

PRAWO W DZIAŁANIU

56

SPRAWY CYWILNE

Warszawa 2023

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z 17.07.2023 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów
z konferencji międzynarodowych
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 140 punktów.

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wersja elektroniczna Prawa w Działaniu jest wersją pierwotną (referencyjną).



Wydawca:

Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 630 94 53
faks +48 22 630 99 24
e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

RADA PROGRAMOWA

Marek Andrzejewski (Polska Akademia Nauk, Polska), Davor Derenčinović (University of Zagreb, Croatia),
Ondřej Frinta (Charles University, Czech Republic), Beata Gruszczyńska (Uniwersytet Warszawski, Polska),
Beata Janiszewska (Uniwersytet Warszawski, Polska), András Koltay (University of Public Service, Hungary),
Andrea Nicolussi (Catholic University of the Sacred Heart, Italy), Wojciech Patryas (Uniwersytet Szczeciński, Polska),
Martin Píry (Matej Bel University, Slovakia), Dušan V. Popović (University of Belgrade, Serbia),
Aleš Rozehnal (Charles University, Czech Republic), Piotr Ryłski (Uniwersytet Warszawski, Polska),
Sanja Savčić (University of Novi Sad, Serbia), János Ede Szilágyi (Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, Hungary),
Hanna Witczak (Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Polska),
Piotr Zapadka (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska)

REDAKTOR NACZELNY

Marcin Wielec

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Marcin Wielec (Przewodniczący, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Polska), Elżbieta Holewińska-Łapińska (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo cywilne i rodzinne, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Łukasz Pohl (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo karne, Uniwersytet Szczeciński, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Beata Bieńkowska (redaktor tematyczny: procedura karna, Uniwersytet Warszawski, Polska), Grzegorz Blicharz (redaktor tematyczny: prawo prywatne porównawcze, Uniwersytet Jagielloński, Polska), Agata Czarnecka (redaktor tematyczny: teoria prawa, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Polska), Maciej Dybowski (redaktor tematyczny: prawa podstawowe, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza, Polska), Robert Netczuk (redaktor tematyczny: prawo karne skarbowe, Uniwersytet Śląski, Polska), Marcin Romanowski (redaktor tematyczny: aksjologia prawa, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Polska), Leszek Wieczorek (redaktor tematyczny: kryminologia, prawo karne, procedura karna, Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, Polska)

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Paweł Ostaszewski (redaktor statystyczny)
Fabiola Mikler (redaktor językowy – język polski)
Barbara Janusz-Pohl (opieka merytoryczna – język angielski)

ADRES REDAKCJI

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 630 94 53
faks +48 22 630 99 24
e-mail: wydawnictwo@iws.org.pl

KOMUNIKAT W SPRAWIE OGŁOSZENIA LISTY RECENZENTÓW ZA ROK 2023

Redakcja ma przyjemność poinformować,
że w gronie recenzentów kwartalnika „Prawo w Działaniu” w roku 2023
znalazły się następujące osoby:

Marcin Białecki, dr, UKSW
Rafał Bucholski, dr, UZ
Joanna Haberko, prof. dr. hab., UAM
Stanisław Hoc, prof. dr hab., UO
Małgorzata Janicz, dr, WSAP w Ostrołęce
Barbara Janusz-Pohl, dr hab., prof. UAM
Marek Jaśkowski, dr, UKSW
Marcin Jurgilewicz, prof. dr hab., PRz
Justyna Karaźniewicz, dr hab., prof. UKW
Jerzy Kasprzak, prof. dr hab., UKEN
ks. Mirosław Kosek, dr hab., prof. UKSW
Katarzyna Królikowska, dr, ALK
Agnieszka Kwiecień-Madej, dr, UW
Bogusław Lackoroński, dr hab., UW
Katarzyna Laskowska, prof. dr hab., UWB
Agnieszka Lewicka-Zelent, dr hab., prof. UMCS
Wojciech Lis, dr hab., prof. KUL
Rafał Łukasiewicz, dr, UR
Grzegorz Maroń, dr hab., prof. UR
Paweł Mazur, dr, UAM
Maria Moulin-Stożek, dr, prof. UJD
Marek Mozgawa, prof. dr hab., UMCS
Mariusz Nawrocki, dr hab., prof. US
Konrad Osajda, prof. dr hab., UW
Olga Sitarz, dr hab., prof. UŚ
Ryszard A. Stefański, prof. dr hab., UŁa
Marzena Tuomi, dr hab., prof. ASzWoj
Grzegorz Tylec, dr hab., prof. KUL
Jolanta Waszczuk-Napiórkowska, dr, UKSW
Marcin Wielec, dr hab., prof. UKSW
Paulina Wiktorska, dr, INP PAN
Bartosz Wołodkiewicz, dr, UW
Konrad Zamirski, dr, CH-SGM w Warszawie
Piotr Zapadka, dr hab., prof. UKSW

Spis treści

Contents

Artykuły

Articles

Bogusław Lackoroński

- Odpowiedzialność solidarna osób pełnoletnich stale zamieszkujących
nieruchomość lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających
za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu
oraz nieruchomości wspólnej – *de lege lata* i *de lege ferenda*
*Joint and several liability of adults residing in an apartment real estate permanently
and persons using it actually for the fees related to operation and maintenance of the
apartment real estate and the common property – observations de lege lata
and de lege ferenda* 7

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

- Ubezważnowolnienie całkowite osoby starszej
Total incapacitation of an elderly person 20

Joanna Haberko, Mariusz Załucki

- Dopuszczalność i prawnośpadkowe konsekwencje *postmortalnej*
implantacji zarodka
Admissibility and legal consequences of postmortal embryo implantation 33

Rafał Łukasiewicz

- Propozycje w zakresie wprowadzenia do polskiego prawa dawstwa
identyfikowalnego komórek rozrodczych i zarodków
*Proposals for implementation of identifiable donation of gametes and embryos
into the Polish law* 58

Magdalena Grzyb

- Zmiana płci „na słowo”. Praktyczne implikacje hiszpańskiej *Ley Trans*
Gender change by verbal declaration. Practical implications of the Spanish Ley Trans 102

Anna Tetkowska

- Instytucja nadzoru autorskiego i jej regulacja w ustawie o prawie autorskim
i prawach pokrewnych oraz ustawie Prawo budowlane
*The institution of copyright supervision and its regulation in the Act on Copyright and
Related Rights and the Construction Law Act* 121

Przemysław Ostojki

Model sądowej kontroli decyzji z zakresu ochrony konkurencji
w prawie polskim

*A model of judicial control of decisions with regards to competition protection
in Polish law*

136

Zbigniew Więckowski

Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts
– perspective of the Council of Europe

*Wytyczne w sprawie elektronicznego składania dokumentów sądowych (e-filing)
i cyfryzacji sądów – z perspektywy Rady Europy*

160

Varia

Tomasz Bojanowski, Karol Rogala, Łukasz Sitkowski, Julia Starybrat,
Jakub Sychowiec

Sprawozdanie z IV Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej
pt. „Dziecko w procedurach prawnych” (Warszawa, 19.05.2023 r.)

*Report from the 4th National Scientific Conference entitled
“Child in legal procedures” (Warsaw, 19 May 2023)*

176

Agata Wróbel, Wiktoria Zwolińska

Sprawozdanie z Ogólnopolskiego Seminarium Ekspertskiego
pt. „Prawna ochrona prawdy historycznej w aspekcie praktycznym
i instytucjonalnym” (Warszawa, 31.05.2023 r.)

*Report from the National Expert Seminar entitled “Legal protection
of historical truth in practical and institutional aspects” (Warsaw, 31 May 2023)*

187

Bogusław Lackoroński

Odpowiedzialność solidarna osób pełnoletnich
stale zamieszkujących nieruchomości lokalową
oraz osób faktycznie z niej korzystających
za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem
lokalu oraz nieruchomości wspólnej
– *de lege lata* i *de lege ferenda*

*Joint and several liability of adults residing in an apartment
real estate permanently and persons using it actually for the
fees related to operation and maintenance of the apartment
real estate and the common property – observations
de lege lata and de lege ferenda*

Abstract

The purpose of this article is to answer the question whether adults residing in an apartment real estate permanently and persons using it actually are liable for the fees related to operation and maintenance of the apartment real estate and the common property. The answer to this question leads to a conclusion on the advisability of introducing a change in the Polish legislation aimed at creating the basis for the liability of adults residing in an apartment real estate permanently and persons using it actually, with regards to the fees related to operation and maintenance of the apartment real estate and the common property. The liability of these persons will be considered both towards suppliers of electricity, heat, gas, water, and any other goods, service providers – in particular in terms of maintaining order, as well as towards the housing community. In the light of the observations contained in this paper in the present Polish legislation there is no basis for joint and several liability of adults residing in an apartment real estate permanently and

Dr hab. Bogusław Lackoroński, Uniwersytet Warszawski, Polska, ORCID: 0000-0003-2245-6036,
e-mail: b.lackoronski@wpia.uw.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 18.02.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 8.03.2023 r.

persons using it actually for the fees related to operation and maintenance of the apartment real estate and the common property. Introducing the joint and several liability in this regard requires changes in the Polish legislation.

When introducing changes aimed at creating the basis for joint and several liability of adults residing in an apartment real estate permanently and persons using it actually for the fees related to operation and maintenance of the apartment real estate and the common property, it is necessary to determine its joint and several nature and to resolve the related issues indicated in this article such as recourse claims and defining its subjective and objective scope.

Keywords: joint and several liability, fees, common property, apartment real estate, housing community

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy osoby pełnoletnie stale zamieszkujące nieruchomości lokalową oraz osoby faktycznie z niej korzystające ponoszą odpowiedzialność za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej. Odpowiedź na nie pozwoli na rozstrzygnięcie celowości wprowadzania zmiany stanu prawnego ukierunkowanej na stworzenie podstaw odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomości lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej. Odpowiedzialność tych osób będzie rozpatrywana zarówno względem dostawców energii elektrycznej, energii cieplnej, gazu, wody, jakichkolwiek innych dóbr, usługodawców, w szczególności w zakresie utrzymania porządku i czystości, jak i względem wspólnoty mieszkaniowej.

W świetle spostrzeżeń zawartych w niniejszym opracowaniu stworzenie podstaw solidarnej odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomości lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej wymaga zmian stanu prawnego.

Przy wprowadzaniu zmian ukierunkowanych na stworzenie podstaw solidarnej odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomości lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej niezbędne jest przesądzenie wprost jej solidarnego charakteru i rozstrzygnięcie wiążących się z tym kwestii wskazanych w niniejszym artykule, takich jak roszczenia regresowe oraz określenie jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność solidarna, opłaty, nieruchomości wspólna, nieruchomości lokalowa, wspólnota mieszkaniowa

1. Uwagi wprowadzające

Celem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy osoby pełnoletnie stale zamieszkujące nieruchomość lokalową oraz osoby faktycznie z niej korzystające ponoszą odpowiedzialność za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej. Odpowiedź na nie pozwoli na rozstrzygnięcie w przedmiocie celowości wprowadzania zmiany stanu prawnego ukierunkowanej na stworzenie podstaw odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomość lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej. Odpowiedzialność tych osób będzie rozpatrywana zarówno względem dostawców energii elektrycznej, energii cieplnej, gazu, wody, jakichkolwiek innych dóbr, usługodawców, w szczególności w zakresie utrzymania porządku i czystości, jak i względem wspólnoty mieszkaniowej.

Pozytywne przesądzenie celowości i konieczności wprowadzania zmian, które jest przedmiotem hipotezy przyjętej w pracy nad niniejszym artykułem, rodzi pytanie o zakres zmian w stanie prawnym niezbędnych do stworzenia podstaw odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomość lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej.

Rozstrzygnięcie wyżej wskazanych kwestii wymaga analizy regulacji ustawy z 24.06.1994 r. o własności lokali¹, regulacji zawartych w ustawie z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny² oraz w ustawie z 15.12.2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych³.

2. Odpowiedzialność za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości lokalowej oraz nieruchomości wspólnej w świetle przepisów ustawy o własności lokali – zakres podmiotowy i przedmiotowy – *de lege lata*

W aktualnym stanie prawnym podmiotowy i przedmiotowy zakres odpowiedzialności za zobowiązania dotyczące nieruchomości lokalowej i nieruchomości wspólnej we wspólnotach mieszkaniowych jest uregulowany w art. 13–17 u.w.l.

Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.w.l. właściciel ponosi wydatki związane z utrzymaniem jego lokalu, jest obowiązany utrzymywać swój lokal w należytym stanie, przestrzegać porządku domowego, uczestniczyć w kosztach zarządu związanych z utrzymaniem nieruchomości wspólnej, korzystać z niej w sposób nieutrudniający korzystania przez innych współwłaścicieli oraz współdziałać z nimi w ochronie wspólnego dobra. Zgodnie z art. 13 ust. 2 u.w.l. na żądanie zarządu właściciel lokalu jest obowiązany zezwalać na wstęp do lokalu, ilekroć jest to niezbędne do

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1048 – dalej u.w.l.

² Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm. – dalej k.c.

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 438 ze zm. – dalej u.s.m.

przeprowadzenia konserwacji, remontu albo usunięcia awarii w nieruchomości wspólnej, a także w celu wyposażenia budynku, jego części lub innych lokali w dodatkowe instalacje.

Przepis art. 13 u.w.l. odnosi się do obowiązków właściciela lokalu, które **mogą być wykonywane** przez właściciela **samodzielnie**, bez angażowania w jakimkolwiek zakresie wspólnoty mieszkaniowej **lub z pomocą i za pośrednictwem wspólnoty mieszkaniowej**. Zależnie od możliwości opomiarowania indywidualnego zużycia energii elektrycznej i ciepłej, gazu, wody oraz jakichkolwiek innych dóbr przez właścicieli poszczególnych lokali te same dobra mogą być dostarczane albo na podstawie umów zawieranych przez wspólnoty mieszkaniowe, które następnie rozliczają się z właścicielami poszczególnych lokali, albo na podstawie umów zawartych przez właścicieli poszczególnych lokali⁴. Pierwszy ze wskazanych modeli zaopatrywania poszczególnych lokali w dobra niezbędne do prawidłowego korzystania z nich eksponuje wspólnoty mieszkaniowe na ryzyko kredytowania właścicieli nieterminowo uiszczających należności. Drugi model naraża na to ryzyko dostawców określonych dóbr do poszczególnych lokali, ale już nie wspólnoty mieszkaniowe.

Jeśli obowiązki właściciela lokalu określone w art. 13 u.w.l. są w jakimkolwiek zakresie realizowane z pomocą lub za pośrednictwem wspólnoty mieszkaniowej, przepis ten stanowi podstawę do ustalenia, w jakim zakresie wspólnota mieszkaniowa wykonuje za niego jego obowiązki. Możliwa w świetle art. 13 u.w.l. delimitacja obowiązków spoczywających na właścicielu lokalu pozwala określić zakres obowiązków wykonywanych za niego przez wspólnotę mieszkaniową, jeśli *in concreto* ma to miejsce. Przepis ten nie stanowi jednak podstawy odpowiedzialności właścicieli poszczególnych lokali względem wspólnoty mieszkaniowej ani względem jej kontrahentów. Tym bardziej art. 13 u.w.l. nie stanowi podstawy do ustalania odpowiedzialności względem wspólnoty mieszkaniowej osób niebędących właścicielami poszczególnych lokali stale je zamieszkujących ani osób faktycznie z nich korzystających. Podstaw tej odpowiedzialności należy poszukiwać **w treści stosunków prawnych, które mogą łączyć** właścicieli poszczególnych lokali ze wspólnotą mieszkaniową, a **w przypadku ich braku** – w regulacjach ogólnych instytucji prawa cywilnego, takich jak zobowiązania z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia czy prowadzenia cudzych spraw bez zlecenia (*negotiorum gestio*).

Zgodnie z art. 17 u.w.l. za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej odpowiada wspólnota mieszkaniowa bez ograniczeń, a każdy właściciel lokalu – w części odpowiadającej jego udziałowi. Przepis **nie przewiduje solidarnego** charakteru tej odpowiedzialności. Przyjmuje się, że właściciele lokali odpowiadają ze wspólnotą mieszkaniową za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej *in solidum*⁵.

⁴ Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet jeśli określone dobro jest dostarczane do poszczególnych lokali zarówno w sposób opomiarowany, jak i nieopomiarowany, co może mieć miejsce w przypadku energii ciepłej, istnieje możliwość obciążenia właścicieli lokali nie tylko za ciepło zużyte według wskazań liczników w ich lokalach, lecz również za ciepło dostarczane za pośrednictwem nieopomiarowanej części instalacji. Tak postanowienie Sądu Najwyższego (dalej SN) z 28.09.2020 r., I NSNc 51/19, LEX nr 3056621.

⁵ J. Zębala, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6B, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, komentarz do art. 17 u.w.l., s. 307, nb III.

Oznacza to, że wierzyciel w zobowiązaniu dotyczącym nieruchomości wspólnej może żądać spełnienia świadczenia **od wspólnoty mieszkaniowej w całości**, a od poszczególnych **właścicieli w częściach** odpowiadających ich udziałom w nieruchomości wspólnej. Gdy lokal jest przedmiotem współwłasności, istotne znaczenie dla określenia zakresu odpowiedzialności poszczególnych współwłaścicieli lokalu ma art. 3 ust. 3a u.w.l. Zgodnie z art. 3 ust. 3a u.w.l. na potrzeby stosowania ustawy o własności lokali przyjmuje się, że udział w nieruchomości wspólnej współwłaściciela lokalu w częściach ułamkowych odpowiada iloczynowi wielkości jego udziału we współwłasności lokalu i wielkości udziału we współwłasności nieruchomości wspólnej przypadającej na ten lokal.

W przypadku gdy właściciel lokalu wykona zobowiązanie dotyczące nieruchomości wspólnej w zakresie wykraczającym poza zakres określony w art. 17 u.w.l., może on żądać od wspólnoty mieszkaniowej zwrotu nadwyżki w szczególności na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (art. 405 k.c.). W doktrynie i orzecznictwie przedmiotem wątpliwości i rozbieżności jest dopuszczalność stosowania art. 376 k.c. jako podstawy rozliczeń pomiędzy dłużnikami odpowiedzialnymi *in solidum*⁶. Możliwość taką kwestionuje się w przypadku, gdy odpowiedzialność *in solidum* jednego z dłużników jest odpowiedzialnością *ex contractu*, a drugiego – *ex delicto*⁷. W przypadku gdy nie są spełnione przesłanki powstania roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, w stosunku do rozliczeń pomiędzy dłużnikami *in solidum* może mieć zastosowanie art. 441 § 2 i 3 k.c. *per analogiam*⁸.

Przepis art. 17 u.w.l. **nie stanowi** podstawy umożliwiającej ustalenie odpowiedzialności za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej **innych podmiotów niż** wspólnota mieszkaniowa i właściciele lokali. Określenie „zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej” obejmuje wszelkie zobowiązania bez względu na ich źródło (*ex contractu* oraz *ex delicto*), o ile odnoszą się do nieruchomości wspólnej, w tym w szczególności zobowiązania związane z zarządem nieruchomością wspólną⁹. W doktrynie wskazuje się, że przez pojęcie „zobowiązań dotyczących nieruchomości wspólnej” można również rozumieć zobowiązania o charakterze publicznoprawnym, jeśli odnoszą się one do nieruchomości wspólnej¹⁰. Jednocześnie należy podkreślić, że art. 17 u.w.l. **nie stanowi** podstawy do odpowiedzialności za zobowiązania, które **nie dotyczą nieruchomości wspólnej**, a w szczególności za zobowiązania dotyczące poszczególnych lokali, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem

⁶ Por. B. Lackoroński, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 3A, *Kodeks cywilny. Zobowiązania. Część ogólna. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, komentarz do art. 369 k.c., s. 225–226, nb 16–17; E. Stawicka, *Według jakich reguł powinno się odbywać wewnętrzne rozliczenie pomiędzy podmiotami zobowiązanymi in solidum, jeżeli jeden z nich spełnił całe świadczenie na rzecz wspólnego wierzyciela?*, „Palestra” 2008/3–4, s. 232.

⁷ Uchwała SN z 17.07.2007 r., III CZP 66/07, OSNC 2008/9, poz. 98; wyrok SN z 27.04.2016 r., II CSK 361/15, LEX nr 2051475.

⁸ Odnośnie do możliwości stosowania *per analogiam* art. 441 § 2 i 3 k.c. jako podstawy rozliczeń pomiędzy dłużnikami odpowiedzialnymi *in solidum* zob. E. Stawicka, *Według...*, s. 234. Zob. też wyrok SN z 18.05.2004 r., IV CK 361/03, LEX nr 174211; uchwała SN z 17.07.2007 r., III CZP 66/07, OSNC 2008/9, poz. 98.

⁹ J. Zębala, [w:] *Komentarze...*, komentarz do art. 17 u.w.l., s. 308–313, nb 1–17.

¹⁰ J. Zębala, [w:] *Komentarze...*, komentarz do art. 17 u.w.l., s. 313, nb 16–17.

z nich¹¹. Odnosi się to do odpowiedzialności zarówno względem wierzycieli będących stroną zobowiązań niedotyczących nieruchomości wspólnej zaciągniętych przez wspólnotę mieszkaniową, jak i względem samej wspólnoty mieszkaniowej, która takie zobowiązania – niedotyczące nieruchomości wspólnej – zaciągnęła i wykonała¹². Podstawy odpowiedzialności właścicieli lokali względem wspólnoty mieszkaniowej za zobowiązania dotyczące poszczególnych lokali, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich, zostały wskazane wcześniej.

Powyższe spostrzeżenia prowadzą do wniosku, że **nie ma w przepisach ustawy o własności lokali** ustawowej podstawy do solidarnej odpowiedzialności ze wspólnotą mieszkaniową właścicieli poszczególnych lokali za **zobowiązania** dotyczące **poszczególnych lokali**, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich. **Nie ma** również w niej ustawowej podstawy do solidarnej odpowiedzialności ze wspólnotą mieszkaniową **osób niebędących właścicielami**, a stale zamieszkujących poszczególne lokale lub korzystających z nich, za zobowiązania dotyczące poszczególnych lokali, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich.

Wyżej wskazane instytucje prawa cywilnego, które mogą stanowić podstawę rozliczeń pomiędzy wspólnotą mieszkaniową i właścicielami poszczególnych lokali z tytułu kosztów faktycznie poniesionych przez wspólnotę mieszkaniową w celu wykonania zobowiązań dotyczących poszczególnych lokali, związanych z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich, ze względu na przesłanki ich stosowania nie zawsze w sposób niezawodny pozwalają wspólnotom mieszkaniowym uzyskać pełen zwrot kosztów poniesionych w interesie właścicieli poszczególnych lokali. W konsekwencji regulacja zawarta w ustawie o własności lokali **odbiega na niekorzyść wspólnot** mieszkaniowych od rozwiązań zastosowanych w art. 4 ust. 6 u.s.m. oraz w art. 688¹ k.c., które zapewniają skuteczną ochronę spółdzielniom mieszkaniowym i wynajmującym lokale.

3. Odpowiedzialność za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości lokalowej oraz nieruchomości wspólnej w świetle przepisów ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych i przepisów Kodeksu cywilnego o najmie lokali – zakres podmiotowy i przedmiotowy

Obserwowany w świetle przepisów ustawy o własności lokali deficyt regulacji stanowiącej podstawę odpowiedzialności solidarnej ze wspólnotą mieszkaniową podmiotów innych niż właściciele lokali za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem

¹¹ S. Romanow, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6B, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. B. Lackoroński, Legalis/el. 2022, komentarz do art. 17 u.w.l., nb 24.

¹² Zakres zdolności prawnej wspólnot mieszkaniowych budzi wątpliwości. Należy jednak wskazać, że w nowszym orzecznictwie SN wskazuje się na brak wyraźnych podstaw do jej ograniczania. Por. wyrok SN z 7.10.2021 r., IV CSKP 43/21, OSNC-ZD 2022/3, poz. 41; wyrok SN z 8.03.2018 r., II CSK 354/17, LEX nr 2490616; wyrok SN z 26.06.2015 r., I CSK 312/14, LEX nr 1747547. Odmiennie w szczególności uchwała SN 7 sędziów z 21.12.2007 r., III CZP 65/07, OSNC 2008/7-8, poz. 69.

nieruchomości lokalowej oraz nieruchomości wspólnej nie występuje w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych ani w Kodeksie cywilnym.

W art. 4 ust. 6 u.s.m. ustawodawca przewiduje bowiem **solidarną odpowiedzialność pełnoletnich osób stale zamieszkujących lokale** oraz osób **faktycznie korzystających** z lokali, która jest przez te osoby ponoszona razem z członkami spółdzielni mieszkaniowych, właścicielami lokali niebędącymi członkami spółdzielni mieszkaniowych lub osobami niebędącymi członkami spółdzielni, którym przysługują spółdzielcze własnościowe prawa do lokali. Zgodnie z art. 4 ust. 6 u.s.m. pełnoletnie osoby stale zamieszkujące w lokalu **nie odpowiadają solidarnie** z członkami spółdzielni mieszkaniowych, właścicielami lokali niebędącymi członkami spółdzielni mieszkaniowych lub osobami niebędącymi członkami spółdzielni, którym przysługują spółdzielcze własnościowe prawa do lokali wtedy, gdy są ich zstępnymi pozostającymi **na ich utrzymaniu**.

Solidarna odpowiedzialność przewidziana w art. 4 ust. 6 u.s.m. odnosi się do kosztów i opłat związanych z:

- 1) eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości w częściach przypadających na lokale członków spółdzielni, którym przysługują spółdzielcze własnościowe prawa do lokali;
- 2) eksploatacją i utrzymaniem lokali będących własnością członków spółdzielni;
- 3) eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości wspólnych;
- 4) eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni w zakresie przewidzianym w statucie (w odniesieniu do osób niebędących członkami spółdzielni obowiązek uczestniczenia w wydatkach związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni ogranicza się do nieruchomości przeznaczonych do wspólnego korzystania przez osoby zamieszkujące w określonych budynkach lub osiedlu – art. 4 ust. 4 u.s.m.).

Zgodnie z art. 4 ust. 6¹ u.s.m. solidarna odpowiedzialność osób wskazanych w art. 4 ust. 6 u.s.m. ogranicza się do wysokości opłat należnych za okres ich stałego zamieszkiwania lub faktycznego korzystania z lokalu. Natomiast w art. 688¹ § 1 k.c.¹³ ustawodawca przewiduje, że z najemcą solidarną odpowiedzialność ponoszą stale zamieszkujące z nim osoby pełnoletnie, z wyjątkiem pełnoletnich zstępnym pozostających na jego utrzymaniu, którzy nie są w stanie utrzymać się samodzielnie. Solidarna odpowiedzialność przewidziana w art. 688¹ k.c. odnosi się do czynszu i innych należnych opłat. Zgodnie z art. 688¹ § 2 k.c. odpowiedzialność osób, o których mowa w art. 688¹ § 1 k.c., ogranicza się do wysokości czynszu i innych opłat należnych za okres ich stałego zamieszkiwania.

Przepis art. 688¹ k.c. został wprowadzony na podstawie art. 26 pkt 10 ustawy z 21.06.2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego¹⁴. Jego pierwotne brzmienie było wzorowa-

¹³ Mowa tu o brzmieniu nadanym temu przepisowi ustawą z 2.12.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 2459), która weszła w życie 30.06.2022 r.

¹⁴ Dz.U. z 2001 r. Nr 71, poz. 733.

ne¹⁵ na art. 22 ust. 3 ustawy z 2.07.1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych¹⁶, zgodnie z którym za zapłatę czynszu i opłat odpowiadały solidarnie z najemcą stale mieszkające z nim osoby pełnoletnie.

Ani art. 4 ust. 6 u.s.m., ani art. 688¹ k.c. nie rozstrzygają w sposób wyraźny i jednoznaczny, kto jest wierzycielem, w którego interesie wskazane przepisy przewidują solidarność. Brak jednoznacznego rozstrzygnięcia w tym zakresie może rodzić na tle art. 4 ust. 6 u.s.m. pytanie, czy wskazane w tym przepisie osoby ponoszą solidarną odpowiedzialność jedynie względem spółdzielni mieszkaniowej, czy również względem innych podmiotów, które spełniają świadczenia związane z eksploatacją lub utrzymaniem lokali, nieruchomości wspólnych oraz nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni. Na tle art. 688¹ k.c. powstaje pytanie, czy określone w tym przepisie osoby ponoszą solidarną odpowiedzialność jedynie względem wynajmującego, czy również innych podmiotów, które spełniają świadczenia związane z eksploatacją lub utrzymaniem wynajętego lokalu.

Na tle art. 4 ust. 6 u.s.m. jest prezentowany pogląd, zgodnie z którym wskazane w tym przepisie osoby ponoszą solidarną odpowiedzialność względem spółdzielni mieszkaniowej¹⁷. Za takim stanowiskiem przemawia to, że zasadniczym przedmiotem regulacji zawartej w art. 4 u.s.m. są stosunki wskazanych w nim podmiotów ze spółdzielnią mieszkaniową. Niezależnie od tego w niektórych ustępach art. 4 u.s.m., takich jak ust. 6⁴, ust. 7 czy ust. 8 *in fine*, ustawodawca wyraźnie przesądza, że zawarta w nich regulacja odnosi się do stosunku ze spółdzielnią mieszkaniową.

Na tle art. 688¹ k.c. powyższa kwestia jest przedmiotem rozbieżnych poglądów. Dominuje podejście, że art. 688¹ k.c. stanowi podstawę solidarnej odpowiedzialności wskazanych w nim osób jedynie względem wynajmującego¹⁸. Zauważa się jednak także odmienne zapatrywanie, zgodnie z którym art. 688¹ k.c. pozwala na dochodzenie opłat związanych z lokalem również innym niż wynajmujący wierzycielom¹⁹.

¹⁵ Tak K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz*. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2021, komentarz do art. 688¹ k.c., nb 1.

¹⁶ Dz.U. z 1994 r. Nr 105, poz. 509.

¹⁷ Tak A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis/el. 2021, komentarz do art. 4 u.s.m., nb 14; K. Królikowska, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6A, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, komentarz do art. 4 u.s.m., s. 727, nb 78; K. Pietrzykowski, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis/el. 2018, komentarz do art. 4 u.s.m., nb 11.

¹⁸ A. Biały, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764⁹)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018, komentarz do art. 688¹, s. 472, nb 1; H. Ciepla, [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, red. G. Bieniek, Warszawa 2011, komentarz do art. 688¹, s. 427; H. Ciepla, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, komentarz do art. 688¹, s. 948; J. Górecki, G. Matusik, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis/el. 2022, komentarz do art. 688¹, nb 6; J. Jezioro, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2021, komentarz do art. 688¹, nb 1; J. Panowicz-Lipska, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, *Komentarz*. Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2022, komentarz do art. 688¹, nb 1; M. Salamonowicz, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis/el. 2023, komentarz do art. 688¹, nb 5; A. Sylwestrzak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, komentarz do art. 688¹, s. 1105, nb 1.

¹⁹ G. Kozieł, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, komentarz do art. 688¹, s. 550, nb 5; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks...*, t. 2, *Komentarz...*, komentarz do art. 688¹, nb 4.

Za bardziej uzasadniony należy według mnie uznać pogląd pierwszy. Przemawia za nim przede wszystkim to, że art. 688¹ k.c. należy do przepisów regulujących stosunki pomiędzy najemcą i innymi wskazanymi w nim osobami a wynajmującym. Gdyby przepis ten mógł stanowić dla podmiotu innego niż wynajmujący podstawę do dochodzenia roszczeń z tytułu „innych należnych opłat”, powinien regulować wpływ spełnienia świadczenia na rzecz jednego z wierzycieli względem drugiego wierzyciela, np. poprzez wprowadzenie ustawowej solidarności czynnej (art. 367 k.c.). Brak takiej regulacji może dodatkowo przemawiać za tym, że art. 688¹ k.c. nie stanowi – i nie miał stanowić – podstawy do dochodzenia jakichkolwiek roszczeń przez jakiegokolwiek inny podmiot niż wynajmujący.

Ani w art. 688¹ k.c., ani w art. 4 u.s.m. nie są uregulowane roszczenia regresowe pomiędzy podmiotami ponoszącymi solidarną odpowiedzialność na gruncie tych przepisów. Oznacza to, że jeśli jeden z tych podmiotów, które ponoszą solidarną odpowiedzialność na podstawie art. 688¹ k.c. i art. 4 ust. 6 u.s.m., spełni świadczenie, treść istniejącego między nimi stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeśli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych (art. 376 § 1 k.c.).²⁰ Część przypadająca na dłużnika niewypłacalnego rozkłada się między współdłużników (art. 376 § 2 k.c.).

W przypadku gdy podmioty wskazane w art. 688¹ k.c. ponoszące solidarną odpowiedzialność względem wynajmującego w równym stopniu korzystają z lokalu, stosowanie art. 376 k.c. jako podstawy rozliczeń regresowych w częściach równych między nimi nie budzi zastrzeżeń. Gdy jednak osoby te korzystają z lokalu w niejednakowym stopniu, nie zmieniawszy ustawowego modelu rozliczenia regresowego, stosowanie art. 376 k.c. może prowadzić do niesprawiedliwych rozstrzygnięć. W takich sytuacjach rozliczenie regresowe w częściach równych nie zapewnia możliwości uzyskania pełnego zwrotu, adekwatnego do zakresu korzystania z lokalu przez adresata roszczenia regresowego. Nie można wykluczyć, że w takich przypadkach osoby stale zamieszkujące z najemcą lokalu zawarły porozumienie zmieniające stosunek wewnętrzny w sposób pozwalający ukształtować zakres roszczeń regresowych adekwatnie do zakresu korzystania z lokalu²¹. Zawarcie takiego porozumienia nie wymaga zachowania formy szczególnej. Może to nastąpić nawet w sposób dorozumiany. Należy jednak podkreślić, że nie w każdym jednak przypadku, w którym wynajmowany lokal jest wykorzystywany przez osoby stale w nim mieszkające z najemcą w niejednakowym zakresie, możliwe jest automatyczne przyjęcie, że doszło do ukształtowania rozliczeń regresowych w sposób adekwatny do zakresu korzystania z wynajmowanego lokalu, odbiegający od modelu przewidzianego w art. 376 k.c.

Powyższe uwagi odnoszące się do rozliczeń regresowych pomiędzy podmiotami korzystającymi z wynajętego lokalu, wskazanymi w art. 688¹ k.c., mają *mutatis mutandis* zastosowanie do rozliczeń pomiędzy podmiotami ponoszącymi solidarną

²⁰ Por. A. Sylwestrzak, *Odpowiedzialność osób zamieszkujących z najemcą za czynsz najmu lokalu*, „Przegląd Sądowy” 2013/9, s. 27.

²¹ Por. A. Sylwestrzak, *Odpowiedzialność...*, s. 27.

odpowiedzialność na podstawie art. 4 ust. 6 u.s.m. Ze względu jednak na to, że do grona osób ponoszących solidarną odpowiedzialność należą osoby faktycznie korzystające z lokali niezależnie od tego, czy stale w nich zamieszkują, czy też nie, częściej mogą występować sytuacje, w których brak będzie podstaw do ukształtowania rozliczeń regresowych w sposób adekwatny do zakresu korzystania z lokalu. Warto rozważyć, czy w art. 688¹ k.c. oraz w art. 4 ust. 6 u.s.m. nie powinna znajdować się wyraźna podstawa do przyjęcia, że ponoszący solidarną odpowiedzialność w myśl tych przepisów, spełniając świadczenie odpowiednio na rzecz wynajmującego albo spółdzielni mieszkaniowej, może żądać od pozostałych współodpowiedzialnych zwrotu stosownie do zakresu korzystania przez nich z lokalu, chyba że treść istniejącego między nimi stosunku prawnego stanowi inaczej.

4. Odpowiedzialność za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości lokalowej oraz nieruchomości wspólnej – zakres podmiotowy i przedmiotowy – *de lege ferenda*

Ze względu na to, że **nie ma w przepisach ustawy o własności lokali** podstawy do solidarnej odpowiedzialności ze wspólnotą mieszkaniową właścicieli poszczególnych lokali za **zobowiązania** dotyczące **poszczególnych lokali**, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich, ani **nie ma** w jej przepisach ustawowej podstawy do solidarnej odpowiedzialności ze wspólnotą mieszkaniową **osób niebędących właścicielami**, a stale zamieszkujących poszczególne lokale lub korzystających z nich, za zobowiązania dotyczące poszczególnych lokali, związane z ich utrzymaniem lub korzystaniem z nich, **zmiana tego stanu** wymaga stosownej **interwencji legislacyjnej**.

Odpowiednia regulacja powinna być wprowadzona w art. 17 u.w.l., który aktualnie odnosi się do odpowiedzialności właścicieli lokali ze wspólnotą mieszkaniową za zobowiązania dotyczące nieruchomości wspólnej.

Przy wprowadzaniu regulacji pozwalającej na wyeliminowanie deficytu ochrony prawnej przysługującej wspólnotom mieszkaniowym oraz pośrednio ich członkom w porównaniu z ochroną zapewnioną wynajmującym na podstawie art. 688¹ k.c. i spółdzielniom mieszkaniowym na podstawie art. 4 ust. 6 u.s.m. należy uwzględnić i przesądzić w szczególności następujące kwestie:

- 1) **charakter odpowiedzialności**, która ma być ponoszona przez podmioty inne niż wspólnota mieszkaniowa, tzn. czy ma być to odpowiedzialność **solidarna**, jak jest to przewidziane w art. 688¹ k.c. i art. 4 ust. 6 u.s.m., czy też ma to być odpowiedzialność **in solidum**, jak to ma miejsce dotychczas; niezależnie od tego, jaki charakter będzie miała ta odpowiedzialność, powinna być ona tak ukształtowana, aby jej zakres nie wykraczał ponad to, co przypada na nieruchomość lokalową, z której korzystanie spowodowało powstanie tej odpowiedzialności; wprowadzana regulacja powinna **uniemożliwiać** ustalanie odpowiedzialności za całe zobowiązania zaciągane przez wspólnoty mieszkaniowe bez względu na to, w jakim zakresie te zobowiązania są związane z korzystaniem z poszczególnych

lokali oraz jaki jest udział w nieruchomości wspólnej związany z własnością poszczególnych lokali; ograniczenie odpowiedzialności solidarnej powinno przybrać formułę analogiczną do art. 688¹ § 2 k.c., art. 4 ust. 6¹ u.s.m. oraz art. 17 u.w.l.; jest to szczególnie istotne dla – innych niż właściciele lokali – podmiotów, które będą ponosić odpowiedzialność, a nie będą mieć wpływu na zarząd i sposób jego sprawowania we wspólnocie mieszkaniowej; przesądzenie solidarnego charakteru odpowiedzialności wiąże się z koniecznością rozważenia wprowadzenia regulacji roszczeń regresowych, których zakres będzie adekwatny do zakresu korzystania z lokalu przez podmioty ponoszące solidarną odpowiedzialność, odbiegający od zasady równego rozkładu ciężaru rozliczeń regresowych pomiędzy dłużników solidarnych wynikającej z art. 376 k.c.;

- 2) **zakres podmiotowy** odpowiedzialności przewidzianej w zmieniającym art. 17 u.w.l. rozumiany nie tylko jako przesądzenie, **kto poza właścicielami** lokali ma ponosić solidarną odpowiedzialność (osoby pełnoletnie stale zamieszkujące lokale, osoby faktycznie korzystające z lokali w jakimkolwiek zakresie), lecz również **wobec kogo** ta odpowiedzialność ma być ponoszona i jakie są wzajemne stosunki podmiotów, względem których solidarna odpowiedzialność jest ponoszona; **druga ze wskazanych kwestii** sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy solidarna odpowiedzialność ma być ponoszona wyłącznie wobec wspólnoty mieszkaniowej, czy również względem podmiotów spełniających świadczenie w interesie właściciela lokalu lub ogółu właścicieli lokali, **oraz** czy należy przewidzieć w jakichkolwiek przypadkach solidarność wierzycieli w postaci wspólnoty mieszkaniowej i podmiotu uprawnionego do świadczenia wzajemnego w zamian za jakiekolwiek świadczenie spełniane w interesie właściciela lokalu lub ogółu właścicieli lokali;
- 3) wprowadzenie w ramach zakresu podmiotowego jakichkolwiek **wyłączeń solidarnej odpowiedzialności** w odniesieniu do jakichkolwiek osób, np. pełnoletni zstępny właściciela lokalu pozostający na jego utrzymaniu, który nie jest w stanie utrzymać się samodzielnie (art. 688¹ k.c.); należy rozważyć ujednolicenie ewentualnych wyłączeń solidarnej odpowiedzialności przewidzianej w art. 4 ust. 6 u.s.m., art. 688¹ k.c. oraz w nowej regulacji zawartej w art. 17 u.w.l., jeśli będzie ona zmieniana; w chwili obecnej zakres wyłączeń odpowiedzialności solidarnej jest odmiennie ujęty w art. 688¹ k.c. i w art. 4 ust. 6 u.s.m.;
- 4) **zakres przedmiotowy** odpowiedzialności solidarnej, który powinien wyraźnie przesądzać, w odniesieniu do jakich kategorii zobowiązań solidarna odpowiedzialność ma powstawać; należy rozstrzygnąć, czy chodzi o zobowiązania związane z utrzymaniem i eksploatacją nieruchomości wspólnej, czy również poszczególnych lokali.

5. Podsumowanie

W świetle spostrzeżeń zawartych w niniejszym opracowaniu **stworzenie podstaw solidarnej odpowiedzialności** osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomość lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją

i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej **wymaga zmian stanu prawnego**. Zmiany te powinny dotyczyć przede wszystkim regulacji zawartej w art. 17 u.w.l. Przy okazji ich wprowadzania warto rozważyć ujednolicenie podmiotowego zakresu wyłączeń solidarnej odpowiedzialności przewidzianych w art. 4 ust. 6 u.s.m. oraz w art. 688¹ k.c.

Przy wprowadzaniu zmian ukierunkowanych na stworzenie podstaw solidarnej odpowiedzialności osób pełnoletnich stale zamieszkujących nieruchomość lokalową oraz osób faktycznie z niej korzystających za opłaty związane z eksploatacją i utrzymaniem lokalu oraz nieruchomości wspólnej niezbędne jest przesądzenie wprost jej solidarnego charakteru i rozstrzygnięcie wiążących się z tym kwestii wskazanych w niniejszym artykule, takich jak roszczenia regresowe oraz określenie jej zakresu podmiotowego i przedmiotowego.

Bibliografia

1. Biały A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczególna* (art. 535–764⁹), red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018.
2. Ciepla H., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017.
3. Ciepla H., [w:] *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, red. G. Bieniek, Warszawa 2011.
4. Doliwa A., *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis/el. 2021.
5. Górecki J., Matusik G., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, W. Borysiak, Legalis/el. 2022.
6. Jezioro J., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2021.
7. Kozieł G., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014.
8. Królikowska K., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6A, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018.
9. Lackoroński B., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 3A, *Kodeks cywilny. Zobowiązania. Część ogólna. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
10. Panowicz-Lipska J., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 3, *Komentarz. Art. 627–1088*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2022.
11. Pietrzykowski K., [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2021.
12. Pietrzykowski K., *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, Legalis/el. 2018.
13. Romanow S., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6B, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. B. Lackoroński, Legalis/el. 2022.
14. Salamonowicz M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis/el. 2023.
15. Stawicka E., *Według jakich reguł powinno się odbywać wewnętrzne rozliczenie pomiędzy podmiotami zobowiązanymi in solidum, jeżeli jeden z nich spełnił całe świadczenie na rzecz wspólnego wierzyciela?*, *Palestra* 2008, nr 3–4.

16. Sylwestrzak A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022.
17. Sylwestrzak A., *Odpowiedzialność osób zamieszkujących z najemcą za czynsz najmu lokalu*, Przegląd Sądowy 2013, nr 9.
18. Zębala J., [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*, t. 6B, *Prawo spółdzielcze i mieszkaniowe. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2018.

Małgorzata Balwicka-Szczyrba

Ubezważnowolnienie całkowite osoby starszej¹

Total incapacitation of an elderly person

Abstract

The analysis performed in the article refers to the elderly who have been subjected to the institution of total incapacitation, in the context of selected effects of this legal institution. The article identifies some legal consequences of the institution of incapacitation, which seem to be the most important in the area of civil law, and at the same time severe for the elderly. The main one being the deprivation of the incapacitated person's full legal capacity, and the related consequences – deprivation of the incapacitated person's ability to make a will and deprivation of the possibility of marriage by an elderly person.

Conclusions were formulated that the institution of total incapacitation is not an appropriate legal tool to protect the rights and interests of older people, and its consequences interfere too much in the legal sphere of these people. In addition, the existing legal system adequately protects the elderly. On the other hand, in the "operational area", it is necessary to consider introducing an institution that will support a third party in civil law transactions, including representation and correction of defective actions performed by them.

Keywords: *elderly people, incapacitation, legal consequences*

Streszczenie

Dokonana w artykule analiza odnosi się do osób starszych, wobec których zastosowano instytucję ubezwłasnowolnienia całkowitego, w kontekście wybranych skutków tej instytucji prawnej. W opracowaniu wyodrębniono niektóre skutki prawne instytucji ubezwłasnowolnienia, które wydają się być najbardziej istotne w obszarze prawa cywilnego, a równocześnie dotkliwe wobec osoby starszej. Głównie jest to pozbawienie osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie zdolności do czynności prawnej, a także związane z tym kolejne skutki – pozbawienie jej zdolności testowania oraz pozbawienie możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę starszą.

Dr hab. Małgorzata Balwicka-Szczyrba, profesor Uniwersytetu Gdańskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-7981-5602, e-mail: malgorzata.balwicka@prawo.ug.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 10.10.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 24.10.2023 r.

¹ Niniejsza publikacja została przygotowana w ramach projektu OPUS 22 NCN, „Zdolność do uczestnictwa w obrocie cywilnoprawnym osób starszych. Instytucje wsparcia – perspektywa prawna”, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki, nr umowy: UMO-2021/43/B/HS5/00916.

Sformułowano wnioski, że instytucja ubezwłasnowolnienia całkowitego nie stanowi odpowiedniego narzędzia prawnego ochrony praw i interesów osób starszych, a jej skutki nazbyt daleko ingerują w sferę prawną tychże osób; ponadto, że obowiązujący system prawny w „warstwie narzędziowej” w sposób odpowiedni chroni osoby starsze. Z kolei w „obszarze operacyjnym” rozważenia wymaga wprowadzenie takiej instytucji, która będzie wspierać osobę starszą w obrocie cywilnoprawnym, w tym w zakresie reprezentacji i korygowania wadliwych czynności przez nią dokonanych.

Słowa kluczowe: osoby starsze, ubezwłasnowolnienie, skutki prawne

1. Wprowadzenie

Dane statystyczne odnoszące się do struktury polskiego społeczeństwa wskazują na wyraźny trend starzenia się Polaków. W raporcie Głównego Urzędu Statystycznego (dalej GUŚ)² na dzień 21.12.2021 r. odnotowano, że stale rosnący indeks starości wynosi 122, tj. na 100 „wnuczków” (dzieci w wieku 0–14 lat) przypada 122 „dziadków” (osób w wieku 65 lat i więcej), a różnica w wielkości tych populacji wynosi 1 300 000 na niekorzyść dzieci. Rokowania na przyszłość są jednoznaczne – liczba osób starszych będzie wzrastać. Należy jednocześnie akcentować kolejny trend związany ze wzrostem liczebności grupy osób w sędziwym wieku (80 lat i więcej). W 2000 r. grupa osób osiągająca taki wiek liczyła 774 000 (2% ogółu ludności), a w 2021 r. już ponad 1 600 000 i stanowiła 4,3% ogólnej populacji Polski. Ponad 2-krotny wzrost tej liczby wynika z wydłużania się życia³. Mówi się dlatego o tzw. „podwójnym starzeniu się ludności”, które polega na wzroście odsetka osób w wieku 80 lat i więcej, szybszym niż wzrost odsetka ogółu osób starych w społeczeństwie⁴.

Przytoczone dane statystyczne skłaniają do refleksji nad sytuacją prawną osób starszych wynikającą z obowiązujących unormowań prawnych. Rozważać ją można na wielu płaszczyznach. Dokonana w niniejszym artykule analiza odnosić się będzie do sytuacji prawnej osób starszych, wobec których zastosowano instytucję ubezwłasnowolnienia całkowitego, w kontekście wybranych skutków tej instytucji prawnej. Ma ona na celu zbadanie, czy istnieją wystarczające mechanizmy ochronne, weryfikacyjne czy kontrolne na przyjętej płaszczyźnie skutków prawnych, z których skorzystanie zapewnia prawidłowość obrotu prawnego z udziałem osób starszych; ewentualnie, w jakich obszarach warto wprowadzić zmiany regulacyjne, aby zapewnić odpowiednią ochronę praw i uzasadnionych interesów osób starszych bez konieczności stosowania wobec nich instytucji ubezwłasnowolnienia.

W niniejszym opracowaniu wyodrębnione i ukazane zostaną niektóre skutki prawne instytucji ubezwłasnowolnienia całkowitego, które wydają się być istotne w szczególności w obszarze prawa cywilnego, a równocześnie dotkliwe wobec osoby starszej. Chodzi tu głównie o pozbawienie osoby starszej ubezwłasnowolnionej całkowicie zdolności do czynności prawnych oraz związane z tym kolejne skutki – pozbawienie jej zdolności testowania, w tym zdolności odwołania lub zmiany testamentu, oraz pozbawienie możliwości zawarcia małżeństwa przez osobę starszą.

Wskazane skutki wyodrębnione zostały przy założeniu obowiązywania w systemie prawnym zasady godności jednostki ludzkiej, która stanowi podstawową zasadę prawa, a jednocześnie postulat systemu prawnego⁵. Trafnie wskazuje się, że zasada

² Główny Urząd Statystyczny, *Ludność. Stan i struktura oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym w 2021 r. Stan w dniu 31 grudnia 2021*, Warszawa 2022, s. 10.

³ Główny Urząd Statystyczny, *Ludność. Stan i struktura oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym w 2021 r. Stan w dniu 31 grudnia 2021*, Warszawa 2022, s. 18–19.

⁴ P. Błędowski, T. Grodzicki, M. Mossakowska, T. Zdrojewski [red.], *Badanie poszczególnych obszarów stanu zdrowia osób starszych, w tym jakości życia związanej ze zdrowiem*, Gdańsk 2021, s. 21.

⁵ Zob. m.in. J. Krukowski, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997, s. 40–41.

ta ma charakter uniwersalny⁶. Oznacza ona, że każdy człowiek, i to bez względu na wiek, jest wolnym i autonomicznym podmiotem zdolnym do podejmowania decyzji i kierowania własnym postępowaniem⁷.

We wstępie warto postawić tezę, że instytucja ubeżważnowolnienia całkowitego nie stanowi odpowiedniego narzędzia prawnego ochrony praw i interesów osób starszych z demencją, a jej skutki nazbyt daleko ingerują w sferę prawną tychże osób, naruszając ich godność; ponadto, że istnieje możliwość ochrony praw i uzasadnionych interesów osób starszych bez konieczności ich ubeżważnowolniania.

2. Starość i jej konsekwencje – zasygnalizowanie zagadnienia

Starość jest zjawiskiem społecznym, które odnosi się do określonego wieku człowieka. Postawienie wyraźnej granicy oddzielenia starości od młodości i wieku średniego nie jest proste i oczywiste⁸. W przytoczonym we wstępie badaniu GUS za osoby starsze uznano osoby w wieku 65 lat i powyżej. Jest to wiek związany ze wskaźnikiem starości przyjmowanym przez GUS; odnosi się on do wieku reprodukcyjnego. W grupie osób starszych, zgodnie z danymi GUS, możemy wyodrębnić osoby w wieku sędziwym (80 lat i powyżej). Co interesujące, zbiorowość osób w wieku sędziwym jest zdominowana przez kobiety, których udział to prawie 70% w grupie osób 80 lat i więcej⁹.

