitala siedmiodniowy termin na wystąpienie do sądu opiekuńczego (art. 36 ust. 3) jest traktowany jako termin procesowy⁶⁷, możliwe jest jego przywrócenie⁶⁸ w okolicznościach przewidzianych w art. 167 k.p.c. Potrzeba zbadania, czy termin ten został zachowany, czy też zachodzą podstawy do odrzucenia wniosku⁶⁹, powoduje konieczność dokumentowania przez szpital odmowy wypisania pacjenta – wraz z podaniem daty, w której negatywnie ustosunkowano się do wniosku osoby hospitalizowanej. Nie może być zatem zaaprobowana praktyka niektórych szpitali ograniczania się do odnotowywania w dokumentacji medycznej pacjenta, że został on poinformowany o odmowie wypisania ze szpitala. W ten sposób utrudnia się bowiem podjęcie przez sąd opiekuńczy dalszych czynności procesowych⁷⁰. Jeśli z kontrolnego charakteru postępowania sądowego wywodzić dalej idące wnioski, odmowie wypisania ze szpitala powinno także towarzyszyć podanie przyczyn takiego stanowiska tak, aby sąd mógł się odnieść do argumentacji szpitala. Postanowienie Sądu staje się wykonalne po uprawnieniu się⁷¹.

6. Odrębnego rozważenia wymaga jeszcze jedno zagadnienie, ściśle związane z zadaniami sądu opiekuńczego na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – zagadnienie stosowania art. 48 ustawy⁷², normującego ustanawianie przez Sąd adwokata z urzędu – także bez wniosku osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio. Z informacji o ukształtowanej praktyce sądów opiekuńczych wynika, że przepis ten nie jest wykorzystywany tak często, jak mógłby, a wręcz – jak powinien być stosowany. Mimo zgłaszanych w nauce prawa postulatów zapewnienia osobom chorym psychicznie profesjonalnego zastępstwa procesowego w sprawach

⁶⁷ M. Sychowicz, op. cit. s. 22, J. Duda, op. cit. s. 146.

⁶⁸ J. Pietrzykowski, op. cit. s. 177.

⁶⁹ J. Duda, op. cit. s. 146.

⁷⁰ Art. 36 ust. 3 zd. 2 stawia wymaganie pouczenia podmiotu, którego wniosek został załatwiony odmownie, o terminie i sposobie złożenia wniosku do sądu. Podnosi się (J. Pietrzykowski, op. cit., s. 177), że brak pouczenia powoduje, iż nie biegnie 7-dniowy termin do wystąpienia na drogę postępowania sądowego. Odmienne J. Duda, (op. cit., s. 146), który brak pouczenia uznaje za przyczynę uchybienia terminowi uzasadniająca przywrócenie terminu do wystąpienia z wnioskiem do sądu). To uregulowanie potwierdza zatem, jak istotna jest sprawa odpowiedniego dokumentowania odmowy wypisania ze szpitala, w tym – podania daty odmowy wypisania.

⁷¹ Sporne pozostaje zagadnienie, czy art. 36 ust. 3 znajduje zastosowanie jedynie w razie żądania wypisania ze szpitala osoby, przebywającej tam bez zgody (tak J. Pietrzykowski, op. cit. s. 178; w razie odmowy wypisania innych osób, przyjętych do szpitala za swą zgodą, Autor wskazuje na możliwość stosowania art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o z. o. z.), czy także osoby, która wyraziła zgodę na przyjęcie do szpitala, a następnie mimo zażądania wypisania jej, szpital odmówił takiego wypisania (tak J. Duda, op. cit. s. 147) przy czym nie chodzi tu o instytucję tzw. przymusowego zatrzymania, o której mowa w art. 28. Za pierwszym z tych stanowisk przemawia tytuł jednostki redakcyjnej ustawy, w której zamieszczony jest art. 36 („Wypisanie ze szpitala psychiatrycznego osoby przebywającej tam bez jej zgody”), a także związek treści art. 36 ust. 2 i 3 zd. 2 ustawy. W ostatnim z tych przepisów mowa o „osobie przebywającej w szpitalu oraz odpowiednio innych osobach wymienionych w ust. 2”.

⁷² Przed zmianą wprowadzoną z dniem 2 marca 2006 r. był to art. 48 ust. 2 ustawy.

dotyczących ich przymusowej hospitalizacji⁷³, zbyt rzadko, jak się wydaje, korzysta się z możliwości ustanowienia bez wniosku adwokata z urzędu albo uwzględnienia wniosku, zgłoszonego w tym przedmiocie przez pacjenta. Niejednokrotnie ustanowienie pełnomocnika następuje dopiero po rozpoznaniu sprawy przez sąd drugiej instancji, w związku z zamiarem wystąpienia przez osobę chorą psychicznie ze skargą kasacyjną i wynikającą z tego koniecznością sprostania przymusowi adwokackiemu w postępowaniu przed Sądem Najwyższym. Wydaje się zatem, że sądy znacznie uważniej powinny podchodzić do oceny, czy zachodzą podstawy zastosowania art. 48, rozważając w każdej sprawie, czy osoba, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, „ze względu na stan zdrowia psychicznego nie jest zdolna do złożenia wniosku”, a jednocześnie, czy udział adwokata w sprawie jest potrzebny.

O celowości takiego spojrzenia na stosowanie art. 48 świadczą także wypowiedzi Sądu Najwyższego, przedstawione w wydanych na przestrzeni kilku ostatnich lat orzeczeniach dotyczących ustawy o ochronie zdrowia psychicznego⁷⁴. We wszystkich tych sprawach⁷⁵ w (ówcześnie) kasacjach wnoszonych przez pacjentów podnoszone było naruszenie przepisu postępowania w postaci art. 48 ustawy⁷⁶. W trzech spośród czterech rozpoznanych spraw Sąd Najwyższy uznał, że uchybieniem uzasadniającym uchylenie orzeczeń Sądów powszechnych było nieustanowienie adwokata z urzędu na rzecz osoby, której postępowanie sądowe dotyczyło bezpośrednio. W jednej z tych spraw przyjęto, że wskutek wspomnianego uchybienia doszło do nieważności postępowania, natomiast w dwu pozostałych – że miało miejsce naruszenie przepisów postępowania (art. 48), które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

⁷³ P. Przybysz, (*Głosa do postanowienia SN z dnia 14 lutego 1996 r., II CRN 201/95*, PiP 1997, Nr 1, s. 111 i nast.) z zastrzeżeniem, że – zdaniem Autora – „Sąd powinien powołać kuratora dla każdej osoby przymusowo hospitalizowanej – bez względu na stan jej zdrowia, chyba że umożliwi się choremu osobisty udział w sprawie”. Wydaje się, że właściwym rozwiązaniem byłoby ustanowienie adwokata z urzędu, a ponadto – nie tylko w sytuacji, gdy pacjent nie ma zapewnionego osobistego udziału np. w posiedzeniach sądu. Nawet w razie zapewnienia takiego udziału pacjent niejednokrotnie nie potrafi samodzielnie poradzić sobie w sprawie, korzystać z instytucji procesowych itd.

⁷⁴ Stanowisko takie reprezentowane było również w nieco starszym orzecznictwie. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 marca 1999 r., II CKN 41/99 (Lex nr 196603) Sąd Najwyższy stwierdził, że „Jest oczywiście, że od uczestniczkę postępowania, ze względu na stwierdzone u niej schorzenie w postaci psychozy przejawiającej się jako przewlekły zespół urojeniowy obecnie zaostrzony, wzburzonej dodatkowo pozostawianiem w zamkniętym leczeniu szpitalnym wbrew swojej woli, nie można oczekiwać, aby była zdolna racjonalnie korzystać z instytucji procesowych zapewniających strzeżenie jej praw, a w tym także, aby była ona zdolna do złożenia wniosku o ustanowienie adwokata z urzędu. Z powyższego wynika zatem, że obowiązkiem sądu było rozważenie z urzędu czy udział adwokata w sprawie był potrzebny. W okolicznościach niniejszej sprawy uznać należało, że udział adwokata w sprawie był pożądanym, a więc potrzebny”.

⁷⁵ Postanowienia SN z dnia 25 lipca 2000 r., III CKN 799/00, z dnia 28 listopada 2002 r., II CKN 399/01, z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 746/04, z dnia 8 grudnia 2005 r., III CK 230/05 i z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 746/04.

⁷⁶ Przepis ten stanowi obecnie, że „sąd może ustanowić dla osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, adwokata z urzędu, nawet bez złożenia wniosku, jeżeli osoba ta ze względu na stan zdrowia psychicznego nie jest zdolna do złożenia wniosku, a sąd uzna udział adwokata w sprawie za potrzebny”.

Co dotyczy przypadku nieważności postępowania, w postanowieniu z 28 listopada 2002 roku (II CKN 399/01) Sąd Najwyższy stwierdził, że w związku z oddaniem wniosku o ustanowienie adwokata z urzędu doszło do całkowitego pozbawienia strony możliwości obrony jej praw⁷⁷. O potrzebie ustanowienia adwokata świadczyć miało to, że osoba cierpiąca na chorobę psychiczną w postaci zespołu maniakalnego z komponentą urojeniową zeznawała „chaotycznie z tendencją do zmienności” i nie potrafiła samodzielnie wskazać środków dowodowych. Zdaniem Sądu Najwyższego fakt, że osoba „nie odpowiada na zadawane pytania, a uporczywie powraca do oskarżania członków rodziny – wbrew stanowisku (...) Sądu nie daje podstawy do przyjęcia, że udział adwokata w sprawie jest zbędny. Nie można bowiem wykluczyć, że przyczyną omawianego zachowania skarżącej na rozprawie była właśnie stwierdzona u niej choroba psychiczna, powodująca także niemożność samodzielnego wskazania środków dowodowych w celu obrony swoich praw”. W podsumowaniu tych wywodów Sąd wyraził zapatrywanie, prezentowane także w innych orzeczeniach, w których dokonywano wykładni art. 48 ustawy, że „Użycie przez ustawodawcę w tym przepisie zwrotu „sąd może” nie oznacza dowolności, gdy więc okazuje się, że strona nie może sama bronić swoich praw, sąd ma obowiązek ustanowienia dla niej adwokata z urzędu”.

Natomiast w postanowieniu z dnia 8 grudnia 2005 roku (III CK 230/05)⁷⁸ Sąd Najwyższy za nietrafny uznał zarzut nieważności postępowania z powodu pozbawienia uczestnika możliwości obrony swych praw z uwagi na nieustanowienie przez sąd z urzędu adwokata z urzędu. W ocenie Sądu „Uczestnik brał udział w postępowaniu, uczestniczył w rozprawie, w sposób wyraźny i zdecydowany sprzeciwiał się wnioskowi, w terminie wniósł apelację. Nie można w tej sytuacji przyjąć, by postępowanie dotknięte było nieważnością (...)”. Jednak wydane w sprawie postanowienia sądów powszechnych podlegały uchyleniu z uwagi na skuteczność podniesienia przez stronę, że miało miejsce naruszenie przepisów postępowania (art. 48) mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Sąd Najwyższy stwierdził bowiem, że „W sytuacji, gdy uczestnik jest osobą chorą, z którą nawiązanie racjonalnego kontaktu nie jest możliwe, strony postępowania są zantagonizowane, a uwzględnienie wniosku prowadzić będzie do ograniczenia jednego z podstawowych praw człowieka – wolności, uprawnienie sądu wynikające z art. 48 ust. 2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego rozumieć należy jako powinność”. W uzasadnieniu postanowienia Sąd Najwyższy podkreślił, że art. 48 ustawy „pozostawia uznaniu sądu potrzebę ustanowienia adwokata. Swoboda ta nie może jednak prowadzić do do-

⁷⁷ Sąd odwołał się przy tym do utrwalonego w orzecnictwie poglądu, stosownie do którego jedynie całkowite pozbawienie strony możliwości obrony jej praw może być przyczyną nieważności postępowania z czego wniossek, że – zdaniem Sądu – do takiej sytuacji doprowadziło nieustanowienie dla pacjenta adwokata.

⁷⁸ Teza orzeczenia brzmiała: „W sytuacji, gdy uczestnik jest osobą chorą, z którą nawiązanie racjonalnego kontaktu nie jest możliwe, strony postępowania są zantagonizowane, a uwzględnienie wniosku prowadzić będzie do ograniczenia jednego z podstawowych praw człowieka wolności, uprawnienie sądu wynikające z art. 48 ust. 2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego rozumieć należy jako powinność”.

wolności, a w niektórych sytuacjach zamienia się wręcz w obowiązek⁷⁹. Dlatego, w ocenie Sądu, „Pozbawienie uczestnika, osoby chorej, reagującej na wniosek poczuciem krzywdy i niesprawiedliwości, możliwości skorzystania z pomocy prawnej udzielonej z urzędu narusza (...) omawiany przepis i jest uchybieniem, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania”.

Zbieżne stanowisko zostało także zajęte w postanowieniu z dnia 14 czerwca 2005 roku (V CK 746/04)⁸⁰, w którym Sąd Najwyższy uznał, że „Uczestniczka, osoba chora psychicznie, nie miała żadnej pomocy prawnej w postępowaniu pierwszoinstancyjnym i apelacyjnym. Jeżeli więc „utraciła zdolność samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie”, to należało zapewnić pomoc prawną dla ochrony jej praw w postępowaniu sądowym. Chodzi tu nie tyle o kuratora (...), co o adwokata z urzędu (art. 48 ust. 2 ustawy), który gwarantowałby ochronę jej praw w całym postępowaniu sądowym, w szczególności w sferze dowodowej (...)”. Sąd wypowiedział się tu także w kwestii wykładni art. 48 ust. 2 ustawy, stwierdzając, iż „W judykaturze podkreśla się, że fakultatywność ustanowienia adwokata z urzędu na podstawie art. 48 ust 2 ustawy („sąd może”) nie oznacza dowolności, bowiem niemożność racjonalnego korzystania z instytucji procesowych przez osobę chorą psychicznie stwarza obowiązek ustanowienia pełnomocnika (...)”.

Przedstawione pokrótce stanowiska Sądu Najwyższego skłaniają do zaakcentowania kilku spostrzeżeń.

Po pierwsze, w związku ze szczególną regulacją art. 48 niezbędne jest bardzo uważne badanie przez Sąd, czy w okolicznościach rozpoznawanej sprawy spełnione są przesłanki uzasadniające ustanowienie adwokata bez wniosku osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio. W świetle art. 48 zagadnienie ustanowienia pełnomocnika nie pojawia się bowiem dopiero w chwili złożenia wniosku przez stronę, ale w chwili, gdy Sąd dostrzega potrzebę działania adwokata w imieniu pacjenta (co, jak się trafnie podnosi, w przypadku wielu schorzeń psychicznych może być regułą).

Po drugie, jak się wydaje, nadmiernie rygorystycznej wykładni nie powinna być także poddawana powołana w art. 48 przesłanka ustanowienia adwokata z urzędu, „jeżeli osoba (...) ze względu na stan zdrowia psychicznego nie jest zdolna do złożenia wniosku”. Sam fakt aktywnego uczestnictwa pacjenta w postępowaniu sądo-

⁷⁹ Także w uzasadnieniu powołanego wcześniej postanowienia z dnia 10 marca 1999 r. (II CKN 41/99, Lex nr 196603) dokonując wykładni art. 48 ust. 2 (według ówczesnej numeracji) Sąd Najwyższy stwierdził, że „Powinność Sądu w tym wypadku należy rozumieć jako obowiązek”. Teza orzeczenia brzmiała: „Przepis art. 48 ustęp 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535 ze zm.) wprowadził nie znaną dotychczas w procedurze cywilnej możliwość ustanowienia dla osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, adwokata z urzędu nawet bez złożenia wniosku. Ustawodawca uzależnił zastosowanie tego przepisu tylko od uznania przez sąd jego udziału w sprawie za potrzebny – tak jak przewiduje to też art. 117 § 1 k.p.c. Ocena czy zachodzi w sprawie taka potrzeba należy zatem do sądu orzekającego zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji”.

⁸⁰ Teza postanowienia brzmiała: „Skierowanie osoby chorej psychicznie do zakładu opieki społecznej, w trybie art. 39 ust. 2 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz. U. Nr 111, poz. 535), uzależnione jest m.in. od niemożności korzystania przez chorego z opieki innych osób”.

wym, składania pism procesowych itd. może nie być równoznaczny z tym, że osoba była zdolna do złożenia wniosku o ustanowienie dla niej profesjonalnego pełnomocnika. Świadczy o tym m.in. ocena dokonana w uzasadnieniu powołanego wcześniej postanowienia Sądu Najwyższego z 8 grudnia 2005 r. (III CK 230/05), w którym mimo aktywności pacjenta przyjęto, że sąd powinien ustanowić dla niego pełnomocnika nawet bez złożenia wniosku w tym przedmiocie. Pośrednio oznacza to, że Sąd Najwyższy za spełnione uznał przesłanki zastosowania art. 48 ustawy, w tym – przesłankę niezdolności do złożenia wniosku o ustanowienie adwokata.

Po trzecie, zwłaszcza w przypadku rozstrzygnięcia o potrzebie przyjęcia do szpitala psychiatrycznego w tzw. trybie wyłącznie wnioskowym (art. 29) należy rozważyć, czy argumentacja przemawiająca za uwzględnieniem wniosku z powodu np. niezdolności do samodzielnej egzystencji daje się pogodzić z uprzednim nieustanowieniem z urzędu adwokata dla osoby, której postępowanie dotyczy bezpośrednio albo wręcz – z uprzednim oddaleniem złożonego przez tę osobę wniosku o ustanowienie adwokata. Mimo że nie ma pełnej zbieżności między przesłankami obu regulacji, niejednokrotnie może bowiem powstać wrażenie sprzeczności między stanowiskiem sądu o braku potrzeby udzielenia pacjentowi pomocy ze strony profesjonalnego pełnomocnika, a jednocześnie – twierdzeniem o całkowitej nieporadności strony, uzasadniającej przymusową hospitalizację. Taka niespójność argumentacji dostrzeżona została przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 14 czerwca 2005 r. (V CK 746/04).

Po czwarte, nie może budzić żadnych wątpliwości, że wykluczona jest dowolność sądu w ocenie, czy spełnione zostały przesłanki zastosowania art. 48 ustawy. Ta teza jest oczywista, jeśli uwzględnić normatywne ramy działania sądów w systemie prawa. Jednak również analizując art. 48 od strony celowo przyjętego w nim, dopuszczalnego luzu decyzyjnego („sąd może”) należy podkreślić za Sądem Najwyższym, że przydana tym przepisem „możliwość” niejednokrotnie będzie oznaczała „powinność” – obowiązek ustanowienia adwokata, reprezentującego z urzędu osobę dotkniętą zaburzeniami psychicznymi.

W świetle tych uwag uzasadniony wydaje się postulat rozważenia przez Sądy opiekuńcze zmiany dotychczas obserwowanej praktyki bardzo ostrożnego korzystania z uprawnień, jakie w postępowaniu sądowym prowadzonym na tle przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego stwarza unormowanie art. 48 ustawy. Nawiązując do pierwszych zdań tego opracowania warto przypomnieć wyrażoną w preambule myśl o szczególnej wartości dobra osobistego, jakim jest zdrowie psychiczne i o konieczności ochrony praw osób z zaburzeniami psychicznymi. Ochrona ta realizuje się między innymi przez umożliwienie osobom cierpiącym na zaburzenia psychiczne korzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika ustanowionego z urzędu, w razie, gdy w postępowaniu sądowym same nie są w stanie bronić swych praw.

Poczucie bezradności, osamotnienia, a niejednokrotnie także pokrzywdzenia niekorzystnym, zdaniem pacjenta, orzeczeniem nie sprzyja bowiem skuteczności dalszych czynności, które mają być wobec pacjenta podejmowane po umieszczeniu w szpitalu

psychiatrycznym. Przymusowa hospitalizacja nie jest przecież celem samym w sobie, lecz jedynie pewnym etapem w podejmowaniu działań medycznych, zmierzających do poprawy stanu zdrowia psychicznego osoby chorej. Także z punktu widzenia efektywności leczenia cenne wydaje się więc zapewnienie osobie, której postępowanie dotyczy bezpośrednio, możliwości skorzystania – dzięki działaniom profesjonalnego pełnomocnika – z instytucji procesowych pozwalających podnieść okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. W psychiatrii wskazuje się, że akceptacja potrzeby leczenia, odzwierciedlona w wyrażeniu przez pacjenta zgody na umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym, stanowi istotny czynnik zwiększający szansę skuteczności działań medycznych⁸¹. Wydaje się, że w razie braku zgody pacjenta i konieczności hospitalizacji na podstawie orzeczenia sądu, czynnikiem takim może być natomiast świadomość, że mimo skorzystania przez profesjonalnie reprezentowanego pacjenta z dostępnych w postępowaniu sądowym instytucji procesowych, potwierdzona została potrzeba umieszczenia go w szpitalu psychiatrycznym⁸².

5. Wnioski końcowe

Zadania sądów opiekuńczych unormowane przepisami ustawy o ochronie zdrowia psychicznego koncentrują się wokół stwierdzenia lub potwierdzenia potrzeby umieszczenia osoby z zaburzeniami psychicznymi (a najczęściej – osoby chorej psychicznie) w szpitalu psychiatrycznym. W rozstrzyganiu o zasadności przymusowej hospitalizacji, stanowiącej formę ograniczenia swobody osobistej pacjenta, sąd opiekuńczy musi kierować się wyrażonym w preambule celem ochrony praw osób z zaburzeniami psychicznymi.

W sferze wykładni przepisów prawa materialnego dyrektywa ta przemawia za ścisłą interpretacją przesłanek zastosowania lub potwierdzenia podstaw przymusowego umieszczenia pacjenta w szpitalu psychiatrycznym. Natomiast w wykładni przepisów prawa formalnego potrzeba realizacji celu działania ustawy o ochronie zdrowia psychicznego skłania do takiego wykorzystania instytucji procesowych, które w toku postępowania zapewni osobie chorej psychicznie możliwość reprezentowania i obrony swego stanowiska.

⁸¹ Jak pisze S. Dąbrowski (op. cit. s. 26), „Świadoma zgoda ma być również jednym z warunków efektywności postępowania terapeutycznego, chociaż hipoteza ta nie została dotychczas bezspornie udowodniona”. Natomiast M. Balicki (op. cit. s. 47) stwierdza, że „W psychiatrii współczesnej przeważa pogląd, że zgoda na przyjęcie i leczenie jest jednym z warunków postępowania terapeutycznego”.

⁸² Myśl tę formułuję w nawiązaniu do wypowiedzi Sędziego – uczestniczki szkolenia przeprowadzonego w Jastrzębiej Górze w dniach 3-5 września 2007 r., która wskazała, że badania psychiatrów dotyczące efektywności leczenia dowodzą, iż przymusowe formy umieszczenia i leczenia w szpitalu psychiatrycznym, podjętego po przeprowadzeniu postępowania sądowego, w którym pacjent „walczył” o niedokonywanie hospitalizacji, często są bardziej efektywne od dobrowolnego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym, któremu niejednokrotnie nie towarzyszy wytworzenie przez pacjenta odpowiednio silnej refleksji nad swoją sytuacją i motywacji do walki z chorobą.

Zadania sądu opiekuńczego określone w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry² określa liczne zadania sądów opiekuńczych, dotyczące przede wszystkim orzekania w przedmiocie zgody na udział pacjenta w eksperymencie medycznym i na udzielenie pacjentowi określonego świadczenia zdrowotnego. Podjęcie decyzji w kwestii zgody na interwencję leczniczą jest zasadniczo prawem pacjenta, który stosownie do treści art. 19 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej³ ma prawo do „wyrażenia zgody na udzielenie określonych świadczeń zdrowotnych lub ich odmowy, po uzyskaniu odpowiedniej informacji”. Wyjątkowo, w okolicznościach wskazanych w ustawie udzielenie świadczenia zamiast na podstawie zgody pacjenta następuje na podstawie orzeczenia sądu opiekuńczego.

Niestety, mimo dużego znaczenia omawianej sfery zadań sądów, tej tak ważnej społecznie materii nie ujęto w przepisy na tyle precyzyjne, iżby tworzyły jasny, czytelny system działania sądów i lekarzy. Nakładając na sądy opiekuńcze obowiązek decydowania o tym, czy i jakie czynności medyczne mają być podjęte wobec pacjenta, prawodawca zwłaszcza kwestii proceduralnych nie uregulował w sposób zapewniający ukształtowanie się w sądach zbieżnej praktyki stosowania przepisów ustawy. Dlatego warto podjąć analizę unormowań tego aktu prawnego w celu wskazania podstawowych zagadnień, istotnych dla praktyki orzeczniczej sądów opiekuńczych, a w szerszym ujęciu – istotnej dla każdego pacjenta.

Zadania sądów opiekuńczych na tle przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry

1. Przepisy ustawy regulują dwie podstawowe grupy sytuacji, w których czynności podejmuje sąd opiekuńczy. Pierwsza z nich obejmuje przypadki rozstrzyga-

¹ Składam podziękowania Pani SSO Małgorzacie Masiulanis, Sędziemu – Wizytatorowi ds. rodzinnych i nieletnich Sądu Okręgowego w Warszawie za cenne uwagi i życzliwe wsparcie udzielone mi w czasie opracowywania niniejszego artykułu.

² Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2005 r. Nr 226, poz. 1943 ze zm.), powoływana dalej jako ustawa lub przez wskazanie numerów artykułów.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 14, poz. 89.

nia o wyrażeniu lub niewyrażeniu zgody na uczestnictwo pacjenta w eksperymencie medycznym (art. 25) lub na udzielenie mu świadczeń zdrowotnych (art. 32-34). Natomiast druga sfera zadań sądu opiekuńczego wiąże się ze składaniem sądowi zawiadomień o wykonaniu świadczeń bez zgody podmiotu uprawnionego do jej wyrażenia (art. 34 ust. 7 i art. 35 ust. 2 ustawy).

2. Co dotyczy orzekania przez sąd opiekuńczy w przedmiocie zgody na udział pacjenta w eksperymencie medycznym, ustawa przewiduje dwie takie sytuacje:

- gdy osoba, która ma pełną zdolność do czynności prawnych, nie jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie, zgodę na udział tej osoby w eksperymencie leczniczym wyraża sąd opiekuńczy właściwy ze względu na siedzibę podmiotu przeprowadzającego eksperyment (art. 25 ust. 5),
- gdy przedstawiciel ustawowy odmawia zgody na udział chorego w eksperymencie leczniczym, można zwrócić się do sądu opiekuńczego, właściwego ze względu na siedzibę podmiotu przeprowadzającego eksperyment, o wyrażenie zgody (art. 25 ust. 6). Ustawa wprost przewiduje dwie sytuacje, w których oświadczenie w przedmiocie zgody składa przedstawiciel ustawowy osoby małoletniej (art. 25 ust. 2 zd. 2 i osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej (art. 25 ust. 4 zd. 1). Zatem w tych dwu sytuacjach może dojść do odmowy wyrażenia zgody, uzasadniającej wystąpienie z wnioskiem do sądu opiekuńczego.

3. Natomiast liczniejsze są przypadki rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy o tzw. zgodzie zastępczej (w odróżnieniu od tzw. zgody bezpośredniej pacjenta) na udzielenie świadczeń zdrowotnych. Sytuacje te zostały uregulowane w przepisach rozdziału 5 ustawy, zatytułowanego „Zasady wykonywania zawodu lekarza”. Obejmują one stany, w których:

- zachodzi potrzeba przeprowadzenia badania lub udzielenia innych świadczeń zdrowotnych, a pacjent małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody nie ma przedstawiciela ustawowego⁴ lub porozumienie się z tym przedstawicielem jest niemożliwe (art. 32 ust. 1 i 2 ustawy),
- małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznaniem, sprzeciwia się czynnościom medycznym (art. 32 ust. 6 ustawy); zgoda sądu opiekuńczego wymagana jest tu poza zgodą przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego pacjenta albo w przypadku niewyrażenia przez

⁴ M. Świdarska, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 53, wskazuje, że sytuacja braku przedstawiciela ustawowego („pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego”) ma miejsce także w przypadku, w którym kurator osoby ubezwłasnowolnionej częściowo nie został przez sąd opiekuńczy uprawniony do reprezentacji tej osoby. Nie jest bowiem wtedy przedstawicielem ustawowym pacjenta ubezwłasnowolnionego częściowo.

nich zgody na czynność medyczną⁵. Oznacza to, że sąd opiekuńczy może orzekać w sytuacji „kolizji oświadczeń” pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego (gdy pacjent odmawia zgody, a przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę) albo w przypadku niejako „podwójnej odmowy”, czyli niewyrażenia zgody przez pacjenta i przez przedstawiciela ustawowego,

- pacjent małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody nie ma przedstawiciela ustawowego ani opiekuna faktycznego albo porozumienie się z tymi osobami jest niemożliwe (art. 32 ust. 8 ustawy). W tym przypadku, jeśli nic innego nie wynika z przepisów ustawy, lekarz po przeprowadzeniu badania może przystąpić do udzielania dalszych świadczeń zdrowotnych dopiero po uzyskaniu zgody sądu opiekuńczego,
- pacjent małoletni, ubezwłasnowolniony bądź niezdolny do świadomego wyrażenia pisemnej zgody nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe, a zachodzi potrzeba wykonania zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ust. 1 i 3 ustawy),
- małoletni, który ukończył 16 lat, osoba ubezwłasnowolniona albo pacjent chory psychicznie lub upośledzony umysłowo, lecz dysponujący dostatecznym rozeznananiem, sprzeciwia się czynnościom medycznym, a zachodzi potrzeba wykonania zabiegu operacyjnego lub zastosowania metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta (art. 34 ust. 5 ustawy),
- przedstawiciel ustawowy pacjenta małoletniego, ubezwłasnowolnionego bądź niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody nie zgadza się na wykonanie przez lekarza zabiegu operacyjnego albo zastosowanie metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta, a jednocześnie czynności te są niezbędne dla usunięcia niebezpieczeństwa utraty przez pacjenta życia lub ciężkiego uszkodzenia ciała bądź ciężkiego rozstroju zdrowia (art. 34 ust. 1 i 6 ustawy).

4. W drugiej grupie zadań sądu opiekuńczego, związanej z ciążącymi na lekarzach obowiązkami informacyjnymi, ustawa przewiduje dwa przypadki takich czynności.

Po pierwsze, art. 34 ust. 7 ustawy stanowi o istnieniu po stronie lekarza obowiązku niezwłocznego zawiadomienia (w braku innych uprawnionych osób, wymienionych w art. 34 ust. 7 zd. 3) sądu opiekuńczego o wykonaniu bez wymaganej zgody zabiegu operacyjnego lub zastosowaniu metody leczenia lub diagnostyki stwarzającej podwyższone ryzyko dla pacjenta w sytuacjach uregulowanych

⁵ Podnosi się – choć wykracza to poza zakres działań sądu opiekuńczego wynikający wprost z wykładni art. 32-34 – że kontroli tego sądu powinny być poddane wszystkie przypadki odmowy zgody przedstawiciela ustawowego na udzielenie pomocy medycznej osobie, którą reprezentuje. Temu stanowisku towarzyszy założenie, że „Sąd opiekuńczy powinien mieć możliwość skontrolowania zawsze, ilekroć rodzi się podejrzenie co do tego, czy przedstawiciel ustawowy działa zgodnie z interesem podopiecznego – taka zaś wątpliwość powstaje, gdy lekarz widzi potrzebę interwencji, zaś przedstawiciel ustawowy zgody na to nie daje” (tak: T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, Prawo i Medycyna 2000, Nr 6-7, s. 92).

w art. 34 ust. 3 i 6 ustawy w razie, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Temu obowiązkowi lekarza odpowiada czynność sądu w postaci przyjęcia wspomnianego zawiadomienia. Na podstawie odesłania zawartego w art. 32 ust. 9, obowiązek zawiadomienia może także dotyczyć świadczeń, określonych w art. 32 ust. 1.

Po drugie, obowiązek poinformowania sądu opiekuńczego (a po stronie sądu – odpowiednio: przyjęcia zawiadomienia) może powstać w sytuacji uregulowanej w art. 35 ustawy, określanej mianem wyjątku terapeutycznego. Stosownie do treści ust. 1 zd. 1 tego artykułu, „jeżeli w trakcie wykonywania zabiegu operacyjnego albo stosowania metody leczniczej lub diagnostycznej wystąpią okoliczności, których nieuwzględnienie groziłoby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkim uszkodzeniem ciała lub ciężkim rozstrojem zdrowia, a nie ma możliwości niezwłocznie uzyskać zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego, lekarz ma prawo, bez uzyskania tej zgody, zmienić zakres zabiegu bądź metody leczenia lub diagnostyki w sposób umożliwiający uwzględnienie tych okoliczności”. O okolicznościach tych lekarz, zgodnie z treścią art. 35 ust. 2 ustawy, dokonuje odpowiedniej adnotacji w dokumentacji medycznej oraz informuje pacjenta, przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego albo sąd opiekuńczy.

Zgoda sądu opiekuńczego na udział pacjenta w eksperymencie medycznym

1. Z punktu widzenia zadań sądów opiekuńczych unormowanie kwestii eksperymentów medycznych rodzi trzy podstawowe wątpliwości.

Pierwsza z nich nasuwa się w związku z wykładnią art. 25 ust. 5, 6 i 8 ustawy i dotyczy konstytucyjności tych przepisów. Stosownie do treści art. 39 Konstytucji, „Nikt nie może być poddany eksperymentom naukowym, w tym medycznym, bez dobrowolnie wyrażonej zgody”. Odwołanie do „dobrowolnie wyrażonej zgody” dotyczy co do zasady zgody osoby, która ma wziąć udział w eksperymencie („poddanej eksperymentowi”)⁶. Powstaje zatem pytanie, jak to wynikające z art. 39 Kon-

⁶ M. Nesterowicz (*Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 199) wskazuje, że „W świetle powyższej normy konstytucyjnej można mieć wątpliwości, czy eksperyment badawczy na dzieciach czy osobach ubezwłasnowolnionych jest dopuszczalny nawet za zezwoleniem sądu”. W dalszych słowach tej wypowiedzi zaznacza natomiast, że „Odrzucenie takiej możliwości byłoby jednak zbyt kategoryczne. Bez eksperymentów na dzieciach nie byłoby bowiem postępu w leczeniu”. Natomiast M. Safjan (*Prawo i medycyna*, Warszawa 1998, s. 195) stwierdza (wprost w odniesieniu do art. 25 ust. 2, lecz z szerszej ujętego wywodu należy wnosić, że także w odniesieniu do innych przypadków zgody substytucyjnej przedstawiciela ustawowego lub sądu opiekuńczego na uczestnictwo pacjenta w eksperymencie leczniczym), iż „Jak się wydaje, rozwiązanie to nie pozostaje w sprzeczności z brzmieniem art. 39 nowej Konstytucji, który wymaga dobrowolnie wyrażonej zgody po stronie każdego uczestnika eksperymentu. Należy bowiem wyrazić pogląd, że konstytucyjne pojęcie „dobrowolnie wyrażona zgoda” obejmuje również przewidywane ustawowo różne postacie zgody substytucyjnej”.

stytucji wymaganie pogodzić z wyrażaniem zgody przez sądy opiekuńcze, w odniesieniu do których postulat „dobrowolności” z różnych przyczyn wydaje się bezprzedmiotowy⁷. Najpoważniejsze wątpliwości budzi w tej materii art. 25 ust. 8, dopuszczający przeprowadzenie eksperymentu bez wymaganej zgody w przypadkach niecierpiących zwłoki i ze względu na bezpośrednie zagrożenie życia⁸. Choć w treści tego przepisu nie zawarto wprost żadnego odesłania do czynności sądów opiekuńczych, należy podzielić ten kierunek wykładni, który dostrzega tu pole dla czynności sądów. Otóż podnosi się⁹, że wobec braku bliższej regulacji zachowania się organizatora eksperymentu w sytuacji unormowanej w art. 25 ust. 8, analogiczne zastosowanie powinien znaleźć przepis art. 34 ust. 7, normujący – w opisanej tam sytuacji – wymaganie zawiadomienia sądu opiekuńczego o wykonanym świadczeniu medycznym.

W związku z możliwością nadsyłania sądom takich zawiadomień należy więc zauważyć, że postulowana jest wąska wykładnia art. 25 ust. 8, prowadząca do ograniczenia jego stosowania. Uznaje się w szczególności, że – skoro mowa o przypadkach niecierpiących zwłoki i o bezpośrednim zagrożeniu życia – możliwość przeprowadzenia eksperymentu bez zgody dotyczy tylko eksperymentów leczniczych, natomiast nie dotyczy eksperymentów badawczych¹⁰. Ponadto, użytym w przepisie sformułowaniem „uzyskanie zgody (...) nie jest konieczne”, nie obejmuje się przypadków odmowy wyrażenia zgody, ale co najwyżej – nie wypowiedzenia się w przedmiocie zgody, tzn. nie złożenia jakiegokolwiek oświadczenia¹¹.

⁷ Kwestia jest sporna i niewątpliwie powinna być rozważona z uwzględnieniem nie tylko wyników wykładni językowej; szersze wywody na ten temat przedstawia M. Świdarska (op. cit., s. 310 i nast.), która stwierdza m. in., że „(...) rozwiązanie przyjęte w art. 25 ust. 2 nie pozostaje w sprzeczności z art. 39 Konstytucji, gdyż wymagana tam »dobrowolnie wyrażona zgoda uczestnika eksperymentu« obejmuje też zgodę substytucyjną dopuszczoną wyraźnie przepisem prawa”.

⁸ B. Iwańska (*Warunki prawne dopuszczalności przeprowadzenia eksperymentów medycznych*, Państwo i Prawo 2000, nr 2, s. 79) stwierdza wręcz, że skoro art. 25 ust. 8 pozwala na przeprowadzenie eksperymentu bez wymaganej zgody, a wymaganie to, stawiane we wcześniejszych ustępach art. 25 dotyczy każdego rodzaju eksperymentów (także badawczych), przepis ten jest niezgodny z Konstytucją. Takie samo zapatrywanie przedstawia M. Nesterowicz, (*Prawo medyczne*, Toruń 2007, s. 198) stwierdzając, że „W świetle powyższej normy konstytucyjnej można mieć wątpliwości, czy eksperyment badawczy na dzieciach czy osobach ubezwłasnowolnionych jest dopuszczalny nawet za zezwoleniem sądu”. Natomiast M. Safjan (op. cit., s. 196) za sporną uznaje wprawdzie kwestię „stosunku tego przepisu do art. 39 Konstytucji, który nie przewiduje wyjątku od przesłanki wyrażenia zgody na eksperyment”, lecz jednocześnie zastrzega, że „Uzasadnieniem interwencji jest jednak cel terapeutyczny w warunkach bezpośredniego zagrożenia życia”. Z przytoczonej wypowiedzi można zatem wnosić, że zdaniem tego Autora art. 25 ust. 8 nie jest niezgodny z Konstytucją. Kwestię konstytucyjności art. 25 ust. 6 podejmuje także M. Świdarska, op. cit., s. 311.

⁹ B. Iwańska, op. cit., s. 81.

¹⁰ B. Iwańska, op. cit., s. 79-80, M. Świdarska, op. cit., s. 311, M. Safjan, op. cit., s. 196.

¹¹ Tak również M. Świdarska, op. cit., s. 311, M. Safjan, op. cit., s. 196. Pytanie o sposób rozumienia tego wyrażenia i objęcie nim również przypadku, „gdy pacjent odmawia wyrażenia zgody”, postawiła B. Iwańska (op. cit., s. 80). Niezupełnie zrozumiałe jest jednak wyróżnienie przez Autorkę w kolejnym akapicie sytuacji, „gdy pacjent świadomie odmawia zgody” (s. 80), z którego można byłoby pośrednio wnosić, że jakieś skutki prawne mogą być wywodzone z odmowy zgody, wyrażonej bez świadomości. Wydaje się, że

Wprawdzie wyraźne stwierdzenie przez osobę, która ma być poddana eksperymentowi, że nie wyraża na to zgody, także stwarza stan „nie uzyskania zgody”, nie powinno jednak budzić wątpliwości, iż przeprowadzenie eksperymentu z udziałem osoby, która się temu sprzeciwia, jest w ogóle wykluczone¹².

Warto wspomnieć, że już dziesięć lat temu zgłoszony został postulat wystąpienia o zbadanie konstytucyjności omawianych wyżej przepisów art. 25 ustawy. Wystąpienie takie nie miało jeszcze miejsca, toteż przepisy te stosowane są nadal, obejmuje je bowiem, jak się nieścisłe podnosi, działanie „domniemania konstytucyjności”. Jednak z uwagi na możliwe konsekwencje późniejszego uznania przepisów za niezgodne z Konstytucją, a przede wszystkim – z uwagi na potrzebę uniknięcia w orzecznictwie niepewności co do podstawy prawnej postanowienia o zgodzie na udział w eksperymencie medycznym, ten zgłoszony przed dekadą postulat wydaje się nadal aktualny.

2. Druga z sygnalizowanych wcześniej wątpliwości dotyczy określenia, w których przypadkach sąd opiekuńczy jest uprawniony do orzekania w przedmiocie zgody na uczestnictwo osoby w eksperymencie medycznym. Wcześniej wspomniano już, że w przepisach ustawy wyróżniane są dwa rodzaje eksperymentów medycznych: eksperymenty lecznicze (terapeutyczne¹³, kliniczne¹⁴) i eksperymenty badawcze (poznawcze¹⁵). Eksperyment leczniczy polega na wprowadzeniu przez lekarza nowych lub tylko częściowo wypróbowanych metod diagnostycznych, leczniczych lub profilaktycznych w celu osiągnięcia bezpośredniej korzyści dla zdrowia osoby leczonej (art. 21 ust. 2 zd. 1 ustawy). Eksperyment taki może być przy tym przeprowadzony, „jeżeli dotychczas stosowane metody medyczne nie są skuteczne lub jeżeli ich skuteczność nie jest wystarczająca” (art. 21 ust. 2 zd. 2 ustawy). Natomiast eksperyment badawczy „ma na celu przede wszystkim rozszerzenie wiedzy medycznej. Może być on przeprowadzany zarówno na osobach chorych, jak i zdrowych. Przeprowadzenie eksperymentu badawczego jest dopuszczalne wówczas, gdy uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu” (art. 21 ust. 3)¹⁶.

jeśli odmowa zgody była dotknięta nieważnością z powodu braku świadomości (jak należy mniemać, o takim przypadku pisała Autorka), w ocenie prawnej należy przyjąć, że żadne (w znaczeniu – żadne wywołujące skutki prawne) oświadczenie woli nie zostało złożone.

¹² Podzielał w tej kwestii stanowisko B. Iwańskiej (op. cit., s. 80). W przepisach art. 21 i nast. nie jest przewidywana możliwość „przełamania” prawnie relewantnej odmowy zgody na udział w eksperymencie medycznym osoby, która miałaby mu być poddana.

¹³ M. Świdarska, op. cit. s. 311.

¹⁴ M. Nesterowicz, op. cit., s. 195.

¹⁵ M. Świdarska, op. cit., s. 305.

¹⁶ O wątpliwościach dotyczących stosowania przepisów o eksperymencie badawczym – A. Zoll, op. cit., s. 30 i nast..

Podział eksperymentów medycznych na lecznicze i badawcze jest zupełny (dychotomiczny w obrębie pojęcia „eksperyment medyczny”), jednak cechy eksperymentów obu typów przenikają się: eksperyment leczniczy może mieć również znaczenie badawcze, a eksperyment badawczy – także znaczenie lecznicze. Widoczne jest to zwłaszcza w przypadku eksperymentu badawczego z udziałem małoletnich, w którym spodziewane korzyści związane z udziałem w eksperymencie nie tylko mogą (jak w przypadku innych eksperymentów badawczych), ale muszą mieć jednocześnie „bezpośrednie znaczenie dla zdrowia małoletniego” (art. 25 ust. 3)¹⁷. Sytuacja „przenikania się” cech eksperymentów medycznych niejednokrotnie utrudnia ocenę, którego typu eksperyment ma być przeprowadzony. W razie powstania takich trudności pomocne wydaje się wskazanie, że w tej ocenie decydującą rolę odgrywa podstawowy cel eksperymentu¹⁸.

Z punktu widzenia zadań sądów opiekuńczych zbadanie charakteru prawnego eksperymentu medycznego ma fundamentalne znaczenie, ponieważ – jak można wnosić z treści niejasno sformułowanych przepisów ustawy – rozstrzyganie przez sądy opiekuńcze w przedmiocie zgody na uczestnictwo w eksperymencie dotyczy jedynie eksperymentów leczniczych, nie dotyczy zaś eksperymentów badawczych¹⁹. Za takim wnioskiem przemawia treść art. 25 ust. 5 i 6, w których mowa o zgodzie na udział w eksperymencie leczniczym, a nie w eksperymencie medycznym²⁰. Nie można jednak pominąć, że w pewnej sprzeczności z wynikami wykładni językowej tych przepisów pozostaje treść art. 25 ust. 7, wywołując wątpliwości co do katalogu sytuacji, w których sądy opiekuńcze są uprawnione do orzekania w przedmiocie zgody na uczestnictwo w eksperymencie. Powołany ostatnio przepis stanowi, że „Z wnioskiem o udzielenie zgody na uczestnictwo w eksperymencie medycznym osoby, o której mowa w ust. 2-5, może wystąpić podmiot przeprowadzający eksperyment do sądu opiekuńczego właściwego ze względu na siedzibę tego podmiotu”.

Zestawienie tej regulacji z poprzedzającymi ją unormowaniami skłania do postawienia pytania o zakres działania art. 25 ust. 7, a przede wszystkim o to, czy stwarza on samodzielną podstawę zwracania się do sądu opiekuńczego o udzielenie zgody na uczestnictwo w eksperymentach medycznych (a więc nie tylko leczniczych) każdej z osób, o których mowa w ust. 2-5. Ponieważ w powołanych ostatnio przepisach mowa o udziale małoletniego w eksperymencie medycznym (ust. 2), całkowicie ubezwłasnowolnionego w eksperymencie leczniczym (ust. 4) i osoby o pełnej zdolności do czynności prawnych, która nie jest w stanie z roze-

¹⁷ B. Iwańska, op. cit., s. 74.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Tak również M. Safjan, op. cit., s. 194.

²⁰ Wprawdzie w art. 25 ust. 5 użyty jest również zwrot „uczestnictwo w eksperymencie”, jednak niedoprecyzowanie, o którym z eksperymentów medycznych mowa, wynikało zapewne z przyczyn redakcyjnych: chęci uniknięcia dwukrotnego wskazywania, że przepis dotyczy eksperymentu leczniczego. W dalszych słowach tego unormowania precyzyjnie wskazano już, że zgodę na udział osoby „w eksperymencie leczniczym wyraża sąd opiekuńczy (...)”.

znaniem wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie, ostatecznie „wniosek o udzielenie zgody” (art. 25 ust. 7) mógłby kolejno dotyczyć zgody małoletniego, który ukończył 16 lat lub nie ukończył 16 lat i jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie oraz jego przedstawiciela ustawowego (ust. 2), zgody osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej, jeśli jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie i jej przedstawiciela ustawowego (ust. 4), a także zgody na udział w eksperymencie leczniczym osoby o pełnej zdolności do czynności prawnych w sytuacji opisanej w ust. 5²¹. Ten kierunek wykładni wydaje się także wspierać użycie w art. 25 ust. 7 zwrotu „uczestnictwo w eksperymencie medycznym”, z którego można byłoby wnosić, że sąd opiekuńczy orzeka w przedmiocie zgody na udział w eksperymentach obu typów (leczniczych i badawczych), objętych łącznie nazwą eksperymentu medycznego²².

Pojawienie się tyłu wątpliwości interpretacyjnych wynika z niedoskonałej legislacji, której nie można usprawiedliwić, zważywszy na znaczenie przepisów art. 25, regulujących podstawową dla legalności doświadczeń kwestię zgody na uczestnictwo w eksperymencie. Zwłaszcza w sprawie zgody wyrażanej „zastępczo” przez sąd opiekuńczy, unormowania powinny być całkowicie jasne, jest to bowiem sytuacja wyjątkowa na tle fundamentalnej zasady wyrażania zgody przez osobę, która ma być poddana eksperymentowi.

Analiza poruszanej tu kwestii skłania do zaproponowania stanowiska, stosownie do którego sąd opiekuńczy może orzec o udzieleniu zgody na uczestnictwo podmiotu prawa w eksperymencie jedynie w przypadku przeprowadzania eksperymentu leczniczego (nie zaś – badawczego), a ponadto tylko na podstawie dwu unormowań – art. 25 ust. 5 i 6. Co dotyczy ust. 6, przepis ten stanowi o odmowie zgody, wyrażonej przez przedstawiciela ustawowego. Jest oczywiste, że odmowa taka może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy w świetle przepisów ustawy przedstawiciel ustawy w ogóle jest uprawniony do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody, czyli w stanach faktycznych objętych działaniem art. 25 ust. 2 zd. 1 i ust. 4 zd. 1. W konsekwencji należy przyjąć, że w zakresie działania ust. 6 możliwość wystąpienia do sądu opiekuńczego odnosi się do sytuacji, w których przedstawiciel ustawy małoletniego odmówił zgody na udział małoletniego w eksperymencie leczniczym (art. 25 ust. 2 zd. 1) lub przedstawiciel ustawy osoby całkowicie ubezwłasnowolnionej odmówił zgody na jej uczestnictwo w eksperymencie leczniczym (art. 25 ust. 4 zd. 1)²³. Sąd opiekuńczy orzeka (niejako „kontrolując” odmowę

²¹ Kolejna niespójność wiąże się z tym, że odesłanie dotyczy ust. 2 i 4, podczas gdy „realnie” mogłoby się ono odnosić jedynie do ust. 2 i 4, gdyż ust. 3 w ogóle nie dotyczy wyrażania zgody na uczestnictwo w eksperymencie, lecz normuje szczególne wymagania eksperymentów badawczych z udziałem małoletnich.

²² Z zastrzeżeniem, że w odniesieniu do osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie dopuszczalny jest jedynie udział w eksperymencie leczniczym.

²³ Także M. Świdarska (op. cit., s. 306) stwierdza, że „W przypadku eksperymentu badawczego sprzeciw rodziców jest wiążący i nie może zostać zmieniony przez orzeczenie sądu opiekuńczego (art. 25 ust. 6 *a contrario*)”.

zgody przedstawiciela ustawowego) zarówno w przypadkach, w których do przeprowadzenia eksperymentu z udziałem małoletniego lub ubezwłasnowolnionego całkowicie potrzebna jest jedynie zgoda przedstawiciela ustawowego, jak i w przypadkach wymagających tzw. zgody podwójnej – przedstawiciela ustawowego i reprezentowanej przezeń osoby, poddawanej eksperymentowi (art. 25 ust. 2 zd. 2 i ust. 4 zd. 2). W ostatniej z podanych sytuacji sąd orzeka z uwagi na „kolizję oświadczeń” podmiotów uprawnionych do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody (czyli wyrażenia zgody lub jej odmowy).

Podkreślenia wymaga, że w świetle przepisów ustawy w obszarze czynności orzeczniczych sądów opiekuńczych pozostaje, jak można wnosić, tylko jeden wariant tej kolizji, zachodzący w razie wyrażenia zgody przez osobę reprezentowaną i odmowy zgody przez jej przedstawiciela ustawowego. Natomiast przepisy nie przewidują możliwości rozstrzygnięcia przez sąd niejako „odwrotnej” wersji kolizji, w której przedstawiciel ustawy wyrażałby zgodę, natomiast odmawiałby jej małoletni lub ubezwłasnowolniony całkowicie. W takiej sytuacji sąd opiekuńczy nie jest więc uprawniony do rozstrzygnięcia w przedmiocie zgody²⁴.

Rozszerzając nieco pole analizy należy zauważyć, że ustawa w ogóle nie dopuszcza „przełamania” odmowy zgody, wyrażonej przez osobę, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu²⁵. Jeśli taki podmiot jest w świetle przepisów art. 25 uprawniony do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody na udział w doświadczeniu i zgody takiej odmówi, przeprowadzenie eksperymentu z jego udziałem będzie niedopuszczalne²⁶. Stanowisko to nie koliduje z treścią art. 25 ust. 5, czyli z drugą podstawą orzekania przez sąd opiekuńczy o zgodzie na uczestnictwo w eksperymencie. Powołana regulacja dotyczy bowiem przypadku, w którym osoba „nie jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie”, tzn. nie może ani prawnie skutecznie wyrazić zgody, ani odmówić jej udzielenia. W tej sytuacji ustawodawca dopuścił możliwość rozstrzygnięcia przez sąd opiekuńczy o udziale w eksperymencie leczniczym, uwzględniając charakter tego eksperymentu, stanowiącego niejednokrotnie swoistą ostateczną potrzebę (*ultima ratio*) w leczeniu pacjenta, wobec którego inne, sprawdzone metody terapii nie są skuteczne.

²⁴ Zachodzi wątpliwość, czy oddalony, czy odrzucony powinien być wniosek w tych przypadkach, w których z wykładni przepisów ustawy wynika, że brak podstawy prawnej do zgłoszenia żądania w przedmiocie wyrażenia zgody na udział w eksperymencie (np. w razie wniosku o zgodę na udział w eksperymencie badawczym). Wydaje się, że w takim przypadku sąd powinien wniosek oddalić (z uwagi na brak uprawnienia strony do skutecznego żądania udzielenia zgody), nie zaś odrzucić (z powołaniem się na niedopuszczalność jego wniesienia).

²⁵ Tak M. Safjan, op. cit., s. 194.

²⁶ W przypadkach, w których nie można w żaden racjonalny sposób wyjaśnić odmowy poddania się eksperymentowi, może natomiast powstać pytanie, czy pacjent jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć swoją opinię w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie. Jeśli z oceny zachowania pacjenta wynika, że brak mu wspomnianego rozeznania, zachodziłyby podstawy do podjęcia działań, o których mowa w art. 25 ust. 2, 4 i 5.

Wracając do sprawy wykładni art. 25 ust. 7 i można zatem, moim zdaniem, wyrazić zapatrywanie, że przepis ten nie stwarza samodzielnej, wykraczającej poza ust. 5 i 6 podstawy do występowania z wnioskiem o wyrażenie zgody przez sąd opiekuńczy²⁷. Powołanie się na to unormowanie nie uprawnia zatem do skutecznego zainicjowania postępowania w przedmiocie odmowy przez przedstawiciela ustawowego zgody na udział małoletniego w eksperymencie badawczym oraz odmowy zgody małoletniego lub ubezwłasnowolnionego całkowicie w tych przypadkach, w których ich zgoda jest konieczna do przeprowadzenia eksperymentu (ust. 2 zd. 2 i ust. 4 zd. 2).

Próbując umiejscowić art. 25 ust. 7 wśród przepisów określających zadania sądów opiekuńczych, można wyrazić ostrożny pogląd, stosownie do którego przepis ten ma charakter „proceduralny”: określa rodzaj pisma procesowego, z którym należy wystąpić do sądu, wskazuje na uprawnienie podmiotu przeprowadzającego eksperyment do zainicjowania postępowania w przedmiocie zgody oraz ustala właściwość miejscową sądu opiekuńczego w sprawie rozpoznania wniosku. Moim zdaniem, z samego odwołania się w art. 25 ust. 7 do „udzielenia zgody na uczestnictwo w eksperymencie medycznym osoby, o której mowa w ust. 2-5” nie wynika natomiast przyznanie sądom opiekuńczym kolejnych kompetencji do orzekania o zgodzie w sytuacjach wykraczających poza przypadki wyraźnie unormowane w ust. 5 i 6. Przepisy regulujące wyrażanie zgody „zastępczo” przez sąd, nie zaś osobę, uczestniczącą w eksperymencie oraz dopuszczające „weryfikację” odmowy zgody przedstawicieli ustawowych osób małoletnich i całkowicie ubezwłasnowolnionych, powinny być poddawane wąskiej wykładni. Ta z kolei przemawia za przywiązaniem dużej wagi do różnicy materii regulowanej w omawianych przepisach: w ust. 5 i 6 przedmiotem regulacji jest określenie, kto rozstrzyga o wyrażeniu zgody w opisanych tam sytuacjach. Natomiast w ust. 7 kwestia udzielenia zgody pojawia się tylko jako doprecyzowanie sytuacji, w której z wnioskiem do sądu opiekuńczego właściwego ze względu na siedzibę tego podmiotu może wystąpić podmiot przeprowadzający eksperyment.

Na marginesie zauważyć trzeba, że sądy opiekuńcze w jeszcze jednym przypadku pośrednio decydują o uczestnictwie osoby w eksperymencie medycznym – rozstrzygając wniosek o udzielenie zezwolenia na wyrażenie przez przedstawiciela ustawowego osoby ubezwłasnowolnionej zgody na udział tej osoby w eksperymencie leczniczym (udział w eksperymencie badawczym jest zakazany – art. 26 ust. 3). Wyrażenie przez przedstawiciela ustawowego zgody należy bowiem uznać za „ważniejszą sprawę, która dotyczy osoby” ubezwłasnowolnionego całkowicie (art. 156 w zw. z art. 175 k.r.o.)²⁸. Wprawdzie sąd nie wyraża w tej sytuacji bezpośrednio zgo-

²⁷ Tak również M. Safjan, op. cit., s. 196.

²⁸ Powstaje także zagadnienie udziału w eksperymencie medycznym osoby ubezwłasnowolnionej częściowo. Jeśli uznać, że udział taki jest dopuszczalny po wyrażeniu zgody przez kuratora tej osoby, uprawnionego do jej reprezentacji, podstawą prawną rozstrzygnięcia sądu o zezwoleniu na wyrażenie przez kura-

dy na udział w eksperymencie, a jedynie udziela „zgody na zgodę” (a ściślej – „zezwolenia na zgodę”²⁹) przedstawiciela ustawowego, jednak rozstrzygając wniosek musi zbadać okoliczności zbieżne z tymi, które oceniane są w związku z działaniem art. 25 ust. 5 i 6³⁰. Stosowne zezwolenie sądu opiekuńczego jest także niezbędne do wyrażenia zgody na udział w eksperymencie przez rodziców małoletniego, ubezwłasnowolnionego całkowicie, ponieważ zgodnie z treścią art. 108 k.r.o., rodzice, którzy wykonywają władzę rodzicielską nad dzieckiem ubezwłasnowolnionym całkowicie, podlegają takim ograniczeniom, jakim podlega opiekun.

3. Trzecia wątpliwość, powstająca w związku z wykładnią przepisów normujących przeprowadzanie eksperymentów medycznych, dotyczy fundamentalnej, a nierozstrzygniętej przez ustawodawcę kwestii możliwego do zaakceptowania ryzyka niepowodzenia eksperymentu leczniczego. Znaczenie tego zagadnienia ujawnia się zwłaszcza wtedy, kiedy eksperyment kończy się niepomyślnie, a pacjent, jego rodzina, a niejednokrotnie także opinia publiczna stawiają pytanie o dopuszczalność przeprowadzenia doświadczenia, obarczonego dużym ryzykiem braku pozytywnych rezultatów lub wręcz zaistnienia nowych, negatywnych skutków po stronie osoby poddawanej eksperymentowi.

Sprecyzowanie stopnia ryzyka byłoby istotne przede wszystkim dla organizatora eksperymentu, pozwalałoby mu bowiem oszacować, czy planowany eksperyment jest w ogóle dopuszczalny. Jednak pośrednio odgrywałoby ono także dużą rolę w wykonywaniu zadań przez sądy opiekuńcze, wykluczając występowanie z wnioskiem o wyrażenie zgody w tych wszystkich przypadkach, w których z uwa-

tora zgody na udział osoby ubezwłasnowolnionej w eksperymencie leczniczym jest art. 156 w zw. z art. 178 § 2 w zw. z art. 181 § 1 k.r.o. (z treści art. 26 ust. 3 wynika niedopuszczalność udziału osób ubezwłasnowolnionych w eksperymentach badawczych). O zgodzie takiej osoby na udział w eksperymencie medycznym bliżej M. Świdarska, op. cit., s. 308. Moim zdaniem (szerzej uargumentowanym w opracowaniu pt. *„Zgoda na uczestnictwo w eksperymencie medycznym osoby ubezwłasnowolnionej częściowo”*, złożonym do druku w Nr 49 pisma Studia Iuridica) oświadczenie o zgodzie na udział w eksperymencie leczniczym składa jedynie osoba ubezwłasnowolniona częściowo. Uprawnienia do wypowiedzania się w tym przedmiocie nie ma kurator, nawet jeśli przydane mu zostały kompetencje przedstawiciela ustawowego.

²⁹ Jak się wydaje, z uwzględnieniem odróżnienia „zezwolenia” sądu opiekuńczego na wyrażenie zgody na uczestnictwo osoby reprezentowanej w eksperymencie od samej zgody przedstawiciela ustawowego na udział tej osoby w eksperymencie, należy odczytywać wypowiedź M. Nesterowicza (op. cit., s. 198), że „Przeprowadzenie eksperymentu leczniczego na osobach małoletnich wymaga zgody rodziców, a gdy chodzi o osoby małoletnie, pozostające pod opieką i osoby ubezwłasnowolnione – zezwolenia sądu opiekuńczego”; podobnie, w odniesieniu do zezwolenia na udział osoby małoletniej poniżej lat 16 w eksperymencie badawczym.

³⁰ Powstaje pytanie, jak ocenić sytuację, w której sąd opiekuńczy udzieli zezwolenia na wyrażenie przez opiekuna osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie zgody na udział tej osoby w eksperymencie leczniczym, natomiast sam uczestnik eksperymentu odmówi zgody na swe uczestnictwo w eksperymencie. Problem ten powstaje jednak jedynie w razie przyjęcia, że odmowa zgody uczestnika eksperymentu może być „przełamana” postanowieniem sądu opiekuńczego (jak się wydaje, nie wyklucza tego M. Świdarska, op. cit., s. 307, która stawia pytanie o to, „(...) czy orzeczenie sądu może przełamać ewentualny sprzeciw pacjenta?”). W razie uznania, że nie można przeprowadzić eksperymentu w przypadku sprzeciwu osoby, która miałaby w nim uczestniczyć, zagadnienie to w ogóle nie powstaje.

gi na nadmierne ryzyko przeprowadzenie doświadczenia byłoby niedopuszczalne. Natomiast w odniesieniu do pozostałych, dopuszczalnych eksperymentów określenie stopnia ryzyka mogłoby być wskazówką w ocenie, czy zachodzą podstawy do uwzględnienia takiego wniosku.

Zagadnienie to pojawia się z całą ostrością, jeśli podzielić wcześniejszą konkluzję, stosownie do której sąd opiekuńczy orzeka o zgodzie jedynie w dwu przypadkach przeprowadzania eksperymentów leczniczych (art. 25 ust. 5 i 6). Ryzyko eksperymentu zostało bowiem sprecyzowane jedynie w odniesieniu do eksperymentu badawczego, który jest dopuszczalny, jeśli uczestnictwo w nim nie jest związane z ryzykiem albo też ryzyko jest niewielkie i nie pozostaje w dysproporcji do możliwych pozytywnych rezultatów takiego eksperymentu (art. 21 ust. 3)³¹. Natomiast wskazanie dopuszczalnego ryzyka zostało pominięte w „ramowym” pojęciu eksperymentu medycznego i w definicji eksperymentu leczniczego (art. 21 ust. 2 zd. 1 i 2). W konsekwencji rozstrzygając wniosek o wyrażenie zgody na udział w tym eksperymencie sąd opiekuńczy nie ma precyzyjnej wskazówki w sprawie tego, jaką zależność między ryzykiem przeprowadzenia i nieprzeprowadzenia doświadczenia z udziałem pacjenta może zaaprobować. Trudno oprzeć się wrażeniu, że ustawodawca ciężar decyzji w tej wyjątkowo skomplikowanej kwestii „przerzucił” na organizatora eksperymentu, a w zakresie sytuacji uregulowanych w art. 25 ust. 5 i 6 – na sądy opiekuńcze.

W sytuacji orzekania przez sąd o uczestnictwie danej osoby w doświadczeniu warto dostrzec pewną zbieżność z sytuacją podejmowania przez samą tę osobę decyzji o poddaniu się eksperymentowi. Rozstrzygając o zgodzie sąd powinien zatem dysponować co najmniej takimi informacjami, jakie byłyby udzielone uczestnikowi doświadczenia przed podjęciem tej decyzji. Jest to swoiste minimum, nie da się bowiem odtworzyć tych przeżyć, motywacji, nadziei, które z uczestnictwem w eksperymencie leczniczym wiązałby sam pacjent i które wpływałyby na zajęte przez niego stanowisko o udziale w doświadczeniu. Skoro więc stosownie do treści art. 24 ust. 1 osoba, która ma być poddana eksperymentowi medycznemu, jest uprzednio informowana m.in. o ryzyku, podobna informacja powinna być udzielona sądowi, rozstrzygającemu o zgodzie zamiast tej osoby (art. 25 ust. 5) albo niejako „weryfikującemu” odmowę zgody jej przedstawiciela ustawowego (art. 25 ust. 6 w zw. z ust. 2 i 4). Powstaje jednak pytanie, jaka jest dla sądu przydatność informacji o ryzyku, skoro w pojęciu eksperymentu leczniczego nie określono dopuszczalnego stopnia ryzyka niepowodzenia doświadczenia.

Niewystarczające wydaje się w tym zakresie posiłkowanie się ogólną formułą eksperymentu medycznego, ujętą w art. 22, stosownie do którego „eksperyment medyczny może być przeprowadzony, jeżeli spodziewana korzyść lecznicza lub

³¹ O ryzyku związanym z przeprowadzeniem eksperymentu jest także mowa w art. 26 ust. 2, który stanowi, że „Kobiety ciężarne i karmiące mogą uczestniczyć w eksperymentach badawczych pozbawionych ryzyka lub związanych z niewielkim ryzykiem”.

poznawcza ma istotne znaczenie, a przewidywane osiągnięcie tej korzyści oraz celowość i sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy i zgodne z zasadami etyki lekarskiej”. Przepis ten nie daje dostatecznej informacji o tym, jakie ryzyko niepowodzenia eksperymentu leczniczego może zaaprobować sąd, rozstrzygając o udziale w nim osoby małoletniej, ubezwłasnowolnionej lub takiej, która mimo pełnej zdolności do czynności prawnych nie jest w stanie z rozeznaniami wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie. O celowości odrębnego uregulowania stopnia ryzyka świadczy także fakt szczegółowego sprecyzowania tego elementu w definicji eksperymentu badawczego – mimo stosowania doń, jak do każdego eksperymentu medycznego, powołanego wyżej art. 22.

Wprawdzie informację o akceptowanej przez ustawodawcę relacji zagrożenia i korzyści związanych z udziałem w eksperymencie leczniczym daje również art. 27 ust. 2, stanowiący, że „Lekarz prowadzący eksperyment leczniczy ma obowiązek przerwać go, jeżeli w czasie jego trwania wystąpi zagrożenie zdrowia chorego przewyższające spodziewane korzyści dla chorego”. Jednak ta wskazówka, dotycząca przerwania eksperymentu, wydaje się niewystarczająca dla rozstrzygnięcia, kiedy wniosek o zgodę na uczestnictwo w eksperymencie leczniczym powinien być uwzględniony, „otwierając” możliwość przeprowadzenia doświadczenia. Warto zresztą zauważyć, że w odniesieniu do eksperymentu badawczego ustawa odrębnie określa dopuszczalne ryzyko przeprowadzenia eksperymentu (art. 21 ust. 3), a niezależnie od tego precyzuje okoliczności obligujące lekarza do jego przerwania (art. 27 ust. 3).

Obecne rozwiązanie normatywne, pomijające wskazanie dopuszczalnego ryzyka eksperymentu leczniczego powinno być poddane krytyce³². Nie tylko nie zapewnia ono bowiem warunków do kształtowania się jednolitego orzecznictwa sądów w omawianej grupie spraw, lecz przede wszystkim – w obu powołanych wyżej przypadkach uniemożliwia ocenę swej sytuacji prawnej przez pacjentów i ich przedstawicieli ustawowych. W braku normatywnego rozstrzygnięcia o dopuszczalnym ryzyku eksperymentu leczniczego, na indywidualny pogląd sądu rozpoznającego sprawę zdani są pacjenci niezdolni do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody (ust. 5) oraz przedstawiciele ustawowi odmawiający poddania eksperymentowi osoby, którą reprezentują (ust. 6). Zwłaszcza w tym ostatnim przypadku, dopuszczającym „przełamanie” odmowy zgody przedstawiciela ustawowego, szczególnie

³² M. Nesterowicz (op. cit., s. 195-196) w kwestii dopuszczalności eksperymentu leczniczego stwierdza, że można go uznać za dopuszczalny „nawet wtedy, gdy ryzyko niebezpieczeństwa jego zastosowania jest dla pacjenta wysokie, a prawdopodobieństwo korzyści niewielkie, jeśli inne metody i środki są nieskuteczne, a pacjentowi w niedługim czasie grozi śmierć”. W kwestii określenia w ustawie dopuszczalnego stopnia ryzyka niepowodzenia eksperymentu warto odwołać się do wypowiedzi L. Kubickiego, który w wystąpieniu wygłoszonym w trakcie X Forum Prawniczo-Medycznego, odbywającego się w Warszawie w dniach 6-7 grudnia 2007 r., wskazał na możliwość określenia stopnia dopuszczalnego ryzyka „w granicach istniejącego zagrożenia”. Oczywiście o zaaprobowaniu którejś z proponowanych koncepcji powinien wypowiedzieć się ustawodawca.

silnie odczuwalne jest brzemie decyzji, jaką musi podjac sad opiekuńczy pozbawiony odpowiedniego wsparcia normatywnego w ocenie mozliwego do zaaprobowania ryzyka niepowodzenia eksperymentu leczniczego.

5. Problematyka zgody sadu opiekuńczego na udzial w eksperymencie medycznym skłania do sformulowania kilku wniosków, częściowo podsumowujących rozważania przedstawione powyżej.

Po pierwsze, wydaje się, że rozstrzyganie przez sądy opiekuńcze w przedmiocie wyrażenia zgody na uczestnictwo osoby w eksperymencie dotyczy jedynie udziału w eksperymencie leczniczym. Natomiast nie jest normatywnie przewidywana możliwość wyrażania przez sąd opiekuńczy zgody na uczestnictwo w eksperymencie badawczym, o którym mowa w art. 21 ust. 3 ustawy³³.

Po drugie, sąd opiekuńczy orzeka w przedmiocie zgody tylko w dwu przypadkach, unormowanych w art. 25 ust. 5 i 6. Sąd swym orzeczeniem może jedynie „uzupełnić” brak oświadczenia o zgodzie, wynikający z tego, że osoba, która ma pełną zdolność do czynności prawnych, nie jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie (ust. 5) albo „przełamać” odmowę zgody przedstawiciela ustawowego małoletniego (ust. 2) lub ubezwłasnowolnionego całkowicie (ust. 4) pacjenta, który ma być poddany eksperymentowi (ust. 6).

Po trzecie, analiza obu tych przypadków prowadzi do wniosku, że nie jest dopuszczalne orzekanie przez sąd w sytuacji odmowy zgody na udział w eksperymencie wyrażonej przez osobę, która miałaby mu być poddana. Przepisy art. 25 nie przewidują bowiem „przełamania” odmowy zgody samego pacjenta.

Po czwarte, zgoda udzielona przez sąd opiekuńczy może być cofnięta³⁴ w każdym stadium eksperymentu, a w takim przypadku lekarz powinien eksperyment przerwać (art. 27 ust. 1 ustawy)³⁵. Z funkcji sadu opiekuńczego, który w okolicznościach uregulowanych w art. 25 ust. 5 wyraża zgodę „zastępczo” za osobę nie mogącą wypowiedzieć z rozeznaniem opinii w sprawie swego uczestnictwa w eksperymencie, można wnosić, że jeśli osoba ta – posiadająca przecież pełną zdolność

³³ Jak wcześniej wspomniano, uwaga ta nie dotyczy zezwolenia sadu opiekuńczego na wyrażenie przez przedstawiciela ustawowego zgody na udział osoby reprezentowanej w eksperymencie medycznym.

³⁴ W art. 27 ust. 1 mowa o „cofnięciu zgody”, co może sugerować, że oświadczenie takie może złożyć osoba, która uprzednio wyraziła zgodę na przeprowadzenie eksperymentu. Jednak wydaje się, że cofnięcie zgody ze skutkiem przerwania eksperymentu powinno mieć miejsce także w razie, gdy osoba poddana eksperymentowi sama nie wyraziła zgody (np. z powodu braku wymaganego rozeznania w sytuacjach uregulowanych w art. 25 ust. 2 i 4), ale następnie uzyskała (lub „odzyskała”) zdolność do wyrażenia swej woli w sprawie udziału w eksperymencie.

³⁵ Wątpliwości może budzić cofnięcie zgody przez jedną z osób w sytuacji wyrażania tzw. zgody podwójnej. Jeśli zgodę cofnął sam uczestnik eksperymentu, doświadczenie należy przerwać. Natomiast jeśli oświadczenie o cofnięciu zgody złożył przedstawiciel ustawowy, do rozważenia pozostaje analogiczne stosowanie przepisów regulujących „przełamanie” odmowy zgody przedstawiciela ustawowego. W odniesieniu do odmowy rodziców na udział dziecka w eksperymencie leczniczym na takie rozwiązanie wskazuje M. Świderska (op. cit., s. 313). Natomiast M. Safjan (op. cit., s. 197) uznaje, że w opisanej sytuacji „cofnięcie zgody przez jeden tylko z uprawnionych podmiotów powinno powodować przerwanie eksperymentu”.

do czynności prawnych – będzie już w stanie w sposób ważny wyrazić swoją wolę w sprawie udziału w eksperymencie, ona sama może odmówić zgody na dalsze uczestnictwo, mimo pierwotnego wyrażenia tej zgody przez sąd opiekuńczy³⁶.

Po piąte, z użycia w art. 25 ust. 7 słów „z wnioskiem o udzielenie zgody (...) może wystąpić podmiot (...)” należy wnosić, że postępowanie przed sądem opiekuńczym toczy się na wniosek, nie zaś z urzędu. Podmiot przeprowadzający eksperyment ma zatem uprawnienia strony postępowania, może więc zgłaszać wnioski dowodowe, wnosić środki odwoławcze itd.. W sytuacji uregulowanej w art. 25 ust. 5, interes prawny w udziale w postępowaniu (a w konsekwencji – pozycję strony postępowania) ma osoba, której uczestnictwa w eksperymencie dotyczy sprawa zawisła przed sądem opiekuńczym, natomiast w przypadkach, do których odwołuje się ust. 6 powołanego artykułu – ta osoba³⁷ i jej przedstawiciel ustawowy.

Zgoda sądu opiekuńczego na udzielenie świadczenia zdrowotnego

1. Podstawowa sfera działań sądu opiekuńczego obejmuje rozstrzygnięcie o wyrażeniu albo nie wyrażeniu zgody na udzielenie świadczenia medycznego.

Zadania sądu pozostają tu w ścisłym związku ze zgodą samego pacjenta, ponieważ sąd orzeka zasadniczo wtedy, kiedy oświadczenie nie może być złożone (lub nie zostało ważnie złożone) przez pacjenta albo gdy dochodzi do określonych w ustawie przypadków odmowy wyrażenia zgody na wykonanie czynności medycznej³⁸. Rozstrzygnięcie, czy ma miejsce potrzeba orzekania przez sąd opiekuń-

³⁶ Powstaje pytanie, czy sąd opiekuńczy może cofnąć zgodę (tzn. wydać postanowienie w tym przedmiocie) w przypadku, gdy osoba, o której mowa w art. 25 ust. 5, odzyskała zdolność do wyrażania ważnych oświadczeń w przedmiocie swego udziału w eksperymencie. Możliwe są tutaj dwa rozwiązania, przyjmujące, że z chwilą odzyskania owej zdolności ustaje kompetencja sądu opiekuńczego do jakiegokolwiek ingerencji w tok eksperymentu oraz przyjmujące, że sąd opiekuńczy może cofnąć wcześniej wyrażoną zgodę, a jeśli osoba poddana eksperymentowi chce kontynuować udział w eksperymencie, może samodzielnie wyrazić zgodę na swoje dalsze w nim uczestnictwo. Wydaje się, że bardziej trafne jest pierwsze z przedstawionych tu zapatrywań. Skoro bowiem pacjent jest zdolny do samodzielnego wypowiedzania się w przedmiocie dalszego udziału w eksperymencie, od jego decyzji powinna zależeć kontynuacja tego uczestnictwa. Ponadto, zachowanie przez sąd opiekuńczy uprawnienia do decydowania w przedmiocie udziału pacjenta w eksperymencie przy jednoczesnym „odzyskaniu” tego uprawnienia przez samego pacjenta wymagałoby uregulowania sposobu rozstrzygnięcia kolizji orzeczenia sądu i oświadczenia pacjenta.

³⁷ Wydaje się, że regulacja art. 25 ust. 6 oparta jest na założeniu o potrzebie kontroli stanowiska przedstawiciela ustawowego, odmawiającego wyrażenia zgody na uczestnictwo w eksperymencie leczniczym osoby, którą reprezentuje. U podstaw takiego założenia leży z kolei przekonanie (wyrażane w związku z odmową przez przedstawiciela ustawowego zgody na udzielenie innych świadczeń medycznych), że „Władza rodzicielska czy władza innego przedstawiciela ustawowego nie sięga (...) prawa do życia podopiecznego” (A. Zoll, op. cit., s. 37). W związku z kolizją oświadczeń przedstawiciela ustawowego i pacjenta powstaje kwestia reprezentacji pacjenta przez osobę inną niż ten przedstawiciel; do zagadnienia reprezentacji nawiążę częściowo w dalszych fragmentach opracowania.

³⁸ Przepisy przewidują tu możliwość rozstrzygnięcia „kolizji oświadczeń” oraz „przełamania” orzeczeniem sądu opiekuńczego zgodnej odmowy wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne, wyrażonej przez pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego, a pozostającej w kolizji ze stanowiskiem lekarza.

czy, wymaga więc uprzedniego zbadania, czy ważne i skuteczne oświadczenie w przedmiocie zgody zostało złożone przez osoby uprawnione (pacjenta, przedstawiciela ustawowego, a wyjątkowo opiekuna faktycznego). Kilka uwag warto zatem poświęcić pojęciu zgody pacjenta na tle przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty³⁹.

Przepisy ustawy uzależniają możliwość wyrażenia zgody od dwu kryteriów: formalnego (pełnoletniość, nieubezważnowolnienie) i materialnego, w postaci zdolności do świadomego wyrażenia zgody⁴⁰. Pierwsze z kryteriów ma zasadniczo charakter trwały, natomiast spełnienie drugiego może cechować – zwłaszcza w odniesieniu do osób chorych – duża zmienność. Pacjent dorosły, o pełnej zdolności do czynności prawnych, z powodu problemów zdrowotnych może bowiem czasowo nie być zdolny do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody na udzielenie mu pomocy medycznej. Tylko osoba spełniająca oba te wymagania może samodzielnie, prawnie skutecznie wyrazić zgodę lub odmówić zgody na wykonanie świadczeń zdrowotnych⁴¹. Jeśli któreś z kryteriów nie zostaje spełnione, powstaje potrzeba wyrażenia zgody zastępczej – wyłącznie lub w ramach tzw. zgody podwójnej⁴².

Z tych uwag wynika wniosek o podstawowym znaczeniu dla określenia katalogu czynności sądów opiekuńczych: jeśli osoba ma pełną zdolność do czynności prawnych (jest dorosła i nie ubezważnowolniona) oraz jest zdolna do wypowiedzenia się w przedmiocie zgody, nie można oświadczeniem innych osób lub sądu opiekuńczego doprowadzić do wyrażenia przez nią zgody albo odmowy zgody na badanie lub na leczenie (w tym – na zabieg operacyjny lub inny zabieg powodujący zwiększone ryzyko dla pacjenta). Bez znaczenia jest także to, że żądanie poddania badaniu lub leczeniu zgłasza rodzina chorego.

2. W świetle tej konkluzji dość prosty do zarysowania wydaje się zakres przypadków, w których można zwrócić się do sądu opiekuńczego o rozstrzygnięcie w przedmiocie zgody. Sąd orzeka w razie braku prawnej (jak w kryterium formalnym) lub faktycznej (jak w kryterium materialnym) możliwości samodzielnego wy-

³⁹ Unormowanie tej kwestii poddawane jest krytyce; A. Zoll (op. cit., s. 39) stwierdził m. in., że „regulacja zawarta w ustawie o zawodzie lekarza dotycząca zgody pacjenta jest skomplikowana w stopniu dyskwalifikującym z punktu widzenia zasad poprawnej legislacji”.

⁴⁰ A. Zoll, op. cit., s. 36.

⁴¹ Stosownie do dominującego stanowiska, wyrażenie zgody (a konsekwentnie – także odmowy zgody) może nastąpić w dowolnej formie (także *per facta concludenta*), natomiast w razie zabiegów operacyjnych lub tych o podwyższonym ryzyku dla pacjenta, oświadczenie pacjenta wymaga formy pisemnej *ad probationem*.

⁴² Termin „zgoda zastępcza” nie jest terminem normatywnym, przyjmuje się jednak, że – w odróżnieniu od zgody bezpośredniej pacjenta obejmuje on przypadki wyrażania zgody przez inne uprawnione podmioty (przedstawiciela ustawowego lub opiekuna faktycznego) albo przez sąd opiekuńczy. Obok tego pojęcia używane jest także pojęcie zgody podwójnej, wyrażanej przez pacjenta i przedstawiciela ustawowego. W opracowaniu przypadki orzekania przez sąd opiekuńczy o zgodzie w razie odmowy zgody pacjenta lub jego przedstawiciela ustawowego były – dla lepszego zrozumienia tekstu – określane mianem „rozstrzygnięcia kolizji” (choć w szerszym rozumieniu są to także sytuacje wyrażania przez sąd „zgody zastępczej”).

rażenia zgody. Sytuacja ta komplikuje się jednak z dwu przyczyn. Po pierwsze, w orzecznictwie i nauce prawa w zasadzie ugruntowane wydaje się stanowisko⁴³, stosownie do którego oświadczenie o zgodzie jest oświadczeniem woli; taki sam charakter prawny przypisywany jest również oświadczeniu o odmowie zgody⁴⁴. Każde z tych oświadczeń w konkretnym przypadku może być więc dotknięte wadami, w szczególności wadą braku świadomości lub swobody w powzięciu decyzji i wyrażeniu woli albo błędem, podstępem lub groźbą. Stwarza to konieczność rozstrzygnięcia, jak zaistnienie takich wadliwości wpływa na określenie zadań sądów opiekuńczych. Pytanie to jest tym bardziej aktualne, że – po drugie – w razie powstania po stronie lekarzy wątpliwości w ocenie, czy oświadczenie o zgodzie lub o odmowie zgody jest prawnie skuteczne, mogą oni zawiadomić sąd opiekuńczy o potrzebie rozstrzygnięcia w przedmiocie udzielenia zgody zastępczej, uzasadniając wystąpienie dostrzeżoną przez siebie nieważnością oświadczenia złożonego przez pacjenta. Niejednokrotnie zawiadomienie takie będzie miało na celu właśnie rozwiązanie wątpliwości, czy złożone już oświadczenie jest prawnie skuteczne i czy może być podstawą legalnego udzielenia pomocy medycznej albo legalnego powstrzymania się od jej udzielenia.

Nawiązując do pierwszej z uwag, warto dalsze rozważania zawęzić do oceny skutków braku świadomości lub swobody w powzięciu decyzji lub wyrażeniu woli o zgodzie albo odmowie zgody⁴⁵. Ponieważ ta wada powoduje nieważność bez-

⁴³ W tej kwestii reprezentowany jest także pogląd, stosownie do którego zgoda jest przejawem woli podobnym do oświadczenia woli (tak M. Safjan, op. cit., s. 193; szerzej o rozbieżności poglądów w sprawie charakteru prawnego zgody i argumentach wspierających oba stanowiska – M. Świdorska, *Zgoda Pacjenta na zabieg medyczny*, Toruń 2007, s. 26). Z punktu widzenia dalszych rozważań różnica między tymi stanowiskami nie ma zasadniczego znaczenia, ponieważ w każdym z tych zapatrywań aprobuje się stosowanie do oświadczenia o zgodzie przepisów o wadach oświadczenia woli.

⁴⁴ Tak: wyrok SN z dnia 27 października 2005 r., III CK 155/05, OSNC 2006, Nr 7-8, poz. 137, s. 150 i nast.). Zdolność do wyrażenia zgody nie jest jednak ściśle uzależniona od dysponowania przez pacjenta pełną zdolnością do czynności prawnych. W sytuacjach uregulowanych w art. 32-34 uprawnieni do składania oświadczeń o wyrażeniu zgody albo o jej odmowie są także pacjenci, którzy z powodu ubezwłasnowolnienia lub wieku nie mają pełnej zdolności do czynności prawnych. Moim zdaniem trzeba jednak przyjąć, że dysponują oni tą zdolnością w zakresie składania oświadczeń woli w przedmiocie zgody na badanie i leczenie.

⁴⁵ W przypadku błędu, podstępu lub groźby nieważność oświadczenia zachodziłaby w razie uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem tych wad, przy spełnieniu wymagań określonych w art. 84-88 k.c. Do chwili unieważnienia oświadczenia o zgodzie lub odmowie zgody, oświadczenie takie wywoływałoby skutki prawne, a z upływem rocznego terminu, o którym mowa w art. 88 § 2 k.c., nastąpiłaby jego konwalidacja (byłoby niewzruszalne). Natomiast w razie wykonania przez pacjenta uprawnienia kształtującego do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli, stawałoby się ono nieważne *ex tunc*, czyli od momentu jego złożenia. Oznaczałoby to, że lekarz udzielił świadczenia mimo braku zgody albo przeciwnie – że nie udzielił świadczenia mimo braku odmowy zgody (a w tej grupie przypadków ustawa nakłada na lekarza szczególne obowiązki, wykluczające pozostawienie pacjenta bez pomocy już z tej przyczyny, że nie wyraził on oświadczenia o zgodzie). Wynikające stąd konsekwencje badane są jednak zasadniczo przez sądy cywilne, w związku z wysuwanymi przez pacjentów żądaniem naprawienia szkody lub zadośćuczynienia krzywdzie. W każdym razie w przypadku składania oświadczeń dotkniętych omawianą tu grupą wad oświadczenia woli w praktyce trudno spodziewać się występowania do sądów opiekuńczych o wyrażenie zgody zastępczej lub rozstrzygnięcie kolizji oświadczeń. Powstają

względnej oświadczenia woli, mimo złożenia oświadczenia sytuację prawną należy oceniać tak, jakby nie zostało ono złożone. Jeśli pełnoletni, nieubezpieczeniowy pacjent jest przytomny, a jedynie chwilowy charakter miała niedyspozycja, która spowodowała po jego stronie brak świadomości lub swobody, powodujący nieważność oświadczenia woli, lekarz powinien jeszcze raz zwrócić się do pacjenta o zajęcie stanowiska w przedmiocie zgody. Uzyskanie niewadliwego oświadczenia pacjenta, dotyczącego zgody lub odmowy zgody na dalsze czynności medyczne, spowoduje brak podstaw do występowania do sądu opiekuńczego.