Granice starości nieco odmiennie ujmuje się w aspekcie medycznym. Starość jest tu określana jako ogół zmian biologicznych zachodzących w ciele człowieka (głównie zużycie narządów i zmniejszona regeneracja komórek) w wieku starszym i odnosi się do okresu po 60., 65. roku życia. Przykładowo badaniami PolSenior 2 objęto grupę osób w wieku od 60 lat¹⁰.

Starzenie się społeczeństw niesie za sobą zwiększoną zachorowalność na schorzenia związane ze starością oraz nasilenie wpływu czynników ryzyka. Wszystkie one są chorobami specyficznie przewlekłymi i postępującymi, prowadzącymi do pogorszenia stanu zdrowia i pogłębiającej się niepełnosprawności. Jednym z najczęstszych objawów psychicznych jest otępienie, charakterystyczne dla osób w podeszłym wieku. Szacunki Światowej Organizacji Zdrowia (WHO) z 2017 r. pokazują, że sama demencja dotknęła około 50 000 000 pacjentów na całym świecie, a każdego roku będzie diagnozowana w 10 000 000 nowych przypadków¹¹. Przeprowadzone w Polsce badanie PolSenior 2 wykazało, że podejrzenie otępień postawiono łącznie u 12,2% seniorów w wieku 60–64 lata, u 22,5% w wieku 80–84 lata oraz u 54,8% w wieku 90 lat i więcej. Nie zaobserwowano tu różnic między płciami, poza najstarszą grupą,

⁶ J. Krukowski, [w:] *Podstawowe...*, s. 38.

⁷ Zob. A. Szafranek, R. Iwański, *Konstytucyjna ochrona praw osób starszych w zakresie wybranych świadczeń pomocy społecznej – założenia a realizacja*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2022/2, s. 224, <https://doi.org/10.15804/ppk.2022.02.17> (dostęp: 12.12.2023 r.).

⁸ Por. także A. Malarewicz-Jakubów, *Wsparcie prawne osób starszych*, Warszawa 2017, s. 15 i n.

⁹ Główny Urząd Statystyczny, *Łudność. Stan i struktura oraz ruch naturalny w przekroju terytorialnym w 2021 r. Stan w dniu 31 grudnia 2021*, Warszawa 2022, s. 19.

¹⁰ P. Błędowski, T. Grodzicki, M. Mossakowska, T. Zdrojewski [red.], *Badanie...*

¹¹ World Health Organization, *Global strategy and action plan on ageing and health*, Geneva 2017.

w której otępienie można podejrzewać częściej u kobiet (58,9%) niż u mężczyzn (42,1%)¹². Badanie wykazało zatem, że liczba stwierdzonych otępień rośnie z wiekiem i w największym zakresie dotyczy osób w tzw. wieku sędziwym. Otępienie starcze cechuje się różnorakim przebiegiem, od łagodnego do otępienia o znacznym nasileniu. Nie jest możliwe wyodrębnienie jednego schematu przebiegu demencji starczej.

3. Ubezważnowolnienie całkowite – specyfika instytucji

Kodeks cywilny¹³ wyróżnia dwa rodzaje ubezważnowolnienia: całkowite (art. 13 k.c.) i częściowe (art. 16 k.c.). Jego skutkiem jest: w pierwszym przypadku pozbawienie, a w drugim ograniczenie zdolności do czynności prawnej. Polski system prawny nie zna możliwości orzeczenia ubezważnowolnienia jedynie w zakresie pewnej kategorii spraw¹⁴ czy czynności ani możliwości orzeczenia ubezważnowolnienia na pewien czas. Tym samym instytucja ta nie należy do elastycznych, uwzględniających indywidualną sytuację osoby ubezważnowolnianej, jej predyspozycje i zakres dysfunkcji. Wręcz przeciwnie, skutki ubezważnowolnienia są takie same dla każdego podmiotu, którego dotyczy orzeczenie sądowe, a różnicuje je tylko zakres ubezważnowolnienia: całkowity bądź częściowy. Brak jest możliwości zastosowania narzędzi ochronnych dopasowanych do sytuacji konkretnego podmiotu. Jedyną drogą korekty skutków ubezważnowolnienia jest jego zmiana bądź zniesienie. W tym pierwszym przypadku, zgodnie z art. 559 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁵, sąd może w razie poprawy stanu psychicznego ubezważnowolnionego zmienić ubezważnowolnienie całkowite na częściowe, a w razie pogorszenia się tego stanu – zmienić ubezważnowolnienie częściowe na całkowite. W drugim – istnieje możliwość uchylecia ubezważnowolnienia, gdy ustaną przyczyny, dla których je orzeczono.

Postępowanie o ubezważnowolnienie jest uregulowane w art. 544–560¹ k.p.c. Wnioskodawcami, w świetle art. 545 k.p.c., mogą być: małżonek osoby, której dotyczy wniosek o ubezważnowolnienie; jej krewni w linii prostej oraz rodzeństwo; a także jej przedstawiciel ustawowy. W najnowszym orzecznictwie wyrażono trafny pogląd, że wniosek o ubezważnowolnienie może złożyć także osoba, która ma być ubezważnowolniona¹⁶. Po nowelizacji dokonanej w 2007 r.¹⁷ ubezważnowolniony może wystąpić także z wnioskiem o uchylecie albo zmianę ubezważnowolnienia¹⁸.

¹² P. Błędowski, T. Grodzicki, M. Mossakowska, T. Zdrojewski [red.], *Badanie...*, s. 297.

¹³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) – dalej k.c.

¹⁴ Por. M. Tomaszewska, *Charakter prawny decyzji o ubezważnowolnieniu w sądowym stosowaniu prawa*, Toruń 2008, s. 179.

¹⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.) – dalej k.p.c.

¹⁶ Zob. uchwała Sądu Najwyższego (dalej SN) z 28.09.2016 r., III CZP 38/16, OSNC 2018/7–8, poz. 66.

¹⁷ Ustawa z 9.05.2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2007 r. Nr 121, poz. 831). Wskazana nowelizacja wzmocniła gwarancje procesowe osoby ubezważnowolnionej.

¹⁸ Szerzej: M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, *Instytucja ubezważnowolnienia w perspektywie unormowań Konstytucji RP oraz Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018/40, s. 160 i n.

Przesłanki ubezważnowolnienia reguluje Kodeks cywilny, a skutki ubezważnowolnienia – tenże kodeks, a także ustawy szczególne. Zgodnie z art. 13 k.c. ubezważnowolnienie całkowite może zostać orzeczone wobec osoby, która ukończyła lat 13 i która wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swym postępowaniem. Można zatem wyróżnić dwie przesłanki prowadzące do ubezważnowolnienia całkowitego: przesłankę wieku (ukończone lat 13) oraz przesłankę niemożności kierowania swym postępowaniem, co wywołane zostało wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych. Nie budzi wątpliwości, że zaburzenia związane z demencją starczą mogą stanowić podstawę do orzeczenia ubezważnowolnienia całkowitego osoby starszej. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że podstawową funkcją ubezważnowolnienia jest funkcja ochronna wobec osoby ubezważnowolnionej. Trafnie wskazuje się, że ubezważnowolnienie jest formą głębokiej ingerencji w życie jednostki i powinno być stosowane wyjątkowo¹⁹, w wypadkach, w których jest dla danej osoby korzystne²⁰.

Warto odnotować zauważalny obecnie wzrost liczby spraw o ubezważnowolnienie. W badaniach przeprowadzonych przez Macieja Domańskiego wykazano, że w okresie od 2011 r. do 2019 r. liczba spraw o ubezważnowolnienie w sądach okręgowych wzrosła o blisko 40%. W tym samym okresie liczba orzekanych przez sądy pierwszej instancji ubezważnowolnień wzrosła o blisko 35%²¹. Pomimo że brak jest danych szczegółowych, można wnioskować, iż populacyjny wzrost liczby osób starszych przekłada się na wzrost stosowania instytucji ubezważnowolnienia wobec tej właśnie grupy osób.

4. Ubezważnowolnienie osoby starszej a jej zdolność do czynności prawnych

Pozbawianie osoby starszej zdolności do czynności prawnej stanowi bardzo istotną konsekwencję jej ubezważnowolnienia. Osoba ubezważnowolniona nie może skutecznie uczestniczyć w obrocie cywilnoprawnym, a w świetle art. 14 k.c. czynność prawna dokonana przez osobę, która nie ma zdolności do czynności prawnych, jest nieważna. Jedynie wyjątkowo, gdy osoba niezdolna do czynności prawnych zawarła umowę należącą do umów powszechnie zawieranych w drobnych bieżących sprawach życia codziennego, umowa taka staje się ważna z chwilą jej wykonania, chyba że pociąga za sobą rażące pokrzywdzenie osoby niezdolnej do czynności prawnych.

¹⁹ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.12.2017 r., I ACa 154/17, LEX nr 2557381.

²⁰ Zob. m.in. postanowienie SN z 18.03.2021 r., V CSKP 235/21, LEX nr 3150202; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13.05.2021 r., V ACa 118/20, LEX nr 3281555.

²¹ M. Domański, *Analiza możliwości wprowadzenia instytucji pośredniej pomiędzy instytucją kuratora dla osoby niepełnosprawnej (art. 183 k.r.o.) a instytucją ubezważnowolnienia*, Warszawa 2022, s. 15, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/06/IWS_Domanski_M_Analiza-mozliwosci-wprowadzenia-instytucji-posredniej-pomiedzy-instytucja-kuratora-dla-osoby.pdf (dostęp: 12.12.2023 r.).

Analizując tak istotne skutki ubezwłasnowolnienia całkowitego osoby starszej w aspekcie jej zdolności do uczestnictwa w obrocie cywilnoprawnym, należy rozważyć, czy obowiązujące regulacje prawne wprowadzają takie mechanizmy ochronne, kontrolne czy weryfikacyjne, które mogłyby być zastosowane bez konieczności ubezwłasnowolniania osoby starszej, przy zapewnieniu ochrony jej praw i uzasadnionych interesów.

W pierwszej kolejności należy wskazać na instytucję wad oświadczenia woli z art. 82–88 k.c., zwłaszcza dlatego, że jedną z funkcji instytucji wad oświadczenia woli jest wyrównanie szans poszczególnych uczestników obrotu prawnego²². W odniesieniu do wady braku świadomości i swobody z art. 82 k.c. oświadczenie woli złożone przez osobę, która z jakichkolwiek powodów znajdowała się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli, jest nieważne. Dotyczy to w szczególności choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego, chociażby nawet przemijającego, zaburzenia czynności psychicznych. Za zaburzenia o takim charakterze należy uznać zaburzenia wyłączające świadomość, wynikające z narastającej demencji starczej. Ponadto niektóre oświadczenia woli złożone przez osobę starszą mogłyby być złożone pod wpływem błędu w rozumieniu art. 88 k.c. i umożliwiać uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli²³.

W innych sytuacjach zastosowanie mogłaby znaleźć instytucja wyzysku z art. 388 k.c. Brak dostatecznego rozeznania drugiej strony co do przedmiotu umowy czy jej niedołęstwo bądź niedoświadczenie wynikające z demencji mogłyby stanowić podstawę żądania zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a nawet unieważnienia umowy. Po dokonanej w ostatnim czasie nowelizacji kodeksowej uprawnienia te wygasają z upływem 6 lat, gdy stroną umowy jest konsument, a w pozostałych przypadkach z upływem lat 3 od dnia zawarcia umowy. Wydłużenie tegoż terminu w przypadku, gdy stroną umowy jest konsument, korzystnie wpływa na sytuację prawną osoby starszej dotkniętej wyzyskiem.

Kolejną regulację, która mogłaby mieć zastosowanie, stanowi art. 58 k.c. Za nieważną należy uznać czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Wskazane unormowanie pełni zatem funkcję kontrolną wobec dokonywanych czynności prawnych, przy czym ocena zgodności czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego będzie zawsze zagadnieniem okoliczności danego przypadku²⁴. Wydaje się zwłaszcza, że na nieważność czynności prawnej można byłoby się powoływać w niektórych przypadkach, gdy ich stroną jest osoba starsza z demencją, a zwłaszcza wtedy, gdy nie stwierdzono wadliwości samego oświadczenia woli i brak jest spełnienia przesłanek wyzysku.

Wskazane powyżej narzędzia prawne pełnią rolę korygującą, ochronną i weryfikacyjną. Możliwość ich zastosowania w przypadku czynności prawnych z udziałem

²² Zob. K. Południak-Gierz, *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*, Warszawa 2020, s. 7.

²³ Na temat błędu jako wady oświadczenia woli zob. M. Królikowski, *Błąd jako wada oświadczenia woli strony umowy*, Warszawa 2014.

²⁴ Zob. A. Doliwa, *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021, s. 145.

osób starszych, przy spełnieniu przesłanek ich zastosowania, nie budzi wątpliwości. Wymaga podkreślenia, że mankamenty związane z wiekiem stanowią dodatkowy argument za możliwością skorzystania z przedstawionych mechanizmów, których celem jest zapewnienie prawidłowości obrotu cywilnoprawnego oraz ochrona jej słabszych uczestników. Należy zatem wskazać, że obowiązujący system prawny wprowadza rozwiązania, które chronią przed wadliwymi czynnościami prawnymi, a także zapobiegają takim, które naruszają zasady współżycia społecznego. W „warstwie narzędziowej” ochrona osób starszych wydaje się być zatem wystarczająca.

Odnotować jednak należy, że w danych stanach faktycznych występować może problem ze skutecznym korzystaniem ze wskazanych narzędzi prawnych, zwłaszcza w przypadku, gdy trwająca demencja starcza uniemożliwia samodzielne rozeznanie w zakresie nieprawidłowości czynności prawnych. Niedosyt budzi obecne uregulowanie sytuacji prawnej osób starszych w „obszarze operacyjnym”. Dysfunkcje wieku starczego i związane z tym słabości w dochodzeniu praw i roszczeń stanowią argument uzasadniający postulowanie wprowadzenia instytucji wspierających w jak najszerszym zakresie osoby starsze w obszarze ich reprezentacji w obrocie cywilnoprawnym²⁵.

Mając na uwadze wskazane powyżej postulaty, pozytywnie należy ocenić dokonaną w ostatnim czasie nowelizację²⁶ art. 183 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁷, która wejdzie w życie 15.02.2024 r., odnoszącą się do instytucji kurateli dla osoby niepełnosprawnej. W zmienionym stanie prawnym m.in. przesądzono jednoznacznie, że kurator taki będzie mógł reprezentować osobę niepełnosprawną, jeżeli sąd tak postanowi. Podkreślono, że funkcją tej instytucji jest wsparcie w prowadzeniu wszelkich spraw, określonego rodzaju spraw bądź załatwienie określonej sprawy, przy czym zakres uprawnień i obowiązków kuratora określi sąd opiekuńczy. Jest to niewątpliwie dobry kierunek zmian, lecz niewystarczający dla zapewnienia pełnej i skutecznej ochrony osób starszych, zwłaszcza z uwagi na tryb i przesłanki ustanowienia kuratora, a także zróżnicowany zakres jego kompetencji uzależniony od decyzji sądu.

Wydaje się zatem, że najlepszym rozwiązaniem dla osób starszych byłoby, aby rolę wspierającą wobec nich pełnił ustanawiany uprzedzająco pełnomocnik opiekuńczy. Na wzór niemieckiej instytucji pełnomocnictwa opiekuńczego (*Vorsorgevollmacht*) pełnomocnik mógłby być ustanawiany w okresie przedstarczym, a skutki jego ustanowienia dotyczyłyby okresu starczego²⁸. Pełnomocnik taki czuwałby zwłaszcza nad prawidłowością czynności prawnych dokonywanych przez osobę starszą, a w razie potrzeby reprezentowałby ją, w tym podejmowałby stosowne kroki prawne i sądowe. Należy bowiem przyjmować, że odpowiednio wsparta osoba starsza będzie mogła

²⁵ Zob. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, *Instytucja...*, s. 166.

²⁶ Ustawa z 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 1606).

²⁷ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.) – dalej k.r.o.

²⁸ Zob. M. Balwicka-Szczyrba, *Rozważania nad wsparciem osób starszych w obrocie cywilnoprawnym*, „Acta Iuris Stetinensis” 2022/3, s. 16.

skutecznie korzystać z narzędzi prawnych zapewniających skuteczność czynności prawnych z jej udziałem. Zarówno w „sferze narzędziowej”, jak i „operacyjnej” jej uzasadnione interesy i prawa byłyby chronione. W konsekwencji stosowanie instytucji ubezwłasnowolnienia nie byłoby konieczne.

5. Ubezwłasnowolnienie osoby starszej a jej zdolność testowania

W prawie polskim obowiązuje zasada swobody testowania – zgodnie z art. 926 § 2 k.c. dziedziczenie ustawowe co do całości spadku następuje wtedy, gdy spadkodawca nie powołał spadkobiercy albo gdy żadna z osób, które powołał, nie chce lub nie może być spadkobiercą. Zasada ochrony testowania ma wymiar konstytucyjny²⁹. Zdolność testowania mają wszystkie osoby fizyczne mające pełną zdolność do czynności prawnych. Tym samym starczy wiek, jako taki, nie stanowi przeszkody w sporządzeniu testamentu. Wręcz przeciwnie, w praktyce większość testamentów sporządzanych jest przez osoby w wieku podeszłym, a nie młodym³⁰.

Mając powyższe na uwadze, nie budzi wątpliwości, że zastosowanie wobec osoby starszej instytucji ubezwłasnowolnienia istotnie pogarsza jej sytuację prawną na gruncie prawa spadkowego. Osoba taka pozbawiona zostaje zdolności testowania. Dodatkowo wymaga zaakcentowania to, że – zgodnie z art. 944 § 2 k.c. – testamentu w prawie polskim nie można sporządzić przez przedstawiciela.

Należy rozważyć, czy zastosowanie wobec osoby starszej narzędzia o tak daleko idącym skutku prawnym na gruncie prawa spadkowego jest konieczne dla ochrony praw i interesów osoby starszej. Wydaje się, że obowiązujące unormowania prawne przewidują odpowiednie i wystarczające narzędzia ochronne na płaszczyźnie związanej z testowaniem, które mogą być zastosowane w przypadku czynności dokonywanej przez osobę starszą.

Istotną rolę należy przypisać instytucji wad oświadczenia woli przy sporządzaniu testamentu. Sporządzenie testamentu przez osobę starszą przy braku świadomości lub swobody przy powzięciu decyzji i wyrażeniu woli, zgodnie z art. 945 k.c., skutkuje nieważnością testamentu. Taki zatem skutek wywoła sporządzenie testamentu przez osobę starszą w zaawansowanej demencji, która nie pozwala na świadome i swobodne rozrządzenie testamentowe. W niektórych przypadkach istniałaby możliwość powołania się na błąd. Jednocześnie korzystnie jawi się sytuacja prawna spadkobierców osoby starszej, która sporządziła testament wadliwy. Zgodnie z art. 945 § 2 k.c. na nieważność testamentu z powyższych przyczyn nie można się powołać dopiero po upływie 3 lat od dnia, w którym osoba mająca w tym interes dowiedziała się o przyczynie nieważności, a w każdym razie po upływie 10 lat od otwarcia spadku. Szeroko zakreślony katalog podmiotów, którym przysługuje powyższe uprawnienie (osoby mające interes prawny), pozwala na skuteczną weryfikację i kontrolę dokonanej czynności sporządzenia testamentu.

²⁹ Zob. m.in. postanowienie SN z 23.08.2022 r., I CSK 1416/22, LEX nr 3411342.

³⁰ Zob. dane: <https://biznes.newseria.pl/news/polacy-nie-doceniaja-wagi,p1860074453> (dostęp: 12.12.2023 r.).

Zakładając, że osoby starsze chcą jak najdłużej aktywnie uczestniczyć w obrocie prawnym, także na gruncie prawa spadkowego warto zapewnić im odpowiednie wsparcie, w tym pomoc przy sporządzaniu testamentu. Rekomendowaną formą testamentu dla osoby starszej wydaje się być dlatego testament notarialny. Notariusz, czuwając nad bezpieczeństwem obrotu, powinien z zasady przeciwdziałać czynności wadliwej. Trafnie zauważa się, że notariuszowi nie wolno dokonywać czynności notarialnej, jeżeli poweźmie wątpliwość, czy strona czynności notarialnej ma zdolność do czynności prawnych. Notariusz powinien odmówić dokonania czynności notarialnej nie tylko wówczas, gdy strona czynności jest formalnie ubezwłasnowolniona, ale także wtedy, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy taka strona działa w stanie dostatecznej świadomości³¹. W takim ujęciu rola notariusza to rola „gwaranta” ważności czynności dokonywanej przez osobę starszą. Ryzyko sporządzenia wadliwego testamentu przez odpowiednio wspartą osobę starszą staje się nikle. Jednocześnie właściwie zabezpieczone interesy spadkobierców, zwłaszcza wobec możliwości powołania się na nieważność testamentu, sprawiają, że także w tym obszarze ubezwłasnowolnienie osoby starszej nie wydaje się być konieczne.

6. Możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby starsze

W świetle art. 1 k.r.o. małżeństwo to związek mężczyzny i kobiety, który może być zawarty, jeżeli brak jest tzw. przeszkód małżeńskich. W kontekście sytuacji prawnej osób starszych wymaga zauważenia, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy nie wprowadza górnej granicy wieku nupturientów, a jedynie granicę dolną, i to jedynie dolna granica wieku stanowi przeszkodę małżeńską w świetle art. 10 k.r.o. Należy zatem podkreślać brak ograniczeń związanych z zawieraniem małżeństw przez osoby w podeszłym wieku, a przynajmniej to, że sam zaawansowany wiek przeszkody takiej nie stanowi³².

Przeszkodę małżeńską stanowi natomiast ubezwłasnowolnienie całkowite. W świetle art. 11 § 1 k.r.o. ubezwłasnowolniona całkowicie osoba starsza nie będzie mogła zawrzeć małżeństwa. Skutek ten w sposób daleko idący ingeruje w jej sytuację prawną, uniemożliwiając powstanie więzi rodzinno-prawnych. Warto zwrócić uwagę, że powstanie więzi o takim charakterze mogłoby wywrzeć bardzo pozytywny skutek terapeutyczny, a także zapewnić odpowiednie wsparcie osobie starszej, która wstąpi w związek małżeński. Przykładem takiego wsparcia jest reprezentacja ustawowa współmałżonka w sprawach zwykłego zarządu określona w art. 29 k.r.o. Warto jednocześnie akcentować trend związany ze znoszeniem ograniczeń w zawieraniu małżeństw przez osoby z dysfunkcjami psychicznymi, co jest widoczne chociażby w świetle art. 23 ust. 1 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z 13.12.2006 r.³³

³¹ Postanowienie SN z 14.06.2012 r., I CSK 564/11, LEX nr 1214325.

³² Szerzej: M. Balwicka-Szczyrba, *Sytuacja osób starszych w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, [w:] *Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych*, red. J.M. Łukasiewicz, M. Załucki, Toruń 2018, s. 211.

³³ Dz.U. z 2012 r. poz. 1169.

Także na omawianej płaszczyźnie skutków warto analizować, czy obowiązujące unormowania przewidują mechanizmy ochronne, kontrolne czy weryfikacyjne wobec stron czynności prawnych i czy zastosowanie instytucji ubezwłasnowolnienia całkowitego jest konieczne dla ochrony interesów osoby starszej. Odpowiadając na to pytanie, należy zauważyć, że obowiązujące prawo wprowadza mechanizmy przeciwdziałające wadliwemu zawarciu małżeństwa. Już na etapie czynności przedślubnych warto akcentować kompetencję kierownika urzędu stanu cywilnego w sytuacji, gdy poweźmie on uzasadnioną wątpliwość co do stanu zdrowia nupturienta i jego zdolności do zawarcia związku małżeńskiego lub złożenia oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński. W takim przypadku może on zażądać stosownego zaświadczenia lekarskiego³⁴.

Zawarcie małżeństwa przez osobę w demencji starczej mogłoby skutkować możliwością jego unieważnienia zgodnie z art. 15¹ k.r.o. w przypadku, gdy oświadczenie o jego zawarciu, bądź oświadczenie przewidziane w art. 1 § 2 k.r.o., zostało złożone pod wpływem wad oświadczeń woli tam określonych. Ryzyko wystąpienia wad (w szczególności braku świadomości w wyrażeniu woli) nasila się bowiem wraz z narastającym stanem otępiennym wieku starczego. Wątpliwości budzi jedynie ograniczony krąg osób mogących wystąpić o unieważnienie małżeństwa – jest to wyłącznie małżonek, który złożył wadliwe oświadczenie (art. 15¹ § 2 k.r.o.), oraz prokurator (art. 22 k.r.o.). W sytuacji gdy mamy do czynienia z otępieniem starczym, które z natury narasta, a nie ustępuje, sam małżonek może nie zauważyć wadliwości zawarcia związku małżeńskiego. Należy zatem postulować poszerzenie katalogu podmiotów legitymowanych do wystąpienia o unieważnienie małżeństwa, z uwagi na wystąpienie wad oświadczeń woli, także na osoby najbliższe, mające w tym interes prawny³⁵. Po dokonaniu wskazanej zmiany poszerzającej legitymację do wystąpienia z powyższym żądaniem należałoby przyjmować, że obowiązujący system prawny zapewnia należytą ochronę osobie starszej – w aspekcie zawarcia małżeństwa – zarówno w „sferze narzędziowej”, jak i „operacyjnej”, a zatem ubezwłasnowolnienie całkowite osoby starszej nie jest konieczne na omawianej płaszczyźnie, dla ochrony praw i interesów osoby starszej.

7. Podsumowanie

Z uwagi na stale rosnącą liczbę osób starszych w polskiej populacji unormowania prawne, które mogą być stosowane do tej grupy osób, wymagają ponownego przemyślenia, a tam, gdzie jest to konieczne – korekty bądź zmiany. Celem regulacji prawnych powinno być bowiem zapewnienie optymalnej ochrony praw i uzasadnionych interesów osób starszych, które to osoby chcą jak najdłużej aktywnie uczestniczyć w obrocie prawnym. Przy takim założeniu instytucja ubezwłasnowolnienia całkowitego, stosowana wobec osób starszych z demencją, wydaje

³⁴ Tak m.in. w wyroku SN z 22.02.2012 r., IV CSK 240/11, OSNC 2012/9, poz. 106.

³⁵ M. Balwicka-Szczyrba, *Sytuacja...*, [w:] *Prawo...*, s. 211.

się być nazbyt piętnującą i wykluczającą, a przez to nie spełnia ona swojej funkcji ochronnej wobec tej grupy społecznej. Jednocześnie niepokój budzi rosnąca liczba spraw o ubezwłasnowolnienie.

W niniejszej publikacji, na przykładzie wybranych płaszczyzn odnoszących się do skutków prawnych ubezwłasnowolnienia całkowitego, wykazano istnienie mechanizmów ochronnych, kontrolnych i weryfikacyjnych, których zastosowanie zapewnia bezpieczeństwo obrotu prawnego z udziałem osób starszych. W ramach regulacji ogólnych warto wskazać na instytucję wad oświadczenia woli z art. 82–88 k.c., wyzysk z art. 388 k.c. czy art. 58 k.c. uznający za nieważną czynność sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Szczegółowe regulacje odnoszące się do wad oświadczenia woli przy sporządzaniu testamentu zawarte są w art. 945 k.c., a związane z zawieraniem małżeństwa – w art. 15¹ k.r.o.

Jednocześnie zauważono, że w danych stanach faktycznych istnieć może problem ze skutecznym korzystaniem ze wskazanych narzędzi prawnych przez osoby starsze, a zwłaszcza w przypadku, gdy trwająca demencja starcza uniemożliwia samodzielne rozeznania w zakresie nieprawidłowości czynności prawnych. Jedynie wyjątkowo, na bazie rozwiązań szczególnych, a zwłaszcza art. 945 k.c. (wady oświadczenia woli przy sporządzeniu testamentu), można odnotować szerszy katalog osób, które mogą korzystać z określonych tam narzędzi prawnych. W konsekwencji uznano, że istnieje konieczność jak najszerzego wsparcia osoby starszej w zakresie występowania z odpowiednimi roszczeniami na gruncie przepisów ogólnych, w przypadku gdy taka osoba nie ma odpowiedniego rozeznania co do wadliwości złożonego oświadczenia woli czy sprzeczności czynności prawnej z zasadami współżycia społecznego.

Pozytywnie oceniono dokonaną w ostatnim czasie nowelizację art. 183 k.r.o., odnoszącą się do instytucji kurateli dla osoby niepełnosprawnej. Wydaje się jednak, że najlepszym rozwiązaniem dla osób starszych byłoby, aby funkcje pomocowe oraz reprezentacyjne pełnił ustanowiony w okresie przedstarczym szczególnie pełnomocnik opiekuńczy. Na gruncie przepisów prawa rodzinnego warto rozważyć poszerzenie katalogu podmiotów legitymowanych do wystąpienia o unieważnienie małżeństwa, z uwagi na wystąpienie wad oświadczeń woli, także na osoby najbliższe, mające w tym interes prawny.

Podsumowując dokonaną analizę, należy wskazać, że obowiązujący system prawny w „warstwie narzędziowej” w sposób odpowiedni chroni osoby starsze. Z kolei w „obszarze operacyjnym” rozważenia wymaga wprowadzenie w jak najszerzym zakresie instytucji wspierających osoby starsze, w tym w zakresie ich reprezentacji i korygowania wadliwych czynności przez nich dokonanych.

Uzasadniony staje się wniosek, że instytucja ubezwłasnowolnienia całkowitego nie stanowi odpowiedniego narzędzia prawnego ochrony praw i interesów osób starszych z demencją, a nadto, że istnieje możliwość zapobiegnięcia i przeciwdziałania ewentualnym wadliwościom czynności prawnych z udziałem tychże osób bez konieczności ich ubezwłasnowolnienia, przy poszanowaniu godności osób starszych.

Bibliografia

1. Balwicka-Szczyrba M., *Rozważania nad wsparciem osób starszych w obrocie cywilnoprawnym*, Acta Iuris Stetinensis 2022, nr 3.
2. Balwicka-Szczyrba M., Sylwestrzak A., *Instytucja ubezwłasnowolnienia w perspektywie unormowań Konstytucji RP oraz Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, Gdańskie Studia Prawnicze 2018, t. 40.
3. Balwicka-Szczyrba M., *Sytuacja osób starszych w prawie rodzinnym i opiekuńczym*, [w:] *Prawo rodzinne i spadkowe wobec współczesnych zjawisk technologicznych i społecznych*, red. J.M. Łukasiewicz, M. Załucki, Toruń 2018.
4. Błędowski B., Grodzicki T., Mossakowska M., Zdrojewski T. [red.], *Badanie poszczególnych obszarów stanu zdrowia osób starszych, w tym jakości życia związanej ze zdrowiem*, Gdańsk 2021.
5. Doliwa A., *Funkcje zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym*, Warszawa 2021.
6. Domański M., *Analiza możliwości wprowadzenia instytucji pośredniej pomiędzy instytucją kuratora dla osoby niepełnosprawnej (art. 183 k.r.o.) a instytucją ubezwłasnowolnienia*, Warszawa 2022, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2022/06/IWS_Domanski_M_Analiza-mozliwosci-wprowadzenia-instytucji-posredniej-pomiedzy-instytucja-kuratora-dla-osoby.pdf.
7. Królikowski M., *Błąd jako wada oświadczenia woli strony umowy*, Warszawa 2014.
8. Krukowski J., [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 1997.
9. Malarewicz-Jakubów A., *Wsparcie prawne osób starszych*, Warszawa 2017.
10. Południak-Gierz K., *Wady oświadczenia woli w umowach zawieranych na internetowym rynku konsumenckim*, Warszawa 2020.
11. Szafranek A., Iwański R., *Konstytucyjna ochrona praw osób starszych w zakresie wybranych świadczeń pomocy społecznej – założenia a realizacja*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2022, nr 2, <https://doi.org/10.15804/ppk.2022.02.17>.
12. Tomaszewska M., *Charakter prawny decyzji o ubezwłasnowolnieniu w sądowym stosowaniu prawa*, Toruń 2008.

Joanna Haberko, Mariusz Załucki

Dopuszczalność i prawnośpadkowe konsekwencje *postmortalnej* implantacji zarodka

Admissibility and legal consequences of postmortal embryo implantation

Abstract

The article covers the issue of the admissibility of postmortal embryo transfer and the filiation and inheritance consequences of a medical procedure that results in the birth of a child. The authors note doubts related to the application of the specific regulation contained in the Infertility Treatment Act and its consequences in inheritance law. This is due to the fact that between the creation of the embryo outside the woman's body and its remaining outside the body, events may occur, the effects of which will be noticeable both in the legal sphere of entities undergoing infertility treatment, and potentially in the sphere of the child to be born. These events may take the form of natural events, independent of will (events in the strict sense), as well as conventional events, resulting in, for example, the withdrawal of the consent of interested entities to transfer the embryo into the woman's body. The subject of the analyzes are the filiation consequences and legal inheritance consequences in the event of natural events involving the death of a man who donated reproductive cells as part of a partnership donation and a man who consented to his wife's fertilization with anonymous sperm.

Keywords: *in vitro fertilization, posthumous embryo transfer, inheritance*

Streszczenie

Artykuł obejmuje zagadnienie dopuszczalności postmortalnego przeniesienia zarodków oraz konsekwencji filiacyjnych i prawnośpadkowych zabiegu medycznego, w którego następstwie dochodzi do urodzenia dziecka. Autorzy dostrzegają wątpliwości wiążące się ze stosowaniem szczególnej regulacji zawartej w ustawie o leczeniu niepłodności i jej konsekwencji w prawie spadkowym. Wiąże się to z tym, że pomiędzy powstaniem zarodka poza organizmem kobiety i jego pozostawianiem poza

Prof. dr hab. Joanna Haberko, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, Polska, ORCID: 0000-0002-2713-3896, e-mail: joanna.haberko@amu.edu.pl

Prof. dr hab. Mariusz Załucki, Krakowska Akademia im. Frycza Modrzewskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-3338-3832, e-mail: mzaalucki@afm.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 11.07.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 1.08.2023 r.

tym organizmem mogą zaistnieć zdarzenia, których skutki dostrzegalne będą zarówno w sferze prawnej podmiotów poddających się leczeniu niepłodności, jak i potencjalnie w sferze mającego się narodzić dziecka. Zdarzenia te mogą mieć postać zdarzeń naturalnych, niezależnych od woli (zdarzenia sensu stricto), a także zdarzeń konwencjonalnych, skutkujących np. wycofaniem zgody zainteresowanych podmiotów na przeniesienie zarodka do organizmu kobiety. Przedmiotem analiz pozostają konsekwencje filiacyjne oraz skutki prawnośpadkowe w sytuacji zdarzeń naturalnych wiążących się ze śmiercią mężczyzny, który był dawcą komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego, oraz mężczyzny, który wyraził zgodę na zapłodnienie żony anonimowym nasieniem.

Słowa kluczowe: zapłodnienie pozaustrojowe, transfer zarodka post mortem, spadek

1. Uwagi wprowadzające

Aktualna wiedza medyczna pozwala na stosowanie technik medycznie wspomaganej prokreacji u tych par, które z powodu niepłodności nie mogą mieć potomstwa. Mowa tu o tych przypadkach, w których kobieta nie zachodzi w ciążę lub nie może jej donosić, mimo że małżonkowie lub konkubenci podejmują współżycie fizyczne, które w normalnym toku zdarzeń mogłoby prowadzić do poczęcia, a następnie urodzenia dziecka. Niepłodność traktowana jest przez Światową Organizację Zdrowia jako choroba, a w jej konsekwencji przy braku prokreacyjnego sukcesu, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, stosuje się procedury medycznie wspomaganej prokreacji, z uwzględnieniem ich zakresu i potrzeb uzasadnionych sytuacją zdrowotną pary zainteresowanej uzyskaniem potomstwa. Procedury medycznie wspomaganej prokreacji stanowią zatem próbę rozwiązania problemu zdrowotnego pacjentów poprzez podjęcie ukierunkowanej diagnostyki i terapii potencjalnie odwracalnych przyczyn niepowodzeń w zająci w ciążę lub jej donoszeniu¹. Terapeutyczne powodzenie zastosowanych technik objawiać się będzie urodzeniem dziecka, którego dobro i interes muszą być jednak uwzględniane na każdym etapie stosowania wskazanych procedur medycznych. Dobro i interes dziecka objawiają się nie tylko określeniem w sposób abstrakcyjny przesłanek podmiotowych i przedmiotowych procedur, ale i respektowaniem dóbr osobistych dziecka oraz stabilnością praw stanu już po jego urodzeniu. Służą temu instytucje prawa rodzinnego odzwierciedlające ustalanie pochodzenia dziecka, zwłaszcza w sytuacji wykorzystania komórek rozrodczych w procedurach heterologicznych, czy zasady poddania się technikom medycznie wspomaganej prokreacji przez osoby niebędące małżonkami².

Leczenie niepłodności odbywa się w obrębie konkretnej pary kobiety i mężczyzny. Trudno mówić o indywidualnej (poza przypadkami np. azoospermii, czyli braku plemników w ejakulacie, niektórych postaci wad wrodzonych układu rozrodczego zarówno u kobiety, jak i u mężczyzny, stanów po operacjach kastracyjnych czy po terapii nowotworowej) niemożności zajścia w ciążę (w przypadku kobiety) czy uzyskania potomstwa (zarówno w przypadku kobiety, jak i mężczyzny)³. Konsekwencją wskazanego wyżej założenia, że niepłodność jest chorobą dotyczącą kobietę i mężczyznę, jest także to, iż podejmowanie diagnostyki i terapii obejmować będzie zawsze i wyłącznie

¹ Niepłodność to niemożność uzyskania ciąży w obrębie heteroseksualnej dojrzałej pary ludzkiej: kobiety i mężczyzny (przy czym parę tę stanowią małżonkowie, ewentualnie partnerzy pozostający w innym niż małżeństwo związku o trwałym charakterze) po przynajmniej roku regularnego współżycia (2–3 razy w tygodniu) bez stosowania żadnych środków antykoncepcyjnych. Niepłodność to zarówno niemożność uzyskania ciąży na skutek tego, że nie dochodzi w ogóle do zapłodnienia (*sterilitas*), jak również niemożność donoszenia ciąży i urodzenia żywego dziecka spowodowana różnymi czynnikami (*infertilitas*).

² J. Gajda, *Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia*, „Rodzina i Prawo” 2006/1; J. Gajda, *Prawo do znajomości oraz ustalenia własnego pochodzenia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Poznań 2008; K. Bączyk-Rozwadowska, *Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017/22(2), s. 15–16.

³ J. Haberko, R. Kocyłowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, „Prawo i Medycyna” 2006/23, s. 18–32.

obojga pacjentów. Ich działania oraz oświadczenia będą w dalszej kolejności przesądzać o prawnych skutkach zabiegów medycznych i dotyczyć nie tylko ich samych, ale i mającego się urodzić dziecka. W sytuacji małżonków będzie się to odnosić zarówno do sposobu pozyskania i pochodzenia komórek rozrodczych, jak i decyzji, w ramach których wyrażają oni zgodę na kolejne stadia procedur medycznych oraz konsekwencje filiacyjne związane z poddaniem się tym procedurom medycznym⁴.

Nie ulega wątpliwości, że w obecnym stanie prawnym, tj. po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności⁵, możliwe pozostaje stosowanie procedur medycznie wspomaganej prokreacji w zakresie technik nieinwazyjnych oraz zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka. Mając na uwadze to, że czytelnik posiada wiedzę w zakresie przesłanek podmiotowych i przedmiotowych zastosowania technik medycznie wspomaganej prokreacji⁶, przedmiotem rozważań pozostanie pewna sytuacja związana z dopuszczalnością zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka po śmierci jednego z małżonków⁷. Mowa tu o mężczyźnie, od którego pochodzi nasienie stosowane w procedurze dawstwa partnerskiego, jak również o mężczyźnie, który wyraził zgodę na zapłodnienie żony obcym nasieniem w wyniku zabiegu medycznego⁸.

Celem prezentowanego artykułu jest wykazanie dopuszczalności *postmortalnego* przeniesienia zarodków oraz konsekwencji filiacyjnych, a zwłaszcza prawnospadkowych, zabiegu, w którego następstwie dochodzi do urodzenia dziecka⁹. Nie ulega bowiem wątpliwości, że w przypadku stosowania technik medycznie wspomaganej prokreacji polegających na zastosowaniu pozaustrojowego zapłodnienia i transferu zarodków istotny okazuje się czynnik czasu. W aktualnej wiedzy medycznej szukać należy uzasadnienia dla takiego postępowania z komórkami rozrodczymi w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego, zgodnie z którym komórki są pobierane,

⁴ J.M. Łukasiewicz, *Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych, zależnych i oderwanych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2013/77, Prawo 12, s. 45.

⁵ Ustawa z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 442) – dalej u.l.n.

⁶ M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, *passim*; K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018, *passim*; J. Haberko, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, *passim*.

⁷ M. Michalski, *Prawne aspekty inseminacji post mortem*, „Studenckie Zeszyty Naukowe Alma Mater Gedanensis. Collegium Iuridicum” 2010, s. 113–118; A. Tworkowska-Baraniuk, *Sztuczna inseminacja nasieniem zmarłego dawcy – wątpliwości natury prawnej i etycznej*, [w:] *Non omnis moriar: osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, t. 2, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turlukowski, D. Karkut, Wrocław 2015, s. 811–824; M. Nesterowicz, *Problemy prawne inseminacji post mortem*, „Prawo i Medycyna” 2002/1; M. Marszelewski, *Zapłodnienie post mortem w wybranych krajach common law*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2015/16, s. 165–195; M. Marszelewski, *Zarys problematyki zapłodnienia „post mortem”*, [w:] *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądaných zmian*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2014.

⁸ Mając na uwadze istotne odrębności w zakresie stosowania anonimowego nasienia w przypadku pary niebędącej małżeństwem, rozważania ograniczone zostaną do małżonków.

⁹ Zagadnienie zajmuje prawników od dawna; zob. np. Z. Radwański, *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasiennienia matki*, „Studia Iuridica Silesiana” 1979/5, s. 180; T. Smoczyński, *Nasciturus jako dobro prawne*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy)*, red. S. Sołtyśński, Poznań 1990, s. 71; Z. Czarnik, J. Gajda, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege ferenda i de lege lata)*, „Nowe Prawo” 1990/10–12, s. 115; T. Smoczyński, *Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Prokreacja ludzka – zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996, s. 92–109.

przygotowane, a następnie połączone pozaustrojowo. W celu określenia potencjału prawidłowego rozwoju utworzone zarodki pozostają, w ramach tej procedury, przez pewien czas (warunkowany potrzebą ich wzrostu) poza organizmem człowieka. Transfer zarodka następuje dopiero po jakimś czasie od połączenia się komórek rozrodczych i stwierdzenia zdolności prawidłowego rozwoju zarodka. Oznacza to, że aż do momentu przeniesienia zarodka, a w konsekwencji implantacji w organizmie kobiety, nie można przesądzić o rozwoju zarodka w kierunku żywego urodzenia. Niepewny pozostaje zarówno fakt implantacji, jak i dalszego rozwoju dziecka poczętego¹⁰. Aż do chwili przeniesienia zarodka do organizmu kobiety i stwierdzenia, że miała miejsce implantacja, w wyniku której następuje rozwój zarodka, dyskusyjne może wydawać się także przypisanie zarodkowi statusu i praw *nasciturusa*¹¹. Co więcej, czas pomiędzy powstaniem zarodka poza organizmem kobiety i jego pozostawanie poza tym organizmem może obfitować w zdarzenia, których skutki dostrzegalne będą zarówno w sferze prawnej podmiotów poddających się leczeniu niepłodności, jak i potencjalnie w sferze mającego się narodzić dziecka. Zdarzenia te mogą mieć postać zdarzeń naturalnych, niezależnych od woli (zdarzenia *sensu stricto*), jak i zdarzeń konwencjonalnych, skutkujących np. wycofaniem zgody zainteresowanych podmiotów na przeniesienie zarodka do organizmu kobiety.

Przedmiotem analiz pozostaną konsekwencje filiacyjne oraz skutki prawnośpadkowe w sytuacji zdarzeń naturalnych wiążących się ze śmiercią mężczyzny, który był dawcą komórek rozrodczych w ramach dawstwa partnerskiego stosowanego u małżonków, oraz mężczyzny, który wyraził zgodę na zapłodnienie żony obcym nasieniem¹². Chodzi oczywiście o te sytuacje, w których kobieta, pozostająca z mężczyzną w związku małżeńskim w chwili otwarcia spadku, zdecydowałaby następnie o implantacji zarodków utworzonych zgodnie z przesłankami określonymi w przepisach ustawy o leczeniu niepłodności¹³.

¹⁰ Zob. J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2015/4, s. 126–163; R. Łukasiewicz, *Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane*, [w:] *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017, s. 146–159.

¹¹ M. Żelichowski, *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno- płodowego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1997/1; D. Tykwińska-Rutkowska, *Zapłodnienie in vitro – problematyka administracyjnoprawna (na kanwie orzeczenia WSA z dnia 2006-08-30)*, „Prawo i Medycyna” 2007/3; M. Casini, J. Haberk, *Lo status del concepito nell’ordinamento giuridico polacco*, „Medicina e Morale” 2008/5, s. 977–1012, <https://doi.org/10.4081/mem.2008.270> (dostęp: 18.10.2023 r.); J. Ostojka, *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, „Prawo i Medycyna” 2012/2, s. 35; J. Haberk, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, „Przegląd Sądowy” 2008/10, s. 17–31; B. Wójcik, *Status embrionu ludzkiego – stanowisko redukcjonistyczne, relatywistyczne*, [w:] *Bioetyka polska*, red. T. Biesaga, Kraków 2004, s. 247–256.

¹² Na ten temat zob. A. Twórkowska, *Konsekwencje zabiegu sztucznej inseminacji post mortem – analiza wybranych zagadnień*, [w:] *W drodze do brzegu życia*, t. 12, red. E. Krajewska-Kulak, C. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kulak, Białystok 2014, s. 1653–1654; wcześniej A. Dyoniak, *Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji*, „Studia Prawnicze” 1993/2–3, s. 51–71.

¹³ Poza zakresem rozważań pozostaje kwestia podejmowania decyzji przez biorknię, która w chwili śmierci dawcy nie pozostawała z dawcą komórek, z których utworzono zarodek, w związku małżeńskim. Zob. też. M. Marszelewski, *Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, „Prawo i Medycyna” 2015/4.

2. Dopuszczalność implantacji zarodka *post mortem*

Ustawa o leczeniu niepłodności w art. 33 przyjmuje, że zarodki powstałe w wyniku **dawstwa partnerskiego** mogą być przeniesione do organizmu biorczyni po śmierci dawcy komórek rozrodczych, z których utworzono zarodek, oraz że nie stosuje się w tym przypadku warunków (przesłanek) określonych w art. 5 ust. 2 u.l.n. Przyjęta w przepisie konstrukcja zakłada możliwość określonego postępowania z zarodkami utworzonymi za życia dawcy komórek już po jego śmierci¹⁴. Oznacza to: po pierwsze, że nie ma dobrowolności postępowania z zarodkami utworzonymi przed śmiercią męża kobiety (albo jej konkubenta); po drugie, że zarodki muszą być utworzone za życia i pozostawać poza organizmem biorczyni w okresie poprzedzającym implantację lub być poddane przechowywaniu w ramach kriokonserwacji w celu późniejszego zastosowania; po trzecie zaś, że możliwość zdecydowania o przeniesieniu należy wyłącznie do kobiety pozostającej z mężczyzną w chwili jego śmierci w związku małżeńskim albo w konkubinacie¹⁵. Przesłanką konieczną pozostaje jednak utworzenie zarodków jeszcze za życia mężczyzny i to utworzenie ich wyłącznie z nasienia męża albo konkubenta kobiety.

Przepis ten w zw. z art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. rozstrzyga wątpliwości, które były przedmiotem rozważań w doktrynie oraz orzecznictwie, a które sprowadzają się do dopuszczalności utworzenia zarodka *post mortem*¹⁶. W świetle art. 18 ust. 1 pkt 2 u.l.n. niedopuszczalne jest zastosowanie w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji komórek rozrodczych pobranych od dawcy, jeżeli dawca, od którego pobrano komórki rozrodcze w celu dawstwa partnerskiego, zmarł¹⁷. Jednocześnie, poprzez art. 24 u.l.n., nie dopuszcza się pobrania komórek po śmierci¹⁸.

W tym kontekście celowe wydaje się rozstrzygnięcie: po pierwsze, dlaczego ustawodawca dopuszcza możliwość transferu zarodka *post mortem*, a po drugie,

¹⁴ Przepis odnosi się zarówno do dawcy będącego mężem kobiety, jak i konkubenta. W przypadku tego ostatniego celowe wydaje się, by podnieść, że ustalenie ojcostwa nastąpi wyłącznie na podstawie art. 85 § 1 *in fine* Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.] – dalej k.r.o.), choć – jak się wydaje – cel przepisu był inny, tzn. odnosił się do sytuacji, w której mężczyzna nie składałby dobrowolnie oświadczenia o uznaniu ojcostwa wówczas, gdy dziecko od niego pochodzi. J. Haberko, *Ustawa...*, s. 128.

¹⁵ Nie można jednak w przypadku dawstwa partnerskiego wykluczyć i tej ewentualności, że pacjenci nie pozostają w trwałym pożyciu. O szczegółach w zakresie przesłanek podmiotowych, zwłaszcza trwałości związku, zob. J. Haberko, *Ustawa...*, s. 21.

¹⁶ Kwestia ta była przedmiotem wyroku sądu jeszcze przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 29.07.2009 r., I ACa 308/09, LEX nr 704695, zajął stanowisko, że wdowa, która po śmierci męża na skutek wypadku samochodowego zaprzestała pracy ze względu na urodzenie dzieci, nie może żądać odszkodowania za znaczne pogorszenie sytuacji życiowej (art. 446 § 3 k.c.), gdyż dzieci nie zostały przez śmierć jej męża pozbawione opieki finansowej czy osobistej, skoro zostały poczęte poprzez zapłodnienie *in vitro* dopiero po śmierci męża. Por. M. Nesterowicz, *Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w wypadku zapłodnienia post mortem. Glosa do wyroku s.apel. z dnia 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09, „Przegląd Sądowy” 2011/1, s. 143–147.*

¹⁷ J. Haberko, *Ustawa...*, s. 128.

¹⁸ A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 2022, s. 199; M. Gałązka, *Świadczenia zdrowotne wspomagające prokreację*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Poszczególne przypadki świadczeń zdrowotnych*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018, s. 38.

jakie są konsekwencje implantacji zarodka po śmierci męża matki. Zadanie to jest tym ważniejsze, że z punktu widzenia prawa rodzinnego urodzenie się dziecka po śmierci ojca związane będzie albo z domniemaniem z art. 62 k.r.o. i faktem urodzenia się dziecka w określonym czasie, albo z faktem pochodzenia od dawcy w procedurze dawstwa partnerskiego i zastosowaniem art. 85 k.r.o. *Verba legis* powstanie skutków rodzinnoprawnych nie jest zatem uzależnione od tego, czy w chwili śmierci ojca dziecko było już poczęte, czy też nie, a jedynie od tego, czy urodziło się w określonym czasie po śmierci ojca. Utworzenie zarodków po śmierci mężczyzny spotyka się jednak z jednoznaczną krytyką. W literaturze panuje bowiem zgodne przekonanie o niedopuszczalności tego rodzaju praktyk jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego i godzących w zasadę dobra dziecka¹⁹. Jest to oczywiście nie bez znaczenia dla możliwego dalszego przyjęcia przechowywania i kriokonserwacji zarodków w kontekście art. 927 § 2 Kodeksu cywilnego²⁰, w szczególności uznania, że dziecko w chwili otwarcia spadku było już poczęte²¹. Jednak godzi się podkreślić, że skutki prawnorodzinne pozostają niezależne od tego faktu i wiążą się albo z domniemaniem z art. 62 k.r.o., albo z domniemaniem z art. 85 § 1 *in fine* k.r.o. I w jednym, i w drugim przypadku dziecko urodzi się już po śmierci ojca, który w chwili śmierci był mężem matki²².