Natomiast jeśli taki pacjent po złożeniu nieważnego oświadczenia woli o zgodzie lub odmowie zgody na leczenie stracił przytomność albo jest wprawdzie przytomny, lecz niezdolny do złożenia niewadliwego oświadczenia woli, zachodzą podstawy do podjęcia przez lekarza takich czynności, jakby oświadczenie o zgodzie lub odmowie zgody w ogóle nie było złożone. Wprawdzie w prawie cywilnym w odniesieniu do czynności prawnych rozróżniane są sytuacje ich nieistnienia i nieważności, jednak z punktu widzenia oceny omawianego obecnie oświadczenia sprawa skutków prawnych jego nieistnienia i nieważności kształtuje się tak samo – trzeba przyjąć, że pacjent w sposób prawnie skuteczny nie wypowiedział się w przedmiocie udzielenia mu pomocy medycznej. Stosownie do brzmienia art. 34 ust. 7 i 32 ust. 9 lekarz w przypadkach nagłych jest zatem uprawniony do podjęcia działań zmierzających do ochrony życia lub zdrowia pacjenta, a w pozostałych przypadkach winien zwrócić się o stosowne rozstrzygnięcie do sądu opiekuńczego.

Może się zatem zdarzyć, że zawiadomieniu sądu o potrzebie orzeczenia w przedmiocie zgody zastępczej będzie towarzyszyło wskazanie przez zakład opieki zdrowotnej, iż dysponuje on oświadczeniem woli pacjenta wyrażającego zgodę na podjęcie czynności medycznej lub odmawiającego udzielenia takiej zgody, lecz z uwagi na nieważność tego oświadczenia zachodzą podstawy do wydania postanowienia przez sąd opiekuńczy. Sam fakt złożenia przez pacjenta oświadczenia o zgodzie lub odmowie zgody nie powinien w takiej sytuacji być podstawą uchylecia się od merytorycznego zbadania sprawy. Jeśli sąd uzna, że wspomniane oświadczenie jest dotknięte nieważnością (np. zgoda została wprawdzie wyrażona, lecz z dokumentacji medycznej wynika, że pacjent nie pozostawał z lekarzem w logicznym kontakcie, wobec czego nie był zdolny do świadomego powzięcia decyzji i wyrażenia woli), zachodzą podstawy do wydania orzeczenia w przedmiocie udzielenia lub odmowy udzielenia zgody. Podobnie, w razie złożenia przez pacjenta oświadczenia o odmowie zgody na dokonanie czynności medycznej, do-

jednak poważne wątpliwości, czy w razie takiego wystąpienia (np. gdy mimo wyrażenia przez pacjenta zgody lub odmowy zgody lekarz uznaje, że oświadczenie jest dotknięte błędem, podstępem lub groźbą i woli usunąć wątpliwości zwracając się do sądu opiekuńczego) zachodziłyby jednak podstawy do merytorycznego orzeczenia przez ten sąd w przedmiocie zgody. Skoro oświadczenie nie byłoby dotknięte nieważnością bezwzględnie (choć jako dotknięte nieważnością względną mogłoby być w przyszłości unieważnione), istnienie (jeszcze) ważnego oświadczenia, złożonego przez pacjenta, wykluczałoby raczej orzekanie przez sąd opiekuńczy.

tkniętego nieważnością, można spodziewać się występowania przez zakłady opieki zdrowotnej do sądów opiekuńczych o orzeczenie w przedmiocie zgody na leczenie. Zarówno wadliwe oświadczenie o zgodzie, jak i o odmowie zgody będzie bowiem równoznaczne ze stanem braku oświadczenia pacjenta, co – w razie jego niezdolności do ważnego, skutecznego wypowiedzenia się o dalszych czynnościach medycznych – uzasadnia zawiadomienie sądu opiekuńczego o potrzebie wydania stosownego postanowienia.

3. Rozwinięcia wymaga obecnie druga z przytoczonych wyżej uwag, dotycząca możliwości wykorzystywania przewidzianego w ustawie trybu występowania do sądu opiekuńczego nie tyle w celu uzyskania tzw. zgody zastępczej, ile w celu rozwiania wątpliwości, czy oświadczenie złożone przez pacjenta jest prawnie skuteczne. Takie postępowanie lekarzy jest zrozumiałe – świadomi skutków prawnych leczenia bez zgody albo zaprzestania leczenia mimo nieważnego oświadczenia o odmowie zgody, lekarze dla dobra pacjenta i dla ochrony własnej sytuacji prawnej chcą zminimalizować ryzyko błędnej oceny oświadczenia złożonego przez pacjenta. Z drugiej strony, do podjęcia w takiej sytuacji właściwych działań sądy powinny się przygotować, uważnie badając, czy w ocenianym stanie faktycznym zachodzą podstawy do wydania przez sąd opiekuńczy merytorycznego orzeczenia, tzn. czy zachodzi któraś z uregulowanych w ustawie sytuacji dopuszczalnej interwencji sądu (art. 32-34). Zawiadamiając o potrzebie orzeczenia o zgodzie lekarz daje wyraz swemu (często subiektywnemu, a nawet nefachowemu) przekonaniu o braku albo nieskuteczności oświadczenia pacjenta. Natomiast obowiązkiem sądu opiekuńczego jest kontrola podstawy prawnej orzekania i rozstrzygnięcie o zgodzie jedynie wtedy, gdy podstawę taką można ostatecznie umiejscowić w jednym z przepisów art. 32-34 ustawy. W przypadkach innych niż te, które da się określić w drodze wykładni w/w przepisów, sąd opiekuńczy nie jest, moim zdaniem, uprawniony do decydowania o tym, czy w stosunku do pacjenta podjęte zostaną działania medyczne.

Praktyka wskazuje, że szczególne wątpliwości lekarzy wzbudza ocena oświadczenia pacjenta o odmowie wyrażenia zgody na udzielenie mu pomocy medycznej. Jest to usprawiedliwione wagą skutków, które dla zdrowia, a nawet dla życia pacjenta mogą wyniknąć z niepodjęcia przez lekarza stosownych czynności medycznych. O ile więc dość rzadko zdarzają się wystąpienia motywowane wątpliwościami co do skuteczności wyrażenia zgody (nawet w przypadkach, w których można byłoby żywić uzasadnione obawy, czy zgoda została udzielona niewadliwie), o tyle w razie odmowy zgody można oczekiwać częstszego zawiadamiania sądu opiekuńczego, że zachodzi potrzeba wydania orzeczenia o zgodzie. Takie sytuacje były już opisywane w literaturze⁴⁶ w związku z kontrowersyjnym zagadnie-

⁴⁶ Dla sądów opiekuńczych szczególnie ciekawe może być przedstawienie czynności podejmowanych w kilku sprawach związanych z odmową poddania się transfuzji krwi: R. Karcz, *Obrona pacjenta przed niechcianą transfuzją w praktyce sądowej*, Prawo i Medycyna 2007, Nr 4, s. 36 i nast.

niem dopuszczalności i skuteczności tzw. oświadczeń *pro futuro* (na przyszłość, na wypadek potrzeby podjęcia interwencji medycznej)⁴⁷, których przedmiotem zwykle jest właśnie odmowa zgody na udzielenie pomocy medycznej (często – na transfuzję krwi lub podanie preparatów krwiopochodnych, wykluczaną przez pacjenta z przyczyn wyznaniowych)⁴⁸.

4. W tej kwestii w wyroku z dnia 27 października 2005 r., III CSK 155/05⁴⁹ wypowiedział się już Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „Oświadczenie pacjenta wyrażone na wypadek utraty przytomności, określające wolę dotyczącą postępowania lekarza w stosunku do niego w sytuacjach leczniczych, które mogą zaistnieć, jest dla lekarza – jeżeli zostało złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny – wiążące”. Stanowisko to, choć wprost powołuje się na konieczność określenia woli pacjenta „w sposób wyraźny i jednoznaczny”, powinno być, jak się wydaje, odczytywane jako wskazujące na związanie lekarza oświadczeniem woli pacjenta złożonym w sposób niewadliwy. Skoro bowiem oświadczenie *pro futuro*⁵⁰ jest przez Sąd uznawane za oświadczenie woli w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, znajdują do niego zastosowanie przepisy o wadach oświadczenia woli. Jednocześnie zaś – w braku stosownej podstawy normatywnej – ważność i skuteczność tego oświadczenia nie podlega ocenie z punktu widzenia innych wadliwości, niż te, które zostały uregulowane przepisami kodeksu cywilnego. Wymaganie, aby oświadczenie było złożone w sposób wyraźny i jednoznaczny oznacza zatem, moim zdaniem, że, po pierwsze, wola pacjenta ma być ujawniona w sposób dostateczny (art. 60 k.c.), a po drugie, że skoro ma wywoływać skutki prawne, nie może być dotknięta wadami powodującymi bezwzględną nieważność.

⁴⁷ M.in. K. Poklewski-Koziełł, *Oświadczenia woli pro futuro pacjenta jako instytucja prawna*, Państwo i Prawo, 2000, Nr 3, z. 4 i nast. oraz tenże: *Lekarz wobec oświadczeń woli pacjenta antycypującego swój stan terminalny (na tle rozwiązań przyjętych w Szwajcarii)*, Prawo i Medycyna 2001, Nr 9 (vol. 3), s. 48 i nast..

⁴⁸ M.in. U. Chmielewska, S. Ciołkowski, T. Wiwatowski, *Praktyka leczenia Świadców Jehowy bez krwi – aspekty medyczne, prawne i etyczne*, Prawo i Medycyna 2003, Nr 13 (vol. 5), s. 83 i nast..

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 27 października 2005 r., III CSK 155/05 (OSNC 2006, Nr 7 8, poz. 137, s. 150 i nast.) z glosą J. Kuleszy (Palestra 2007, Nr 3-4, s. 316 i nast.). Do tego orzeczenia nawiązywały także wypowiedzi A. Zolla (*Brak zgody pacjenta na zabieg. Uwagi w świetle postanowienia SN z 27 października 2005 r.*, III CK 155/05, Prawo i Medycyna 2006, Nr 4), M. Boratyńskiej (*Niektóre aspekty świadomej zgody pacjenta na leczenie na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego. Część 1. Sprzeciw pro futuro*, Prawo i Medycyna 2007, Nr 2 i Część 2. *Zakres udzielonej zgody i rozmieszczenie ciężaru dowodu*, Prawo i Medycyna 2007, Nr 3), B. Janiszewskiej (*Dobro pacjenta czy wola pacjenta – dylematy prawa i medycyny. Uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro*, Prawo i Medycyna 2007, Nr 2) oraz tejże: *Uwagi o charakterze prawnym odmowy zgody na interwencję medyczną*, Prawo i Medycyna 2007, Nr 4.

⁵⁰ Zauważyć należy, że charakterystyczną cechą oświadczenia *pro futuro* jest nie tyle składanie tego oświadczenia „na przyszłość” (wszak zgoda na operację wyrażana przed zabiegiem też jest wyrażana „na przyszłość”), ile to, że jest ono składane w sytuacji, w której nie zachodzi jeszcze potrzeba interwencji medycznej, wobec czego wyrażeniu woli przez pacjenta nie towarzyszy, jak się podnosi, pełna świadomość skutków, jakie mogą nastąpić w razie nieudzielenia pomocy lekarskiej. Skoro zaś zarówno zgoda, jak i odmowa zgody powinny być „objaśnione”, „uświadomione”, tzn. wyrażone dopiero po uzyskaniu przez pacjenta stosownej informacji o stanie zdrowia i mających nastąpić działaniach medycznych, powstaje wątpliwość, czy pacjent nie znając tych okoliczności może na przyszłość, w sposób wiążący dla lekarza wyrazić swoją wolę w przedmiocie leczenia.

Także w razie podzielenia zapatrywania Sądu o dopuszczalności składania oświadczeń *pro futuro* w polskim porządku prawnym⁵¹ – choć wydaje się, że praktyka sądów opiekuńczych kształtuje się w tej kwestii różnie⁵² – nie przestaje być zatem aktualne poruszone wcześniej zagadnienie zakresu przypadków, w których sąd opiekuńczy jest uprawniony do rozstrzygania w przedmiocie zgody na dokonanie czynności medycznej. Jeśli oświadczenie *pro futuro* sąd uznaje za generalnie dopuszczalne, a jednocześnie – w konkretnym, ocenianym przezeń przypadku za złożone niewadliwie przez pacjenta pełnoletniego i nieubezwłasnowolnionego, powinien konsekwentnie przyjąć, że pacjent ten prawnie skutecznie odmówił wyrażenia zgody na podjęcie względem niego działań lekarskich. Sąd opiekuńczy nie może mu zatem narzucić własnego stanowiska w przedmiocie leczenia, gdyż – uwzględniając niewadliwość odmowy, wyrażonej przez osobę pełnoletnią i nieubezwłasnowolnioną – byłoby to przejawem niedopuszczalnego w takiej sytuacji leczenia przymusowego, podejmowanego bez względu na wolę pacjenta. Ocena skuteczności odmowy zgody wymaga jednak szczególnie wnikliwej analizy okoliczności sprawy.

Możliwość merytorycznego wypowiedzania się przez sąd pojawia się natomiast w razie nieważności omawianego oświadczenia. Jak wcześniej wspomniano, zachodzi wtedy taki stan, jakby oświadczenie nie zostało złożone, jeśli więc pacjent nie jest zdolny do złożenia kolejnego, prawnie skutecznego oświadczenia, na podstawie art. 32 ust. 2 o zgodzie zastępczej orzeka sąd opiekuńczy. Tym samym następuje niejako powrót do zasady, stosownie do której ingerencja sądu opiekuńczego może mieć miejsce w sytuacji, w której w sposób ważny i skuteczny oświadczenie w przedmiocie zgody nie zostało złożone przez samego pacjenta lub – w innych przypadkach określonych w ustawie – przez jego przedstawiciela ustawowego albo opiekuna faktycznego.

5. Na marginesie tych rozważań należy wskazać, że w prawie medycznym skutek legalnego wkroczenia przez lekarza w sferę dóbr osobistych pacjenta wiązany

⁵¹ W razie niepodzielenia zapatrywania Sądu Najwyższego i przyjęcia, że złożenie oświadczenia *pro futuro* nie jest dopuszczalne i nie wywołuje skutków prawnych, lekarz powinien postąpić tak, jakby pacjent nie wyraził żadnego stanowiska (zgody, odmowy zgody) w sprawie leczenia. To znaczy – jeśli pacjent pełnoletni, nieubezwłasnowolniony nie jest zdolny do złożenia niewadliwego oświadczenia – lekarz powinien zwrócić się do sądu opiekuńczego o uzyskanie zgody, a w przypadkach pilnych powinien udzielić pomocy lekarskiej bez zgody.

⁵² Podczas wspomnianego wcześniej szkolenia w Jastrzębiej Górze reprezentowany był także pogląd, że skoro ustawodawca milczy na temat uwzględniania oświadczeń *pro futuro*, natomiast wprost reguluje sytuację orzekania przez sąd opiekuńczy w razie braku zdolności do wyrażenia zgody po stronie pacjenta, sąd powinien podjąć decyzję niezależną od treści wcześniejszego oświadczenia pacjenta, a opartą na rozważeniu dobra tej osoby. Takie zapatrywanie odpowiada stanowisku, stosownie do którego w razie orzekania przez sąd opiekuńczy w przedmiocie zgody (zwłaszcza w sytuacji braku rozeznania przeszkód „faktycznych” w wypowiedzeniu się w przedmiocie zgody), „sąd powinien kierować się najlepiej pojętym interesem pacjenta – *primum non nocere*”, ponieważ „Prawo milczy w kwestii uwzględniania wyrażonych wcześniej życzeń i preferencji osoby znajdującej się w stanie braku rozeznania” (P. Dzieńis, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Przegląd Sądowy 2001, Nr 1-12, s. 83).

jest z udzieleniem tzw. zgody objaśnionej, uświadomionej⁵³. W związku z tym stawiane jest wymaganie, aby decyzja pacjenta w przedmiocie poddania się albo nie poddania zabiegowi była oparta na rozważeniu przedstawionych przez lekarza informacji o stanie zdrowia, możliwych sposobach leczenia i ryzykach towarzyszących wyborowi określonej metody. Nieudzielenie pacjentowi informacji, które mogły mieć wpływ na jego decyzję (a podkreślenia wymaga, że poziom oczekiwań pacjentów stale wzrasta), skutkuje przyjęciem, że świadczenie medyczne było dokonane bez zgody. Zwykle pacjent podnosi ten fakt *ex post*, po udzieleniu mu pomocy medycznej, w związku z wystąpieniem o naprawienie szkody i krzywdy, wynikłej z nielegalnego (bez prawnie skutecznej zgody) leczenia.

W świetle wcześniejszych spostrzeżeń, także w tej sytuacji można byłoby rozważać, czy zgoda nieobjaśniona – tak samo, jak oświadczenie o zgodzie dotknięte nieważnością – uzasadnia zwrócenie się do sądu opiekuńczego o wyrażenie zgody zastępczej⁵⁴. Wydaje się jednak (a potwierdza to brak informacji o występowaniu takich spraw w praktyce orzeczniczej sądów opiekuńczych), że z uwagi na podnoszenie przez pacjentów zarzutu braku uświadomionej zgody dopiero po udzieleniu świadczenia medycznego, oceny wspomnianych oświadczeń i ich prawnej skuteczności będą nadal dokonywały sądy cywilne, rozstrzygające sprawy odszkodowawcze pacjentów przeciwko zakładom opieki zdrowotnej i lekarzom. Ta problematyka, wymagająca odrębnej, obszernej analizy, zostanie więc obecnie pominięta.

6. Kilka spostrzeżeń należy także poświęcić kwestiom proceduralnym. W praktyce rozpoznawania spraw o wyrażenie zgody na dokonanie czynności medycznej obserwowana jest bowiem duża rozbieżność, wynikająca z braku w ustawie przepisów regulujących postępowanie sądowe w tej kategorii postępowań. Przede wszystkim, postępowanie jest prowadzone z urzędu, sąd opiekuńczy wszczyna je wskutek zawiadomienia o zajściu jednej z sytuacji, uregulowanych w art. 32-34 i związanej z tym konieczności orzeczenia w przedmiocie zgody na udzielenie pacjentowi pomocy medycznej. Wspomniane zawiadomienie najczęściej jest dokonywane przez zakład opieki zdrowotnej, ponieważ zwykle w takim zakładzie dochodzi do sytuacji realizującej przesłanki uzasadniające interwencję sądu opiekuńczego. Skoro mowa o zawiadomieniu, nie zaś o wniosku (bez względu na sposób

⁵³ Ta kwestia została już obszernie opracowana w nauce prawa medycznego (zwłaszcza – M. Nesterowicz, op. cit., s. 146 i nast., M. Świdarska, op. cit., s. 95 i nast., T. Dukiet-Nagórska, op. cit.). Zakres informacji, które co najmniej powinny być udzielone określa art. 31 ust. 1, który stanowi, że „Lekarz ma obowiązek udzielać pacjentowi lub jego przedstawicielowi przystępnej informacji o jego stanie zdrowia, rozpoznaniu, proponowanych oraz możliwych metodach diagnostycznych, leczniczych, dających się przewidzieć następstwach ich zastosowania albo zaniechania, wynikach leczenia oraz rokowaniu”.

⁵⁴ Sprawa ta dotyczy relacji między zgodą nieuświadomioną i wadami oświadczenia woli, a ponieważ nie została ona w sposób dostateczny wyjaśniona w nauce prawa i orzecznictwie, konieczne byłoby szczegółowe rozważenie jej w niniejszym opracowaniu – co w sposób oczywisty wykracza poza jego ramy.

jego zatytułowania), nie jest konieczne zachowanie formy pisemnej, wykazanie uprawnienia do wystąpienia z wnioskiem oraz wykazanie uprawnienia do reprezentacji podmiotu (zwykle zakładu opieki zdrowotnej), dokonującego zawiadomienia.

W praktyce spotykane są przypadki dokonywania omawianego zawiadomienia faxem, a niejednokrotnie dodatkowego „wsparcia” go telefonicznym poinformowaniem o potrzebie wydania przez sąd opiekuńczy orzeczenia w przedmiocie zgody. W związku z tym, że powołując się na pilny charakter sprawy (np. konieczność niezwłocznego przeprowadzenia operacji) szpitale niejednokrotnie nalegają na prawie natychmiastowe wydanie orzeczenia, należy zwrócić uwagę na trzy kwestie.

Po pierwsze, na pewno zdarzają się przypadki tak oczywiste, że sąd opiekuńczy jest w stanie podjąć decyzję o potrzebie interwencji medycznej już na podstawie – symbolicznie rzecz ujmując – treści faxu. W wielu sytuacjach rozstrzygnięcie sądu będzie jednak wymagało szerszego zbadania sprawy, przeprowadzenia postępowania dowodowego itd.. Rozważając zakres czynności, które powinny poprzedzać wydanie orzeczenia w sprawie, sąd opiekuńczy winien kierować się potrzebą należytego zbadania okoliczności, niezbędnych do wydania postanowienia. Pośpiech związany z oczekiwaniem przez szpital i – niejednokrotnie – rodzinę pacjenta na szybkie rozstrzygnięcie sprawy, nie może doprowadzać do orzekania bez uzyskania dostatecznie silnych podstaw dla stanowiska o zasadności udzielenia albo odmowy udzielenia zgody.

Po drugie, o potrzebie należytego wyjaśnienia sprawy, nie zaś poprzestania na przekonaniu, że skoro zdaniem lekarzy wykonanie czynności medycznej jest pożądane – należy orzec o wyrażeniu zgody, świadczy także to, iż z wyrażeniem zgody przez pacjenta wiązana jest konsekwencja w postaci zaaprobowania przez niego ryzyka niezawinionych przez lekarza powikłań, będących następstwem zabiegu. Jak zaznacza się w wypowiedziach nauki prawa, „Akceptacja ryzyka kończy się, jeśli w postępowaniu lekarza można się dopatrzeć winy, gdyż chory nie obejmuje treścią zgody szkody wynikłej z niedbalstwa lub innego zawinionego działania lekarza (...)”⁵⁵. Stanowisko to pozostaje w korelacji z poglądem, że skoro lekarz odpowiada na zasadzie winy (art. 415 k.c., a w przypadku odpowiedzialności zakładów opieki zdrowotnej obecnie najczęściej art. 430 k.c., w którym wina podwładnego jest przesłanką odpowiedzialności cywilnej podmiotu na własny rachunek powierzającego wykonanie czynności), w razie braku winy w ujęciu subiektywnym pacjent nie ma kogo obarczyć obowiązkiem naprawienia uszczerbku, toteż ostatecznie sam ponosi ciężar zaistniałej szkody. Precyzyjniej rzecz ujmując, sfera ryzyka pacjenta jest jeszcze szersza, obejmuje bowiem nie tylko przypadki braku winy, czyli niezawinionego wyrządzenia tzw. szkody medycznej, lecz również sytuacje nieudowodnienia pozwanemu, że ponosi winę – mimo iż szkoda jest rzeczywiście skutkiem zawinionego działania lub zaniechania lekarza.

⁵⁵ M. Nesterowicz, op. cit., s. 122.

Trudno przyjąć, iżby sfera odpowiedzialności lekarza była szersza w przypadku wyrażenia zgody przez sąd opiekuńczy – także tutaj ryzyko powstania szkody wskutek niezawinionego zachowania się lekarza ponosi sam pacjent. Przemawia to za wnikliwszym podejściem do oceny okoliczności uzasadniających wyrażenie bądź niewyrażenie przez sąd zgody na udzielenie świadczenia medycznego. Zgoda zastępcza sądu decyduje bowiem o zakresie skutków, które mogą dotknąć pacjenta. Niezależnie od tego w przyszłości można spodziewać się, że w razie wyrządzenia szkody, za której powstanie nie będzie odpowiadał lekarz, może pojawić się zagadnienie odpowiedzialności Skarbu Państwa w związku z orzeczeniem przez sąd opiekuńczy o zgodzie na interwencję lekarską. Ta skomplikowana kwestia, z punktu widzenia praktyki orzeczniczej istotna zwłaszcza dla wydziałów cywilnych sądów, wymagałaby odrębnego, obszernego omówienia, wykraczającego poza ramy niniejszego opracowania. W każdym razie świadomość konsekwencji, jakie dla pacjenta mogą wynikać z orzeczenia przez sąd w przedmiocie zgody powinna skłaniać do wnikliwego badania tych spraw, nieograniczonego do przychylenia się do stanowiska lekarza (szpitala) o potrzebie interwencji medycznej – chyba że potrzeba wyrażenia zgody lub jej odmowy wydaje się oczywista już w świetle treści zawiadomienia o zajściu jednej z sytuacji opisanych w art. 32-34 ustawy. Z powyższych uwag absolutnie nie można wnosić, że sądy opiekuńcze powinny częściej odmawiać udzielenia zgody, lecz – że podjęcie każdej decyzji z przedmiocie zgody (jej udzielenia lub odmowy) powinno następować po dostatecznie gruntownym zbadaniu okoliczności sprawy.

Po trzecie, ustawodawca przewidział, że niejednokrotnie na wydanie orzeczenia w sprawie sąd będzie potrzebował więcej czasu niż ten okres, który z punktu widzenia stanu zdrowia pacjenta oraz wskazań nauk medycznych można powstrzymać się z udzieleniem pomocy lekarskiej. Dlatego przepisy ustawy (art. 34 ust. 7 w zw. z art. 32 ust. 9) zawierają unormowania uprawniające lekarzy do podjęcia interwencji mimo nie uzyskania zgody zastępczej sądu – „w razie, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia”. Prowadząc postępowanie w przedmiocie udzielenia zgody sądy powinny mieć na uwadze przyznanie lekarzom tych szczególnych uprawnień. Jednocześnie zaś, mimo tych unormowań należy przyjąć, że regułą pozostaje rozstrzygnięcie o zgodzie przez sąd opiekuńczy. Ten tryb zapewnia bowiem pacjentowi większą gwarancję ochrony swych praw, wynikającą z pełnego zbadania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd, rozważenia wszystkich argumentów przemawiających za wyrażeniem zgody i przeciw takiemu rozstrzygnięciu. Na tym tle powołane regulacje można uznać za niezbędny „wentyl bezpieczeństwa”, pozwalający lekarzowi na legalne udzielenie pomocy medycznej mimo nie uzyskania zgody zastępczej.

7. „Awaryjny” charakter działania instytucji, uregulowanych w art. 34 ust. 7 i art. 32 ust. 9, skłania do wyrażenia tezy, że w każdym przypadku, w którym po dostatecznym wyjaśnieniu sprawy możliwe jest wydanie orzeczenia, na podjęcie decyzji przez sąd opiekuńczy nie powinna wpływać świadomość, że ostatecznie, w razie konieczności wykonania zabiegu medycznego lekarz będzie musiał udzielić pomocy nawet nie dysponując orzeczeniem sądu. Uprawnienia przydane sądom opiekuńczym w art. 34-36 mają, jak wcześniej wspomniano, znaczenie gwarancyjne dla pacjenta. Nie można jednak pomijać, że pośrednio również lekarzom zapewniają one stabilne podstawy legalnego udzielenia bądź nie udzielenia pomocy medycznej. W obecnie funkcjonującym systemie opieki zdrowotnej świadczenia wykonywane są po uzyskaniu zgody (pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego, sądu opiekuńczego), uzasadnione jest więc oczekiwanie lekarzy – że poza wąsko ujętymi przypadkami działania art. 34 ust. 7 i 32 ust. 9 – podejmując czynności medyczne będą dysponowali zgodą, uprawniającą do interwencji.

Można się spodziewać, że zawiadomienia o zajściu sytuacji, wymagających wydania orzeczenia przez sąd opiekuńczy, będą przez lekarzy (zakłady opieki zdrowotnej) dokonywane także wtedy, gdy podmiot zawiadamiający ma świadomość, iż najprawdopodobniej sąd nie zdąży dostatecznie szybko rozpoznać sprawy, wobec czego ostatecznie i tak pojawi się potrzeba sięgnięcia przez lekarza do unormowań, uprawniających do wykonania zabiegu bez uzyskania zgody. Tej praktyce lekarzy nie można się dziwić. Oprócz sytuacji bardzo pilnych, w sposób oczywisty wykluczających wydanie przez sąd postanowienia w przedmiocie zgody, zwykle lekarze nie są w stanie bez ryzyka pomyłki ocenić, czy czas pozostały do koniecznej interwencji medycznej jest wystarczający na rozpoznanie sprawy przez sąd. Jeśli więc wiadomo, że np. w perspektywie kilku dni zaistnieje potrzeba przeprowadzenia operacji, lekarz będzie raczej musiał podjąć działania zmierzające do uzyskania postanowienia w przedmiocie zgody zastępczej albo rozstrzygnięcia „kolizji oświadczeń”⁵⁶. Nawet jeśli zgodnie z oczekiwaniem orzeczenie nie zostanie w tym czasie wydane, w przypadku pretensji ze strony pacjenta lekarz będzie bowiem mógł powołać się na to, że skoro postanowienie w przedmiocie zgody nie zapadło dostatecznie szybko, wobec braku orzeczenia nie tylko mógł, ale wręcz musiał samodzielnie zdecydować o konieczności interwencji medycznej. Świadomość, że w niektórych przypadkach taka może być motywacja zawiadomień, wzmacnia postawioną wcześniej tezę, iż sąd opiekuńczy nie powinien rozstrzygać o zgodzie z nadmiernym pośpiechem, rzutującym na sposób rozpoznania sprawy.

8. Kolejna uwaga, poświęcona postępowaniu przed sądem opiekuńczym, dotyczy stron tego postępowania. W zależności od tego, o której z sytuacji, wymienionych w art. 32-34 mowa, grono podmiotów, mających status uczestnika, może

⁵⁶ W odniesieniu do przypadku odmowy przez rodziców zgody na udzielenie dziecku świadczenia medycznego – zob. M. Nesterowicz, op. cit., s. 131.

kształtować się różnie. Nie powinno budzić wątpliwości, że stroną postępowania zawsze jest pacjent, który ma być poddany czynności medycznej. W razie wymagania uzyskania tzw. zgody podwójnej (pacjenta i jego przedstawiciela) także ten przedstawiciel powinien być uznany za stronę postępowania, jak się wydaje, nie tylko w sytuacji rozstrzygnięcia kolizji oświadczeń (gdy oświadczenie pacjenta jest sprzeczne z oświadczeniem przedstawiciela), lecz także w razie wyrażenia przez oba uprawnione podmioty odmowy zgody na udzielenie pomocy medycznej. Natomiast statusu strony postępowania nie ma lekarz (zakład opieki zdrowotnej), który zawiadamia o potrzebie wydania orzeczenia. Wprawdzie w przypadku tych podmiotów także można dopatrzeć się interesu w udziale w postępowaniu, jest to jednak interes faktyczny, nie zaś interes prawny, obiektywnie uzasadniający występowanie w charakterze strony. Podobnie ocenić należy, jak myślę, sytuację osób bliskich, np. członków rodziny pacjenta – oczywiście, o ile nie są oni jednocześnie przedstawicielami ustawowymi lub opiekunami faktycznymi, o których była wcześniej mowa⁵⁷. Przepisy ustawy nie przewidują, iżby osoby te były uprawnione do decydowania, czy w stosunku do pacjenta powinny być podjęte albo nie podjęte jakieś czynności medyczne, trudno więc uznać, że mają one interes prawny w postępowaniu. Natomiast, jeśli sąd opiekuńczy uzna to za celowe z punktu widzenia toku postępowania, może przeprowadzić dowód z zeznań tych osób w charakterze świadków.

9. W związku z tym, że w czasie orzekania przez sąd pacjent jest niejednokrotnie nieprzytomny albo też jego decyzja w przedmiocie leczenia pozostaje w kolizji z oświadczeniem przedstawiciela ustawowego⁵⁸, powstaje zasadnicze zagadnienie zapewnienia pacjentowi możliwości obrony jego praw. Jest to kwestia szczególnie trudna z tego powodu, że ustawa nie zawiera przepisów proceduralnych, regulujących czynności sądów. Ze wskazania w ustawie, że o zgodzie orzekają sądy opie-

⁵⁷ Pojęcie opiekuna faktycznego zostało sprecyzowane w art. 31 ust. 8. Zakres uprawnień takiego opiekuna jest jednak ograniczony; w przypadku, w którym sam pacjent posiadający pełną zdolność do czynności prawnych z przyczyn faktycznych nie może w sposób niewadliwy wypowiedzieć się w przedmiocie zgody, opiekun faktyczny może wyrażać zgodę jedynie na przeprowadzenie zwykłych badań lub udzielenia świadczeń medycznych, które nie wiążą się ze zwiększonym ryzykiem. Bliższy opis tej sytuacji przedstawia M. Nesterowicz, op. cit., s. 130.

⁵⁸ Ten problem powstaje na tle uregulowanej w art. 32 ust. 6 w zw. z art. 34 ust. 5 sytuacji odmowy zgody na dokonanie czynności medycznej i dotyczy reprezentacji pacjenta ubezwłasnowolnionego lub małoletniego, którego oświadczenie może pozostawać w kolizji ze stanowiskiem jego przedstawiciela ustawowego. Wprawdzie kolizja ta w sposób zupełnie oczywisty zachodzi w razie rozbieżnych oświadczeń pacjenta i przedstawiciela ustawowego, jednak również w przypadku podwójnej odmowy zgody można reprezentować pogląd o potrzebie ustanowienia kuratora. Odmowa zgody może być różnie motywowana przez pacjenta i jego przedstawiciela ustawowego, z samego faktu zbieżnych, odmownych stanowisk obu tych podmiotów nie powinno się zatem wnioskować o braku sprzeczności interesów. Problematyczne jest w tym przypadku określenie konieczności i podstawy prawnej ustanowienia kuratora, przy czym do rozważenia pozostaje tu (rozszerzające? analogiczne?) stosowanie art. 98 § 3 w zw. z art. 99 k.r.o., a w odniesieniu do działania opiekuna – w zw. z art. 155 § 2 i art. 159 § 3 k.r.o.

kuńcze, można jedynie wnioskować o „kolejności” stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego. Brak jednak unormowań dostosowanych do specyfiki orzekania w przedmiocie zgody na leczenie, a w szczególności – jednoznacznego rozstrzygnięcia kwestii podstawowej: czy (jak) pacjent powinien być reprezentowany w toku postępowania w przedmiocie zgody zastępczej.

W związku z tym problemem mogą być proponowane co najmniej dwa rozwiązania. Po pierwsze, można twierdzić, że brak regulacji dotyczących reprezentacji pacjenta jest wyrazem świadomego zamierzenia normatywnego ustawodawcy, który nie chciał doprowadzać do spowalniania toku postępowania w przedmiocie uzyskania zgody, powodowanego koniecznością ustanawiania pacjentowi kuratora lub pełnomocnika. W świetle tego poglądu trzeba byłoby uznać, że w ustawie nie zachodzi luka, która uzasadniałaby poszukiwanie rozwiązania w analogicznym stosowaniu innych przepisów. Nie może być bowiem uzupełniane analogią to, co ustawodawca w sposób zamierzony pozostawił poza zakresem regulacji prawnej. Jak się wydaje, do tego poglądu nawiązuje wypowiedź R. Karcza, głosząca, że „Z art. 34 ust. 3 u. z. l. wynika, że sąd opiekuńczy może orzekać w postępowaniu bez udziału pacjenta i nie przewiduje się instytucji kuratora dla reprezentowania praw pacjenta, na wzór kuratora dla osoby mającej być ubezwłasnowolnioną (art. 547 k.p.c.)”⁵⁹.

Natomiast stosownie do drugiego poglądu brak podstaw do formułowania wniosku o modyfikacji ogólnych zasad udziału uczestnika w postępowaniu sądowym – zwłaszcza jeśli wniosek ten miałby podsumowywać nie argumentację opartą na wyraźnym rozstrzygnięciu normatywnym, lecz na pominięciu uregulowania tej kwestii w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Inaczej mówiąc, skoro brak przepisów szczególnych, stosownie do ogólnych reguł postępowania należy np. dokonać stronie doręczeń, dbając – tak jak w innych postępowaniach – o zapewnienie jej możliwości obrony swych praw. Z tym zapatrywaniem wiąże się jednak istotny problem: ponieważ w omawianej grupie postępowań uczestnicy niejednokrotnie nie są zdolni do samodzielnego podejmowania czynności w sprawie (w tym do ustanowienia pełnomocnika lub zgłoszenia wniosku o jego ustanowienie), postępowanie w przedmiocie zgody zastępczej w zasadzie nie mogłoby się toczyć bez ryzyka podniesienia zarzutu nieważności postępowania.

Uniknięcie takiego ryzyka wymagałoby, jak się wydaje, ustanowienia pełnomocnika z urzędu, przy czym podstawę prawną takiej czynności sądu mógłby stanowić⁶⁰ art. 48 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, stosowany *per analogiam*. Wprawdzie może budzić wątpliwości konstruowanie analogii opartej na unormowaniu przy-

⁵⁹ Tej wypowiedzi nie powinno się jednak, jak myślę, utożsamiać ze stanowiskiem przyjmującym brak interesu prawnego pacjenta w udziale w postępowaniu, a raczej – z możliwością prowadzenia postępowania mimo braku udziału strony (osobistego lub przez reprezentanta).

⁶⁰ Drugim nasuwającym się tu rozwiązaniem byłoby analogiczne stosowanie art. 547 k.p.c., którego przesłanki nie pozostają jednak w pełnej korelacji z okolicznościami i potrzebami reprezentowania w postępowaniu sądowym osoby chorej, niezdolnej do samodzielnego podejmowania czynności procesowych.

jętym w ustawie o węższym zakresie regulacji niż zakres tzw. ustawy zawodowej lekarskiej, jednak za rozwiązaniem aprobowującym analogię przemawiałaby zbieżność sytuacji, w których powstaje potrzeba ustanowienia pełnomocnika. W obu przypadkach zachodzi stan niezdolności strony, której postępowanie dotyczy, do samodzielnego dokonywania czynności procesowych. Nie można pominąć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęta została szeroka wykładnia art. 48 ustawy j.w., wskazująca na potrzebę ustanowienia pełnomocnika także tym osobom z zaburzeniami psychicznymi, które wprawdzie działają w sprawie (składają pisma procesowe itd.), lecz nie potrafią „racjonalnie korzystać z instytucji procesowych”⁶¹. Z tego punktu widzenia potrzeba, a wręcz konieczność ustanowienia pełnomocnika nawet bez wniosku strony rysowałaby się nie mniej silnie w sprawach dotyczących wyrażenia przez sąd opiekuńczy zgody na interwencję medyczną.

Pogłębiona analiza każdego z tych rozwiązań i stanowcze zaaprobowanie jednego z nich wymagałyby odrębnego, obszernego opracowania. Obecnie można jedynie zauważyć, że wybór stanowiska jest uzależniony od tego, jakie zamierzenia przypisane zostaną ustawodawcy. Jeśli uznać, że celem prawodawcy było wykreowanie szczególnego modelu postępowania, w którym podstawowe znaczenie ma szybkie rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy, można przyjąć, iż w obecnej regulacji nie zachodzi luka, uprawniająca do zastosowania analogii. Natomiast, jeśli założyć, że ustawodawca przez niedopatrzenie nie uregulował kwestii reprezentacji pacjenta w sposób dostosowany do specyfiki postępowania w przedmiocie zgody na leczenie, otwiera się perspektywa poszukiwania unormowań, które pozwalałyby usunąć skutki owego niedopatrzenia.

Obserwacja praktyki wskazuje, że w sytuacji bardzo szybkiego rozstrzygnięcia w przedmiocie zgody, sądy nie ustanawiały pacjentowi nieprzytomnemu (o pełnej zdolności do czynności prawnych) żadnego reprezentanta, natomiast po odzyskaniu zdolności do samodzielnego działania doręczały mu odpis wydanego uprzednio postanowienia z pouczeniem o możliwości wniesienia apelacji. Powstaje jednak pytanie, czy w przypadku braku tak pilnej potrzeby wydania orzeczenia pacjent nie powinien być odpowiednio reprezentowany już na etapie postępowania przed sądem I instancji. Stwarzałoby to możliwość podniesienia w tym stadium rozpoznania sprawy istotnych z punktu widzenia pacjenta argumentów, wspierających jego stanowisko w sprawie zgody na leczenie lub na określonej postaci interwencji medycznej.

10. Stosownie do treści art. 578 k.p.c. postanowienia sądu opiekuńczego w przedmiocie zgody są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania. Wbrew podniesionym w literaturze wątpliwościom⁶² należy przyjąć, że sformułowanej wyżej konkluzji nie podważają wypowiedzi Sądu Najwyższego, dotyczące postanowień wydawanych na tle ustawy

⁶¹ Uzasadnienie postanowienia z dnia 14 czerwca 2005 r., V CK 746/04.

⁶² R. Karcz, op. cit., s. 48 oraz przypis 34 na s. 48.

o ochronie zdrowia psychicznego. Wprawdzie przyjęto w nich, że zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 521 § 1 k.p.c. wspomniane orzeczenia stają się skuteczne, a jeżeli wymagają wykonania, także wykonalne, po uprawomocnieniu się. Jednak taki wniosek był wynikiem analizy art. 42 powołanej ustawy, rozstrzygającego o stosowaniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym, ze zmianami wynikającymi z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Z takiego brzmienia przepisu wywiedziono, że w tym zakresie, w jakim przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nie regulują kwestii skuteczności i wykonalności orzeczeń, zastosowanie znajdują przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym (art. 521 k.p.c.). Podstaw do takiego wnioskowania brak na tle ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, która w ogóle nie reguluje kwestii „uszeregowania” kolejności stosowania przepisów proceduralnych. W konsekwencji, skoro w ustawie mowa o działaniach sądów opiekuńczych, zastosowanie powinien znaleźć art. 578 k.p.c., zamieszczony wśród przepisów ogólnych rozdziału drugiego „Inne sprawy rodzinne oraz sprawy opiekuńcze”.

Podsumowanie

Stosowanie przez sądy opiekuńcze przepisów ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry stwarza potrzebę rozstrzygnięcia licznych wątpliwości, związanych z koniecznością skonkretyzowania katalogu przypadków, w których sądy te są uprawnione do orzekania w przedmiocie zgody na podjęcie działań medycznych oraz sprecyzowania reguł postępowania w przedmiocie wyrażenia albo odmowy wyrażenia tzw. zgody zastępczej.

W związku z pierwszą z tych płaszczyzn należy zwrócić uwagę na problemy w interpretacji przepisów o zgodzie na udział osoby w eksperymencie medycznym (art. 25) oraz skomplikowaną regulację systemu wymagań zgody na udzielenie świadczenia medycznego (art. 32 i 34).

Natomiast co dotyczy zagadnień proceduralnych, zaakcentowania wymaga, że brak przepisów formalnych, uwzględniających specyfikę postępowania w przedmiocie wyrażenia tzw. zgody zastępczej, nakłada na sądy opiekuńcze ciężar samodzielnego poszukiwania rozwiązań, które zapewniając sprawność postępowania jednocześnie gwarantowałyby pacjentowi ochronę jego praw jako strony postępowania sądowego.

Umowa o macierzyństwo zastępcze i jej dopuszczalność na tle prawa polskiego

Możliwość transferu zarodka do macicy innej kobiety, niż dawczyni komórki jajowej, powoduje nieznane dawniej rozróżnienie macierzyństwa genetycznego i macierzyństwa biologicznego. W rezultacie tego zjawiska straciła swój walor łacińska paremia *mater semper certa est*.¹ Chodzi bowiem o odpowiedź na pytanie, czy matką dziecka jest kobieta rodząca dziecko, czy dawczyni komórki rozrodczej. Matka zastępcza może być związana z dzieckiem węzłem krwi. W praktyce tak rozumiane macierzyństwo zastępcze jest odpowiednikiem przewidzianej przez prawo instytucji opieki, którą wszakże w pierwszej kolejności może, a nawet powinna sprawować osoba związana z dzieckiem węzłem pokrewieństwa.