Uwzględniając ogólną aksjologię systemu, jak również to, że ustawodawca, dopuszczając możliwość przeniesienia zarodka, czyni wyjątek od ogólnej zasady niedopuszczalności ingerowania w prawa stanu po śmierci podmiotów, należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt zagadnienia związany z hipotetyczną decyzją mężczyzny objawiającą się wyrażeniem zgody na ingerencję w swoją wolność prokreacyjną. Mąż matki może na każdym etapie procedury wyrazić swoją wolę polegającą na braku zgody na połączenie komórek rozrodczych. Ponadto w rozważaniach dotyczących tego zagadnienia podnosi się przede wszystkim postulat dobra potencjalnego dziecka. Chodzi o to, że co do zasady doprowadzenie do narodzin dziecka, które nie tylko nie miałoby ojca, ale także byłoby obciążone żałobą najbliższego otoczenia, jest sprzeczne z jego dobrem. Zauważa się również wątpliwości dotyczące negatywnego wpływu obciążenia psychiki dziecka faktem, że urodziło się z nieżyjącego ojca i to bez jego wiedzy i udziału w spłodzeniu potomka, jak również

¹⁹ A. Dyoniak, *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smyczyński, Poznań 1996; J. Ostojka, *Sytuacja...*, s. 32–46; K. Bączyk-Rozwadowska, *Glosa do wyr. SN z 9.3.2012 r.*, I CSK 282/11, OSP 2012/11, poz. 106; M. Nesterowicz, *Dochodzenie...*, *passim*; J. Haberko, J. Łuczak-Wawrzyniak, *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganie medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka?*, „Diametros” 2015/44, s. 20–44.

²⁰ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.) – dalej k.c.

²¹ Zob. R. Tanajewska, *Pozycja prawna nasciturusa przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2016/15(1), s. 339–350; P. Rafałowicz, *Dziedziczenie ustawowe nasciturusa poczętego w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego*, „Prawo i Medycyna” 2017/4, s. 104–122.

²² Jak się wydaje, inne stanowisko w zakresie konsekwencji prawnośpadkowych zajmuje: M. Sobas, *Odpowiedzialność cywilnoprawna za szkody doznane przed urodzeniem*, praca doktorska, niepublikowana, Uniwersytet Śląski, Katowice 2021, s. 282.

jego potencjalnie skomplikowaną relacją z matką. W tym kontekście pojawiało się nawet sformułowanie „dziecko-relikwia”²³.

Uzasadnienia tego stanowiska dopatrywać się można w treści art. 4 u.l.n., poprzez który przejawia się szacunek dla życia ludzkiego uosabianego w zarodku. Nieprzeniesienie zarodków wiązać się bowiem może z ich pozostawianiem poza organizmem człowieka w warunkach kriokonserwacji i brakiem pewności co do możliwości rozwoju w kierunku życia w ogóle²⁴. Jest to, jak można sądzić, dokonanie wyboru „mniejszego zła” w kontekście niepewności losu zarodka, jak również ograniczonej i odległej w czasie możliwości zastosowania instytucji dawstwa zarodka.

Przyjęte przez ustawę rozwiązanie rodzi jednak wiele problemów natury prawnej zarówno dla biorczyni, czyli matki dziecka, tj. kobiety, która w chwili śmierci pozostawała z mężczyzną będącym dawcą komórek w związku małżeńskim, jak i dla dziecka urodzonego w wyniku takiego przeniesienia zarodka. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że przepis zakłada dobrowolność przeniesienia zarodków. Stanowi bowiem, że zarodki „mogą”, a nie „powinny”, być przeniesione. Jest to oczywiście, biorąc pod uwagę okoliczności, w których znalazła się biorczyni, trafne rozwiązanie. Nie sposób bowiem narzucić kobiecie konieczności poddania się zabiegowi, którego konsekwencją byłoby urodzenie dziecka w sytuacji, w której zmarł mąż. Decyzja w analizowanym zakresie należy zatem wyłącznie do biorczyni zarodków. Po drugie, zarodki mogą zostać przeniesione zarówno w toku procedury zapłodnienia pozaustrojowego, w ramach której powstały, jak i wyniku późniejszego przechowywania zarodków i poddania ich kriokonserwacji. Po trzecie, nie można wykluczyć skorzystania z możliwości przewidzianej przez przepis art. 33 u.l.n. wielokrotnie, aż do wykorzystania wszystkich utworzonych zarodków. Może to oznaczać w praktyce, że biorczyni wielokrotnie poddawać się będzie zabiegom polegającym na transferze zarodków już po śmierci męża, i to niezależnie od czasu, który minął od otwarcia spadku.

Dyskusyjny może wydawać się pogląd prezentowany w literaturze, w świetle którego „polski ustawodawca, dopuszczając *postmortalny* transfer embrionu do macicy wdowy lub partnerki przyszłej matki (art. 33 u.l.n.), nie przewidział tego rodzaju rozwiązania (realizacji obowiązku informacyjnego w zakresie zastosowania zarodków *post mortem* – przyp. J.H., M.Z.). Zgodnie z treścią art. 29 u.l.n. (odczytywane go z uwzględnieniem art. 17), dawca powinien wyrazić zgodę na połączenie nasienia z komórkami jajowymi oraz na ich zastosowanie, tj. przeniesienie do organizmu żony lub partnerki (a więc także, jak można przyjąć, dokonane *post mortem*). Mężczyzna deponujący nasienie bądź przekazujący je na cele MAP (*Medically Assisted Procreation* – przyp. J.H., M.Z.) nie ma więc świadomości tego, że jego zgoda obejmuje także

²³ Nie da się *de lege lata* obronić stanowiska prezentowanego przez Annę Tworkowską-Baraniuk, w świetle którego „najbardziej skomplikowaną wydaje się sytuacja, kiedy do zapłodnienia komórki jajowej dochodzi już po śmierci męża matki, a dziecko urodziło się przed ustaniem domniemania ojcostwa – do zapłodnienia dochodzi więc wyłącznie na podstawie decyzji kobiety”. A. Tworkowska-Baraniuk, *Sztuczna...*, [w:] *Non...*, s. 816.

²⁴ M. Żelichowski, *Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych*, „Prawo i Medycyna” 2006/23, s. 77–87; M. Żelichowski, *Podmiotowość...*

prokreację *postmortalną*. Przepisy u.l.n. dotyczące obowiązku informacyjnego nie nakładają bowiem na lekarza obowiązku wyjaśnienia mężczyźnie tego rodzaju skutków wyrażenia zgody w trybie art. 29 u.l.n. Dawca zmuszony jest zatem sam dokonać w tym względzie ustaleń, np. korzystając z przyznanego mu uprawnienia do zadawania pytań i uzyskania na nie wyczerpującej odpowiedzi (art. 29 ust. 1 pkt 3b, art. 32 ust. 2 pkt 4b u.l.n.). Dopiero pełna informacja, obejmująca wszelkie medyczne i prawne aspekty *postmortalnej* prokreacji, umożliwia dawcy podjęcie rozsądnej decyzji odnośnie losu embrionu i wyrażenie bądź odmowę zgody na wykorzystanie embrionu *post mortem*. Przyjęcie odmiennego rozwiązania stwarza ryzyko realizowania przez pozostającą przy życiu małżonkę lub partnerkę jej własnych celów, niekoniecznie zgodnych z intencją zmarłego i dobrem przyszłego dziecka. Naruszenia doznaje również wynikające z autonomii prokreacyjnej prawo mężczyzny do decydowania o wykorzystaniu komórek rozrodczych na wypadek śmierci²⁵.

W pierwszej kolejności odnieść należy się do kwestii decyzji w zakresie wykorzystania zarodka. Nie ma *de lege lata* podstaw do twierdzenia, iżby przepis art. 33 u.l.n. dawał możliwość podejmowania decyzji o zastosowaniu zarodka w jednym z etapów procedury medycznie wspomaganej prokreacji polegającej na zapłodnieniu pozaustrojowym i transferze zarodka przez kogoś innego niż żona (wdowa) dawcy nasienia albo jego konkubina w chwili śmierci. Nie ma bowiem podstaw do przyjęcia, by nastąpiło to do macicy „partnerki przyszłej matki”. Po drugie, w zakresie określonym w art. 33 u.l.n. w zw. z art. 29 ust. 1 pkt 3 lit. a oraz art. 32 ust. 2 pkt 4 lit. b u.l.n. mężczyzna będący mężem biorczyń (albo jej konkubentem) nie deponuje nasienia ani nie przekazuje go do stosowania w bliżej nieokreślonym celu w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, ale poddaje się technikom zgodnie z aktualną wiedzą medyczną w celu realizacji diagnostyki i terapii wraz ze swoją żoną albo konkubiną²⁶. Po trzecie, zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 3 lit. a u.l.n. mężczyzna powinien zostać szczegółowo poinformowany o skutkach prawnych stosowania pobranych od niego komórek rozrodczych w celu dawstwa partnerskiego wynikających z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, w tym sytuacji prawnej dziecka urodzonego w wyniku zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji. Skutki te wynikają z k.r.o., ale także z przepisów ustawy o leczeniu niepłodności.

Jakkolwiek *de lege lata* analizowane rozwiązanie nie pozostaje wolne od wad, to jednak uważamy, że argument sprowadzający się do braku możliwości realizowania przez mężczyznę funkcji rodzicielskiej i argument z odebrania mu wolności prokreacyjnej nie są dostatecznymi argumentami przeciwko dopuszczalności stosowania art. 33 u.l.n.²⁷ Takie samo ryzyko wiąże się bowiem z sytuacją śmierci ojca dziec-

²⁵ K. Bączyk-Rozwadowska, *Prawne aspekty wspomaganej prokreacji post mortem*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2021/1, s. 55–56, <https://doi.org/10.26881/gsp.2021.1.03> (dostęp: 18.10.2023 r.).

²⁶ Wyjątek w tym zakresie przewiduje art. 18 ust. 2 u.l.n.: „Komórki rozrodcze pobrane od dawcy w celu dawstwa partnerskiego mogą być przekazane i zastosowane w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji w celu dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli dawca, w formie pisemnej, wyraził zgodę na takie ich zastosowanie”. Godzi się podkreślić fakt konieczności zgody na takie postępowanie z komórkami rozrodczymi mężczyzny.

²⁷ Zob. też A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja...*, s. 200.

ka już po naturalnym zajściu przez kobietę w ciążę, a jeszcze przed urodzeniem się dziecka. Dopuszczalność poddania się przez biornicę jednemu z etapów procedury zapłodnienia pozaustrojowego i transferu zarodka już po śmierci mężczyzny, który w ramach dawstwa partnerskiego był dawcą komórek rozrodczych, nabiera jednak nie tylko praktycznego znaczenia w kontekście urodzenia dziecka, które pozostając pogrobowcem (*posthumous child*), nie będzie miało szansy poznać ojca, ale także istotnego znaczenia prawnego wiążącego się z koniecznością rozstrzygnięcia zakresu domniemania z art. 62 k.r.o. i wiążących się z tym skutków prawnych²⁸.

3. Skutki filiacyjne *postmortalnej* implantacji zarodka

Prawne ustalenie pochodzenia dziecka od określonych rodziców niezależnie od sposobu poczęcia ma dla człowieka znaczenie prawne, ale i praktyczne. Ustalone prawnie pochodzenie statuuje stan cywilny człowieka. Można pochodzić wyłącznie od jednej matki i jednego ojca. Zasada ta określana jest mianem niepodzielności stanu cywilnego. Stan ten określa się na podstawie przepisów prawa, co do zasady, niezależnie od pochodzenia genetycznego²⁹. Ono pozostaje dla ustalenia stanu cywilnego w zakresie relacji łączącej dziecko z matką czy ojcem bez znaczenia³⁰. Ponadto pochodzenie od określonych rodziców jest dla człowieka dobrem osobistym³¹. To pochodzenie wyznacza miejsce człowieka w grupie rodzinnej i społecznej. Wpływa nie tylko na poczucie własnej tożsamości, ale także nakłada obowiązki oraz pozwala dokonywać określonych czynności w zakresie prawa rodzinnego czy osobowego prawa cywilnego³². W kontekście przedstawionych założeń celowe wydaje się określenie praw stanu dziecka urodzonego z wykorzystaniem technologii medycznej po śmierci ojca będącego mężem matki i konsekwencji, które się z tym wiążą.

Ograniczając zastosowanie art. 33 u.l.n. do małżonków, kluczowy dla dalszych rozważań pozostaje przepis art. 62 k.r.o. Zgodnie z jego treścią domniemywa się, że dziecko pochodzi od męża matki, jeżeli urodzi się w czasie trwania małżeństwa lub przed upływem 300 dni od jego ustania. Fakt, że dziecko zostało poczęte w wyniku zabiegu medycznego, nie ma znaczenia dla istoty domniemania. Dziecko nie musi

²⁸ A. Breczko, M. Andruszkiewicz, *Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku)*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2017/22(4), s. 36.

²⁹ T. Sokołowski, *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganey prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganey prokreacji*, red. J. Haberko, M. Łączkowska, Poznań 2005, s. 131–136; D. Krekora-Zajac, *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, „Studia Prawnicze” 2014/1, s. 129–144; L. Stecki, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos)*, „Państwo i Prawo” 1990/10, *passim*.

³⁰ M. Soniewicka, *Dylematy macierzyństwa zastępczego, tekst opublikowany w ramach debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego: Jak uregulować macierzyństwo zastępcze?*, http://www.ptb.org.pl/opinie_macierzynstwo.html (dostęp: 18.10.2023 r.).

³¹ L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości genetycznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008/4, s. 947–984.

³² J. Haberko, T. Sokołowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 526 i n.

zostać poczęte wyłącznie w drodze aktu płciowego rodziców. Sposób poczęcia nie wpływa ani na dopuszczalność domniemania, ani jego zakres, a dziecko poczęte w wyniku zabiegu medycznie wspomaganą prokreacji korzysta z domniemania pochodzenia od małżonków na równi z dzieckiem poczętym w naturalny sposób. Dla możliwości skorzystania z domniemania bez znaczenia pozostaje to, czy zapłodnienie przy wykorzystaniu technologii medycznej miało miejsce w organizmie kobiety (tzw. techniki polegające na inseminacji), czy też doszło do zapłodnienia pozaustrojowego i następnie transferu zarodka. By ustalić pochodzenie dziecka od męża matki na podstawie domniemania z art. 62 k.r.o., nie jest istotne to, czy do zabiegu użyto nasienia pochodzącego od męża, czy też miało miejsce zapłodnienie z wykorzystaniem obcego nasienia.

Pozostawiając na marginesie uwagi w zakresie użycia nasienia pochodzącego od anonimowego dawcy, wskazać należy jedynie, że śmierć dawcy komórek rozrodczych w tym przypadku nie będzie powodować trudności interpretacyjnych, gdyż sam dawca nie będzie zainteresowany ustaleniem wobec siebie stosunku prawnego ojcostwa³³. Jak trafnie podniesiono w literaturze, bezwzględna anonimowość dawcy nasienia warunkuje pobranie komórek rozrodczych, co więcej, pozostaje uzależniona od zgody kandydata na dawcę na pośmiertne zastosowanie tych komórek lub powstałego z nich zarodka. Transfer zarodka po śmierci dawcy męskich komórek rozrodczych dopuszczalny jest zarówno przy prokreacji homologicznej, jak i heterologicznej. Jest to jedna z niewielu sytuacji, w których ustawodawca priorytetowo potraktował zapewnienie zarodkowi dalszego rozwoju w stosunku do innych dóbr, w tym wypadku związanych głównie z więziami rodzinnymi³⁴. Nie oznacza to jednak braku wątpliwości, które mogą dotyczyć ustalenia ojcostwa dziecka w tym przypadku. Podnieść wypada bowiem, że w świetle art. 20 ust. 1 u.l.n. przeniesienie do organizmu biorczyni zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa innego niż partnerskie może nastąpić, jeżeli zgodę na przeniesienie wyrazili, w formie pisemnej, biorczyni oraz jej mąż³⁵.

Ustawa nie rozstrzyga dalej kwestii śmierci męża biorczyni, który wyraził zgodę na wykorzystanie w procedurze medycznie wspomaganą prokreacji obcego nasienia w celu zapłodnienia żony, niemniej jednak zmieniona treść art. 62 § 2 k.r.o. zdaje się po pierwsze rozwiewać wątpliwości co do ustalenia ojcostwa, po drugie rozstrzyga problem w sytuacji, w której kobieta przed upływem wskazanego w przepisie terminu zawarłaby nowe małżeństwo. W analizowanym zakresie ustawodawca przyjmuje konieczność wyłączenia domniemania z art. 62 § 2 k.r.o. wówczas, gdy dotychczasowy mąż wyraziłby zgodę na zastosowanie technik medycznie wspomaganą prokreacji. Przepis art. 62 § 2 k.r.o. jest *de lege lata* wyrazem sytuacji życiowej małżonków, którzy poddali się technikom medycznie wspomaganą prokreacji, a następnie małżeństwo ich ustało (także poprzez śmierć małżonka) lub zostało unieważnione, a kobieta

³³ Uchwała Sadu Najwyższego 7 sędziów z 27.10.1983 r., III CZP 35/83, OSNC 1984/6, poz. 86. Glosy J.S. Piątkowskiego (OSPika 1985/1, poz. 1) i M. Nesterowicza („Nowe Prawo” 1985/2).

³⁴ M. Gałązka, *Świadczenia...*, [w:] *System...*, t. 2, *Poszczególne...*

³⁵ O wątpliwościach w tym zakresie zob. np. A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja...*, s. 209.

zawarła nowy związek małżeński³⁶. Fakt zawarcia przez kobietę nowego małżeństwa w krótkim terminie, tj. przed upływem 300 dni od ustania małżeństwa, uzasadnia domniemanie, że dziecko może pochodzić właśnie od nowego męża. Oznacza to, że jeżeli w trakcie małżeństwa małżonkowie poddali się technikom medycznie wspomaganej prokreacji, a następnie ich małżeństwo ustałoby lub zostało unieważnione, fakt zgody męża na procedurę medyczną będzie przesądzać o pochodzeniu dziecka. Jeżeli pierwszy mąż matki wyraził zgodę na zastosowanie technik medycznie wspomaganej prokreacji, domniemanie jego ojcostwa będzie konsekwencją powyższych uprzednio decyzji i czynności mających doprowadzić do tego, by żona urodziła dziecko w wyniku zastosowania technologii medycznej z wykorzystaniem obcego nasienia. Przyjęcie tej konstrukcji wyłącza zatem domniemanie ojcostwa drugiego męża matki, gdyż zgodnie z doświadczeniem życiowym podstawy domniemania byłyby inne niż w sytuacji, w której małżonkowie przed zawarciem małżeństwa spłodziliby potomka bez wykorzystania technologii medycznej.

Nie ma jednak pewności, czy śmierć męża kobiety, który wyraził zgodę w trybie art. 20 ust. 1 u.l.n. w zw. z art. 68 k.r.o., daje możliwość przeniesienia zarodka już po śmierci mężczyzny, czy też art. 33 u.l.n. zawiera w tym zakresie swoisty wyjątek. Wątpliwości potęguje art. 20 ust. 3 u.l.n, w świetle którego „w przypadku braku możliwości bezpośredniego użycia zarodków powstałych z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego i konieczności ich przekazania do przechowywania zgoda, o której mowa w ust. 1 pkt 1, jest wyrażana każdorazowo przed ponownym rozpoczęciem procedury medycznie wspomaganej prokreacji, w której mają zostać wykorzystane przechowywane zarodki”. To oznacza, że mąż matki przed każdorazowym podaniem zarodków pochodzących z jego komórek powinien wyrazić zgodę na ich przeniesienie do organizmu kobiety. W konsekwencji każdorazowe przeniesienie zarodków powstałych z komórek pochodzących od dawcy nie wymaga takiej zgody. Taka interpretacja tym bardziej wzmacnia wyjątkowy charakter art. 33 u.l.n., w świetle którego zgoda w myśl art. 20 ust. 1 pkt 1 u.l.n. „siłą rzeczy” nie będzie możliwa.

Analizowany tu problem, w szczególności w sytuacji klarownych rozstrzygnięć ustawowych, nabiera istotnego znaczenia społecznego i prawnego zwłaszcza wobec faktu, że ustawodawca nie określa terminu, w jakim mogłoby nastąpić przeniesienie zarodków do organizmu biorkownicy. Nie wprowadza także zmian w zakresie art. 62 § 1 k.r.o., które – w kontekście stosowania art. 33 u.l.n. – wydają się konieczne. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku dziecko nie skorzysta z domniemania pochodzenia od zmarłego męża matki, o ile urodzi się po upływie 300 dni od śmierci męża matki. Rozstrzygnąć należy zatem:

- czy dopuszczalne jest przeniesienie zarodków powstałych w ramach dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli mężczyzna będący mężem biorkownicy wyraził zgodę

³⁶ M. Domański, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 939 i n.; K. Pietrzykowski, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, s. 608–610; H. Witczak, A. Kawałko, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021, s. 731 i n.

w trybie art. 68 k.r.o. i w trybie art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n., ale zmarł przed przeniesieniem utworzonych zarodków do organizmu biorczyni?

- czy dopuszczalne jest przeniesienie zarodków powstałych w ramach dawstwa innego niż partnerskie, jeżeli mężczyzna będący mężem biorczyni wyraził zgodę w trybie art. 68 k.r.o., ale nie wyraził zgody w trybie art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n. i zmarł przed przeniesieniem utworzonych zarodków do organizmu biorczyni?
- czy do przeniesienia zarodków powstałych w ramach dawstwa partnerskiego wymaga się zgody w trybie art. 20 ust. 1 pkt 2 u.l.n.?

Aby udzielić odpowiedzi na tak postawione pytania, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że przyjęty w ustawie o leczeniu niepłodności wymóg zgody na przeniesienie zarodków jest dość niejasny, zarówno gdy chodzi o przesłanki podmiotowe, jak i skutki prawne z tym się wiążące. Ustawodawca miesza bowiem dwa reżimy prawne zgód, a nade wszystko ich konsekwencje. Zgoda, o której mowa w przepisie art. 20 u.l.n., jest bez wątpienia zgodą na poddanie biorczyni określonej procedurze medycznej związanej – w interesującym nas przypadku – z wykorzystaniem do zapłodnienia pozaustrojowego anonimowego nasienia. Natomiast zgoda wyrażona przez męża biorczyni w trybie art. 68 k.r.o. przewiduje dodatkowe konsekwencje w ramach stosunków filiacyjnych objawiających się niedopuszczalnością zaprzeczenia ojcostwa i, co oczywiste, także obejmuje sytuację wykorzystania obcego nasienia³⁷. Warto w tym miejscu zauważyć, że art. 62 § 2 zd. 2 k.r.o. odnosi się do przypadku wyrażenia zgody przez męża na zastosowanie procedury medycznie wspomaganą prokreacji. Jest to bez wątpliwości zgoda wyrażana w trybie art. 68 k.r.o., nie zaś zgoda, o której mowa w art. 20 u.l.n. Jeżeli więc dziecko urodziło się przed upływem 300 dni od ustania lub unieważnienia małżeństwa, lecz po zawarciu przez matkę drugiego małżeństwa, a pierwszy mąż wyraził zgodę na zapłodnienie żony obcym nasieniem, to będzie on ojcem dziecka. Jednocześnie podkreślić należy, że przeniesienie zarodka do organizmu kobiety musi w tym przypadku nastąpić za życia mężczyzny.

Przechodząc do sytuacji dziecka urodzonego już po śmierci mężczyzny, który był mężem matki, wskazać należy, że jeżeli urodzenie nastąpi przed upływem terminu wskazanego w przepisie art. 62 k.r.o., tj. 300 dni od ustania małżeństwa, zarówno fakt poczęcia, jak i wykorzystania obcego nasienia nie będzie miał znaczenia, o ile śmierć nastąpi już po implantacji zarodka. Przepis art. 33 u.l.n. zdaje się jednak *de lege lata* przesądzać o wyjątkowości dopuszczalności przeniesienia zarodka po śmierci mężczyzny, a co za tym idzie – stwarza on podstawę do *postmortalnego* przeniesienia zarodka wyłącznie w sytuacji dawstwa partnerskiego, tj. wówczas, gdy dziecko genetycznie pochodzi od zmarłego męża matki. Rozróżnić w tym zakresie należy dwie sytuacje: po pierwsze, dziecko pomimo *postmortalnego* przeniesienia zarodka urodzi się w terminie wskazanym w art. 62 k.r.o., a po drugie, termin ten nie zostanie dochowany.

Dopuszczalność zastosowania art. 33 u.l.n. i brak wskazania w nim terminu, do którego może to nastąpić, przemawia za przyjęciem, że ustawodawca godzi się na skutki określonego w przepisie zdarzenia bez czasowych ograniczeń. To oznacza,

³⁷ Szerzej J. Haberko, *Ustawa...*, s. 140.

że dopuszczalne pozostaje *postmortalne* przeniesienie zarodka w każdym czasie. O ile domniemanie pochodzenia z art. 62 k.r.o. przewiduje swoiste ułatwienie dowodowe, o tyle nie jest możliwe – jak się wydaje – posłużenie się nim po upływie terminu. Ewentualne ustalenie pochodzenia dziecka poczętego w wyniku dawstwa partnerskiego następować będzie w trybie art. 85 § 1 k.r.o. Przepis ten wprowadza domniemanie, zgodnie z którym „ojcem dziecka jest ten, kto obcował z matką dziecka nie dawniej niż w trzechsetnym, a nie później niż w sto osiemdziesiątym pierwszym dniu przed urodzeniem się dziecka, **albo ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji**” (wyróżnienie – J.H., M.Z.)³⁸. Z konstrukcji tej skorzystać można w każdym czasie. Jak zauważyliśmy, jest ona ukierunkowana wyłącznie na przypadki dawstwa partnerskiego, czyli sytuacje, w których zmarły mąż matki był dawcą komórek rozrodczych. Ustalenie ojcostwa w drodze powództwa sądowego będzie rodzić oczywiście wszelkie konsekwencje związane z sytuacją rodzinnoprawną dziecka i jego krewnych. Sytuacja prawnosпадkowa dotyczyć będzie nie tylko dziecka i jego krewnych, ale i innych osób w szczególności spadkobierców i wierzycieli spadkowych.

4. Skutki prawnosпадkowe *postmortalnej* implantacji zarodka *de lege lata*

Przechodząc do rozważań prawnosпадkowych, należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że jednym z założeń czy podstawowych funkcji prawa spadkowego, podkreślanym przez wielu³⁹, jest potrzeba takiego konstruowania przepisów prawnosпадkowych, by te umożliwiały swego rodzaju kontynuację stosunków prawno-rodzinnych także po śmierci członków danej komórki społecznej, by umacniały powiązania rodzinne⁴⁰. Wynika z tego – dla regulacji prawnosпадkowych – m.in. idea takiego ukształtowania przepisów dotyczących dziedziczenia, by te uwzględniały relacje rodzinne pomiędzy spadkodawcą a osobami mu bliskimi. Na tym założeniu, w poszczególnych systemach prawnych, oparto wiele rozmaitych rozwiązań prawnosпадkowych, by – w kontekście omawianej problematyki – wspomnieć choćby o dziedziczeniu ustawowym. Jego konstrukcja powiązana jest przecież ze stosunkami rodzinnymi, w których za życia pozostawał spadkodawca⁴¹. Ustawowy krąg spadkobierców ustawowych to bowiem przede wszystkim krąg osób powiązanych ze spadkodawcą formalnie poprzez pokrewieństwo. W tej więzi – mimo jej formalnego charakteru – poszczególni ustawodawcy dopatrują się relacji bliskości i w ślad za tym

³⁸ W tym kontekście oczywiście nietrafnie M. Sobas, *Odpowiedzialność...*, s. 283. Autorka nie dostrzega bowiem nowelizacji art. 85 § 1 k.r.o.

³⁹ Zob. np. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 20.

⁴⁰ Zob. np. M. Pazdan, [w:] *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006.

⁴¹ Por. M. Załucki, *Krąg spadkobierców ustawowych de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Sądowy” 2008/1, s. 94–105.

tytułu powołania do dziedziczenia po formalnie bliskim zmarłym⁴², co zasadniczo nie może dziwić. Pokrewieństwo wynika w końcu z samego faktu urodzenia i dotyczy nie tylko relacji pomiędzy dzieckiem a jego rodzicami, ale także wszystkimi pozostałymi członkami rodziny. Określa, kto od kogo pochodzi i jaki status posiada w danej rodzinie, a poprawne ustalenie więzi łączących poszczególne osoby nie może być w tym kontekście bez znaczenia⁴³. Trudno zresztą o bardziej miarodajne kryterium osób uprawnionych wzajemnie do dziedziczenia. Inne kryteria, jak np. małżeństwo, mają z natury rzeczy charakter pomocniczy i – mimo często występującej prawnej zasady trwałości – są jedynie tymczasowe. Dlatego w zasadzie w każdym nowoczesnym ustawodawstwie więzy krwi stanowią podstawowy argument za zaliczeniem danej osoby do kręgu spadkobierców dziedziczących z ustawy⁴⁴. Prawo spadkowe jest zresztą tym działem prawa cywilnego, w którym względy natury moralnej, osobistej czy uczuciowej odgrywają znaczącą rolę, co także przemawia za posłużeniem się pokrewieństwem jako podstawowym kryterium, na którym opiera się budowa kręgu osób dziedziczących po zmarłym z ustawy⁴⁵.

Nie oznacza to jednak automatycznie, że każda osoba należąca do krewnych zmarłego będzie po nim dziedziczyć. Pomijając już kolejność powołania do dziedziczenia, na świecie spotkać można konstrukcje prawne uzależniające powołanie do dziedziczenia od stopnia pokrewieństwa. Przykładem tego ostatniego podejścia jest np. uchwalona w Polsce ustawa z 28.07.2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw⁴⁶, która wprowadza zmiany do m.in. art. 934 k.c., ograniczając stopień pokrewieństwa dziedziczących z ustawy bliskich spadkodawcy do dzieci jego rodzeństwa. Podobne regulacje prawne występują także w innych państwach. Nie każdy krewny musi zatem dziedziczyć, przynajmniej z ustawy. W tym zakresie istotne znaczenie może mieć tu wola spadkodawcy, zarówno w kontekście powołania dalszego krewnego do dziedziczenia, jak i pozbawienia bliższego krewnego jakichkolwiek korzyści ze spadku (ta ostatnia możliwość często napotyka jednak ograniczenia, jak np. zachówek).

Poszukując odpowiedzi na pytanie o możliwość powołania do dziedziczenia dziecka spadkodawcy, które zostało poczęte w opisywanej tu procedurze medycznie wspomaganą prokreacji polegającej na *postmortalnej* implantacji zarodka do ciała kobiety, wskazać trzeba co najmniej na pięć przepisów Kodeksu cywilnego, które mogą mieć w tym kontekście znaczenie. Przede wszystkim jest to przepis art. 926 § 1 k.c.: „powołanie do spadku wynika z ustawy albo z testamentu”. Chodzi tu także o art. 931 § 1 zd. 1 k.c., według którego „w pierwszej kolejności powołane są z ustawy

⁴² J. Biernat, *Ochrona osób bliskich spadkodawcy w prawie cywilnym*, Toruń 2002, s. 20 i n.

⁴³ Zob. J.E. David, *Kinship, Law and Politics*, Cambridge 2020, *passim*, <https://doi.org/10.1017/9781108589444> (dostęp: 18.10.2023 r.).

⁴⁴ Zob. zamiast wielu: K.G.C. Reid, M.J. de Wal, R. Zimmermann, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law. Intestate Succession*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Wal, R. Zimmermann, Oxford 2015, s. 462 i n.

⁴⁵ J.S. Piąkowski, [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, *Prawo spadkowe*, red. J.S. Piąkowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1996, s. 119 i n.

⁴⁶ Dz.U. z 2023 r. poz. 1615.

do spadku dzieci spadkodawcy oraz jego małżonek; dziedziczą oni w częściach równych". Poza tym należy wymienić przepisy art. 927 § 1 i 2 k.c.: „nie może być spadkobiercą osoba fizyczna, która nie żyje w chwili otwarcia spadku”; „jednakże dziecko w chwili otwarcia spadku już poczęte może być spadkobiercą, jeżeli urodzi się żywe". Ponadto istotny jest art. 924 k.c., według którego „spadek otwiera się z chwilą śmierci spadkodawcy".

Przepisy te muszą stanowić punkt wyjścia dla dalszych rozważań. Ich brzmienie, tylko *prima facie*, wydaje się oczywiste. O ile bowiem raczej jasne jest, że dziecko spadkodawcy należy do kręgu jego spadkobierców dziedziczących z ustawy, jak również że może być przez spadkodawcę powołane do dziedziczenia na podstawie testamentu, to jednak istotne wątpliwości pojawiają się w tym zakresie w kontekście dziecka, które urodziło się po śmierci spadkodawcy w ramach dopuszczalnych możliwości wynikających z zastosowania nowych technologii wspomaganie prokreacji co do zarodka powstałego z nasienia zmarłego, ale wprowadzonego do ciała kobiety już po śmierci dawcy. Czy osobę, która urodziła się w taki sposób można uznać za dziecko spadkodawcy w kontekście art. 931 § 1 zd. 1 k.c., jak też, a może przede wszystkim, czy mamy tutaj do czynienia z zastosowaniem konstrukcji tradycyjnie ujmowanej jako „*en ventre sa mère*", a zatem czy w chwili otwarcia spadku doszło już do poczęcia dziecka (art. 927 § 1 i 2 k.c.) i można już mówić o *nasciturusie* – oczywiście wszystko w rozumieniu przepisów prawa spadkowego? Generalnie bowiem status prawnorodzinny takiej osoby, ustalenie, że mamy na gruncie prawa rodzinnego do czynienia z dzieckiem spadkodawcy, nie musi jednocześnie (choć może) oznaczać uprawnień prawnospadkowych tej osoby. Mogą one bowiem zależeć także od innych czynników, o ile ustawodawca zdecyduje się je wprowadzić.

Analizę obowiązującego w Polsce stanu normatywnego warto rozpocząć od oczywistego wskazania, że w chwili powstawania ww. przepisów ustawodawca nie chciał (gdyż chceć nie mógł – z uwagi na ówczesne ograniczenia wiedzy medycznej) uregulowania prawnospadkowego statusu dzieci spadkodawcy poczętych w opisywanej powyżej procedurze medycznie wspomaganie prokreacji. W okresie redagowania tekstu Kodeksu cywilnego wiedza medyczna na to po prostu nie pozwalała, więc nie było jeszcze takiej problematyki. Z tego powodu konieczna jest odpowiedź na pytanie, na jakim etapie rozwoju jednostki ludzkiej można mówić o istnieniu „dziecka poczętego" w kontekście omawianej tu regulacji, z uwzględnieniem wymagań teraźniejszych.

Podjęmując próbę odpowiedzi na to pytanie, zauważyć trzeba, że pojawiające się w dzisiejszych realiach w obszarze prawnorodzinnym i medycznym terminy takie jak „płód", „zarodek", „embrion" czy właśnie „dziecko poczęte", przez swoją niejednoznaczność, powodują komplikacje w ocenie początku ludzkiego istnienia, a także w kontekście dziedziczenia. Różnorodność używanych pojęć wynika zaś – jak można sądzić – z braku wspólnego terminu na określenie istoty ludzkiej w okresie prenatalnym. O ile pojęcie „dziecka poczętego" jest elementem języka prawnego, o tyle na tym tle pojawia się przecież także określenie „*nasciturus*", które stanowi wyrażenie języka prawniczego i do którego odnoszą się komentatorzy m.in. w wykładni

art. 927 k.c. Z kolei pojęcia „płodu” i „embrionu” to terminy powszechnie przyjęte oraz utrwalone w naukach medycznych i mają one na celu również określenie człowieka w prenatalnej fazie życia⁴⁷, co oczywiście musi być uwzględniane także i w prawie spadkowym. Prenatalna faza życia człowieka podlega w polskich realiach ochronie konstytucyjnej⁴⁸, co rodzi nie tylko konkretne konsekwencje dla ustawodawcy zwykłego, ale powinno mieć znaczenie również dla interpretatora przepisów ustawowych. Ponieważ ustawa zasadnicza⁴⁹ chroni godność osoby ludzkiej i swobodny rozwój jej osobowości (art. 30 Konstytucji RP)⁵⁰ oraz zapewnia szczególną ochronę rodziny przez państwo (art. 18 Konstytucji RP)⁵¹, w jej regulacjach dostrzec można potrzebę zapewnienia każdemu dziecku prawnie chronionej więzi z ojcem i matką, co naszym zdaniem dotyczy także relacji prawnośpadkowych⁵².

Przyglądając się więc dotychczasowym wypowiedziom doktryny poczynionym przede wszystkim na tle art. 927 § 1 i 2 k.c., a także na tle uchylonego art. 8 § 2 k.c., należy zauważyć, że w polskiej nauce prawa cywilnego dominuje pogląd, wedle którego dziecko poczęte w sposób sztuczny, o ile do zapłodnienia doszło przed chwilą śmierci spadkodawcy, będzie traktowane jako jego potencjalny spadkobierca, jeśli urodzi się żywe. Poprzez poczęcie dziecka rozumie się bowiem nie tylko poczęcie naturalne, ale także dokonane w drodze zapłodnienia *in vitro*, w drodze medycznie wspomaganey prokreacji. W tym kontekście doktryna wspomina jednak przede wszystkim o zasadzie „*en ventre sa mère*”, a zatem sytuacji, w której do zapłodnienia przed śmiercią dawcy nasienia doszło w organizmie matki. Jako kluczowe wskazuje się zazwyczaj, że o dziecku poczętym należy mówić dopiero od wprowadzenia zarodka do organizmu matki⁵³. Pogląd ten bywa jednak krytykowany i zajmowane jest stanowisko odmienne⁵⁴.

Uważamy to przeciwstawne zapatrywanie za właściwe. Naszym zdaniem tradycyjne podejście, oparte na koncepcji warunkowej zdolności prawnej *nasciturusa* rozwijającego się w ciele matki, która także w Polsce przechodziła pewne przeobrażenia, nie jest adekwatne do współczesnych możliwości technologicznych medycyny i wymaga zaktualizowania. Jak bowiem można sądzić, w świetle współczesnych realiów za uzasadnione należy uznać stanowisko wskazujące, że z poczęciem na tle art. 927 § 2 k.c. mamy do czynienia również wówczas, gdy przeniesienie zarodków powstałych przed śmiercią dawcy nasienia do organizmu biorkownicy następuje po jego śmierci (co jest w prawie polskim prawnie dopuszczalne z uwagi na treść

⁴⁷ Por. A. Kwiecień-Madej, *Sytuacja...*, s. 27 i n.

⁴⁸ Zob. m.in.: orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1997 r., K 26/96, OTK 1997/2, poz. 19; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, OTK-A 2021/1.

⁴⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

⁵⁰ M. Chmaj, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 30, 31, 32, 33*, Warszawa 2019, *passim*.

⁵¹ Z. Strus, *Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Palestra” 2014/9, s. 233 i n.

⁵² Por. D. Leipold, [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht*, red. S. Kessal-Wulf, München 2022, § 1923, teza 25 i n.

⁵³ Zob. np. M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 29.7.2009 r.*, I ACa 308/09, „Przegląd Sądowy” 2011/1, s. 143; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Legalis/el. 2020, art. 8, nb 3.

⁵⁴ Zob. np. J. Haberko, *Status...*, s. 26 i n.; P. Książak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2023, art. 8, teza 12.

art. 33 u.l.n.). Także wówczas można mówić już o *nasciturusie*, dziecku w fazie prenatalnej, którego poczęcie ma miejsce w chwili zapłodnienia komórki jajowej. Faza przedurodzeniowa życia człowieka, jak zresztą trafnie zwraca się w niektórych publikacjach uwagę, rozpoczyna się bowiem spotkaniem męskiej i żeńskiej komórki rozrodczej, bez względu na to, gdzie doszło do zapłodnienia, a zatem jest to możliwe także w warunkach laboratoryjnych, jeszcze poza ciałem matki⁵⁵. Prowadzić to musi do przeobrażenia koncepcji „*en ventre sa mère*” w stronę „*en ventre sa frigidaire*”⁵⁶, który to kierunek interpretacji należy uznać za właściwy na tle art. 927 § 2 k.c.⁵⁷ Zastosowanie rozszerzonej w ten sposób doktryny *nascitura* do dzieci poczętych w wyniku procedury medycznie wspomaganej prokreacji, z wykorzystaniem możliwości przechowywania zarodka poza ciałem matki, jest we współczesnym świecie wyrazem dalszego rozwoju tej doktryny, jej logicznym następstwem, konsekwencją⁵⁸. Skoro system prawny w regulacjach prawnorodzinnych pozwala na uznanie za ojca prawnego tę osobę, od której pochodzi plemnik (ojca biologicznego), konsekwencją tego musi być także takie postępowanie w prawie spadkowym, bez względu na to, czy dawca komórki rozrodczej nadal żyje i czy komórka ta została implantowana do ciała matki, ze wszystkimi konsekwencjami relacji ojciec – dziecko wynikającej z przepisów prawa spadkowego⁵⁹, chyba że co innego wynikałoby z przepisów ustawy. Odstąpienie od tej reguły byłoby możliwe, choć – jak się wydaje – tylko ze szczególnych powodów. Jeżeli jednak w przepisach prawa brak takiego rozwiązania, ochrona więzi prawnej dziecka z ojcem oznacza przyznanie dziecku poczętemu w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji z *postmortalnym* wykorzystaniem zarodka prawa do dziedziczenia po ojcu biologicznym (po dawcy nasienia)⁶⁰.

Takie stanowisko rodzi określone następstwa. Wynika z niego, że także *postmortalne* wykorzystanie nasienia dawcy, na gruncie prawa spadkowego w aktualnym stanie normatywnym w Polsce, skutkować może uzyskaniem przez poczęte w ten sposób dziecko statusu spadkobiercy⁶¹ (o ile dziecko to urodzi się żywe)⁶². Zastanowić trzeba się zatem, czy każda urodzona w ten sposób osoba uzyska status spadkobiercy swojego ojca (dawcy nasienia), czy też np. status ten uzależniony jest od jakichkolwiek innych czynników, które wynikają z obowiązujących przepisów prawa.

Wskazać w tym zakresie należy przede wszystkim, że przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują żadnej dodatkowej regulacji omawianej problematyki. Próżno

⁵⁵ W. Borysiak, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2023, art. 927, teza 30 i n.

⁵⁶ Zob. D. Clark, *En ventre sa frigidaire: Zygotes as Children*, „*Alternative Law Journal*” 1996/4, s. 156–167.

⁵⁷ Zob. jednak N. Peart, *The Legal Status of Life Before Birth*, [w:] *Health Law in New Zealand*, red. P. Skegg, R. Paterson, Wellington 2015, s. 561.

⁵⁸ Zob. J. d’Almaine, F.N. Zaal, *Inheritance Rights for Posthumously Procreated Children: A Growing Challenge for the Law*, „*Potechefstroomse Elektroniese Regsblad*” 2018/1, s. 10, <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2018/v21i0a4211> (dostęp: 18.10.2023 r.).

⁵⁹ Zob. E. McAllister, *Defining the Parent-Child Relationship in an Age of Reproductive Technology: Implications for Inheritance, Real Property*, „*Probate and Trust Journal*” 1994/29, s. 58–65.

⁶⁰ Zob. też D. Leipold, [w:] *Münchener...*, § 1923, teza 25 i n.

⁶¹ Por. P. Rafałowicz, *Dziedziczenie...*, s. 104–122.

⁶² Zob. jednak A. Breczko, M. Andruszkiewicz, *Prawo...*, s. 36 i n.

ich szukać także w ustawie o leczeniu niepłodności. Przepisy tej ostatniej przewidują tylko, że dopuszczalna jest *postmortalna* implantacja zarodka (art. 33 u.l.n.) i że dawca powinien wyrazić zgodę na pobranie komórek rozrodczych i ich zastosowanie w celu dawstwa partnerskiego oraz że należy go poinformować o skutkach prawnych (art. 29 u.l.n.). Można więc na tym tle próbować od razu twierdzić, że skoro takie zapłodnienie jest dopuszczalne, skoro dawca złożył stosowne oświadczenie o wyrażeniu zgody na wykorzystanie jego komórek rozrodczych, to nie tylko skutki prawnorodzinne, ale także możliwe skutki prawnośpadkowe wynikające z tego rodzaju zapłodnienia (dotyczące nieżyjącego dawcy) powinny mieć zastosowanie do dziecka poczętego w tej procedurze. Wiązałoby się to w zasadzie zawsze z możliwością powołania takiej osoby do dziedziczenia po zmarłym dawcy.

W nauce prawa cywilnego przeciwko takiemu rozumieniu podnosi się jednak co najmniej kilka argumentów. Wskazuje się m.in., że zgoda na wykorzystanie nasienia oznacza zgodę na rodzicielstwo, ale nie może automatycznie skutkować zaliczeniem dziecka urodzonego z *postmortalnie* zaimplantowanego zarodka do kręgu spadkobierców ustawowych zmarłego dawcy. Dopiero świadoma zgoda spadkodawcy mogłaby to zmienić, a zatem dawca musiałby wyrażać zgodę obejmującą nie tylko skutki prawnorodzinne, ale także skutki prawnośpadkowe. Ponadto podnosi się argument, że możliwość zapłodnienia *postmortalnego*, która zasadniczo jest nieograniczona czasowo, mogłaby destabilizować pewność prawa i ostateczność dziedziczenia, z uwagi na zagrożenie pojawienia się nowego spadkobiercy, nawet w odległym czasie po śmierci spadkodawcy (możliwość przechowywania zamrożonych i przygotowanych do implantacji embrionów po zapłodnieniu komórki jajowej kobiety może trwać nawet 20 lat – art. 21 ust. 3 pkt 1 u.l.n.), co naruszałoby ustalony uprzednio porządek dziedziczenia⁶³.

Naszym zdaniem, choć dostrzegamy powyższe wątpliwości i w zasadzie je podzielamy, uważamy, że decydujące powinny być argumenty zaczerpnięte z konkretnego ustawodawstwa. Tymczasem w obecnym prawie polskim brakuje przepisów prawa, które pozwalałyby na odmienne traktowanie dzieci zmarłego spadkodawcy tylko dlatego, że zostały one poczęte *in vitro*, w procedurze polegającej na implantacji zarodka do ciała kobiety po śmierci dawcy nasienia będącego jej mężem. Zgoda dawcy, o której mowa w art. 29 u.l.n., obejmuje skutki prawne wynikające z przepisów k.r.o., z której to ustawy – jak wskazaliśmy powyżej – wynika, że ojcem dziecka jest m.in. ten, kto był dawcą komórki rozrodczej w przypadku dziecka urodzonego w wyniku dawstwa partnerskiego w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji (art. 85 § 1 k.r.o.). Dziecko poczęte i urodzone w taki sposób ma więc status dziecka spadkodawcy. Wolą ustawodawcy dziecko spadkodawcy należy zaś do kręgu spadkobierców dziedziczących z ustawy (art. 931 § 1 zd. 1 k.c.). Polskie prawo spadkowe nie zna zaś obecnie rozwiązań, które pozwalałoby na różnicowanie dzieci pod względem sposobu i okresu ich poczęcia. Wartość życia ludzkiego jest zasadniczo taka sama w fazie prenatalnej, jak i później. Nie ma obecnie podstaw normatywnych do tego

⁶³ Zob. np. K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja...*, s. 480.

stopniowania w zależności od fazy rozwojowej, także w kontekście prawnośpadkowym.

Podstawowa funkcja prawa spadkowego, jaką jest kontynuowanie stosunków prawnorodzinnych po śmierci jednego z członków rodziny, zwłaszcza ojca, musi zakładać, że życie dziecka poczętego korzystać będzie z ochrony, jaką przepisy prawa przewidują dla rodziny i pozostałych dzieci, czego elementem jest także dziedziczenie. W tym kontekście status prawnośpadkowy dziecka poczętego, co do zasady, nie powinien różnić się od takiego statusu dziecka, które już się urodziło. Przynajmniej w obecnym stanie normatywnym zauważa się brak podstaw do takiego różnicowania. Jednocześnie nie ma także prawnych przeszkód do tego, by po stwierdzeniu praw do spadku nastąpiła zmiana postanowienia (czy innego tożsamego dokumentu) w tym przedmiocie, na skutek pojawienia się nowego spadkobiercy. Z samej obecnej konstrukcji art. 927 § 2 k.c. wynika założenie tymczasowości stanu sukcesji istniejącego w dacie otwarcia spadku, w sytuacji, w której przed śmiercią spadkodawcy poczęto dziecko. I choć w prawie spadkowym stan niepewności i nieostateczności nie jest pożądanym, to jednak obowiązujące w tej mierze rozwiązania Kodeksu postępowania cywilnego⁶⁴ pozwalają na przeprowadzenie postępowania o uchylenie lub zmianę stwierdzenia nabycia spadku lub poświadczenia dziedziczenia i przeprowadzenie dowodu, że osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, nie jest spadkobiercą lub że jej udział w spadku jest inny niż stwierdzony (art. 679 k.p.c.). W aktualnym stanie normatywnym nie ma w tej mierze także ograniczenia czasowego, a zatem do tej sytuacji może dojść nawet kilka lat po dotychczasowym stwierdzeniu praw do spadku.

Mając powyższe na uwadze, uważamy, że dziecko już poczęte, które zostało poddane kriokonserwacji w oczekiwaniu na implantację do ciała matki, ma status potencjalnego spadkobiercy. Jeśli dojdzie do implantacji *post mortem*, a poczęcie nastąpiło przed śmiercią spadkodawcy, dziecko narodzone musi być traktowane jako spadkobierca osoby będącej jej biologicznym ojcem⁶⁵. *De lege lata* możliwe jest więc dziedziczenie po spadkodawcy przez dziecko poczęte metodą *in vitro ante mortem*, gdy zarodek implantowano do ciała kobiety już po jego śmierci (dawcy nasienia – spadkodawcy), zarówno w drodze dziedziczenia ustawowego, jak i dziedziczenia testamentowego, bez jakichkolwiek ograniczeń. Taki stan prawny wymaga jednak dalszej dyskusji.

5. Wnioski i postulaty *de lege ferenda*

Problematyka dziedziczenia dziecka urodzonego na skutek *postmortalnej* implantacji zarodka do ciała kobiety rodzi liczne wątpliwości⁶⁶. Przyglądając się choćby temu, jak

⁶⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.) – dalej k.p.c.

⁶⁵ Tak trafnie W. Borysiak, [w:] *Kodeks...*, art. 927, teza 33.

⁶⁶ Zob. np. K. Knaplund, *Reimagining Postmortem Conception*, „Georgia State University Law Review” 2021/3, s. 905–955.

zagadnienie to zostało uregulowane na świecie, można zauważyć kilka modeli ustawowych rozstrzygających zagadnienia prawnośpadkowe dotyczące tego obszaru⁶⁷. W przepisach ustaw niektórych państw, które dopuszczają prokreację *post mortem*, możliwość przeprowadzenia implantacji zarodka do ciała matki jest generalnie ograniczana czasowo⁶⁸. Wprowadza się m.in. minimalny czas, jaki musi upłynąć między śmiercią dawcy a wykorzystaniem materiału genetycznego przez wdowę lub partnerkę (*cooling-off period*), jak też okres maksymalny, w którym jest to dopuszczalne (wskazuje się tu różne okresy, zasadniczo nie dłuższe niż 5 lat)⁶⁹. Jak zaś wiadomo i co wynika z powyższego, w prawie polskim obecnie brak takiej regulacji. Jesteśmy zdania, że sytuacja ta powinna ulec zmianie. Wprowadzenie nowych rozwiązań normatywnych mogłoby np. pozwolić na odparcie zarzutu istnienia niepewności w prawie spadkowym. Być może właściwym rozwiązaniem byłoby wskazanie, że dziecko poczęte w *postmortalnej* procedurze implantacji zarodka uzyskuje status spadkobiercy, o ile do implantacji zarodka doszło nie później niż w okresie 5 lat od dnia śmierci spadkodawcy. Okres 5-letni wynika z zaleceń European Society of Human Reproduction and Embryology⁷⁰, które w tym zakresie uważamy za właściwe.

Ponadto, być może, decyzję co do ewentualnego dziedziczenia po ojcu biologicznym należałoby pozostawić właśnie ojcu, który w ramach zgody na zastosowanie procedury *postmortalnej* mógłby także wyrazić swoją wolę *mortis causa* co do dziedziczenia przez dziecko poczęte w ten sposób, ew. decydować o tym, że byłoby to dopuszczalne także po upływie określonego w ustawie terminu (co do którego proponujemy, by był 5-letni).

Przepisy prawa powinny też jednoznacznie przesądzić o prawnośpadkowym statusie osób poczętych niezgodnie z rozwiązaniami wynikającymi z ustawy o leczeniu niepłodności. Wydaje się, że ojcostwo biologiczne powstałe w wyniku nieuprawnionego zastosowania procedury medycznie wspomaganej prokreacji, zwłaszcza bez wiedzy i zgody dawcy, nie powinno skutkować uzyskaniem przez poczęte w ten sposób dziecko statusu spadkobiercy.

Mamy świadomość, że prezentowana tu problematyka jest kontrowersyjna. Z tego powodu nie chcemy obecnie proponować konkretnych rozwiązań normatywnych, ale raczej zachęcić do dyskusji. Sądzymy, że przyszła polska regulacja tego obszaru jest niezbędna. Jej treść stanowi dzisiaj szerokie pole do rozważań i ustaleń. Uważamy jednak, że taka przyszła polska regulacja tej problematyki powinna wyważyć co

⁶⁷ Zob. np. A.M. Rodriguez Guitián, *La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*, „Revista Boliviana de Derecho” 2015/20, s. 292–323; K. O’Sullivan, *Posthumously Conceived Children and Succession Law: A View from Ireland*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2019/3, s. 380–402, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz014> (dostęp: 18.10.2023 r.); E. Grasso, *The Unbearable Lightness of Informed Consent in Post Mortem Fertilization*, „European Review of Private Law” 2021/6, s. 945–968, <https://doi.org/10.54648/erpl2021049> (dostęp: 18.10.2023 r.).

⁶⁸ Zob. np. J.S. Rubenstein, *Planning for Life After Death: Laws of Succession v the New Biology*, „Trust & Trustees” 2017/1, s. 40–65.

⁶⁹ Szerzej zob. np. A. Niżnik-Mucha, *Prawna regulacja medycznie wspomaganej prokreacji w Polsce i wybranych państwach europejskich. Wybrane problemy*, Kraków 2016, *passim*.

⁷⁰ Zob. G. Pennings, G. de Wert, F. Shenfield, J. Cohen, P. Devroey, B. Tarlatzis, *ESHRE Task Force on Ethics and Law. Posthumous Assisted Reproduction*, „Human Reproduction” 2006/21, s. 3052.

najmniej cztery rodzaje interesów: interes dawcy, interes biorczyni, interes dziecka poczętego w tej procedurze⁷¹ oraz interes państwa.

Bibliografia

1. Bączyk-Rozwadowska K., *Aktualne problemy diagnostyki preimplantacyjnej w kontekście dążeń rodziców do realizacji projektu rodzicielskiego*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, t. 22, nr 2.
2. Bączyk-Rozwadowska K., *Glosa do wyr. SN z 9.3.2012 r., I CSK 282/11, OSP 2012/11, poz. 106.*
3. Bączyk-Rozwadowska K., *Prawne aspekty wspomaganej prokreacji post mortem*, Gdańskie Studia Prawnicze 2021, nr 1, <https://doi.org/10.26881/gsp.2021.1.03>.
4. Bączyk-Rozwadowska K., *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018.
5. Biernat J., *Ochrona osób bliskich spadkodawcy w prawie cywilnym*, Toruń 2002.
6. Borysiak W., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2023.
7. Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości genetycznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, z. 4.
8. Breczko A., Andruszkiewicz M., *Prawo spadkowe w obliczu postępu technologicznego (nowe wyzwania w XXI wieku)*, Białostockie Studia Prawnicze 2017, t. 22, nr 4.
9. Casini M., Haberko J., *Lo status del concepito nell'ordinamento giuridico polacco*, Medicina e Morale 2008, nr 5, <https://doi.org/10.4081/mem.2008.270>.
10. Chmaj M., *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 30, 31, 32, 33*, Warszawa 2019.
11. Clark D., *En ventre sa frigidaire: Zygotes as Children*, Alternative Law Journal 1996, nr 4.
12. Czarnik Z., Gajda J., *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege ferenda i de lege lata)*, Nowe Prawo 1990.
13. d'Almaine J., Zaal F.N., *Inheritance Rights for Posthumously Procreated Children: A Growing Challenge for the Law*, Potechefstroomse Elektroniese Regsblad 2018, nr 1, <https://doi.org/10.17159/1727-3781/2018/v21i0a4211>.
14. David J.E., *Kinship, Law and Politics*, Cambridge 2020, <https://doi.org/10.1017/9781108589444>.
15. Domański M., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, t. 5, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
16. Dyoniak A., *Status prawny dziecka pochodzącego z postmortalnej inseminacji albo postmortalnej implantacji embrionu*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996.
17. Dyoniak A., *Wpływ woli osób bezpośrednio zainteresowanych na powstanie stosunku prawnego rodzice – dzieci w przypadku nienaturalnej prokreacji*, Studia Prawnicze 1993, nr 2–3.

⁷¹ Zob. także N. Maddox, *Children of the Dead: Posthumous Conception, Critical Interests and Consent*, „Journal of Law and Medicine” 2020/3, s. 654–662.

18. Gajda J., *Prawo do znajomości oraz ustalenia własnego pochodzenia*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Smyczyńskiego*, red. M. Andrzejewski, L. Kociucki, M. Łączkowska, A.N. Schulz, Poznań 2008.
19. Gajda J., *Przesłanka dobra dziecka przy ustalaniu jego pochodzenia*, *Rodzina i Prawo* 2006, nr 1.
20. Gałązka M., *Świadczenia zdrowotne wspomagające prokreację*, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, *Poszczególne przypadki świadczeń zdrowotnych*, red. L. Bosek, A. Wnukiewicz-Kozłowska, Warszawa 2018.
21. Grasso E., *The Unbearable Lightness of Informed Consent in Post Mortem Fertilization*, *European Review of Private Law* 2021, nr 6, <https://doi.org/10.54648/erpl2021049>.
22. Gwiazdomorski J., *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959.
23. Haberko J., Kocyłowski R., *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, *Prawo i Medycyna* 2006, nr 23.
24. Haberko J., Łuczak-Wawrzyniak J., *Dobrodziejstwo nowoczesnych technik wspomaganey medycznie prokreacji czy problem rodziny i dziecka?*, *Diametros* 2015, nr 44.
25. Haberko J., Sokołowski T., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
26. Haberko J., *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, *Przegląd Sądowy* 2008, nr 10.
27. Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016.
28. Knaplund K., *Reimagining Postmortem Conception*, *Georgia State University Law Review* 2021, nr 3.
29. Krekora-Zajac D., *Prawo do poznania matki biologicznej według krajowego prawa rodzinnego*, *Studia Prawnicze* 2014, nr 1.
30. Księżak P., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis/el. 2023.
31. Kwiecień-Madej A., *Sytuacja prawna ojca dziecka poczętego w polskim prawie rodzinnym*, Warszawa 2022.
32. Leipold D., [w:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht*, red. S. Kessal-Wulf, München 2022.
33. Lipski J., *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2015, nr 4.
34. Łukasiewicz J.M., *Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych, zależnych i oderwanych*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego* 2013, nr 77, *Prawo* 12.
35. Łukasiewicz R., *Dawstwo zarodków a przysposobienie – zagadnienia wybrane*, [w:] *Nasciturus pro iam nato habetur. O ochronę dziecka poczętego i jego matki*, red. J. Mazurkiewicz, P. Mysiak, Wrocław 2017.
36. Maddox N., *Children of the Dead: Posthumous Conception, Critical Interests and Consent*, *Journal of Law and Medicine* 2020, nr 3.
37. Marszelewski M., *Zapłodnienie post mortem w europejskim prawie porównawczym. Przyczynek do oceny polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, *Prawo i Medycyna* 2015, nr 4.

38. Marszelewski M., *Zapłodnienie post mortem w wybranych krajach common law*, *Studia Iuridica Toruniensia* 2015, t. 16.
39. Marszelewski M., *Zarys problematyki zapłodnienia „post mortem”*, [w:] *Prawo cywilne w świetle obecnej regulacji i pożądaných zmian*, red. E. Kabza, K. Krupa-Lipińska, Toruń 2014.
40. McAllister E., *Defining the Parent-Child Relationship in an Age of Reproductive Technology: Implications for Inheritance, Real Property, Probate and Trust* *Journal* 1994, nr 29.
41. Michalski M., *Prawne aspekty inseminacji post mortem*, *Studenckie Zeszyty Naukowe Alma Mater Gedanensis. Collegium Iuridicum* 2010.
42. Nesterowicz M., *Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych w wypadku zapłodnienia post mortem. Glosa do wyroku s.apel. z dnia 29 lipca 2009 r., I ACa 308/09*, *Przegląd Sądowy* 2011, nr 1.
43. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 29.7.2009 r., I ACa 308/09*, *Przegląd Sądowy* 2011, nr 1.
44. Nesterowicz M., *Problemy prawne inseminacji post mortem*, *Prawo i Medycyna* 2002, nr 1.
45. Niznik-Mucha A., *Prawna regulacja medycznie wspomaganą prokreacji w Polsce i wybranych państwach europejskich. Wybrane problemy*, Kraków 2016.
46. O’Sullivan K., *Posthumously Conceived Children and Succession Law: A View from Ireland*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2019, nr 3, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz014>.
47. Ostojka J., *Sytuacja prawna dziecka urodzonego w drodze postmortalnej implantacji embrionu in vitro*, *Prawo i Medycyna* 2012, nr 2.
48. Pazdan M., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, *Legalis/el.* 2020.
49. Pazdan M., [w:] *Zielona księga. Optymalna wizja kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Radwański, Warszawa 2006.
50. Peart N., *The Legal Status of Life Before Birth*, [w:] *Health Law in New Zealand*, red. P. Skegg, R. Paterson, Wellington 2015.
51. Pennings G., de Wert G., Shenfield F., Cohen J., Devroey P., Tarlatzis B., *ESHRE Task Force on Ethics and Law. Posthumous Assisted Reproduction*, *Human Reproduction* 2006, nr 21.
52. Piąkowski J.S., [w:] *System Prawa Cywilnego*, t. 4, *Prawo spadkowe*, red. J.S. Piąkowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1996.
53. Pietrzykowski K., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020.
54. Radwański Z., *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unasienienia matki*, *Studia Iuridica Silesiana* 1979, nr 5.
55. Rafałowicz P., *Dziedziczenie ustawowe nasciturusa poczętego w procedurze zapłodnienia pozaustrojowego*, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 4.
56. Reid K.G.C., de Wal M.J., Zimmermann R., *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, [w:] *Comparative Succession Law. Intestate Succession*, red. K.G.C. Reid, M.J. de Wal, R. Zimmermann, Oxford 2015.

57. Rodríguez Guitián A.M., *La reproducción artificial post mortem en España: estudio ante un nuevo dilema jurídico*, Revista Boliviana de Derecho 2015, nr 20.
58. Rubenstein J.S., *Planning for Life After Death: Laws of Succession v the New Biology*, Trust & Trustees 2017, nr 1.
59. Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.
60. Smoczyński T., *Aksjologiczne podstawy dopuszczalności wspomaganej prokreacji ludzkiej*, [w:] *Wspomagana prokreacja ludzka. Prokreacja ludzka – zagadnienia legislacyjne*, red. T. Smoczyński, Poznań 1996.
61. Smoczyński T., *Nasciturus jako dobro prawne*, [w:] *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy)*, red. S. Sołtysiński, Poznań 1990.
62. Sobas M., *Odpowiedzialność cywilnoprawna za szkody doznane przed urodzeniem*, praca doktorska, niepublikowana, Uniwersytet Śląski, Katowice 2021.
63. Sokołowski T., *Prawo dziecka urodzonego w wyniku zastosowania technik wspomaganej prokreacji do poznania swojego pochodzenia*, [w:] *Prawne, medyczne i psychologiczne aspekty wspomaganej prokreacji*, red. J. Haberkro, M. Łączkowska, Poznań 2005.
64. Soniewicka M., *Dylematy macierzyństwa zastępczego*, tekst opublikowany w ramach debaty Polskiego Towarzystwa Bioetycznego: *Jak uregulować macierzyństwo zastępcze?*, http://www.ptb.org.pl/opinie_macierzynstwo.html.
65. Stecki L., *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos)*, Państwo i Prawo 1990, z. 10.
66. Strus Z., *Znaczenie artykułu 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Palestra 2014, nr 9.
67. Tanajewska R., *Pozycja prawna nasciturusa przy dziedziczeniu ustawowym w sytuacji śmierci spadkodawcy przed uznaniem ojcostwa*, Miscellanea Historico-Iuridica 2016, t. 15, z. 1.
68. Tworowska A., *Konsekwencje zabiegu sztucznej inseminacji post mortem – analiza wybranych zagadnień*, [w:] *W drodze do brzegu życia*, t. 12, red. E. Krajewska-Kułak, C. Łukaszuk, J. Lewko, W. Kułak, Białystok 2014.
69. Tworowska-Baraniuk A., *Sztuczna inseminacja nasieniem zmarłego dawcy – wątpliwości natury prawnej i etycznej*, [w:] *Non omnis moriar: osobiste i majątkowe aspekty prawne śmierci człowieka: zagadnienia wybrane*, t. 2, red. J. Gołaczyński, J. Mazurkiewicz, J. Turłukowski, D. Karkut, Wrocław 2015.
70. Tykwińska-Rutkowska D., *Zapłodnienie in vitro – problematyka administracyjnoprawna (na kanwie orzeczenia WSA z dnia 2006-08-30)*, Prawo i Medycyna 2007, nr 3.
71. Witczak H., Kawalko A., [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2021.
72. Wójcik B., *Status embrionu ludzkiego – stanowisko redukcjonistyczne, relatywistyczne*, [w:] *Bioetyka polska*, red. T. Biesaga, Kraków 2004.
73. Załucki M., *Krąg spadkobierców ustawowych de lege lata i de lege ferenda*, Przegląd Sądowy 2008, nr 1.
74. Żelichowski M., *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno- płodowego*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 1997, nr 1.
75. Żelichowski M., *Zarządzenie sądu opiekuńczego w trybie art. 109 k.r.o. względem embrionów nadliczbowych*, Prawo i Medycyna 2006, nr 23.

Rafał Łukasiewicz

Propozycje w zakresie wprowadzenia do polskiego prawa dawstwa identyfikowalnego komórek rozrodczych i zarodków

*Proposals for implementation of identifiable donation of
gametes and embryos into the Polish law*

Abstract

The purpose of this paper is to present proposals for implementation of identifiable donation of gametes and embryos into the Polish law. The analysis is divided into three parts. The first part examines arguments for the abolition of a donor's anonymity and the practical consequences of using direct-to-consumer genetic testing to track an anonymous donor. The second part deals with international documents regarding the child's right to know their genetic origins; attempts to standardize the model of gamete and embryo donation within the member states of the Council of Europe, analysis of national jurisdictions, and debate on the retrospective amendments of law. The third part moves to analysis of how the identifiable donation should be implemented into the Polish law, assuming that the law should be changed only prospectively. Therefore, differentiation of donors who decide on donation before changing the law and after amendment of law is taken into consideration. Moreover, the third part examines which potential changes to law may be taken into consideration, assuming that it is justified to indicate the circumstances of third-party reproduction in documents related to the Polish Registry of Births, Marriages and Deaths.

Keywords: donation, gametes, embryos, anonymity, identification

Streszczenie

Celem artykułu jest przedstawienie propozycji wprowadzenia dawstwa identyfikowalnego komórek rozrodczych i zarodków do polskiego prawa. Analiza podzielona jest na trzy części. Pierwsza z nich przedstawia argumenty przemawiające za zniesieniem anonimowości dawcy oraz praktyczne

Dr Rafał Łukasiewicz, Uniwersytet Rzeszowski, Kolegium Nauk Społecznych, Instytut Nauk Prawnych, Polska, ORCID: 0000-0003-4054-7492, e-mail: rlukasiewicz@ur.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 28.02.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 8.03.2023 r.

konsekwencje zastosowania badań genetycznych skierowanych bezpośrednio do konsumenta w celu odnalezienia anonimowego dawcy. Część druga poświęcona jest międzynarodowym dokumentom dotyczącym prawa dziecka do poznania swojego pochodzenia genetycznego, próbie ujednolicenia modelu dawstwa gamet i zarodków w państwach członkowskich Rady Europy, analizie ustawodawstw krajowych oraz dyskusji nad retrospektywną zmianą prawa. Część trzecia koncentruje się na sposobie implementacji dawstwa identyfikowalnego do prawa polskiego, przy założeniu, że zmiana prawa powinna nastąpić jedynie prospektywnie. Analiza uwzględnia zatem rozróżnienie dawców decydujących się na dawstwo przed zmianą prawa oraz po nowelizacji prawa. Ponadto trzecia część ukazuje, jakie potencjalne zmiany mogłyby być rozważone w przypadku uznania za zasadne wskazania w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego informacji o dawstwie.

Słowa kluczowe: dawstwo, gamety, zarodki, anonimowość, identyfikacja

1. Wstęp

Anonimowość dawców komórek rozrodczych i zarodków jest w wielu krajach obowiązującą zasadą, która opiera się na przeświadczeniu, że osoba urodzona w wyniku dawstwa komórek rozrodczych lub zarodków nie powinna mieć dostępu do informacji identyfikujących dawcę, w tym do jego imienia i nazwiska. Do ustawodawstw tych zalicza się także Polska¹. Współcześnie coraz mocniej do głosu dochodzi jednak stanowisko o konieczności zniesienia anonimowości ze względu na szereg argumentów związanych z prawem osoby poczętej w rezultacie dawstwa do poznania swojej tożsamości genetycznej². Znajduje ono swój wyraz w rosnącej liczbie państw, w których odstąpiono od zasady anonimowości dawców (np. Szwecja³, Zjednoczone Królestwo⁴, Austria⁵, Finlandia⁶ czy Portugalia⁷) na rzecz tzw. dawstwa identyfikowalnego, dającego osobie urodzonej w rezultacie dawstwa heterologicznego prawo do poznania danych identyfikujących dawcę⁸. Podkreślić wypada, że w znakomitej większości przypadków zmiany prawa miały charakter prospektywny, tj. dotyczyły przyszłych dawców, a więc takich, którzy dopiero zdecydują się na przekazanie swoich komórek rozrodczych innym osobom. Identyfikacja dawców, którzy w przeszłości przekazali swoje komórki rozrodcze do dawstwa, jest czasami możliwa za pośrednictwem rejestrów opartych na wzajemnej zgodzie (np. Zjednoczone Królestwo). Taki model jest wspierany przez rekomendację Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy 2156 (2019) „Anonimowe dawstwo nasienia i oocytów: wyważenie praw rodziców, dawców i dzieci” (tłumaczenie – R.Ł.)⁹, w którym wskazano, że zasadniczo należy „uchylić anonimowość w przypadku wszystkich przyszłych dawstw gamet w państwach członkowskich Rady Europy, a zastosowanie oddanych anonimowo nasienia i oocytów powinno być zabronione” (tłumaczenie – R.Ł.). Podkreślono także, że „anonimowość dawców

¹ Artykuł 30 ust. 1 pkt 1, art. 36 ust. 1 pkt 1 oraz art. 38 ust. 2 w zw. z art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy z 25.06.2015 r. o leczeniu niepłodności (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 442) – dalej u.l.n.

² W niniejszym artykule pominięte zostaną uwagi na temat innych zagadnień, które dotyczą problemu prawa dziecka do poznania swojego pochodzenia genetycznego, w tym przysposobienia, urodzeń anonimowych czy okien życia, gdyż każdy z tych przypadków ma swoją specyfikę wymagającą dodatkowej analizy.

³ Aktualnie: 6 kap. § 5, 7 kap. § 7 *Lag om genetisk integritet m.m.* (2006:351).

⁴ *Regulation 2, the Human Fertilization and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004, no. 1511. Section 31ZA, the Human Fertilization and Embryology Act 2008, no. 2008, c. 22.*

⁵ § 15, § 20 *Fortpflanzungsmedizinengesetz – FMedG, StF: BGBl. Nr. 275/1992.*

⁶ § 23, *Laki hedelmöityshoidoista*, 22.12.2006/1237.

⁷ *Artigo 15. Lei n.º 32/2006, de 26 de julho Procriação medicamente assistida (Lei n.º 48/2019 de 8 de julho Regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração).*

⁸ Tendencje w zakresie odchodzenia od anonimowości dawców są dostrzegalne także w niektórych orzeczeniach sądów krajowych, np. w Wielkiej Brytanii: wyrok Sądu Najwyższego z 26.07.2002 r., *Rose & Anor* przeciwko Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embryology Authority [2002] EWHC 1593; w Niemczech: wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 6.02.2013 r., I-14 U 7/12; w Portugalii: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7.05.2018 r., 225/2018, który stwierdził niekonstytucyjność przepisów regulujących anonimowość dawców. Orzecznictwo to oddziaływało na zmiany prawa w kierunku zniesienia anonimowości.

⁹ *Recommendation 2156 (2019) „Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children” (Parliamentary Assembly, Council of Europe)* – dalej rekomendacja 2156 (2019).

gamet nie powinna być uchylana z mocą wsteczną, jeżeli anonimowość została obiecana w momencie dawstwa, z wyjątkiem przyczyn medycznych lub gdy dawca wyraził zgodę na uchylenie anonimowości, a tym samym na wpisanie do rejestru dawców i osób poczętych w wyniku dawstwa” (tłumaczenie – R.Ł.). W wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC, Trybunał) z 7.09.2023 r. w sprawach Gauvin-Fournis przeciwko Francji i Silliau przeciwko Francji¹⁰ nie stwierdzono naruszenia art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹¹ w odniesieniu do podobnego modelu. Prawo francuskie zniósło w okresie od złożenia skarg do wydania wyroku anonimowość dawstwa względem przyszłych dawców, natomiast co do osób, które były dawcami w przeszłości, uzależniło uzyskanie – przez osoby poczęte w wyniku dawstwa – danych (w tym identyfikujących) dawców od wyrażonej przez nich zgody¹².

Równocześnie należy dostrzec, że coraz mocniej toruje sobie drogę pogląd o konieczności znoszenia anonimowości dawców także retrospektywnie, który w najpełniejszym wymiarze został zrealizowany w stanie Wiktorii w Australii¹³. Niezależnie od zachodzących w niektórych państwach zmian ustawowych na uwagę zwraca także to, że coraz trudniej zagwarantować anonimowość dawcy wobec istnienia różnych sposobów na jego zidentyfikowanie, nawet wbrew jego woli, w tym przede wszystkim zastosowanie *direct-to-consumer genetic testing* (dalej DTCGT), a więc testów genetycznych oferowanych bezpośrednio konsumentom. Europejskie Towarzystwo Rozrodu Człowieka i Embriologii, dostrzegając powyżej zachodzące procesy, zaleca w swoich rekomendacjach informowanie dawców i biorców o tym, że anonimowość nie może dzisiaj być zagwarantowana m.in. ze względu na możliwość retrospektywnej zmiany prawa czy zastosowanie komercyjnych testów DNA¹⁴.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie propozycji normatywnego uregulowania sytuacji prawnej dawców komórek rozrodczych i zarodków przy założeniu, że model dawstwa identyfikowalnego jest pożądanym kierunkiem zmian prawa polskiego. Przedstawiona analiza obejmuje jedynie prawnie uznane ścieżki poszukiwania dawców, które podlegają określonemu, wybranemu w danym systemie prawnym reżimowi w zakresie dostępu do informacji na temat dawcy. Współcześnie niezwykle popularne jest korzystanie przez dawców i biorców z innych, nieformalnych sposobów doboru, w tym przede wszystkim serwisów internetowych, takich jak Pride Angel. W takich przypadkach kwestie dotyczące dostępu do informacji o dawcy mogą być ustalane wyłącznie przez dawców i biorców. Wymykają się one

¹⁰ Skarga nr 21424/16, skarga nr 45728/17, ECLI:CE:ECHR:2023:0907JUD002142416.

¹¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC.

¹² Wyrok ETPC z 7.09.2023 r., skarga nr 21424/16, Gauvin-Fournis przeciwko Francji, oraz skarga nr 45728/17, Silliau przeciwko Francji, ECLI:CE:ECHR:2023:0907JUD002142416.

¹³ *Assisted Reproductive Treatment Amendment Act 2016* (2016 no. 6).

¹⁴ ESHRE Working Group on Reproductive Donation, J. Kirkman-Brown, C. Calhaz-Jorge, E.A.F. Dancet, K. Lundin, M. Martins, K. Tilleman, P. Thorn, N. Vermeulen, L. Frith, *Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation*, „Human Reproduction Open” 2022/1, s. 8, 12–13, <https://doi.org/10.1093/hropen/hoac001> (dostęp: 2.10.2023 r.).

przyjętemu w danym systemie prawnemu modelowi¹⁵. Pomimo istnienia przepisów ustawy o leczeniu niepłodności wciąż można odszukać polskie strony internetowe, za pośrednictwem których można znaleźć dawcę nasienia¹⁶. W takich przypadkach dawca może przekazać biorcy (biorcom) określone informacje na swój temat (odrębną kwestią jest ich weryfikacja). W przyszłości jedynym dysponentem wszelkich informacji o dawcy będzie jednak rodzic prawny (rodzice prawni) osoby poczętej w ten sposób. Niekoniecznie zechce on podzielić się tą wiedzą ze swoim dzieckiem. W rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków nie będą znajdować się żadne informacje dotyczące dawcy. W związku z tym osoba poczęta dzięki takiemu dawstwu może nie poznać nawet wąskiego zakresu danych nieidentyfikujących.

Poniższe rozważania dotyczą tylko kwestii wprowadzenia dawstwa identyfikowalnego i pozostawiają na uboczu ewentualną zasadność unormowania także dawstwa jawnego, którego szczególnym rodzajem jest dawstwo wewnątrzrodzinne¹⁷. Zagadnienie to wiąże się z koniecznością analizy szeregu dodatkowych czynników, takich jak motywacje przekazania gamet w ramach jednej rodziny czy konsekwencje zastosowania takiego rozwiązania. Poza tym dawstwo wewnątrzrodzinne jest aprobowane zarówno w państwach, w których obowiązuje dawstwo identyfikowalne, jak i w państwach, w których dawstwo jest anonimowe, co ukazuje, że konstrukcja ta może być przyjęta niezależnie od tego, który z modeli (anonimowość czy identyfikowalność) jest obowiązujący w danym systemie prawnym. Oznacza to, że kwestia ta leży poza głównym nurtem rozważań przyjętych w niniejszym artykule.

Część pierwsza niniejszego artykułu poświęcona zostanie krótkiemu przedstawieniu pozaprawnych aspektów związanych z problematyką anonimowości dawców, w tym podstawowych argumentów za zniesieniem anonimowości oraz praktycznych

¹⁵ Szerzej m.in.: T. Freeman, V. Jadva, E. Tranfield, S. Golombok, *Online sperm donation: a survey of the demographic characteristics, motivations, preferences and experiences of sperm donors on a connection website*, „Human Reproduction” 2016/31(9), s. 2082–2089, <https://doi.org/10.1093/humrep/dew166> (dostęp: 2.10.2023 r.); G. Pennings, *A SWOT analysis of unregulated sperm donation*, „Reproductive BioMedicine Online” 2023/46(1), s. 203–209, <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2022.09.013> (dostęp: 2.10.2023 r.); S. Graham, T. Freeman, V. Jadva, *A comparison of the characteristics, motivations, preferences and expectations of men donating sperm online or through a sperm bank*, „Human Reproduction” 2019/34(11), s. 2208–2218, <https://doi.org/10.1093/humrep/dez173> (dostęp: 2.10.2023 r.).

¹⁶ Na przykład: <https://robimyzdzieci.com/viewforum.php?f=2> (dostęp: 23.02.2023 r.); <http://www.dawcy-spermy.pl/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

¹⁷ Zob. m.in.: V. Jadva, P. Casey, J. Readings, L. Blake, S. Golombok, *A longitudinal study of recipients' views and experiences of intra-family egg donation*, „Human Reproduction” 2011/26(10), s. 2777–2782, <https://doi.org/10.1093/humrep/der252> (dostęp: 2.10.2023 r.); R. Lessor, *All in the family: social processes in ovarian egg donation between sisters*, „Sociology of Health and Illness” 1993/15(3), s. 393–431, <https://doi.org/10.1111/1467-9566.ep10490713> (dostęp: 2.10.2023 r.); L.A. Marshall, *Intergenerational gamete donation: Ethical and societal implications*, „American Journal of Obstetrics and Gynecology” 1998/178(6), s. 1171–1176, [https://doi.org/10.1016/S0002-9378\(98\)70319-9](https://doi.org/10.1016/S0002-9378(98)70319-9) (dostęp: 2.10.2023 r.); E. Vayena, S. Golombok, *Challenges in Intra-Family Donation*, [w:] *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, red. M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby, Cambridge 2012, s. 168–188, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139026390.010> (dostęp: 2.10.2023 r.). Aprobując za takim rozwiązaniem w prawie polskim: A. Krawczak, *Ustawa a potrzeba poznania własnego dziedzictwa genetycznego przez dzieci urodzone dzięki dawstwu niepartnerskiemu*, „Prawo i Medycyna” 2017/4, s. 48; M. Boratyńska, *Tajemnica lekarska in vitro w ustawie reprodukcyjnej – suma wszystkich strachów*, „Prawo i Medycyna” 2017/4, s. 64; R. Łukasiewicz, *Dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Forum Prawnicze” 2018/3, s. 42–56.

konsekwencji upowszechnienia się DTCGT. Pozwoli ona ustalić, że współcześnie anonimowość dawców przestaje być uznaną wartością, która leżała u jej podstaw przez wiele lat. Anonimowość zostaje także wypierana przez względy czysto praktyczne, gdyż korzystanie z komercyjnych testów DNA i innych ścieżek poszukiwania dawców pozwala kwestionować jakiekolwiek gwarancje ich anonimowości.

Część druga będzie stanowić próbę przedstawienia problematyki anonimowości dawstwa z międzynarodowej perspektywy. Obejmie ona rozważania dotyczące regulacji zawartych w dokumentach międzynarodowych, w tym prób standaryzacji tej problematyki w ramach państw Rady Europy. Podjęta zostanie także analiza orzecznictwa ETPC. Równolegle do prezentacji treści i interpretacji stanowisk w obszarze prawa międzynarodowego ukazane zostaną również rozwiązania w wybranych krajach, w szczególności z uwzględnieniem żywo dyskutowanego problemu znoszenia anonimowości prospektywnie oraz retrospektywnie.

Część trzecia niniejszego artykułu będzie koncentrować się na ustaleniu, jaki kształt przepisów powinien być przyjęty w przypadku odejścia od zasady anonimowości dawców w polskim porządku prawnym. Stanowić ona będzie pogłębienie analizy zawartej w częściach pierwszej i drugiej, które pozwalają stworzyć podbudowę pod uzasadnienie tez prezentowanych w stosunku do prawa polskiego. Uwagi będą obejmować rozważania na temat pozycji dawców, która powinna być zróżnicowana w zależności od tego, kiedy doszło do dawstwa – czy po wejściu proponowanych zmian znoszących anonimowość, czy wcześniej. Z zagadnieniem tym ściśle wiąże się to, jakie rejestry powinny być stosowane do udostępniania oraz wymiany informacji na temat dawców, a zwłaszcza – co zrobić w przypadkach, w których dokumentacja dotycząca dawcy została utracona. Oprócz tego należy podkreślić konieczność podjęcia dalszej dyskusji w zakresie tego, czy informacja o dawstwie lub dawcy powinna być odnotowana w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego oraz jakie potencjalne kierunki zmian mogą występować w tym obszarze.

2. Pozaprawne aspekty dotyczące anonimowości dawców

2.1. Uwagi wstępne

Propozycje zmian polskiego prawa w kierunku odejścia od zasady anonimowości dawców muszą być poprzedzone przedstawieniem, choćby w ograniczonym zakresie, argumentów przytaczanych w debacie na temat prawa do poznania tożsamości genetycznej. Niezależnie od tych argumentów nie można pomijać tego, że współcześnie i tak nie można skutecznie zagwarantować dawcom anonimowości, bowiem osoby poczęte wskutek dawstwa heterologicznego są czasami w stanie poznać tożsamość dawcy, nawet wbrew jego woli. Dzięki zastosowaniu różnych metod poszukiwania, m.in. opartych na znalezieniu krewnych dawcy za pośrednictwem komercyjnych testów DNA, utrzymanie anonimowości jest tylko obietnicą bez pokrycia. Stawia to pytanie o sens utrzymywania modelu dawstwa anonimowego w sytuacji, w której nie można już być pewnym, że dawca zawsze pozostanie anonimowy.

2.2. Podstawowe argumenty przemawiające za dawstwem identyfikowalnym

W literaturze przedmiotu problematyka prawa dziecka do poznania swojej tożsamości genetycznej doczekała się licznych opracowań, w których powoływano szereg argumentów zarówno za anonimowością dawców, jak i za prawem dziecka do poznania tożsamości dawców¹⁸. Richard J. Blauwhoff, dokonując syntezy zgłaszanych w piśmiennictwie sposobów uzasadnienia prawa dziecka do poznania swojego pochodzenia genetycznego, dokonał podziału na argumentację zorientowaną na interes (*interest-oriented arguments*, „*utility*”) oraz argumentację zorientowaną na wybór (*choice-oriented arguments*, „*autonomy*”)¹⁹. Należy przyjąć, że choć powyższa próba usystematyzowania różnych argumentów przytaczanych w dyskusji nad prawem do poznania tożsamości genetycznej pozwala uporządkować rozważania na ten temat, sam autor dostrzega, że rozróżnienie między dwoma zestawami argumentacji (zorientowanych na interes i zorientowanych na wybór) nie jest ostre, gdyż przyjęcie stanowiska opartego na autonomii pomaga również chronić określone interesy, w szczególności integralność psychiczną²⁰.

W ramach pierwszej argumentacji (zorientowanej na interes) można wyróżnić cztery sposoby uzasadnienia prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej: psychologiczne, tożsamościowe, medyczne oraz związane z uniknięciem kazirodztwa²¹. Można dostrzec silne sprzężenie między argumentami kładącymi nacisk na sferę psychologiczną oraz tożsamościową osób poczętych w ramach dawstwa heterologicznego. Wśród części z tych osób, które dowiedziały się o okolicznościach swojego poczęcia, występuje poczucie tzw. utraconej tożsamości (*lost identity*) czy tzw. genealogicznej dezorientacji (*genealogical bewilderment*)²². Sama wiedza o braku związku genetycznego z jednym rodzicem albo obojgiem rodziców może uruchomić potrzebę dowiedzenia się więcej o swoim pochodzeniu, co może wiązać się z dążeniem do poznania tożsamości dawcy czy dalszych krewnych.

¹⁸ Przeciwno anonimowości m.in.: K.R. Daniels, K. Taylor, *Secrecy and Openness in Donor Insemination*, „Politics and the Life Sciences” 1993/12(2), s. 155–170, <https://doi.org/10.1017/S0730938400023984> (dostęp: 2.10.2023 r.); L. Frith, *Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate*, „Human Reproduction” 2001/16(5), s. 818–824, <https://doi.org/10.1093/humrep/16.5.818> (dostęp: 2.10.2023 r.); N.R. Cahn, *The New Kinship*, „Georgetown Law Journal” 2012/100(2), s. 367–429; S. Allan, *Donor Conception and the Search for Information. From Secrecy and Anonymity to Openness*, London–New York 2017, <https://doi.org/10.4324/9781315568171> (dostęp: 2.10.2023 r.). Choć anonimowość jest coraz powszechniej krytykowana, w ostatnich latach pojawiały się też głosy odmienne: I.G. Cohen, *Response: Rethinking Sperm-Donor Anonymity: Of Changed Selves, Non-Identity, and One-Night Stands*, „Georgetown Law Journal” 2012/100(2), s. 431–447; G. Pennings, *Gamete donation should be anonymous: for*, [w:] *50 Big Debates in Reproductive Medicine*, red. R. Homburg, A.H. Balen, R.F. Casper, Cambridge 2021, s. 165–166, <https://doi.org/10.1017/9781108986373.065> (dostęp: 2.10.2023 r.). Literatura polska – zob. przypis 87.

¹⁹ R.J. Blauwhoff, *Foundational facts, Relative truths. A comparative law study on child's right to know their genetic origins*, Utrecht 2009, s. 16.

²⁰ R.J. Blauwhoff, *Foundational...*, s. 15, 23, 25–26.

²¹ Podobnie: S. Allan, *Donor...*, s. 34–45.

²² Szerzej m.in. A.J. Turner, A. Coyle, *What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy*, „Human Reproduction” 2000/15(9), s. 2050, <https://doi.org/10.1093/humrep/15.9.2041> (dostęp: 2.10.2023 r.).

Informacje o swoim pochodzeniu genetycznym mogą mieć też fundamentalne znaczenie dla ochrony zdrowia osoby poczętej wskutek dawstwa. Odnotowano szereg przypadków, w których brak informacji o stanie zdrowia dawcy lub członków jego rodziny doprowadził do braku możliwości podjęcia adekwatnych środków w celu ochrony zdrowia osoby poczętej dzięki dawstwu. W stanie Wiktorii w Australii jednym z czynników, które doprowadziły do zmiany prawa, była sprawa Narelle Grech, osoby urodzonej w rezultacie dawstwa nasienia, która zmarła 26.03.2013 r. po 2-letnich zmaganiach z nowotworem jelita. Choć poznała ona swojego dawcę na 6 tygodni przed śmiercią, podkreślała, że gdyby miała dostęp do odpowiednich danych medycznych dotyczących dawcy, być może udałooby się zdiagnozować chorobę odpowiednio wcześniej²³. Można twierdzić, że dostęp do szerokiego zakresu danych nieidentyfikujących, a zwłaszcza medycznych, który jest możliwy w wielu krajach, gdzie dawstwo jest anonimowe, chroni w sposób wystarczający interes osoby poczętej dzięki dawstwu. Problematyczny może być jednak nie tyle sam zakres danych, do których osoba taka ma dostęp, ale również to, w jaki sposób są one gromadzone. Przede wszystkim po przekazaniu komórek rozrodczych do dawstwa dawca mógł dowiedzieć się o swojej chorobie, jak również chorobie, na którą cierpią członkowie jego rodziny. Wobec tego w piśmiennictwie postuluje się, aby dokumentacja oraz komunikacja w zakresie informacji zdrowotnych była kontynuowana także po zgromadzeniu oraz dystrybucji komórek rozrodczych²⁴. Dawstwo identyfikowalne pozwala na zminimalizowanie tego rodzaju przypadków, bowiem dawca zgadza się na udostępnienie swoich danych identyfikujących. Istnieje więc możliwość bezpośredniego kontaktu z dawcą i wymiany informacji, w tym dotyczących zdrowia. Wiedza o pochodzeniu od określonego dawcy pozwala także uniknąć przypadkowych związków kaziroidycznych, gdy osoby poczęte dzięki dawstwu od tej samej osoby decydują się na współżycie czy małżeństwo, choć można również stworzyć prawną możliwość weryfikacji, czy wskazane osoby pochodzą od tego samego dawcy, co niekoniecznie musi wiązać się z poznaniem jego personaliów²⁵.

Druga wskazana przez R.J. Blauwhoffa kategoria obejmuje argumenty kładące nacisk na pojęcia tzw. informacyjnego samostanowienia (*informational self-determination*) oraz tzw. prywatności decyzyjnej (*decisional privacy*)²⁶. W przypadku koncepcji zorientowanej na wybór, w której prymarną rolę odgrywa autonomia jednostki, prawo do poznania tożsamości genetycznej bywa argumentowane twierdzeniem,

²³ Dokumenty przedłożone w toku prac Victorian Law Reform Committee, za: S. Allan, *Donor...*, s. 39–40.

²⁴ P. Callum, L.M. Messiaen, P.V. Bower, F. Skovby, J. Iger, S. Timshel, C.A. Sims, R.E. Falk, *Gonosomal mosaicism for an NF1 deletion in a sperm donor: evidence of the need for coordinated, long-term communication of health information among relevant parties*, „Human Reproduction” 2012/27(4), s. 1225, <https://doi.org/10.1093/humrep/des014> (dostęp: 2.10.2023 r.).

²⁵ W mediach informowano, że podczas programu na żywo zgłosił się mężczyzna twierdzący, że jego żona i on są osobami urodzonymi wskutek zastosowania nasienia tego samego dawcy, o czym małżeństwo dowiedziało się już po ślubie i po urodzeniu własnych dzieci – E. Yoffe, *My wife is my sister*, <https://slate.com/human-interest/2013/02/dear-prudence-my-wife-and-i-came-from-the-same-sperm-donor.html> (dostęp: 2.10.2023 r.).

²⁶ R.J. Blauwhoff, *Foundational...*, s. 15–29.

że sama w sobie potrzeba poznania prawdy jest uzasadnionym powodem udostępnienia określonych informacji o pochodzeniu, niezależnie od szeregu argumentów zorientowanych na precyzyjniej ujęte interesy, np. medyczne.

Przedstawione powyżej argumenty za prawem do poznania tożsamości genetycznej muszą być rzecz jasna skonfrontowane z interesami innych zaangażowanych podmiotów. Dalsze uwagi będą dotyczyć przede wszystkim potencjalnego konfliktu interesów, który może wystąpić na linii osoba poczęta w wyniku dawstwa – dawca. Kluczowe znaczenie będzie miała w szczególności odpowiedź na pytanie, czy pozycja prawna dawców, którzy zdecydowali się na przekazanie swoich komórek rozrodczych (zarodków) do dawstwa w okresie, gdy zasadę stanowiła anonimowość, powinna być oparta na kryterium ich zgody w zakresie ujawnienia ich tożsamości osobom urodzonym w wyniku dawstwa.

W procedurę medycznie wspomaganą prokreacji z zastosowaniem komórek rozrodczych lub zarodków od dawcy (dawców) są z natury rzeczy zaangażowani także biorcy. Choć w dyskusji na temat przejścia na model dawstwa identyfikowalnego ich interesom poświęca się mniej miejsca, wypada nadmienić, że ich postawa względem ujawnienia tożsamości dawcy może być różna. Nie można apriorycznie stwierdzić, że wszyscy rodzice są przeciwni, by ich dziecko poznało tożsamość dawcy, tak samo jak nie można przyjąć we wszystkich przypadkach stanowiska odwrotnego. Zagraniczne badania pokazują, że choć znaczna grupa rodziców mówi lub zamierza powiedzieć dziecku o okolicznościach jego poczęcia, część rodziców deklaruje, że tego nie zrobi²⁷. Z drugiej strony czasami również sami rodzice są zainteresowani poszukiwaniem dawcy czy przyrodniego rodzeństwa ich dziecka²⁸. Najsilniejsze sprężenie między regulacjami dotyczącymi prawa dziecka do poznania swojej tożsamości a interesami rodziców ma miejsce wówczas, gdy osoba poczęta wskutek dawstwa uzyska informacje o dawstwie bez wyraźnej inicjatywy, np. na podstawie dokumentów z zakresu rejestracji stanu cywilnego. Z punktu widzenia rodziców takie rozwiązanie jest najistotniejsze. Mają oni bowiem właściwie pewność, że dziecko dowie się o fakcie poczęcia w wyniku dawstwa, co może skłaniać ich do tego, aby samodzielnie ujawnić dziecku tę informację wcześniej.

²⁷ A. Brewaeys, J.K. de Bruyn, L.A. Louwe, F.M. Helmerhorst, *Anonymous or identity-registered sperm donors? A study of Dutch recipients' choices*, „Human Reproduction” 2005/20(3), s. 820–824, <https://doi.org/10.1093/humrep/deh708> (dostęp: 2.10.2023 r.); C. Lampic, A. Skoog Svanberg, K. Sorjonen, G. Sydsjö, *Understanding parents' intention to disclose the donor conception to their child by application of the theory of planned behaviour*, „Human Reproduction” 2021/36(2), s. 395–404, <https://doi.org/10.1093/humrep/deaa299> (dostęp: 2.10.2023 r.); J. Readings, L. Blake, P. Casey, V. Jadv, S. Golombok, *Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy*, „Reproductive BioMedicine Online” 2011/22(5), s. 485–495, <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2011.01.014> (dostęp: 2.10.2023 r.); S. Isaksson, G. Sydsjö, A. Skoog Svanberg, C. Lampic, *Disclosure behaviour and intentions among 111 couples following treatment with oocytes or sperm from identity-release donors: follow-up at offspring age 1–4 years*, „Human Reproduction” 2012/27(10), s. 2998–3007, <https://doi.org/10.1093/humrep/des285> (dostęp: 2.10.2023 r.).

²⁸ T. Freeman, V. Jadv, W. Kramer, S. Golombok, *Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor*, „Human Reproduction” 2009/24(3), s. 505–516, <https://doi.org/10.1093/humrep/den469> (dostęp: 2.10.2023 r.).

2.3. Brak możliwości zagwarantowania dawcy anonimowości

Upowszechnienie oferowanych przez takie podmioty jak Ancestry, Family Tree DNA, 23andMe czy MyHeritage DNA testów genetycznych skierowanych bezpośrednio do konsumenta (*direct-to-consumer genetic testing*, DTCGT) otworzyło nowe możliwości m.in. w zakresie poszukiwania powiązań genetycznych, w tym poszukiwania anonimowych dawców. Co warto podkreślić, dawcy niekoniecznie muszą sami skorzystać z DTCGT, a ich odnalezienie może nastąpić za pośrednictwem innych krewnych oraz danych nieidentyfikujących, którymi często dysponuje osoba poczęta w rezultacie dawstwa. Przykładowo w 2005 r. media podały informację, że 15-letni chłopiec odnalazł swojego dawcę za pośrednictwem komercyjnego testu DNA. Najpierw w bazie danych odnaleziono dwóch mężczyzn, którzy po pierwsze byli prawdopodobnie rodzeństwem chłopca, po drugie nosili dość rzadkie nazwisko. Matka chłopca znalazła informacje o dacie i miejscu urodzenia dawcy oraz o kierunku studiów. Łącząc te wszystkie dane, udało się znaleźć dawcę, który dotychczas był anonimowy²⁹. Kolejnym przykładem jest przypadek anonimowego dawcy nr 3066, którego poszukiwania zostały rozpoczęte przez matkę dziewczynki, której był genetycznym ojcem. Matka, dostrzegając pewne niepokojące symptomy u córki (wrażliwość na dźwięki, chodzenie na palcach), rozpoczęła poszukiwania jej rodzeństwa przyrodniego za pośrednictwem platformy Donor Sibling Registry, aby dowiedzieć się, czy inne osoby poczęte od tego samego dawcy przejawiają podobne zachowania. Doprowadziło to do stworzenia grupy 13 rodzin, które były połączone przez udział dawcy nr 3066 w poczęciu dzieci należących do tych rodzin. Poszukiwania pozwoliły odnaleźć anonimowego dawcę za pośrednictwem platformy Family Tree DNA, oferującej DTCGT, przy czym dobór nastąpił dzięki próbce DNA od innego dziecka (syna) będącego również potomkiem genetycznym dawcy. Ostatecznie udało się zidentyfikować nieżyjącego już dawcę, co nastąpiło dzięki pytaniom zadanyim jego synowi. Opierały się one na przekazanych matce danych nieidentyfikujących dawcę (data urodzenia, przynależność do Baseball Hall of Fame)³⁰. Oprócz przypadków, w których określone osoby intencjonalnie dążą do tego, aby odnaleźć dawcę, odnotowano także sytuacje, w których skorzystanie z DTCGT doprowadziło do nieumyślnego odkrycia okoliczności, że jest się osobą poczętą w wyniku dawstwa³¹. Ankieta „2020 We Are Donor Conceived” przeprowadzona wśród 481 osób poczętych w rezultacie dawstwa, których większość dawców była anonimowa, bez zgody na ujawnienie tożsamości (89%), wykazała, że informacja o okolicznościach ich poczęcia została przez nich uzyskana dzięki DTCGT w 34% przypadków. Informacja o tym, że

²⁹ A. Motluk, *Anonymous sperm donor traced on internet*, <https://www.newscientist.com/article/mg-18825244-200-anonymous-sperm-donor-traced-on-internet/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

³⁰ R. Lehmann-Haupt, *Are sperm donors really anonymous anymore? DNA testing makes them easy to trace*, <https://slate.com/human-interest/2010/02/dna-testing-makes-it-easy-to-find-the-identity-of-anonymous-sperm-donors.html> (dostęp: 2.10.2023 r.).

³¹ M. Crawshaw, *Direct-to-Consumer DNA testing: the fallout for individuals and their families unexpectedly learning of their donor conception origins*, „Human Fertility” 2018/21(4), s. 225–228, <https://doi.org/10.1080/14647273.2017.1339127> (dostęp: 2.10.2023 r.).

doszło do dawstwa pochodziła jednak najczęściej od rodziców. Była ona udzielana w różnym okresie: dzieciństwa (21%), nastoletnim (11%), dorosłości (23%)³².

Niezależnie od skali zjawiska identyfikacji anonimowych dawców występowanie tego rodzaju przypadków skłania do pogłębionej refleksji na temat zasadności dalszego utrzymywania modelu dawstwa anonimowego³³. W krajach, w których wciąż jest to rozwiązanie aprobowane, tworzy się iluzję gwarancji utrzymania tożsamości dawcy w tajemnicy. Należy również podkreślić, że już dzisiaj obowiązek informacyjny w stosunku do stron zaangażowanych w procedurę dawstwa anonimowego (biorców i dawców) powinien obejmować pouczenie o tym, że nie można skutecznie zagwarantować dawcy anonimowości³⁴. *Prima facie* identyfikacja dawcy za pośrednictwem DTCGT może prowadzić do naruszenia prywatności anonimowego dawcy, który nie życzy sobie ujawnienia swojej tożsamości. Guido Pennings, optując za tym, aby państwa chroniące anonimowość podejmowały działania przeciwko podmiotom, które naruszają zasadę anonimowości z uwagi na stosowanie DTCGT, sam dostrzega, że kontrola państwa jest w tej sferze bardzo trudna, jeśli nie niemożliwa, w sytuacji gdy podmioty oferujące takie testy funkcjonują w ustawodawstwach, które nie zabraniają takich działań³⁵. Poza tym zgoda dawcy na ujawnienie jego tożsamości jest w praktyce trudna do ochrony, gdyż bazy danych prowadzone przez podmioty oferujące DTCGT często służą do „dopasowania” dziecka poczętego w wyniku dawstwa heterologicznego oraz krewnych dawcy i w ten sposób stanowią jedynie pośrednią identyfikację dawcy³⁶. W takich przypadkach dane dawcy nie są w ogóle przetwarzane przez podmioty oferujące DTCGT, a znalezienie dawcy odbywa się już poza ich działalnością.

³² <https://www.wereadonorconceived.com/2020-survey-top/2020-we-are-donor-conceived-survey/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

³³ Szerzej: D. Adams, S. Allan, *Building a Family Tree: Donor-Conceived People, DNA Tracing and Donor 'Anonymity'*, „Australian Journal of Adoption” 2013/7(2), s. 1-15; P. Borry, O. Rusu, W. Dondorp, G. de Wert, B.M. Knoppers, H.C. Howard, *Anonymity 2.0.: Direct-to-Consumer Genetic Testing and Donor Conception*, „Fertility and Sterility” 2014/101(3), s. 630-632, <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2013.11.035> (dostęp: 2.10.2023 r.); J.C. Harper, D. Kennett, D. Riesel, *The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business*, „Human Reproduction” 2016/31(6), s. 1135-1140, <https://doi.org/10.1093/humrep/dew065> (dostęp: 2.10.2023 r.). Odmienne: G. Pennings, który wskazuje, że choć anonimowość nie może być już dzisiaj zagwarantowana, może ona nadal wypełniać swoją podstawową funkcję, jaką jest wyrażenie pragnienia utrzymania dystansu i prywatności. G. Pennings, *Genetic databases and the Future of Donor Anonymity*, „Human Reproduction” 2019/34(5), s. 788, <https://doi.org/10.1093/humrep/dez029> (dostęp: 2.10.2023 r.).