Rozdzielenie macierzyństwa biologicznego, wynikającego z faktu urodzenia dziecka, od macierzyństwa genetycznego, wynikającego z pochodzenia komórki jajowej wykorzystanej do zabiegu, wywołuje ten skutek, iż żadnej z zainteresowanych kobiet nie można odmówić prawa do rodzicielstwa.² W niektórych państwach ustawodawstwo wskazuje, iż matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, a nie dawczyni komórki rozrodczej (m. in. Bułgaria³, Wielka Brytania⁴, Australia – prowincja Victoria⁵). W innych państwach⁶, chociaż nie ma przepisów bezpośrednio rozstrzygających macierzyństwo jednej z dwóch kobiet, jednak powszechnie respektuje się zasadę wiążącą macierzyństwo prawne z faktem urodzenia, zgodnie z paremią *mater est quam gestatio demonstrat*.⁷

¹ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z próbówki. Etyka i praktyka sztucznej prokreacji*, Warszawa 1988, s. 115; M. Gałązka, *Prawo karne wobec prokreacji pozaustrojowej*, Lublin 2005, s. 191.

² P. Singer, D. Wells, *Dzieci z próbówki...*, s. 118.

³ Zgodnie z art. 31 bułgarskiego kodeksu rodzinnego „Macierzyństwo jest ustalone przez urodzenie. Identyfikacyjnie należy rozstrzygnąć w wypadku macierzyństwa wobec dziecka poczętego z materiału genetycznego innej kobiety”.

⁴ *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, c. 37, PGAGSM 1990, part IV, p. 1471-1509.

⁵ *Status of Children (Amendment) Act*, 1984. Ustawa ta przewiduje, iż w wypadku wykorzystania w ramach zapłodnienia pozaustrojowego obcej komórki żeńskiej domniemywa się, że kobieta, od której pochodzi komórka jajowa nie jest matką dziecka, a jednocześnie – że jest matką dziecka kobieta, do której organizmu komórka ta została implantowana. Jednocześnie ustawodawca wskazał, że domniemanie to ma charakter domniemania niewzruszalnego. Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 126.

⁶ Szczegółowe omówienie regulacji krajowych: M. Fras, D. Abłażewicz, *Reżim prawny macierzyństwa zastępczego na tle porównawczym*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego, vol. VI, A. D. MMVIII, s. 31-67.

⁷ T. Smyczyński (w:) T. Smyczyński (red.), *System Prawa Prywatnego, Tom 12, Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2003, s. 223; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 127.

Ustawodawstwo polskie nie posługuje się terminem „macierzyństwo zastępcze”. Artykuł 109 § 2 k.r.o. stanowi jedynie o rodzinie zastępczej, jednakże czyni to w innym kontekście, bez związku ze stosowaniem podobnej terminologii w przypadku zabiegu wspomaganej prokreacji.⁹ Od kilku już lat w Polsce toczą się prace nad nowelizacją ustawy Kodeks rodzinny i opiekuńczy. W ocenie członków Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego powstała potrzeba jednoznacznego wskazania w przepisach k.r.o., kto jest matką dziecka, a więc także – podstawy sporządzenia aktu urodzenia i jego treści. Chodzi bowiem o to, aby z norm prawnych dotyczących ustalenia pochodzenia dziecka wynikało *expressis verbis*, że macierzyństwo opiera się na fakcie urodzenia dziecka. Projekt sporządzony przez Komisję we wrześniu 2006 r. przewiduje wprowadzenie do kodeksu przepisu art. 61⁹, zgodnie z którym matką dziecka jest kobieta, które je urodziła.⁹

Tzw. macierzyństwo zastępcze nie stanowi odrębnej w kategoriach medycznych techniki sztucznego poczęcia dziecka, jest więc zjawiskiem charakterystycznym nie ze względu na samą technikę, lecz okoliczności jej zastosowania.¹⁰ Odwołanie się do tej formy prokreacji może wiązać się z kombinacją różnych metod. Wspólną wszakże cechą jest to, że kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko bez intencji jego wychowania i przejęcia w przyszłości jakiegokolwiek odpowiedzialności rodzicielskiej, zaś w umowie zawieranej przed poczęciem dziecka z innymi osobami (które w piśmiennictwie określa się jako „rodziców socjologicznych”¹¹ dziecka) zobowiązuje się do natychmiastowego jego wydania z chwilą urodzenia i wyrażenia zgody na adopcję przez swoich kontrahentów lub jednego z nich.¹² Wedle określenia Raportu Mary Warnock z 1984 r.¹³, macierzyństwo zastępcze to „praktyka po-

⁸ M. Działyńska, *Problematyka prawna macierzyństwa zastępczego*, (w:) T. Smoczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 114.

⁹ Tekst projektu i jego uzasadnienie znajduje się na stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości: www.ms.gov.pl; zob. również: Z. Radwański (red.), *Zielona Księga – optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 150.

¹⁰ P. F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze – przegląd prawnoporównawczy*, RPEiS 1991, Nr 10-12, s. 123; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 135; Inaczej: M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze w systemie common law*, PiP 2003, Nr 8, s. 97.

¹¹ Należy jednakże podkreślić, iż w obcej literaturze, jak również aktach prawnych tych państw, które w pewnym zakresie uregulowały problematykę prawną dotyczącą macierzyństwa zastępczego bądź czynią takie właśnie próby, spotyka się różną terminologię; por. M. Działyńska, *Macierzyństwo zastępcze*, SP 1993, z. 1, s. 88.

¹² M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 135; co do pojęcia umów o macierzyństwo zastępcze i samego zjawiska w różnych aspektach prawnych, etycznych i socjologicznych, zob. m.in. B. M. Dickens, *Legal Aspects of Surrogate Motherhood: Practices and Proposals*, Cambridge 1987; A. Katz, *Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Law*, Columbia Journal of Law and Social Problems 1986, vol. 20/1 s. 1 i nast.; W. van den Daele, *Mensch nach Mass?*, München 1985, s. 48; por. również opracowanie Rady Europy, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo comparative study on the situation in 39 states*, Strasbourg 1998.

¹³ Rządowa komisja pod przewodnictwem Mary Warnock została powołana w Wielkiej Brytanii w celu zbadania socjologicznych, etycznych i prawnych skutków rozwoju w dziedzinie sztucznie wspomaganej prokreacji; por. M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99.

legająca na tym, że kobieta pozostaje w ciąży dla innej kobiety z zamiarem przekazania jej dziecka po porodzie”.¹⁴

Według Komisji do spraw Reformy Prawa w Ontario¹⁵, wyróżnić można następującą konfigurację macierzyństwa zastępczego:

- 1) kobieta zostaje sztucznie zapłodniona *in vivo* nasieniem dawcy, a po porodzie dziecko zostaje przekazane dawcy nasienia;
- 2) jajo kobiety zostaje zapłodnione *in vitro*, embrion zostaje wszczepiony do macicy kobiety zdolnej do donoszenia ciąży, po porodzie zaś dziecko zostaje przekazane dawczyni jaja;
- 3) kobieta zostaje zapłodniona *in vivo*, embrion zostaje wyplukany z jej macicy¹⁶ i wszczepiony do macicy innej kobiety zdolnej do donoszenia ciąży, zaś po porodzie dziecko zostaje przekazane dawczyni komórki jajowej;
- 4) komórka jajowa kobiety zostaje zapłodniona *in vitro* lub *in vivo* z następnym wyplukaniem go z macicy i wszczepieniem do macicy innej kobiety, a po porodzie dziecko zostaje przekazane osobie trzeciej, tj. dawcy nasienia i jego żonie.¹⁷

Analogicznie w piśmiennictwie¹⁸ wskazuje się, iż można rozróżnić pełne i częściowe zastępcze macierzyństwo. Pełne macierzyństwo zastępcze¹⁹ ma miejsce w wypadku, gdy para pragnąca mieć dziecko²⁰ przy pomocy innej kobiety dostarcza matce zastępczej zapłodniony embrion. Częściowe macierzyństwo zastępcze występuje zaś wówczas, gdy matka zastępcza zostaje zapłodniona nasieniem mężczyzny, który chce być ojcem dziecka bez stosunku płciowego z matką zastępczą i bez nawiązywania z nią stosunków o charakterze rodzinnym.²¹

Podkreślić należy, że stosowana w literaturze terminologia bywa zróżnicowana. W piśmiennictwie amerykańskim wśród form zastępczego macierzyństwa najczęściej wyróżnia się tzw. „tradycyjne” macierzyństwo zastępcze i tzw. „gestacyjne” macierzyństwo zastępcze.²² Tradycyjne macierzyństwo zastępcze występuje, gdy

¹⁴ U.K. Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Her Majesty's Stationery Office, London 1984, Nr 8.1, s. 42.

¹⁵ Ministry of the Attorney General, Ontario Law Reform Commission, Canada, *Report of Human Artificial Reproduction and Related Matters*, t. II, 1985, s. 218.

¹⁶ Tzw. *flushing*.

¹⁷ P. F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 124.

¹⁸ D. Pretorius, *Surrogate Motherhood. A worldwide View of the Issues*, Springfield, Illinois 1994, s. 15-16; R. F. Chadwick, *Having Children: Introduction*, (w:) R. F. Chadwick (red.), *Ethics, Reproduction and Genetic Control*, London – New York 1992, s. 38-39; P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 122-123, 140-141.

¹⁹ Zwane również „czystym”; por. T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania wspomaganego rozrodu*, (w:) T. Smyczyński (red.), *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, Poznań 1996, s. 60.

²⁰ W piśmiennictwie jako stronę umowy o macierzyństwo zastępcze określa się ich mianem „*intended parents*”. Por. m.in. T. R. Schlesinger, *Assisted Human Reproduction: Unsolved Issues in Parentage, Child Custody and Support*, *Journal of the Missouri Bar* 2005, vol. 61, Nr 1, s. 2.

²¹ M. Safjan, *Prawne problemy zastępczego macierzyństwa* (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, Toruń 2000, s. 293.

²² Zob. m. in.: T. R. Schlesinger, *Assisted Human Reproduction...*, s. 2; J. L. Dolgin, *Defining The Family: Law, Technology, And Reproduction In An Uneasy Age*, New York 1997, s. 64, 66-67.

zastępcza matka zostaje zapłodniona nasieniem dawcy, któremu po porodzie przekazuje dziecko. W przypadku tradycyjnego macierzyństwa zastępczego zastępcza matka jest genetycznie związana z dzieckiem. W piśmiennictwie wyróżnia się również tzw. „gestacyjne” macierzyństwo zastępcze polegające na tym, że kobieta godzi się na wszczepienie do jej macicy embrionu utworzonego z komórki jajowej i nasienia „rodziców socjologicznych”. W tej konfiguracji „rodzice socjologiczni” są jednocześnie rodzicami genetycznymi dziecka. Wskazać można jeszcze na tzw. gestacyjne macierzyństwo zastępcze z donacją jaja, w którym kobieta godzi się na wszczepienie do jej macicy embrionu utworzonego z komórki jajowej osoby trzeciej (najczęściej anonimowej) i nasienia „ojca socjologicznego”.

Wskazuje się, że „do istoty macierzyństwa zastępczego należy również porozumienie między kobietą mającą urodzić dziecko a osobą lub osobami, którym dziecko ma zostać wydane i które będą je wychowywać jak swoje własne. Spośród licznych postanowień, mogących składać się na takie porozumienie, najistotniejszym elementem jest przyrzeczenie matki zastępczej, iż podda się zabiegom medycznym niezbędnym do powstania ciąży i przekaże w sposób nieodwołalny pieczę nad dzieckiem po porodzie oraz wzajemne przyrzeczenie drugiej strony (stron), iż przyjmie dziecko. Porozumienie takie może także zawierać postanowienia co do wynagrodzenia należnego matce zastępczej od przyszłych „rodziców” za wykonanie przyrzeczonych świadczeń. Niektóre kobiety godzą się jednak, z pobudek altruistycznych²³, na nieodpłatne urodzenie dziecka”.²⁴

Kwestiami wywołującymi najczęściej sporów są niewątpliwie: 1) dopuszczalność umów mających za przedmiot macierzyństwo zastępcze, 2) treść umowy będącej podstawą stosunku prawnego między zainteresowanymi, a zwłaszcza problem odpłatności.²⁵

Umowa o macierzyństwo zastępcze ma charakter umowy nienazwanej.²⁶ Za zbyt daleko idące uznać należy zapatrywanie wyrażone w piśmiennictwie, wedle którego „zachodzą tu pewne podobieństwa do czynności prawnej, której przedmiotem jest ustanowienie użytkowania (...) ale jednak (...) nie wydaje się możliwe jako zakwalifikowanie jej, jako dotyczącej ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego”.²⁷ „Świadczenia” matki zastępczej nie sposób traktować analogicznie

²³ Zob. T. Smyczyński (w:) T. Smyczyński (red.), *System...*, s. 222; B. M. Baker, *A Case for Permitting Altruistic Surrogacy*, *Hypatia* 1996, Nr 2, s. 34 i nast.; M. Kirkman, A. Kirkman, *Sister-to-sister gestational 'surrogacy' 13 years on: a narrative of parenthood*, *Journal of Reproductive and Infant Psychology* 2002, Nr 3, s. 135-147.

²⁴ Ministry of the Attorney General, Ontario Law Reform Commission, Canada, *Report of Human Artificial Reproduction and Related Matters*, t. II, 1985, s. 218-219.

²⁵ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 97.

²⁶ Szerzej o umowach nienazwanych: Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 242-248.

²⁷ J. A. Piszczek, *Organ ciała ludzkiego jako przedmiot stosunków cywilnoprawnych oraz cechy charakterystyczne czynności prawnych dotyczących tych organów*, *Acta Universitatis Nicolai Copernici* 1983, Prawo XXII, Nauki Humanistyczno-Społeczne, z. 141, s. 101. Zgodzić się należy z autorem w zakresie, w jakim zaznacza, iż czynnościom prawnym, których przedmiotem są organy ciała ludzkiego należy odmówić sankcji prawnej.

do jakiegokolwiek prawnie regulowanej umowy cywilnoprawnej. Podkreślić należy, iż stosowany niekiedy w piśmiennictwie termin „łono do wynajęcia”²⁸ można traktować wyłącznie w kategoriach metaforycznych.²⁹

Umowa o macierzyństwo zastępcze często przybiera kształt bardzo złożony, rozbudowany,³⁰ szczegółowo określając obowiązki i uprawnienia stron.³¹ Stronami umowy są z jednej strony rodzice socjologiczni, z drugiej zaś – matka zastępcza. W ustawodawstwach wielu państw przewiduje się, że rodzicami socjologicznymi muszą być małżonkowie. Wydaje się, iż żądanie, aby macierzyństwo zastępcze było dostępne jedynie wśród małżeństw, wynika z przeświadczenia, że dziecko powinno mieć zapewnione odpowiednie warunki domowe.³² W Stanach Zjednoczonych nie budzą jednakże wątpliwości umowy o macierzyństwo zastępcze zawierane przez pary żyjące w konkubinacie, a także przez pary homoseksualne.

Zasadniczą treścią³³ umowy o zastępcze macierzyństwo jest poczęcie, urodzenie i wydanie dziecka przez zastępczą matkę rodzicom socjologicznym po akcie porodu.³⁴ Postanowienia umowy zakładają zazwyczaj wykorzystanie techniki sztucznej inseminacji,³⁵ bowiem na obecnym etapie rozwoju współczesnej medycyny macierzyństwo zastępcze z zapłodnieniem *in vivo* należą już raczej do rzadkości. W zależności od tego, który z wariantów zastępczego macierzyństwa będzie przedmiotem zawartej umowy, matka zastępcza wyraża zgodę na inseminację nasieniem ojca socjologicznego,³⁶ na implantację embrionu utworzonego przez połączenie komórek rozrodczych rodziców socjologicznych,³⁷ lub też na inną formę sztucznego poczęcia. Wydanie dziecka rodzicom socjologicznym w przeważającej ilości przypadków będzie się również wiązało z koniecznością zrzeczenia się matki zastępczej swoich praw rodzicielskich względem dziecka, a ewentualnie także z wyrażeniem zgody na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych. Umowa będzie wówczas zawierała również zobowiązanie rodziców socjologicznych do wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie tego dziecka.

Umowa o macierzyństwo zastępcze jest umową konsensualną i kauzalną. W związku z faktem, iż obowiązek świadczenia w niniejszej umowie ciąży na obu jej stronach, należy uznać, iż ma ona charakter umowy dwustronnie zobowiązują-

²⁸ „Womb-leasing”, „pre't d'uterus”.

²⁹ M. Sařjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 433.

³⁰ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 98; szerzej: I. Kennedy, A. Grubb, *Principles of Medical Law*, Oxford 2000, s. 651 i nast.

³¹ M. Nesterowicz, *Problemy prawne nowych technik sztucznego poczęcia dziecka*, PiP 1985, Nr 2, s. 48-49.

³² P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 81.

³³ Wobec faktu, że umowa o macierzyństwo zastępcze jest umową nienazwaną, trudno w tym zakresie mówić o jej składnikach przedmiotowo istotnych (tzw. *essentialia negotii*); por. w tym zakresie Z. Radwański, *Teoria umów...*, s. 249.

³⁴ M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 114.

³⁵ *Ibidem*, s. 141.

³⁶ Tzw. częściowe macierzyństwo zastępcze.

³⁷ Tzw. pełne macierzyństwo zastępcze.

cej. Wątpliwości mogą dotyczyć charakteru wzajemnego umów o zastępcze macierzyństwo. W myśl art. 487 § 2 k.c. swoista cecha umów wzajemnych polega na tym, że „obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. W piśmiennictwie³⁸ wskazuje się, że umowami wzajemnymi mogą być zarówno umowy nazwane jak i nienazwane.³⁹ Moim zdaniem należy uznać, iż umowa ta ma charakter wzajemny. Trzeba natomiast liczyć się z faktem, iż strony mogą ułożyć ów stosunek prawny w sposób, który wykluczy możliwość takiej kwalifikacji umowy. Kwestia będzie zatem zależna od okoliczności konkretnego przypadku. Przyznanie umowie o macierzyństwo zastępcze charakteru umowy wzajemnej będzie pociągało za sobą konsekwencje dotyczące jej dopuszczalności. W większości przypadków umowa o macierzyństwo zastępcze będzie miała charakter odpłatny.

Nie można wykluczyć sytuacji, w której porozumienie między stronami przybierze postać umowy warunkowej (pod warunkiem zawieszającym), regulującej jedynie pewne relacje majątkowe z tytułu przyszłego i niepewnego zdarzenia, jakim jest w chwili zawarcia umowy fakt urodzenia dziecka i jego przysposobienia przez rodziców socjologicznych.⁴⁰ Pozostawiając w tym miejscu na marginesie kwestie związane z możliwością wykonania poszczególnych postanowień umowy, z czysto teoretycznego punktu widzenia strony nie są ograniczone co do możliwości wprowadzenia do umowy odpowiednich klauzul. Najczęściej w praktyce spotyka się klauzule odnoszące się do prowadzenia przez matkę zastępczą odpowiedniego trybu życia (m. in. zakaz spożywania alkoholu, zakaz palenia, brania narkotyków oraz zażywania jakichkolwiek leków bez uprzedniej konsultacji z lekarzem prowadzącym, obowiązek przestrzegania odpowiedniej diety, zakaz uprawiania niebezpiecznych sportów lub innych tego typu czynności, zakaz wystawiania się na działanie promieniowania, związków chemicznych lub chorób zakaźnych, a także wstrzemięźliwość seksualna od pierwszego dnia cyklu menstruacyjnego przed wszczęciem procedury sztucznego unasiennienia). Powszechne są również klauzule umowne dotyczące obowiązku zastępczej matki poddawania się odpowiednim zabiegom diagnostycznym. Obowiązek ten można rozpatrywać w odniesieniu do dwu stadiów. Po pierwsze, przed zapłodnieniem matka zastępcza musi poddać się szczegółowym badaniom ginekologicznym w celu wykluczenia ewentualnych chorób, które mogłyby się nasilić w trakcie ciąży, czy wskutek porodu. Badanie ginekologiczne musi wykluczyć wszelkie zaburzenia, które mogą stanowić przyczynę poronienia, przedwczesnego porodu, czy też innych komplikacji związanych z ciążą, przede wszystkim zaś takich, które mogłyby wpłynąć negatywnie na rozwój płodu. Przed przystąpieniem do zabiegu sztucznej inseminacji zastępcza matka zobowiązana jest poinformować

³⁸ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1995, s. 125.

³⁹ Por. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 października 1987 r., III CZP 55/87, OSNCP 1989, Nr 6, poz. 90.

⁴⁰ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 434.

rodziców socjologicznych o wszelkich chorobach istniejących w jej rodzinie, a mających uwarunkowania genetyczne.⁴¹ Po drugie zaś, matka zastępcza zobowiązana jest do poddawania się regularnie diagnostyce prenatalnej⁴² w trakcie ciąży oraz do stosowania się do zaleceń lekarzy.

Oczywistym – z punktu widzenia celu zawartej umowy – postanowieniem umownym jest również zakaz poddania się przez zastępczą matkę zabiegowi przerwania ciąży. Jedynym dopuszczalnym w praktyce wyjątkiem od powyższego zakazu jest wskazanie niezależnego ginekologa do poddania się matki zastępczej zabiegowi tzw. „aborcji terapeutycznej”. Wątpliwości dotyczą jednakże okoliczności, czy przerwanie ciąży mogą domagać się rodzice socjologiczni w przypadku, gdy np. badania diagnostyczne przeprowadzone w trakcie ciąży wykazą, że płód rozwija się nieprawidłowo.⁴³ Jest to kwestia sporna nie tylko ze względów prawnych, ale przede wszystkim etyczno-moralnych, które mimo wszystko – poza problematyką dopuszczalności umowy o macierzyństwo zastępcze – nie stanowią przedmiotu zainteresowania niniejszego opracowania. W świetle prawa niewykonanie takiego postanowienia umownego narażałoby jedną ze stron umowy na odpowiedzialność z tytułu tzw. *wrongful birth*.⁴⁴

Wobec faktu, iż w wielu państwach lub stanach macierzyństwo zastępcze jest niedopuszczalne, albo w inny sposób ograniczone, istotną klauzulą umowną będzie wybór prawa właściwego dla umowy. W większości przypadków wybór ten jest realizowany wraz z określeniem miejsca, w którym matka zastępcza ma urodzić dziecko.⁴⁵ Znacznie rzadziej stosowana jest klauzula dotycząca wyboru płci dziecka. Klauzula ta może znaleźć zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy rodzice socjologiczni chcą ustrzec dziecko przed dystrofią mięśni (Typ Duchenne) lub przed inną zależną od płci ciężką chorobą dziedziczną.⁴⁶ Przedkoncepcyjna determinacja płci jest już dozwolona w Wielkiej Brytanii, jednakże jest ona uwarunkowana wskazaniem medycznymi. Komitet ds. Embriologii i Zapłodnienia rozważa kwestię, czy możliwość wyboru płci powinna być włączona do licencjonowanych usług w zakresie leczenia niepłodności.⁴⁷

⁴¹ M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99.

⁴² Zgodnie z definicją M. Safjana, diagnostyka prenatalna to zespół metod i technik medycznych pozwalających na ustalenie wad rozwojowych lub deformacji embrionu lub płodu, takich jak np. trisomie mongolizm, anencefalia, choroba Tay-Sachsa, spina-bifida, hemofilia. Metody diagnostyki prenatalnej umożliwiają ponadto określenie płci płodu, stadium zaawansowania ciąży, a także pozwalają na ujawnienie w bardzo wczesnym etapie ciąży bliźniaczej. Do metod tych zalicza się: amniocentesis (pobranie i analiza płynu owodniowego), echografię uzyskanie obrazu płodu przez wykorzystanie ultradźwięków oraz fetoskopię (bezpośrednie badanie płodu). Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 525.

⁴³ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 146.

⁴⁴ Szerzej por. T. Justyński, *Poczęcie i urodzenie się dziecka jako źródło odpowiedzialności cywilnej*, Kraków 2003, s. 163-224; M. Nesterowicz, *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 171-182; tenże: *Prawo medyczne*, Toruń 2005, s. 195-210.

⁴⁵ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego Massachusetts w sprawie *Hodas v. Morin*, 442 Mass. 544, 814 NE-2d 320 (2004).

⁴⁶ Np. hemofilią. Zob. T. Smyczyński, *Pojęcie i status prawny...*, s. 14.

⁴⁷ T. Rucki, *Medyczne uwarunkowania...*, s. 59.

Elementem umowy o zastępcze macierzyństwo, który budzi najwięcej sporów, jest odpłatność. Znane są przypadki, kiedy matka zastępcza godzi się na zawarcie umowy z pobudek altruistycznych zwłaszcza, gdy stronami umowy są bliscy krewni.⁴⁸ Powyższe przypadki stają się jednakże w praktyce coraz rzadsze, a zastępcza matka za swoje „świadczenie” otrzymuje dość znaczne wynagrodzenie. Jak powszechnie wskazuje się w literaturze, „świadczenie” to nie może być wprawdzie przedmiotem oszacowania pieniężnego, skoro chodzi tu o realizację funkcji rodzicielskiej, nic jednak nie stoi na przeszkodzie wprowadzeniu do umowy klauzuli przewidującej zwrot wydatków związanych z ciążą i porodem.⁴⁹ Prawnym wzorcem dla takiej klauzuli mogłyby być roszczenia, które przysługują matce w pewnych sytuacjach prawnych wobec ojca dziecka poczętego w sposób naturalny (por. np. art. 1645 BGB). W k.r.o. roszczenie takie przewidują art. 141 i 142. Także na gruncie prawa polskiego nie budzi wątpliwości możliwość uregulowania w sposób umowny obowiązku pokrycia przez ojca dziecka (lub w wypadku macierzyństwa zastępczego – przez rodziców socjologicznych) kosztów związanych z utrzymaniem matki w okresie ciąży i porodu, jak również innych koniecznych wydatków i strat majątkowych. Wydatki związane z ciążą i porodem są w literaturze definiowane jako wydatki, które w sposób bezpośredni wiążą się z ciążą i porodem jako normalne następstwa tych zdarzeń.⁵⁰ Wskazuje się zaś, iż „inne konieczne wydatki i straty majątkowe” wiążą się z tymi zdarzeniami jedynie pośrednio, mają więc charakter nietypowy.⁵¹

Klauzule związane z odpłatnością umowy o macierzyństwo zastępcze można – na potrzeby niniejszego opracowania – podzielić na trzy grupy. Po pierwsze, będzie to obowiązek pokrycia przez rodziców socjologicznych wszelkich wydatków „medycznych” matki zastępczej związanych z procedurą sztucznego unasienienia oraz ciążą. Po drugie, będzie to obowiązek pokrycia innych poniesionych przez matkę zastępczą kosztów zaistniałych w związku z ciążą i porodem. Po trzecie będzie to „typowe” wynagrodzenie dla matki zastępczej. Wskazać należy, iż dokonany wyżej podział klauzul umownych dotyczących odpłatności za wykonanie umowy o macierzyństwo zastępcze nie świadczy o tym, iż w każdej umowie takie klauzule muszą znaleźć zastosowanie. W praktyce najczęściej spotyka się klauzule zaliczane do pierwszej grupy. Z uwagi na fakt, iż w wielu państwach umowy o macierzyństwo zastępcze przewidujące wynagrodzenie dla zastępczej matki są prawnie niedopuszczalne, bardzo często – w celu obejścia ustawowego zakazu – wynagrodzenie dla zastępczej matki ukrywane jest pod postacią postanowienia umownego dotyczącego zryczałtowanego zwrotu wydatków „pozamedycznych”

⁴⁸ M. Galbraith, H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach*, Health Care Analysis 2005, Nr 1, s. 13.

⁴⁹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 142.

⁵⁰ Zob. J. Majorowicz, *Charakter i przesłanki realizacji roszczeń matki dziecka pozamałżeńskiego związanych z ciążą lub porodem*, NP 1966, Nr 5, s. 598.

⁵¹ J. Pietrzykowski (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 1052.

(klauzule z grupy drugiej). Na gruncie umów zawieranych w Stanach Zjednoczonych realizacja klauzuli umownej przewidującej obowiązek pokrycia przez rodziców socjologicznych wszelkich wydatków „medycznych” matki zastępczej związanych z procedurą sztucznego unasiennienia oraz ciążą polega na zawarciu przez rodziców socjologicznych na rzecz zastępczej matki umowy ubezpieczenia zdrowotnego oraz umowy ubezpieczenia na życie. W tym przypadku matka zastępcza zobowiązana jest do udokumentowania wszystkich poniesionych przez nią wydatków. Wszelkie inne koszty związane z leczeniem matki zastępczej, które nie są objęte przez umowę ubezpieczenia rodzice socjologiczni dziecka pokrywają bezpośrednio. Klauzule należące do grupy drugiej dotyczą zwrotu matce zastępczej przez rodziców socjologicznych innych kosztów związanych z ciążą. Mogą to być przede wszystkim koszty związane ze stosowaniem odpowiedniej diety, koszty podróży, koszty zakupu odpowiedniej odzieży, koszty konsultacji prawnych i psychologicznych, ewentualne koszty sądowe, koszty opieki osób trzecich, koszty rozmów telefonicznych etc. Zwrot kosztów i wydatków należących do grupy drugiej bardzo często przybliża się do kategorii zadośćuczynienia za krzywdę. W wielu przypadkach obejmuje on bowiem wypłatę matce zastępczej stosownych kwot tytułem niemożliwych do oszacowania okoliczności, takich jak ból, cierpienie i wszelkie niedogodności osobiste⁵² związane z ciążą, dyskomfort czy poświęcony czas. Należy mieć jednak na względzie, iż porównanie do znanej prawu polskiemu instytucji zadośćuczynienia za krzywdę jest jedynie uproszczeniem, albowiem opisane wyżej postanowienia znajdują oparcie li tylko w podstawie kontraktowej, a nie – jak w przypadku zadośćuczynienia – w kwestii odpowiedzialności za czyn niedozwolony. Z drugiej jednak strony do drugiej grupy należą również klauzule przewidujące zapłatę matce zastępczej odpowiedniej kwoty tytułem utraconych zarobków, co nadaje im charakter odszkodowawczy.⁵³

Największe spory dotyczą jednakże świadczeń rodziców socjologicznych względem zastępczej matki przekraczających zakres zwrotu wydatków związanych z ciążą i porodem, które w pewnym uproszczeniu nazwać można „wynagrodzeniem”. Umowa bardzo często stanowi bowiem, że bez względu na obowiązek zwrotu poniesionych przez zastępczą matkę kosztów, rodzice socjologiczni zobowiązani są zapłacić matce zastępczej daną kwotę tytułem wykonania zawartej umowy. Pojawiające się w literaturze wątpliwości co do dopuszczalności wprowadzenia do umowy klauzuli dotyczącej wynagrodzenia mają nie tylko wydźwięk etyczno-moralny, ale i prawny. Podkreśla się bowiem, że mamy w tym wypadku do czynienia z czynnościami mającymi na celu handel dziećmi, bądź też ze złamaniem zakazu odpłatnej adopcji. Kwestia komercjalizacji umów o zastępcze macie-

⁵² *Personal inconveniences.*

⁵³ Stanowisko to jest jednakże sporne w brytyjskim piśmiennictwie. Zob. M. Galbraith, H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach*, *Health Care Analysis* 2005, Nr 1, s. 13.

rzyństwo znalazła swoje odbicie w orzecznictwie sądowym, które niezłomnie stoi na stanowisku, iż odpłatność za wykonanie tej specyficznej umowy musi pociągać za sobą jej nieważność, gdyż prowadzi do uprzedmiotowienia kobiety.⁵⁴

Istotną kwestią w ramach umowy o macierzyństwo zastępcze wydają się być również postanowienia dotyczące odpowiedzialności stron w przypadku niewykonania umowy. Bardzo często znajdują one wyraz w postaci ustanowienia całego systemu kar umownych, które stają się wymagalne w przypadku naruszenia przez którąkolwiek ze stron postanowień zawartej umowy.

Choć postanowienia takie bardzo często pozostają poza treścią samej umowy o zastępcze macierzyństwo, należy zwrócić uwagę, że w bardzo wielu przypadkach do zawarcia tych umów dochodzi za pośrednictwem stowarzyszeń i organizacji trudniących się profesjonalnie świadczeniem usług tego rodzaju na zasadach komercyjnych, co wiąże się również z obowiązkiem wypłacenia przez rodziców socjologicznego określonego wynagrodzenia za pomoc w odnalezieniu zastępczej matki dla ich przyszłego dziecka. Prawna, jak i etyczna ocena umów o macierzyństwo zastępcze zawieranych przy pośrednictwie osób trzecich będzie przedmiotem dalszych rozważań dotyczących dopuszczalności umowy o macierzyństwo zastępcze *in genere*.

W piśmiennictwie wskazuje się, że umowy z elementem osobowym, regulujące kwestie prawnorodzinne nie są obce tradycji prawa.⁵⁵ W prawie niemieckim istnieje nadal np. umowa zaręczynowa,⁵⁶ a do 1977 r. respektowane były umowy w sprawie przysposobienia dziecka. Należy jednakże wskazać, iż umowy o zastępcze macierzyństwo sięgają o wiele dalej, bowiem wiążą się z umownym decydowaniem o poczęciu i urodzeniu dziecka oraz o jego stanie cywilnym.

Jak już wspomniano, macierzyństwo zastępcze pojawia się na tle stosowania różnych metod sztucznej prokreacji. Wspólną cechą zjawiska określanego tym mianem jest jednakże jego cel, tj. urodzenie dziecka dla innej osoby.⁵⁷ Niezależnie jednak od tego, jaka metoda sztucznej prokreacji została zastosowana oraz od kogo pochodzą gamety, z których poczęte zostało dziecko, najważniejsza kwestia jest w każdym przypadku taka sama, dotyczy bowiem oceny ważności i skuteczności zawieranych w tym przedmiocie umów. Przedmiotem naszych badań w niniejszym rozdziale będzie próba odpowiedzi na pytanie, jak ocenić na tle *legis latae* ważność i konsekwencje prawne umów o macierzyństwo zastępcze.

Rozważania dotyczące dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo należałoby poprzedzić krótką analizą kwestii legalności metody sztucznej inseminacji. Pytanie o legalność metod sztucznej prokreacji jest obecnie rzadziej stawiane

⁵⁴ M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 116.

⁵⁵ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 140.

⁵⁶ Instytucja ta była również unormowana w dawniejszych ustawodawstwach; por. art. 1297 k.c.n. oraz art. 1-4 pr. małż. z 1945 r.; szerzej, zob. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne...*, s. 104.

⁵⁷ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 429.

w piśmiennictwie prawniczym, a uwagę prawników zdają się bardziej zaprzętać kwestie dotyczące ich konsekwencji jurydycznych. W okresie ostatnich dekad poglądy i oceny prawne i etyczne odnoszące się do zjawiska sztucznej prokreacji podlegały zasadniczym zmianom – od zdecydowanego zakazu w kierunku rosnącej tolerancji i przyzwolenia.⁵⁸ Wskazuje się, iż w przypadku sporów dotyczących dopuszczalności medycznie wspomaganey prokreacji w stopniu wyższym niż ma to miejsce w odniesieniu do aborcji występuje tu ścisły związek między prawem i moralnością.⁵⁹ W przypadku zapłodnienia pozaustrojowego wskazuje się, że nie powinno być ono traktowane jako powszechnie dozwolona – bez żadnych ograniczeń i warunków – alternatywa naturalnej prokreacji. Zastosowanie tej metody uzasadniać zatem powinny przede wszystkim wyraźne cele terapeutyczne.

Przeprowadzenie zabiegu prokreacji wspomaganey za pośrednictwem procedury zapłodnienia *in vitro* nie jest w Polsce uregulowane. Brak takiej regulacji prawnej nie może jednakże oznaczać zupełnej dowolności działania lekarza, czy zakładu leczniczego.⁶⁰ Legalność przeprowadzenia takiego zabiegu uzależniona jest jednakże od spełnienia szeregu warunków, m.in.:

- zabieg zapłodnienia pozaustrojowego jest stosowany jako technika leczenia bezpłodności;
- może być dokonany jedynie przez lekarzy specjalistów w oficjalnie zarejestrowanych ośrodkach gwarantujących odpowiedni poziom tego zabiegu.⁶¹

Nie ulega wątpliwości dopuszczalność zapłodnienia *in vitro* z wykorzystaniem plemnika oraz komórki jajowej wyrażających na to zgodę małżonków lub osób pozostających w stałym nieformalnym związku, a następnie umieszczenie powstałego w jego rezultacie embrionu w organizmie dawczyni komórki jajowej. Dopuszczalne jest również zapłodnienie *in vitro* następujące za zgodą małżonków lub partnerów w sytuacji, gdy plemnik pochodzi od męża lub partnera, komórka jajowa zaś od innej anonimowej dawczyni, następnie zaś wszczepienie powstałego w wyniku takiego połączenia embrionu do organizmu małżonki lub partnerki, która pragnie mieć dziecko, sama zaś ze względów zdrowotnych nie jest w stanie komórki jajowej wytworzyć. Podobnie dopuszczalne jest takie zapłodnienie w sytuacji, gdy plemnik pochodzi od anonimowego dawcy, gdyż mąż lub partner ze względów zdrowotnych nie są w stanie go wytworzyć. Wskazuje się również na dopuszczalność zapłodnienia *in vitro* jaja kobiety plemnikiem anonimowego dawcy, jeżeli ko-

⁵⁸ Szerzej zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 13-39.

⁵⁹ W. Lang, *Wstępna charakterystyka prawnych aspektów medycznie wspomaganey prokreacji* (w:) W. Lang (red.), *Prawne problemy...*, s. 272.

⁶⁰ M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 229.

⁶¹ Zakład opieki zdrowotnej, który zamierza podjąć się zapłodnienia *in vitro* musi spełnić wszelkie wymagania określone w ustawie z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408, z późn. zm.) i wydanych na podstawie ustawy rozporządzeniach Ministra Zdrowia co do pomieszczeń i urządzeń zakładu (rozporządzenie Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z 21 września 1992 r.) i osób na stanowiskach kierowniczych (rozporządzenie Ministra Zdrowia z 17 maja 2000 r.).

bieta taka ze względów zdrowotnych nie jest w stanie zająć w ciążę w sposób naturalny lub za pomocą sztucznego zapłodnienia, pragnie mieć dziecko, a nie pozostaje w związku małżeńskim czy też w stałym związku nieformalnym. W zasadzie nie mieści się w standardzie *lege artis* wszczepienie do organizmu kobiety pragnącej mieć dziecko embrionu „nadliczbowego”⁶², powstałego z połączenia *in vitro* plemnika i jaja innych partnerów, chyba że wyrażą oni na to zgodę i pozostaną anonimowi wobec osoby, której embrion taki wszczepiono po jej poprzednim wszechstronnym poinformowaniu. Zabieg zapłodnienia *in vitro* przeprowadzony z zachowaniem tych wymagań będzie miał status leczniczej czynności terapeutycznej z wszelkimi prawnokarnymi konsekwencjami tego faktu.⁶³

W niektórych krajach Ameryki Północnej i Europy instytucja zastępczego macierzyństwa jest obecnie bardzo rozpowszechniona.⁶⁴ Choć brak jest jakichkolwiek danych statystycznych dotyczących stosowania instytucji zastępczego macierzyństwa na obszarze naszego kraju, pozwalających nawet na przybliżoną ocenę w tej materii, stwierdzić należy, że jest ona prawdopodobnie niezmiernie rzadka w Polsce.⁶⁵

W stosunkowo nielicznych wypowiedziach w naszej literaturze na temat prawnej dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo w odniesieniu do rodzimego systemu prawnego panuje zgodność poglądów co do tego, że *de lege lata* umowy te winny być uznane za nieważne.⁶⁶

Zgodnie z art. 58 § 1 zd. 1 k.c. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Paragraf drugi tego przepisu przewiduje, iż nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego. Artykuł 58 k.c. określa, od strony negatywnej, zakres dopuszczalnej treści czynności prawnej.⁶⁷ W stosunku do umów zasada swobodnego kształtowania treści stosunku prawnego jest wyraźnie potwierdzona od strony pozytywnej przez art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Sankcją naruszenia zakazów przewidzianych przez art. 58 k.c. jest bezwzględna nieważność czynności prawnej. Naruszenie granic swobody umów oznaczonych w art. 353¹ k.c. prowadzi do tego samego skutku.⁶⁸

⁶² Według definicji M. Safjana, embrionem „nadliczbowym” („zapasowym”) jest embrion wykreowany w drodze zapłodnienia pozaustrojowego i nie implantowany do ustroju kobiety. Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 525.

⁶³ M. Filar (w:) M. Filar, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, P. Zaborowski, *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, Warszawa 2004, s. 185-187.

⁶⁴ zob. również: M. Wałachowska, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 99-107; M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 116-120; też: *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 91-94; P. F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 123-131.

⁶⁵ W polskojęzycznej prasie i Internecie coraz częściej można jednakże odnaleźć ogłoszenia dotyczące intencji zawarcia umowy o macierzyństwo zastępcze.

⁶⁶ Zob. m.in. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 436; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 218.

⁶⁷ M. Safjan (w:) K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, s. 250-251.

⁶⁸ Zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1996 r., III CZP 5/96, OSN 1996, Nr 5, poz. 69.

Czynność prawna jest sprzeczna z ustawą, gdy jej treść jest formalnie i materialnie niezgodna z bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa.⁶⁹ W orzecznictwie przyjmuje się jednocześnie, iż zakazy dokonywania określonych czynności prawnych mogą także wynikać z norm prawa publicznego.⁷⁰ W razie ich naruszenia stosuje się właściwe dla nich sankcje wskazane w odpowiednich gałęziach prawa. Jeżeli jednak cel takiej normy (zakazu) wskazuje na to, że ma ona zapobiegać kształtowaniu się stosunku cywilnoprawnego sprzecznego z nią, to wówczas należy przyjąć, że czynność prawna dokonana wbrew temu zakazowi jest bezwzględnie nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c. Pojęcie ustawy w rozumieniu art. 58 powinno być interpretowane stosownie do art. 87 Konstytucji, który zawiera katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego.⁷¹ Sprzeczność czynności prawnej z przepisami prawa należy rozumieć szeroko. Zachodzi ona nie tylko wtedy, gdy zakaz dokonania określonej czynności wynika wprost z przepisu ustawy, ale także wtedy, gdy pewna dziedzina stosunków prawnych określona została wyczerpująco przez ustawę.⁷² W świetle stanowiska dominującego w piśmiennictwie, za czynności sprzeczne z ustawą należy uznać również czynności o celu sprzecznym z ustawą.⁷³ Cel stosunku oznacza szeroko pojmowaną korzyść, jaką strony (albo tylko jedna z nich) pragną osiągnąć w wyniku wykonania danego zobowiązania umownego.⁷⁴

Czynność prawna mająca na celu obejście ustawy (*in fraudem legis*) polega na takim ukształtowaniu jej treści, która z punktu widzenia formalnego nie sprzeciwia się ustawie, ale w rzeczywistości zmierza do zrealizowania celu, którego osiągnięcie jest przez nią zakazane.⁷⁵

Pojęcie zasad współżycia społecznego jest już mocno zakorzenione w prawie polskim. Było ono analizowane przez wielu autorów i przytoczenie, czy choćby streszczenie wszystkich wymienionych poglądów wymagałoby napisania innej, znacznie obszerniejszej pracy. Dominujący nurt w cywilistyce wiąże to pojęcie z moralnością.⁷⁶ W tym kierunku zmierza również orzecznictwo sądowe.⁷⁷ Ogólnie

⁶⁹ S. Rudnicki (w.): S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 231.

⁷⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2002 r., V CKN 1445/2000, OSNC 2004, Nr 3, poz. 47.