³⁴ Zob. rekomendacje European Society of Human Reproduction and Embryology (dalej ESHRE) dotyczące obowiązku informacyjnego: ESHRE Working Group on Reproductive Donation, J. Kirkman-Brown, C. Calhaz-Jorge, E.A.F. Dancet, K. Lundin, M. Martins, K. Tilleman, P. Thorn, N. Vermeulen, L. Frith, *Good...*, s. 8, 12-13.

³⁵ G. Pennings, *Genetic...*, s. 787.

³⁶ W doktrynie prezentowane jest także stanowisko, że ujawnienie tożsamości dawców może prowadzić do roszczeń opartych na prawie deliktowym: A. Hoglund-Shen, *Direct-to-Consumer Genetic Testing, Gamete Donation and the Law*, „Family Court Review” 2017/55(3), s. 478, <https://doi.org/10.1111/fcre.12288> (dostęp: 2.10.2023 r.). W praktyce doszło do pozwu banku nasienia przeciwko matce, która dążyła do identyfikacji anonimowego dawcy – N. Rahhal, *Sperm bank punishes mother for accidentally finding her donor through 23AndMe*, <https://www.dailymail.co.uk/health/article-6653943/Sperm-bank-PUNISHES-mother-accidentally-finding-donor-23AndMe.html> (dostęp: 2.10.2023 r.).

3. Prawo do poznania tożsamości genetycznej – dokumenty międzynarodowe a rozwiązania w wybranych państwach

3.1. Uwagi wstępne

Prawo do poznania tożsamości rodziców genetycznych osób urodzonych w wyniku dawstwa heterologicznego jest zagadnieniem skomplikowanym, a rozwiązania normatywne w tym zakresie wyraźnie się różnią. Wciąż brakuje jednolitych standardów międzynarodowych, które pozwoliłyby w jednoznaczny sposób odpowiedzieć na pytanie, czy osoby poczęte w wyniku dawstwa mają zawsze prawo poznać tożsamość dawców. W ostatnich latach coraz mocniej uwypukla się tendencja do przechodzenia na model tzw. dawstwa identyfikowalnego. Poniższe uwagi uwzględniają nie tylko dominujące wśród zwolenników takiego modelu zapatrywanie o konieczności dokonywania zmian w sposób prospektywny, ale także poglądy na temat zniesienia anonimowości retrospektywnie. Analiza rozwiązań proponowanych na arenie międzynarodowej będzie uzupełniona nawiązaniem do regulacji w konkretnych systemach prawnych.

3.2. Konwencja o prawach dziecka

Problematyka prawa dziecka do poznania tożsamości genetycznej bywa analizowana na podstawie regulacji Konwencji o prawach dziecka³⁷. Zgodnie z art. 7 ust. 1 KPD „niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką”. Zgodnie zaś z art. 8 ust. 1 KPD „Państwa-Strony podejmują działania mające na celu poszanowanie prawa dziecka do zachowania jego tożsamości, w tym obywatelstwa, nazwiska, stosunków rodzinnych, zgodnych z prawem, z wyłączeniem bezprawnych ingerencji”. Zwrot „jeśli to możliwe”, użyty w art. 7 ust. 1 KPD, wywołuje spory interpretacyjne, które mają kluczowe znaczenie dla ochrony prawa dziecka do poznania swojej tożsamości genetycznej. Wskazuje się, że sformułowanie to świadczy o tym, że prawo to nie jest absolutne oraz że obejmuje różne stany faktyczne. Rachel Hodgkin i Peter Newell wyróżniają trzy przypadki: po pierwsze dzieci, których rodzic lub rodzice nie mogą być zidentyfikowani, np. gdy matka nie zna ojca lub kiedy dziecko zostało porzucone; po drugie dzieci, których matka odmawia ujawnienia tożsamości ojca, np. ze względu na zdradę czy gwałt; po trzecie dzieci, w przypadku których państwo zdecydowało, że rodzice nie powinni być zidentyfikowani, np. w razie anonimowej adopcji czy anonimowego dawstwa komórek rozrodczych. Autorzy zwracają uwagę, że ostatnia kategoria

³⁷ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.) – dalej KPD.

obejmuje najbardziej kontrowersyjne aspekty interpretacji zwrotu „jeśli to możliwe”³⁸. Niektórzy przedstawiciele doktryny przyjmują wykładnię ww. zwrotu, zgodnie z którą nie obejmuje on sytuacji, w których ustawodawca konstruuje ograniczenia dotyczące poznania tożsamości rodziców, ale dotyczy jedynie pewnych faktycznych ograniczeń związanych z możliwością uzyskania takiej informacji. John Tobin, odnosząc się do analizowanego zwrotu, zauważa, że stanowi on uwzględnienie sytuacji, w której tożsamość rodzica może być nieznaną, np. z powodu gwałtu. Wówczas nie jest możliwe, aby dziecko знаło swojego rodzica. Autor przyjmuje jednak, że przepis ten tworzy domniemanie na korzyść prawa do uzyskania informacji o swoich rodzicach, jeżeli te informacje są dostępne³⁹. Adem Arkadas-Thibert i Gerison Lansdown, analizując treść art. 7 KPD, wskazują, że należy go interpretować w związku z art. 8 KPD, a zatem prawo do poznania tożsamości powinno obejmować znajomość tożsamości każdej osoby, z którą łączy ją m.in. więzy biologiczne, np. w wyniku zastosowania technologii wspomaganej prokreacji⁴⁰. Występowanie w wielu państwach dawstwa anonimowego oraz jedynie prospektywne zmiany dawstwa na identyfikowalne sugerują jednak, że współcześnie przewagę ma interpretacja pozwalająca w pewnych przypadkach ograniczenie prawa dziecka urodzonego dzięki dawstwu do poznania tożsamości genetycznej.

3.3. Europejska Konwencja Praw Człowieka

Rozważania na temat prawa dziecka do poznania swojej tożsamości genetycznej są wywodzone także z art. 8 ust. 1 EKPC, zgodnie z którym „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”. Do niedawna ETPC nie wypowiedział się w sprawie prawa osoby urodzonej w wyniku dawstwa heterologicznego do poznania tożsamości dawcy. Analiza decyzji i wyroków ETPC w innych sprawach prowadziła jednak do wniosku, że prawo do poznania tożsamości genetycznej nie jest traktowane przez Trybunał jako prawo absolutne, np. w sytuacjach gdy prawne ojcostwo nie odpowiada prawdzie genetycznej⁴¹ czy w przypadkach anonimowego urodzenia⁴². Te ostatnie przypadki wydają się być najbardziej zbliżone do badanej w niniejszym artykule problematyki.

³⁸ R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Geneva 2007, s. 106–107.

³⁹ J. Tobin, *Donor-conceived individuals and access to information about their genetic origins: the relevance and role of rights*, „Journal of Law and Medicine” 2012/19(4), s. 742–749.

⁴⁰ A. Arkadas-Thibert, G. Lansdown, *Article 7: The Right to a Name, Nationality, and to Know and Be Cared for by Parents*, [w:] *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. An Analysis of Attributes*, red. Z. Vaghri, J. Zermatten, G. Lansdown, R. Ruggiero, Cham 2022, s. 56, https://doi.org/10.1007/978-3-030-84647-3_6 (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁴¹ Decyzja ETPC z 6.04.1994 r., skarga nr 22920/93, M.B. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu; decyzja ETPC z 19.10.1999 r., skarga nr 34308/96, Ibrahim Yildirim przeciwko Austrii; wyrok ETPC z 24.11.2005 r., skarga nr 74826/01, Shofman przeciwko Rosji; wyrok ETPC z 20.12.2007 r., skarga nr 23890/02, Phinikaridou przeciwko Cypru.

⁴² Wyrok ETPC z 13.02.2003 r., skarga nr 42326/98, Odièvre przeciwko Francji; por. wyrok ETPC z 25.09.2012 r., skarga nr 33783/09, Godelli przeciwko Włochom.

W wyroku Odièvre przeciwko Francji⁴³ Trybunał stwierdził brak naruszenia art. 8 EKPC w sytuacji braku dostępu do danych identyfikujących matkę, która urodziła dziecko anonimowo, i zauważył, że wnioskodawca otrzymał dostęp do danych nieidentyfikujących, co – zdaniem Trybunału – stanowi odpowiednie wyważenie sprzecznych interesów. Stanowisko to nie było jednak pozbawione wewnętrznego sporu, gdyż część sędziów zgłosiło zdanie odrębne, w którym wskazano na brak równowagi między konkurującymi ze sobą prawami, wynikającymi z możliwości bezwzględного prawa matki do odmowy udostępnienia danych o jej tożsamości⁴⁴. Odnosząc ww. rozważania do dawstwa heterologicznego, można zauważyć, że w wielu systemach prawnych anonimowość dawców opiera się właśnie na braku udostępnienia danych identyfikujących dawcę, przy równoczesnym dostępie do szerszego albo węższego zakresu danych nieidentyfikujących (np. Estonia⁴⁵, Polska).

Europejski Trybunał Praw Człowieka 7.09.2023 r. wydał wyrok⁴⁶, który w sposób ścisły odnosi się do przedmiotowej problematyki. Wyrok obejmował dwa zbliżone stany faktyczne, których dotyczyły skargi Gauvin-Fournis przeciwko Francji oraz Silliau przeciwko Francji. Obie skargi zostały przekazane rządowi francuskiemu 5.06.2018 r. wraz z pytaniami opartymi na art. 8 EKPC (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) oraz art. 14 EKPC (zakaz dyskryminacji). Na uwagę zasługuje okoliczność, że we Francji doszło do nowelizacji regulacji dotyczących dawstwa, na mocy której dawstwo anonimowe zostało uchylone względem przyszłych dawców, natomiast tożsamość dotychczasowych dawców może być ujawniona osobom poczętym w rezultacie dawstwa, ale pod warunkiem wyrażonej w tym względzie zgody dawcy (od 1.09.2022 r.)⁴⁷. Podsumowując, w niniejszych sprawach skarżącym, urodzonym w latach 1980 i 1989 w rezultacie dawstwa heterologicznego, odmówiono dostępu zarówno do danych identyfikujących, jak i nieidentyfikujących (medycznych), co wynikało z wówczas obowiązujących przepisów gwarantujących całkowitą anonimowość dawstwa. Wyjątek dotyczył możliwości udostępnienia lekarzowi danych nieidentyfikujących w przypadku konieczności terapeutycznej lub gdy u dawcy zdiagnozowano anomalie genetyczną. W międzyczasie toczącego się postępowania przed ETPC doszło do wejścia w życie ustawy z 2.08.2021 r. o bioetyce⁴⁸, zgodnie z którą wszystkie przypadki dawstwa zostały uzależnione od wyraźnej zgody dawcy na przechowywanie dokumentacji potwierdzającej jego tożsamość oraz informacje nieidentyfikujące na jego temat (wiek, cechy fizyczne, status rodzinny i zawodowy, kraj urodzenia, przyczyny przekazania gamet). Dane te mogą być ujawnione osobom urodzonym w wyniku dawstwa, jeżeli zwrócić się w tej sprawie z wnioskiem do CAPADD (Commission d'accès des personnes

⁴³ Wyrok ETPC z 13.02.2003 r., skarga nr 42326/98, Odièvre przeciwko Francji.

⁴⁴ Sędziowie: Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää. Opinia ta została dołączona do wyroku.

⁴⁵ § 27, § 28 *Kunstliku viljastamise ja embriokaitse seadus*, *Vastu võetud* 11.06.1997 RT I 1997, 51, 824.

⁴⁶ Wyrok ETPC z 7.09.2023 r., skarga nr 21424/16, Gauvin-Fournis przeciwko Francji, oraz skarga nr 45728/17, Silliau przeciwko Francji, ECLI:CE:ECHR:2023:0907JUD002142416.

⁴⁷ *De l'article 5 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*.

⁴⁸ *Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique*.

nées d'une assistance médicale à la procréation aux données des tiers donneurs). W przypadku zaś osób urodzonych przed tą datą (zob. sytuacja wnioskodawców) istnieje możliwość zwrócenia się do CAPADD, który ma skontaktować się z dawcami w celu uzyskania ich zgody na ujawnienie informacji. Dawcy mogą też z własnej inicjatywy wyrazić zgodę na ujawnienie tych danych. Wyrok Trybunału dotyczył zarówno kwestii uzyskania danych identyfikujących dawcę, jak i kwestii dostępu przez osoby urodzone w wyniku dawstwa do danych medycznych. W obu przypadkach nie stwierdzono naruszenia artykułu 8 EKPC⁴⁹. Brak naruszenia został jednak stwierdzony 4 głosami do 3 głosów. W tym samym stosunku stwierdzono, że nie ma potrzeby rozpatrywania skargi złożonej na podstawie art. 14 EKPC w zw. z art. 8 EKPC. We wspólnej opinii odrębnej sędziów wskazano, że w sytuacji sprzecznych interesów dziecka i jego biologicznego ojca nie jest, zdaniem sędziów, właściwe przypisywanie większej wagi prawom i wyborom dorosłego rodzica i tym samym przechylenie szali w stronę zachowania ścisłej i rygorystycznej anonimowości⁵⁰. Trzeba także zauważyć, że ostatecznie wnioskodawcy nie uzyskali danych identyfikujących dawców – w jednym przypadku dawca zmarł i nie można było uzyskać od niego zgody (Gauvin-Fournis przeciwko Francji), w drugim przypadku dawca się nie zgłosił (Silliau przeciwko Francji).

3.4. Rekomendacja 2156 (2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy

Poszukując właściwego podejścia do problemu anonimowości dawców, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło rekomendację 2156 (2019). Opiera się ona na analizie występujących w tym względzie tendencji i stanowi próbę znalezienia rozwiązania, które godzi sprzeczne interesy osób poczętych w rezultacie dawstwa heterologicznego i dawców. Wydaje się, że rozwiązania te są, przynajmniej w zakresie najważniejszych kwestii, wyważone i wyrażają aprobatę modelu dawstwa identyfikowalnego, który występuje już w niektórych krajach. Wobec tego krótka analiza propozycji będzie wzbogacona nawiązaniem do rozwiązań ustawowych w wybranych państwach⁵¹.

Zgodnie z punktem 7.1. rekomendacji 2156 (2019) „należy uchylić anonimowość w przypadku wszystkich przyszłych dawstw gamet w państwach członkowskich Rady Europy, a zastosowanie oddanych anonimowo nasienia i oocytów powinno być zabronione. Oznaczałoby to, że (poza wyjątkowymi przypadkami, gdy dawstwo pochodzi od bliskiego krewnego lub przyjaciela) tożsamość dawcy nie byłaby

⁴⁹ *Legal summary September 2023 Gauvin-Fournis and Silliau v. France – 21424/16 and 45728/17 Judgment 7.9.2023 [Section V]*, [https://hudoc.echr.coe.int/gentkps/pr-fr.asp#{%22fulltext%22:\[%22Gauvin-Fournis%22\],%22itemid%22:\[%22002-14177%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/gentkps/pr-fr.asp#{%22fulltext%22:[%22Gauvin-Fournis%22],%22itemid%22:[%22002-14177%22]}) (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁵⁰ Wspólna opinia odrębna sędziów: Ravarani, Mourou-Vikström i Gnatovskyy.

⁵¹ W ramach Rady Europy dostrzegalna jest więc ewolucja poglądów na temat anonimowości dawców, wzmacniająca model dawstwa identyfikowalnego. Por. zasada 13 raportu na temat ludzkiej sztucznej prokreacji Komitetu Ekspertów Ad Hoc do spraw Postępu w Naukach Biomedycznych (CAHBI) z 1989 r. (*Report on Human Artificial Procreation. Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences, CAHBI*).

ujawniana rodzinie w momencie dawstwa, ale dziecku poczętemu w wyniku dawstwa w wieku 16 lub 18 lat. Dziecko poczęte w wyniku dawstwa byłoby wówczas informowane (najlepiej przez państwo) o istnieniu dodatkowych informacji dotyczących okoliczności jego urodzenia. Osoba poczęta w wyniku dawstwa mogłaby wówczas zdecydować, czy i kiedy uzyskać dostęp do informacji zawierających tożsamość dawcy oraz czy nawiązać kontakt (najlepiej po uzyskaniu dostępu do odpowiedniego poradnictwa, doradztwa i usług wspierających przed podjęciem decyzji)” (tłumaczenie – R.Ł.).

Model dawstwa zalecany w ww. rekomendacji obejmuje tzw. dawstwo identyfikowalne, które polega na tym, że biorcy i dawcy nie znają się na etapie przeprowadzania procedury medycznie wspomaganey prokreacji, ale osoba poczęta w rezultacie zastosowania dawstwa może poznać tożsamość dawcy po osiągnięciu określonego wieku. Zalecane jest wprowadzenie tego modelu prospektywnie (tj. względem przyszłych dawców). Dawstwo identyfikowalne wprowadzono w ten sposób m.in. w Szwecji, w Zjednoczonym Królestwie, w Austrii czy w Finlandii. W rekomendacji 2156 (2019) dopuszczono także możliwość skorzystania z dawstwa jawnego, w tym wewnątrzrodzinnego, np. gdy niepłodna kobieta uzyskuje od swojej siostry komórki jajowe na potrzeby procedur medycznie wspomaganey prokreacji, co pozwala na to, że będzie ona genetycznie spokrewniona (jako ciotka) z dzieckiem, wobec którego będzie matką prawną. Należy zauważyć, że różne rodzaje dawstwa (anonimowe, identyfikowalne, jawne, w tym wewnątrzrodzinne) występują w poszczególnych ustawodawstwach w rozmaitych konfiguracjach, a czasami możliwy jest wybór między dawstwem anonimowym i identyfikowalnym⁵².

Przeciwko modelowi dawstwa identyfikowalnego może przemawiać przede wszystkim jeden argument – zniesienie anonimowości może doprowadzić do zmniejszenia liczby dawców. Dane statystyczne w państwach, w których prospektywnie zniesiono anonimowość, nie potwierdzają tych obaw. W Szwecji, w Finlandii czy w Zjednoczonym Królestwie liczba dawców na początku rzeczywiście spadła, ale później stale rosła i przekroczyła liczbę dawców sprzed nowelizacji⁵³. Interesującym przykładem może być także Portugalia, gdzie po zmianie modelu dawstwa na identyfikowalne jedna z klinik skontaktowała się z dotychczasowymi dawcami komórek

⁵² Zob. m.in. S. Allan, *Donor...*, s. 143–162; E. Blyth, L. Frith, *Donor-Conceived People's Access to Genetic and Biographical History: An Analysis of Provisions in Different Jurisdictions Permitting Disclosure of Donor Identity*, „International Journal of Law, Policy and the Family” 2009/23(2), s. 174–191, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebp002> (dostęp: 2.10.2023 r.); K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018, s. 391–393; tabela uzupełniająca SII: C. Calhaz-Jorge, C. De Geyter, M.S. Kupka, C. Wyns, E. Mocanu, T. Motrenko, G. Scaravelli, J. Smeenk, S. Vidakovic, V. Goossens, *Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*, „Human Reproduction Open” 2020/1, s. 1–15, <https://doi.org/10.1093/hropen/hoz044> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁵³ K. Daniels, O. Lalos, *Ethics and Society: The Swedish insemination act and the availability of donors*, „Human Reproduction” 1995/10(7), s. 1871–1874, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.humrep.a136196> (dostęp: 2.10.2023 r.). Informacja na temat Finlandii za: S. Allan, *Donor...*, s. 123. W odniesieniu do Zjednoczonego Królestwa zob. wykres: <https://www.hfea.gov.uk/about-us/publications/research-and-data/trends-in-egg-sperm-and-embryo-donation-2020/#section-1> (dostęp: 2.10.2023 r.).

rozrodczych z pytaniem, czy zgadzają się na uchylenie swojej anonimowości. W rezultacie aż 97% dawców komórek jajowych oraz 70% dawców nasienia wyraziło zgodę⁵⁴. Nie można jednak lekceważyć ryzyka, że liczba dawców faktycznie może ulec zmniejszeniu, na co wskazują chociażby badania przeprowadzone w Belgii, gdzie tylko 20,1% biorących udział w badaniu aktualnych dawców zadeklarowało gotowość wzięcia udziału w programach dawstwa identyfikowalnego⁵⁵. Nie można także ignorować okoliczności, że zmiana dawstwa na identyfikowalne może doprowadzić do intensyfikacji problemu tzw. turystyki prokreacyjnej⁵⁶ czy korzystania z dawstwa poza oficjalnym systemem. Może to wynikać m.in. z dążenia przez biorców do tego, aby dawca był anonimowy, czy z niedoboru (nawet krótkotrwałego) dawców w krajowych klinikach leczenia niepłodności.

W większości państw, w których zniesiono anonimowość, ustawodawca dokładnie określa wiek, w którym osoba może uzyskać takie informacje. Odmienne kwestię tę rozstrzygnął ustawodawca szwedzki, który umożliwia osobie urodzonej w ramach dawstwa heterologicznego dostęp do danych identyfikujących dawcę po osiągnięciu „wystarczającej dojrzałości”. W wyżej wskazanej rekomendacji przyjęto, że o okolicznościach swojego poczęcia dziecko powinno zostać poinformowane w wieku 16 lub 18 lat. Ma to znaczenie w świetle badań, które ukazują, że rodzice osób urodzonych w rezultacie dawstwa nie zawsze informują te osoby o tym, w jaki sposób doszło do ich poczęcia⁵⁷. Nawet jeżeli istnieje ustawowy obowiązek, aby rodzice poinformowali osobę poczętą w wyniku dawstwa o dawstwie (np. w Chorwacji – nie później niż w wieku 18 lat)⁵⁸, nie można być pewnym, że rodzice spełnią ten obowiązek. Poinformowanie (najlepiej przez państwo) o istnieniu dodatkowych danych dotyczących okoliczności urodzenia określonej osoby, o którym mowa w rekomendacji 2156 (2019), można odczytać jako postulat zastąpienia pasywnych rejestrów (w których osoba poczęta w wyniku dawstwa po osiągnięciu określonego wieku może zweryfikować w rejestrze, czy pochodzi z dawstwa, a następnie uzyskać dalsze informacje o dawcy) rejestrami aktywnymi (w których osoba taka jest informowana po osiągnięciu określonego wieku o tym, że została poczęta w wyniku dawstwa oraz może uzyskać dalsze informacje)⁵⁹.

Wymóg poinformowania dziecka o tym, że urodziło się wskutek zastosowania dawstwa heterologicznego jest niewątpliwie realizowany w tych państwach, w których informacja taka znajduje się w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego.

⁵⁴ Wykład: V. Silva, *Non anonymous egg, embryo and sperm donation in Portugal. Legal aspects, costs and availability*, <https://www.myivfanswers.com/video/non-anonymous-egg-embryo-sperm-donation-portugal/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁵⁵ F. Mahieu, W. Decler, K. Osmanagaoglu, V. Provoost, *Anonymous sperm donors' attitude towards donation and the release of identifying information*, „Journal of Assisted Reproduction and Genetics” 2019/36(10), s. 2007–2016, <https://doi.org/10.1007/s10815-019-01569-9> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁵⁶ E. Ekerhovd, A. Faurskov, C. Werner, *Swedish Sperm Donors Are Driven by Altruism, but Shortage of Sperm Donors Leads to Reproductive Travelling*, „Upsala Journal of Medical Sciences” 2009/113(3), s. 305–314, <https://doi.org/10.3109/2000-1967-241> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁵⁷ Zob. przypis 27.

⁵⁸ *Članak 15(2) Zakon o medicinski Pomognutoj Oplodnji*, NN 86/12.

⁵⁹ G.I. Cohen, *Response...*, s. 445–447.

Na przykład w Irlandii osoba, która ukończyła 18. rok życia i urodziła się wskutek dawstwa, zostaje poinformowana o istnieniu dalszych danych na swój temat, gdy wnosi o uzyskanie odpisu swojego aktu urodzenia, co umożliwia jej wgląd do wzmianki o dawstwie⁶⁰. W brytyjskiej debacie na temat ujawniania informacji o dawstwie w akcie urodzenia postulowano rozmaite rozwiązania dotyczące odnotowania poczęcia w wyniku dawstwa w rejestrze stanu cywilnego. W dużym uproszczeniu były to następujące propozycje: wskazanie symbolu lub numeru referencyjnego HFEA (the Human Fertilisation and Embryology Authority) w akcie urodzenia; odnotowanie zarówno genetycznego, jak i społecznego (prawnego) pochodzenia osoby urodzonej w rezultacie dawstwa; wydanie dodatkowego zaświadczenia obejmującego informację o możliwości uzyskania danych o dawcy ze specjalnego rejestru; wydawanie dwóch dokumentów – jednego dotyczącego urodzenia prawnego i drugiego dotyczącego pochodzenia genetycznego⁶¹.

Zgodnie z punktem 7.2. rekomendacji 2156 (2019) „uchylenie anonimowości nie powinno mieć żadnych skutków prawnych dla ustalenia rodzicielstwa: dawca powinien być chroniony przed jakimkolwiek żądaniem ustalenia pochodzenia lub przed roszczeniami spadkowymi lub rodzicielskimi. Dawca powinien otrzymać odpowiednie poradnictwo i doradztwo, zanim zgodzi się na dawstwo i jego gamety zostaną użyte. Dawca nie powinien mieć prawa kontaktowania się z dzieckiem urodzonym wskutek dawstwa, ale dziecko poczęte w wyniku dawstwa powinno mieć możliwość kontaktu z dawcą, a także ewentualnym przyrodnym rodzeństwem po ukończeniu przez nie 16 lub 18 lat – pod pewnymi warunkami spotkań” (tłumaczenie – R.Ł.). Zasadniczo europejskie systemy prawne nie wprowadzają możliwości istnienia relacji prawnorodzinnych między dawcą a osobą urodzoną w rezultacie dawstwa heterologicznego⁶². W rekomendacji 2156 (2019) słusznie podkreślono także konieczność odpowiedniego doradztwa, które powinno obejmować również realizację obowiązku informacyjnego⁶³. Na uwagę zasługuje także możliwość uzyskania informacji o przyrodnym rodzeństwie, co należy w pełni zaaprobować. Niektóre państwa wprowadziły instrumenty prawne służące uzyskaniu informacji także o rodzeństwie genetycznym (np. Zjednoczone Królestwo⁶⁴).

Zgodnie z punktem 7.3. rekomendacji 2156 (2019) „państwa członkowskie Rady Europy, które zezwalają na dawstwo nasienia i oocytów, powinny założyć i prowadzić krajowy rejestr dawców i osób poczętych w wyniku dawstwa w celu ułatwienia wymiany informacji, jak określono w ustępach 7.1 i 7.2, ale także w celu egzekwowania

⁶⁰ *Children and Family Relationship Act 2015*, No. 9 of 2015.

⁶¹ Szerzej: C. Jones, L. Frith, E. Blyth, J. Speirs, *The role of birth certificates in relation to access to biographical and genetic history in donor conception*, „International Journal of Children’s Rights” 2009/17(2), s. 207–233, <https://doi.org/10.1163/157181808X389254> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁶² Por. prawo fińskie umożliwiające wyrażenie przez dawcę zgody na ustalenie jego ojcostwa w przypadku dawstwa na rzecz małżeństwa dwóch kobiet lub kobiety samotnej (§ 16 *Laki hedelmöityshoidoista*, 22.12.2006/1237).

⁶³ Szerzej: ESHRE Working Group on Reproductive Donation, J. Kirkman-Brown, C. Calhaz-Jorge, E.A.F. Dancet, K. Lundin, M. Martins, K. Tillemann, P. Thorn, N. Vermeulen, L. Frith, *Good...*, s. 1–26.

⁶⁴ *Section 31ZE, the Human Fertilization and Embryology Act 2008*, No. 2008, c. 22.

górnego limitu liczby możliwych dawstw od tego samego dawcy, zapewnienia, że bliscy krewni nie mogą zawrzeć związku małżeńskiego, oraz znalezienia dawców, jeśli pojawi się potrzeba medyczna. Kliniki i usługodawcy powinni być zobowiązani do prowadzenia i udostępniania odpowiednich zapisów w rejestrze, a także powinien zostać ustanowiony mechanizm zapewniający transgraniczną wymianę informacji między rejestrami krajowymi” (tłumaczenie – R.Ł.).

Prowadzenie rejestrów dawców i osób poczętych wskutek dawstwa nie jest jeszcze w pełni satysfakcjonujące w europejskich systemach prawnych⁶⁵. Brak szczegółowych regulacji dotyczących rejestracji dawców oraz liczby urodzeń od tego samego dawcy doprowadził w przeszłości do przypadków, w których nasienie od jednego dawcy zostało zastosowane do procedur, których rezultatem było urodzenie się dużej liczby dzieci od tego samego dawcy⁶⁶. Skłoniło to wiele państw do wprowadzenia ustawowych limitów (np. Szwecja, Zjednoczone Królestwo, Polska)⁶⁷. W niektórych krajach istnieje możliwość weryfikacji, czy określone osoby, które zamierzają tworzyć związek małżeński, związek partnerski lub związek nieformalny, są ze sobą spokrewnione, tj. pochodzą od tego samego dawcy (np. Zjednoczone Królestwo⁶⁸, Portugalia⁶⁹). W rekomendacji 2156 (2019) słusznie zwrócono uwagę na konieczność transgranicznej wymiany informacji między rejestrami krajowymi. Współcześnie zjawisko *cross-border reproductive care* jest niewątpliwie popularne⁷⁰. Powodów takiego stanu rzeczy wymienia się bardzo wiele. Dotyczą one głównie różnic prawnych między systemami prawnymi, np. w zakresie dostępu do procedur medycznie wspomaganej prokreacji dla par jedнопłciowych, sposobu doboru dawcy, badanej w niniejszym artykule anonimowości dawcy. Rozsianie komórek rozrodczych określonego dawcy

⁶⁵ Tabela uzupełniająca SXI: C. Calhaz-Jorge, C. De Geyter, M.S. Kupka, C. Wyns, E. Mocanu, T. Motrenko, G. Scaravelli, J. Smeenk, S. Vidakovic, V. Goossens, *Survey...*, s. 13.

⁶⁶ Na przykład: J. Mroz, *One Sperm Donor, 150 Offspring*, <https://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html> (dostęp: 2.10.2023 r.); S. Osborne, *I thought: 'who will be remember me?': the man who fathered 200 children*, <https://www.theguardian.com/science/2018/nov/24/sperm-donor-man-who-fathered-200-children> (dostęp: 2.10.2023 r.). Odrębną kwestią jest przekazywanie komórek rozrodczych poza działalnością placówek służby zdrowia, np. J. Mroz, *The serial sperm donor: One man, hundreds of children and a burning question: why?*, <https://www.irishtimes.com/life-and-style/health-family/the-serial-sperm-donor-one-man-hundreds-of-children-and-a-burning-question-why-1.4476178> (dostęp: 2.10.2023 r.). Poza tym istniały przypadki wielokrotnego zastosowania nasienia przez lekarza w jego własnej klinice, np. C. McDonagh, *Scientist allegedly fathered 600 children at own sperm clinic*, <https://www.progress.org.uk/scientist-allegedly-fathered-600-children-at-own-sperm-clinic> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁶⁷ Szerzej m.in. J.S. Nunn, M. Crawshaw, P. Lacaze, *Co-designing genomics research with a large group of donor-conceived siblings*, „Research Involvement and Engagement” 2021/7(89), s. 2–3, <https://doi.org/10.1186/s40900-021-00325-7> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁶⁸ Section 31ZB, *the Human Fertilisation and Embryology Act*, No. 2008, c. 22.

⁶⁹ Artigo 2.º *Regime de confidencialidade nas técnicas de procriação medicamente assistida, procedendo à sexta alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*, Lei n.º 48/2019 de 8 de julho.

⁷⁰ Szerzej m.in.: F. Shenfield, G. Pennings, J. De Mouzon, A.P. Ferraretti, V. Goossens, ESHRE Task Force „Cross Border Reproductive Care” (CBRC), *ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners*, „Human Reproduction” 2011/26(7), s. 1625–1627, <https://doi.org/10.1093/humrep/der090> (dostęp: 2.10.2023 r.); M. Salama, V. Isachenko, E. Isachenko, G. Rahimi, P. Mallmann, L.M. Westphal, M.C. Inhorn, P. Patrizio, *Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review)*, „Journal of Assisted Reproduction and Genetics” 2018/35, s. 1277–1288, <https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x> (dostęp: 2.10.2023 r.).

po całym świecie może utrudniać późniejszy dostęp do informacji na jego temat przez osoby poczęte w rezultacie dawstwa.

Zgodnie z punktem 7.4. rekomendacji 2156 (2019) „anonimowość dawców gamet nie powinna być uchylana z mocą wsteczną, jeżeli anonimowość została obiecana w momencie dawstwa, z wyjątkiem przyczyn medycznych lub gdy dawca wyraził zgodę na uchylenie anonimowości, a tym samym na wpisanie do rejestru dawców i osób poczętych w wyniku dawstwa. Dawcom należy zaoferować poradnictwo i doradztwo, zanim zdecydują, czy zgodzić się na uchylenie anonimowości” (tłumaczenie – R.Ł.). Zaproponowane rozwiązanie stanowi wyraz tzw. prospektywnego zniesienia anonimowości, a więc w odniesieniu do przyszłych dawców. Osoby, które były dawcami w przeszłości, mogą wyrazić zgodę na ujawnienie swojej tożsamości.

Prospektywna zmiana dawstwa na identyfikowalne rodzi pytanie o to, jak kształtuje się sytuacja dawców, których komórki rozrodcze zostały przekazane do dawstwa przed wejściem w życie nowelizacji. Należy bowiem dostrzec potencjalną kolizję interesów między osobą poczętą w rezultacie dawstwa, która chce poznać tożsamość dawcy, a dawcą, który chce pozostać anonimowy. W niektórych państwach, gdzie zmiany nastąpiły prospektywnie, wprowadzono rejestry mające umożliwić ujawnienie tożsamości dawcy za jego zgodą. Przykładowo w Zjednoczonym Królestwie dostęp do danych o dawstwie jest uzależniony od tego, kiedy doszło do dawstwa komórek rozrodczych lub zarodków. Osoby poczęte z komórek rozrodczych lub zarodków przekazanych do dawstwa po 1.04.2005 r. posiadają dostęp nie tylko do danych nieidentyfikujących dawcę, ale także do danych identyfikujących (imię, nazwisko, data urodzenia oraz ostatni znany adres). Zasadniczo osoby poczęte z komórek rozrodczych lub zarodków przekazanych do dawstwa między 1.08.1991 r. a 31.03.2005 r. mogą uzyskać dostęp do danych nieidentyfikujących dawcę, natomiast do danych identyfikujących, tylko jeżeli dawca zrezygnował z anonimowości. Sytuacja osób poczętych z komórek rozrodczych i zarodków przekazanych do dawstwa przed 1.08.1991 r. jest najbardziej skomplikowana, bowiem dopiero po tej dacie the Human Fertilisation and Embryology Authority rejestrowało dane dawców⁷¹. Niemniej jednak osoby urodzone w rezultacie dawstwa oraz dawcy mogą się odnaleźć za pośrednictwem Donor Conceived Register, na podstawie dobrowolnych testów DNA⁷². Trzeba też pamiętać, że nawet jeżeli rejestry oparte na wzajemnej zgodzie nie zostały wprowadzone w danym systemie prawnym, zastosowanie testów DNA kierowanych bezpośrednio do konsumentów (*direct-to-consumer genetic testing*, DTCGT) daje możliwość odnalezienia się dawców oraz ich genetycznych dzieci. Współcześnie zdecydowana większość państw, które uchyliły anonimowość dawców, uczyniły to prospektywnie. Modelem konkurencyjnym może być zniesienie anonimowości retrospektywnie, a więc niezależnie od tego, kiedy doszło do dawstwa i czy dawca zgodził się na ujawnienie swojej tożsamości (zob. uwagi w kolejnym podrozdziale).

⁷¹ <https://www.hfea.gov.uk/donation/donors/rules-around-releasing-donor-information/> (dostęp: 2.10.2023 r.)

⁷² <https://www.donorconceivedregister.co.uk/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

Zgodnie z punktem 7.5. rekomendacji 2156 (2019) „zasady te powinny być stosowane bez uszczerbku dla nadrzędnego warunku, zgodnie z którym dawstwo gamet musi pozostać dobrowolnym i altruistycznym gestem, którego jedynym celem jest pomoc innym, a zatem bez jakichkolwiek korzyści finansowych lub porównywalnych korzyści dla dawcy” (tłumaczenie – R.Ł.). Zalecanym rozwiązaniem jest zniesienie anonimowości prospektywnie, przy założeniu, że dawca z własnej woli i altruistycznie oddaje swoje komórki rozrodcze, równocześnie godząc się na ujawnienie swoich danych w przyszłości. Za dyskusyjne należy uznać to, czy funkcjonujące w niektórych krajach praktyki *egg-sharing*, w ramach których kobieta w zamian za podzielenie się swoimi komórkami jajowymi z inną kobietą otrzymuje finansowanie swojego udziału w procedurach medycznie wspomaganey prokreacji, są altruistyczne⁷³. Nie ma wątpliwości, że poza kryterium altruistyczności i dobrowolności mieści się polska konstrukcja dawstwa zarodków z mocy prawa, następującego niezależnie od woli osób, od których zarodek genetycznie pochodzi.

3.5. Tendencje międzynarodowe a retrospektywne zniesienie anonimowości dawców

Przedstawiona analiza ukazuje, że w obrębie państw Rady Europy powoli zaczyna kształtować się pożądany standard prawny w zakresie dostępu do danych identyfikujących dawcę. Opiera się on na założeniu, że dawca, podejmując decyzję o przekazaniu swoich komórek rozrodczych i zarodków, od początku musi godzić się również na to, że dziecko urodzone w ten sposób będzie mogło poznać jego tożsamość, a zatem albo zostaje dawcą identyfikowalnym, albo w ogóle nie zostaje dawcą⁷⁴. W przypadku osób, które przekazały swoje komórki rozrodcze (zarodki) do dawstwa na zasadzie istniejącego uprzednio dawstwa anonimowego, ujawnienie danych identyfikujących osobie poczętej w wyniku dawstwa ma być zaś uzależnione od zgody dawcy. Choć powyższe reguły zaaprobowane zostały w rekomendacji 2156 (2019), wciąż wiele państw Rady Europy utrzymuje zasadę anonimowości dawców. We wspomnianym wyroku ETPC w sprawach *Gauvin-Fournis* przeciwko Francji oraz *Silliau* przeciwko Francji nie uznano, że wymóg zgody anonimowego dawcy na ujawnienie jego tożsamości jest sprzeczny z art. 8 EKPC.

Prospektywne zniesienie anonimowości nie daje wszystkim osobom urodzonym w wyniku dawstwa prawa do znajomości tożsamości dawcy. Choć – przyjmując za punkt wyjścia całkowitą anonimowość dawstwa – model ten można postrzegać jako promujący interesy osób urodzonych w wyniku dawstwa, to jednak z perspektywy osób, które zostały poczęte w czasach obowiązywania anonimowości, wymóg zgody

⁷³ Szerzej m.in.: E. Blyth, B. Golding, *Egg sharing: a practical and ethical option in IVF?*, „Expert Review of Obstetrics & Gynecology” 2008/3(4), s. 465–473, <https://doi.org/10.1586/17474108.3.4.465> (dostęp: 2.10.2023 r.). Zob. też *sperm-sharing*: G. Pennings, *Sperm sharing: as problematic as oocyte sharing?*, „Human Reproduction” 2022/37(6), s. 1101–1105, <https://doi.org/10.1093/humrep/deac087> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁷⁴ Odrębną kwestią jest to, że w niektórych systemach prawnych istnieje wybór między dawstwem anonimowym a identyfikowalnym (np. Dania, Islandia).

dawcy na ujawnienie jego tożsamości często zamyka im drogę do jego poznania. Rozwiązaniem proponowanym przez zwolenników przyznania wszystkim osobom urodzonym w wyniku dawstwa prawa do poznania tożsamości dawców jest retrospektywna zmiana modelu dawstwa na identyfikowalne, która umożliwiałaby ujawnienie tożsamości dawcy niezależnie od tego, że w chwili dawstwa obowiązywał model dawstwa anonimowego, oraz niezależnie od zgody dawcy w tym zakresie. Poniżej przedstawione zostaną rozwiązania prawne wspierające takie stanowisko oraz dyskusja na ten temat.

Wskazano już, że większość systemów prawnych, które zrezygnowały z anonimowości dawców, uczyniły to prospektywnie, tj. zmiana nie dotyczy bezwarunkowo osób poczętych wskutek dawstwa przed zmianą prawa. Wśród państw europejskich interesujące rozwiązania przyjęła w tym zakresie Szwajcaria. Wprowadzone w 1992 r. zmiany do wówczas obowiązującej konstytucji dały każdej osobie prawo do poznania swojego pochodzenia⁷⁵, a przepisy regulujące medycznie wspomaganą prokreację, które weszły w życie 1.01.2001 r., umożliwiają poznanie tożsamości dawców przez osoby poczęte zarówno przed zmianą prawa, jak i po niej⁷⁶. Sonia Allan dostrzega, że system ten wspiera retrospektywne ujawnianie danych dawców. Równocześnie wskazuje ona, że osoby urodzone przed 1.01.2001 r. w praktyce nie mogą zidentyfikować swoich dawców, ponieważ dokumentacja dotycząca dawców była niszczona po 10 latach, a gdy osoby te chciały poznać tożsamość dawcy po zmianie prawa, były informowane, że dane te mogą być im przekazane dopiero po osiągnięciu 18. roku życia⁷⁷.

Wobec tego, wychodząc poza komparatystykę ograniczoną do państw europejskich, wydaje się uzasadnione przedstawienie najdalej idących regulacji w zakresie retrospektywnego ujawnienia tożsamości dawców, które obowiązują w stanie Wiktorii w Australii. Od 1.03.2017 r. obowiązuje tam ustawodawstwo, które daje każdej osobie poczętej dzięki dawstwu prawo do poznania tożsamości dawcy, także retrospektywnie, a więc niezależnie od zajęcia w tym zakresie stanowiska dawcy i reguł obowiązujących w momencie przekazania komórek rozrodczych do dawstwa⁷⁸. Nawet takie ujęcie nie gwarantuje jednak wszystkim osobom poczętym w rezultacie dawstwa skutecznego prawa do poznania tożsamości dawców, bowiem niejednokrotnie informacje te nie są dostępne, np. ze względu na zniszczenie dokumentów dotyczących dawców biorących udział w procedurach przed 1988 r., a więc przed wejściem w życie przepisów wprowadzających centralny rejestr zawierający dane dawców, biorców i osób urodzonych w rezultacie dawstwa heterologicznego. W tych przypadkach istnieje możliwość skorzystania z dobrowolnego

⁷⁵ Aktualnie: art. 119, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999* (Stand am 13. Februar 2022), AS 1999 2556.

⁷⁶ Art. 24, art. 27, *Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung* (*Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG*), vom 18. Dezember 1998 (Stand am 1. Dezember 2022), AS 2000 3055.

⁷⁷ S. Allan, *Donor...*, s. 105–106.

⁷⁸ Szerzej: S. Allan, *Donor...*, s. 87–94; F. Kelly, D. Dempsey, J. Power, K. Bourne, K. Hammarberg, L. Johnson, *From Stranger to Family or Something in Between: Donor Linking in an Era of Retrospective Access to Anonymous Sperm Donor Records in Victoria, Australia*, „*International Journal of Law, Policy and the Family*” 2019/33(3), s. 277–295, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz011> (dostęp: 2.10.2023 r.).

rejestru opartego na testach DNA, który daje szansę na identyfikację dawcy za jego zgodą⁷⁹. Ustawodawca wprowadził też regulacje, na podstawie których anonimowy dawca, którego tożsamość została retrospektywnie ujawniona, może przedstawić swoje preferencje co do kontaktu ze swoim genetycznym dzieckiem. Ich naruszenie zagrożone jest grzywną.

W najszerszym stopniu argumentację za retrospektywnym zniesieniem anonimowości dawców przedstawiła S. Allan, która wychodząc od rozważań na temat ochrony praw człowieka, dochodzi do konkluzji, że zbalansowanie sprzecznych interesów dawców i osób urodzonych w rezultacie dawstwa może polegać nie tyle na dostępie do danych nieidentyfikujących dawcę (jako zasada) i dostępie do danych identyfikujących tylko za zgodą dawcy, ile na każdorazowym dostępie do danych identyfikujących dawcę, z wprowadzeniem regulacji umożliwiających dawcy wyrażenie preferencji co do ewentualnych kontaktów (*contact veto* lub *contact preference*)⁸⁰. Autorka, podkreślając analogię między anonimowością dawców a tajemnicą adopcji, dostrzega, że w wielu systemach prawnych zmiana prawa w odniesieniu do ujawnienia danych rodziców biologicznych przysposobionego nastąpiła retrospektywnie⁸¹. W dalszej części autorka odnosi się do dezaprobaty retrospektywnego zniesienia anonimowości wyrażonej przez G. Penningsa.

W swojej krytyce retrospektywnego uchylecia anonimowości dawców G. Pennings podnosi cztery argumenty. Po pierwsze wskazuje, że jest niesprawiedliwe, ponieważ powoduje ono jednostronną zmianę poprzednio ustalonego porozumienia, co stanowi nadużycie władzy. Sonia Allan w odpowiedzi podaje, że retrospektywne zniesienie anonimowości ma służyć właśnie naprawieniu wcześniej istniejącej niesprawiedliwości, tak aby wszystkie osoby urodzone w rezultacie dawstwa miały, z zastrzeżeniem *contact veto/preference* dawcy, dostęp do informacji o swoim pochodzeniu. Po drugie G. Pennings uznaje, że rozwiązanie to jest wyrazem braku wdzięczności, gdyż dawca przekazał swoje gamety do dawstwa, aby pomóc innym, i z uwagi na istniejący wówczas rachunek zysków i strat – zamiast uzyskać wdzięczność za udzieloną pomoc – może poczuć się oszukany. W replice S. Allan podnosi, że argument ten służy jedynie próbie uciszenia osób urodzonych w rezultacie dawstwa, które wcale nie są niewdzięczne dawcom, ale dążą do uzyskania istotnych dla nich informacji. Po trzecie G. Pennings podkreśla, że retrospektywna zmiana prawa jest niespójna i prowadzi do zaprzeczenia autonomii dawcy, gdyż warunki zostają zmienione po podjęciu przez niego decyzji opartej na uzyskanych uprzednio informacjach. Jako odpowiedź S. Allan wskazuje, że na ogół trudno mówić o autonomii w zakresie podjęcia decyzji na zasadzie anonimowości, gdyż nie zawsze dawcy są prawidłowo informowani lub często zmieniają zdanie co do swojej anonimowości. Po czwarte G. Pennings zarzuca retrospektywnej zmianie prawa brak szacunku do

⁷⁹ The Victorian Parliament's Law Reform Committee (LRC) delivered its report, *Inquiry into Access by Donor-Conceived People to Information about Donors*, s. 16, <https://www.parliament.vic.gov.au/images/stories/committees/lawreform/donor-conceived/20100915.lrc.dcp.intrep.pdf> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁸⁰ S. Allan, *Donor...*, s. 219–221.

⁸¹ S. Allan, *Donor...*, s. 219–221.

dawcy, gdyż jest on wykorzystywany wyłącznie jako środek służący interesom innej osoby, wobec czego jedynym sposobem, w jaki dawca może być szanowany, jest wymaganie uprzedniej zgody na ujawnienie informacji. W kontrze do tego poglądu S. Allan podkreśla, że w istocie chodzi tutaj o brak szacunku do osób urodzonych w rezultacie dawstwa, których poczęcie służyło interesowi innych osób – biorców, dawcy, a czasami ich obu⁸².

Sonia Allan, dostrzegając mogące występować obiekcje co do uchylania anonimowości retrospektywnie, proponuje alternatywną, choć – jak sama zauważa – niepozbawioną wad, drogę zmian w przypadku, gdyby sugerowane przez nią rozwiązanie nie zostało powszechnie przyjęte. Uwzględnia ona: dostęp do szerokiego zakresu danych nieidentyfikujących dawcę dla wszystkich osób poczętych w rezultacie dawstwa; dostęp do danych identyfikujących dawcę po uzyskaniu jego zgody; prowadzenie rejestrów, w tym zabezpieczenie już istniejących danych przed utratą; zapewnienie odpowiedniego wsparcia i poradnictwa⁸³. Takie rozwiązanie powinno być wzorem dla ustawodawstwa polskiego z wielu powodów – znajduje oparcie w doświadczeniu innych ustawodawstw, które je wprowadziły, a także jest zgodne z rekomendacją 2156 (2019) oraz częściowo z wyrokiem ETPC w sprawach *Gauvin-Fournis* przeciwko Francji oraz *Silliau* przeciwko Francji.

4. Prawo polskie – uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*

4.1. Uwagi wstępne

Prawo polskie przyjęło wyłącznie model dawstwa anonimowego⁸⁴. Ustawa o leczeniu niepłodności odnosi się do anonimowości dawców w dwóch artykułach – w art. 30 ust. 1, zgodnie z którym „komórki rozrodcze mogą być pobierane od dawcy w celu dawstwa innego niż partnerskie przy zachowaniu łącznie następujących warunków: 1) pobranie następuje na rzecz anonimowej biorczyni (...)”; oraz w art. 36 ust. 1, zgodnie z którym „dawstwo zarodka jest dopuszczalne przy zachowaniu łącznie następujących warunków: 1) przekazanie następuje na rzecz anonimowej biorczyni (...)”. Dawstwo komórek rozrodczych i zarodków jest wobec tego dawstwem anonimowym, tj. dawcy i biorcy nie znają swojej tożsamości, a dziecko poczęte w rezultacie dawstwa innego niż partnerskie oraz dawstwa zarodka nie może poznać

⁸² G. Pennings, *How to kill gamete donation: retrospective legislation and donor anonymity*, „Human Reproduction” 2012/27(10), s. 2881–2882, <https://doi.org/10.1093/humrep/des218> (dostęp: 2.10.2023 r.); S. Allan, *Donor...*, s. 230–233.

⁸³ S. Allan, *Donor...*, s. 234–240.

⁸⁴ Wśród niektórych zgłaszanych projektów ustaw dotyczących problematyki medycznie wspomaganego prokreacji znajdowały się także propozycje innego unormowania tej sfery, np. wprowadzenia obok dawstwa anonimowego, na zasadzie wyjątku uzasadnionego szczególnymi względami osobistymi, także dawstwa jawnego (np. projekt ustawy zgłoszony 29.07.2009 r. o zmianie ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, druk sejmowy nr 2707, Sejm VI kadencji). Po wejściu w życie ustawy o leczeniu niepłodności proponowano także zmianę polegającą na uchyleniu anonimowości dawców: poselski projekt z 22.08.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z ochroną zdrowia i życia dzieci poczętych metodą *in vitro* (MK-020-1141/18).

imienia i nazwiska dawcy⁸⁵. Zgodnie bowiem z art. 38 ust. 2 u.l.n. „osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganą prokreacji, w wyniku dawstwa innego niż partnerskie komórek rozrodczych lub dawstwa zarodka, ma prawo zapoznać się z informacjami dotyczącymi dawcy wymienionymi w art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 po osiągnięciu pełnoletności”. Zgodnie zaś z art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n. danymi tymi są: „rok i miejsce urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka” oraz „informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka”.

Przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności zasada anonimowości dawców nie była ujęta w ramy normatywne, ale w praktyce była powszechnie aprobowana. Obok dawstwa anonimowego występowało też czasem dawstwo jawne⁸⁶. Można założyć, że dawcy, którzy decydowali się na przekazanie swoich komórek rozrodczych, byli informowani, iż ich tożsamość nie zostanie nigdy ujawniona. Z tego względu dla dalszej analizy dawcy ci będą także określani jako dawcy anonimowi, pomimo że w momencie gdy przekazywali oni swoje komórki rozrodcze (zarodki) do dawstwa, anonimowość nie była *expressis verbis* zasadą heterologicznych metod medycznie wspomaganą prokreacji w polskim porządku prawnym, ale wynikała raczej z praktyki klinik leczenia niepłodności, które działały na podstawie obowiązującego przez lata przekonania, że immanentną cechą dawstwa powinna być anonimowość.

Dyskusja na temat anonimowości dawców komórek rozrodczych i zarodków toczy się w polskiej doktrynie od wielu lat⁸⁷. Można przyjąć, że współcześnie debata powinna się koncentrować nie tyle na zasadności prawa dziecka urodzonego w wyniku dawstwa heterologicznego do poznania swojej tożsamości genetycznej, ile jego zakresu, a w szczególności na tym, czy zmiana prawa powinna mieć charakter

⁸⁵ Odmienne: M. Boratyńska, *Tajemnica...*, s. 64.

⁸⁶ A. Krawczak, A. Damska, Bocian sprawdza kliniki. Pierwszy pacjencki monitoring polskich ośrodków leczenia niepłodności, s. 64, http://www.nasz-bocian.pl/pliki/monitoring_pacjencki_NB_2015.pdf (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁸⁷ Za prawem osoby urodzonej w rezultacie dawstwa heterologicznego do poznania swojego pochodzenia m.in.: L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycznego (dwugłos)*, „Państwo i Prawo” 1990/10, s. 64–74; M. Safjan, *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990, s. 285; A. Zielenacki, *Prawo do znajomości własnego pochodzenia*, „Studia Prawnicze” 1993/1, s. 108; L. Bosek, *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2008/4, s. 957–958; M. Szałajko, *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, „Rodzina i Prawo” 2014/28, s. 40–63; A. Stępkowski, *Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015/4, s. 173–175; J. Lipski, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015/4, s. 151–152; J. Haberk, *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 246–248; B. Oszkinis, *Prokreacja heterologiczna a polskie prawo rodzinne – kilka uwag systemowych*, [w:] *Zagadnienia prawa medycznego*, red. A. Górski, E. Sarnacka, Warszawa 2018, s. 148–157. Przeciwno: Z. Radwański, *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unaniessienia matki*, „Studia Iuridica Silesiana. Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach” 1979/5, s. 171–185; A. Dyoniak, *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu*, „Nowe Prawo” 1989/1, s. 38–50; L. Stecki, J. Winiarz, J. Gajda, *Prawo...*, s. 75–79; E. Zielińska, *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2015/4, s. 190.

prospektywny, czy retrospektywny, czy anonimowość powinna być zniesiona całkowicie, czy jednak pozostawiona jako jedna z dopuszczalnych ścieżek dla dawców i biorców.

4.2. Dostęp do danych identyfikujących dawcę *de lege ferenda*

4.2.1. Dawstwo po wprowadzeniu modelu dawstwa identyfikowalnego

Proponowane w niniejszym artykule rozwiązania będą opierać się na założeniu, że zmiana prawa powinna mieć charakter prospektywny, a nie retrospektywny, oraz że identyfikowalność powinna w pełni zastąpić anonimowość w stosunku do wszystkich przyszłych dawców. Zgodzić należy się ze stanowiskiem Joanny Haberkó, że „anonimowość rodzica, jeżeli była przez ustawodawcę zagwarantowana w momencie, w którym doszło do poczęcia, a nawet do urodzenia czy sporządzenia aktu urodzenia, powinna być respektowana. Nie wydaje się możliwe jej zniesienie z datą wsteczną. Może się jednak okazać, że już po czasie rodzic anonimowy kierowany różnymi motywami wyrazi zgodę na zniesienie anonimowości”⁸⁸. *De lege ferenda* uzasadnione jest postulowanie modelu dawstwa identyfikowalnego względem wszystkich przyszłych dawców, a także wprowadzenie rozwiązań pośrednich (zgoda dawcy) w odniesieniu do dawców, którzy dotychczas wyrażali zgodę na przekazanie swoich komórek rozrodczych i zarodków na zasadzie anonimowości. Aprobowany w niniejszej publikacji model znajduje poparcie w rekomendacji 2156 (2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy oraz – biorąc pod uwagę aktualne orzecznictwo ETPC – wydaje się być rozwiązaniem uwzględniającym wyważenie potencjalnie sprzecznych interesów dawców i osób urodzonych w rezultacie dawstwa.

Niektóre państwa wprowadzają modele umożliwiające wybór między dawstwem anonimowym a identyfikowalnym (np. Dania⁸⁹). Choć rozwiązanie to jest interesujące i znajduje pewne poparcie w literaturze⁹⁰, to jednak jego główną wadą jest to, że różnicuje sytuację osób urodzonych w wyniku medycznie wspomaganey prokreacji, opierając się na kryterium decyzji dawców i biorców. Odnotować trzeba, że prospektywna zmiana prawa w kierunku identyfikowalności dawców również nie prowadzi do zrównania pozycji wszystkich osób urodzonych w wyniku dawstwa w odniesieniu

⁸⁸ J. Haberkó, *Anonimowość rodziców genetycznych a dobrostan zdrowotny dziecka. Uwagi na tle Rekomendacji 2156(2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2019/81(4), s. 68, <https://doi.org/10.14746/rpeis.2019.81.4.5> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁸⁹ Zob. możliwość wyboru między dwoma rodzajami dawców w duńskim banku nasienia CRYOS: *ID Release i Non-ID Release*; <https://www.cryosinternational.com/en-gb/dk-shop/private/how-to/how-to-choose-a-sperm-donor/id-release-or-non-id-release-sperm-donors/> (dostęp: 2.10.2023 r.).

⁹⁰ F. Shenfield, G. Pennings, C. Sureau, J. Cohen, P. Devroey, B. Tarlatzis, ESHRE Task Force on Ethics and Law, III. *Gamete and embryo donation*, „Human Reproduction” 2002/17(5), s. 1407, <https://doi.org/10.1093/humrep/17.5.1407> (dostęp: 2.10.2023 r.). Od czasu wydania ww. publikacji ESHRE dostrzega się jednak coraz mocniejszą tendencję w kierunku poparcia dla identyfikowalności dawstwa, czego egemplifikacją jest rosnąca liczba ustawodawstw, które przeprowadziły reformy, znosząc anonimowość prospektywnie, a nawet retrospektywnie. Widać także umocnienie stanowiska o konieczności odejścia od anonimowości w literaturze przedmiotu – wśród specjalistów zajmujących się tą problematyką pogląd o potrzebie utrzymania anonimowości dawców zaczyna być wypierany na rzecz modelu identyfikowalnego (zob. przypis 18).

do ich prawa do poznania swojej tożsamości genetycznej, gdyż istnieje kategoria osób urodzonych w wyniku dawstwa, które nie poznają tożsamości dawcy, gdy ten był anonimowy i nie wyraził zgody na ujawnienie swoich danych identyfikujących.

Polski system prawny, wprowadzając anonimowość dawców, nie przewidział żadnych wyjątków w tym zakresie. Przede wszystkim opiera się on na apriorycznym założeniu, że dawcy zawsze chcą być anonimowi, czego nie potwierdzają badania przeprowadzone nie tylko za granicą, ale także w Polsce. W badaniu za pomocą ankiety na pytanie „Czy gdyby wiedział Pan, że obowiązujące prawo gwarantuje dziecku poznanie swego pochodzenia genetycznego, tzn. poznanie tożsamości mężczyzny, który był dawcą nasienia, zdecydowałby się Pan na oddanie nasienia? Zaznaczam, że chodzi wyłącznie o prawo do wiedzy o swym pochodzeniu, a nie prawny stosunek ojcostwa i wynikające z niego skutki” odpowiedzi były następujące: 72,5% – tak; 18,1% – nie; 9,4% – trudno powiedzieć (w ankiecie wzięło udział 160 mężczyzn zarejestrowanych jako dawcy na stronie www.dawcy-spermy.pl w okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy o leczeniu niepłodności)⁹¹. Pokazuje to, że wprowadzenie dawstwa identyfikowalnego mogłoby być powszechnie akceptowane nawet wśród dawców.

Poparcie dla dawstwa identyfikowalnego opiera się na zasadzie, że aby zostać dawcą, zawsze należy wyrazić na to zgodę. Założenie to leży u podstaw regulacji przyjętych w szeregu systemów prawnych oraz znajduje potwierdzenie w punkcie 7.5. rekomendacji 2156 (2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, zgodnie z którym dawstwo powinno być „dobrowolnym i altruistycznym gestem, którego jedynym celem jest pomoc innym” (tłumaczenie – R.Ł.)⁹². Taka, wydawałoby się, oczywista reguła nie jest w pełni respektowana w polskim porządku prawnym. Nie zawsze bowiem się wymaga, aby dawca wyraził zgodę na zastosowanie swojego materiału genetycznego w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji, w której udział bierze inna para. Ustawa o leczeniu niepłodności przewiduje konstrukcję, którą można określić jako dawstwo zarodków z mocy ustawy. Słusznie określa się ją czasami jako przymusowe dawstwo zarodków⁹³ czy przymusowe odebranie zarodków⁹⁴. Opiera się ono na poglądzie, że każdy zarodek zdolny do prawidłowego rozwoju powinien być, prędzej czy później, zastosowany, nawet jeżeli osoby, z których komórek rozrodczych ten zarodek powstał, nigdy nie chciały przekazać go do dawstwa innej parze. Zgodnie z art. 21 ust. 3 u.l.n. „zarodki powstałe z komórek rozrodczych pobranych w celu dawstwa partnerskiego albo dawstwa innego niż partnerskie w przypadku: 1) upływu określonego w umowie terminu na przechowywanie zarodków, nie dłuższego jednak niż 20 lat, licząc od dnia, w którym zarodki zostały przekazane do banku

⁹¹ M. Szałajko, *Prawo...*, s. 60.

⁹² Szerzej na temat skutków wprowadzenia do polskiego prawa dawstwa identyfikowalnego w kontekście istnienia dawstwa z mocy prawa: R. Łukasiewicz, *Dawstwo identyfikowalne komórek rozrodczych – proponowany standard europejski a prawo polskie*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 234–236.

⁹³ M. Boratyńska, J. Różyńska, [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019, s. 404.

⁹⁴ A. Krawczak, *Ustawa...*, s. 49; K. Bączyk-Rozwadowska, *Procedura in vitro a poszanowanie autonomii prokreacyjnej pary realizującej projekt rodzicielski*, „Prawo i Medycyna” 2017/4, s. 34–35.

komórek rozrodczych i zarodków w celu ich przechowywania, albo 2) śmierci obojga dawców zarodka albo, jeżeli zarodek został utworzony w wyniku dawstwa innego niż partnerskie – śmierci biorczyni i jej męża lub osoby pozostającej z nią we wspólnym pożyciu – są przekazywane do dawstwa zarodka”. Zgodnie zaś z art. 97 u.l.n. „zarodki utworzone i przechowywane przed dniem wejścia w życie ustawy są przekazywane do dawstwa zarodka: 1) po upływie 20 lat od dnia wejścia w życie ustawy, chyba że wcześniej zostaną przekazane przez dawców zarodka do dawstwa zarodka; 2) w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 21 ust. 3 pkt 2”. Dawstwo zarodków z mocy ustawy należy ocenić krytycznie. W kontekście analizy będącej przedmiotem tego tekstu należy jedynie zasygnalizować, że argumenty o tym, iż perspektywne zniesienie dawstwa anonimowego nie godzi w interesy dawcy (który decydując się na samo dawstwo, godzi się też na ujawnienie w przyszłości swojej tożsamości dziecku), nie pozostawałyby aktualne względem występującego w Polsce dawstwa zarodków z mocy ustawy. Z racji ścisłego sprzężenia ww. zagadnienia z problemem zasadności utrzymania dawstwa zarodków z mocy prawa w polskim porządku prawnym (które wymaga szerszej analizy) kwestię tę należy pozostawić na marginesie rozważań w niniejszej publikacji.

Postulaty odejścia od anonimowości dawców są wzmacniane argumentem czysto pragmatycznym – współcześnie nikt nie może zagwarantować dawcy, że pozostanie anonimowy (zob. uwagi na temat DTCGT). Wobec tego dalsze konstruowanie polskiego systemu dawstwa komórek rozrodczych i zarodków na zasadzie anonimowości jest dyskusyjne. Występuje bowiem swego rodzaju dysonans w zakresie realizacji obowiązku informacyjnego. Z jednej strony na podstawie ustawy o leczeniu niepłodności dawca powinien być szczegółowo poinformowany o zakresie informacji dotyczących jego osoby, z którymi ma prawo zapoznać się, po osiągnięciu pełnoletności, osoba urodzona w wyniku procedury medycznie wspomaganą prokreacji w wyniku dawstwa komórek rozrodczych innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka (art. 30 ust. 1 pkt 5 lit. c oraz art. 36 ust. 1 pkt 9 lit. c u.l.n.). Oznacza to, że dawca powinien być poinformowany, że dziecko urodzone w wyniku dawstwa innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka może mieć dostęp tylko do określonych danych nieidentyfikujących dawcę (art. 38 ust. 2 w zw. art. 37 ust. 2 pkt 2 i 3 u.l.n.). Z drugiej strony cytowane już rekomendacje ESHRE zalecają poinformować dawcę o tym, że nie można mu zagwarantować anonimowości, przede wszystkim ze względu na upowszechnienie komercyjnych testów DNA. Dawca powinien zatem być poinformowany o tym, że będzie anonimowy (bo prawo tego wymaga), ale także o tym, że może być zidentyfikowany nawet wbrew swojej woli (bo prawo nie jest w stanie zagwarantować anonimowości).

4.2.2. Dawstwo przed wprowadzeniem modelu dawstwa identyfikowalnego

W odniesieniu do dawców, którzy przekazali swoje komórki rozrodcze (zarodki) do dawstwa pod rządami ustawy o leczeniu niepłodności w aktualnym jej brzmieniu, należałoby *de lege ferenda* postulować wprowadzenie rozwiązań, które umożliwiłyby

wyrażenie przez dawcę zgody na ujawnienie swoich danych identyfikujących⁹⁵. Można przyjąć, że wprowadzenie systemu opartego na zgodzie dawcy na udostępnienie swoich danych identyfikujących byłoby możliwe na podstawie już istniejących i zgromadzonych danych dotyczących dawcy.

Zgodnie z art. 37 ust. 1 u.l.n. „w celu identyfikacji dawców i biorczyń komórek rozrodczych przekazanych w celu dawstwa innego niż partnerskie oraz dawców i biorczyń zarodków oraz w celu monitorowania procesu medycznie wspomaganey prokreacji tworzy się rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków, zwany dalej «rejestrem»”. Rejestr zawiera m.in.: „niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące dawcę komórek rozrodczych lub dawców zarodka” (art. 37 ust. 2 pkt 1 u.l.n.); „wykaz, niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące i charakterystykę komórek rozrodczych lub zarodków pobranych, przetworzonych, przetestowanych, przechowywanych i zastosowanych w procedurze medycznie wspomaganey prokreacji” (art. 37 ust. 2 pkt 6 u.l.n.); oraz „numer PESEL biorczyni komórek rozrodczych lub zarodków, a w przypadku osoby, która nie ma nadanego numeru PESEL – imię, nazwisko, serię i numer dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość” (art. 37 ust. 2 pkt 10 u.l.n.). Jak stanowi § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 21.10.2015 r. w sprawie niepowtarzalnego oznakowania i monitorowania komórek rozrodczych i zarodków⁹⁶, „dawcę komórek rozrodczych oraz dawców zarodka oznakowuje się przy użyciu numeru PESEL”. Natomiast zgodnie z § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia „w przypadku osób, które nie mają nadanego numeru PESEL, niepowtarzalnym oznakowaniem jest numer składający się łącznie z: 1) roku, miesiąca i dnia urodzenia; 2) serii i numeru dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość; 3) symbolu kraju, w którym wydany został dokument tożsamości dawcy, określony w postaci dwóch znaków alfabetycznych, zgodnie z ust. 4; 4) kolejnego numeru dawcy nieposiadającego numeru PESEL zgłoszonego do rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków”. Na podstawie § 21 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 20.10.2015 r. w sprawie wymagań, jakie powinien spełniać system zapewnienia jakości w ośrodku medycznie wspomaganey prokreacji oraz w banku komórek rozrodczych i zarodków⁹⁷, karty dawców, o których mowa w art. 52 ust. 2 pkt 5 u.l.n., „obejmują: 1) kartę dawcy komórek rozrodczych; 2) kartę dawców zarodka”. W obu przypadkach karty dawców zawierają m.in.: niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące dawcę/dawców; tożsamość dawcy/dawców, w tym imiona i nazwiska, daty urodzenia, numery PESEL, a w przypadku osoby, która nie ma nadanego numeru PESEL, imię, nazwisko, serię i numer dowodu osobistego, paszportu lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość, wiek, płeć (§ 21 ust. 2 i 3 ww. rozporządzenia).

⁹⁵ Odnosić wypada, że w doktrynie sformułowano także stanowisko, że *de lege lata* anonimowość nie jest wzajemna, a co za tym idzie „ten sposób unormowania pozostawia zatem dawcy pole do decyzji w sprawie ewentualnego jednostronnego ujawnienia”. M. Boratyńska, J. Różyńska, [w:] *System...*, t. 2, cz. 2, *Regulacja...*, s. 401–402.

⁹⁶ Dz.U. z 2015 r. poz. 1747.

⁹⁷ Dz.U. z 2015 r. poz. 1727.

Aktualnie rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków nie zawiera danych obejmujących imię i nazwisko dawcy, ale tylko niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące dawcę, które to zasadniczo opiera się na numerze PESEL. W karcie dawcy znajduje się zaś zarówno niepowtarzalne oznakowanie identyfikujące dawcę, jak i jego dane identyfikujące (w tym imię i nazwisko). Przy odpowiednim sposobie powiązania tych danych można byłoby *de lege ferenda* wykorzystać aktualnie istniejącą dokumentację do stworzenia możliwości wyrażenia przez dotychczas anonimowego dawcę zgody na ujawnienie jego tożsamości osobie urodzonej w wyniku dawstwa. Wówczas dane w rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków powinny być rozszerzane o dane identyfikujące dawcę, w tym przede wszystkim jego imię i nazwisko. W sytuacji, w której osoba urodzona w wyniku dawstwa innego niż partnerskie albo dawstwa zarodka uzyskiwałaby dane o dawcy, oprócz danych nieidentyfikujących udostępniane byłyby jej także dane identyfikujące dawcę, który wyraził na to zgodę, pomimo że pierwotnie był dawcą anonimowym.

Trzeba również pamiętać, że procedury medycznie wspomaganej prokreacji były stosowane w Polsce także przed wejściem w życie ustawy o leczeniu niepłodności. Dla tych podmiotów, które nadal chciały prowadzić tego rodzaju procedury, zgodnie z art. 98 ust. 2 pkt 5, ust. 4 pkt 3 oraz ust. 5 u.l.n. wprowadzono pewne instrumenty służące temu, aby istniała możliwość identyfikowania komórek rozrodczych i zarodków oraz identyfikowania dawców komórek rozrodczych i zarodków (co oczywiście nie oznacza udostępniania danych identyfikujących dawców osobom urodzonym w wyniku dawstwa). Dawstwo komórek rozrodczych i zarodków jest stosowane w Polsce od wielu lat. Nietrudno wyobrazić sobie, że nie zawsze dokumentacja była gromadzona w prawidłowy sposób, w szczególności przy relatywnie nieskomplikowanych zabiegach, takich jak inseminacja nasieniem dawcy, zwłaszcza w dobie, gdy anonimowość dawców była w praktyce respektowaną zasadą. Doświadczenia innych państw, w których zmierzono się z problemem identyfikacji dawców, pokazują, że sytuacje takie nie należą do rzadkości. Jak już wskazano, nawet w stanie Wiktorii w Australii, gdzie anonimowość została zniesiona z mocą wsteczną, nie zawsze istnieje możliwość zidentyfikowania dawcy z przyczyn praktycznych, np. zniszczenia dokumentacji.

W związku z tym można zadać pytanie, czy polski ustawodawca powinien stworzyć ścieżkę do wzajemnego poznania się osób urodzonych w wyniku dawstwa oraz dawców w ww. przypadkach. W niektórych systemach prawnych funkcjonują rejestry oparte na testach DNA, które stwarzają taką możliwość (np. Zjednoczone Królestwo czy stan Wiktorii w Australii). Rzecz jasna opierają się one na wymogu zgody dawcy, ponieważ musi on najpierw oddać swój materiał genetyczny na potrzeby przeprowadzenia odpowiedniego testu DNA i dopasowania do swojego genetycznego potomstwa. Należy przyjąć, że państwo powinno wprowadzić także tego rodzaju rejestry. Odrębną kwestią jest to, że niezależnie od regulacji obowiązujących w danym systemie prawa, jeżeli nieznanemu dawcy i ich genetyczne dzieci chcą się odnaleźć, mogą to zrobić za pośrednictwem DTCGT. Rozwiązania prawne, które pozwalałyby na objęcie działalnością państwa sytuacji, w których dochodzi

do „dopasowania” osoby urodzonej w wyniku dawstwa i dawcy, wzmacniałyby możliwość stworzenia odpowiedniego wsparcia psychologicznego i doradztwa, które niewątpliwie w takich przypadkach jest pożądane.

Oprócz wprowadzenia ww. zmian należałoby stworzyć także ramy prawne do wzajemnej identyfikacji rodzeństwa pochodzącego od tego samego dawcy. Trzeba bowiem pamiętać, że nawet jeżeli anonimowy dawca nie wyrazi zgody na ujawnienie swojej tożsamości, dla osób urodzonych w wyniku dawstwa kluczowe może być powzięcie informacji o tym, czy mają genetyczne rodzeństwo pochodzące od tego samego dawcy, oraz stworzenie instrumentów prawnych, które pozwalałyby na zapoznanie się takich osób, rzecz jasna, za obopólną zgodą. Możliwość taka jest przewidziana przez niektóre systemy prawne, np. Zjednoczone Królestwo⁹⁸. Odrębną kwestią pozostaje oczywiście to, że niezależnie od wprowadzonych w tym zakresie rozwiązań prawnych rodzeństwo może odnaleźć się za pośrednictwem DTCGT. Ujęcie takiej możliwości w odpowiednie ramy prawne pozwalałoby jednak na profesjonalne wsparcie takich osób, zwłaszcza w zakresie poradnictwa psychologicznego. Oprócz tego możliwość ustalenia powiązań genetycznych między osobami pochodzącymi od tego samego dawcy pozwalałoby uniknąć przypadkowych związków kaziroidycznych. Można zresztą postulować, aby istniała możliwość weryfikacji przez osoby, które pozostają lub zamierzają pozostawać w intymnych relacjach, czy pochodzą one od tego samego dawcy, co – jak już wskazano – jest przewidziane przez niektóre systemy prawne.

4.3. Dostęp do szerokiego zakresu danych nieidentyfikujących dawcę *de lege ferenda*

Równolegle do dyskusji na temat wprowadzenia modelu dawstwa identyfikowalnego warto pochylić się także nad kwestią dostępu do danych nieidentyfikujących, który powinien być możliwie szeroki⁹⁹. Dane nieidentyfikujące dawcę powinny być szczególnie zwłaszcza w zakresie informacji dotyczących jego stanu zdrowia¹⁰⁰. Osoby urodzone w wyniku dawstwa innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka mają dostęp jedynie do niewielkiego zakresu informacji o dawcy (rok i miejsce urodzenia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka oraz informacje na temat stanu zdrowia dawcy komórek rozrodczych lub dawców zarodka: wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka).

⁹⁸ Section 31ZE, HFEA.

⁹⁹ W wyroku ETPC z 7.09.2023 r. w sprawach Gauvin-Fournis przeciwko Francji i Silliau przeciwko Francji wymóg zgody dawcy na dostęp do jego danych medycznych nie został uznany za naruszający art. 8 EKPC.

¹⁰⁰ K. Bączyk-Rozwadowska, *Dawstwo materiału genetycznego a rozwiązania polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020/25(2), s. 161–162, <https://doi.org/10.15290/bsp.2020.25.02.07> (dostęp: 2.10.2023 r.); M. Boratyńska, *Tajemnica...*, s. 63–64. Stowarzyszenie Nasz Bocian zgłaszało postulaty poszerzenia katalogu danych nieidentyfikujących o: dane dotyczące pochodzenia etnicznego, fotografie z dzieciństwa, listy do przyszłych rodziców i dzieci, nagrania głosowe (Uzasadnienie projektu ustawy o leczeniu niepłodności, druk sejmowy nr 3245, Sejm VII kadencji, s. 32).

Dostęp do szerokiego zakresu danych nieidentyfikujących może mieć zasadnicze znaczenie w zakresie ochrony interesów osoby poczętej w wyniku dawstwa heterologicznego. Nawet przejście na model dawstwa identyfikowalnego nie daje gwarancji, że osoba urodzona w rezultacie dawstwa uzyska bezpośrednio od dawcy kluczowe dla siebie informacje. Dotyczy to zwłaszcza chorób, na które cierpi dawca lub członkowie jego rodziny, zwłaszcza gdy doszło do nich po przekazaniu komórek rozrodczych (zarodków) do dawstwa. Przede wszystkim dawca po wielu latach może zmienić stosunek do wyrażonej przez siebie zgody i niechętnie dzielić się informacjami np. na temat swojego zdrowia. Poza tym dawca mógł w międzyczasie umrzeć, co również uniemożliwia uzyskanie od niego takich informacji.

Jak już wskazano, w doktrynie zagranicznej postulowano wprowadzenie rozwiązań, które pozwalają na dokumentowanie danych medycznych i wymianę informacji także po dokonaniu dawstwa, przy czym nie musi to wcale oznaczać identyfikowalności dawcy. Trudno odmówić takiemu zapatrywaniu słuszności, gdyż niejednokrotnie np. informacja o chorobie genetycznej może być uzyskana przez dawcę już po przekazaniu przez niego komórek rozrodczych, a brak wiedzy osoby urodzonej w wyniku dawstwa o niej może stanowić realne zagrożenie dla jej zdrowia. Odmienne kwestią jest to, że wprowadzenie systemu gromadzenia takich informacji nie byłoby łatwe, gdyż wymagałoby sukcesywnego uzupełniania informacji przez dawcę, co wiązałoby się z koniecznością jego aktywności. Należy jednak uznać, że dawca powinien mieć możliwość uzupełnienia informacji na swój temat w dowolnym czasie. Najlepszym przykładem może być powzięcie przez dawcę informacji o chorobie nowotworowej wśród członków jego rodziny. Można założyć, że część dawców chciałaby dodać taką informację do dokumentacji dostępnej dla osoby urodzonej w wyniku dawstwa. Aktualnie dane medyczne, do których ma dostęp osoba urodzona w rezultacie dawstwa, obejmują tylko wyniki badań lekarskich i laboratoryjnych, którym poddany był kandydat na dawcę przed pobraniem komórek rozrodczych lub kandydaci na dawców zarodka przed utworzeniem zarodka. Nie ma zatem możliwości uzupełnienia tych danych o informacje, które dawca uzyskał po tym czasie. Należy także przyjąć, że w sytuacji gdy nastąpiłaby zmiana modelu na dawstwo identyfikowalne jedynie prospektywnie, część dawców mogłaby pozostać anonimowa. Może zdarzyć się tak, że dawca nie chce ujawnić swojej tożsamości osobom poczętym w wyniku dawstwa, ale zarazem chce, aby osoby te uzyskały dostęp do istotnych informacji na temat stanu zdrowia jego lub członków jego rodziny. Prawo powinno wspierać taką możliwość. Poza tym trzeba zaznaczyć, że dane nieidentyfikujące mogą obejmować znacznie szerszy zakres informacji i uwzględniać np. zdjęcia z dzieciństwa, szczegółowy opis wyglądu (wzrost, waga, kolor oczu, kolor i struktura włosów itd.), rasę, narodowość, wyznawaną religię, wykształcenie, wykonywany zawód, list opisujący historię rodziny, list od dawcy czy nagranie głosu¹⁰¹. Z podobnych przyczyn, jak w przypadku danych medycznych, wydaje się, że warto byłoby gromadzić także takie dane.

¹⁰¹ Dostępne w internecie profile rozszerzone anonimowych dawców w popularnych bankach nasienia obejmują bardzo szczegółowe informacje, np.: duński CRYOS.

4.4. Dokumenty z zakresu rejestracji stanu cywilnego a dawstwo identyfikowalne

W niektórych systemach prawnych w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego odnotowywana jest informacja o tym, że określona osoba urodziła się w wyniku dawstwa. Powinno to skłonić do zbadania, jak kwestie te rozstrzygane są w polskim systemie prawnym. Reforma prawa w kierunku identyfikowalności dawców mogłaby wiązać się także z pewnymi zmianami w zakresie powiązania informacji gromadzonych w rejestrze dawców komórek rozrodczych i zarodków z dokumentami z zakresu rejestracji stanu cywilnego. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy wymagają one jakiegokolwiek korekty lub istotnej zmiany, należy przeprowadzić dodatkowe badania. W tym miejscu wypada jednak spojrzeć, jak te kwestie są regulowane aktualnie oraz w jakim kierunku mogą zmierzać ewentualne zmiany prawa.

W sytuacji gdy osoba urodziła się w wyniku dawstwa komórek rozrodczych lub zarodka, a jego rodzicami prawnymi są małżonkowie, w rejestrze stanu cywilnego oraz aktach zbiorowych aktu urodzenia nie będzie żadnej informacji o tym, że para skorzystała z dawstwa heterologicznego, co wynika z zasady domniemania pochodzenia dziecka od męża matki. Nieco więcej wątpliwości pojawia się w przypadkach dawstwa innego niż partnerskie (dawstwa zarodka), z którego skorzystały osoby pozostające we wspólnym pożyciu, które nie są małżeństwem. Wówczas zastosowanie znajduje uznanie ojcostwa na podstawie art. 75¹ § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹⁰² (tzw. uznanie ojcostwa kwalifikowane). Zgodnie z tym przepisem „uznanie ojcostwa następuje z dniem urodzenia się dziecka także wtedy, gdy przed przeniesieniem do organizmu kobiety komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo zarodka powstałego z komórek rozrodczych pochodzących od anonimowego dawcy albo z dawstwa zarodka mężczyzna oświadczy przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego, że będzie ojcem dziecka, które urodzi się w następstwie procedury medycznie wspomaganej prokreacji z zastosowaniem tych komórek albo tego zarodka, a kobieta ta potwierdzi jednocześnie albo w ciągu trzech miesięcy od dnia oświadczenia mężczyzny, że ojcem dziecka będzie ten mężczyzna”.

Powstaje wówczas pytanie, czy informacja o tym szczególnym (tzw. kwalifikowanym) sposobie uznania ojcostwa będzie ujawniona w akcie urodzenia oraz odpisach aktu urodzenia. Nie ulega wątpliwości, że protokół uznania, również tzw. kwalifikowanego, będzie znajdował się w aktach zbiorowych aktu urodzenia osoby urodzonej w wyniku dawstwa heterologicznego¹⁰³. Jeżeli dziecko się urodzi, protokół tzw. uznania kwalifikowanego jest dołączany do akt zbiorowych aktu urodzenia i podlega udostępnieniu na wniosek osoby, której akt dotyczy, po osiągnięciu przez nią pełnoletności lub na żądanie sądu (art. 63 ust. 12 *in fine* ustawy Prawo o aktach

¹⁰² Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359 ze zm.) – dalej k.r.o.

¹⁰³ Szerzej: R. Łukasiewicz, *Treść akt zbiorowych aktu urodzenia a pozycja dzieci urodzonych w następstwie dawstwa heterologicznego*, „Metryka” 2020/2, s. 57–66.

stanu cywilnego¹⁰⁴). W doktrynie przedstawiono pogląd, zgodnie z którym w odniesieniu do dzieci pozamażeńskich urodzonych dzięki dawstwu innemu niż partnerskie w akcie urodzenia dokonywana jest odpowiednia adnotacja¹⁰⁵. Wydaje się jednak, że szereg argumentów przemawia za tym, iż również w takich przypadkach brak będzie adnotacji o uznaniu ojcostwa na podstawie art. 75¹ § 1 k.r.o. w akcie urodzenia (a co za tym idzie – w odpisach zupełnych aktu urodzenia).

Przed wszystkim rozważyć trzeba, kiedy w ogóle dochodzi do wpisania adnotacji do aktu urodzenia. Zgodnie z art. 23 p.a.s.c. „informacje o okolicznościach i podstawie rejestracji urodzenia, małżeństwa albo zgonu zamieszcza się w akcie stanu cywilnego jako adnotację”. Adnotacje są wpisywane do aktu urodzenia w ściśle wskazanych przez ustawę Prawo o aktach stanu cywilnego sytuacjach, np.: adnotacja o tym, że dziecko urodziło się martwe (art. 52 ust. 2 p.a.s.c.); adnotacja o sporządzeniu aktu urodzenia z urzędu, jeżeli nie dokonano zgłoszenia urodzenia w odpowiednim terminie (art. 55 ust. 2 p.a.s.c.); adnotacja o wpisaniu tzw. danych przesłaniających ojca (art. 61 ust. 2 p.a.s.c.); adnotacja o transkrypcji zagranicznego dokumentu stanu cywilnego (art. 105 ust. 1 p.a.s.c.). System teleinformatyczny (*Źródło*), w którym prowadzony jest rejestr stanu cywilnego, zawiera listę adnotacji opartą na ustawie Prawo o aktach stanu cywilnego. Jak wskazuje się w doktrynie, „istnieje jednak możliwość wpisania w polu tekstowym adnotacje także innych informacji niż wynikające z katalogu zamieszczonego na tej liście, ponieważ nie jest on zamknięty”¹⁰⁶. Kluczowe znaczenie ma jednak treść art. 65 p.a.s.c., zgodnie z którym „jeżeli uznanie ojcostwa nastąpiło przed urodzeniem się dziecka lub przed sporządzeniem aktu urodzenia albo gdy uznanie ojcostwa następuje przy sporządzeniu aktu urodzenia, akt urodzenia sporządza się jak dla dziecka, wobec którego zachodzi domniemanie, że pochodzi od męża matki”. W takich przypadkach w adnotacjach oraz we wzmiankach dodatkowych nie wpisuje się informacji dotyczących uznania. A zatem, jeżeli wszystkie dane potrzebne do sporządzenia aktu urodzenia są znane w chwili jego sporządzania (dane matki, dane ojca), wówczas nie wprowadza się informacji na temat podstawy ustalenia ojcostwa do aktu urodzenia. W przypadku tzw. uznania kwalifikowanego wszystkie dane są już znane, bo oświadczenia konieczne do uznania ojcostwa w ten sposób są składane jeszcze przed urodzeniem dziecka¹⁰⁷.

W polskiej doktrynie prawniczej można spotkać się z zapatrywaniem, że informacja o dawstwie powinna być ujawniana w akcie urodzenia osoby poczętej w wyniku dawstwa. Maria Boratyńska postuluje wprowadzenie do aktu urodzenia dziecka urodzonego w wyniku dawstwa heterologicznego wzmianki dodatkowej, gdy dziecko zostało urodzone w małżeństwie lub w związku osób pozostających

¹⁰⁴ Ustawa z 28.11.2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1378) – dalej p.a.s.c.

¹⁰⁵ M. Boratyńska, J. Różyńska, [w:] *System...*, t. 2, cz. 2, *Regulacja...*, s. 415.

¹⁰⁶ P. Kasprzyk, [w:] *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego*, t. 1, *Podstawowe instytucje prawa o aktach stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2018, s. 113.

¹⁰⁷ W tym miejscu pragnę podziękować za pomoc w uzyskaniu informacji dotyczących praktyki sporządzania aktów urodzenia w przypadku tzw. uznania kwalifikowanego pracownikom Urzędu Stanu Cywilnego w Rzeszowie.

we wspólnym pożyciu, co posłużyłoby jako „sygnał i pierwszy trop dla poszukiwań należnych informacji na temat dawstwa gamet i zarodków”¹⁰⁸. Przyjęcie wskazanego wyżej rozwiązania oznaczałoby zbliżenie rejestru stanu cywilnego do tzw. rejestru aktywnego. Rejestry aktywne polegają na tym, że znajdująca się w nich informacja o dawstwie jest udostępniana osobie urodzonej w wyniku dawstwa zawsze po osiągnięciu przez nią określonego wieku, niezależnie od tego, czy wie o tym, w jaki sposób została poczęta. Dalsze informacje na temat dawcy przekazywane są zaś na wniosek tej osoby. Przeciwnieństwem rejestrów aktywnych są rejestry pasywne, które występują powszechnie w obszarze medycznie wspomaganego prokreacji i polegają na tym, że umieszczona tam informacja o tym, iż określona osoba została poczęta w wyniku dawstwa, jest udostępniana tej osobie wyłącznie, gdy sama tego zażąda¹⁰⁹. Propozycja M. Boratyńskiej jest bliska, choć nie tożsama, z koncepcją rejestrów aktywnych. Z jednej strony wzmianka dodatkowa w akcie urodzenia nie oznacza, że po osiągnięciu pełnoletności osoba urodzona w wyniku dawstwa zostanie „z urzędu” poinformowana o okolicznościach swojego poczęcia, z drugiej strony może ona dowiedzieć się o dawstwie przy okazji uzyskania odpisu zupełnego aktu urodzenia, nawet jeżeli nie wiedziała o dawstwie, a odpis zupełny był jej potrzebny do innych celów. Rozwiązanie to oznaczałoby także, że osoba poczęta w ramach dawstwa innego niż partnerskie oraz dawstwa zarodka mogłaby dowiedzieć się o dawstwie od organu państwowego, nawet wbrew żądaniu rodziców, by taką informację zataić. Joanna Haberko, analizując zalecenia ujęte w rekomendacji 2156 (2019), uważa, że „z nieco większą rezerwą odnieść się należy do realizacji obowiązku informacyjnego przez odpowiedni organ państwowy na temat okoliczności narodzin człowieka i wykorzystania w tym zakresie komórek pochodzących od innych niż rodzice prawni osób. Nie ulega wątpliwości, że dziecku pozostawić należy decyzję co do uzyskania dostępu do informacji o danych dawcy, niemniej jednak realizacja obowiązku o fakcie poczęcia spoczywać powinna raczej na rodzicach, a nie na państwie”¹¹⁰. Autorka nie odwołuje się tu do wskazanej w niniejszym artykule propozycji umieszczenia informacji o dawstwie w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego.

Wprowadzenie informacji na temat skorzystania z dawstwa heterologicznego do dokumentów z zakresu rejestracji stanu cywilnego rodzi bardzo wiele kwestii wymagających rozwiązania, które ze względu na ograniczone ramy redakcyjne można jedynie zasygnalizować. Po pierwsze, należałoby rozważyć, czy informacja ta powinna znaleźć się jedynie w aktach zbiorowych aktu urodzenia, czy również w akcie urodzenia dziecka, a jeżeli miałyby się znaleźć w akcie urodzenia, to jaka powinna być jej treść – czy powinna jedynie nadmieniać, że w aktach zbiorowych aktu urodzenia znajdują się dodatkowe informacje dotyczące urodzenia, czy wskazywać, że doszło do dawstwa, czy też zawierać dane, kim jest dawca (gdyby dawstwo było identyfikowalne). Wpisanie którejkolwiek z tych informacji do aktu urodzenia miałoby o tyle istotne znaczenie, że wówczas informacja taka znalazła-

¹⁰⁸ M. Boratyńska, *Tajemnica...*, s. 63.

¹⁰⁹ I.G. Cohen, *Response...*, s. 446–447.

¹¹⁰ J. Haberko, *Anonimowość...*, s. 69.

by się w odpisie zupełnym aktu urodzenia. Alternatywnym rozwiązaniem byłoby umieszczenie takiej informacji w osobnym dokumencie, który znajdowałby się w aktach zbiorowych aktu urodzenia. Wówczas dyskusyjne jest, kiedy wydać ten dokument – czy powinien być wydawany na wniosek osoby urodzonej w wyniku dawstwa (a zatem miałby charakter tzw. rejestru pasywnego), czy powinien być wydawany takiej osobie zawsze, np. po osiągnięciu pełnoletności (a więc miałby charakter tzw. rejestru aktywnego). Drugie rozwiązanie sprawiałoby, że każda osoba urodzona w wyniku dawstwa heterologicznego uzyskiwałaby informację o dawstwie. Wydaje się, że kluczowe pytanie sprowadza się do tego, czy system prawny powinien w taki sposób realizować prawo osoby urodzonej w wyniku dawstwa do poznania własnej tożsamości genetycznej, że zawsze dowie się ona o tym fakcie, czy też pozostawić tę sferę poza regulacją ustawową, ograniczając możliwość uzyskania tego rodzaju informacji tylko do przypadków, gdy osoba ta będzie dążyć do uzyskania tych danych.

5. Wnioski końcowe

Sformułowanie propozycji zmian w zakresie anonimowości dawców komórek rozrodczych i zarodków nie jest zadaniem łatwym. Ze względu na zaangażowanie w tę procedurę trzech stron – dawców, biorców, a w rezultacie także osób urodzonych w wyniku dawstwa – niewykłuczone jest ścieranie się ich sprzecznych interesów. Przeprowadzona w niniejszej publikacji analiza prowadzi do następujących konkluzji.

1. Wiele argumentów przemawia za tym, że możliwość identyfikacji dawcy chroni żywozny interes osoby urodzonej w rezultacie dawstwa heterologicznego, w różnych aspektach: psychologicznym, tożsamościowym, medycznym oraz związanym z ryzykiem kazirodztwa. Można oczywiście próbować rozwiązać te problemy przez dostęp do szerokiego zakresu danych nieidentyfikujących oraz możliwość uzupełniania gromadzonych danych dotyczących dawcy także w okresie po dokonanych już dawstwie. Poznanie tożsamości dawcy, gdy wyraża on na to zgodę, zazwyczaj pozwala jednak na szybsze i łatwiejsze dotarcie do istotnych informacji, np. medycznych.
2. Niezależnie od rozwiązań normatywnych obowiązujących w danym systemie prawnym zasada anonimowości dawców może być przełamywana przez zastosowanie różnych sposobów dotarcia do tego, kim jest dawca. Wiele podmiotów działających na skalę międzynarodową oferuje komercyjne testy DNA (np. Ancestry, Family Tree DNA, 23andMe czy MyHeritage DNA). Praktyka pokazuje, że ich zastosowanie pozwala czasem dotrzeć do informacji o tożsamości dawcy, nawet wbrew jego życzeniom w tym zakresie, np. przez znalezienie krewnych dawcy i posłużenie się pewnymi informacjami nieidentyfikującymi, do których osoba poszukująca ma dostęp. Bez względu na skalę tego zjawiska takie przypadki powinny skłaniać do refleksji nad przyszłością anonimowości dawców jako konstrukcji normatywnej chronionej przez państwo. Dzisiaj nie można już bowiem z całą pewnością zagwarantować dawcy anonimowości.

3. Interpretacja przepisów Konwencji o prawach dziecka nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy osoba urodzona w wyniku dawstwa powinna mieć zawsze i bezwarunkowo prawo dostępu do informacji o tożsamości dawcy, nawet jeżeli nie godzi się on na ujawnienie swoich danych identyfikujących. W dyskusji na ten temat spory dotyczą wykładni użytego w art. 7 ust. 1 KPD zwrotu „jeśli to możliwe”, który może być rozumiany albo w ten sposób, że odnosi się on jedynie do okoliczności niezależnych od państwa, np. gdy dziecko zostało porzucone i z tego powodu nie może poznać swoich rodziców, albo w ten sposób, że również prawo może tworzyć określone ramy normatywne dla ograniczenia prawa do poznania tożsamości genetycznej.
4. W wyroku ETPC z 7.09.2023 r.¹¹¹ przyjęto, że aktualnie obowiązujące (od 1.09.2022 r.) prawo francuskie, które zniosło anonimowość dawców prospektywnie, nie narusza art. 8 EKPC. Polega ono na tym, że aby zostać dawcą, należy równocześnie zgodzić się na ujawnienie w przyszłości określonych danych, w tym danych identyfikujących, osobie urodzonej w wyniku dawstwa. W odniesieniu zaś do osób urodzonych w wyniku dawstwa przed zmianą prawa dostęp do informacji o dawcy jest możliwy za jego zgodą.
5. Próby znalezienia wyważonego modelu w zakresie anonimowości dawców zostały podjęte przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w rekomendacji 2156 (2019), w której uznano, że zniesienie anonimowości powinno dotyczyć wyłącznie przyszłych dawców, którzy dobrowolnie i altruistycznie przekazują swoje komórki rozrodcze do dawstwa ze świadomością, że osoba poczęta w ten sposób będzie mogła poznać ich tożsamość. Stanowi to wyraz akceptacji unormowań występujących w większości krajów, w których zniesiono anonimowość (np. Zjednoczone Królestwo, Austria, Finlandia). Jeżeli chodzi o dawców, którzy przekazali swoje komórki rozrodcze (zarodki) do dawstwa przed wprowadzeniem dawstwa identyfikowalnego, ujawnienie ich tożsamości może odbyć się zasadniczo za ich zgodą, a więc niedopuszczalne jest retrospektywne zniesienie anonimowości (odmiennie: stan Wiktorii w Australii).
6. Prospektywne zniesienie anonimowości nie daje wszystkim osobom urodzonym w rezultacie dawstwa tej samej pozycji w zakresie prawa do poznania własnej tożsamości genetycznej. O ile wprowadzenie dawstwa identyfikowalnego względem przyszłych dawców jest relatywnie łatwo obronić (chcącemu nie dzieje się krzywda – dawca już w momencie dawstwa godzi się na swoją identyfikację w przyszłości), o tyle znacznie więcej kontrowersji pojawia się w odniesieniu do ujawnienia danych identyfikujących dawców, którzy oddawali swoje komórki rozrodcze (zarodki) pod rządami prawa, które gwarantowało im anonimowość. W takich przypadkach zgoda dawców na ujawnienie ich danych identyfikujących powinna być wymagana.

¹¹¹ Wyrok ETPC z 7.09.2023 r., skarga nr 21424/16, Gauvin-Fournis przeciwko Francji, oraz skarga nr 45728/17, Silliau przeciwko Francji, ECLI:CE:ECHR:2023:0907JUD002142416.

7. Zaproponowane w niniejszym artykule zmiany prawa polskiego opierają się na przeświadczeniu, że prawo polskie powinno zrezygnować z anonimowości w odniesieniu do wszystkich przyszłych dawców. Dokonując syntezy zaprezentowanego rozwiązania, można go określić w następujący sposób: wszyscy przyszli dawcy, wyrażając zgodę na dawstwo, powinni równocześnie wyrazić zgodę na swoją identyfikację w przyszłości, przez dziecko urodzone w wyniku dawstwa (w przeciwnym wypadku nie mogą zostać dawcami). Odrębną kwestią pozostaje fakt, że prawo polskie dopuszcza dawstwo zarodków z mocy ustawy, w przypadku którego trudno mówić o zgodzie dawców na przekazanie ich zarodków do dawstwa. W odniesieniu do dawców, którzy wcześniej przekazali swoje komórki rozrodcze (zarodki) do dawstwa, powinna istnieć możliwość udostępnienia ich tożsamości na podstawie ich zgody. Można postulować także powstanie rejestru bazującego na testach DNA, zwłaszcza gdy dopasowanie dawcy i osoby urodzonej wskutek dawstwa nie byłoby możliwe, np. ze względu na brak właściwych dokumentów.
8. Oprócz ww. sposobu dopasowania dawców i ich genetycznego potomstwa powinna istnieć możliwość wymiany informacji oraz identyfikacji osób (za ich zgodą), które pochodzą od tego samego dawcy, tzn. są genetycznym rodzeństwem, jak również możliwość weryfikacji potencjalnych związków kazirodu, tzn. sprawdzenia, czy osoby zamierzające np. zawrzeć związek małżeński pochodzą od tego samego dawcy.
9. Prawo powinno przewidywać możliwość uzupełnienia informacji nieidentyfikujących po dokonaniu dawstwa. Odnosi się to także do tych dawców, którzy byli anonimowi i nie chcą wyrazić zgody na ujawnienie swojej tożsamości, ale zarazem chcą podzielić się ze swoim genetycznym potomstwem istotnymi informacjami, w tym przede wszystkim danymi dotyczącymi ich aktualnego stanu zdrowia i ewentualnych chorób.
10. Rozważenia wymaga także ustalenie, czy w dokumentach z zakresu rejestracji stanu cywilnego (akt urodzenia lub akta zbiorowe aktu urodzenia) powinna znajdować się informacja wskazująca na to, że określona osoba urodziła się w wyniku dawstwa innego niż partnerskie lub dawstwa zarodka. Uzasadnione wydaje się podjęcie dyskusji nad ewentualnym powiązaniem rejestru dawców komórek rozrodczych i zarodków z danymi gromadzonymi przez urzędy stanu cywilnego. Polem do dyskusji jest nie tylko sama zasadność takiego rozwiązania, ale także to, jak takie informacje powinny być gromadzone oraz sformułowane, jak również, w jaki sposób i kiedy osoba urodzona w wyniku dawstwa powinna mieć do nich dostęp.

Przedstawione w niniejszym artykule uwagi mają stanowić jedynie głos w toczącej się dyskusji, a zaproponowane rozwiązania wyrażają aktualne tendencje w zakresie ujawniania danych dawców. Najwięcej wątpliwości pojawia się w odniesieniu do sytuacji tych dawców, którzy oddają swoje komórki rozrodcze (zarodki) pod rządami aktualnie obowiązującego prawa, które hołduje zasadzie anonimowości dawców, jak również tych dawców, którzy czynili to w okresie wcześniejszym, ale w przeświadczeniu (popartym przede wszystkim informacjami uzyskanymi

w momencie przekazywania komórek rozrodczych lub zarodków), że na zawsze pozostaną anonimowi. Oznacza to, że obszarem wymagającym szczególnie wnikliwej analizy są rozważania na temat zniesienia anonimowości prospektywnie albo retrospektywnie.

Bibliografia

1. Adams D., Allan S., *Building a Family Tree: Donor-Conceived People, DNA Tracing and Donor 'Anonymity'*, Australian Journal of Adoption 2013, t. 7, nr 2.
2. Allan S., *Donor Conception and the Search for Information From Secrecy and Anonymity to Openness*, London-New York 2017, <https://doi.org/10.4324/9781315568171>.
3. Arkadas-Thibert A., Lansdown G., *Article 7: The Right to a Name, Nationality, and to Know and Be Cared for by Parents*, [w:] *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child. An Analysis of Attributes*, red. Z. Vaghri, J. Zermatten, G. Lansdown, R. Ruggiero, Cham 2022, https://doi.org/10.1007/978-3-030-84647-3_6.
4. Bączyk-Rozwadowska K., *Dawstwo materiału genetycznego a rozwiązania polskiej ustawy o leczeniu niepłodności*, Białostockie Studia Prawnicze 2020, t. 25, nr 2, <https://doi.org/10.15290/bsp.2020.25.02.07>.
5. Bączyk-Rozwadowska K., *Procedura in vitro a poszanowanie autonomii prokreacyjnej pary realizującej projekt rodzicielski*, Prawo i Medycyna 2017, nr 4.
6. Bączyk-Rozwadowska K., *Prokreacja medycznie wspomagana. Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018.
7. Blauwhoff R.J., *Foundational facts, Relative truths. A comparative law study on child's right to know their genetic origins*, Utrecht 2009.
8. Blyth E., Frith L., *Donor-Conceived People's Access to Genetic and Biographical History: An Analysis of Provisions in Different Jurisdictions Permitting Disclosure of Donor Identity*, International Journal of Law, Policy and the Family 2009, t. 23, nr 2, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebp002>.
9. Blyth E., Golding B., *Egg sharing: a practical and ethical option in IVF?*, Expert Review of Obstetrics & Gynecology 2008, t. 3, nr 4, <https://doi.org/10.1586/17474108.3.4.465>.
10. Boratyńska M., Różyńska J., [w:] *System Prawa Medycznego*, t. 2, cz. 2, *Regulacja prawna czynności medycznych*, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, Warszawa 2019.
11. Boratyńska M., *Tajemnica lekarska in vitro w ustawie reprodukcyjnej – suma wszystkich strachów*, Prawo i Medycyna 2017, nr 4.
12. Borry P., Rusu O., Dondorp W., De Wert G., Knoppers B.M., Howard H.C., *Anonymity 2.0.: Direct-to-Consumer Genetic Testing and Donor Conception, Fertility and Sterility* 2014, t. 101, nr 3, <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2013.11.035>.
13. Bosek L., *Prawo osobiste do poznania własnej tożsamości biologicznej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2008, z. 4.
14. Brewaeys A., de Bruyn J.K., Louwe L.A., Helmerhorst F.M., *Anonymous or identity-registered sperm donors? A study of Dutch recipients' choices*, Human Reproduction 2005, t. 20, nr 3, <https://doi.org/10.1093/humrep/deh708>.