⁷¹ M. Safjan, *Zasada swobody umów. Uwagi wstępne na tle wykładni art. 353¹ k. c.*, PiP 1993, Nr 4, s. 15; Z. Radwański (w.): Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego, t. II, Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2003, s. 225; R. Trzaskowski, *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Kraków 2005, s. 190; P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353¹ KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 183.

⁷² S. Rudnicki, *op. cit.*, s. 236.

⁷³ M. Safjan (w.): K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2005, s. 257.

⁷⁴ T. Wiśniewski (w.): G. Bieniek (red.), H. Ciepla, S. Dmowski, J. Gudowski, K. Kołakowski, M. Sychowicz, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2002, s. 21.

⁷⁵ M. Safjan, *op. cit.*, s. 237.

⁷⁶ P. Machnikowski, *Swoboda umów...*, s. 251.

⁷⁷ Zob. m.in. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1991 r., III CZP 131/91, OSP 1992, poz. 129; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1996 r., I PKN 14/96, OSP 1997, poz. 192; orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 14 października 1998 r., II CKN 928/97, OSNC 1999, Nr 4, poz. 75.

rzecz ujmując, sprzeciwianie się czynności prawnej zasadom współżycia społecznego oznacza, iż czynność ta jest negatywnie oceniana w świetle wartości moralnych akceptowanych w społeczeństwie.⁷⁸

A zatem, rozważając problematykę dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo na tle prawa polskiego należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy zawarcie umowy o macierzyństwo zastępcze spełnia przesłanki, które w świetle art. 58 k.c. pociągają za sobą sankcję bezwzględnej nieważności czynności prawnej.

Pomimo faktu, iż nasza literatura w kwestii ważności i konsekwencji prawnej umów o macierzyństwo zastępcze nie jest zbyt bogata, zauważa się zgodność poglądów co do tego, że umowy te, niezależnie od ich kwalifikacji prawnej, nie mogą doprowadzić do zmiany stanu cywilnego mającego urodzić się dziecka.⁷⁹ Stan cywilny człowieka na tle prawa polskiego ustalany jest na podstawie ściśle określonych ustawowo zdarzeń i nie może być dowolnie zmieniany i kształtowany w drodze czynności prawnych dokonywanych przez osoby zainteresowane.⁸⁰ Wobec faktu, iż – jak wskazano na wstępie – na gruncie prawa polskiego macierzyństwo ustalane jest w oparciu o kryterium urodzenia, w przypadku umowy o macierzyństwo zastępcze matką dziecka urodzonego w wyniku jej wykonania byłaby matka zastępcza, nie zaś rodzice socjologiczni (nawet jeśli byłiby genetycznie spokrewnieni z dzieckiem). Zasada, zgodnie z którą matką dziecka jest kobieta, która je urodziła, nie może być bowiem zmieniona przez umowę między zainteresowanymi osobami.⁸¹ Umowę o macierzyństwo zastępcze, które przewiduje bezpośredni skutek w postaci zmiany stanu cywilnego urodzonego dziecka należałoby wobec tego uznać za sprzeczną z ustawą. Z drugiej jednak strony w piśmiennictwie podnosi się, iż umowy te nie modyfikują *per se* stanu cywilnego dziecka, odwołując się w tej materii do drogi legalnej, jaką jest postępowanie w sprawie przysposobienia dziecka.⁸²

M. Safjan⁸³ wskazuje jednakże, iż możliwe są dwa warianty umowy o zastępcze macierzyństwo. Po pierwsze, umowa może zawierać zobowiązanie zastępczej matki do wyrażenia zgody na przysposobienie dziecka po jego urodzeniu, a jednocześnie zobowiązanie rodziców socjologicznych do wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie tego dziecka oraz do spełnienia na rzecz matki zastępczej pewnych świadczeń pieniężnych. Po drugie, umowa może przybierać kształt umowy warunkowej (pod warunkiem zawieszającym), regulującej jedynie pewne relacje majątkowe z tytułu przyszłego i niepewnego zdarzenia, jakim jest w chwili zawarcia umo-

⁷⁸ Z. Radwański, op. cit., s. 243; R. Trzaskowski, *Granice swobody...*, s. 428.

⁷⁹ Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 430; K. Pietrzykowski, *Zakres stosowania konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego w sprawach o prawa stanu cywilnego*, SP 1988, Nr 3, s. 108; S. Piechocki, *Aspekty prawne...*, s. 65-66.

⁸⁰ J. Ignatowicz, *Stan cywilny i jego ochrona*, Annales UMCS, vol. X, sectio G. Lublin 1963, s. 149.

⁸¹ K. Pietrzykowski (w.): K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 594.

⁸² M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 141 i cytowana tam literatura.

⁸³ *Ibidem*, s. 434.

wy fakt urodzenia dziecka i jego przysposobienie przez rodziców socjologicznych, przewidując z jednej strony przyrzeczenie świadczenia na rzecz matki zastępczej, o ile wyraziłaby ona zgodę na przysposobienie dziecka przez rodziców socjologicznych, z drugiej zaś – przyrzeczenie świadczenia ponoszenia kosztów utrzymania i wychowania dziecka przez rodziców socjologicznych, o ile przysposobienie dziecka nie doszłoby do skutku z powodu wycofania się z tego zamiaru przez małżonków albo z powodu negatywnej decyzji sądu rodzinnego w tej sprawie. Na rzecz pierwszego wariantu umowy mógłby przemawiać fakt, iż nie zawiera bezpośrednio niedopuszczalnej dyspozycji prawami stanu cywilnego ani też nie przesądza z góry o przysposobieniu dziecka, stanowiąc swego rodzaju wstępne porozumienie poprzedzające wszczęcie postępowania o przysposobienie, zawarte zanim doszło do poczęcia dziecka. Mimo wszystko wydaje się, że tego rodzaju umowa nie mogłaby wywoływać skutków prawnych w postaci powstania zobowiązania do złożenia przez strony stosownych oświadczeń woli w sprawie przysposobienia, które mogłoby być egzekwowane na drodze prawnej (np. w drodze powództwa o ustalenie obowiązku złożenia takiego oświadczenia woli).⁸⁴ Pogląd ten wydaje się tym bardziej uzasadniony na tle obowiązującego prawa, że ustawodawca już dawno odstąpił od umownej formy adopcji. Należy ponadto wskazać, iż poglądu o skuteczności takiego wariantu umowy o macierzyństwo zastępcze nie dałoby się obronić z innych jeszcze względów. Uznanie prawnego obowiązku złożenia oświadczenia woli w sprawie zgody na przysposobienie dziecka należałoby uznać za czynność prawną sprzeczną z ustawą⁸⁵ względem art. 119² k.r.o., z treści którego wynika, że zgoda na przysposobienie może być wyrażona nie wcześniej niż po upływie sześciu tygodni od urodzenia się dziecka. Przyjęte w powyższym przepisie rozwiązanie koresponduje z wymaganiami Konwencji europejskiej o przysposobieniu dzieci⁸⁶ sporządzonej 24 kwietnia 1967 r. w Strasburgu, w szczególności z art. 5 ust. 4, według którego nie można uznać zgody matki na przysposobienie, jeżeli została ona wyrażona przed upływem określonego w ustawie okresu od urodzenia dziecka, nie krótszego jednak niż sześć tygodni, albo jeżeli ustawa takiego terminu nie przewiduje, przed upływem czasu, który zdaniem właściwego organu jest niezbędny do odzyskania przez kobietę stanu równowagi fizycznej i psychicznej po urodzeniu dziecka.⁸⁷ W piśmiennictwie wskazuje się, że oświadczenie rodziców o wyrażeniu zgody złożone przed upływem sześciu tygodni od urodzenia się dziecka jest nieważne i nie ulega sanowaniu z upływem tego terminu. Gdyby rodzice

⁸⁴ Sporna jest kwestia, czy zgoda na przysposobienie może być traktowana jako oświadczenie woli *sensu stricto*. Kwestionuje to J. Panowicz-Lipska, wedle której zgoda ta jest czynnością prawnorodzinną, do której nie mają zastosowania przepisy kodeksu cywilnego o oświadczeniach woli. Zob. J. Panowicz-Lipska, *Zgoda na przysposobienie*, RPEiS 1985, Nr 1, s. 66.

⁸⁵ Inaczej M. Safjan, który podnosi, iż czynność ta miałaby wyraźnie cechy zabiegu *in fraudem legis*. Zob. M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 436.

⁸⁶ Dz. U. z 1999 r. Nr 99, poz. 1157.

⁸⁷ Zob. E. Holewińska-Łapińska, *Przysposobienie po nowelizacji*, Monitor Prawniczy 1995, Nr 12, s. 361.

po upływie owego sześciotygodniowego terminu podtrzymali swoje stanowisko w kwestii zgody na przysposobienie, stosowną zgodę musieliby wyrazić ponownie.⁸⁸ Tym samym trzeba wskazać, iż tego rodzaju umowa byłaby nie tylko pozbawiona możliwości przymusowego wykonania w zakresie wywołania skutków prawnorodzinnych, ale nieważna w całości jako sprzeczna z ustawą.

Z bardziej złożoną sytuacją mamy do czynienia w przypadku drugiego wariantu umowy o macierzyństwo zastępcze. Jej celem nie jest już kreowanie prawnego obowiązku wyrażenia zgody na przysposobienie mającego się urodzić dziecka, ani też obowiązku rodziców socjologicznych wystąpienia z wnioskiem o przysposobienie, ale przyrzeczenie określonych świadczeń majątkowych w zależności od sytuacji, która powstanie po urodzeniu dziecka. O ile oczywiście jest, że wyrażenie zgody na przysposobienie nie stanowi jeszcze samo w sobie czynności prawnej sprzecznej z ustawą lub naruszającej zasady współżycia społecznego, to nie można jednakże wykluczyć, że nieważny jest warunek zakładający wyrażenie zgody na przysposobienie w stosunku do dziecka poczętego i urodzonego dla innej osoby. Występując w obronie ważności wskazanego warunku zawieszającego wskazać można, że współczesne prawo, wykazując wyraźnie tendencję w kierunku coraz silniejszej ochrony dóbr osobistych każdego człowieka respektuje zarazem coraz szerszą sferę prywatności życia każdej osoby, a zwłaszcza swobodę zachowań i podejmowanych decyzji.⁸⁹ W tej sferze mieszczą się również decyzje dotyczące szeroko pojętej prokreacji także w wypadku, gdy kobieta zachodzi w ciążę i rodzi dziecko, licząc się z góry z ewentualnością jego przysposobienia w przyszłości przez inne osoby. W literaturze zwraca się uwagę na to, że respektowana sfera autonomii każdej osoby, obejmująca także możliwość dyspozycji własnymi tkankami i organami dla celów terapeutycznych mieści w sobie również prawo do dyspozycji własnymi możliwościami prokreacyjnymi w taki właśnie sposób, jaki występuje na tle umów o zastępcze macierzyństwo.⁹⁰ Mimo to wydaje się, że samo przyjęcie ewentualności, iż może dojść do poczęcia i urodzenia dziecka w celu wydania go rodzicom socjologicznym godzi w podstawowe zasady etyczno-moralne odnoszące się do relacji rodzinnych. Swoboda w zakresie podejmowanych decyzji prokreacyjnych nie wyklucza wszak ingerencji prawa. Tym samym również drugiemu wariantowi umowy o zastępcze macierzyństwo należałoby odmówić cechy ważności. Przewidziany bowiem warunek zawieszający byłby przeciwny ustawie oraz naruszałby zasady współżycia społecznego, co zgodnie z art. 94 k.c. pociąga nieważność całej czynności prawnej.

Jeśli umowie o macierzyństwo zastępcze nadamy charakter umowy wzajemnej, należy mieć na względzie, że nieważność zobowiązania jednej strony powoduje nieważność zobowiązania się drugiej strony, jako kauzalnie uzależnionego

⁸⁸ J. Ignatowicz (w): K. Pietrzykowski, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy...*, s. 937.

⁸⁹ Zob. A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego*, SC 1972, t. XX, s. 26 i nast.

⁹⁰ Zob. J. L. Baudouin, C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme. De quel droit?*, Paris 1987, s. 107 i nast.

od świadczenia wzajemnego. Znajduje tu bowiem zastosowanie końcowy fragment art. 58 § 3 k.c., w myśl którego nieważność części czynności prawnej powoduje nieważność całej, jeżeli bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.⁹¹

Za uznaniem umowy o zastępcze macierzyństwo za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego przemawia fakt, iż podstawowym warunkiem prawnej i moralnej akceptacji wszelkich dyspozycji, których przedmiotem jest organizm innego człowieka jest zasadniczo realizacja określonego celu terapeutycznego lub uznanego celu eksperymentalnego, nastawionego przynajmniej pośrednio na terapię. Udostępnienie swych własnych możliwości prokreacyjnych przez matkę zastępczą z pewnością nie służy temu celowi. Powyższa forma prokreacji jest dla niepłodnej pary małżeńskiej co najwyżej paliatywem terapii.

Ponadto, „świadczenia” matki zastępczej nie można uznać za dopuszczalne na zasadzie analogii do jakiegokolwiek prawnie regulowanej umowy cywilnoprawnej. Istotą i celem tych umów jest akt zrzeczenia się na przyszłość praw do wychowania i opieki nad dzieckiem, a więc ściśle określonych praw niemajątkowych, które nie mogą być przedmiotem obrotu prawnego, ze względu na respektowany przez każdy współczesny system prawny interes dziecka. Raczej nieprzekonujący wydaje się pogląd, wedle którego celem umów o zastępcze macierzyństwo jest urodzenie dziecka, które przez wszystkie strony umowy jest pożądane i oczekiwane, nie jest zaś sprzeczne z postulatami etycznymi tworzenie korzystnych warunków dla mającego się urodzić dziecka. Należy uznać, że cel takiej umowy jest sprzeczny w założeniu z oczywistym interesem każdego dziecka do utrzymywania więzi emocjonalnej z własną matką. Nawet jeśli prawo zezwala niekiedy na zerwanie tej więzi, to czyni to wszak w interesie już urodzonego dziecka ze względu np. na występujące realnie zagrożenie jego wychowania i rozwoju w naturalnym środowisku rodzinnym. W przypadku umowy o macierzyństwo zastępcze mamy zaś do czynienia z rozmyślnym przygotowaniem i zaplanowaniem sytuacji, która *ab initio* jest sprzeczna z interesem dziecka.

Należy również podnieść, iż umowy o macierzyństwo zastępcze mogą stać się źródłem konfliktów pomiędzy stronami o trudnych do przewidzenia konsekwencjach, zwłaszcza gdy jedna ze stron nie zechce wykonać umowy. Trzeba mieć na względzie, iż w okresie ciąży pomiędzy matką a dzieckiem tworzy się niezbadana jak dotąd więź,⁹² która może skłonić matkę zastępczą do niewydania dziecka rodzicom socjologicznym.⁹³ Z drugiej strony, jak wskazują już obecnie pewne doświadczenia z praktyki w tej dziedzinie, dziecko nie zawsze jest „chciane”, wiele bowiem czynników może wpłynąć na zmianę stanowiska nie tylko matki zastępczej

⁹¹ S. Grobel, *Synallagma i jego rodzaje*, Studia Iuridica Silesiana, Katowice 1991, z. 16, s. 13.

⁹² Zob. R. J. Edelman, *Surrogacy: the psychological issues*, Journal of Reproductive And Infant Psychology 2004, Nr 2, s. 123-136.

⁹³ E. Anderson, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge 1993, s. 186.

czej, ale i rodziców socjologicznych i to zarówno przed urodzeniem dziecka, jak i po jego urodzeniu (np. śmierć jednego z małżonków, urodzenie się dziecka defektywnego itp.).⁹⁴

Jeśli przyjąć, że umowy o macierzyństwo zastępcze są prawnie skuteczne, a więc rodzą określone konsekwencje natury prawnej, musiałoby to pociągać za sobą możliwość ich przymusowego wykonania. W przeciwnym przypadku dyskusja o ich legalności utraciłaby w znacznej mierze swój sens. Tymczasem zaś bez wyraźnej interwencji ustawodawcy przymusowe wykonanie umowy o zastępcze macierzyństwo polegające na odebraniu dziecka matce lub zmuszeniu rodziców socjologicznych do przyjęcia dziecka jest niemożliwe. Chodzi tu bowiem o akt ściśle osobisty, który nie może być na dłużniku w żaden sposób wymuszony, co w pełni wydaje się potwierdzać tradycja prawa cywilnego, jak i *common law*.⁹⁵ W tym samym stopniu wniosek powyższy dotyczy realizacji innych obowiązków nałożonych w drodze postanowień umownych na matkę zastępczą, jak przestrzeganie określonego trybu życia, czy poddanie się aborcji terapeutycznej. Wykonanie tych obowiązków umownych przez matkę zastępczą podlega li tylko ograniczonej kontroli ze strony rodziców socjologicznych, rzadziej zaś ze strony agencji pośredniczących⁹⁶ w zawarciu umowy.

Istotne są również argumenty natury moralnej i społecznej podnoszone przeciwko zastępczemu macierzyństwu.⁹⁷ Spory etyczne dotyczące moralnej dopuszczalności tej instytucji wynikają w głównej mierze z przyjęcia odpowiedniej koncepcji filozoficzno-etycznej „osoby”.⁹⁸ M. Safjan⁹⁹ przyjmuje następującą klasyfikację powyższych koncepcji: antropologia chrześcijańska, stanowisko „neokantowskie” (tzw. moralna koncepcja osoby), „ontologia rozwojowa” oraz koncepcja paradygmatyczna.¹⁰⁰ Jednym z najważniejszych kryteriów, jakie wpływają na rozróżnienie tych koncepcji jest ocena momentu, od którego uznają istotę ludzką za osobę.

Podstawowym założeniem antropologii chrześcijańskiej jest uznanie, że każdej istocie ludzkiej przysługuje status osoby już od pierwszego momentu jej istnienia. Konsekwencją tego założenia jest pełne poszanowanie godności osobowej embrionu i płodu. A zatem nie tylko unicestwienie embrionu, ale także jego instrumentalne traktowanie uznaje się za moralnie niedopuszczalne.

⁹⁴ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 146.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 147.

⁹⁶ Zob. szerzej: M. Galbraith, H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach*, Health Care Analysis 2005, Nr 1, s. 21.

⁹⁷ Szerzej zob. R. Ber, *Ethical Issues in Gestational Surrogacy*, Theoretical Medicine and Bioethics 2000, Nr 21, s. 153-169; O. Hovatta, *Ethical aspects of oocyte donation, in vitro fertilization surrogacy and reproductive cloning*, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica 2000, Nr 79, s. 921-924.

⁹⁸ Szerzej zob. W. Lang, *Moralny status płodu ludzkiego*, (w:) W. Lang (red.) *Prawne problemy...*, s. 21-49 i cytowana tam literatura; J. Kondratiewa-Bryzik, *Rozważania o statusie prawnym płodu ludzkiego (aspekty prawnomiędzynarodowe)*, SP 2005, z. 1, s. 121-125.

⁹⁹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 319-330.

¹⁰⁰ Określana przez M. Safjana jako „koncepcja marksistowska”.

Punktem wyjścia stanowiska „neokantowskiego” jest wizja osoby jako podmiotu moralnego wyposażonego w niezbędne atrybuty osobowości, stanowiące warunek konieczny uczestniczenia we wspólnocie moralnej. Status osobowy istota ludzka uzyskuje dopiero na pewnym etapie swego rozwoju, z chwilą spełnienia warunków minimalnych. W świetle powyższej koncepcji embrion i płód ludzki można zakwalifikować jedynie jako osobę „możliwą” lub „prawdopodobną”.

Wydaje się, że próbą pogodzenia poprzednich koncepcji filozoficzno-etycznych jest nurt „ontologii rozwojowej”. Koncepcja ta uznaje za nierozstrzygalne pytania dotyczące definicji osoby i określania momentu, w którym rozpoczyna się „życie osobowe”. Uwaga koncentrowana jest tu nie na definicji osoby, ale na pytanie, jak postępować wobec istoty ludzkiej w poszczególnych fazach jej rozwoju. Na tle tej koncepcji embrionowi przyznaje się samodzielną wartość związaną z istniejącą w nim potencjalnością, która wymaga respektu i angażuje powinności moralne.

Paradygmatyczna koncepcja osoby ludzkiej zakłada pojęcie człowieka jako istoty społecznej. Wedle tej koncepcji więzy, które nawiązują się pomiędzy urodzonym dzieckiem a otoczeniem, są więzami innego typu niż te, które istnieją pomiędzy płodem a ciężarną kobietą. Decydujące kryterium osobowości stanowi tu możliwość nawiązania więzi społecznych.

W zależności od tego, którą z powyższych koncepcji przyjmiemy, odpowiedź na pytanie o moralną dopuszczalność umów o zastępcze macierzyństwo może być zgoła odmienna w przypadku każdej z nich. Spór o moralną podmiotowość płodu toczy się nadal i wydaje się, że jest to spór nierozstrzygalny.¹⁰¹ Należy podkreślić, że wybór koncepcji osoby ludzkiej jest wyborem moralnym, a dokonanie wyboru systemu wartości wpływa na rozwiązania normatywne.

Z powszechnego i przyrodzonego charakteru ludzkiej godności wynika, że cechuje ona każdego człowieka, niezależnie od jego właściwości, a wśród nich stadium rozwoju.¹⁰² W międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka problem godności człowieka w prenatalnej fazie życia jest wyodrębniany z ogólnego pojęcia godności ludzkiej. Rekomendacja nr 1046 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy o wykorzystywaniu embrionów i płodów ludzkich w celach diagnostycznych, terapeutycznych, naukowych, przemysłowych i handlowych z 1986 r. przewiduje, że „embriony i płody ludzkie we wszelkich okolicznościach powinny korzystać z poszanowania należnego godności ludzkiej” (pkt 10).¹⁰³ Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 28 maja 1997 r. uznał, iż życie człowieka w fazie pre-

¹⁰¹ W. Lang, *Moralny status...*, s. 49.

¹⁰² M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 69.

¹⁰³ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Récommandation 1046 (1986) relative à l'utilisation d'embryons et foetus humains à des fins diagnostiques, thérapeutiques, scientifiques, industrielles et commerciales, (w:) *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique*, vol. II, Strasbourg janvier 2005, CDBI/INF (2005) 2, s. 15-19. Tekst rekomendacji w polskim przekładzie: T. Jasudowicz, *Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów*, Toruń 1998, s. 97-99.

natalnej jest wartością konstytucyjną.¹⁰⁴ Mimo że orzeczenie to wyraźnie nie odnosi się do godności embrionu *in vitro*, jednak odrzucając różnicowanie wartości życia ludzkiego w zależności od jego fazy rozwojowej, daje wyraz zasadzie równego traktowania wszystkich istot ludzkich, która stanowi jeden z podstawowych wymogów płynących z godności ludzkiej.¹⁰⁵

Moralne oceny umów o zastępcze macierzyństwo będą w pewnej mierze wspólne z ocenami stosowania metod wspomaganey prokreacji ludzkiej. Moralnego umocowania do zawierania tych umów poszukuje się w realizacji pragnienia posiadania dziecka.¹⁰⁶ Analogicznie do instytucji aborcji powoływane są również argumenty oparte na podziale dzieci na „chciane” i „niechciane”. Dziecko poczęte w wyniku wspomaganey medycznie prokreacji, zwłaszcza w przypadku bezpłodności rodziców jest chciane i to chciane szczególnie.¹⁰⁷ To zaś ma legitymować moralnie środki, które do poczęcia doprowadziły.¹⁰⁸ Legalizacja tej instytucji nastawionej wszak na kreację życia, a nie jego unicestwienie, nie powinna wywoływać repulsji moralnej, zważywszy na to, że większość współczesnych systemów prawnych dopuszcza zabiegi aborcyjne, a więc legalizuje działania jawnie wymierzone przeciwko życiu.¹⁰⁹ Szeroko prezentowane są również poglądy uzasadniające dostęp do tej formy prokreacji „wolnością reprodukcyjną”, która miałaby obejmować nie tylko wybór pomiędzy poczęciem dziecka a rezygnacją z poczęcia, ale także wybór sposobu poczęcia.¹¹⁰ Wydaje się jednakże, iż „wolność reprodukcyjna” nie może sięgać zbyt daleko, gdyż traci się wtedy z pola widzenia najważniejszą wartość, jaką jest dobro dziecka. Aprobata dla tradycyjnego zastępczego macierzyństwa opiera się wśród jego zwolenników na założeniu, że pragnienie posiadania dziecka ma wyższą wartość niż biologiczne pokrewieństwo pomiędzy dzieckiem a osobami pełniącymi rolę rodziców, konflikt zaś między biologicznym pochodzeniem dziecka a przynależnością do rodziny można rozstrzygnąć przepisami prawa.¹¹¹

Wątpliwości natury etyczno-moralnej budzi przede wszystkim odpłatność za wykonanie umowy o zastępcze macierzyństwo. O ile uzasadniona – z moralnego punktu widzenia – wydaje się być klauzula umowna, wedle której matce zastępczej należy się zwrot wszystkich poniesionych przez nią z tytułu wykonania umowy kosztów, sporna jest już kwalifikacja etyczna przyznania jej wynagrodzenia prze-

¹⁰⁴ Zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K 26/96, OTK 1997, z. 2, poz. 19; szerzej zob. K. Wiak, *Model prawnokarnej ochrony dziecka poczętego w Polsce. Stan po orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 V 1997 roku*, Ethos 2001, Nr 3, s. 169-187.

¹⁰⁵ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 75.

¹⁰⁶ P. Singer, D. Wells, *Dzieci z próbowki...*, s. 81-142.

¹⁰⁷ Protestantcki teolog J. M. Thévoz nazywa je nawet „dzieckiem przymierza”. Zob. M. A. Hermitte, *Science, technologie et religions*, Archives de philosophie du droit 1991, t. 36, s. 132.

¹⁰⁸ M. Gałązka, *Prawo karne...*, s. 42.

¹⁰⁹ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 143.

¹¹⁰ Por. J. A. Robertson, *Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies*, New Jersey 1994, s. 30-35; R. F. Chadwick, *Having Children...*, s. 3-21.

¹¹¹ P. Singer, D. Wells, *op. cit.*, s. 92; J. A. Robertson, *op. cit.*, s. 122.

kraczącego zakres tych kosztów. Podkreśla się bowiem, że mamy w tym wypadku do czynienia z czynnościami mającymi na celu handel dziećmi, bądź też ze złamaniem zakazu odpłatnej adopcji. W świetle powyższego z tym większym sprzeciwem spotyka się praktyka umów zawieranych za pośrednictwem stowarzyszeń i organizacji trudniących się profesjonalnie świadczeniem usług tego rodzaju na zasadach komercyjnych.¹¹² Działalność ta polega na wyszukiwaniu kandydatek na zastępczą matkę oraz rodziców socjologicznych, którzy za jej pomocą chcą mieć dziecko. Po dobraniu stron umowy o macierzyństwo zastępcze organizacja kontroluje od strony formalnej przebieg całej procedury. W zasadzie koszty tego pośrednictwa pokrywają rodzice socjologiczni, choć niejednokrotnie zdarza się, że matka zastępcza zobowiązana jest do oddania organizacji odpowiedniej części swego wynagrodzenia wynikającego z umowy. Warto w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 253 § 2 kodeksu karnego¹¹³ kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, zajmuje się organizowaniem adopcji dzieci wbrew przepisom ustawy, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.¹¹⁴ Według L. Gardockiego, organizowaniem adopcji jest „działalność polegająca na wyszukiwaniu dzieci do adopcji i przyszłych ich rodziców wraz z doprowadzeniem do wyrażenia zgody przez rodziców biologicznych oraz uzyskaniem ewentualnych opinii odpowiednich instytucji a następnie orzeczenia sądu”.¹¹⁵ Z przepisu tego można *de lege lata* wywieść zakaz działalności związanej z pośrednictwem w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze. Wątpliwości budzi jednakże bardzo ogólny charakter tego przepisu, co może sprawiać trudności w jego stosowaniu, zwłaszcza wobec konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege certa*. W związku z powyższym konieczna wydaje się nowelizacja art. 253 § 2 k.k. poprzez szczegółowe objęcie penalizacją pośredniczenia w zawieraniu umów o zastępcze macierzyństwo. Bardzo wymowne znaczenie ma fakt, iż na gruncie prawa niemieckiego zakaz pośredniczenia w zawieraniu umów o macierzyństwo zastępcze ustawodawca umieścił w tym samym akcie, co zakaz pośredniczenia pomiędzy osobami chcącymi oddać dzieci do adopcji a osobami gotowymi je przysposobić.¹¹⁶

¹¹² Szerzej zob. H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Babies, Child Bearers and Commodification: Anderson, Brazier et al., and the Political Economy of Commercial Surrogate Motherhood*, *Health Care Analysis* 2000, Nr 8, s. 1-18; E. Anderson, *Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales*, *Health Care Analysis* 2000, Nr 8, s. 19-26; A. V. Campbell, *Surrogacy, Rights and Duties: A Partial Commentary*, *Health Care Analysis* 2000, Nr 8, s. 35-40; S. B. Rae, *Brave New Families? The Ethics of the New Reproductive Technologies*, *Christian Research Journal* 1993, Nr 2, s. 8 i nast.; A. Stuhmcke, *For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood*, *Murdoch University Electronic Journal Law* 1996, Nr 1, s. 1 i nast. dostępne na www.murdoch.edu.au/elaw/issues.

¹¹³ Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

¹¹⁴ Szerzej zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 534-535; O. Górniok (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002, s. 1115-1117; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem*, Warszawa 2005, s. 416-417.

¹¹⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 284.

¹¹⁶ M. Działyńska, *Problematyka...*, s. 117.

W poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie dotyczące moralnej dopuszczalności umowy o zastępcze macierzyństwo niezbędne wydaje się również odniesienie się do stanowisk kościołów i związków wyznaniowych. Zgodnie z Judaizmem macierzyństwo jest nierozzerwalnie związane z naturą, a pochodzących z Biblii praw, obowiązków i zakazów związanych z macierzyństwem nie można się zrzec w drodze przekazania władzy rodzicielskiej innej osobie.¹¹⁷ E. N. Dorff wskazuje, że opinie hierarchów Judaizmu w kwestii dopuszczalności zastępczego macierzyństwa są podzielone, bowiem instytucja ta budzi wiele wątpliwości o charakterze etyczno-moralnym.¹¹⁸ Ortodoksyjny rabin Immanuel Jakobovits podniósł, że płatne wykorzystywanie kobiety jako inkubatora stanowi wyraz degradacji macierzyństwa i naruszenie ludzkiej godności. W tym samym tonie wypowiada się konserwatywny rabin Daniel Gordis, wedle którego macierzyństwo zastępcze pociąga za sobą komercjalizację kobiecego ciała i transformację kobiecych zdolności prokreacyjnych w towar będący przedmiotem obrotu. Według niego umowa o macierzyństwo zastępcze czyni z kobiety niewolnicę, wskazując jednocześnie na finansową przepaść jaka dzieli zazwyczaj rodziców socjologicznych i zastępczą matkę. Nie jest to jednak – według mnie – argument koronny, bowiem w polskich realiach, w których zabieg zapłodnienia *in vitro* nie jest refundowany,¹¹⁹ na umowę o zastępcze macierzyństwo mogłyby pozwolić sobie jedynie pary o wysokim statusie majątkowym.¹²⁰ Nie sędzę jednocześnie, by na rolę matki zastępczej i wynikające z niej niedogodności zdecydowała się kobieta, której sytuacja finansowa jest co najmniej stabilna. Wobec możliwości odstąpienia od umowy trudno uznać, jakoby kobieta ją zawierająca stawała się niewolnicą rodziców socjologicznych. W wyrażonych przez rabinów opiniach pojawia się również argument, iż zastępcze macierzyństwo to nic innego, jak sprzedaż dziecka. Pogląd ten kwestionuje rabin Elie Kaplan Spitz, wedle którego analogia do odpłatnej adopcji jest dalece błędna, bowiem inaczej niż w przypadku adopcji, w ramach umowy o zastępcze macierzyństwo ojciec socjologiczny jest zazwyczaj również biologicznym ojcem dziecka. Ponadto, poprzez umowę o zastępcze macierzyństwo rodzice socjologiczni biorą odpowiedzialność za dziecko od chwili jego poczęcia, co gwarantuje dbałość o jego dobro.¹²¹

Podzielone w swych opiniach jest również środowisko Protestantów.¹²² Wydają się jednak przeważać stanowiska negatywne wobec umów o zastępcze macierzyństwo. Podobnie, jak w przypadku Judaizmu, argumentem jest tu fakt uprzedmiot-

¹¹⁷ M. J. Broyde, *The Establishment of Maternity & Paternity in Jewish and American Law*, National Jewish Law Review 1988, Nr. 3, s. 8 i nast.

¹¹⁸ E. N. Dorff, *Surrogate motherhood*; publikacja dostępna na stronie <http://www.myjewishlearning.com>.

¹¹⁹ Zob. E. Zielińska, *Prawne problemy pokrywania kosztów wspomaganey prokreacji*, (w:) W. Lang (red.) *Prawne problemy...*, s. 325 i nast.

¹²⁰ Zob. P. Singer, D. Wells, *op. cit.*, s. 72-79.

¹²¹ Zob. szerzej: A. L. Mackler, *Life & Death Responsibilities in Jewish Biomedical Ethics*, New York 2001, s. 123-192.

¹²² Por. opinie przedstawione na stronach Kościoła Ewangelickiego Ameryki (www.elca.org) i Kościoła Luterńskiego Synodu Missouri (www.lcms.org).

wienia kobiety i dziecka. Wskazuje się, że w przypadku umowy o zastępcze macierzyństwo dziecko jest poczęte w celu oddania go innej osobie, co jest nie do pogodzenia z biblijnym znaczeniem dziecka jako daru od Boga, który należy przyjąć. Argumentem przeciwko dopuszczalności umów o zastępcze macierzyństwo jest również fakt, że zawarcie umowy jest odpłatne, co prowadzi do eskalacji zjawiska odsprzedawania własnych ciał przez ubogie kobiety.¹²³

Od 1897 r. Kościół Rzymsko-Katolicki konsekwentnie kwestionuje moralną zasadność sztucznej inseminacji, podnosząc argument, iż jedynym możliwym do zaakceptowania sposobem ludzkiej prokreacji jest stosunek płciowy. W odpowiedzi na skierowane do Kongregacji Świętego Oficjum pytanie, czy godzi się stosować sztuczne unasiennienie u kobiety, Kongregacja w dniu 24 marca 1897 r. uznała, iż takie praktyki nie są w świetle etyki katolickiej dopuszczalne. W przemówieniu do Stowarzyszenia Włoskich Położnych Katolickich z 29 października 1951 r. papież Pius XII stwierdził,¹²⁴ że współmałżonkowie mają „prawo do posiadania dziecka, które jest głównym celem małżeństwa”. Oświadczył jednakże, iż nie można z tegoż prawa wyprowadzać prawa do sztucznego poczęcia. Kontrakt małżeński „nie daje tego prawa, ponieważ jego przedmiotem jest nie dziecko, lecz akty naturalne, które mogą doprowadzić do powstania nowego życia i których celem ostatecznym jest właśnie to”.¹²⁵ Ze względu na interwencję osoby trzeciej, niedopuszczalna jest również sztuczna inseminacja heterologiczna.¹²⁶ Stanowisko Kościoła Katolickiego oparte jest w dużej mierze na koncepcji antropologii chrześcijańskiej głoszącej postulat pełnego poszanowania godności osobowej embrionu i płodu. 22 lutego 1987 r. Kongregacja Nauki Wiary wydała dokument zatytułowany *Donum Vitae* – Instrukcja o szacunku dla rodzącego się życia ludzkiego i o godności jego przekazywania, który został następnie zaaprobowany przez Papieża Jana Pawła II.¹²⁷ Twórcy dokumentu, którego treść dotyczy przede wszystkim zapłodnienia *in vitro*, potępili jako moralnie złą zarówno sztuczną inseminację heterologiczną, jak i zastępcze macierzyństwo i wskazali, że techniki te są sprzeczne z jednością małżeństwa i godnością ludzką. Wedle Instrukcji *Donum Vitae* macierzyństwo zastępcze jest obiektywnie niepełne wobec obo-

¹²³ Zob. szerzej: J. D. McDowell, *Surrogate Motherhood*, Journal of Lutheran Ethics 1986, Nr 1 dostępne na stronie www.elca.org/jle.

¹²⁴ Cyt. za O. M. Leibhard, *Official Catholic Teachings: Love nad Sexuality*, Wilmington 1978, s. 99-100.

¹²⁵ Pogląd, że prawo do posiadania dziecka nadane przez kontrakt małżeński jest właściwie prawem do odbywania naturalnych aktów mogących doprowadzić do poczęcia i urodzenia dziecka, jest bez wątpienia słuszny w odniesieniu do małżeństw płodnych. Trudno uznać za uzasadnioną tezę postawioną przez papieża Piusa XII w przypadku, gdy cel w postaci posiadania dziecka można osiągnąć wyłącznie dzięki sztucznej inseminacji lub zapłodnieniu zewnętrznemu.

¹²⁶ Por. m.in. Encyklikę Pawła VI *Humanae Vitae* z 25 lipca 1968 r.

¹²⁷ Wedle tego dokumentu „od momentu, w którym jajo zostało zapłodnione rozpoczyna się nowe życie, które nie jest życiem ojca lub matki, lecz nowej istoty ludzkiej rozwijającej się niezależnie od matki”; zob. Kongregacja Nauki Wiary, *Instrukcja o szacunku dla rodzącego się życia ludzkiego i o godności jego przekazywania*, Watykan 1987, s. 14.

wiązków wynikających z miłości macierzyńskiej, wierności małżeńskiej i odpowiedzialnego macierzyństwa. Obraża ono godność i prawo dziecka do poczęcia się, do okresu ciąży i wychowania przez własnych rodziców oraz, ze szkodą dla rodzin, wprowadza podział między czynnikami fizycznymi, psychicznymi i moralnymi, które je konstytuują.¹²⁸

W świetle wypowiedzi w piśmiennictwie podkreślić należy, że umowy o zastępcze macierzyństwo bulwersują w sposób zasadniczy etyczny wymiar macierzyństwa. Wskazuje się powszechnie, że w przypadku umów o zastępcze macierzyństwo prokreacja zostaje sprowadzona do aktu całkowicie odhumanizowanego, do rozmyślnej „produkcji dziecka” bez liczenia się z potrzebami emocjonalnymi samego dziecka i rodziców, czy do nieuzasadnionej eksploatacji zastępczej matki.¹²⁹ Stając się aktem odpersonalizowanym prokreacja traci swe znaczenia i funkcje moralne oraz społeczne. Jednocześnie w piśmiennictwie podnosi się, że zastępcze macierzyństwo z wygodnictwa, tj. mające miejsce w sytuacji, gdy kobieta jest fizycznie zdolna do urodzenia dziecka, ale nie chce przechodzić okresu ciąży, jest moralnie całkowicie nie do zaakceptowania.¹³⁰ Nawet gdy istnieją istotne wskazania lekarskie, niebezpieczeństwo wykorzystania jednego człowieka przez drugiego przeważa zdecydowanie nad potencjalnymi korzyściami. Traktowanie ludzi jak środki do osiągnięcia własnych celów, bez względu na to, jak pożądane miałyby być konsekwencje, musi zawsze budzić moralne zastrzeżenia.¹³¹

Jak wskazał T. Smoczyński, wątpliwości natury etyczno-prawnej co do różnych metod wspomaganey prokreacji nie rozwiewa nawet Europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny z 1996 r.¹³² Deklaruje się w niej prymat istoty ludzkiej względem społeczeństwa i nauki (art. 1), ale postulat ten nie znajduje bliższego doprecyzowania na gruncie różnego rodzaju metod wspomaganey prokreacji ani na obszarze konkurencji interesu istoty już urodzonej i istoty poczętej. Protokół dodatkowy do wspomnianej konwencji dotyczy tylko zakazu klonowania istot ludzkich. Sporu między zwolennikami szerokiego stosowania wspomaganego rozrodu na życzenie „potencjalnych” rodziców a tymi, którzy się takiej postawie sprzeciwiają nie można sprowadzać do kontrowersji między zwolennikami postępu, a konserwatyстами. Chodzi raczej o to, że jedni dostrzegają tylko potrzebę realizacji wolności i praw osób żądających wykonania zabiegów z pominięciem dobra przyszłego

¹²⁸ Zob. również: S. B. Rae, *Brave New Families? The Ethics of the New Reproductive Technologies*, Christian Research Journal 1993, Nr 2, s. 8 i nast.

¹²⁹ Zob. szerzej: E. F. S. Roberts, „Native” Narratives of Connectedness: *Surrogate Motherhood and Technology*, (w:) R. Davis-Floyd, J. Dumit (red.), *Cyborg Babies: From Techno-Sex to Techno-Tots*, New York 1998, s. 193-211; K. Oliver, *Marxism and Surrogacy*, *Hypatia* 1989, Nr 3, s. 95-115.

¹³⁰ Zob. P. Singer, D. Wells, *Dzieci z probówki...*, s. 125.

¹³¹ P. F. Silva-Ruiz, *Macierzyństwo zastępcze...*, s. 125-126.

¹³² W tłumaczeniu polskim tekst Konwencji opublikowany został w kwartalniku *Prawo i Medycyna* 1999, Nr 3, s. 140 i nast.

dziecka, a postawę drugich cechuje obawa przed nieuzasadnionym naruszeniem naturalnego porządku biologicznego i potrzeba ochrony dobra osoby, która chyba jest w centrum całego problemu tj. dziecka, mającego pojawić się na świecie. W naturalnym biegu wydarzeń także pojawiają się dzieci bez ustalonego ojcostwa, dzieci znajdujące się w niekorzystnej sytuacji rodzinnej itd., natomiast nie można aprobować działalności osób i instytucji, które z wykorzystaniem wiedzy i aparatury medycznej, przy aprobacie ustawodawcy taką sytuację świadomie tworzą. Należy wyraźnie stwierdzić, że *de lege lata* nie ma uprawnienia do „posiadania” dziecka i nie ma podstawy do kreowania takiego uprawnienia, bądź żądania jego realizacji od władz publicznych. Nie każde ludzkie pragnienie, również pragnienie rodzicielstwa, udaje się spełnić godziwymi metodami. Posługiwanie się argumentem miłości bliźniego, bądź przyznanie kobiecie prawa do swobodnego dysponowania swoimi możliwościami prokreacyjnymi, nawet ze szkodą dla przyszłego dziecka jest zarówno z jurydycznego, jak i z humanistycznego punktu widzenia nieakceptowalne.¹³³

Pomimo głosów sprzeciwu, wskazuje się, że niezależnie od tego, czy macierzyństwo zastępcze jest zgodne z moralnością, jego delegalizacja nie jest najlepszym wyjściem.¹³⁴ Bezwzględny zakaz ze strony obowiązującego prawa zawierania tego typu umów przeniósłby prawdopodobnie całe zjawisko do „podziemia” usuwając wszelką możliwość kontroli publicznej i tworząc tym samym podatny grunt dla wszelkiego typu nadużyć i rzeczywistego „handlu dziećmi”. Formalny zakaz nie zlikwiduje wszakże występujących obiektywnie przyczyn i racji skłaniających ludzi do tej formy prokreacji.¹³⁵ Nie jest to jednakże – według mnie – argument koronny za odstąpieniem od delegalizacji macierzyństwa zastępczego, bowiem z łatwością można go odnieść do każdej działalności człowieka objętej ustawowym zakazem jej dokonywania.

Przeciwko dopuszczalności pełnego („gestacyjnego”) macierzyństwa zastępczego przemawiają nie tylko przeciwwskazania natury etycznej, czy prawnej, ale i medycznej. Wszczepiony embrión jest bowiem genetycznie obcy dla matki zastępczej, co stwarza poważne ryzyko dla rozwoju płodu.¹³⁶

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż na gruncie *legis latae* umowy o zastępcze macierzyństwo nie mogą być uznane za prawnie dopuszczalne. Niezależnie od tego, czy pod wątpliwość podda się zgodność tych umów z ustawą,¹³⁷ czy też z zasadami współżycia społecznego,¹³⁸ w niemal każdym przypadku prawną konsekwencją byłoby uznanie umowy za nieważną (art. 58 k.c.). Kwestia braku

¹³³ T. Smoczyński (w:) T. Smoczyński (red.), *System...*, s. 224.

¹³⁴ H. V. McLachlan, J. K. Swales, *Babies, Child Bearers and Commodification: Anderson, Brazier et al., and the Political Economy of Commercial Surrogate Motherhood*, *Health Care Analysis* 2000, Nr 8, s. 9.

¹³⁵ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 143.

¹³⁶ M. Nesterowicz, *Problemy prawne...*, s. 51.

¹³⁷ Zob. m. in: M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji...*, s. 436.

¹³⁸ Zob. m. in: M. Nesterowicz, *Prawo medyczne...*, s. 218.

dopuszczalności macierzyństwa zastępczego może stać się jeszcze bardziej pewna w chwili wejścia w życie przepisu art. 61⁹ k.r.o., zgodnie z którym matką dziecka jest kobieta, które je urodziła. Należy mieć jednak na względzie, iż sankcja nieważności umowy o zastępcze macierzyństwo nie rozwiązuje wszystkich problemów, jakie mogą pojawić się na tle zawarcia takiej umowy. Do najistotniejszych z tych problemów będzie z pewnością należała kwestia dylematów związanych z szeroko pojętą problematyką filiacyjną i sytuacją prawną dziecka poczętego i urodzonego w wyniku umowy o zastępcze macierzyństwo. Rozważenie tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego opracowania, bowiem wymagałoby szczegółowego omówienia każdej z możliwych form medycznie wspomaganey prokreacji.

Omawiana problematyka jest wycinkiem szerszego zagadnienia dostosowania prawa rodzinnego do nowych zjawisk związanych z możliwościami, jakie stworzyła medycyna i genetyka. Z całą pewnością postulować należy publiczną debatę, tak aby te nieobojętne moralnie kwestie znalazły swoje wyraźne uregulowanie ustawowe wzorem innych państw.

Przebieg rodzinnej mediacji transgranicznej na przykładzie polsko-niemieckim

Jedną z szans na trwałe i szybkie rozwiązanie transgranicznego konfliktu rodzinnego jest skierowanie sprawy do mediatora rodzinnego. Mediacja sama w sobie jest w Polsce znana i możliwa do zainicjowania przez zwaśnione strony (tzw. mediacja „przedsądowa”, „prywatna”) albo przez sąd („mediacja sądowa”). Od 2005 r. możliwe jest kierowanie spraw cywilnych, w tym rodzinnych, do mediacji¹. Osoby zainteresowane mediacją trafiają do odpowiednio wykwalifikowanego mediatora i jeśli wyrażą na nią zgodę, mediator przejmuje ster w prowadzeniu rozmów i pomaga trwale rozwiązać konflikt. Mediator powinien być osobą bezstronną i neutralną, a więc nie może być stroną w sporze ani być zainteresowany jakimś konkretnym rozwiązaniem. To strony decydują w swojej sprawie, a mediator dba o zachowanie zasad rozmowy i ułatwia wzajemny dialog.

Konflikty rodzinne są szczególnie trudne do mediowania, głównie z powodu silnych emocji, długiej historii konfliktu oraz zaangażowania innych osób i instytucji spoza rodziny. Dlatego też mediator rodzinny musi być do pośredniczenia w tym sporze bardzo dobrze przygotowany².

Mediacja rodzinna może być zastosowana w wielu rodzajach konfliktów rodzinnych, w szczególności w sprawach związanych z rozwodem, separacją. Jej główną zaletą jest szansa na ustalenie w spokojnej atmosferze np. miejsca pobytu dziecka po rozwodzie, sposobu i częstotliwości kontaktów z drugim rodzicem, wysokości alimentów, formy przekazania dziecku informacji o rozwodzie. Mediator pomaga w ustaleniu tzw. planu opieki rodzicielskiej, który ma na celu pomoc rodzicom w ustaleniu ich obowiązków rodzicielskich oraz zapewnienie dziecku poczucia bezpieczeństwa i spokoju psychicznego.

Mediacja rodzinna może być z powodzeniem zastosowana także do spraw ponadgranicznych, w których konflikt rozgrywa się w dwóch krajach albo dotyczy ro-

¹ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 172 poz. 1438), weszła w życie dnia 10 grudnia 2005 r.

² Polskie prawo nie wymaga obecnie od mediatora rodzinnego żadnego specjalistycznego przygotowania, ale standardy szkolenia mediatorów przyjęte przez Europejskie Forum Szkoleń i Badań w Mediacjach Rodzinnych, profesjonalną organizację non-profit, mówią o minimum 180 godzinnym szkoleniu, rozłożonym na minimum jeden rok i obejmującym zagadnienia od psychologii rodziny w sytuacji separacji i rozwodu po istotne aspekty prawa rodzinnego (<http://www.europeanforum-familymediation.com/Standards.htm>). W Polsce Stowarzyszenie Mediatorów Rodzinnych wymaga do swoich stałych mediatorów w sprawach rodzinnych m.in. wyższego wykształcenia oraz minimum 80 godzin specjalistycznego szkolenia (http://www.smr.org.pl/stan_wpis.php).

dziców o różnej narodowości. Tego typu mediacje mogą być zainicjowane przez same strony, jak i sąd rodziny.

W maju 2007 r. powstała grupa polsko-niemieckich mediatorów rodzinnych, którzy wyrazili gotowość do mediowania właśnie takich spraw, a konkretnie w polsko-niemieckich sprawach rodzinnych. Bazując na doświadczeniach z podobnego projektu niemiecko-francuskiego założyliśmy sobie następujące standardy pracy:

- mediacja ma być prowadzona przez parę mediatorów – kobietę i mężczyznę,
- jedna z osób ma pochodzić z Polski, druga z Niemiec, aby zapewnić stronom poczucie „równowagi kulturowej”,
- najlepiej jeśli są to osoby o różnych zawodach, np. prawnik i psycholog, ponieważ w konflikcie rodzinnym trzeba uwzględnić zarówno aspekty psychologiczne, jak i prawne ramy funkcjonowania rodziny,
- ze względu na dwunarodowość konieczna jest znajomość przynajmniej jednego wspólnego dla wszystkich języka komunikacji (albo udziału tłumaczy).

Poniżej chcę zaprezentować sprawozdanie z pierwszego polsko-niemieckiego konfliktu rodzinnego, który został poddany mediacji wg wyżej wymienionych standardów. Przypadek ten był prezentowany podczas polsko-niemieckiego seminarium w Krzydlinie Małej nt. rozwiązywania konfliktów dotyczących opieki nad dziećmi. Seminarium było organizowane w październiku 2007 r. przez Dolnośląski Ośrodek Mediacji we Wrocławiu oraz *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation in Berlin* (www.bafm-mediation.de).

Polsko-niemiecka mediacja rodzinna – doświadczenia polskiego mediatora rodzinnego

Niniejszy artykuł stanowi próbę podsumowania moich doświadczeń z polsko-niemieckiej mediacji rodzinnej, którą przeprowadziłam w czerwcu 2007 r. z niemieckim mediatorem, Hansjörgiem Schwartzem. Mediacja odbyła się z inicjatywy polskiego konsulatu w Hamburgu oraz za zgodą niemieckiego sądu rodzinnego. Dwudniowa intensywna sesja mediacyjna miała miejsce w Niemczech, w pobliżu miejsca zamieszkania obydwu stron konfliktu, w neutralnym miejscu – biurze mediatora w Oldenburgu na północy Niemiec.

W mojej prezentacji chciałabym przedstawić Państwu sytuację, jaka miała miejsce przed rozpoczęciem mediacji, a następnie przejść do analizy konfliktu. W kolejnej części skupię się na przebiegu mediacji, zwracając szczególną uwagę na pojawiające się problemy oraz sposoby ich rozwiązania przez mediatorów.

1. Stan faktyczny przed mediacją

Państwo X pobrali się w 2002 r., po 2 miesiącach przedślubnej znajomości. W 2003 r. urodził się im syn, który w momencie trwania mediacji miał 4 lata. Pan X jest Niemcem, Pani X Polką. Przez cały okres małżeństwa mieszkali w Niemczech.

W styczniu 2006 roku Pani X wniosła pozew o rozwód. Zgodnie z decyzją niemieckiego sądu rodzinnego, od momentu rozstania dziecko miało mieszkać u Pani X, a Pan X mógł je odwiedzać co drugi dzień oraz w weekendy. Przez kilka miesięcy kontakty byłych małżonków układały się poprawnie.

Problemy rozpoczęły się w listopadzie 2006 r. Pani X, ze względu na chorobę nie mogła sprawować opieki nad synem i poprosiła Pana X, by tymczasowo zabrał syna do swojego mieszkania, które dzielił ze swoją matką, babcią dziecka. Kiedy nadszedł jednak ustalony termin powrotu dziecka do Pani X, Pan X nie zgodził się na przekazanie syna.

W konflikt zostały włączone instytucje zewnętrzne (w tym sąd rodzinny). W grudniu 2006 r. sąd oddalił wniosek Pani X o wydanie dziecka, a na kolejnym etapie postępowania, w lutym 2007 r., zarządził zbadanie rodziny przez biegłego psychologa. Do czasu uzyskania ekspertyzy przyznał Pani X prawo do trzech trzygodzinnych spotkań z synem w tygodniu. Z czasem kontakty te wydłużyły się, dziecko zostawało u Pani X także na noc. Mimo tego sytuacja była bardzo napięta, a między byłymi małżonkami dochodziło często do nieporozumień i awantur.

Sytuacja czteroletniego dziecka była w momencie rozpoczęcia mediacji bardzo trudna. Chłopiec miał poważną chorobę skórą, która była wynikiem zaistniałego stresu, a stan jego skóry był wówczas bardzo zły. Z informacji pozyskanych z przedszkola wynika, że bardzo źle znosił całą sytuację.

2. Analiza konfliktu i gotowości stron do mediacji

Opisany powyżej konflikt w zasadniczy sposób koncentrował się wokół tematu dziecka. Kwestie finansowe zeszyły zdecydowanie na drugi plan.

Należy zauważyć, że w analizowanym konflikcie miała miejsce wyraźna nierównowaga sił. Jest to typowe dla konfliktów rodzinnych, jednakże w sytuacji małżeństw mieszanych do „typowych” czynników konfliktogennych (np. brak dostępu do dziecka, finansów rodzinnych, informacji, porady prawnej czy psychologicznej, przewaga intelektualna, językowa itd.) doszły tutaj dodatkowe „balasty”. O przewadze u tej pary decydowały: brak wspólnego języka komunikacji oraz status „gościa” i „gospodarza”, w której to sytuacji jedno z rodziców jest „u siebie”, a drugie może boleśnie odczuwać swój status obcokrajowca, mając poczucie niesprawiedliwego traktowania przez instytucje decyzyjne, np. sąd.

Strony konfliktu zdecydowały się na udział w mediacji, ale miały wobec niej odmienne oczekiwania. Pan X oczekiwał głównie zmiany sposobu myślenia swojej żony na jego temat, natomiast Pani X chciała dzięki mediacji uzyskać zgodę na powrót dziecka pod jej bezpośrednią opiekę. W momencie, gdy taka zgoda okazywała się coraz bardziej niemożliwa, Pani X traciła gotowość do dalszych negocjacji. Jej motywacja do uczestniczenia w mediacji słabła, ponieważ zaczynała wtedy snuć przekonania, że bardziej „korzystne” będzie dla niej rozstrzygnięcie sądu.

Wobec powyższych okoliczności, szanse, że mediacja doprowadzi do porozumienia, a w konsekwencji do wycofania sprawy z sądu można było ocenić jako niewielkie. Wynikało to z opisanej różnicy oczekiwań, odmiennej gotowości stron do podjęcia decyzji we własnej sprawie, a przede wszystkim z braku wzajemnego zaufania między stronami, który z każdym etapem mediacji stawał się dla nas – mediatorów – coraz bardziej widoczny. Tego typu konflikty wymagają dłuższej pracy, przede wszystkim nad budowaniem zaufania i skupieniem na potrzebach dziecka. Mieliśmy jednak na to dwa dni, można więc raczej mówić o zapoczątkowaniu przez mediację drogi do porozumienia i zaufania.

3. Przebieg mediacji – etapy i ugoda

Początek mediacji

Problemy z zakresu mediacji międzykulturowej pojawiły się już na samym początku postępowania mediacyjnego. Po krótkim zapoznaniu się i stworzeniu miłej atmosfery, postanowiliśmy ustalić, w jaki sposób powinniśmy do siebie mówić, aby możliwie jak najbardziej zniwelować opisaną powyżej nierównowagę sił. Celem mediacji i największym wyzwaniem jakie stoi przed mediatorami jest pomoc w osiągnięciu równowagi w rozmowie, tak, aby strony konfliktu mogły samodzielnie i swobodnie decydować o swoich sprawach.

Co więc zrobiliśmy, aby rozwiązać ten problem? Wskazaliśmy stronom różne możliwości, w tym skorzystanie z pomocy tłumacza. Na to rozwiązanie nie zgodził się jednak Pan X, uzasadniając to tym, że nareszcie mają oboje okazję porozmawiać bez udziału osób trzecich, na czym mu bardzo zależało. Ostatecznie strony ustaliły więc, że postarają się mówić po niemiecku powoli, a polska mediatorka będzie tłumaczyć na polski to, co okaże się niezrozumiałe. Ponadto ustalono, że w momentach trudnych Pani X będzie mogła mówić podczas mediacji po polsku, co zostanie następnie przetłumaczone na niemiecki.

Przyjęte przez strony rozwiązanie okazało się bardzo korzystne dla całego procesu mediacji. Po pierwsze, każda ze stron mogła mówić o sprawach trudnych w swoim ojczystym języku. Jako mediatorzy mieliśmy możliwość korzystania z metody jaką jest przeformułowywanie negatywnych emocji i treści, tak, aby negocjacje między stronami miały charakter konstruktywny i przebiegały w spokojnej atmosferze. Minusem takiego rozwiązania był natomiast fakt, że mediator niemiecki nie rozumiał wszystkich wypowiedzi jednej ze stron, mając jedynie dostęp do wersji poniekąd „spacyfikowanej” przez polską mediatorkę-tłumaczkę. Musiał zatem wykazać się zaufaniem do swojej partnerki i skupiać bardziej na przekazie pozawerbalnym.

Następnym krokiem w mediacji było ustalenie czasu pracy. Mediacja została zaplanowana na dwa dni, z możliwością przedłużenia na przedpołudnie dnia trzeciego. Była to bardzo intensywna praca, ponieważ pracowaliśmy około sześciu go-

dzin dziennie. Struktura sesji była dostosowana do potrzeb stron (stosowaliśmy przerwy na przemyślenia, dyskusje z bliskimi osobami, obiad).

Po wstępnych ustaleniach wyjaśniliśmy cel mediacji, jej zasady i naszą w tym rolę jako osób bezstronnych. Przedstawiliśmy umowę o mediację, którą podpisały obie strony. Wraz ze stronami ustaliliśmy historię ich rodziny, następnie strony sformułowały kwestie sporne.

4. Fazy zbierania tematów i definiowania potrzeb

Głównym tematem spornym w sprawie było dziecko. Rodzice na tym etapie mediacji byli bardzo aktywni i dość szybko podali tematy, które według nich wymagały wyjaśnienia. Były to:

- stałe miejsce zamieszkania dziecka,
- kontakty z drugim rodzicem,
- opieka medyczna,
- wakacje,
- kontakt z innymi członkami rodziny,
- wybór szkoły za dwa lata,
- kwestie finansowe.

Jak się dalej okazało, we wszystkich kwestiach udało się stronom wypracować pewne rozwiązania, choć część z nich miała charakter tymczasowy.

Najtrudniejszym i najbardziej spornym tematem okazało się ustalenie miejsca zamieszkania dziecka. Kwestia ta budziła zdecydowanie najwięcej emocji, głównie ze strony matki. Aby uspokoić sytuację zaproponowaliśmy wyobrażenie sobie czego potrzebuje w tej kwestii ich dziecko oraz nazwanie swoich własnych potrzeb jako rodziców. W celu ułatwienia komunikacji spisywaliśmy wszystko na *flipchartach* oraz wykorzystywaliśmy elementy symboli graficznych.

5. Faza rozwiązań

W taki oto sposób udało nam się przejść z powodzeniem przez wszystkie fazy procesu mediacyjnego – od wprowadzenia, poprzez zebranie tematów spornych, potrzeb dziecka i stron, aż po konkretne rozwiązania. Przeczuwając, że decyzja o miejscu zamieszkania dziecka okaże się największym wyzwaniem, przed wypracowaniem konkretnych rozwiązań w tej kwestii ustalono kryteria, na podstawie których strony będą wiedziały, że rozwiązania są dla nich dobre. Ta część mediacji przebiegła harmonijnie i dawała nam jako mediatorom poczucie, że ponownie zbliżyła obie strony do siebie. Wśród podanych przez rodziców kryteriów znalazły się między innymi uwagi, że rozwiązania mają pomagać w odbudowie wzajemnego zaufania byłych małżonków, dać matce szansę na większy kontakt z dzieckiem oraz umożliwić zebranie wspólnych pozytywnych doświadczeń rodzicielskich.

Ponadto, dziecko nie powinno zostać „wyrwane” ze znajomego otoczenia (na przykład: wyjechać na stałe do Polski), a ważne dla niego rytuały dnia codziennego miały być kontynuowane.

O ile początkowa burza mózgów dotycząca konkretnych rozwiązań nie sprawiła specjalnych trudności uczestnikom mediacji, o tyle wybór miejsca zamieszkania dziecka doprowadził do ponownej konfrontacji między stronami. To właśnie wtedy zdarzył się najtrudniejszy moment w całej mediacji, kiedy jej kontynuacja stanęła wręcz pod znakiem zapytania.

Najtrudniejsze w tej fazie było to, aby nakierować myślenie obu stron na potrzeby 4-letniego dziecka. Widoczne były różnice w postrzeganiu relacji między dzieckiem a rodzicami, na przykład niezgodność co do kwestii, kiedy dziecko powinno współdecydować o istotnych sprawach rodzinnych. Zastosowanie przez mediatorów odpowiednich pytań i zasianie wątpliwości w słuszność ich racji poszerzały ich horyzonty patrzenia na dziecko. Pojawiały się pytania, a wtedy mediatorzy mogli przybliżyć jak inni rodzice radzą sobie z takimi sytuacjami. To poszerzyło spektrum rozwiązań, ale wybrana ostatecznie opcja dotycząca miejsca zamieszkania dziecka nie przyniosła satysfakcji rodzicom, choć została ostatecznie zaakceptowana przez obie strony. Rodzice postanowili wybrać tzw. „mniejsze zło”, zakładając, że jest to tylko pewien krok w długim procesie odbudowywania wzajemnego zaufania i relacji rodzicielskich.

Co postanowiono? W ramach wypracowanego rozwiązania dziecko ma większy kontakt z Matką, zgodnie ze szczegółowo wypracowanym kalendarzem. Ponadto ustalono, że każdy z rodziców będzie starał się utrwalić pozytywny obraz drugiego rodzica w oczach dziecka, np. poprzez mówienie o drugim rodzicu pozytywnie, ustawienie zdjęcia drugiego rodzica w sypialni dziecka w każdym z domów, zaplanowanie wspólnych wyjść, np. na lody. Spisywanie rozwiązań trwało ponad godzinę. Wielką niespodzianką i dowodem zaufania była zgoda Ojca na wyjazd Matki z synem do Polski na dwutygodniowe wakacje do polskiej rodziny, z którą dziecko nie miało kontaktu od prawie dwóch lat. Wcześniej ojciec nie chciał absolutnie wyrazić zgody na taki wyjazd ponieważ obawiał się zatrzymania dziecka w Polsce.

Mediacja zakończyła się zatem ugodą. Strony w obecności mediatorów ustaliły, że będzie ona obowiązywać do kolejnej mediacji albo istotnej zmiany sytuacji tej rodziny. Ważną i wykorzystywaną w praktyce przez rodziców zasadą okazało się postanowienie, że w razie nieporozumienia strony będą kontaktować się najpierw z mediatorami, zanim włączą w nie instytucje zewnętrzne.

6. Co było trudne?

W porównaniu z konfliktami w typowych parach nie mieszanych nie zauważyliśmy różnic emocjonalnych czy innego podejścia do problemów. I w Polsce, i w Niemczech, rodzice kochają swoje dzieci i cierpią, gdy rozpada się ich związek.

Zauważalne są natomiast różnice w funkcjonowaniu rodziny i sposobie rozwiązywania konfliktów rodzinnych w obu krajach (rola kobiety i mężczyzny w rodzinie, metody wychowawcze, akceptacja społeczna rozwodów, sposoby kierowania do mediacji rodzinnej). Konflikty w parach mieszanych są trudniejsze także z powodu ryzyka nieporozumień językowych.

Dodatkową trudnością była praca pod presją czasu. Podczas pracy z polską parą mediacja rozłożona jest na kilka tygodni i obejmuje regularne spotkania co kilka dni albo co tydzień. Czas potrzebny jest nie tylko na znalezienie dobrych i trwałych rozwiązań dla rodziny, która „ugrzęzła” w głębokim kryzysie, ale i na spokojną analizę przydatności sprawy do mediacji. Tutaj zabrakło na to miejsca, a analiza musiała być przeprowadzona podczas przebiegu sesji wspólnych.

7. Sukcesy mediacji

Podsumowując tę mediację, za jej sukces uznaliśmy przede wszystkim to, że jej uczestnicy odbierali nas jako osoby bezstronne, mając do nas zaufanie jako profesjonalistów. Nawet po zakończeniu mediacji, gdy dochodziło do nieporozumień, zgodnie z umową dzwonili do nas, by wyjaśnić sprawę. Byli niezwykle zaangażowani i bardzo zależało im na tym, aby konflikt został na zawsze rozwiązany.

Podczas całego procesu mediacji, strony miały świadomość, że na każdym etapie mogą go przerwać. Mimo trudnych chwil, przez cały czas brały udział w mediacji dobrowolnie. Uczestnikom udało się znaleźć rozwiązania dla wszystkich kwestii, które zgłaszali jako sporne. Dzięki temu, powstało trzystronicowe porozumienie.

Jak już wspomniałam, ugodę potraktowano raczej jako „projekt ugody na czas określony”. Tego typu porozumienie ma mnóstwo zalet. Jego wypracowanie daje okazję do wentylowania emocji i deeskalacji konfliktu, stanowiąc pierwszy dokument wypracowany wspólnie przez rodziców. Jednocześnie zachęca ich do współpracy i wywiązywania się z zobowiązań, daje nadzieję i inspirowanie do kreatywnego myślenia o możliwych rozwiązaniach. Stanowi ponadto okazję do skorzystania przez rodziców ze wsparcia psychoedukacyjnego (np. wiedza o potrzebach dziecka), a także przemyśleń na temat zawieszenia postępowania sądowego na okres „wprowadzania w życie wypracowanych ustaleń oraz próby oceny czy będą się przekładały na praktykę dnia codziennego.

Praca w charakterze mediatorów z tą polsko-niemiecką rodziną dała nam przekonanie, że rodzice rzeczywiście zbliżyli swoje stanowiska i poprzez pozytywne doświadczenie z mediacją nabrali nadzieję na lepszą współpracę w wychowywaniu i opiece nad synkiem. Matka i ojciec czteroletniego chłopca po raz pierwszy w życiu – jak potem powiedzieli – potrafili rozmawiać ze sobą o tak trudnych sprawach. Mieli przekonanie, że gdyby ich syn, będąc dorosłym człowiekiem, patrzył na nich podczas mediacji, byłby z nich dumny.

Tabela 1:
Przykładowy PRZEBIEG MEDIACJI RODZINNEJ

Pierwszy kontakt telefoniczny z mediatorem

- Poinformowanie stron o mediacji, zasadach, cenie
- Poznanie oczekiwań wobec mediacji i natury konfliktu
- Odpowiedź na ewentualne pytania
- Ustalenie terminu pierwszej sesji informacyjno-konsultacyjnej

Pierwsza sesja informacyjno-konsultacyjna

- zbadanie wskazań i przeciwwskazań do mediacji
- ustalenie terminów sesji
- podpisanie umowy o mediację

Sesje:

- trwają zwykle od 1-2 h, ale możliwe są też sesje dłuższe (w zależności od rodzaju sporu, ilości stron)
- odbywają się zwykle co tydzień albo co kilka dni
- potrzeba kilku sesji na dojście do ugody w sprawie rodzinnej
- możliwe „sesje skondensowane” w przypadku konfliktów transgranicznych

Sesja kończąca mediację:

- mediacja zwykle kończy się podpisaniem ugody
- ugoda może być na wniosek stron zatwierdzona przez Sąd

WAŻNE: Koszty mediacji rodzinnej pokrywają **strony**, nawet gdy jest ona skierowana przez sąd. Zwykle są dzielone po połowie.

Odebranie i doprowadzenie małoletniego do placówki opiekuńczo-wychowawczej (organy wykonujące orzeczenie)

W praktyce sądów rodzinnych zakończenie postępowania rozpoznawczego wydaniem orzeczenia o umieszczeniu małoletniego w placówce opiekuńczo-wychowawczej nie oznacza zakończenia pracy sędziego rodzinnego. Dzieje się wręcz przeciwnie bowiem rozpoczyna się postępowanie wykonawcze, które w większości przypadków jest długotrwałe, a jednocześnie potrafi przysporzyć wiele trudności. Nadto aktywny w nim udział mogą zacząć brać takie podmioty jak kurator sądowy czy organy pomocy społecznej, którym w postępowaniu tym przysługują szczególne uprawnienia i obowiązki.

Przykładem najczęściej występujących trudności są często czynności polegające na praktycznym wykonaniu orzeczenia poprzez odebranie osoby małoletniej od jego przedstawiciela ustawowego lub opiekuna oraz doprowadzenie i umieszczenie we właściwej placówce. Ich przyczyną jest niewłaściwa interpretacja przepisów co do kompetencji poszczególnych organów przy wykonywaniu tego rodzaju orzeczeń, co w konsekwencji prowadzi do powstawania niewłaściwej praktyki.

Potwierdzeniem istnienia problemów we wskazanym powyżej zakresie jest fakt częstego zwracania się kuratorów i organów pomocy społecznej do Ministerstwa Sprawiedliwości z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości powstałych w toku wykonywania orzeczeń o umieszczeniu w placówkach opiekuńczo-wychowawczych. Potwierdzają to również wyniki przeprowadzanych w sądach lustracji, które dotyczą prawidłowości prowadzonych postępowań wykonawczych.

Przechodząc do omówienia wskazanej problematyki należy wskazać, że postępowanie wykonawcze o umieszczenie małoletniego w placówce inicjowane jest przez sąd rodzinny, który po uprawomocnieniu się orzeczenia przesyła je, w myśl § 267 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 marca 2007 r. – regulaminu urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. Nr 38, poz. 249), niezwłocznie organowi kierującemu, który wydaje skierowanie do konkretnej placówki.¹

¹ Przepisy rozporządzenia nie zawierają definicji „niezwłoczności”. Przyjąć jednak należy, że cechę „niezwłoczności” tracą wnioski składane później niż po upływie 3 tygodni od uprawomocnienia się postanowienia. W celu sprawnego wykonania orzeczenia pamiętać należy aby wszelka dokumentacja, która winna być dołączona do wniosku o skierowanie, gromadzona była już na etapie postępowania rozpoznawczego. Częstym uchybieniem jest bowiem zwracanie się o np. akty urodzenia małoletnich dopiero po zakończonym postępowaniu rozpoznawczym.

Stosownie do treści § 15 ust. 1 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 października 2007 r. w sprawie placówek opiekuńczo-wychowawczych (Dz. U. Nr 201, poz. 1455), do placówki kieruje dziecko powiat właściwy ze względu na miejsce zamieszkania dziecka. Jednocześnie w ust. 8 tego rozporządzenia wskazano, że „podstawą skierowania do placówki jest orzeczenie sądu o umieszczeniu dziecka w placówce albo wniosek rodziców lub opiekunów prawnych o umieszczenie dziecka w placówce”.

Powyższe rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej nie wskazuje jednak podmiotów uprawnionych do odebrania i doprowadzenia małoletniego do placówki², ani nie odsyła do przepisów regulujących tę problematykę³.

Pomocnym w ustaleniu podmiotów uprawnionych do wykonania czynności odebrania i doprowadzenia może być przepis § 267 ust. 2, wskazanego wcześniej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, który stanowi, że doprowadzenie małoletniego sąd może zlecić rodzicom. Tak więc sąd po otrzymaniu skierowania do placówki, winien niezwłocznie zobowiązać rodziców małoletniego do jego doprowadzenia.

Wskazać jednocześnie należy, iż zlecenie doprowadzenia jest czynnością sądu, a w związku z tym winno być wydane w formie postanowienia wydanego na posiedzeniu niejawnym, a oprócz nakazu winno również wskazywać termin jego wykonania.

Niewątpliwie do przyspieszenia procedury umieszczenia nieletniego w placówce przyczyniłaby się możliwość zawierania takiego zobowiązania już w treści orzeczenia kończącego postępowanie rozpoznawcze. Jednak taką możliwość należy ocenić negatywnie głównie dlatego, że w tym czasie nie będzie znana placówka, do której skierowany zostanie małoletni i po otrzymaniu skierowania nastąpić musiałoby ponowne zobowiązanie do doprowadzenia. Nadto regulacje dotyczące tego zagadnienia znalazły się w rozdziale regulaminu dotyczącym czynności w postępowaniu wykonawczym, co w sposób wyraźny wskazuje na jakim etapie postępowania mogą być one stosowane.

Nakazanie przez sąd doprowadzenia małoletniego do placówki przez jego rodziców nie jest obligatoryjne, bowiem ustawodawca w omawianym przepisie użył sformułowania „może”. Przyjąć więc należy, że ten sposób doprowadzenia stosowany będzie wówczas, gdy sąd na podstawie zgromadzonego w toku postępowania

² Wyjątek stanowi przepis § 15 ust. 4, który mówi „placówki przyjmują bez skierowania oraz bez uzyskania zgody przedstawiciela ustawowego lub bez orzeczenia sądu każde dziecko w wieku poniżej 13 roku życia i zapewniają mu opiekę do czasu wyjaśnienia sytuacji dziecka w przypadkach wymagających natychmiastowego zapewnienia dziecku opieki – na polecenie sędziego, doprowadzone przez Policję, szkołę lub osoby stwierdzające porzucenie dziecka, zagrożenie jego życia lub zdrowia”.

³ Art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zmianie ustawy o pomocy społecznej (Dz. U. Nr 48, poz. 320) uchylił przepisy rozporządzenia z dnia 14 lutego 2005 r. Ministra Polityki Społecznej w sprawie placówek opiekuńczo-wychowawczych (Dz. U. Nr 37, poz. 331), gdzie w § 17 ust. 3 wskazywano, że doprowadzenie do placówki opiekuńczo-wychowawczej małoletniego skierowanego na podstawie orzeczenia sądu regulują odrębne przepisy.

nia materiału dowodowego uzna, że istnieje możliwość wykonania tego nakazu przez zobowiązanych np. rodzice posiadają stosowne środki, ich zachowanie w czasie postępowania wskazuje na możliwość współpracy w tym zakresie.

W przypadku, gdy rodzice nie doprowadzili małoletniego do placówki lub gdy sąd zrezygnował z zobowiązania ich do doprowadzenia, powstaje konieczność przymusowego odebrania małoletniego. W takiej sytuacji zgodnie z treścią § 267 ust. 3 wskazanego powyżej rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, stosuje się przepisy art. 598⁶–598¹² Kodeksu postępowania cywilnego.

W mojej ocenie między dwoma przytoczonymi powyżej fazami postępowania, tj. zobowiązaniem a przymusowym odebraniem, istnieje luka polegająca na braku przepisów regulujących etap podjęcia próby dowiezienia małoletniego przez osobę uprawnioną np. przedstawiciela placówki.

W myśl bowiem art. 598⁶ k.p.c. „jeżeli zobowiązany do oddania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką nie zastosuje się do postanowienia, o którym mowa w art. 598⁵, sąd, na wniosek uprawnionego, zleci kuratorowi sądowemu przymusowe odebranie tej osoby.”. Ponieważ w toku tego postępowania nie jest wydawane orzeczenie w trybie art. 598⁵ k.p.c., to w mojej ocenie, przed wszczęciem postępowania o przymusowe odebranie, winno nastąpić zdarzenie faktyczne – odmowa wydania dziecka osobie uprawnionej lub odmowa wykonanie przez rodziców zobowiązania do doprowadzenia. Właściwym w tej sytuacji jest podjęcie chociażby jednej próby dowiezienia małoletniego do placówki przez osobę uprawnioną mimo, że brak konkretnych przepisów zobowiązujących do tej czynności. Odmowa wydania małoletniego osobie uprawnionej stanowić może dopiero podstawę złożenia do sądu wniosku w trybie art. 598⁶ k.p.c. Przyjąć również należy, że procedury przymusowego odebrania nie powinny być stosowane w sytuacji, gdy przeszkodą w dowiezieniu małoletniego do placówki przez rodziców będą przyczyny obiektywne, np. choroba rodziców, brak środków transportu, brak środków finansowych. Dlatego właściwym rozwiązaniem jest podjęcie przez osobę uprawnioną próby dowiezienia małoletniego do placówki również w sytuacji, gdy sąd zobowiązał rodziców do dowiezienia ale ono faktycznie nie nastąpiło. W praktyce bowiem okazać się może, że rodzice dobrowolnie wydadzą dziecko osobie uprawnionej. Stosowanie powyższego rozwiązania może stanowić prawidłową praktykę w skutecznym oraz sprawnym wykonywaniu orzeczeń o umieszczeniu w placówce opiekuńczo-wychowawczej i nie będzie naruszało obowiązujących przepisów.

Gdy jednak dochodzi do sytuacji, w której następuje odmowa wydania małoletniego osobie uprawnionej koniecznym staje się zastosowanie, na wniosek uprawnionego, procedury przewidzianej wskazanym wcześniej art. 598⁶ k.p.c., tj. procedury przymusowego odebrania małoletniego.

Czynność przymusowego odebrania małoletniego należy traktować jako ostateczność, a samo jej zlecenie kuratorowi dotyczy wyłącznie technicznej czynności

odebrania, a nie doprowadzenia małoletniego do właściwej placówki. Doprowadzenia dokonuje natomiast osoba uprawniona, której kurator przekazuje małoletniego po przeprowadzeniu zleconej mu czynności.

Celem powyższego postępowania jest wymuszenie na zobowiązanym oddania uprawnionemu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Przymusowe odebranie, z uwagi na treść art. 598⁹ k.p.c., może jednak nastąpić jedynie przy udziale uprawnionego albo osoby lub przedstawiciela instytucji przez niego upoważnionej.

Użyte przez ustawodawcę pojęcie „osoby uprawnionej” nie powinno budzić wątpliwości w przypadku, gdy uprawnionym jest przedstawiciel ustawowy małoletniego lub ustanowiona orzeczeniem sądu rodzina zastępcza – osoby te są bowiem skonkretyzowane w postanowieniu wydanym przez sąd.

Inaczej sytuacja wygląda w przypadku wydania przez sąd orzeczenia o umieszczeniu małoletniego w placówce opiekuńczo-wychowawczej. Nie mamy tu wówczas wskazanej konkretnej osoby uprawnionej, a jedynie nieskonkretyzowaną indywidualnie instytucję. Należy więc przyjąć, iż „osobą uprawnioną” będzie w tym przypadku przedstawiciel odpowiedniej instytucji tj. przedstawiciel placówki opiekuńczo-wychowawczej, w której małoletni został umieszczony na podstawie wydanego przez powiat skierowania. W mojej jednak ocenie krąg uprawnionych obejmuje również przedstawiciele powiatu na terenie którego małoletni przebywa lub na terenie, którego znajduje się placówka, w której ma zostać umieszczony.

Art. 598⁹ k.p.c. nie ogranicza kręgu osób lub instytucji, które uprawniony może upoważnić. Wydaje się jednak, że ze względu na charakter postępowania upoważnić można wyłącznie instytucję prowadzącą działalność o charakterze opiekuńczo-wychowawczym, i to nie w dowolnej formie, ale z zachowaniem formy pisemnej⁴.

Zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 października 2007 r. w sprawie placówek opiekuńczo-wychowawczych (Dz. U. Nr 201, poz. 1455), do placówki kieruje dziecko powiat właściwy ze względu na miejsce zamieszkania dziecka. Jeżeli powiat nie może skierować dziecka do placówki z powodu braku odpowiedniej placówki lub z powodu braku miejsca w takiej placówce niepublicznej na jego terenie, zwraca się do innego powiatu z wnioskiem o skierowanie dziecka do odpowiedniej placówki. Jednocześnie zgodnie z treścią art. 19 pkt. 4 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz. U. Nr 63, poz. 593, z późn. zm.), do zadań własnych powiatów należy zapewnienie opieki i wychowania dzieciom całkowicie lub częściowo pozbawionym opieki rodziców, w szczególności przez organizowanie i prowadzenie placówek opiekuńczo-wychowawczych.

⁴ J. Gudowski, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, Przegląd Sądowy 2002/1/17; Z. Świeboda, *Orzekanie i wykonanie orzeczeń w sprawie o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, Monitor Prawniczy 2003/1/17.

Przytoczone uregulowania wskazują na to, że powiaty poprzez swoje organy wykonują działalność mającą na celu zapewnienie opieki i wychowania. Zadania te realizowane są między innymi przez PCPR-y i placówki opiekuńczo-wychowawcze.

Z uwagi na powyższe ustalenia przyjąć należy, iż „osobą uprawnioną”, o której mowa w art. 598⁹ k.p.c. (w przypadku wydania orzeczenia o umieszczeniu małoletniego w odpowiedniej placówce), może być pracownik powiatu właściwego ze względu na miejsce zamieszkania dziecka, w którego zakresie obowiązków znajdują się działania o charakterze opiekuńczo-wychowawczym. W praktyce będą to zazwyczaj pracownicy PCPR-ów oraz przedstawiciele placówek opiekuńczo-wychowawczych. Stanowisko takie prezentowane było już w piśmie Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z dnia 11 kwietnia 2006 r. (sygn. DPS-II-5120-72-2086-MJ/06), kierowanym do PCPR w Łukowie. Wydane ono zostało po uzgodnieniach z Departamentem Legislacyjno-Prawnym Ministerstwa Sprawiedliwości (sygn. DL-P II 4133-2/06). Było ono również kilkakrotnie potwierdzane w kolejnych pismach Ministerstwa Sprawiedliwości⁵.

Opisane powyżej zasady odnoszą się do postępowania wykonawczego, tj. do postępowania, które toczy się po wydaniu orzeczenia kończącego postępowanie rozpoznawcze.

Artykuł 598¹³ k.p.c. stanowi jednak, iż przepisy art. 598⁶–598¹² k.p.c. stosuje się również odpowiednio do wykonywania orzeczeń wydanych w postępowaniu rozpoznawczym w oparciu o art. 596 § 2 k.p.c. Ponieważ przepisy art. 598⁶–598¹² k.p.c. dotyczą przymusowego odebrania, będą więc miały zastosowanie dopiero wówczas, gdy odebranie dziecka napotka na opór ze strony osób, od których ma zostać odebrane. Procedury przymusowego odebrania nie będą stosowane jeśli rodzice dowiozą dziecko do placówki lub jeżeli wydadzą dziecko kuratorowi lub osobie uprawnionej.

Oczywistym wydaje się, iż dla sprawności postępowania, w celu niezwłocznego zabezpieczenia dobra dziecka, wskazana jest współpraca kuratora z pracownikami organu kierującego. Wskazane jest to tym bardziej, że w większości przypadków to kurator będzie posiadał większą wiedzę na temat rodziny małoletniego i czynności mogą dzięki temu przebiegać znacznie sprawniej. Na tym etapie pracownicy organu kierującego mogą zwracać się o pomoc do kuratorów sądowych. Jednak już czynności przymusowego odebrania osoby mogą odbywać się wyłącznie na zasadach opisanych powyżej dla postępowania wykonawczego.

⁵ Odpowiedź dla Dyrektora Domu Dziecka w Komarnie z dnia 4 kwietnia 2008 r., sygn. DL P II 4133–3/07; odpowiedź dla Dyrektora PCPR w Elku z dnia 16 października 2007 r., sygn. DWOiP III 5143–90/07; pismo skierowane do Prezesów Sądów Okręgowych z dnia 7 lutego 2008 r., sygn. DWOiP III 5143 96/07.

Kodeks cywilny Republiki Litwy z dnia 18 lipca 2000 r. (wszedł w życie 1 lipca 2001 r.)

KSIĘGA TRZECIA PRAWO RODZINNE

TYTUŁ III PRAWA I OBOWIĄZKI MAJĄTKOWE MAŁŻONKÓW DZIAŁ VI STATUS PRAWNY MAJĄTKU MAŁŻONKÓW

Rozdział pierwszy Postanowienia ogólne

Artykuł 3.81. Rodzaje statusu prawnego majątku małżonków

1. Rozróżnia się status prawny majątku małżonków uregulowany ustawowo i umownie.
2. Status prawny majątku małżonków uregulowany ustawowo regulowany jest artykułami 3.87-3.100 niniejszego kodeksu.
3. Status prawny majątku małżonków uregulowany umownie regulowany jest artykułami 3.101-3.108 niniejszego kodeksu.

Artykuł 3.82. Stosowanie statusu prawnego majątku uregulowanego ustawowo

Jeżeli małżonkowie nie zawarli umowy małżeńskiej, w stosunku do ich majątku stosuje się status uregulowany ustawowo.

Artykuł 3.83. Prawo małżonków do określenia statusu prawnego majątku w umowie małżeńskiej

1. Małżonkowie, zawierając umowę małżeńską, mają prawo do ustalenia statusu prawnego swego majątku według własnego uznania.
2. Postanowienia umowy małżeńskiej, sprzeczne z imperatywnymi normami ustawowymi, moralnością czy ładem społecznym, są nieważne i nie obowiązują.

Artykuł 3.84. Mienie rodziny

1. Bez względu na to, do którego z małżonków należał przed zawarciem małżeństwa lub należy po zawarciu małżeństwa, majątek określony w części 2 niniej-

-
- szego artykułu uznawany jest za mienie rodziny. Mienie rodziny może być wykorzystywane jedynie do zaspokajania potrzeb ogólnorodzinnych.
2. Mieniem rodziny jest następujące mienie, należące tytułem prawa własności do jednego lub obojga małżonków:
 - 1) lokal mieszkalny rodziny;
 - 2) majątek ruchomy, przeznaczony do zaspokajania potrzeb gospodarstwa domowego rodziny, w tym meble.
 3. Za mienie rodziny uznaje się również prawo do korzystania z lokalu mieszkalnego rodziny.
 4. Mienie wymienione w części 2 i 3 niniejszego artykułu nabywa status prawny mienia rodziny z dniem zarejestrowania małżeństwa, jednakże małżonkowie mogą wykorzystać ten fakt wobec osób trzecich, działających w dobrej wierze, jedynie po zarejestrowaniu mienia nieruchomości w rejestrze publicznym jako mienie rodziny.