15. Cahn N.R., *The New Kinship*, Georgetown Law Journal 2012, t. 100, nr 2.
16. Calhaz-Jorge C., De Geyter C., Kupka M.S., Wyns C., Mocanu E., Motrenko T., Scaravelli G., Smeenk J., Vidakovic S., Goossens V., *Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*, Human Reproduction Open 2020, nr 1, <https://doi.org/10.1093/hropen/hoz044>.
17. Callum P., Messiaen L.M., Bower P.V., Skovby F., Iger J., Timshel S., Sims C.A., Falk R.E., *Gonosomal mosaicism for an NF1 deletion in a sperm donor: evidence of the need for coordinated, long-term communication of health information among relevant parties*, Human Reproduction 2012, t. 27, nr 4, <https://doi.org/10.1093/humrep/des014>.
18. Cohen I.G., *Response: Rethinking Sperm-Donor Anonymity: Of Changed Selves, Non-Identity, and One-Night Stands*, Georgetown Law Journal 2012, t. 100.
19. Crawshaw M., *Direct-to-Consumer DNA testing: the fallout for individuals and their families unexpectedly learning of their donor conception origins*, Human Fertility 2018, t. 21, nr 4, <https://doi.org/10.1080/14647273.2017.1339127>.
20. Daniels K., Lalos O., *Ethics and Society: The Swedish insemination act and the availability of donors*, Human Reproduction 1995, t. 10, nr 7, <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.humrep.a136196>.
21. Daniels K.R., Taylor K., *Secrecy and Openness in Donor Insemination*, Politics and the Life Sciences 1993, t. 12, nr 2, <https://doi.org/10.1017/S0730938400023984>.
22. Dyoniak A., *Pozycja prawna dziecka urodzonego w następstwie implantacji embrionu*, Nowe Prawo 1989, nr 1.
23. Ekerhovd E., Faurskov A., Werner C., *Swedish Sperm Donors Are Driven by Altruism, but Shortage of Sperm Donors Leads to Reproductive Travelling*, Upsala Journal of Medical Sciences 2009, t. 113, nr 3, <https://doi.org/10.3109/2000-1967-241>.
24. ESHRE Working Group on Reproductive Donation, Kirkman-Brown J., Calhaz-Jorge C., Dancet E.A.F., Lundin K., Martins M., Tilleman K., Thorn P., Vermeulen N., Frith L., *Good practice recommendations for information provision for those involved in reproductive donation*, Human Reproduction Open 2022, t. 1, <https://doi.org/10.1093/hropen/hoac001>.
25. Freeman T., Jadvá V., Kramer W., Golombok S., *Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor*, Human Reproduction 2009, t. 24, nr 3, <https://doi.org/10.1093/humrep/den469>.
26. Freeman T., Jadvá V., Tranfield E., Golombok S., *Online sperm donation: a survey of the demographic characteristics, motivations, preferences and experiences of sperm donors on a connection website*, Human Reproduction 2016, t. 31, nr 9, <https://doi.org/10.1093/humrep/dew166>.
27. Frith L., *Gamete donation and anonymity: The ethical and legal debate*, Human Reproduction 2001, t. 16, nr 5, <https://doi.org/10.1093/humrep/16.5.818>.
28. Graham S., Freeman T., Jadvá V., *A comparison of the characteristics, motivations, preferences and expectations of men donating sperm online or through a sperm bank*, Human Reproduction 2019, t. 34, nr 11, <https://doi.org/10.1093/humrep/dez173>.

29. Haberko J., *Anonimowość rodziców genetycznych a dobrostan zdrowotny dziecka. Uwagi na tle Rekomendacji 2156(2019) Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2019, t. 81, nr 4, <https://doi.org/10.14746/rpeis.2019.81.4.5>.
30. Haberko J., *Ustawa o leczeniu niepłodności. Komentarz*, Warszawa 2016.
31. Harper J.C, Kennett D., Riesel D., *The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business*, *Human Reproduction* 2016, t. 31, nr 6, <https://doi.org/10.1093/humrep/dew065>.
32. Hodgkin R., Newell P., *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Geneva 2007.
33. Hoglund-Shen A., *Direct-to-Consumer Genetic Testing, Gamete Donation and the Law*, *Family Court Review* 2017, t. 55, nr 3, <https://doi.org/10.1111/fcre.12288>.
34. Isaksson S., Sydsjö G., Skoog Svanberg A., Lampic C., *Disclosure behaviour and intentions among 111 couples following treatment with oocytes or sperm from identity-release donors: follow-up at offspring age 1–4 years*, *Human Reproduction* 2012, t. 27, nr 10, <https://doi.org/10.1093/humrep/des285>.
35. Jadv V., Casey P., Readings J., Blake L., Golombok S., *A longitudinal study of recipients' views and experiences of intra-family egg donation*, *Human Reproduction* 2011, t. 26, nr 10, <https://doi.org/10.1093/humrep/der252>.
36. Jones C., Frith L., Blyth E., Speirs J., *The role of birth certificates in relation to access to biographical and genetic history in donor conception*, *International Journal of Children's Rights* 2009, t. 17, nr 2, <https://doi.org/10.1163/157181808X389254>.
37. Kasprzyk P., [w:] *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego*, t. 1, *Podstawowe instytucje prawa o aktach stanu cywilnego*, red. P. Kasprzyk, Lublin 2018.
38. Kelly F., Dempsey D., Power J., Bourne K., Hammarberg K., Johnson L., *From Stranger to Family or Something in Between: Donor Linking in an Era of Retrospective Access to Anonymous Sperm Donor Records in Victoria, Australia*, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2019, t. 33, nr 3, <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebz011>.
39. Krawczak A., Damska A., *Bocian sprawdza kliniki. Pierwszy pacjencki monitoring polskich ośrodków leczenia niepłodności*, http://www.nasz-bocian.pl/pliki/monitoring_pacjencki_NB_2015.pdf.
40. Krawczak A., *Ustawa a potrzeba poznania własnego dziedzictwa genetycznego przez dzieci urodzone dzięki dawstwu niepartnerskiemu*, *Prawo i Medycyna* 2017, nr 4.
41. Lampic C., Skoog Svanberg A., Sorjonen K., Sydsjö G., *Understanding parents' intention to disclose the donor conception to their child by application of the theory of planned behaviour*, *Human Reproduction* 2021, t. 36, nr 2, <https://doi.org/10.1093/humrep/deaa299>.
42. Lehmann-Haupt R., *Are sperm donors really anonymous anymore? DNA testing makes them easy to trace*, <https://slate.com/human-interest/2010/02/dna-testing-makes-it-easy-to-find-the-identity-of-anonymous-sperm-donors.html>.
43. Lessor R., *All in the family: social processes in ovarian egg donation between sisters*, *Sociology of Health and Illness* 1993, t. 15, nr 3, <https://doi.org/10.1111/1467-9566.ep10490713>.

44. Lipski J., *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4.
45. Łukasiewicz R., *Dawstwo identyfikowalne komórek rozrodczych – proponowany standard europejski a prawo polskie*, Państwo i Prawo 2021, nr 8.
46. Łukasiewicz R., *Dawstwo komórek rozrodczych między członkami rodziny – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Forum Prawnicze 2018, nr 3.
47. Łukasiewicz R., *Treść akt zbiorowych aktu urodzenia a pozycja dzieci urodzonych w następstwie dawstwa heterologicznego*, Metryka 2020, nr 2.
48. Mahieu F., Decler W., Osmanagaoglu K., Provoost V., *Anonymous sperm donors' attitude towards donation and the release of identifying information*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2019, t. 36, nr 10, <https://doi.org/10.1007/s10815-019-01569-9>.
49. Marshall L.A., *Intergenerational gamete donation: Ethical and societal implications*, American Journal of Obstetrics and Gynecology 1998, t. 178, nr 6, [https://doi.org/10.1016/S0002-9378\(98\)70319-9](https://doi.org/10.1016/S0002-9378(98)70319-9).
50. McDonagh C., *Scientist allegedly fathered 600 children at own sperm clinic*, <https://www.progress.org.uk/scientist-allegedly-fathered-600-children-at-own-sperm-clinic>.
51. Motluk A., *Anonymous sperm donor traced on internet*, <https://www.newscientist.com/article/mg18825244-200-anonymous-sperm-donor-traced-on-internet/>.
52. Mroz J., *One Sperm Donor, 150 Offspring*, <https://www.nytimes.com/2011/09/06/health/06donor.html>.
53. Mroz J., *The serial sperm donor: One man, hundreds of children and a burning question: why?*, <https://www.irishtimes.com/life-and-style/health-family/the-serial-sperm-donor-one-man-hundreds-of-children-and-a-burning-question-why-1.4476178>.
54. Nunn J.S., Crawshaw M., Lacaze P., *Co-designing genomics research with a large group of donor-conceived siblings*, Research Involvement and Engagement 2021, t. 7, nr 89, <https://doi.org/10.1186/s40900-021-00325-7>.
55. Oszkinis B., *Prokreacja heterologiczna a polskie prawo rodzinne – kilka uwag systemowych*, [w:] *Zagadnienia prawa medycznego*, red. A. Górski, E. Sarnacka, Warszawa 2018.
56. Pennings G., *A SWOT analysis of unregulated sperm donation*, Reproductive BioMedicine Online 2023, t. 46, nr 1, <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2022.09.013>.
57. Pennings G., *Gamete donation should be anonymous: for*, [w:] *50 Big Debates in Reproductive Medicine*, red. R. Homburg, A.H. Balen, R.F. Casper, Cambridge 2021, <https://doi.org/10.1017/9781108986373.065>.
58. Pennings G., *Genetic databases and the Future of Donor Anonymity*, Human Reproduction 2019, t. 34, nr 5, <https://doi.org/10.1093/humrep/dez029>.
59. Pennings G., *How to kill gamete donation: retrospective legislation and donor anonymity*, Human Reproduction 2012, t. 27, nr 10, <https://doi.org/10.1093/humrep/des218>.
60. Pennings G., *Sperm sharing: as problematic as oocyte sharing?*, Human Reproduction 2022, t. 37, nr 6, <https://doi.org/10.1093/humrep/deac087>.

61. Radwański Z., *Stanowisko prawne dziecka poczętego w następstwie sztucznego unanie-sienia matki*, Studia Iuridica Silesiana. Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach 1979, nr 5.
62. Rahhal N., *Sperm bank punishes mother for accidentally finding her donor through 23AndMe*, <https://www.dailymail.co.uk/health/article-6653943/Sperm-bank-PUNISHES-mother-accidentally-finding-donor-23AndMe.html>.
63. Readings J., Blake L., Casey P., Jadv V., Golombok S., *Secrecy, disclosure and eve-rything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy*, Reproductive BioMedicine Online 2011, t. 22, nr 5, <https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2011.01.014>.
64. Safjan M., *Prawo wobec ingerencji w naturę ludzkiej prokreacji*, Warszawa 1990.
65. Salama M., Isachenko V., Isachenko E., Rahimi G., Mallmann P., Westphal L.M., Inhorn M.C., Patrizio P., *Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phe-nomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review)*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2018, t. 35, <https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x>.
66. Shenfield F., Pennings G., De Mouzon J., Ferraretti A.P., Goossens V., ESHRE Task Force 'Cross Border Reproductive Care' (CBRC), *ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners*, Human Reproduction 2011, t. 26, nr 7, <https://doi.org/10.1093/humrep/der090>.
67. Shenfield F., Pennings G., Sureau C., Cohen J., Devroey P., Tarlatzis B., ESHRE Task Force on Ethics and Law, III. *Gamete and embryo donation*, Human Reproduction 2002, t. 17, nr 5, <https://doi.org/10.1093/humrep/17.5.1407>.
68. Silva V., *Non anonymous egg, embryo and sperm donation in Portugal. Legal aspects, costs and availability*, <https://www.myivanswers.com/video/non-anonymous-egg-embryo-sperm-donation-portugal/>.
69. Stecki L., Winiaż J., Gajda J., *Prawo dziecka do poznania swego pochodzenia genetycz-nego (dwugłos)*, Państwo i Prawo 1990, nr 10.
70. Stępkowski A., *Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu usta-wy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4.
71. Szałajko M., *Prawo dziecka do znajomości swego pochodzenia genetycznego – podstawy prawne oraz wskazania innych dziedzin nauki*, Rodzina i Prawo 2014, nr 28.
72. Tobin J., *Donor-conceived individuals and access to information about their genetic origins: the relevance and role of rights*, Journal of Law and Medicine 2012, t. 19, nr 4.
73. Turner A.J., Coyle A., *What does it mean to be a donor offspring? The identity expe-riences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy*, Human Reproduction 2000, t. 15, nr 9, <https://doi.org/10.1093/humrep/15.9.2041>.
74. Osborne S., *I thought: 'who will be remember me?': the man who fathered 200 children*, <https://www.theguardian.com/science/2018/nov/24/sperm-donor-man-who-fathered-200-children>.

75. Vayena E., Golombok S., *Challenges in Intra-Family Donation*, [w:] *Reproductive Donation. Practice, Policy and Bioethics*, red. M. Richards, G. Pennings, J.B. Appleby, Cambridge 2012, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139026390.010>.
76. Yoffe E., *My wife is my sister*, <https://slate.com/human-interest/2013/02/dear-prudence-my-wife-and-i-came-from-the-same-sperm-donor.html>.
77. Zielińska E., *Opinia prawna na temat rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności*, Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu 2015, nr 4.
78. Zielonacki A., *Prawo do znajomości własnego pochodzenia*, *Studia Prawnicze* 1993, z. 1.

Magdalena Grzyb

Zmiana płci „na słowo”. Praktyczne implikacje hiszpańskiej *Ley Trans*¹ *Gender change by verbal declaration. Practical implications of the Spanish Ley Trans*

Abstract

On 1 March 2023, the so-called Trans Law (*Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*) came into force in Spain. This paper is a discussion on the political background and main ideas of the bill, and an analysis of its practical social implications and major controversies. The most important point of the bill is the introduction of the principle of self-declaration or legal gender self-determination, which de facto changes the criterion of sex in law from a physical one to a purely subjective and immaterial one, with far-reaching implications not only for women's rights, but for the entire legal system.

Keywords: *Ley Trans, Spain, gender identity, sex, transgender*

Streszczenie

W dniu 1.03.2023 r. w Hiszpanii weszła w życie tzw. ustawa trans (*Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*). Artykuł stanowi omówienie politycznej genezy i głównych założeń ustawy oraz analizę jej praktycznych następstw społecznych i największych kontrowersji. Najważniejszym punktem ustawy jest wprowadzenie zasady autodeklaracji czy samostanowienia płci prawnej, co de facto zmienia kryterium płci w prawie z fizycznego na czysto subiektywne i niematerialne. Ma to daleko idące implikacje nie tylko dla praw kobiet, ale dla całego systemu prawa.

Słowa kluczowe: *Ley Trans, Hiszpania, tożsamość płciowa, płeć, transpłciowość*

Dr Magdalena Grzyb, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Polska, ORCID: 0000-0002-7685-1624, e-mail: m.grzyb@uj.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 7.07.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 1.08.2023 r.

¹ Badanie nie zostało sfinansowane przez żadną instytucję.

1. Wprowadzenie

W dniu 1.03.2023 r. w Hiszpanii weszła w życie „ustawa dla realnej i efektywnej równości osób trans oraz gwarancji praw osób LGTBI” (tłumaczenie – M.G.)². Ustawa została przyjęta przez hiszpański parlament 22.12.2022 r. głosami koalicji rządzącej partii PSOE oraz Unidas Podemos w atmosferze kontrowersji i sprzeciwu wielu środowisk, zwłaszcza części feministek, oraz oporu wewnątrz samej koalicji rządzącej.

Wydawałoby się, że ustawa dotycząca niewielkiej grupy społecznej, przyznająca jej więcej praw, nie powinna budzić zastrzeżeń, zwłaszcza w lewicowo-progresywnej części społeczeństwa. W niniejszym opracowaniu omówię polityczną genezę i główne założenia hiszpańskiej *Ley Trans*, przedstawię jej następstwa społeczne oraz największe kontrowersje. Najważniejszym punktem ustawy jest wprowadzenie zasady autodeklaracji czy samostanowienia płci prawnej, co *de facto* zmienia kryterium płci w prawie z fizycznego na czysto subiektywne i niematerialne. Ma to daleko idące implikacje nie tylko dla praw kobiet, ale dla całego systemu prawa.

2. Geneza i tło polityczne *Ley Trans*

Ley Trans w przyjętym przez hiszpański parlament kształcie jest czwartym podejściem do wprowadzenia zasady samostanowienia płci. Takie próby były podejmowane przez środowiska organizacji trans od 2017 r., które niemal co roku składały swoje projekty za pośrednictwem parlamentarzystów reprezentujących ich interesy.

Warto nadmienić, że Hiszpania posiadała ustawę o urzędowej zmianie płci uchwaloną w 2007 r.³, która ustanawiała dość liberalne warunki urzędowej zmiany płci, w postaci przedstawienia diagnozy dysforii płciowej oraz przejścia minimum 2-letniej terapii hormonalnej. Zmiany mogły dokonać tylko osoby pełnoletnie, natomiast nie było wymogu poddania się żadnym zabiegom chirurgicznym upodabniającym do płci odczuwanej (art. 4 *Ley 3/2007*).

Inicjatorem obecnej, dużo dalej idącej, ustawy był mniejszy koalicjant rządzącej partii PSOE, partia Unidas Podemos, a dokładnie stojąca na czele Ministerstwa Równości Irene Montero, która postawiła sobie za punkt honoru przyjęcie takiej ustawy w obecnej kadencji parlamentu. Projekt ustawy był autorstwa środowisk aktywistów LGBTQ+, a partia Unidas Podemos podjęła się realizacji woli tych środowisk.

Projekt ustawy został złożony 29.06.2021 r., tj. miesiąc po tym, jak 18.05.2021 r. Izba Niższa odrzuciła poprzedni, niemal identyczny projekt (*la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans*) z powodu absencji deputowanych PSOE⁴. Rząd Pedro Sáncheza oraz duża część członków PSOE od początku mieli niechętny

² *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, «BOE» núm. 51, de 1 de marzo de 2023, páginas 30452 a 30514, BOE-A-2023-5366 – dalej *Ley Trans*.

³ *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*. «BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2007, BOE-A-2007-5585 – dalej *Ley 3/2007*.

⁴ L. Pellicer, P. Álvarez, *El Gobierno confirma que presentará la 'ley trans' en el Consejo de Ministros del 29 de junio*, 25.06.2021 r., <https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/el-gobierno-confirma-que-presentara-la-ley>

stosunek do projektu ustawy. Głównym głosem sprzeciwu w PSOE wobec ustawy była pierwsza wicepremier Carmen Calvo, będąca jednocześnie przewodniczącą parlamentarnej komisji ds. równości. Socjalistyczna partia PSOE uchodząca tradycyjnie za partię profeministyczną miała bardzo silną frakcję kobiet feministek w swoich szeregach, które sprzeciwiły się projektowi ustawy. Carmen Calvo za krytykę projektu *Ley Trans* oraz za to, że nie mogła przekonać całego PSOE do odrzucenia projektu, w lipcu 2021 r. została zdymisjonowana z rządu przez premiera Pedro Sáncheza⁵. Liderzy PSOE uspokajali swoje szeregi, że stonują radykalny wydźwięk propozycji koalicjanta (zwłaszcza w kwestii ograniczenia możliwości urzędowej zmiany płci u osób nieletnich), jednak finalnie podczas prac w komisjach nie udało im się przekonać do swoich poprawek innych partii (Partia Ludowa Partido Popular [PP] oraz Vox)⁶.

Projekt ustawy został krytycznie oceniony przez organy opiniodawcze w procesie legislacyjnym – Radę Państwa (Consejo de Estado; konstytucyjny organ konsultacyjny przy Radzie Ministrów)⁷ oraz Radę Główną Sądownictwa (Consejo General del Poder Judicial)⁸. Opinia Rady Państwa koncentrowała się na krytyce możliwości zmiany płci u osób nieletnich oraz formułowała zastrzeżenia wobec eliminacji wymogu diagnozy medycznej w przypadku urzędowej zmiany płci. Natomiast raport Rady Głównej Sądownictwa wysuwał szereg zastrzeżeń odnośnie sytuacji nieletnich i wskazywał na inne praktyczne kwestie, jak istnienie kategorii sportów kobiecych (chodzi o dopuszczenie rywalizacji biologicznych mężczyzn z kobietami w poszczególnych dyscyplinach), możliwość używania „furtki” zmiany płci przez sprawców przestępstw czy narzucenie tzw. podejścia afirmacyjnego w leczeniu dysforii/niezgodności płciowej. W odniesieniu do nieletnich projekt ustawy spotkał się z krytyką środowiska psychiatrów dziecięcych i pediatrów⁹. Wszystkie te zastrzeżenia były ignorowane przez Irene Montero w czasie prac nad ustawą i kwitowane

-trans-en-el-consejos-de-ministros-del-29-de-junio.html (dostęp: 5.06.2023 r.); *La 'ley trans' no sale adelante tras la abstención del PSOE*, 18.05.2021 r., <https://www.rtve.es/noticias/20210518/ley-trans-no-saldra-adelante-abstencion-psoe/2090845.shtml> (dostęp: 5.06.2023).

⁵ J.M. Garrido, *Carmen Calvo sale del Gobierno después de su derrota de la 'Ley trans'*, 10.07.2021 r., https://www.elplural.com/politica/espana/carmen-calvo-sale-gobierno-derrota-ley-trans_270607102 (dostęp: 5.06.2023 r.).

⁶ *El Congreso aprueba la 'ley trans' para la libre autodeterminación de género*, 22.12.2022 r., <https://www.rtve.es/noticias/20221222/congreso-aprueba-ley-trans-libre-autodeterminacion-genero/2412686.shtml> (dostęp: 5.06.2023 r.).

⁷ M. Marraco, *El Consejo de Estado sostiene que todos los menores deberían contar con aval judicial para cambiar de sexo*, 5.07.2022 r., <https://www.elmundo.es/espana/2022/07/05/62c48f8521efa0a6508b45ea.html> (dostęp: 18.06.2023 r.).

⁸ *Informe sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, 20.04.2022 r., <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI-> (dostęp: 18.06.2023 r.).

⁹ *La Asociación Española de Pediatría (AEP) y la Sociedad de Psiquiatría Infantil (SPI-AEP) se adhieren al comunicado de la Asociación Española de Psiquiatría de la Infancia y Adolescencia (AEPNYA) sobre la Ley Trans*, Madrid, 29.10.2022 r., https://www.aeped.es/sites/default/files/20221029_comunicado_ley_trans.pdf (dostęp: 18.06.2023 r.).

formułą powtarzaną przez aktywistów, że „prawa ludzi trans (jako prawa człowieka) nie podlegają negocjacji” (tłumaczenie – M.G.)¹⁰.

Uchwalenie ustawy 22.12.2022 r. przez Izbę Niższą parlamentu okazało się dla wielu dużym zaskoczeniem, gdyż projekt ustawy prawie rok znajdował się w tzw. zamrażarce sejmowej. Część opinii publicznej spekulowała, że tak długie wstrzymywanie prac nad ustawą było celowym zabiegiem PSOE i że jeśli ustawa nie zostanie uchwalona do końca 2022 r., to nie zostanie uchwalona w ogóle, gdyż w roku wyborczym 2023 PSOE nie będzie się decydowało na tak kontrowersyjny ruch. W samym głosowaniu 22.12.2022 r. wspomniana Carmen Calvo złamała dyscyplinę partyjną i nie przyszła na głosowanie, za co nałożono na nią później karę pieniężną¹¹. Za publiczną krytykę projektu *Ley Trans* żądano również wykluczenia jej z partii¹². Ustawa wraz z poprawkami została przyjęta przez Senat 8.02.2023 r. Następnie poprawki przegłosowano w Izbie Niższej 16.02.2023 r. i ustawa weszła w życie 1.03.2023 r.

3. Omówienie ustawy

3.1. Tytuł i preambuła

Tytuł ustawy – dla skutecznej i realnej równości osób trans i gwarancji praw osób LGBTI (*Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*) – z jednej strony wymienia dwa oddzielne podmioty ustawy, tzn. osoby trans oraz LGTBI (w Polsce używa się skrótowca, którego litery są w szyku LGBTI), a z drugiej strony wskazuje na cel ustawodawcy, czyli osiągnięcie równości realnej i efektywnej. Określenie jako podmiotu ustawy „osób LGTBI” (tj. lesbijek, gejów, osób trans, biseksualnych oraz interplciowych) jest problematyczne, ponieważ obejmuje grupy, które doświadczają dyskryminacji na różnej podstawie: orientacji seksualnej (osoby homoseksualne i ewentualnie biseksualne), fizycznej kondycji wynikającej z atypowych cech płciowych (osoby interplciowe) oraz doświadczanej dysforii płciowej (osoby transplciowe/trans, które odrzucają płeć biologiczną swojego ciała i identyfikują się z płcią przeciwną). Ponadto ustawodawca w tytule w sposób niewłaściwy wylicza grupy będące przedmiotem ustawy. Osoby trans, wymienione jako odrębny podmiot ustawy w jej tytule, są przecież objęte akronimem LGBTI.

Z kolei równość „realną i skuteczną” należy odróżnić od równości formalnej, czyli równości wobec prawa, którą podmioty ustawy posiadają. Chodzi więc o ustanowienie mechanizmów prawnych w celu doprowadzenia do równości faktycznej,

¹⁰ Montero pide al PSOE que desbloquee “de una vez” la ‘ley trans’: “Sus derechos no son negociables”, 8.03.2021 r., <https://www.rtve.es/noticias/20210308/montero-pide-psoe-desbloquee-ley-trans/2081016.shtml> (dostęp: 5.11.2023 r.)

¹¹ La ley trans consigue la luz verde del Senado, pero volverá al Congreso antes de su aprobación definitiva, 8.02.2023 r., <https://www.rtve.es/noticias/20230208/ley-trans-luz-verde-senado/2422696.shtml> (dostęp: 5.06.2023 r.).

¹² J. Guirado, La comisión ética del PSOE defiende expulsar a Carmen Calvo del partido por criticar la ‘Ley Trans’, 10.10.2022 r., <https://okdiario.com/espana/comision-etica-del-psoe-defiende-expulsar-carmen-calvo-del-partido-criticar-ley-trans-9786841> (dostęp: 5.06.2023 r.).

nie tylko formalnej, a konkretnie o różne formy „dyskryminacji pozytywnej”, czyli „wyrównawczego” uprzywilejowania pewnych grup, które są w gorszej pozycji od reszty społeczeństwa.

W preambule ustawodawca hiszpański wskazuje, że celem ustawy jest wyeliminowanie dyskryminacji i zapewnienie, iż orientacja seksualna, tożsamość płciowa/seksualna, ekspresja płciowa, cechy płciowe i różnorodność rodzinna mogą być przeżywane w Hiszpanii w pełnej wolności. Ustawa ma stanowić ważny postęp ku równości oraz sprawiedliwości społecznej, a jednocześnie być wyrazem uznania różnorodności jako wartości. Różnorodność i równość są do co zasady sprzecznymi cechami, albowiem równość wobec prawa zakłada zakaz dyskryminacji ze względu na jakąś cechę, a różnorodność – uznanie różnicy i właśnie zróżnicowane traktowanie ze względu na jakąś cechę. Są to więc terminy w zasadzie przeciwne. Należy jednak przyjąć, że ustawodawcy poprzez wprowadzenie mechanizmów „akcji pozytywnej” chodzi o wyrównanie poprzez uprzywilejowanie odmienności pewnych tożsamości tradycyjnie uważanych za uciemnione.

Ustawodawca posługuje się określeniem „depatologizacja osób trans” (tłumaczenie – M.G.) i powołuje się na ostatnią wersję podręcznika diagnostycznego Światowej Organizacji Zdrowia ICD-11 (2018), gdzie w wyniku lobbingu zainteresowanych grup wyeliminowano określenie „transseksualność” i zastąpiono je „niezgodnością płciową” (*gender incongruence*) oraz przeniesiono ją z działu zaburzenia do „stanów dotyczących zdrowia seksualnego”. Depatologizacja ma oznaczać odejście od dyskursu medycznego oraz zniesienie wymogu diagnozy medycznej, a więc demedycyzację transpłciowości. Określenie implikuje też, że wcześniej transseksualność była patologizowana. Tymczasem twórcy ICD-11 nadal uważają transseksualność / niezgodność płciową za kondycję medyczną, której (niezbędna) diagnoza musi być poprzedzona spełnieniem określonych kryteriów, a przeniesienie z działu zaburzeń do innego działu było podyktowane chęcią destygmatyzacji tego stanu, a nie depatologizacji (demedycyzacji)¹³. Użycie określenia „depatologizacja”, które wskazuje na to, że każda choroba czy zaburzenie zdrowia stanowią rodzaj patologii, jest zresztą bardzo problemowe, podobnie jak oznaczająca to demedycyzacja. W konsekwencji do urzędowej zmiany płci nie jest konieczna diagnoza medyczna dysforii czy niezgodności płciowej. Jednakże można również zadać pytanie: skoro zatem dysharmonia między płcią psychiczną a ciałem (płcią fizyczną jednostki) nie jest już zaburzeniem, to dlaczego państwo ma refundować w ramach powszechnej służby zdrowia zabiegi dla osób trans niwelujące tę dysharmonię?

Dalej ustawodawca wskazuje na najważniejsze akty prawa międzynarodowego (Organizacji Narodów Zjednoczonych) oraz unijnego, jak również na orzecznictwo hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego, które mają stanowić normatywną podstawę niniejszej ustawy. Warto jednak zaznaczyć, że żaden z przywołanych

¹³ Y. Furlong, A. Janca, *Gender (r)evolution and contemporary psychiatry*, „BJPsych Open” 2022/8(3), <https://doi.org/10.1192/bjo.2022.46> (dostęp: 7.06.2023 r.); *Gender incongruence and transgender health in the ICD*, <https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/gender-incongruence-and-transgender-health-in-the-icd> (dostęp: 7.06.2023 r.)

aktów prawnych ani orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie zawiera wskazania do przyjęcia przez państwo zasady samostanowienia płci, a część w ogóle nie odnosi się do sytuacji osób trans, czy szerzej: LGBTI, ale ogólnie kwestii dyskryminacji¹⁴. Takie powołanie się na akty prawa międzynarodowego jest więc błędne. W prawie krajowym z kolei prawo do samostanowienia/autodeklaracji płci ma być oparte na prawie do swobodnego rozwoju osobowości oraz prawie do prywatności zagwarantowanych w hiszpańskiej Konstytucji¹⁵ (odpowiednio art. 10 ust. 1 oraz art. 18 ust. 1).

Wreszcie w ostatniej części preambuły analizowanej ustawy jest podkreślony stopień dyskryminacji osób LGBTI oraz trans. Ustawodawca powołuje się na badanie europejskiej Agencji Praw Podstawowych (FRA 2021), oparte wyłącznie na samoopisie, według którego 42% osób LGBTI czuło się zdyskryminowanych, tymczasem taką odpowiedź podało 63% osób trans. Trudności z zatrudnieniem miało 42% osób trans, a wskaźnik bezrobocia dla tej grupy wyniósł 37% (w porównaniu do 26% dla całego kraju). Około 33% osób żyło za mniej niż 600 euro miesięcznie i prawie połowa z nich (48%) trudniła się prostytutką. Ponadto 15% doświadczyło napaści fizycznych lub seksualnych w ostatnich latach (nie roku).

Przytoczenie tych statystyk ma na celu wskazanie skali dyskryminacji osób trans oraz LGBTI i ich gorszego położenia względem reszty społeczeństwa, co jednocześnie ma stanowić podstawę faktyczną działań „wyrównawczych” ustawodawcy w postaci omawianej ustawy. Warto jednak podkreślić, że wysoki odsetek wiktymizacji przemocą, zwłaszcza seksualną, może niekoniecznie mieć związek z tożsamością płciową osób, ale raczej z zarabkowaniem w prostytutce. Prostitution jest bowiem zajęciem o wyjątkowo wysokim ryzyku doświadczenia przemocy¹⁶.

3.2. Struktura i treść ustawy

Ley Trans dzieli się na 6 części: tytuł wstępny, 4 tytuły właściwe oraz przepisy końcowe zawierające nowelizacje poszczególnych ustaw w celu dostosowania systemu prawa do *Ley Trans*.

W tytule wstępnym ustawodawca określa cel i zakres ustawy oraz umieszcza definicje jurystyczne wybranych pojęć i kategorii. Celem *Ley Trans* jest zagwarantowanie i promowanie prawa do rzeczywistej i skutecznej równości lesbijek, gejów, osób trans, biseksualnych i interplciowych (zwanych dalej LGTBI), a także ich rodzin

¹⁴ *Informe sobre el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, 20.04.2022 r., s. 116, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI> (dostęp: 18.06.2023 r.).

¹⁵ *Constitución Española* z 27.12.1978 r., https://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2015/10/Hispania_pol_300612.pdf (dostęp: 30.10.2023 r.) – dalej Konstytucja.

¹⁶ Por. M. Grzyb, *Czy prostytutka to (też) przemoc wobec kobiet?*, [w:] *Zmierzyć i zrozumieć przestępczość*, red. M. Nielaczna, P. Ostaszewski, A. Rzepliński, Warszawa 2020, s. 209–227, <https://doi.org/10.31338/uw.9788323543077.pp.209-227> (dostęp: 30.10.2023 r.).

(art. 1 ust. 1). Ustawa określa zasady działania władz publicznych, reguluje prawa i obowiązki osób fizycznych i prawnych, zarówno publicznych, jak i prywatnych, oraz przewiduje konkretne środki mające na celu zapobieganie, korygowanie i eliminowanie, w sferze publicznej i prywatnej, wszelkich form dyskryminacji, a także promowanie uczestnictwa osób LGTBI we wszystkich dziedzinach życia społecznego i eliminowanie stereotypów, które negatywnie wpływają na społeczne postrzeganie tych osób (art. 1 ust. 2). Ustawa reguluje również urzędową procedurę „sprostowania płci” w aktach stanu cywilnego (art. 1 ust. 3). Ma zastosowanie do każdej osoby fizycznej lub prawnej, publicznej lub prywatnej przebywającej na terytorium Hiszpanii (art. 2), tak więc mimo że regulacje obejmują zakres polityk publicznych, każda osoba prywatna również jest zobowiązana przestrzegać zapisów ustawy.

Część wstępna w art. 3 zawiera również słowniczek pojęć ustawowych: dyskryminacja pośrednia i bezpośrednia, wielokrotna i intersekcyjna, akt dyskryminacji (*acoso discriminatorio*), dyskryminacja przez asocjację i z powodu błędu, środki akcji pozytywnej, interplciowość/interseksualność (*intersexualidad*), orientacja seksualna, tożsamość płciowa/seksualna, ekspresja płciowa, osoba trans, rodzina LGTBI, LGTBIfobia, homofobia, bifobia, transfobia oraz nakaz, polecenie lub instrukcja dyskryminacji.

Tytuł I – Działania władz publicznych (art. 4–42) – zawiera 2 rozdziały. W pierwszym (Kryteria i ogólne kierunki działań władz publicznych oraz organizacji obywatelskich), w art. 4, ustawodawca zobowiązuje władze publiczne do podejmowania wszelkich niezbędnych środków w celu uznania, zapewnienia, ochrony i **promocji** równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na orientację i tożsamość płciową, ekspresję płciową oraz cechy seksualne osób LGTBI oraz ich rodzin. Hiszpańskie władze publiczne mają więc nie tylko równo traktować ludzi ze względu na wskazane cechy, ale wręcz je promować. Owa promocja ma polegać na inicjowaniu proaktywnych działań w postaci społecznych kampanii uświadamiających i promujących (art. 6), prowadzenia badań o sytuacji osób LGTBI (art. 7), współpracy międzyinstytucjonalnej (art. 8), powołania Rady Partycypacji Osób LGTBI przy Ministerstwie ds. Równości jako organu doradczego i dialogu między władzą a organizacjami społecznymi (art. 9).

Rozdział drugi (Polityka publiczna w celu promocji faktycznej równości osób LGTBI) zawiera przepisy określające obowiązek państwa polegający na opracowaniu krajowego programu równego traktowania i niedyskryminacji osób LGTBI z uwzględnieniem kryterium tzw. intersekcyjności (art. 10), a także gwarancje dostępu do zatrudnienia w administracji publicznej i edukowania urzędników (art. 11–13), na rynku pracy (art. 14–15), w sektorze służby i ochrony zdrowia (art. 16–19), w tym zakaz tzw. terapii konwersyjnych (art. 17) oraz osób interseksualnych (art. 19), w sektorze oświaty (art. 20–24), w sektorze kultury, rozrywki i sportu oraz kultury fizycznej (art. 25–26), w środkach masowego przekazu oraz w internecie, w tym ochronę przed cybernękaniem (art. 27–29), w stosunkach rodzinnych i wobec małoletnich (art. 30–35) oraz w polityce międzynarodowej i przyznawaniu ochrony międzynarodowej (art. 36–38), a także w środowisku wiejskim (art. 39–41) i w sektorze turystyki

(art. 42). Artykuł 36 ust. 3 ustanawia tożsamość LGBTI jako podstawę przyznania statusu uchodźcy przy jednoczesnym zakazie weryfikacji tej tożsamości przez personel.

Jeśli chodzi o obowiązek ochrony rodzin, to *Ley Trans* nakłada na państwo obowiązek ochrony małoletnich w rodzinach LGBTI (art. 30, 31) oraz ochrony małoletnich LGBTI w zwykłych rodzinach w celu ich „integralnego rozwoju” (art. 32). Artykuł 32 można zresztą interpretować jako kompetencję państwa do ingerencji w wykonywanie władzy rodzicielskiej przez rodziców, którzy utrudniają pełny rozwój dziecka w postaci kwestionowania jego woli tranżycji, jednakże mocniejsza podstawa prawna do takich działań znajduje się w dalszej części ustawy.

Tytuł II – Środki równouprawnienia realnego i faktycznego (skutecznego) osób trans – reguluje procedurę urzędowej zmiany płci (rozdział I, art. 43–51), czyli najbardziej polemiczną część ustawy, oraz konkretne obszary sfery publicznej, gdzie państwo ma promować realną i skuteczną równość osób trans. Warto podkreślić, że tytuł II odnosi się wyłącznie do osób trans, a nie do szerszej grupy LGBTI.

Artykuł 43 wprowadza **zasadę samostanowienia/autodeklaracji płci**. Każda osoba powyżej 16. r.ż. może zażądać zmiany oznaczenia płci w aktach stanu cywilnego. Osoby między 14. a 16. r.ż. mogą same złożyć wniosek za wiedzą i zgodą (*asistidas*) swoich przedstawicieli prawnych. W razie braku zgody rodziców lub opiekunów wyznacza się pełnomocnika prawnego zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego¹⁷. Osoby między 12. a 14. r.ż. mogą wystąpić do sądu o zgodę na urzędową zmianę płci (czyli zgodę wyraża sąd). Urzędowa zmiana płci w żadnym wypadku nie może być uwarunkowana przedstawieniem zaświadczeń lekarskich, opinii psychologicznych ani dokonaniem wcześniejszych zabiegów dostosowania wyglądu do płci odczuwanej (art. 44 ust. 3). Jedynym wymogiem jest złożenie oświadczenia woli i to również przez osobę o ograniczonej zdolności do wykonywania czynności prawnych, jak osoby małoletnie. Jedynym „zabezpieczeniem”, które udało się wynegocjować PSOE w ustawie, było wprowadzenie okresu 3-miesięcznej karencji. Zgodnie z art. 44 ust. 8 w ciągu 3 miesięcy od pierwszego zgłoszenia woli zmiany płci wnioskodawca jest ponownie wzywany do Urzędu Stanu Cywilnego, by potwierdzić złożone oświadczenie woli, zapewniając trwałość swojej decyzji. W ciągu miesiąca od dnia potwierdzenia oświadczenia woli urzędnik jest zobowiązany dokonać zmiany w aktach stanu cywilnego (art. 44 ust. 9).

Również w odpowiedzi na poważne zarzuty ze strony feministek, co do możliwości zmiany płci wyłącznie „na słowo”, wprowadzono zapis, że urzędowa zmiana płci nie powoduje wyłączenia odpowiedzialności karnej za czyny przemocy w związku dokonane przed zmianą płci (art. 46 ust. 3). Chodzi dokładnie o mężczyzn sprawców przemocy wobec partnerek, którzy mogliby uniknąć odpowiedzialności karnej za przemoc w związku, która w Hiszpanii jest surowiej karana, jeśli sprawcą jest mężczyzna, a pokrzywdzoną – jego partnerka¹⁸. Takie sytuacje miały miejsce jeszcze przed wejściem w życie ustawy, więc obawy tego typu były

¹⁷ *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*.

¹⁸ Por. M. Grzyb, *Hiszpańska ustawa o przemocy ze względu na płeć: analiza kryminalno-polityczna*, „Archiwum Kryminologii” 2017/39, s. 339–367.

jak najbardziej uzasadnione¹⁹. Transkobiety od chwili zmiany płci mają prawo do wszystkich świadczeń i akcji pozytywnych, przewidzianych dla kobiet w art. 11 ustawy o równości kobiet i mężczyzn²⁰ (art. 46 ust. 4). Cofnięcie urzędowej zmiany płci jest możliwe najwcześniej po 6 miesiącach od jej zmiany (art. 47), natomiast nie ma limitu ilości dokonywania takich zmian.

Rozdział drugi tytułu II (art. 52–61) dotyczy polityki publicznej mającej na celu promocję realnej i skutecznej równości osób trans oraz zapewniającej opracowanie krajowego programu integracji społecznej osób trans. Odbywa się to w formie: akcji pozytywnych w sektorze rynku pracy, oświaty, ochrony zdrowia i polityki mieszkaniowej (art. 52); wspierania zatrudnienia osób trans i uwzględnienia zwłaszcza szczególnych potrzeb transkobiet na rynku pracy (art. 54 i 55); umieszczania transkobiet w szpitalach na oddziałach dla kobiet (art. 56); obowiązkowych szkoleń pracowników służby zdrowia oraz bezwarunkowego wspierania przez nich osób trans w trakcie tranzycji (art. 59).

Tytuł III zawiera regulacje dotyczące środków skutecznej ochrony oraz środków naprawczych wobec dyskryminacji i przemocy z powodu LGBTIfobii. Rozdział I (art. 62–67) środki te wymienia ogólnie, przy czym (jak to bywa w sprawach o dyskryminację) ciężar dowodu spoczywa na osobie/instytucji oskarżonej o dyskryminację (art. 66). To osoba oskarżona o przewinienie/dyskryminację musi udowodnić, że jest niewinna i że odmienne traktowanie było uzasadnione i nie z powodu uprzedzeń.

Rozdział II koncentruje się na środkach ochrony przed przemocą motywowaną LGBTIfobią oraz specjalnych potrzebach ofiar. Z kolei rozdział III zawiera regulacje dotyczące ochrony praw osób LGBTI o szczególnych potrzebach (art. 70–75). Takimi grupami ofiar są osoby małoletnie, z niepełnosprawnościami, nieporadne lub będące w stosunku zależności, cudzoziemcy, osoby starsze, interseksualne oraz bezdomne. W przypadku osób małoletnich środkiem ochrony jest **możliwość pozbawienia rodziców władzy rodzicielskiej**.

Według art. 70 ust. 3 odmowa poszanowania orientacji i tożsamości seksualnej, ekspresji płciowej lub cech płciowych małoletniego, jako podstawowego elementu jego rozwoju osobistego, ze strony jego środowiska rodzinnego powinna być brana pod uwagę do oceny sytuacji ryzyka zgodnie z przepisami art. 17 ustawy z 15.01.1996 r. o ochronie prawnej nieletnich²¹, co z kolei uzasadnia interwencję władz publicznych w wykonywanie władzy rodzicielskiej.

Tytuł IV reguluje sankcje za nieprzestrzeganie przepisów ustawy. Sankcje są nakładane w reżymie wykroczeń administracyjnych²² (art. 76), tak że każdy organ administracji publicznej może nałożyć karę. Nie podlega sankcji czyn, który był

¹⁹ G. Peñalosa, *Un hombre cambia de género y se libra de una denuncia por violencia machista*, 22.09.2022 r., <https://www.elmundo.es/espana/2022/09/20/6328b0a0fdddf05a8b45e3.html> (dostęp: 9.06.2023 r.).

²⁰ *Ley Organica 3/2007 de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

²¹ *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, «BOE» núm. 15, de 17/01/1996, «BOE» núm. 15, de 17/01/1996.

²² Wykroczenia te uregulowane są w *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, «BOE» núm. 189, de 08/08/2000, BOE-A-2000-15060.

już wcześniej uznany jako przestępstwo²³ lub wykroczenie karno-administracyjne. Natomiast jeśli popełnienie przestępstwa nie zostało stwierdzone lub jeśli wydano inny rodzaj orzeczenia, które kończy postępowanie karne (np. umorzenie postępowania), właściwy organ powiadamia organ administracji o zakończeniu postępowania karnego, tak aby organ administracji mógł kontynuować, w stosownych przypadkach, postępowanie karno-administracyjne (art. 76 ust. 2). Wykroczenia administracyjne zostały podzielone na trzy rodzaje w zależności od wagi czynu, co wiąże się z różną wysokością grzywny:

- wykroczenia administracyjne lekkie (np. wrogie określenia albo niechęć do podejmowania współpracy); kary w wysokości 200–2000 euro (art. 79 ust. 2);
- wykroczenia administracyjne ciężkie (np. nieusuwanie wrogich określeń z internetu); kary w wysokości 2001–10 000 euro (art. 79 ust. 3);
- wykroczenia administracyjne bardzo ciężkie (np. odmowa obsługi jakiejś osoby, akt dyskryminacji, ale też promowanie terapii nieafirmacyjnych, używanie i rozpowszechnianie materiałów o dyskryminacyjnej treści); kary w wysokości 10 001–150 000 euro (art. 79 ust. 4).

Dodatkowo można zakazać subwencji dla organizacji społecznych krytycznych wobec LGBTI (praktykujących LGBTIfobię; art. 82), a w przypadku wykroczeń bardzo ciężkich można nakazać zamknięcie placówki lub zakazać działalności gospodarczej lub zawodowej na okres do 3 lat. Te ostatnie środki są wymierzone w placówki i specjalistów prowadzących tzw. terapie konwersyjne wobec osób trans. Warto wyjaśnić w tym miejscu, że określenie „terapię konwersyjne” jest przez ustawodawcę użyte nieadekwatnie.

Oryginalnie określenie „terapię konwersyjne” odnosiło się do form „leczenia” osób homoseksualnych i konwertowania ich na heteroseksualizm. Jednakże w przypadku osób transpłciowych chodzi tak naprawdę o każdą formę interwencji terapeutycznej, która nie polega na natychmiastowym i całkowitym zaafirmowaniu autodiagnozy transpłciowości u pacjenta i skierowaniu go na ścieżkę terapii hormonalnych oraz zabiegów chirurgicznych. Przykładowo, jeśli terapeuta stwierdzi, że dysforia płciowa u pacjenta może mieć związek z innymi zaburzeniami psychicznymi, na które też cierpi, bądź uzna, że w przypadku dziecka należy wstrzymać się z procesem tranzycji i poczekać, jak będzie się rozwijało, ryzykuje nałożenie grzywny w wysokości do 150 000 euro i zakaz prowadzenia działalności do lat 3. Wiele badań wskazuje,

²³ Chodzi tutaj o przestępstwa dokonane „z nienawiści” z motywów dyskryminacyjnych. Hiszpański kodeks karny (*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE-A-1995-25444) w art. 22 ust. 4 wśród okoliczności zaostreżających odpowiedzialność karną wymienia popełnienie przestępstwa z pobudek rasistowskich, antysemickich, antyromskich lub innych dyskryminujących pobudek związanych z ideologią, religią lub przekonaniami ofiary, grupą etniczną, rasą lub narodowością, do której należy ofiara, jej płcią, wiekiem, orientacją lub tożsamością seksualną lub płciową, a także z przyczyn dotyczących płci, aporofobii lub wykluczenia społecznego, choroby, na którą cierpi, lub niepełnosprawności, niezależnie od tego, czy takie warunki lub okoliczności rzeczywiście występują u osoby, która jest przedmiotem zachowania. Dodatkowo w rozdziale IV sekcji 1 (Przestępstwa popełnione w związku z korzystaniem z podstawowych praw i wolności publicznych zagwarantowanych w Konstytucji) kodeksu karnego ustawodawca kryminalizuje tzw. przestępstwa z nienawiści (art. 510), dyskryminacyjnego traktowania (art. 511–512) oraz nielegalnych stowarzyszeń (art. 515–521).

że u osób doświadczających niezgodności płciowej, w tym u dzieci, problemy ze zdrowiem psychicznym występują aż 4 razy częściej niż w populacji ogólnej²⁴. *De facto* może to oznaczać, że właściwe z medycznego i etycznego punktu widzenia postępowanie lekarza bądź terapeuty zostanie uznane za formę „terapii konwersyjnej” i lekarz będzie ryzykował odpowiedzialność karno-administracyjną i nałożenie zakazu wykonywania zawodu. Jest to wyjątkowo dotkliwa forma „groźby” wobec specjalistów, zwłaszcza jeśli uwzględnić odwrócenie ciężaru dowodowego.

Wreszcie ostatnia część *Ley Trans* – przepisy dodatkowe – obejmuje modyfikację 14 innych ustaw²⁵. Warto zwrócić szczególną uwagę na formy nowelizacji kodeksu cywilnego. Ustawodawca we fragmentach kodeksu, gdzie zostało użyte słowo „matka” dodał określenie „rodzic rodzący” (*progenitor gestante*), a obok ojca „rodzic nierodzący” (*progenitor no gestante*). Jednakże w pierwotnym projekcie ustawy określenia „matka”, „ojciec” miały w ogóle zniknąć i zostać zastąpione wyłącznie terminami „rodzic rodzący”, „rodzic nierodzący”. Słowo „matka” zostało więc dodane dopiero w trakcie prac legislacyjnych. Problem z wyrazem „matka” dla środowisk trans polega na tym, że niektóre kobiety, które rodzą dzieci, nie identyfikują się jako kobiety oraz matki, wobec czego określenie „matka” uznają za obraźliwe lub krzywdzące. Podobnie w przypadku dwóch kobiet i dziecka (ustawa dopuszcza pary kobiet homoseksualnych do możliwości poczęcia dziecka metodą *in vitro*; art. 16 ust. 2) – dziecko będzie miało nie ojca, ale dwie matki lub rodzica rodzącego i nierodzącego.

4. Praktyczne konsekwencje *Ley Trans*

W *Ley Trans* hiszpański ustawodawca faktycznie zastąpił kategorię płci biologicznej płcią kulturową i zdefiniował ją jako formę tożsamości będącej przedmiotem wolnego wyboru. Jeśli każda jednostka może dowolnie wybrać swoją płć prawną (wystarczy oświadczenie woli), to kategorie prawne płci i podział na kobiety i mężczyzn traci sens. Praktyczne konsekwencje przyjętych rozwiązań dotyczą wielu obszarów systemu prawa oraz grup społecznych.