Artykuł 3.85. Status prawny mienia rodziny

1. Mienie wyszczególnione w części 2 artykułu 3.84 niniejszego kodeksu, stanowiące osobistą własność jedynie jednego z małżonków, może być wykorzystywane, zarządzane lub dysponowane jedynie w trybie określonym niniejszym artykułem.
2. Małżonek, który jest właścicielem mienia nieruchomości, zaliczonego do mienia rodziny, ma prawo przeniesienia praw własności do niego, zastawienia lub ograniczenia w inny sposób praw do niego jedynie za pisemną zgodą drugiego małżonka. Jeżeli małżonkowie posiadają niepełnoletnie dzieci, do zawarcia umowy dotyczącej mienia nieruchomości, stanowiącego mienie rodziny, wymagana jest zgoda sądu.
3. Nie jest możliwa egzekucja z mienia rodziny na podstawie roszczeń wierzycieli, jeżeli wierzyciele wiedzieli lub winni byli wiedzieć, że zawarcie umowy nie było związane z zaspokojeniem potrzeb rodziny i było sprzeczne z dobrem rodziny.
4. Małżonkowie nie mogą w drodze umowy zmienić statusu prawnego mienia rodziny ani jego składników.

Artykuł 3.86. Wygaśnięcie statusu mienia rodziny

1. Status prawny mienia rodziny wygasa z chwilą rozwiązania małżeństwa, jego unieważnienia lub separacji małżonków.
2. Małżonek, z którym pozostają niepełnoletnie dzieci, może w drodze orzeczenia sądowego otrzymać prawo korzystania z mienia rodziny lub jego części (uzufukt). Uzufukt ustanawia się do chwili osiągnięcia pełnoletności przez dzieci.
3. Jeżeli małżonkowie wynajmują lokal mieszkalny rodziny, sąd może przenieść prawo najmu na tego z małżonków, przy którym pozostają niepełnoletnie dzieci lub które jest niezdolne do pracy.

4. Przedmioty gospodarstwa domowego, przeznaczone do zaspakajania potrzeb gospodarstwa domowego rodziny, mogą zostać zasądzone przez sąd na rzecz tego z małżonków, które pozostaje w lokalu mieszkalnym rodziny wraz z niepełnoletnimi dziećmi.

Rozdział drugi

Status prawny majątku małżonków uregulowany ustawowo

Artykuł 3.87. Istota statusu prawnego majątku małżonków uregulowanego ustawowo

1. Statusu prawnego majątku małżonków uregulowany ustawowo oznacza, że majątek małżonków, nabyty po zawarciu małżeństwa, stanowi ich współwłasność łączną.
2. Majątek małżonków stanowi ich współwłasność łączną dopóki nie zostanie on podzielony lub zanim prawo współwłasności łącznej nie wygaśnie w inny sposób.

Artykuł 3.88. Współwłasność łączna małżonków

1. Za współwłasność łączną małżonków uznaje się:
 - 1) mienie nabyte w imieniu jednego lub obojga małżonków po zawarciu małżeństwa;
 - 2) dochody i owoce, pozyskane z majątku stanowiącego osobistą własność małżonka;
 - 3) dochody, otrzymane ze wspólnej działalności małżonków oraz dochody, otrzymane z działalności jednego z małżonków, za wyjątkiem środków, niezbędnych dla działalności zawodowej małżonka;
 - 4) przedsiębiorstwo i dochody uzyskiwane z jego działalności lub innej aktywności, jeżeli obydwoje małżonkowie podjęli działalność po zawarciu małżeństwa. Jeżeli przedsiębiorstwo do chwili zawarcia małżeństwa należało tytułem prawa własności do jednego z małżonków, współwłasność łączną małżonków po zawarciu małżeństwa stanowią dochody uzyskiwane z jego działalności lub innej aktywności oraz zwiększenie wartości przedsiębiorstwa;
 - 5) dochody, uzyskane po zawarciu małżeństwa z działalności zawodowej lub intelektualnej małżonków lub jednego z nich, dywidendy, także emerytury, zasiłki i inne wypłaty, za wyłączeniem wypłat celowych (odszkodowanie za uszczerbek na zdrowiu, odszkodowanie za straty niematerialne, otrzymana celowa zapomoga materialna, przeznaczona dla tylko jednego z małżonków i inne).
2. Domniemywa się, że majątek stanowi współwłasność łączną małżonków, zanim nie zostanie dowiedzione, że stanowi on własność osobistą jednego z małżonków.
3. Jako właściciele majątku stanowiącego współwłasność łączną, w rejestrze publicznym wpisuje się oboje małżonków. Jeżeli majątek został zarejestrowany jako własność jedynie jednego z małżonków, uznaje się go za współwłasność łączną, jeżeli w rejestrze został on określony jako współwłasność łączna.

-
4. Jeżeli prywatny fundusz emerytalny został zgromadzony ze wspólnych środków małżonków, w przypadku rozwodu drugie z małżonków ma prawo żądać uznania jego praw do połowy środków tego funduszu emerytalnego.

Artykuł 3.89. Własność osobista małżonków

1. Za osobistą własność małżonków uznaje się mienie:
 - 1) nabyte przez każde z małżonków przed zawarciem małżeństwa;
 - 2) подарowane lub otrzymane w spadku przez małżonka podczas trwania małżeństwa, jeżeli w umowie darowizny lub testamentie nie wskazano, że mienie przekazuje się na współwłasność łączną małżonków;
 - 3) przedmioty użytku osobistego małżonków (obuwie, odzież, narzędzia pracy zawodowej);
 - 4) prawa do własności intelektualnej i przemysłowej, za wyjątkiem dochodów, uzyskiwanych z działalności intelektualnej;
 - 5) środki i przedmioty, niezbędne do osobistej działalności gospodarczej małżonka, za wyjątkiem środków i przedmiotów, niezbędnych do działalności gospodarczej prowadzonej przez oboje małżonków razem;
 - 6) środki, otrzymane przez jednego z małżonków jako odszkodowanie za uszczerbek na zdrowiu, odszkodowanie za straty niematerialne, otrzymana celowa zapomoga materialna i inne wypłaty, związane jedynie z osobą małżonka, który je otrzymał, niezbywalne prawa osobiste;
 - 7) mienie nabyte przez małżonka za osobiste środki lub środki, uzyskane ze sprzedaży majątku stanowiącego jego własność osobistą, jeżeli w chwili nabycia tego mienia została jednoznacznie wyrażona wola małżonka nabycia tego mienia na własność osobistą.
2. Fakt przynależności określonego mienia jako osobistej własności jednego z małżonków może być potwierdzony jedynie dowodami na piśmie, za wyjątkiem przypadków, gdy ustawa dopuszcza dowód z zeznań świadków, lub też pochodzenie i natura tego majątku same w sobie wskazują, że majątek stanowi mienie osobiste jednego z małżonków.
3. Majątek osobisty jednego z małżonków, który został przekazany czasowo drugiemu z małżonków dla zaspokojenia jego potrzeb osobistych, pozostaje osobistą własnością małżonka, który majątek przekazał.

Artykuł 3.90. Uznanie majątku, stanowiącego osobistą własność małżonka, za współwłasność łączną małżonków

1. Majątek, stanowiący osobistą własność jednego z małżonków, może zostać przez sąd uznany za współwłasność łączną małżonków, jeżeli stwierdzi się, że w trakcie trwania małżeństwa majątek ten został znacząco ulepszony ze wspólnych środków małżonków lub ze środków lub nakładu pracy drugiego z małżonków (remont kapitalny, rekonstrukcja, przebudowa itp.).

2. Jeżeli małżonek nabywa mienie dla zaspokojenia swych osobistych potrzeb korzystając również ze środków, stanowiących współwłasność łączną małżonków, sąd może uznać to mienie za współwłasność łączną małżonków, jeżeli środki stanowiące współwłasność łączną małżonków, użyte na nabycie mienia, przewyższały środki stanowiące własność osobistą małżonka, użyte na nabycie mienia.

Artykuł 3.91. Przedsiębiorstwo (gospodarstwo, działalność)

Majątek, przeznaczony na funkcjonowanie przedsiębiorstwa (gospodarstwa, działalności), zawiązanego przez jedno z małżonków po zawarciu małżeństwa, jak również dochody z przedsiębiorstwa (gospodarstwa, działalności), zawiązanego przez jedno z małżonków przed zawarciem małżeństwa, z wyłączeniem środków, niezbędnych dla funkcjonowania przedsiębiorstwa (gospodarstwa, działalności) stanowiącego osobiste mienie jednego z małżonków, stanowią współwłasność łączną, jeżeli ten majątek lub dochody istnieją w chwili rozwiązania małżeństwa.

Artykuł 3.92. Zarządzanie, korzystanie i dysponowanie mieniem stanowiącym współwłasność łączną małżonków.

1. Małżonkowie korzystają, zarządzają i dysponują mieniem, stanowiącym ich współwłasność łączną, w drodze wzajemnego porozumienia.
2. Nie jest wymagana zgoda drugiego z małżonków, gdy:
 - 1) przyjmuje się spadek lub odmawia jego przyjęcia;
 - 2) odmawia się zawarcia umowy;
 - 3) podejmuje się niezwłoczne działania dla ochrony wspólnego majątku;
 - 4) składa się powództwo o ochronę współwłasności łącznej małżonków;
 - 5) składa się powództwo o ochronę swych praw, związanych ze wspólnym majątkiem lub swych praw osobistych, nie związanych z interesem rodziny.
3. Domniemywa się, że małżonek zawiera umowy za zgodą drugiego z małżonków, za wyjątkiem przypadków, gdy do zawarcia umowy niezbędna jest pisemna zgoda drugiego z małżonków. W wyjątkowych przypadkach, gdy zwłoka poczyniłaby znaczącą szkodę dla interesu rodziny, a drugie z małżonków nie jest w stanie wyrazić swej zgody ze względu na chorobę lub inne obiektywne przyczyny, małżonek może zawrzeć umowę bez zgody drugiego z małżonków w trybie przewidzianym w części 2 artykułu 3.32 niniejszego kodeksu.
4. Umowy, dotyczące mienia nieruchomości stanowiącego współwłasność łączną małżonków lub dysponowaniem lub ograniczeniem praw rzeczowych do niego, a także umowy dotyczące zbycia wspólnego przedsiębiorstwa lub ograniczenia praw do niego, jak również zbycia papierów wartościowych stanowiących współwłasność łączną małżonków ograniczenia praw do nich, mogą być zawarte jedynie przez oboje małżonków, za wyjątkiem przypadków, gdy jedno z małżonków dysponuje pełnomocnictwem wydanym przez drugie z małżonków do zawarcia takiej umowy.

-
5. Każde z małżonków ma prawo bez zgody drugiego z małżonków otworzyć rachunek depozytowy w banku na swoją rzecz i w sposób nieskrępowany dysponować zgromadzonymi na nim środkami, o ile te środki nie zostały przekazane na współwłasność łączną.
 6. Jeżeli umowa została zawarta bez zgody drugiego z małżonków, małżonek, który nie wyraził zgody na zawarcie umowy może potwierdzić taką umowę w terminie jednego miesiąca od dnia, w którym dowiedział się o zawarciu umowy. Do chwili potwierdzenia umowy druga jej strona może odstąpić od umowy. Jeżeli w ciągu jednego miesiąca drugie z małżonków nie potwierdzi umowy, uznaje się ją za zawartą bez zgody drugiego z małżonków. Jeżeli druga ze stron umowy wiedziała, że osoba, z którą zawarła umowę, pozostaje w związku małżeńskim, to może ona odstąpić od umowy jedynie w tym przypadku, jeżeli małżonek fałszywie oświadczył, że posiada zgodę drugiego małżonka na zawarcie umowy.

Artykuł 3.93. Zgoda na zawarcie umów

1. Jeżeli jedno z małżonków odmawia drugiemu zgody na zawarcie umowy, jeżeli do jej zawarcia taka zgoda jest wymagana, zainteresowany małżonek może zwrócić się do sądu o wydanie zezwolenia na zawarcie takiej umowy.
2. Sąd wydaje zgodę jedynie w tym przypadku, jeżeli zainteresowany małżonek wykáže, że umowa jest niezbędna do zaspokojenia potrzeb rodziny lub wspólnej działalności gospodarczej.

Artykuł 3.94. Pełnomocnictwo do zarządzania majątkiem

1. Jedno z małżonków może upoważnić drugie z małżonków do zarządzania, korzystania z majątku stanowiącego ich współwłasność łączną i dysponowania nim – według własnego uznania.
2. Jeżeli jedno z małżonków jest nieobecne albo z innych ważnych przyczyn nie mogą oni wspólnie zarządzać majątkiem, drugie z małżonków może zwrócić się do sądu z wnioskiem o wydanie zezwolenia na samodzielne zarządzanie takim majątkiem.
3. Jeżeli małżonek, samodzielnie zarządzający majątkiem stanowiącym współwłasność łączną małżonków, czyni to w sposób niedbały, nieprzemysłany lub bez należytej troski, jest on zobowiązany do zrekompensowania ze swego osobistego majątku strat, powstałych z jego winy.
4. W odniesieniu do zarządzania majątkiem stosuje się *mutatis mutandis* przepisy księgi czwartej niniejszego kodeksu, regulujące zarządzanie majątkiem innej osoby.

Artykuł 3.95. Wyłączenie

1. Jeżeli jedno z małżonków nie może zarządzać wspólnym majątkiem lub czyni to ze stratami, drugie z małżonków może zwrócić się do sądu z wnioskiem o wy-

łączenie pierwszego z małżonków z zarządzania majątkiem. Sąd zaspokaja taki wniosek małżonka, jeżeli wnioskodawca wykaże, że jest to niezbędne dla zaspokojenia potrzeb rodziny lub wspólnej działalności gospodarczej.

2. Małżonek, który został przez sąd wyłączony z zarządzania wspólnym majątkiem, po ustaniu okoliczności, w związku z którymi wyłączenie orzeczono, może zwrócić się do sądu z żądaniem przywrócenia prawa do zarządzania wspólnym majątkiem.

Artykuł 3.96. Zaskarżenie umów

1. Umowy, zawarte bez zgody drugiego z małżonków i później nie potwierdzone przezeń, mogą zostać uchylone z powództwa małżonka, który nie wyraził zgody, w ciągu jednego roku od dnia, gdy dowiedział się on o takiej umowie, jeżeli zostanie udowodnione, że druga strona umowy działała w złej wierze.
2. Umowy, do zawarcia których wymagana jest pisemna zgoda drugiego z małżonków, lub które mogą być zawarte jedynie przez oboje małżonków (część 4 artykułu 3.92 niniejszego kodeksu), mogą być unieważnione, niezależnie od dobrej lub złej wiary drugiej strony, za wyłączeniem przypadków, gdy jedno lub oboje z małżonków przy zawieraniu umowy posłużyli się nieprawdą lub gdy przekazali oni fałszywe dane urzędowi nadzorującym rejestry państwowe lub innym lub urzędnikom. W tych przypadkach umowa może zostać unieważniona jedynie jeśli druga strona działała w złej wierze.

Artykuł 3.97. Zarządzanie majątkiem stanowiącym osobistą własność jednego z małżonków

1. Jeżeli majątek stanowi osobistą własność jednego z małżonków, może on zarządzać nim i dysponować według własnego uznania. W stosunku do zarządzania, korzystania i dysponowania majątkiem, który niniejszy kodeks uznaje za mienie rodziny, stosuje się ograniczenia przewidziane w niniejszej księdze.
2. Jeżeli jedno z małżonków zarządza majątkiem, stanowiącym jego osobistą własność, w sposób tak niedbały, nierozsądny czy niestaranny, że powoduje to zagrożenie dla interesów rodziny w związku z tym, że majątek ten może zostać utracony lub znacząco pomniejszony, drugie z małżonków ma prawo zwrócić się do sądu z żądaniem ustanowienia administratora tego majątku. Administratorem może zostać ustanowiony również małżonek, który zwrócił się z takim żądaniem.
3. Po ustaniu okoliczności, dla których ustanowiono administratora majątku, każde z małżonków może zwrócić się do sądu o uchylenie administracji majątkiem.
4. Jedno z małżonków może upoważnić drugie z małżonków do zarządzania majątkiem, stanowiącym jego (pierwszego małżonka) własność osobistą. W takim przypadku do wzajemnych stosunków majątkowych pomiędzy małżonkami stosuje się postanowienia księgi drugiej niniejszego kodeksu, regulujące stosunki prawne pełnomocnictwa.

-
5. Jeżeli z powodu choroby lub innych przyczyn obiektywnych jedno z małżonków nie jest w stanie samodzielnie zarządzać swoim majątkiem i przykładać się do utrzymania gospodarstwa domowego rodziny, drugie z małżonków ma prawo wykorzystywać na potrzeby utrzymania gospodarstwa domowego rodziny środki i majątek małżonka, nie będącego w stanie samodzielnie zarządzać swoim majątkiem. Ta zasada nie ma zastosowania, jeżeli małżonkowie pozostają w separacji lub gdy dla majątku małżonka, będącego w stanie samodzielnie zarządzać nim, ustanowiono administratora.

Artykuł 3.98. Prawo do rekompensaty

1. Jeżeli wskutek dołączenia mienia stanowiącego osobistą własność małżonka wzrosła wartość mienia, stanowiącego współwłasność łączną małżonków, małżonek, dzięki któremu osobistemu mieniu wzrosła wartość mienia, ma prawo do rekompensaty z mienia wspólnego.
2. Małżonek zachowuje prawo do rekompensaty także i w przypadku, jeżeli do nabycia mienia, stanowiącego łączną współwłasność małżonków, użyto także i środków stanowiących mienie osobiste małżonka.
3. Każde z małżonków winno zrekompensować spadek wartości mienia będącego współwłasnością łączną małżonków, jeżeli wykorzystywał on mienie w celach, nie związanych z wykonywaniem zobowiązań, przewidzianych artykułem 3.109 niniejszego kodeksu, za wyjątkiem przypadków, gdy może on udowodnić, że mienie to zostało użyte dla zaspokojenia potrzeb rodziny.
4. Rekompensaty przewidziane w niniejszym artykule wypłaca się w chwili ustania współwłasności łącznej małżonków.

Artykuł 3.99. Podarunki małżonków

1. Małżonkowie mają prawo wzajemnego obdarowywania się mieniem zgodnie z przepisami księgi szóstej niniejszego kodeksu, regulującymi umowę darowizny.
2. Umowa darowizny mienia nieruchomości na rzecz wierzycieli wywołuje skutki prawne dopiero z chwilą rejestracji tej umowy w rejestrze publicznym.
3. Obdarowany małżonek ponosi odpowiedzialność przed wierzycielami darczyńcy za jego zobowiązania istniejące w chwili zawarcia umowy darowizny, lecz jedynie do wysokości wartości подарunku. Jeżeli podarowanie mienie uległo zniszczeniu nie z winy obdarowanego małżonka, jego obowiązek wykonania zobowiązań darczyńcy wygasa.

Artykuł 3.100. Podstawy ustania współwłasności łącznej małżonków

Współwłasność łączna małżonków ustaje z następujących przyczyn:

- 1) wskutek śmierci jednego z małżonków;
- 2) w razie uznania jednego z małżonków za zmarłego lub zaginionego bez wieści;
- 3) unieważnienia małżeństwa;

- 4) rozwiązania małżeństwa;
- 5) separacji małżonków;
- 6) podziału majątku wspólnego orzeczeniem sądu;
- 7) zmiany w drodze porozumienia małżonków statusu prawnego mienia regulowanego ustawowo;
- 8) w innych ustawowo przewidzianych przypadkach.

Rozdział trzeci

Status prawny majątku małżonków uregulowany umownie

Artykuł 3.101. Umowa małżeńska

Umowa małżeńska jest to porozumienie małżonków, ustalające ich prawa i obowiązki majątkowe w trakcie trwania małżeństwa, a także po rozwiązaniu małżeństwa lub pozostając w separacji.

Artykuł 3.102. Zawarcie umowy małżeńskiej

1. Umowa małżeńska może być zawarta przed zarejestrowaniem małżeństwa (umowa przedślubna) lub w dowolnej chwili po zawarciu małżeństwa (umowa poślubna).
2. Umowa małżeńska, zawarta przed dniem rejestracji zawarcia małżeństwa, wchodzi w życie z dniem rejestracji zawarcia małżeństwa. Umowa poślubna wchodzi w życie z dniem jej zawarcia, o ile w umowie nie przewidziano inaczej.
3. Osoba niepełnoletnia może zawrzeć umowę małżeńską jedynie po zarejestrowaniu zawarcia małżeństwa.
4. Małżonek, uznany wyrokiem sądu za zdolnego do czynności prawnych w ograniczonym zakresie, może zawrzeć umowę małżeńską jedynie za pisemną zgodą kuratora. Jeżeli kurator odmawia wyrażenia zgody, na wniosek małżonka zgodę na zawarcie umowy małżeńskiej może wydać sąd.

Artykuł 3.103. Forma umowy małżeńskiej

1. Umowa małżeńska wymaga formy aktu notarialnego.
2. Umowa małżeńska, a także jej zmiany, winny być zarejestrowane w rejestrze umów małżeńskich, prowadzonym przez instytucje hipoteczne w trybie przewidzianym w regulaminach tych rejestrów. Zmiany umowy małżeńskiej są dopuszczalne jedynie za zgodą sądu. Zmiany umowy małżeńskiej nie mają mocy wstecznej.
3. Umowa małżeńska i jej zmiany mogą być skuteczne wobec osób trzecich jedynie gdy umowa i jej zmiany zostały zarejestrowane w rejestrze umów małżeńskich. Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli w chwili zawierania umowy osoby trzecie wiedziały o umowie małżeńskiej lub jej zmianach.

Artykuł 3.104. Treść umowy małżeńskiej

1. Małżonkowie mają prawo do określenia w umowie małżeńskiej, że:
 - 1) mienie, zarówno nabyte przed zawarciem małżeństwa, jak i w trakcie trwania małżeństwa, stanowi osobistą własność każdego z małżonków;
 - 2) mienie nabyte przed zawarciem małżeństwa przez każde z małżonków i stanowiące ich mienie osobiste, po zarejestrowaniu zawarcia małżeństwa staje się ich współwłasnością łączną;
 - 3) mienie, nabyte w trakcie trwania małżeństwa, stanowi współwłasność rozłączną małżonków;
2. Małżonkowie w umowie małżeńskiej mogą określić, że jeden z rodzajów statusu prawnego mienia, wymieniony w punkcie 1 niniejszego statusu, dotyczyć będzie całego majątku lub tylko jego określonej części lub tylko konkretnych przedmiotów.
3. Małżonkowie w umowie małżeńskiej mogą określić status prawny zarówno mienia posiadanego obecnie, jak i przyszłego.
4. Małżonkowie w umowie małżeńskiej mogą określić prawa i obowiązki, związane z zarządzaniem mieniem, wzajemnym utrzymaniem, uczestnictwem w zaspokajaniu potrzeb rodziny i w ponoszeniu wydatków, a także metodę i tryb podziału majątku w razie rozwiązania małżeństwa, a także inne kwestie związane z wzajemnymi stosunkami majątkowymi pomiędzy małżonkami.
5. Przewidziane w umowie małżeńskiej prawa i obowiązki małżonków mogą być ograniczone pewnymi terminami, lub też powstanie i wygaśnięcie praw i obowiązków może być związane z wykonaniem lub niewykonaniem warunków określonych w umowie.

Artykuł 3.105. Nie mające mocy prawnej postanowienia umowy małżeńskiej

Nie mają mocy prawnej postanowienia umowy małżeńskiej, które:

- 1) są sprzeczne z imperatywnymi postanowieniami ustaw, moralnością lub porządkiem publicznym;
- 2) zmieniają status prawny mienia stanowiącego osobistą własność jednego z małżonków lub ich współwłasność łączną (artykuły 3.88 i 3.89 niniejszego kodeksu), jeżeli małżonkowie zdecydowali o wyborze współwłasności łącznej jako statusu prawnego mienia;
- 3) naruszają ustaloną artykułem 3.117 niniejszego kodeksu zasadę równych części we współwłasności łącznej;
- 4) ograniczają zdolność prawną lub zdolność do czynności prawnych małżonków;
- 5) ustalają niemajątkowe stosunki wzajemne między małżonkami;
- 6) ustalają lub zmieniają prawa i obowiązki osobiste małżonków w stosunku do ich dzieci;
- 7) ograniczają lub wyłączają prawo małżonka (małżonków) do alimentów;
- 8) ograniczają lub wyłączają prawo małżonka (małżonków) do zwrócenia się do sądu;
- 9) zmieniają tryb lub warunki dziedziczenia majątku.

Artykuł 3.106. Zmiana i rozwiązanie umowy małżeńskiej

1. Umowa małżeńska może być zmieniona lub rozwiązana w drodze porozumienia małżonków w dowolnej chwili, w takiej samej formie, jaka została przewidziana dla jej zawarcia.
2. Zmiany lub rozwiązanie umowy małżeńskiej mogą być skuteczne wobec osób trzecich jedynie gdy zmiany lub rozwiązanie umowy zostały zarejestrowane w rejestrze umów małżeńskich. Zasada ta nie ma zastosowania, jeżeli w chwili zawierania umowy osoby trzecie wiedziały o zmianach lub rozwiązaniu umowy małżeńskiej.
3. Na wniosek jednego z małżonków umowa małżeńska może być zmieniona lub rozwiązana orzeczeniem sądu, o ile zachodzą przesłanki do zmiany lub rozwiązania umowy, przewidziane w księdze szóstej niniejszego kodeksu.
4. Wierzyciele jednego lub obojga małżonków, których prawa zostały naruszone przez zmianę lub rozwiązanie umowy małżeńskiej, mają prawo zaskarżenia takich zmian lub rozwiązania do sądu w terminie jednego roku od dnia, w którym dowiedzieli się o zmianach lub rozwiązaniu umowy małżeńskiej, i wnosić o restytucję naruszonych praw.

Artykuł 3.107. Wygaśnięcie umowy małżeńskiej

Umowa małżeńska wygasa w razie rozwiązania małżeństwa lub orzeczenia separacji, za wyjątkiem tych zobowiązań, które zgodnie z umową małżeńską pozostają w mocy w razie rozwiązania małżeństwa lub pozostawania w separacji. Wygaśnięcie umowy małżeńskiej podlega rejestracji w rejestrze umów małżeństwa.

Artykuł 3.108. Unieważnienie umowy małżeńskiej

1. Oprócz przesłanek określonych w artykule 3.105 niniejszego kodeksu, umowa małżeńska może zostać unieważniona w całości lub w części również z przesłanek określonych w księdze pierwszej niniejszego kodeksu, dotyczących nieważności umów.
2. Na wniosek małżonka sąd może unieważnić umowę małżeństwa w całości lub w części, jeżeli umowa w istotny sposób narusza zasadę równouprawnienia małżonków i jest bardzo niekorzystna dla jednego z małżonków.
3. Wierzyciele jednego lub obojga małżonków mogą żądać unieważnienia umowy małżeńskiej ze względu na jej fikcyjność.

DZIAŁ VII ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA MAŁŻONKÓW ZA ZOBOWIĄZANIA MAJĄTKOWE

Artykuł 3.109. Zobowiązania, wykonywane ze wspólnego majątku małżonków

1. Ze wspólnego majątku małżonków wykonuje się następujące zobowiązania:

-
- 1) zobowiązania związane z ograniczeniami dotyczącymi mienia, nabytego na łączną współwłasność małżonków, istniejącymi do chwili nabycia tego mienia albo powstałymi po jego nabyciu;
 - 2) zobowiązania, związane z zarządzaniem wspólnym mieniem;
 - 3) zobowiązania, związane z utrzymaniem gospodarstwa domowego rodziny;
 - 4) zobowiązania, związane ze zwrotem kosztów sądowych, jeżeli sprawa dotyczyła wspólnego mienia małżonków lub interesów rodziny;
 - 5) zobowiązania, powstałe wskutek umów, zawartych przez jedno z małżonków za zgodą drugiego z małżonków lub później potwierdzonych przez drugie z małżonków, a także zobowiązania, powstałe wskutek umów, do zawarcia których zgoda drugiego z małżonków nie była wymagana, jeżeli zostały one zawarte w interesie rodziny;
 - 6) zobowiązania solidarne małżonków.
2. Każde z małżonków ma prawo do zawierania umów, niezbędne dla utrzymania gospodarstwa domowego rodziny i zapewnienia wychowania i kształcenia dzieci. Za zobowiązania, powstałe wskutek takich umów, małżonkowie odpowiadają solidarnie, niezależnie od statusu prawnego ich majątku, za wyjątkiem przypadków, gdy cena jest wyraźnie zawyżona i nierozsądna.
 3. Solidarne zobowiązanie małżonków nie powstaje, gdy jedno z małżonków bez zgody drugiego z małżonków zaciąga pożyczkę lub dokonuje zakupów na raty, jeżeli nie jest to niezbędne dla zaspokojenia potrzeb ogólnorodzinnych.
 4. Małżonkowie, przyjmując na siebie i wykonując zobowiązania, związane z zaspokojeniem potrzeb rodziny, powinni zachowywać się w sposób równie przemyślany i staranny, jak i przyjmując na siebie i wykonując zobowiązania osobiste.

Artykuł 3.110. Odpowiedzialność małżonków za zobowiązania powstałe przed dniem zarejestrowania małżeństwa

1. Z wspólnego majątku małżonków nie mogą być zaspokajane zobowiązania małżonków, powstałe przed dniem rejestracji zawarcia małżeństwa, za wyjątkiem przypadków, gdy egzekucja następuje z części wspólnego majątku przypadającej małżonkowi.
2. Roszczenia wierzycieli wspólnych dla obojga małżonków, ze wspólnego majątku małżonków zaspokajają się przed roszczeniami wierzycieli każdego z małżonków. Powyższa zasada nie stosuje się do wierzycieli hipotecznych.

Artykuł 3.111. Zobowiązania, powstałe wskutek umowy darowizny i spadku

Jeżeli jedno z małżonków otrzymuje darowiznę lub spadek, zobowiązania powstałe wskutek tego nie mogą być zaspokajane ze wspólnego majątku, za wyjątkiem przypadków, gdy darowizna lub spadek zostały otrzymane jako majątek wspólny.

Artykuł 3.112. Odpowiedzialność za zobowiązania jednego z małżonków

1. Egzekucja za zobowiązania jednego z małżonków, powstałe wskutek umów, zawartych po zarejestrowaniu zawarcia małżeństwa bez zgody drugiego z małżonków, jest dopuszczalna jedynie z części wspólnego majątku przypadającej danemu małżonkowi, o ile do zaspokojenia roszczeń wierzyciela nie jest wystarczające mienie, stanowiące osobistą własność małżonka.
2. Koszty sądowe pokrywa się z majątku osobistego małżonków, jeżeli sprawa nie dotyczyła wspólnego mienia małżonków lub interesów rodziny.

Artykuł 3.113. Egzekucja z osobistego majątku małżonków

Jeżeli do pełnego zaspokojenia roszczeń wierzyciela, wobec którego oboje z małżonków ponoszą odpowiedzialność solidarną, wspólny majątek małżonków jest niewystarczający, dane roszczenie zaspokaja się z mienia osobistego małżonków.

Artykuł 3.114. Ograniczenie odpowiedzialności małżonków

1. Jeżeli małżonkowie w umowie małżeńskiej przewidzieli, że mienie nabyte zarówno przed zawarciem małżeństwa jak i w czasie jego trwania stanowi osobistą własność każdego z małżonków, odpowiadają oni za swe zobowiązania jedynie swym majątkiem osobistym. Za wspólne zobowiązania i zobowiązania w interesie rodziny w takim przypadku małżonkowie ponoszą odpowiedzialność solidarną.
2. Małżonków nie uważa się za gwarantów lub poręczycieli wzajemnie wobec siebie w odniesieniu do zobowiązań powstałych wskutek zarządzania, wykorzystywania majątku stanowiącego osobistą własność każdego z nich czy dysponowania tym majątkiem.

Artykuł 3.115. Prawo do rekompensaty

1. Jeżeli ze wspólnego majątku małżonków zapłacono kary za naruszenia prawa przez jedno z małżonków, a także wypłacono odszkodowanie za szkody, poczynione wskutek działań jednego z małżonków, winny małżonek winien skompensować uszczuplenie współwłasności łącznej.
2. Jeżeli umowa, zawarta przez tylko jedno z małżonków dla zaspokojenia osobistych potrzeb została wykonana z wykorzystaniem majątku, stanowiącego współwłasność łączną małżonków, dany małżonek winien skompensować uszczuplenie współwłasności łącznej.

DZIAŁ VIII
PODZIAŁ MAJĄTKU STANOWIĄCEGO
WSPÓŁWLASNOŚĆ ŁĄCZNĄ MAŁŻONKÓW

Artykuł 3.116. Metody podziału majątku

-
1. Na żądanie jednego z małżonków lub jego wierzycieli, majątek stanowiący współwłasność łączną małżonków, może być podzielony między nich w drodze wzajemnego ich porozumienia lub orzeczeniem sądu – zarówno w przypadku trwania małżeństwa, rozwiązania małżeństwa jak i separacji.
 2. Przepisy niniejszego działu stosuje się, jeżeli nie ma umowy między małżonkami odnośnie podziału wspólnego majątku.

Artykuł 3.117. Udziały we wspólnym majątku małżonków

1. Domniemywa się, że udziały we wspólnym majątku przypadające na oboje małżonków są równe.
2. Od zasady równych udziałów we wspólnym majątku małżonków można odejść jedynie w przypadkach przewidzianych w niniejszym kodeksie.
3. Jeżeli wartość mienia, zasądzonego na rzecz małżonka przewyższa jego udział we wspólnym majątku, małżonek ten winien wypłacić rekompensatę drugiemu z małżonków. Po przedłożeniu odpowiedniego zabezpieczenia wykonania tego zobowiązania, sąd może odroczyć wypłatę rekompensaty, lecz nie dłużej niż na dwa lata.
4. W razie śmierci jednego z małżonków, jego udział we wspólnym majątku podlega dziedziczeniu zgodnie z przepisami, przewidzianymi w księdze piątej niniejszego kodeksu.

Artykuł 3.118. Sporządzenie bilansu majątku

1. Dokonując podziału współwłasności łącznej małżonków, wpieryw ujawnia się wspólny majątek małżonków oraz majątek osobisty każdego z nich.
2. Ze wspólnego majątku małżonków w pierwszej kolejności winny być wypłacone (zasądzone) wymagalne zobowiązania płatne z tego majątku. Jeżeli termin płatności zobowiązań wykonywalnych ze wspólnego majątku jeszcze nie nastąpił lub zobowiązania te są sporne, łączna wartość wspólnego majątku małżonków, podlegającego podziałowi, ulega zmniejszeniu o wartość tych zobowiązań (długów).
3. Po ujawnieniu majątku, stanowiącego własność osobistą małżonków, i odliczeniu od niego długów osobistych, sporządza się bilans kompensacyjny, w którym podaje się, ile każde z małżonków winno skompensować na rzecz wspólnego majątku i ile każdemu z małżonków należy się jako rekompensata ze wspólnego majątku.
4. Jeżeli po sporządzeniu bilansu okaże się, że wspólny majątek pozostał, majątek ten dzieli się w równych częściach dla obojga małżonków, za wyjątkami przewidzianymi niniejszym kodeksem.

Artykuł 3.119. Ustalenie wartości majątku

Wartość dzielonego majątku ustala się na podstawie cen rynkowych, obowiązujących na koniec istnienia współwłasności łącznej małżonków.

Artykuł 3.120. Mienie niepodzielne

1. Do majątku do podziału nie włącza się przedmiotów, przeznaczonych do zaspokajania potrzeb niepełnoletnich dzieci, również odzieży i rzeczy osobistych małżonków, oraz ich praw majątkowych i niemajątkowych, odnoszących się jedynie do osoby małżonka.
2. Wymieniony w części 1 niniejszego artykułu majątek, przeznaczonych do zaspokajania potrzeb niepełnoletnich dzieci, przekazuje się bez rekompensaty temu z małżonków, przy którym pozostają niepełnoletnie dzieci, a inny majątek o charakterze osobistym przekazuje się obojemu z małżonków.

Artykuł 3.121. Włączenie majątku, stanowiącego osobistą własność małżonków, do współwłasności łącznej

1. Majątek, który zgodnie z umową małżeńską uznawany jest jako majątek osobisty małżonków, w drodze porozumienia małżonków może być włączony do współwłasności łącznej do podziału.
2. Porozumienia przewidziane w części 1 niniejszego artykułu są niedozwolone, jeżeli zaszkodziłoby to wierzycielom małżonka. Jeżeli skutek takiego porozumienia małżonków roszczenia wierzyciela nie mogą być w pełni zaspokojone z osobistego majątku małżonka, dokonuje się egzekucji z udziału małżonka we wspólnym majątku.

Artykuł 3.122. Zabezpieczenie żądania podziału majątku

Na wniosek jednego z małżonków lub wierzycieli małżonków sąd może dokonać zajęcia majątku, stanowiącego współwłasność łączną małżonków, lub ustanowić administratora jeżeli jest to niezbędne dla zabezpieczenia praw małżonków do wspólnego majątku lub praw wierzycieli. Niniejszego środka nie stosuje się, jeżeli małżonek przedłoży należyte zabezpieczenie roszczeń drugiego z małżonków, wnioskującego o zajęcie mienia lub ustanowienie administratora, lub wierzyciela.

Artykuł 3.123. Odstąpienie od zasady równych udziałów małżonków we wspólnym majątku

1. Mając na uwadze dobro niepełnoletnich dzieci, stan zdrowia jednego z małżonków lub jego sytuację materialną lub inne istotne okoliczności, sąd może odstąpić od zasady równych udziałów małżonków we wspólnym majątku i zasądzić na rzecz jednego z małżonków większą część majątku. Na powyższe kryteria sąd winien również zwrócić uwagę, orzekając o sposobie podziału majątku.
2. Udział we wspólnym majątku małżonka, który zobowiązany jest do wypłaty alimentów na rzecz drugiego z małżonków, jeżeli alimenty zasądzono jako określoną kwotę pieniędzy płatną jednorazowo lub w postaci określonej części majątku, może być zmniejszony o wielkość alimentów.

-
3. Jeżeli nie dawniej, niż na rok przed wszczęciem postępowania o podział wspólnego majątku, jedno z małżonków bez zgody drugiego z małżonków uszczupliło wartość majątku stanowiącego współwłasność łączną, poprzez przekazanie jego części jako darowizny lub zwiększając o tę część swój majątek osobisty, to przy ustalaniu udziałów małżonków we wspólnym majątku, udział takiego małżonka może być zmniejszony o wartość utraconego majątku.
 4. Udział jednego z małżonków we wspólnym majątku może być także zmniejszona o kwotę pieniędzy tytułem dochodów, której rodzina nie otrzymała wskutek niedbalstwa małżonka lub którą ukrył on przed rodziną i wykorzystywał dla zaspokojenia potrzeb osobistych. Termin, za który oblicza się kwotę nie otrzymanych dochodów, nie może być dłuższy niż ostatnie pięć lat przed wszczęciem postępowania o podział majątku.

Artykuł 3.124. Podział majątku orzeczeniem sądu bez rozwiązania małżeństwa

Jeżeli jedno z małżonków zostało ubezwłasnowolnione lub jego zdolność do czynności prawnych została ograniczona, lub zarządza on wspólnym majątkiem powodując straty lub swoimi działaniami zagraża współwłasności łącznej małżonków lub interesom rodziny, lub bez uzasadnionej przyczyny niedostatecznie przykłada się do zaspokajania potrzeb rodziny, drugie z małżonków ma prawo zwrócenia się do sądu o podział majątku.

Artykuł 3.125. Rejestracja faktu podziału majątku

Umowa stron lub orzeczenie sądu, na podstawie którego została podzielona współwłasność łączna małżonków, winny być zarejestrowane w instytucji hipotecznej, która dokonała rejestracji umowy małżeńskiej lub podzielonego majątku, poprzez poczynienie odpowiedniej wzmianki w rejestrze umów małżeńskich.

Artykuł 3.126. Zabezpieczenie praw wierzycieli

1. Wierzyciele jednego lub obojga małżonków mają prawo wstąpienia do postępowania o podział majątku stanowiącego współwłasność łączną małżonków, jako interwenienci uboczni zgłaszający samodzielne roszczenia.
2. Małżonek, który złożył wniosek o podział majątku, winien w pozwie wskazać znanych mu wierzycieli wspólnych dla obojga małżonków lub tylko jednego z nich, i powiadomić ich o wszczęciu postępowania, przesyłając im kopię pozwu.

Artykuł 3.127. Majątek podlegający podziałowi

1. Orzeczeniem sądu podziałowi podlega majątek, nabyty przez małżonków na współwłasność łączną do dnia wszczęcia postępowania lub do dnia wydania orzeczenia.

2. Na wniosek jednego z małżonków sąd może uznać, że podziałowi podlega jedynie majątek nabyty wspólnie jedynie do chwili, gdy małżonkowie zaczęli zamieszkiwać oddzielnie.
3. Majątek dzieli się w naturze, biorąc pod uwagę jego wartość, udziały obojga małżonków we wspólnym majątku, o ile możliwy jest podział w ten sposób. Jeżeli nie ma możliwości podziału majątku pomiędzy oboje małżonków w naturze, majątek w naturze zasądza się na rzecz jednego z małżonków, jednocześnie zobowiązując go do zrekompensowania drugiemu z małżonków jego udziału w gotówce. Przy wyborze metody podziału majątku i podziale majątku w naturze, należy zwrócić uwagę na dobro niepełnoletnich dzieci, stan zdrowia i sytuację majątkową jednego z małżonków i inne istotne okoliczności.

Artykuł 3.128. Wzajemne obowiązki małżonków po podziale majątku, jeżeli małżeństwo nie zostało rozwiązane

1. Małżonek, na wniosek którego majątek został podzielony, winien na miarę możliwości przykładać się do utrzymania gospodarstwa domowego rodziny oraz do wychowania i kształcenia dzieci.
2. Jeżeli drugie z małżonków z obiektywnych przyczyn nie jest w stanie przykładać się do utrzymania gospodarstwa domowego rodziny oraz do wychowania i kształcenia dzieci, wydatki te w całości winien pokryć małżonek, na wniosek którego majątek został podzielony.
3. Sąd, przy dzieleniu majątku, może zasądzić od jednego z małżonków na rzecz drugiego kwotę pieniędzy, przeznaczoną na pokrycie wszelkich długów powstałych w małżeństwie wobec osób trzecich.

Artykuł 3.129. Termin przedawnienia

Roszczenia dotyczące majątku, stanowiącego współwłasność łączną małżonków, wyłączeniem nieruchomości, podlegają przedawnieniu w okresie pięciu lat licząc od chwili, gdy małżonkowie zamieszkali oddzielnie.

Wyrok SN z dnia 22 lutego 2008 r. V CSK 432/07

w sprawie z powództwa Prokuratury Rejonowej w L. przeciwko (...) o zaprzeczenie ojcostwa

Wyciąg z uzasadnienia

Sąd Okręgowy dokonał poszerzonej oceny odmowy przez matkę poddania dziecka badaniom krwi, wskazując, że w sprawie o zaprzeczenie ojcostwa przymuszenie do pobrania krwi jest wyjątkiem i zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie – może być nakazywane tylko szczególnych przypadkach.

Sąd Okręgowy nie podzielił argumentacji pozwanego, iż wykrycie prawdy obiektywnej, polegające na ustaleniu zgodnego z więzami krwi składu rodziny jest zawsze zgodne z dobrem dziecka. Wyjaśnił, że nie może to być założenie nadrzędne i bezwzględne oraz że prawo rodzinne nie nakazuje ustalenia prawdziwego składu rodziny w każdym wypadku i za wszelką cenę, lecz zaleca rozważenieindywidualizowanej sytuacji stron i ocenę dobra konkretnego małoletniego.

Sąd zauważył, że matka dziecka jest uprawniona do odmowy przeprowadzenia badań genetycznych, a jej odmowa musi być oceniana w okolicznościach danej sprawy.

W rozpoznawanym wypadku skorzystanie przez pozwaną z tego uprawnienia, zdaniem Sądu, nie stanowiło nadużycia, wobec postawy pozwanego na przestrzeni lat 1993-2002. Pozwany, mając wątpliwości co do swojej płodności, zaakceptował dziecko i przez ponad 8 lat nie kwestionował formalnie swojego ojcostwa, nawet w sprawie o alimenty (...). czy też w sprawie o rozwód (...). W ten sposób współtworzył sytuację, w której dla dziecka, jego matki oraz otoczenia funkcjonował jako ojciec K. Obecnie chce zmienić ten stan powodowany, zdaniem Sądu odwoławczego, własnym interesem, głównie majątkowym, ponieważ jako motyw dążenia do zaprzeczenia ojcostwa wskazał m.in. fakt, że matka K. ma męża, który może utrzymać dziecko.

Sąd II instancji podkreślił, że najważniejsze jest dobro dziecka, w konflikcie z którym na dalszy plan musi zejść interes rodziców, szczególnie majątkowy. Sąd wyraził obawy, że skutki działania skarżącego mogą spowodować, iż K. straci poczucie przynależności rodzinnej i – w razie zaprzeczenia ojcostwa – pozostanie bez ojca, nie ma bowiem jednocześnie innego mężczyzny, którego można by wskazać jako jego ojca (...). Sąd uznał, że ewentualny stan próżni w zakresie pochodzenia od określonego ojca, jaki grozi małoletniemu K., niezależnie od relacji między oj-

cem i synem, nie będzie dla dziecka lepszym rozwiązaniem. W niczym nie poprawi też sytuacji K. w wypadku choroby wymagającej np. przeszczepu organów, czym pozwany uzasadniał potrzebę przymuszenia matki do wyrażenia zgody na pobranie materiału do badań DNA.

Sąd Okręgowy zwrócił też uwagę na to, że rozważania dotyczące znaczenia odmowy udzielenia zgody na badania DNA przez matkę małoletniego straciły obecnie znaczenie, ponieważ (...) K. ukończył 13 lat, a więc do pobrania krwi nie wystarczy już zgoda jego przedstawicielki ustawowej, lecz zgodę taką musiałby wyrazić sam K. (art. 306 k.p.c.), a braku jego zgody nie można zastąpić ani zgodą rodziców, ani zarządzeniem sądu opiekuńczego. Matka K. wyjaśniała, iż nie godzi się on na pobranie krwi, a pozwany nie wykazał, że małoletni wyraził zgodę na badania. Sąd odwoławczy przyjął też, że zgoda, o jakiej mowa w art. 306 k.p.c., dotyczy nie tylko badania krwi, ale także pobrania do badań innego materiału, np. śliny, włosa, naskórka. Nie może być on więc pobierany poza wolą i wiedzą małoletniego.

(...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

(...) Rozważenia wymagają jedynie te zarzuty, w których skarżący podnosi brak ustaleń, pozwalających na dokonanie ocen prawnych przez Sąd Okręgowy. Do tego rodzaju wadliwości należy pominięcie w przyjętym stanie faktycznym okoliczności dotyczących sytuacji rodzinnej i osobistego nastawienia małoletniego K. do pozwanego oraz możliwego wpływu zaprzeczenia jego ojcostwa na psychikę dziecka. Mimo że treść dowodów przeprowadzonych w toku procesu zawiera informacje o faktach, które mogłyby posłużyć stosownym ustaleniom, Sąd Okręgowy, jak słusznie wskazuje skarżący, poprzestał na rozważaniach o charakterze ogólnym, opartych na teoretycznych założeniach, bez odniesienia się do zindywidualizowanej sytuacji K. Tymczasem bezsporne jest, że małoletni od ponad 7 lat żyje w nowej rodzinie założonej przez matkę i jest już na tyle dorosły, by możliwe było określenie jego własnych poglądów i odczuć. Bez dokonania ustaleń w tej materii, ocena zasadności stanowiska Sądu II instancji o sprzeczności z dobrem dziecka ewentualnego rozstrzygnięcia o zaprzeczeniu ojcostwa (...) razi dowolnością. Tymczasem treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku wskazuje, że jest to jeden z najważniejszych argumentów przemawiających nie tylko przeciwko nadaniu odmowie przeprowadzenia badań genetycznych wymowy korzystnej dla pozwanego (...), ale także przeciwko uwzględnieniu powództwa niezależnie od możliwego wyniku badań genetycznych. Już więc z tego powodu zaskarżony wyrok nie może się ostać. Nie jest to jednak jedyna wada zaskarżonego orzeczenia. (...).

Kolejne zarzuty natury procesowej dotyczą prawidłowości wykładni art. 306 k.p.c. i zastosowania przez Sąd Okręgowy tego przepisu także przy ustalaniu warunków pobrania do badań genetycznych innego materiału organicznego niż krew. Art. 306 k.p.c., zawarty w oddziale poświęconym innym środkom dowodowym, znajduje się w grupie przepisów regulujących tryb przeprowadzania dowodu z gru-

powego badania krwi i precyzuje warunki dopuszczalności pobrania krwi do badania. Uzależnia pobranie krwi od zgody osoby, której krew ma być przedmiotem badań. W wypadku kiedy pobranie dotyczy dziecka, które nie ukończyło trzynastego roku życia bądź osoby ubezwłasnowolnionej, konieczna jest zgoda ich przedstawiciela ustawowego.

Założeniem powyższego przepisu, ustanowionego w okresie, w którym badania typu przyrodniczego nie były jeszcze tak daleko zaawansowane i wielostronne jak obecnie, było nie tylko poszanowanie prawa jednostki do decydowania o zabiegach ingerujących w integralność cielesną rozumianą dosłownie, lecz także wyłączenie obowiązku poddania się badaniom pozwalającym na identyfikację szczególnych elementów indywidualizujących jednostkę. Rodzaj tych elementów zmienił się wraz z rozwojem nauk przyrodniczych i możliwością wykorzystania nowych technik badawczych na potrzeby procesowe. Obecnie badania genetyczne stały się standardowym środkiem dowodowym, a dokonanie tego rodzaju badań może nastąpić nie tylko na podstawie badania krwi, lecz także innych tkanek czy wydzielin. Nie oznacza to jednak, że zmienił się przez to ściśle osobisty charakter ustalanych cech. Należą one do informacji objętych ochroną z art. 51 Konstytucji. Nie sposób więc przyjąć, aby do pobrania jakiegokolwiek materiału indywidualizującego genotyp mogło dojść bez zgody osoby, której badanie takie dotyczy, tylko dlatego, że pobranie próbek materiału jest mniej inwazyjne, niż w wypadku pobrania krwi. Art. 309 k.p.c. nakazuje określać sposób przeprowadzenia dowodu innymi środkami dowodowymi niż wymienione w artykułach poprzedzających zgodnie z ich charakterem, przy odpowiednim zastosowaniu przepisów o dowodach. Charakter badań kodu genetycznego, dokonywanych na potrzeby postępowania cywilnego, uzasadnia odpowiednie zastosowanie art. 306 k.p.c. przy określaniu trybu pozyskiwania materiału do takich badań. Stanowisko Sądu Okręgowego w tym zakresie nie budzi zatem zastrzeżeń. Zwrócić należy przy tym uwagę na to, że dotychczas nie był przedmiotem ustaleń stosunek małoletniego K. do innych badań niż związane z pobraniem krwi.

Uchwała SN z dnia 27 lutego 2008 r. III CZP 139/07

Sąd Najwyższy po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 27 lutego 2008 r., zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w S.

„Czy w sprawie o rozwód, w której właściwym do rozpoznania jest sąd w składzie jednego sędziego i dwóch ławników, postanowienie w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia wydane na posiedzeniu niejawnym może wydać przewodniczący?”

podjął uchwałę:

Wniosek o udzielenie zabezpieczenia w sprawie o rozwód sąd pierwszej instancji rozpoznaje na posiedzeniu niejawnym w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników.

Uzasadnienie

W sprawie o rozwód Sąd Okręgowy w K. rozpoznał w dniu 14 sierpnia 2007 r. na posiedzeniu niejawnym, w składzie jednego sędziego, wniosek powódki o zabezpieczenie roszczenia alimentacyjnego. Rozpoznając zażalenie pozwanego na postanowienie wydane na tym posiedzeniu, uwzględniające wniosek, Sąd Apelacyjny w S. powziął poważne wątpliwości, którym dał wyraz w przedstawionym Sądowi Najwyższemu zagadnieniu prawnym, przytoczonym na wstępie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Główną przyczyną wątpliwości Sądu Apelacyjnego jest fakt, że art. 736 k.p.c., który stanowił, iż w sprawach rozpoznawanych przez sąd w składzie trzyosobowym przewodniczący może, w wypadku niecierpiącym zwłoki, sam wydać zarządzenie tymczasowe, nie znalazł odpowiednika w stanie prawnym ustanowionym ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 172, poz. 1804), obowiązującą od dnia 5 lutego 2005 r. Powstał w związku z tym problem składu sądu, w jakim następuje rozpoznanie wniosku o udzielenie zabezpieczenia, a próby jego rozwiązania w piśmiennictwie nie dają jednoznacznego wyniku, jakkolwiek przeważa pogląd, że właściwy jest sąd działający w takim składzie, w jakim rozpoznaje sprawę co do jej istoty.

Rozstrzygając ten problem, a więc analizując skutki wywołane uchynieniem art. 736 k.p.c., a ściślej – zmianą jego treści, bo obecnie ten przepis normuje zupełnie inną materię, należy przede wszystkim skupić się na kwestii, jakie było znaczenie tego przepisu przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 lipca 2004 r., w szczególności w kontekście art. 47 § 2 k.p.c. Obecnie, po zmianie dokonanej ustawą

z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy kodeks postępowania cywilnego, ustawy – kodeks postępowania karnego oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 112, poz. 766), przepis ten nosi oznaczenie „47 § 3”.

Skład sądu właściwy dla rozpoznania sprawy w pierwszej instancji został określony w art. 47 § 1, 3 i 4 (obecnie art. 47 § 1, 2 i 4) k.p.c., z zastrzeżeniem określonym w art. 47 § 2 (obecnie art. 47 § 3) k.p.c., zgodnie z którym postanowienia poza rozprawą oraz zarządzenia wydaje przewodniczący. Artykuł 47 § 2 (§ 3) k.p.c. regulował (reguluje) skład sądu orzekający poza rozprawą w kwestiach formalnych, niedotyczących istoty sporu, które są zawsze rozstrzygane w formie postanowienia lub zarządzenia (art. 354 i 362 k.p.c.). Z tych względów mógł więc być – na podstawie art. 13 § 2 k.p.c. – odpowiednio stosowany w postępowaniu zabezpieczającym tylko w odniesieniu do kwestii formalnych rozstrzyganych na posiedzeniu niejawnym (np. do odrzucenia lub zwrotu wniosku), nie było natomiast podstaw do jego stosowania w wypadku orzekania co do meritum wniosku o zabezpieczenie, tj. o jego zasadności lub bezzasadności; o składzie sądu decydował wówczas art. 47 § 1 i 3 i jego późniejsze odpowiedniki.

Przedstawiony kontekst normatywny pozwala określić miejsce oraz funkcję art. 736 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. Należy przyjąć, że dotyczył on orzekania o zasadności wniosku o zabezpieczenie i w tym zakresie – dopuszczając wydanie przez przewodniczącego na posiedzeniu niejawnym zarządzenia tymczasowego w sprawie rozstrzyganej w składzie trzyosobowym – ustanawiał ściśle określony wyjątek od reguł ustalonych w art. 47, dotyczących orzekania co do meritum przez skład kolegialny. Artykuł 736 k.p.c. był zatem przepisem szczególnym w stosunku do tych przepisów normujących postępowanie procesowe, które przewidywały kolegialny skład sądu przy orzekaniu co do istoty sprawy (art. 47 § 1, a następnie 47 § 1 i 4 k.p.c.), nie stanowił natomiast przepisu szczególnego wobec art. 47 § 2 k.p.c. Przepis art. 47 § 2 k.p.c. miał więc w okresie obowiązywania art. 736 w poprzednim brzmieniu odpowiednie zastosowanie w postępowaniu zabezpieczającym; regulował wydawanie poza rozprawą przez przewodniczącego postanowień dotyczących kwestii formalnych, ocenianych w ten sposób z punktu widzenia przedmiotu postępowania zabezpieczającego. Uzasadniony jest zatem wniosek, że nowelizacja art. 736 k.p.c. dokonana ustawą z dnia 2 lipca 2004 r., w wyniku której przestała istnieć odrębna regulacja normująca skład sądu w postępowaniu zabezpieczającym, nie zmieniła funkcji art. 47 § 2 (§ 3) k.p.c.

Na marginesie należy zaznaczyć, że funkcja tego przepisu odpowiada w ogólnych zarysach roli swego pierwowzoru, tj. art. XLV § 1 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 29 listopada 1930 r. – przepisy wprowadzające kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 83, poz. 652 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 38, poz. 349), wykładanego i stosowanego w kontekście art. art. 841 § 3 i 4 d. k.p.c.

(art. 859 § 3 i 4 według tekstu jednolitego z 1950 r.) (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 1953 r., I C 327/53, „Nowe Prawo” 1953, Nr 10, s. 88, oraz z dnia 14 lipca 1953 r., I C 856/53, OSN 1955, Nr 2, poz. 17).

W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że współcześnie w postępowaniu zabezpieczającym sąd pierwszej instancji orzeka o zasadności (bezzasadności) wniosku o udzielenie zabezpieczenia, a więc co do istoty postępowania zabezpieczającego, w takim składzie, w jakim rozpoznawana jest sprawa, w której dochodzi do zabezpieczenia powództwa, bez względu na to, czy działa na posiedzeniu niejawnym czy na rozprawie (art. 47 § 1, 2 i 4 k.p.c.; obecnie art. 47 § 1, 3 i 4 k.p.c.). W takim samym składzie orzeka rozstrzygając na rozprawie kwestie formalne, niedotyczące istoty zabezpieczenia, a więc niedotyczące zasadności wniosku, natomiast poza rozprawą orzeczenia w tym zakresie – oraz zarządzenia – wydaje przewodniczący (art. 47 § 3 w związku z art. 13 § 2 k.p.c.). Oczywiście, zasady te nie dotyczą sądu drugiej instancji rozstrzygającego wniosek o udzielenie zabezpieczenia zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym, gdyż w tym wypadku o składzie sądu – orzekającego na rozprawie lub posiedzeniu niejawnym, w kwestii formalnej lub merytorycznej – decyduje art. 367 § 3 zdanie pierwsze albo art. 505¹⁰ § 1 w związku z art. 13 § 2 k.p.c.

Z tych względów Sąd Najwyższy – dostrzegając niedoskonałość analizowanego unormowania, gdyż brak możliwości rozpoznawania wniosków o udzielenie zabezpieczenia przez przewodniczącego składu kolegiального (zawodowego lub ławniczego) i konieczność respektowania terminu określonego w art. 737 k.p.c. zmusza sąd do odbywania osobnych posiedzeń niejawnych w składzie trzyosobowym tylko celem rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia, co obniża sprawność postępowania – podjął uchwałę, jak na wstępie.

Wyciąg z projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹

(...)

25) w art. 436:

a) § 3 uchyla się,

b) § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. Jeżeli strony nie uzgodniły osoby mediatora, sąd kieruje je do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną, w szczególności posiadającego wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii lub prawa oraz umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych.”;

26) art. 445² otrzymuje brzmienie:

„Art. 445². W każdym stanie sprawy o rozwód lub separację sąd może skierować strony do mediacji w celu ugodowego załatwienia spornych kwestii dotyczących zaspokojenia potrzeb rodziny, alimentów, sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej, kontaktów z dziećmi oraz spraw majątkowych podlegających rozstrzygnięciu w wyroku orzekającym rozwód lub separację. Przepis art. 436 § 4 stosuje się odpowiednio.”;

27) w art. 511¹ § 2 otrzymuje brzmienie:

„§ 2. W terminie tygodniowym od dnia doręczenia zarządzenia o zwrocie pisma z przyczyn określonych w § 1 wnioskodawca może uiścić brakującą opłatę. Jeżeli opłata została wniesiona we właściwej wysokości, wniosek wywołuje skutek od daty pierwotnego wniesienia. Skutek taki nie następuje w razie kolejnego zwrotu wniosku z tej samej przyczyny.”;

28) w art. 545 § 4 otrzymuje brzmienie:

„§ 4. Kto zgłosił wniosek o ubezwłasnowolnienie w złej wierze lub lekkomyślnie, podlega karze grzywny.”;

29) art. 568 otrzymuje brzmienie:

„Art. 568. Sądem opiekuńczym jest sąd rodzinny.”;

30) art. 570² otrzymuje brzmienie:

„Art. 570². W sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd może skierować uczestników do mediacji. Przedmiotem mediacji może być także

¹ Projekt został skierowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego do Ministerstwa Sprawiedliwości celem nadania dalszego biegu legislacyjnemu.

określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej. Jeżeli uczestnicy postępowania nie uzgodnili osoby mediatora, sąd kieruje ich do mediacji prowadzonej przez stałego mediatora, o którym mowa w art. 436 § 4.”;

31) Art. 603 otrzymuje brzmienie;

„Art. 603. § 1. Kuratora dla osoby prawnej ustanawia sąd rejestrowy, w którego okręgu osoba ta ma lub miała ostatnią siedzibę.

§ 2. Sąd może wszcząć postępowanie z urzędu.

§ 3. Postanowienie jest skuteczne i wykonalne z chwilą jego ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą jego wydania”;

32) w art. 735 dotychczasową treść oznacza się jako § 1 i dodaje się § 2 w brzmieniu:

„§ 2. W sprawie, którą rozpoznaje sąd w składzie trzyosobowym, w wypadku niecierpiącym zwłoki postanowienie w przedmiocie udzielenia zabezpieczenia może być wydane przez sąd w składzie jednego sędziego.”

(...)

Wyciąg z uzasadnienia

(...)

9. Mediacja:

Zmiany w zakresie mediacji dotyczą dwóch kwestii:

Po pierwsze, projekt przewiduje usunięcie dotychczasowego wyłączenia możliwości prowadzenia mediacji w postępowaniu upominawczym i postępowaniu uproszczonym (art. 183⁸ § 4). Wyłączenie to w tym zakresie poddawane było dość powszechnej krytyce w literaturze, w szczególności wskazywano, że sprawy drobne, należące do postępowania uproszczonego, w sposób szczególny mogą nadawać się do postępowania mediacyjnego.

Po drugie, projekt poszerza stosowanie zasady swobodnego wyboru przez strony osoby mediatora. Z tych względów uchyleniu podlega przepis art. 436 § 3, zgodnie z którym mediatorami mogą być kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. Uchylenie art. 436 § 3 spowodowało konieczność dokonania stosownych zmian w treści art. 436 § 4 oraz art. 570². Proponowane zmiany nie wprowadzają zakazu bycia mediatorem przez kuratorów sądowych ani też osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. Obowiązujące przepisy dotyczące mediacji pozwalają, aby to same strony uzgodniły, że mediatorem ma być osoba będąca kuratorem sądowym czy też osoba wskazana przez rodzinny ośrodek diagnostyczno-konsultacyjny. Kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne mogą także starać się o wpis na listy mediatorów prowadzone przez organizacje społeczne i zawodowe, które informacje o listach stałych mediatorów przekazują prezesom sądów okręgowych.

Z uwagi na szczególny charakter spraw rodzinnych, w tym o rozwód i separację, projekt wskazuje preferowane wykształcenie stałego mediatora. Wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii lub prawa wydaje się gwarantować odpowiednie przygotowanie teoretyczne do zrozumienia istoty konfliktu rodzinnego oraz małżeńskiego, ponadto do pomocy stronom w analizie potrzeb, wzajemnych oczekiwań, a następnie wypracowania porozumienia.

10. Sprawy o ustanowienie kuratora dla osoby prawnej:

Zgodnie z dotychczasowym brzmieniem art. 603, kuratora dla osoby prawnej ustanawia sąd opiekuńczy, w którego okręgu osoba ta ma lub miała ostatnią siedzibę. Chodzi tu o kuratora dla osoby prawnej ustanawianego na podstawie art. 42 k.c., którego należy odróżnić od kuratora ustanawianego na podstawie art. 26 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz. U. Nr 168 z 2007 r. poz. 1186 z późn. zm.). Obie instytucje służą podobnym celom, jednak o ile w pierwszym wypadku do ustanowienia kuratora właściwy jest sąd rejestrowy, o tyle w drugim wypadku art. 603 wskazuje, iż właściwy funkcjonalnie jest sąd opiekuńczy. Sądem opiekuńczym jest sąd rejonowy (art. 568 § 1). Art. 568 § 2 wskazuje dodatkowo, że sądem opiekuńczym w sprawach małoletnich jest sąd dla nieletnich (obecnie sąd rodzinny, czyli wydział rodzinny i nieletnich sądu rejonowego). Zgodnie z dominującym poglądem i praktyką sądów wszystkie czynności zastrzeżone dla sądu opiekuńczego dokonuje sąd rodzinny. Z tych względów co najmniej w części kraju orzekanie w przedmiocie kuratora dla osoby prawnej jest powierzone sądom rodzinnym. Niemniej zgodnie dostrzega się jednak, że przedmiot sprawy z art. 42 k.c. odbiega od celów i funkcji wyodrębnionego sądownictwa rodzinnego, które jest nieprzygotowane do prowadzenia tego rodzaju spraw. De lege lata można bronić poglądu, że właściwy w tym zakresie jest wydział cywilny sądu rejonowego. Zważywszy jednak na funkcjonalne powiązanie przedmiotu orzekania z przedmiotem kognicji sądów rejestrowych i w szczególności – wskazane podobieństwo instytucji kuratora dla osoby prawnej z kuratorem ustanawianym na podstawie art. 26 powołanej ustawy, najlepszym wydaje się rozwiązanie, aby właściwy w tym zakresie był sąd rejestrowy. W proponowanym ujęciu sąd ten nie działałby jako sąd opiekuńczy, a zatem do art. 603 należało przenieść te immanentne dla sądu opiekuńczego rozwiązania, które powinny nadal znajdować zastosowanie w sprawach o ustanowienie kuratora dla osoby prawnej, a mianowicie: możliwość wszczęcia postępowania z urzędu oraz natychmiastowa wykonalność postanowienia.

W związku z powyższą zmianą pozostaje zmiana art. 568, który w dotychczasowym brzmieniu pomija zmiany organizacyjne sądownictwa dokonane już w latach 80-tych (powołanie sądów rodzinnych, które orzekają w sprawach opiekuńczych – nie tylko osób małoletnich).

11. Skład sądu w postępowaniu zabezpieczającym:

Obecnie nie ma szczególnego uregulowania składu sądu w postępowaniu zabezpieczającym. Jest to rozwiązanie niewłaściwe, gdyż stosowanie ogólnych reguł o składzie sądu (art. 47 w zw. z art. 13 § 2) prowadzi do tego, że w sprawach, w których obowiązuje skład kolegialny, w tym z udziałem ławników, postanowienie o udzieleniu zabezpieczenia nie może być wydane przez sąd jednoosobowo (por. uchwałę SN z 27.02.2008 r., III CZP 139/07, Biul. SN 2008, nr 2, s. 11). Nowy art. 735 § 2 zmierza do usunięcia tej niedoskonałości.

Przepis ten znajdzie zastosowanie także do zarządzeń sądu opiekuńczego wydawanych w trybie nagłym (art. 569 § 2).

(...)

Konferencja nt.: „Prawa rodziców drugiej kategorii”, zorganizowana przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (Warszawa, dnia 3 kwietnia 2008 r.)

Przedruk artykułu Marka Domagalskiego: „Matka też musi respektować wyrok”
(Rzeczpospolita, 04.04.2008)

Kontakty z dzieckiem skłóconych rodziców poprawić może twarde egzekwowanie werdyktów sądów rodzinnych oraz nakłady na kuratorów i psychologów. To wnioski z konferencji Prawa rodziców drugiej kategorii, zorganizowanej przez Fundację Helsińską.

Okazją do dyskusji było przygotowanie przez Komisję Kodyfikacyjną projektu nowelizacji Kodeksu rodzinnego i k.p.c., dotyczącej spraw między rodzicami i dziećmi.

Przed sądem obrona praw stron (rodziców) jest zapewniona, problemy zaczynają się wraz z ich egzekucją. Wykonanie wyroku zależy wyłącznie od dobrej woli matki – powiedziała adwokat Anisa Gnacikowska, specjalistka prawa rodzinnego. Najczęściej chodzi o utrudnienie przez matki kontaktu z dzieckiem. W ponad 95 proc. spraw to im powierza się opiekę nad dzieckiem. Nie pozbawia to jednak ojca prawa do kontaktów z dzieckiem, jest to zresztą nie tylko prawo rodzica, ale przede wszystkim dziecka.

- Co grozi opornemu rodzicowi?

Postępowanie o ukaranie może trwać i dwa lata, więc nawet bezrobotna może zbierać na karę i dziecka nie oddać.

- Czy zwiększyć środki przymusu?

Przymusowe przekazanie dziecka to rozzierające sceny z udziałem kuratora, policji, karetki pogotowia – odwodziła od ostrzejszych sankcji Małgorzata Masiulanis, sędzia wizytator w sprawach rodzinnych.

Mec. Artur Zawadowski porównał polską egzekucję kontaktów z dziećmi z istniejącymi w innych krajach. Wypadamy gorzej niż np. Węgrzy i Niemcy. Ci ostatni stosują ostrzejsze środki dyscyplinujące opornego rodzica, ale i skłonność do porozumienia rodziców jest tam większa. W USA w ogóle nie ma mowy o niespektowaniu wyroków. Tam liczą się przede wszystkim dowody, a nie emocje. Słabości obecnej procedury egzekwowania wyroków, zwłaszcza w stosunkach między rodzicami i dziećmi, świadomi są wszyscy. Dlatego we wspomnianej noweli dodano

art. 582¹ k.p.c., który w celu zapewnienia wykonywania kontaktów pozwala sądowi opiekuńczemu m.in. odebrać od rodziców przyrzeczenia określonego zachowania (np. że ojciec spędzi z dzieckiem przynajmniej tydzień letnich i zimowych ferii).

Rzecz w tym, wskazywał prof. Adam Zieliński, b. Rzecznik Praw Obywatelskich, że o ile np. w krajach anglosaskich niedochowanie tego rodzaju przyrzeczeń skutkowałoby odpowiedzialnością karną, o tyle w Polsce, na razie, nie ma na to sankcji.

Większość panelistów była zgodna, że kary nie są rozwiązaniem. Inaczej uważają przedstawiciele tzw. organizacji ojcowskich. Jediną drogą jest zaostrzenie sankcji za niewykonanie wyroku sądu rodzinnego.

Na szybką zmianę mentalności sędziów nie liczę – mówi Robert Kucharski. Na tę mentalność wskazuje też adwokat Jakub Jacyna. Zauważamy tzw. biologizm antropologiczny u sędziów: matka = mleko, ojciec jest ewentualnym uzupełnieniem, zatem dziecko pozostaje przy matce.

Nowe propozycje legislacyjne mec. Jacyna ocenia jako krok we właściwym kierunku, ale proponuje wprowadzenie opieki naprzemiennej i takie zmiany procedury, które pozwolą na wydanie wyroku w rozsądnym terminie. Właśnie taki był cel tej konferencji, warto nie tylko czekać na zmiany proponowane przez rząd, ale też zgłaszać własne propozycje, podsumował dyskusję dr Adam Bodnar z Fundacji Helsińskiej.

Adopcja formą realizacji prawa dziecka do życia w rodzinie

(seminarium naukowe, Warszawa 11.04.2008 r.)

Seminarium naukowe zostało zorganizowane przez Katedrę Nauk o Rodzinie Akademii Pedagogiki Specjalnej im. Marii Grzegorzewskiej w Warszawie. Wzięli w nim udział pracownicy naukowcy tej Katedry specjalizujący się w prawie rodzinnym i opiekuńczym, a w szczególności zajmujący się problematyką rodzin zastępczych oraz instytucji przysposobienia, a także zaproszeni z innych uczelni (Wydział Prawa UW), a ponadto: przedstawiciele ośrodków adopcyjno-opiekuńczych i powiatowych centrów pomocy rodzinie (dalej: PCPR), sędzia rodzinny, rodzice adopcyjni, przedstawiciele organizacji pozarządowych, których działalność statutowa ukierunkowana jest na pomoc rodzinom zastępczym i adopcję oraz przedstawicielka Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej.

Otwarcia seminarium dokonał Jego Magnificencja prof. dr hab. Adam Frączek, Rektor Akademii Pedagogiki Specjalnej.

W pierwszej części wygłoszono następujące referaty: „Prawo dziecka do wychowania w rodzinie. Standardy międzynarodowe” – dr Małgorzata Szeroczyńska, Pracownia Prawa i Kryminologii, WSNS, APS; „Sytuacja prawna dziecka poza rodziną biologiczną” – mgr Anna Romaniuk, Pracownia Prawa i Kryminologii, WSNS, APS; „Prawne aspekty procesu adopcyjnego” – mgr Jolanta Zozula, Pracownia Prawa i Kryminologii, WSNS, APS; „Rodzina zastępcza jako instytucja usługowa w procesie adopcji” – dr Irena Kleniewska, Pracownia Prawa i Kryminologii, WSNS, APS; „Rodzice adopcyjni – motywy i obawy” – mgr Anna Chmielewska, absolwentka Instytutu Stosowanych Nauk Społecznych, WSNSiR, UW; „Adopcja zagraniczna jako alternatywa dla dzieci niechcianych” – prof. dr hab. Elżbieta Holewińska-Łacińska, Instytut Prawa Cywilnego, WPiA, UW.

Podczas swojego wystąpienia dr M. Szeroczyńska dokonała analizy aktów prawa międzynarodowego z punktu widzenia zagwarantowania dziecku prawa do życia i wychowywania w rodzinie. Przywołała przede wszystkim regulującą tę kwestię przepisy Konwencji o Prawach Dziecka ONZ z dnia 20 listopada 1989 r., ale także inne akty prawa międzynarodowego, np. Rezolucję Komitetu Ministrów Rady Europy Nr 77 (33) z dnia 3 listopada 1977 r. w sprawie umieszczenia dzieci poza rodziną. Podkreśliła, że w świetle międzynarodowych aktów prawnych nie można oddzielić dziecka od rodziców wbrew ich woli, bo

to oni ponoszą główną odpowiedzialność za jego wychowanie i rozwój. Państwo ma natomiast obowiązek udzielić pomocy rodzinie. Dopiero wówczas, gdy pomoc ta okaże się nieskuteczna, w sytuacjach wyjątkowych, konieczne jest zapewnienie dziecku opieki zastępczej. Autorka referatu odwołała się form opieki zastępczej: umieszczenia w rodzinie zastępczej, Kafali w prawie islamskim, adopcji oraz umieszczenia w odpowiedniej instytucji powołanej do opieki nad dziećmi. Podkreśliła, że najbardziej pożądaną formą opieki zastępczej jest adopcja, gdyż jest ona w największym stopniu zbliżona do rodziny biologicznej, a przez prawo nawet z nią utożsamiana. Powołała się na przepisy Konwencji o Prawach Dziecka ONZ dotyczące instytucji przysposobienia oraz Europejską Konwencję o Przysposobianiu Dzieci z 1967 r. Omawiając przesłanki adopcyjne, podkreśliła, że akty prawa międzynarodowego traktują adopcję zagraniczną jako subsydiarną względem krajowej (Konwencja o Prawach Dziecka ONZ, Haska Konwencja o Ochronie Dzieci i Współpracy w Dziedzinie Przysposobienia Międzynarodowego z 1993 r.). Kończąc swoje wystąpienie dr M. Szeroczyńska sformułowała zagadnienie do dyskusji: czy prawo do adopcji jest prawem dziecka czy prawem dorosłych?

Mgr A. Romaniuk rozpoczęła swoje wystąpienie od zwrócenia uwagi na brak prawnej definicji rodziny, gdyż jako grupa społeczna nie stanowi ona podmiotu prawa. Podmiotami prawa są zaś poszczególni jej członkowie. Podkreśliła, że do określenia sytuacji prawnej dziecka niezbędne jest ustalenie, kto sprawuje nad nim władzę rodzicielską. Zaznaczyła, że art. 95 § 3 k.r.o. stanowi, iż władza rodzicielska ma być sprawowana dla dobra dziecka i w jego interesie oraz w szeroko rozumianym interesie społecznym. Zwróciła uwagę, iż sam fakt kreowania nowego życia stanowi wystarczającą podstawę powierzenia rodzicom władzy rodzicielskiej nad dzieckiem. Zaznaczyła jednak, że ustawodawca chroniąc szeroko pojęty interes dziecka wprowadza pewne ograniczenia dotyczące podmiotów sprawujących władzę rodzicielską – rodziców. Podkreśliła, że czasami nienależycie wywiązują się oni ze swoich obowiązków względem dziecka. Jednak mimo występowania rodzin dysfunkcyjnych lub wręcz patologicznych, to jednak im powinno przysługiwać bezwzględne pierwszeństwo w procesie sprawowania pieczy nad osobą dziecka i jego majątkiem. Formy pieczy zastępczej powinny być stosowane w sytuacji, gdy rodzice albo rodzic sprawujący władzę rodzicielską, nie spełniają swoich funkcji i może to stanowić zagrożenie dla „dobra dziecka”. W tym miejscu odwołała się do pojęcia pieczy zastępczej, określonego przez Konwencję o Prawach Dziecka ONZ (art. 20) oraz porównała postanowienia Konwencji z polskimi regulacjami prawnymi (k.r.o., ustawa o pomocy społecznej). Zwróciła uwagę, że polski ustawodawca nie zdefiniował w obowiązującym kodeksie rodzinnym i opiekuńczym pojęcia pieczy zastępczej. Następnie przywołała projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 25 marca 2008 r. o zmianie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz omówiła proponowane w nim zmiany dotyczące pieczy

zastępczej. Zaprezentowała sytuacje związane z ingerencją w zakres władzy rodzicielskiej. Na zakończenie swojego wystąpienia podkreśliła subsydiarny i tymczasowy charakter pieczy zastępczej.

Kolejnym wystąpieniem był referat wygłoszony przez mgr J. Zozula. Jego treść poświęcona została analizie procesu adopcyjnego w Polsce. Na wstępie J. Zozula podkreśliła znaczenie zasady dobra dziecka dla instytucji przysposobienia. Następnie zwróciła uwagę na wymogi, jakie Kodeks rodzinny i opiekuńczy nakłada na osobę, która chce przysposobić dziecko. Zauważyła przy tym, że przesłanki te są słuszne, lecz niektóre zbyt mało precyzyjne. Jako kolejny aspekt przywołała treść art. 114 k.r.o., określającego, kto w świetle polskiego prawa może zostać przysposobiony. Zwróciła uwagę, iż wymóg małoletniości, który powinien być spełniony w dniu złożenia wniosku o przysposobienie, daje możliwości wielu nadużyć. Następnie przeanalizowała na podstawie przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jakie osoby są zobowiązane, bądź uprawnione do wyrażenia zgody na przysposobienie, podkreślając, że zgoda ta nie może być wyrażona wcześniej niż po upływie sześciu tygodni od urodzenia dziecka. Kolejno przedstawiła i scharakteryzowała rodzaje adopcji krajowej. Przybliżyła obowiązującą w Polsce procedurę adopcyjną, zwracając uwagę na szczególną rolę ośrodków adopcyjno-opiekuńczych. Następnie omówiła, kto i w jakich okolicznościach może rozwiązać stosunek przysposobienia. Na zakończenie swojego wystąpienia, J. Zozula przedstawiła wstępne wyniki realizowanych przez siebie badań na temat: „Zasada subsydiarności przysposobienia zagranicznego a dobro dziecka”. Badania te zostały przeprowadzone wśród pracowników ośrodków adopcyjno-opiekuńczych, placówek opiekuńczo-wychowawczych oraz kandydatów na rodziców adopcyjnych w sześciu miastach w Polsce.

Wystąpienie dr I. Kleniewskiej poświęcone zostało instytucji rodziny zastępczej. Na początku zaznaczyła, iż akty prawa międzynarodowego takie jak: Konwencja o Prawach Dziecka ONZ z dnia 20 listopada 1989 r., Rezolucja Komitetu Ministrów Rady Europy Nr (77) 33 z dnia 3 listopada 1977 r. w sprawie umieszczania dzieci poza rodziną, rekomendacja Komitetu Rady Ministrów Rady Europy Nr R (87) 6 z dnia 20 marca 1987 r. w sprawie rodzin zastępczych stanowią, że najlepszą formą pieczy zastępczej są formy rodzinne takie jak rodziny zastępcze albo rodzinne domy dziecka. Przechodząc do uregulowania tego problemu przez polskie prawo wewnętrzne podkreśliła, że nie formułuje ono w sposób jednoznaczny zasady ustanawiania środowiska zastępczego dla dziecka w postaci rodziny zastępczej, ale z interpretacji przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej wynika, że pieczę zastępczą nad dzieckiem sąd powinien powierzyć przede wszystkim rodzinie zastępczej. Następnie referentka scharakteryzowała najważniejsze aspekty dotyczące tworzenia i funkcjonowania tej formy opieki zastępczej uregulowane w ustawie o pomocy społecznej oraz Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Zaznaczyła, że z uwagi

na funkcję rodzin zastępczych, ustawa o pomocy społecznej wyodrębnia następujące ich rodzaje: spokrewnione z dzieckiem, nie spokrewnione z dzieckiem oraz zawodowe nie spokrewnione z dzieckiem (wielodzietne, specjalistyczne oraz o charakterze pogotowia opiekuńczego). Przy doborze rodzin zastępczych ustawa o pomocy społecznej przyznaje pierwszeństwo osobom spokrewnionym bądź spowinowaconym z dzieckiem, aby zminimalizować dziecku zmianę warunków życia i ułatwić kontakty z biologicznymi rodzicami. Tymczasem w praktyce, to z funkcjonowaniem tych rodzin jest najwięcej problemów. Zwróciła przy tym uwagę, że każdy dobór rodziny zastępczej wymaga przestrzegania określonych ustawowo zasad (art. 73 ust. 3 ustawy o pomocy społecznej) takich jak: przygotowanie kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, odpowiednia różnica wieku pomiędzy dzieckiem a kandydatami do pełnienia funkcji rodziny zastępczej, możliwość zaspokojenia potrzeb dziecka przez kandydatów do pełnienia funkcji rodziny zastępczej. Podkreśliła, że nadrzędną zasadą, której należy podporządkować rozwiązania ustawowe w zakresie pieczy zastępczej powinno być planowanie ustabilizowania sytuacji dziecka. Rozumie przez to przywrócenie w rodzinie biologicznej sytuacji umożliwiającej powrót dziecka, albo trwałe uregulowanie sytuacji dziecka przez adopcję. Jeżeli nie jest możliwy powrót dziecka do naturalnych rodziców należy dążyć do znalezienia mu rodziny adopcyjnej. W tym miejscu po raz kolejny zwróciła uwagę na rolę rodzin zastępczych, które powinny zapewniać opiekę dziecku oczekującemu na adopcję. Przypomniała również, że w poprzednim stanie prawnym wyróżniano odrębny rodzaj rodzin zastępczych – tzw. rodziny preadopcyjne. Obecnie funkcję tę spełnia określony w art. 120¹ k.r.o. okres osobistej styczności z dzieckiem osób ubiegających się o jego przysposobienie.

Mgr A. Chmielewska swoje wystąpienie poświęciła w całości prezentacji wyników prowadzonych przez siebie wywiadów z kandydatami na rodziców adopcyjnych. Badania te potwierdziły, że najczęstszą motywacją do przysposobienia dziecka jest niemożność posiadania własnych biologicznych dzieci.

Prof. dr hab. E. Holewińska-Łapińska omawiając instytucję przysposobienia zagranicznego skupiła się głównie na jej znaczeniu dla dzieci, które nie mają szans na adopcję krajową. Podkreśliła, że każdy przypadek orzekania przysposobienia powinien być traktowany indywidualnie i rozpatrywany w oparciu o konkretny stan faktyczny. Umożliwił to ustawodawca stosując wiele klauzul generalnych w unormowaniach dotyczących adopcji. Przypomniała, że instytucja przysposobienia zagranicznego została wprowadzona do polskiego prawa (Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego) nowelizacją z 1995 r. Wcześniej była orzekana na mocy przepisów międzynarodowych. Zwróciła również uwagę na swego rodzaju ewolucję tej instytucji, którą można zauważyć analizując wyniki dotychczas prowadzonych badań na temat adopcji zagranicznej. W latach 50-tych i 70-tych polskie dzieci były przysposabiane głównie przez osoby z nimi spokrewnione zamieszkałe w USA, w większości przez osoby z Polonii. Była to adopcja, która miała na celu umożliwienie

dziecku wyjazd za granicę i danie mu szansy na „lepsze życie”. Niewiele miała ona wspólnego z istotą przysposobienia. Badania prowadzone w latach 90-tych pokazały, że motywacje adopcji zagranicznych bardzo się zmieniły. Osoby z zagranicy, głównie obywatele: Francji, Holandii, Włoch i państw skandynawskich, przysposabiają dzieci, by stworzyć im możliwość wychowywania się w środowisku rodzinnym i obdarzyć miłością rodzicielską.

Drugą część seminarium stanowił panel dyskusyjny na temat: „Litera prawa a rzeczywistość adopcyjna”, z udziałem: przedstawicielki rodziców adopcyjnych, sędziego sądu rodzinnego, przedstawicielki Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej oraz przedstawicielki PCPR. Ustosunkowano się do poszczególnych referatów oraz dyskutowano nad wieloma problemami istotnymi przy praktycznym stosowaniu procedury adopcyjnej. Podniesiono między innymi kwestię korzystania z instytucji kuratora sądowego w procesie adopcyjnym. Przedstawicielka rodziców adopcyjnych zwróciła uwagę, że w jej przekonaniu działania kuratora nie wnoszą nic nowego do sprawy, natomiast przyczyniają się do znacznego przedłużenia procedury adopcyjnej. Dyskutowano nad znaczeniem orzekania przez sąd okresu osobistej styczności dziecka z kandydatami na jego rodziców adopcyjnych. Sędzia rodzinna podkreśliła, że pomimo fakultatywności tej instytucji przy orzekaniu przysposobienia krajowego, powinna ona być jak najczęściej stosowana dla dobra dziecka, które ma być adoptowane. Czas ten pozwala bowiem na wzajemne poznanie się stron stosunku przysposobienia, sprawdzenie czy nawzajem się akceptują, czy kandydaci podążają wychowaniu tego konkretnego dziecka. Zapobiegnie to nieudanym adopcjom i ich rozwiązaniom, tym samym chroniąc dziecko przed kolejnymi przeżyciami i rozczarowaniami.

W dyskusji podkreślono znaczenie szkoleń dla kandydatów na rodziców adopcyjnych, które prowadzone są przez ośrodki adopcyjno-opiekuńcze. Zaznaczono, że podczas nich osoby te dowiadują się, czym od strony praktycznej jest adopcja. Przedstawicielka rodziców adopcyjnych przyznała, że dzięki szkoleniu łatwiej jest jej teraz sprostać wyzwaniom, jakie niesie ze sobą przysposobienie. Postulowano, by program szkoleń został poszerzony o problematykę wad płodowych, genetycznych i rozwojowych u dzieci, by rodzice adopcyjni mogli je rozpoznać we wczesnym stadium oraz podjąć odpowiednie leczenie. Zwrócono szczególną uwagę na alkoholowy zespół płodowy (FAS).

Seminarium było okazją do zaprezentowania prowadzonych obecnie badań dotyczących instytucji przysposobienia zarówno krajowego jak i zagranicznego oraz skonfrontowaniu rozwiązań prawnych z praktyką ich stosowania.

Informacja dla Autorów

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

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

Materiały wraz z dyskietką należy przysyłać na adres: Redakcja kwartalnika Rodzina i Prawo, 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.