Po pierwsze, podnosi się, że *Ley Trans* ma negatywne konsekwencje **dla kobiet**. Wprowadzenie zasady samostanowienia płci oznacza likwidację przestrzeni poszegregowanych ze względu na płć (toalety, szatnie, oddziały szpitalne i zakłady karne) i sportów kobiecych. Istnieje, udokumentowana już w krajach, gdzie zasada ta obowiązuje, możliwość nadużywania furtki „autodeklaracji płci” przez mężczyzn

²⁴ Por. S.K. Lipson, J. Raifman, S. Abelson, S.L. Reisner, *Gender Minority Mental Health in the U.S.: Results of a National Survey on College Campuses*, „American Journal of Preventive Medicine” 2019/57(3), s. 293–301, <https://doi.org/10.1016/j.amepre.2019.04.025> (dostęp: 30.10.2023 r.); L.D. de Freitas, G. Léda-Rêgo, S. Bezerra-Filho, Â. Miranda-Scippa, *Psychiatric disorders in individuals diagnosed with gender dysphoria: A systematic review*, „Psychiatry and Clinical Neurosciences” 2020/74(2), s. 99–104, <https://doi.org/10.1111/pcn.12947> (dostęp: 30.10.2023 r.).

²⁵ Chodzi m.in. o następujące ustawy: kodeks cywilny, kodeks postępowania karnego, ustawa o pracy tymczasowej, postępowanie sędowo-administracyjne, kodeks wykroczeń administracyjnych, ustawa o służbie zdrowia, ustawa o sporcie, ustawa o jednoosobowej działalności gospodarczej, ustawa o cudzoziemcach oraz ustawa o aktach stanu cywilnego.

pragnących dostać się do przestrzeni kobiet, co często dzieje się ze szkodą dla interesów i wizerunku wszystkich osób transpłciowych²⁶. Zasada samostanowienia płci nie daje możliwości jakiegokolwiek weryfikacji, kto rzeczywiście jest transpłciowy/transseksualny, a kto deklaruje to czysto oportunistycznie.

Jak zwracają uwagę hiszpańskie feministki, odrzucenie materialnej rzeczywistości płci poprzez pozwolenie, by każda osoba swobodnie wybierała płeć prawną, prowadzi do zanegowania całego ustawodawstwa na rzecz praw kobiet, a zwłaszcza ustawy o realnej równości kobiet i mężczyzn z 2007 r., oraz uniemożliwia walkę z dyskryminacją ze względu na płeć²⁷. Dochodzi więc do sprzeczności z już obowiązującymi ustawami w hiszpańskim porządku prawnym. Zaprzestanie gromadzenia oficjalnych statystyk opartych na kategorii płci nie pozwoli na prowadzenie jakichkolwiek akcji wyrównawczych i badanie nierówności. Ponadto przyczyni się to do osłabienia ochrony kobiet przed przemocą z rąk partnerów, gdyż każdy sprawca będzie mógł zadeklarować się jako kobieta i uniknąć surowszej odpowiedzialności karnej. Nawet biorąc pod uwagę zastrzeżenie art. 46 ust. 3, należy wskazać sytuacje, gdy sprawca już po urzędowej zmianie płci będzie się znęcał nad partnerką. Dodatkowo w razie skazania za przestępstwo każdy mężczyzna, który oświadczy, że czuje się kobietą, będzie mógł domagać się osadzenia w zakładzie dla kobiet. Jeszcze przed wejściem w życie ustawy w debacie publicznej pojawiały się głosy mężczyzn będących w konflikcie z byłymi partnerkami i deklarujących zamiar zmiany płci, żeby zdobyć prawa do opieki nad dzieckiem lub by uniknąć dalszych oskarżeń ze strony partnerek o przemoc, lub nawet profesorów uniwersyteckich, którzy po prostu chcieliby korzystać z miejsc parytetowych w konkursach o stypendia i granty²⁸.

Po drugie, *Ley Trans* poprzez dopuszczenie przeprowadzania tranzycji u małoletnich i poddawanie ich nieodwracalnym zabiegom medycznym, jak terapię hormonalną i interwencje chirurgiczne, poważnie narusza **prawną ochronę nieletnich**. Jednym z możliwych skutków podawania dzieciom tzw. blokerów dojrzewania oraz hormonów płci przeciwnej jest trwałe ubezplodnienie oraz brak czucia i popędu seksualnego w życiu dorosłym²⁹. Nie jest możliwe wyrażenie świadomej zgody przez dziecko na poddanie się tego typu zabiegom, które w życiu dorosłym mogą wiązać się z takimi konsekwencjami.

²⁶ Również do polskiej opinii publicznej docierają informacje o takich przypadkach, np. sprawa Isli Bryson. Por. Szkocja: Zapadł wyrok. Transseksualny gwałcieł spędzi osiem lat w więzieniu, 28.02.2023 r., <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2023-02-28/szkocja-zapadl-wyrok-transseksualny-gwalcieel-spedzi-osiem-lat-w-wiezieniu/> (dostęp: 14.06.2023 r.).

²⁷ *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, «BOE» núm. 71, de 23/03/2007, BOE-A-2007-6115. T. Aránguez, *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre los derechos de las mujeres*, [w:] *Feminismo en la línea del tiempo, desde las (in)visibilidades al concepto de felicidad*, red. E. Bandres-Coldaraz, Madrid 2023, s. 541–565, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.35303.73129> (dostęp: 14.06.2023 r.).

²⁸ M. Ondarra, *Hablan los hombres que cambiarán de sexo con la 'ley trans'*: «Busco recuperar a mi hijo», 25.02.2023 r., <https://theobjective.com/espana/politica/2023-02-25/hombres-sexo-ley-trans-hijo/> (dostęp: 6.11.2023 r.).

²⁹ P.J. Cheng, A.W. Pastuszak, J.B. Myers, I.A. Goodwin, J.M. Hotaling, *Fertility concerns of the transgender patient*, „Translational Andrology and Urology” 2019/8(3), s. 209–218, <https://doi.org/10.21037/tau.2019.05.09> (dostęp: 18.06.2023 r.).

Na marginesie warto przywołać przykłady innych krajów europejskich (Szwecji, Finlandii, Norwegii), które obecnie odchodzą od poddawania dzieci tranzycjom i tzw. podejścia afirmacyjnego³⁰. W czerwcu 2023 r. Wielka Brytania zdecydowała się ograniczyć dostęp do blokerów dojrzewania nastolatkom, właśnie dlatego że nie ma wystarczających dowodów na to, iż blokery są na tyle bezpieczne oraz skuteczne, by należało je traktować jako rutynową terapię³¹.

Ley Trans poprzez szereg środków ochrony i środków afirmacyjnych wobec osób małoletnich wiąże się z poważnymi konsekwencjami dla osób dorosłych opiekujących się dziećmi o tożsamości trans. **Rodzice** ryzykują odebranie im praw rodzicielskich, jeśli natychmiastowo i bezwarunkowo nie zaakceptują nowej tożsamości płciowej swojego dziecka, a **nauczyciele i terapeuci** ryzykują wysoką karę administracyjną, zwolnienie z pracy, a wręcz zakaz wykonywania pracy i prowadzenia działalności zawodowej na okres do 3 lat. Dodatkowo programy nauczania w **szkołach** zostaną uzupełnione o treści nt. niedyskryminacji ze względów określonych w ustawie oraz znajomości i poszanowania różnorodności seksualnej, płciowej i rodzinnej osób LGBTBI. Szkoły więc będą promować tego typu treści i postawy w ramach akcji pozytywnej.

Ustawa niesie też poważne ryzyko **dla innych grup zmarginalizowanych**, uprawnionych do „akcji pozytywnej”, chociażby osób niepełnosprawnych. Zasada samostanowienia płci umożliwia łatwe nadużycie ustawy i uprawnień osób trans z niej wynikających, nadużycie względem wszystkich innych dyskryminowanych grup. Każda inna grupa musi bowiem udowodnić, że jest uprawniona do świadczeń, np. osoba z niepełnosprawnością poprzez zaświadczenie o niepełnosprawności czy kobieta ofiara przemocy poprzez orzeczenie sądowe potwierdzające fakt bycia ofiarą ze strony partnera, podczas gdy w przypadku osoby trans wystarczy, że oświadczy, że jest trans.

Ponadto analizowana ustawa ma konsekwencje ogólnospołeczne, jako że niesie poważne ograniczenia dla zasady **wolności słowa**. Poprzez wprowadzenie systemu sankcji za zachowania lub wypowiedzi, które w odczuciu (a więc z punktu widzenia czysto subiektywnego) osób trans mogą być krzywdzące lub dyskryminujące, umożliwia *de facto* cenzurowanie oraz karanie jednostek za poglądy krytyczne wobec

³⁰ *Care of children and adolescents with gender dysphoria. Summary of national guidelines*, December 2022, <https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/kunskapsstod/2023-1-8330.pdf> (dostęp: 18.06.2023 r.); *One Year Since Finland Broke with WPATH "Standards of Care"*, 2.07.2021 r., https://segm.org/Finland_deviates_from_WPATH_prioritizingPsychotherapy_no_surgery_for_minors (dostęp: 18.06.2023 r.); *Pasientsikkerhet for barn og unge med kjønnsinkongruens*, 9.03.2023 r., <https://ukom.no/rapporter/pasientsikkerhet-for-barn-og-unge-med-kjonnsinkongruens/sammendrag> (dostęp: 18.06.2023 r.); *Medicine and gender transidentity in children and adolescents*, 22.02.2022 r., <https://www.academie-medecine.fr/la-medicine-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/> (dostęp: 18.05.2022 r.).

³¹ J. Cohen, *Increasing Number Of European Nations Adopt A More Cautious Approach To Gender-Affirming Care Among Minors*, 6.06.2023 r., <https://www.forbes.com/sites/joshuacohen/2023/06/06/increasing-number-of-european-nations-adopt-a-more-cautious-approach-to-gender-affirming-care-among-minors/?fbclid=IwAR3nMiMrs-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/> (dostęp: 14.06.2023 r.); L. Moss, *Puberty blockers to be given only in clinical research*, 10.06.2023 r., https://www.bbc.com/news/uk-65860272?fbclid=IwAR2F-t646q6RXPas4Nt0nR979_WluAPMN4JrCef02P0Lhji1kL5pX30yD8 (dostęp: 14.06.2023 r.).

twierdzeń i postulatów środowisk trans. Taką dyskryminującą lub krzywdzącą wypowiedzią może być wpis lub wiadomość w mediach społecznościowych, że istnieją dwie płcie. Może to prowadzić wręcz do ideologicznego prześladowania osób o poglądach krytycznych. Chodzi zwłaszcza o ataki na feministki albo terapeutów, którzy mają obiekcje do podejścia „afirmacyjnego”. Jeśli dodać, że kary administracyjne mogą być nałożone przez organy administracji bez przeprowadzenia postępowania sądowego, i to za wypowiedzi, które nie stanowią przestępstwa w świetle przepisów prawa karnego, oraz że ciężar dowodu spoczywa na osobie oskarżonej, to trudno uciec od konkluzji, iż jest to tzw. ustawa knebel.

Analogicznie *Ley Trans* może również stanowić zagrożenie **dla wolności wyznania**, jeśli z tych samych powodów czyjeś przekonania religijne zostaną uznane za dyskryminacyjne lub krzywdzące przez osoby trans.

4.1. Potencjalna niekonstytucyjność

Powyższe konsekwencje każą się zastanowić, czy *Ley Trans* jest w ogóle zgodna z hiszpańską Konstytucją. Zarzut niekonstytucyjności przepisów ustawy został podniesiony zarówno przez feministki (z uwagi na rozłam w ruchu, m.in. ze względu na *Ley Trans*; tzw. klasyczny feminizm), jak i prawicę, przy czym obie grupy mimo różnic ideologicznych formułują zbliżone zarzuty.

Feministki wskazują na cztery główne obszary, co do których istnieją wątpliwości, czy ustawa jest zgodna z Konstytucją³². Po pierwsze, wymieniają obszar prawnej ochrony małoletnich (możliwość urzędowej zmiany płci od 12 lat i samodzielnie od 16 lat na podstawie oświadczenia woli małoletniego; możliwość odebrania dzieci rodzicom oraz rzetelnego wykonywania pracy przez psychologów; poddawanie dzieci nieodwracalnym i niebezpiecznym terapiom medycznym – narusza to potencjalnie art. 39 Konstytucji). Po drugie, zwracają uwagę na obszar wolności ideologicznej (przewidziana w ustawie działalność „edukacyjna” organizacji LGBT w placówkach oświaty może naruszać art. 27 Konstytucji przyznający rodzicom prawo do wychowania dzieci zgodnie ze swoimi przekonaniami) i wolności słowa (grzywny, np. za komentarze w mediach społecznościowych krytyczne wobec agendy trans). Po trzecie, formułowany jest zarzut co do niewłaściwości ustawowej (*Ley Trans* jako wpływająca na prawa podmiotowe innych, np. kobiet, nie powinna być uchwalona w reżymie ustawy zwykłej, ale tzw. ustawy organicznej przewidzianej w art. 81 Konstytucji). I wreszcie po czwarte, chodzi o naruszenie zasady równości wobec prawa (akcje pozytywne adresowane do osób trans mogą naruszać prawa osób z niepełnosprawnościami) oraz zasady pewności prawa (art. 9 Konstytucji w postaci wprowadzenia zasady samostanowienia płci)³³.

³² Za: T. Aránguez, *Ponencia en el Senado: Posible Inconstitucional de la Ley Trans*, 10.02.2023 r., https://www.youtube.com/watch?v=_yfhyv5VFuU (dostęp: 18.06.2023 r.).

³³ Zarzut naruszenia zasady pewności prawa jest również podnoszony przez konstytucjonalistę Ignacio Álvarez. Por. I. Álvarez Rodríguez, *Apuntes constitucionales sobre la futura Ley Trans*, „Revista General de Derecho Constitucional” 2022/36, s. 1–35.

Prawicowa partia Vox w kwietniu 2023 r. złożyła skargę do Trybunału Konstytucyjnego na *Ley Trans* (przyjęto ją do rozpoznania w maju 2023 r.). Zostały podniesione w niej podobne zarzuty, tj. naruszenie: zasady równości wobec prawa (dyskryminacja pozytywna ze względu na tożsamość płciową i orientację seksualną), zasady pewności prawa (zasada samostanowienia płci; art. 38 i 14), podstawowych wolności, czyli wolności słowa, sumienia i prowadzenia działalności gospodarczej (w postaci nakładania kar na każdego, kto nie zgadza się z ustawą), prawnej ochrony nieletnich i prawa rodziców do wychowywania i ochrony swoich dzieci (art. 9 ust. 3, art. 10 ust. 2, art. 27 ust. 3, art. 39, art. 43 ust. 1, art. 53 ust. 2 i art. 57 ust. 3 Konstytucji) oraz prawa kobiet³⁴.

Również umiarkowana prawicowa partia Partido Popular rozważała złożenie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, jednakże wstrzymywała się z tym z uwagi na nadchodzące wybory i zapowiadane przez nich, w razie wygranej, uchylenie ustawy. Obecnie większość sędziów Trybunału jest uznawanych za postępowych, toteż Partido Popular nie widziało dużej szansy na sukces³⁵. Ponadto PP złożyło już wniosek do Trybunału w 2021 r. w sprawie katalońskiej ustawy trans, która też wprowadzała zasadę samostanowienia płci. Sprawa do czerwca 2023 r. wciąż nie została rozstrzygnięta.

4.2. Reperkusje polityczne

Na koniec warto wspomnieć o konsekwencjach politycznych *Ley Trans*. W wyborach lokalnych w maju 2023 r. hiszpańska partia rządząca PSOE uzyskała słaby wynik i utraciła władzę w 7 (na 9) terytoriach autonomicznych, w których dotychczas rządziła. Jej miejsce przejęło Partido Popular³⁶. Wiele czynników mogło złożyć się na słaby wynik wyborczy PSOE (wojna na Ukrainie, kryzys po COVID-19, niepopularne reformy *etc.*), to jednak burzliwe procedowanie *Ley Trans* i otwarte zlekceważenie sprzeciwu wielu kobiet i ekspertów były tymi ostatnimi wzbudzającymi emocje wydarzeniami. Słaby wynik wyborczy poważnie zaniepokoił premiera Pedro Sáncheza, tak że postanowił przyspieszyć wybory parlamentarne aż o 4 miesiące w obawie przed postępującym spadkiem w sondażach. Wybory parlamentarne, zaplanowane na listopad, zostały ogłoszone na 23.07.2023 r.³⁷ Były to pierwsze wybory w Hiszpanii, które odbyły się w środku sezonu wakacyjnego. Strategia jednak okazała się skuteczna, ponieważ mimo wygranej PP (33,05%) partii nie udało się stworzyć rządu koalicyjnego. Po 4 miesiącach,

³⁴ J.C. Bayo, *Vox recurre la ley trans ante el Tribunal Constitucional: «Es científica y aberrante»*, 12.04.2023 r., <https://www.abc.es/espana/vox-recurre-ley-trans-ante-tribunal-constitucional-20230412133931-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fespana%2Fvox-recurre-ley-trans-ante-tribunal-constitucional-20230412133931-nt.html> (dostęp: 18.06.2023 r.).

³⁵ P. Esteban, *El PP también recurrirá la 'ley trans' del Gobierno en el Tribunal Constitucional*, 12.04.2023 r., <https://www.epe.es/es/politica/20230412/pp-recurrira-ley-trans-gobierno-85885831> (dostęp: 18.06.2023 r.).

³⁶ K. Garat, *La «hecatombe» desencana al PSOE y empuja a Sánchez a poner un cortafuegos y «hacer algo»*, 29.05.2023 r., <https://theobjective.com/espana/politica/2023-05-29/hecatombe-psoe-sanchez/> (dostęp: 18.06.2023 r.).

³⁷ C. Cué, *Pedro Sánchez adelanta las elecciones generales al 23 de julio ante el fiasco de las autonómicas*, 29.05.2023 r., <https://elpais.com/espana/2023-05-29/sanchez-adelanta-las-elecciones-al-23-de-julio-ante-el-fiasco-de-las-autonomicas.html> (dostęp: 6.11.2023 r.).

tj. w październiku 2023 r., misję tworzenia nowego rządu król Filip VI powierzył PSOE (31,7%), która z lewicową partią Sumar (spadkobierczynią partii Podemos) oraz małymi partiami niepodległościowymi podjęła się stworzyć rząd koalicyjny³⁸.

5. Zakończenie

Podsumowując, *Ley Trans* okazuje się ustawą, która mimo że dotyczy niewielkiej grupy społecznej, ma duże implikacje dla całego społeczeństwa, dla całego systemu prawa oraz dla samej partii rządzącej, która uległa radykalnym pomysłom swojego mniejszego koalicjanta.

W istocie *Ley Trans* całkowicie zmienia paradygmat prawnego traktowania osób o niezgodności między płcią fizyczną a odczuwaną. O ile wcześniej ustawodawca (ustawa *Ley 3/2007*) tworzył fikcję prawną, wyjątek od reguły materialnego i obiektywnego kryterium płci dla osób transseksualnych, o tyle teraz ten wyjątek został zamieniony w regułę. Procedura prawnej zmiany płci była wyjątkiem od reguły w postaci biologicznego kryterium płci prawnej. Stanowiła fikcję prawną na użytek lepszego samopoczucia psychicznego osób transseksualnych. Natomiast *Ley Trans* i zasada samostanowienia płci opiera się na założeniu, że tą „prawdziwą” płcią jest czyjeś subiektywne poczucie płci, czyli płeć odczuwana („kobieta uwięziona w ciele mężczyzny” lub „mężczyzna uwięziony w ciele kobiety”), a nie cechy fizyczne organizmu określające rolę w rozrodzie, możliwość produkcji określonych gamet. Wyjątek staje się regułą, a osoby, które tym subiektywnym przekonaniom nie chcą się bezkrytycznie podporządkować i ich zaakceptować, jak np. rodzice niezgadający się na poddawanie swoich dzieci nieodwracalnym zabiegom medycznym, są poddawane działaniom aparatu przymusu państwowego. Nie ma już osób transseksualnych, istnieje pojemna i nieostra kategoria „osób trans”, do której przynależność jest warunkowana jedynie samą deklaracją.

Hiszpańska *Ley Trans*, pomimo że w istocie dotyczy niewielkiej grupy w społeczeństwie, ma daleko idące reperkusje dla całego społeczeństwa oraz systemu prawa. Wprowadzając zasadę autodeklaracji/samostanowienia płci, ustawodawca *de facto* uznaje subiektywne poczucie własnej płci (tożsamość płciowa) za istotniejsze niż biologia i cechy fizyczne człowieka. Ustawa zasadza się na przekonaniu, że każdy posiada niezależne od ciała poczucie tożsamości płciowej, które jest ważniejsze od cech fizycznych oraz materialnej rzeczywistości, że każdy może dowolnie decydować o tym, kim jest, i że system prawa powinien tę wolę, przynajmniej jeśli chodzi o płeć, legitymizować oraz chronić. Przede wszystkim jednak przyjmuje, że społeczeństwo ma obowiązek to subiektywne poczucie tożsamości afirmować, kosztem materialnej rzeczywistości – nawet jeśli się z tym nie zgadza.

Pewne obiektywne i empirycznie weryfikowalne cechy ludzi, które mają istotne znaczenie w interakcjach społecznych, przestają się liczyć, bo teraz o kształcie

³⁸ España | El rey propone a Pedro Sánchez como candidato a la investidura tras el fracaso de Feijóo, 3.10.2023 r., <https://es.euronews.com/2023/10/03/espana-el-rey-propone-a-pedro-sanchez-como-candidato-a-la-investidura-tras-el-fracaso-de-f> (dostęp: 15.10.2023 r.).

interakcji decydują subiektywne i niepoznawalne czyjeś przekonania na swój temat. Niedostosowanie się do tych przekonań jednostek skutkuje odpowiedzialnością prawną.

Bibliografia

1. Álvarez Rodríguez I., *Apuntes constitucionales sobre la futura Ley Trans*, Revista General de Derecho Constitucional 2022, nr 36.
2. Aránguez T., *El impacto del Proyecto de Ley Trans sobre los derechos de las mujeres*, [w:] *Feminismo en la línea del tiempo, desde las (in)visibilidades al concepto de felicidad*, red. E. Bandres-Coldaraz, Madrid 2023, <https://doi.org/10.13140/RG.2.2.35303.73129>.
3. Aránguez T., *Ponencia en el Senado: Posible Inconstitucional de la Ley Trans*, https://www.youtube.com/watch?v=_yfhv5VFau.
4. Bayo J.C., *Vox recurre la ley trans ante el Tribunal Constitucional: «Es acientífica y aberrante»*, <https://www.abc.es/espana/vox-recurre-ley-trans-ante-tribunal-constitucional-20230412133931-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fespana%2Fvox-recurre-ley-trans-ante-tribunal-constitucional-20230412133931-nt.html>.
5. Cheng P.J., Pastuszak A.W., Myers J.B., Goodwin I.A., Hotaling J.M., *Fertility concerns of the transgender patient*, Translational Andrology and Urology 2019, t. 8, nr 3, <https://doi.org/10.21037/tau.2019.05.09>.
6. Cohen J., *Increasing Number Of European Nations Adopt A More Cautious Approach To Gender-Affirming Care Among Minors*, https://www.forbes.com/sites/joshua-cohen/2023/06/06/increasing-number-of-european-nations-adopt-a-more-cautious-approach-to-gender-affirming-care-among-minors/?fbclid=IwAR3nMiMrs-cXPxtKMJMuC0f2Bi_46ns4dkktGB9K8XBN72s2BTsq_bcbJJQ&sh=42562ee7efbd.
7. Cué C., *Pedro Sánchez adelanta las elecciones generales al 23 de julio ante el fiasco de las autonómicas*, <https://elpais.com/espana/2023-05-29/sanchez-adelanta-las-elecciones-al-23-de-julio-ante-el-fiasco-de-las-autonomicas.html>.
8. de Freitas L.D., Léda-Rêgo G., Bezerra-Filho S., Miranda-Scippa Â., *Psychiatric disorders in individuals diagnosed with gender dysphoria: A systematic review*, Psychiatry and Clinical Neurosciences 2020, t. 74, nr 2, <https://doi.org/10.1111/pcn.12947>.
9. *El Congreso aprueba la 'ley trans' para la libre autodeterminación de género*, <https://www.rtve.es/noticias/20221222/congreso-aprueba-ley-trans-libre-autodeterminacion-genero/2412686.shtml>.
10. *España | El rey propone a Pedro Sánchez como candidato a la investidura tras el fracaso de Feijóo*, <https://es.euronews.com/2023/10/03/espana-el-rey-propone-a-pedro-sanchez-como-candidato-a-la-investidura-tras-el-fracaso-de-f>.
11. Esteban P., *El PP también recurrirá la 'ley trans' del Gobierno en el Tribunal Constitucional*, <https://www.epe.es/es/politica/20230412/pp-recurrira-ley-trans-gobierno-85885831>.
12. Furlong Y., Janca A., *Gender (r)evolution and contemporary psychiatry*, BJPsych Open 2022, t. 8, nr 3, <https://doi.org/10.1192/bjo.2022.46>.

13. Garat K., *La «hecatombe» desencaja al PSOE y empuja a Sánchez a poner un cortafuegos y «hacer algo»*, <https://theobjective.com/espana/politica/2023-05-29/hecatombe-psoe-sanchez/>.
14. Garrido J.M., *Carmen Calvo sale del Gobierno después de su derrota de la 'Ley trans'*, https://www.elplural.com/politica/espana/carmen-calvo-sale-gobierno-derrota-ley-trans_270607102.
15. Grzyb M., *Czy prostytutka to (też) przemoc wobec kobiet?*, [w:] *Zmierzyć i zrozumieć przestępczość*, red. M. Nielaczna, P. Ostaszewski, A. Rzepliński, Warszawa 2020, <https://doi.org/10.31338/uw.9788323543077.pp.209-227>.
16. Grzyb M., *Hiszpańska ustawa o przemocy ze względu na płeć: analiza kryminalno-polityczna*, *Archiwum Kryminologii* 2017, t. 39.
17. Guirado J., *La comisión ética del PSOE defiende expulsar a Carmen Calvo del partido por criticar la 'Ley Trans'*, <https://okdiario.com/espana/comision-etica-del-psoe-defiende-expulsar-carmen-calvo-del-partido-criticar-ley-trans-9786841>.
18. *La 'ley trans' no sale adelante tras la abstención del PSOE*, <https://www.rtve.es/noticias/20210518/ley-trans-no-saldra-adelante-abstencion-psoe/2090845.shtml>.
19. *La ley trans consigue la luz verde del Senado, pero volverá al Congreso antes de su aprobación definitiva*, <https://www.rtve.es/noticias/20230208/ley-trans-luz-verde-senado/2422696.shtml>.
20. Lipson S.K., Raifman J., Abelson S., Reisner S.L., *Gender Minority Mental Health in the U.S.: Results of a National Survey on College Campuses*, *American Journal of Preventive Medicine* 2019, t. 57, nr 3, <https://doi.org/10.1016/j.amepre.2019.04.025>.
21. Marraco M., *El Consejo de Estado sostiene que todos los menores deberían contar con aval judicial para cambiar de sexo*, <https://www.elmundo.es/espana/2022/07/05/62c48f8521efa0a6508b45ea.html>.
22. *Medicine and gender transidentity in children and adolescents*, <https://www.academie-medecine.fr/la-medecine-face-a-la-transidentite-de-genre-chez-les-enfants-et-les-adolescents/>.
23. Moss L., *Puberty blockers to be given only in clinical research*, https://www.bbc.com/news/uk-65860272?fbclid=IwAR2F-t646q6RXpa54Nt0nR979_WluAPMN4JGrCef02P0Lhji1kL5pX3OyD8.
24. Ondarra M., *Hablan los hombres que cambiarán de sexo con la 'ley trans': «Busco recuperar a mi hijo»*, <https://theobjective.com/espana/politica/2023-02-25/hombres-sexo-ley-trans-hijo/>.
25. *One Year Since Finland Broke with WPATH "Standards of Care"*, https://segm.org/Finland_deviates_from_WPATH_prioritizingPsychotherapy_no_surgery_for_minors.
26. *Pasientsikkerhet for barn og unge med kjønnsinkongruens*, <https://ukom.no/rapporter/pasientsikkerhet-for-barn-og-unge-med-kjonnsinkongruens/sammendrag>.
27. Pellicer L., Álvarez P., *El Gobierno confirma que presentará la 'ley trans' en el Consejo de Ministros del 29 de junio*, <https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/el-gobierno-confirma-que-presentara-la-ley-trans-en-el-consejos-de-ministros-del-29-de-junio.html>.

28. Peñalosa G., *Un hombre cambia de género y se libra de una denuncia por violencia machista*, <https://www.elmundo.es/espana/2022/09/20/6328b0a0fdddf05a8b45e3.html>.
29. Szkocja: Zapadł wyrok. Transseksualny gwałcieł spędzi osiem lat w więzieniu, <https://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2023-02-28/szkocja-zapadl-wyrok-transseksualny-gwalciciel-spedzi-osiem-lat-w-wiezieniu/>.

Anna Tetkowska

Instytucja nadzoru autorskiego i jej regulacja w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawie Prawo budowlane

The institution of copyright supervision and its regulation in the Act on Copyright and Related Rights and the Construction Law Act

Abstract

Over the last few years, a problem has emerged related to the correlation of provisions regarding the institution called author's supervision by the legislator, contained in two different acts – the Act of 4 February 1994 on copyright and related rights and the Act of 7 July 1994 – Construction Law. Initially, it emerged in the area of application of regulations, namely in the scope of determining who can perform author's supervision under construction law – can it only be the creator of an architectural or architectural-urban planning work, or can supervision also be performed by another person who is not the creator and has the appropriate construction licenses required by construction law. The problem in question arose from the application of the provisions of the previously applicable Act of 29 January 2004 – Public Procurement Law and consisted in determining how tenders should be held for the award of a public contract for the performance of author's supervision, to which the Construction Law refers – whether under single-source procurement or as part of an open tender. The problem remains current after the adoption of the new Act – Public Procurement Law of 11 September 2019. Attempts were made to solve this issue in the case law, which has changed over the years, but has not developed a uniform position. Thus, the problem initially concerning the sphere of application of law has become an issue subject to analysis by legal science. The aim of the study is to answer the question who can perform author's supervision under the provisions of copyright law and whether it is the same entity that can perform author's supervision under the provisions of construction law.

Keywords: author's supervision, copyright, construction law, public procurement law

Mgr Anna Tetkowska jest adwokatem (Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie); od 2010 r. członkiem zwyczajnym Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców (SIDiR); współautorką tłumaczenia na język polski Warunków Kontraktowych FIDIC dla projektowania, budowy i obsługi; członkiem Zespołu doradczego Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego; obecnie w trakcie przygotowywania rozprawy doktorskiej z zakresu prawa autorskiego na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego w Warszawie; Polska, e-mail: kancelaria@tetkowska.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 1.03.2022 r.; data zaakceptowania do publikacji: 6.04.2022 r.

Streszczenie

Na przestrzeni kilku ostatnich lat zarysował się problem związany z korelacją przepisów dotyczących instytucji nazwanej przez ustawodawcę nadzorem autorskim, znajdujących się w dwóch różnych ustawach – ustawie z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawie z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane. Początkowo ujawnił się on w obszarze stosowania przepisów, a mianowicie w zakresie ustalenia, kto na gruncie prawa budowlanego może wykonywać nadzór autorski – czy będzie to tylko twórca utworu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego, czy nadzór może wykonywać również inna osoba, niebędąca twórcą, posiadająca stosowne uprawnienia budowlane wymagane przepisami prawa budowlanego. Przedmiotowy problem powstał na gruncie stosowania przepisów poprzednio obowiązującej ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych i sprowadzał się do ustalenia, w jaki sposób powinny się odbywać przetargi na udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie nadzoru autorskiego, do którego odnosi się Prawo budowlane – czy w trybie zamówienia z wolnej ręki, czy w ramach przetargu nieograniczonego. Problem pozostaje aktualny po uchwaleniu nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019 r. Kwestię tę próbowano rozwiązać w ramach orzecznictwa, które na przestrzeni lat zmieniało się, ale nie wypracowało jednolitego stanowiska. Tym samym problem początkowo dotyczący sfery stosowania prawa stał się zagadnieniem podlegającym analizie ze strony nauki prawa. Celem opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, kto w świetle przepisów prawa autorskiego może wykonywać nadzór autorski i czy jest to ten sam podmiot, który może wykonywać nadzór autorski w świetle przepisów prawa budowlanego.

Słowa kluczowe: nadzór autorski, prawo autorskie, prawo budowlane, prawo zamówień publicznych

Na przestrzeni kilku ostatnich lat zarysował się problem związany z korelacją przepisów dotyczących instytucji nazwanej przez ustawodawcę nadzorem autorskim, znajdujących się w dwóch różnych ustawach. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹ w art. 16 pkt 5 odnosi się do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu, a w art. 60 ust. 1–5 wprost wskazuje na instytucję nadzoru autorskiego. Jednocześnie ustawa – Prawo budowlane² również odnosi się w szeregu artykułów do instytucji nazwanej nadzorem autorskim (art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 12 ust. 2, art. 18 ust. 3, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 pkt 4, art. 21, art. 44 pkt 3, art. 95 pkt 5 pr. bud.). Początkowo problem ujawnił się na gruncie stosowania ww. przepisów, a mianowicie w zakresie ustalenia, kto na gruncie pr. bud. może wykonywać nadzór autorski, tzn. czy będzie to tylko twórca utworu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego³, czy nadzór może wykonywać również inna osoba, niebędąca twórcą, posiadająca stosowne uprawnienia budowlane wymagane przepisami pr. bud. Przedmiotowy problem powstał na gruncie stosowania przepisów poprzednio obowiązującej ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁴ i sprowadzał się do ustalenia, w jaki sposób powinny się odbywać przetargi na udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie nadzoru autorskiego, do którego odnosi się pr. bud., tzn. czy w trybie zamówienia z wolnej ręki, czy w ramach przetargu nieograniczonego. W przypadku uznania, że nadzór autorski może być wykonywany wyłącznie przez twórcę utworu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego, przetarg na udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie nadzoru autorskiego powinien odbyć się w trybie

¹ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2509) – dalej u.p.a.p.p.

² Ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.) – dalej pr. bud.

³ Zagadnienia związane z definicją utworu architektonicznego oraz architektoniczno-urbanistycznego pozostają poza zakresem tego opracowania, jednak w tym miejscu warto wskazać w ślad za Piotrem Piesiewiczem, że „za utwór architektoniczny należy uznać każdy przejaw działalności twórczej, o indywidualnym charakterze, cechujący się stworzoną przez człowieka wizją zorganizowania lub zaprojektowania określonej przestrzeni. Wizja ta może być wyrażona zarówno w samym planie architektonicznym, rysunku, jak i w zrealizowanym obiekcie. Jednakże plan architektoniczny lub rysunek winien mieć charakter funkcjonalny, tj. wyrażony w taki sposób, aby można było na jego podstawie wykonać czy też wybudować obiekt budowlany w rozumieniu pr. bud. lub inną formę przestrzenną (np. zrealizować projekt wnętrza lub projekt krajobrazowy). W tym miejscu należy podnieść, że nie wszystkie projekty obiektów budowlanych będzie można zaliczyć do utworów w rozumieniu prawa autorskiego, lecz tylko te, które będą miały cechę indywidualności i oryginalności. Trzeba jednak z całą stanowczością zaakcentować, że ochroną nie mogą być objęte te elementy, które są rozwiązaniami standardowymi, charakterystycznymi dla większości tego typu obiektów. Należy zastrzec, że nie można utożsamiać utworów architektonicznych tylko z takimi projektami, które uzyskały pozwolenie na budowę. Pogląd ten znajduje oparcie w treści art. 335 pr. aut. Zgodnie z tą regulacją «wolno korzystać z utworu, w postaci obiektu budowlanego, jego rysunku, planu lub innego ustalenia, w celu odbudowy lub remontu obiektu budowlanego». Oznacza to, że sam ustawodawca wskazuje, że utwór architektoniczny może być ustalony w postaci obiektu budowlanego, rysunku lub planu. Ustawodawca nie wyklucza, że może być on ustalony jeszcze w inny sposób, wskazując w cytowanym przepisie sformułowanie «inne ustalenia»”. P. Piesiewicz, *Problematyka autorskich roszczeń majątkowych o zaniechanie oraz o usunięcie skutków naruszeń w przypadku naruszenia praw do utworu architektonicznego*, „Palestra” 2015/11–12, s. 54. Prezentowane stanowisko zostało również powtórzone przez ww. autora w 2018 r. – zob. P. Piesiewicz, *Dopuszczalność zmian w utworze architektonicznym w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018/39, s. 284.

⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.

zamówienia z wolnej ręki ze względu na ochronę praw wyłącznych, co skutkowałoby możliwością udzielenia zamówienia na wykonanie nadzoru autorskiego jedynie twórcy danego utworu architektonicznego lub architektoniczno-urbanistycznego. Natomiast w przypadku przyjęcia, że nadzór autorski, w myśl przepisów pr. bud., może wykonywać każda osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane (niekoniecznie twórca utworu), udzielenie zamówienia publicznego powinno się odbyć w ramach przetargu nieograniczonego, umożliwiającego przystąpienie do przetargu wszystkich osób posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane lub dysponujących odpowiednimi zasobami w tym zakresie. Przedmiotowy problem pozostaje aktualny po uchwaleniu nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019 r.⁵, która weszła w życie 1.01.2021 r., ponieważ uchwalenie nowych przepisów dotyczących zamówień publicznych w żaden sposób nie rozwiązało zaistniałego problemu, jako wynikającego z korelacji przepisów u.p.a.p.p. i pr. bud. Kwestię tę, powstałą w zakresie stosowania prawa, próbowano rozwiązać w ramach orzecznictwa, które na przestrzeni lat zmieniał się, ale nie wypracowało jednolitego stanowiska. W związku z tym problem początkowo dotyczący sfery stosowania prawa stał się zagadnieniem podlegającym analizie ze strony nauki prawa.

Celem przedmiotowego opracowania jest udzielenie odpowiedzi na pytanie: kto w świetle przepisów u.p.a.p.p. może wykonywać nadzór autorski i czy jest to ten sam podmiot, który może wykonywać nadzór autorski w świetle przepisów pr. bud.? Sformułowanie odpowiedzi wymaga jednak w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia następujących kwestii: czy nadzór autorski, o którym mowa w u.p.a.p.p., oraz nadzór autorski, do którego odnosi się pr. bud., to ta sama instytucja uregulowana w dwóch ustawach, czy może są to dwie różne instytucje, które w sposób przypadkowy zostały zbieżnie nazwane przez ustawodawcę? czy w zakresie nadzoru autorskiego twórcy nad utworem architektonicznym i architektoniczno-urbanistycznym przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. odsyła do przepisów pr. bud., czy może jest to odesłanie puste? dlaczego u.p.a.p.p. nie reguluje szczegółowo sprawowania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi, tylko na podstawie art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. odsyła do odrębnych przepisów? czy przepisy pr. bud. dotyczące nadzoru autorskiego wyłączają lub ograniczają uprawnienia twórcy wynikające z art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p.?

Hipotezy, które będą podlegały weryfikacji w ramach przedmiotowego opracowania, a jednocześnie stanowią odpowiedzi na postawione powyżej pytania, są następujące: w świetle przepisów u.p.a.p.p. nadzór autorski może być wykonywany przez twórcę danego utworu; na gruncie pr. bud. to również twórca utworu, w tym przypadku utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, może wykonywać nadzór autorski; nadzór autorski, o którym mowa w u.p.a.p.p., oraz nadzór autorski, do którego odnosi się pr. bud., to ta sama instytucja uregulowana w dwóch ustawach; odesłanie do odrębnych przepisów w myśl art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. nie jest odesłaniem pustym, gdyż chodzi o odesłanie do przepisów pr. bud.; nadzór

⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.

autorski nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi został uregulowany w dwóch odrębnych ustawach ze względu na przedmiot ochrony, który wpływa z poszczególnych przepisów; przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. oraz przepisy pr. bud., do których odsyła art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p., nie wyłączają ani w żaden sposób nie ograniczają praw twórcy utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego wynikających z art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p.

Analiza przedstawionych zagadnień wymaga w pierwszej kolejności odniesienia się do przepisów u.p.a.p.p. Zgodnie art. 16 u.p.a.p.p., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do: autorstwa utworu (pkt 1); oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo (pkt 2); nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania (pkt 3); decydowania o pierwszym udostępnieniu utworu publiczności (pkt 4); nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (pkt 5). Przepisem szczegółowo regulującym sprawowanie nadzoru autorskiego jest art. 60 ust. 1–5 u.p.a.p.p., który w ust. 5 stanowi, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy, co prowadzi do wniosku, że art. 60 ust. 1–4 u.p.a.p.p. nie stosuje się do utworów architektonicznych i architektoniczno-urbanistycznych. Przepisy art. 60 ust. 1–5 u.p.a.p.p. weszły w życie 24.05.1994 r. i od tego dnia obowiązują w niezmienionym kształcie. Ustawodawca zatem od dnia uchwalenia u.p.a.p.p. nie zdecydował się na wprowadzenie zmian w treści art. 60 ust. 1–5 u.p.a.p.p.

Słusznie wskazuje Michał Wyrwiński, że „Prawo do nadzoru autorskiego stanowi jedno z autorskich praw osobistych, wyraźnie nazwane w art. 16 pkt 5 pr. aut. Zasady wykonywania nadzoru autorskiego na podstawie art. 60 pr. aut. stanowią swego rodzaju uszczegółowienie proceduralnych (czy też technicznych) aspektów wykonywania autorskiego prawa osobistego do nadzoru nad korzystaniem z utworu”⁶. Zakres uprawnień przysługujących twórcy na podstawie art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. jest szerszy aniżeli uprawnienia twórcy określone w art. 60 u.p.a.p.p.⁷ Przepis art. 60 u.p.a.p.p. przyznaje twórcy utworu uprawnienia w zakresie nadzoru przed rozpowszechnieniem utworu, natomiast przepis art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. dotyczy nadzoru nad sposobem korzystania z utworu w ujęciu ogólnym, a nie tylko przed jego rozpowszechnieniem⁸.

⁶ M. Wyrwiński, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 1, red. R. Markiewicz, LEX/el. 2021, art. 60. Zob. również J. Szyjewska-Bagińska, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Legalis/el. 2021, art. 60: „Zagwarantowanie twórcy prawa dokonywania nadzoru autorskiego ma na celu ochronę jego interesów osobistych, a w szczególności prawa do nienaruszalności treści i formy utworu oraz prawa nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (zob. orz. SN z 31.10.1975 r., I CR 624/75, OSNCP 1976, Nr 11, poz. 247, z głosem A. Kopffa, NP 1978, Nr 3, s. 509)”.

⁷ Zob.: M. Wyrwiński, *Komentarz...*, [w:] *Ustawy...*, t. 1, art. 60; J. Barta, R. Markiewicz, [w:] M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, K. Felchner, E. Traple, J. Barta, R. Markiewicz, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, LEX/el. 2011, art. 60.

⁸ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, [w:] *Ustawa...*, art. 60.

W doktrynie są prezentowane dwa odmienne poglądy dotyczący relacji art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. oraz art. 60 u.p.a.p.p. Pierwszy z nich zakłada, że umożliwienie twórcy sprawowania nadzoru autorskiego nad utworem zgodnie z art. 60 u.p.a.p.p. wyłącza zarzut naruszenia art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. w takim zakresie, w jakim realizacja autorskich praw osobistych twórcy jest objęta regulacją art. 60 u.p.a.p.p.⁹ Drugi z prezentowanych poglądów zakłada, że pomiędzy tymi przepisami nie dochodzi do kolizji, ponieważ twórcy przysługuje prawo do nadzoru autorskiego na podstawie art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p., stanowiącego realizację jego autorskich praw osobistych, a art. 60 u.p.a.p.p. jedynie wprowadza przepisy stanowiące minimum zasad postępowania w zakresie realizacji prawa twórcy do sprawowania nadzoru autorskiego nad utworem¹⁰. Zasadny wydaje się drugi z prezentowanych poglądów, który zakłada brak kolizji pomiędzy obydwoma przepisami i przyjmuje, że art. 60 u.p.a.p.p. wprowadza skonkretyzowanie praw, a tym samym roszczeń twórcy, ale nie ogranicza ich szerokiego zakresu objętego regulacją art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. Taka interpretacja jest również zgodna z ogólną zasadą wykładni prawa autorskiego w kierunku ochrony praw, które przysługują twórcy.

Należy również zwrócić uwagę, że zarówno przepis art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p., jak i art. 60 u.p.a.p.p. nie nakładają na twórcę obowiązku przeprowadzenia nadzoru autorskiego nad utworem. Twórca może go wykonać, ale nie musi. Obowiązek twórcy do wykonania nadzoru autorskiego może jednak wynikać z innej podstawy prawnej¹¹.

Przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. odsyła do odrębnych przepisów, wskazując wprost, że sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi regulują odrębne przepisy. Należy jednak zwrócić uwagę, że sam przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. nie odwołuje się do konkretnych przepisów, jak również nie wskazuje, w jakim akcie prawnym się one znajdują. Część doktryny uznaje, że są to przepisy pr. bud.¹² Istnieje też pogląd, zgodnie z którym przedmiotowe odesłanie jest odesłaniem pustym¹³, a co za tym idzie – nadzór autorski uregulowany w u.p.a.p.p. oraz nadzór autorski uregulowany w pr. bud. są to dwie zupełnie odrębne i niemające ze sobą nic wspólnego instytucje, które tylko zostały przypadkowo zbieżnie nazwane przez ustawodawcę.

W myśl pr. bud. za samodzielną funkcję techniczną w budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub

⁹ Takie stanowisko prezentuje: T. Targosz, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, LEX/el. 2015, art. 60.

¹⁰ Zob. M. Wyrwiński, *Komentarz...*, [w:] *Ustawy...*, t. 1, art. 60.

¹¹ M. Wyrwiński, *Komentarz...*, [w:] *Ustawy...*, t. 1, art. 60.

¹² Takie stanowisko prezentują: M. Wyrwiński, *Komentarz...*, [w:] *Ustawy...*, t. 1, art. 60; A. Gołaszewska, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R.M. Sarbiński, LEX/el. 2019, art. 60; M. Załucki, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Legalis/el. 2017, art. 60.

¹³ Takie stanowisko prezentuje: T. Targosz, [w:] *Prawo...*, art. 60; zob. również K. Gliściński, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Legalis/el. 2019, art. 60; J. Chwalba, *Utwór architektoniczny jako przedmiot prawa autorskiego*, LEX/el. 2018, s. 308–309.

samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą: projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego (art. 12 ust. 1 pkt 1 pr. bud.). Samodzielne funkcje techniczne w budownictwie, określone w art. 12 ust. 1 pkt 1–5 pr. bud., „mogą wykonywać wyłącznie osoby posiadające odpowiednie wykształcenie techniczne i praktykę zawodową, dostosowane do rodzaju, stopnia skomplikowania działalności i innych wymagań związanych z wykonywaną funkcją, stwierdzone decyzją, zwaną dalej «uprawnieniami budowlanymi»¹⁴, wydaną przez organ samorządu zawodo-

¹⁴ „Na potrzeby PrBud decyzję stwierdzającą spełnienie warunków niezbędnych do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nazywa się uprawnieniami budowlanymi (...). Szczegółowa prezentacja trybu uzyskiwania uprawnień budowlanych oraz ich zakresu wykracza poza ramy przedmiotowych uwag. Należy tylko zasygnalizować, że zarówno tryb uzyskania, jak i zakres uprawnień budowlanych regulowane są zasadniczo przepisami PrBud. Stosownie do art. 12 ust. 3 PrBud warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej. Postępowanie w przedmiocie stwierdzenia uprawnień prowadzone jest przez właściwą izbę samorządu zawodowego. Zakres przyznawanych uprawnień determinowany jest posiadaną praktyką zawodową. Regulacja art. 12 ust. 4c PrBud klasyfikuje uprawnienia budowlane na uprawnienia do projektowania w danej specjalności, kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności oraz projektowania i kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności. Rodzaje specjalności uprawnień budowlanych określone zostały w art. 14 PrBud. Obejmują specjalności: architektoniczną, konstrukcyjno-budowlaną, inżynieriyną-mostową, drogową, kolejową w zakresie obiektów budowlanych, kolejową w zakresie sterowania ruchem kolejowym, hydrotechniczną, wyburzeniową – oraz instalacyjną w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych oraz elektroenergetycznych. W ramach przywołanych specjalności mogą być wyodrębniane specjalizacje techniczno-budowlane. Ustawa – Prawo budowlane określa także – w art. 15a – szczegółowy zakres uprawnień wynikających z uprawnień budowlanych w poszczególnych specjalnościach. W szczególności np. uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej bez ograniczeń uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do architektury obiektu. Uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności uprawniają natomiast do sporządzenia projektu zagospodarowania działki lub terenu w zakresie tej specjalności. Szczegółowe zasady określające rodzaj i zakres przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (w szczególności określające kierunki studiów odpowiednie lub pokrewne dla danej specjalności, wykaz zawodów związanych z budownictwem, wykaz specjalizacji wyodrębnionych w ramach poszczególnych specjalności) oraz sposób stwierdzania posiadania przygotowania zawodowego i jego weryfikacji (dokumentowania i weryfikacji posiadanego wykształcenia, a także kwalifikowania, stwierdzania przygotowania zawodowego oraz jego dokumentowania do uzyskania specjalizacji techniczno-budowlanej, dokumentowania i odbywania praktyki, jak również kryteria uznawania praktyki, przeprowadzania egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej) określa rozporządzenie Ministra Inwestycji i Rozwoju z 29.4.2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019 r. poz. 831). Zdanie egzaminu ze znajomości procesu budowlanego oraz umiejętności praktycznego zastosowania wiedzy technicznej nie stanowi jeszcze podstawy do podjęcia aktywności w ramach samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 7 PrBud podstawą do wykonywania tej funkcji jest wpis w formie decyzji administracyjnej do centralnego – prowadzonego w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a PrBud przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego – rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane. Ponadto osoba, która zdała egzamin, powinna być wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Wpis ten potwierdzany jest zaświadczeniem wydanym przez izbę, która dokonała wpisu. Zaświadczenie powinno zawierać wskazanie terminu ważności wpisu. Prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje bowiem, zgodnie z art. 6 ust. 1 SamArchitektU, wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego” – B. Gliniecki, G. Sulicki, K. Zagrobelny, [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5C, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Legalis/el. 2020, przypis dolny nr 94.

wego” (art. 12 ust. 2 pr. bud.). W myśl przepisów pr. bud. (art. 12 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 12 ust. 2 pr. bud.) nadzór autorski może sprawować wyłącznie projektant, który posiada w tym zakresie odpowiednie uprawnienia budowlane¹⁵.

„Inwestor może zobowiązać projektanta do sprawowania nadzoru autorskiego” (art. 18 ust. 3 pr. bud.). „Organ administracji architektoniczno-budowlanej może w decyzji o pozwoleniu na budowę nałożyć na inwestora obowiązek ustanowienia inspektora nadzoru inwestorskiego, a także obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego, w przypadkach uzasadnionych wysokim stopniem skomplikowania obiektu lub robót budowlanych bądź przewidywanym wpływem na środowisko” (art. 19 ust. 1 pr. bud.). Do podstawowych obowiązków projektanta należy „sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie: a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego” (art. 20 ust. 1 pkt 4 pr. bud.). W odróżnieniu od przepisów u.p.a.p.p., gdzie nadzór autorski jest uprawnieniem twórcy, przepisy pr. bud. nakładają na projektanta obowiązek sprawowania nadzoru autorskiego, kiedy zażąda tego inwestor lub organ administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie.

Jak zauważa Marian Kępiński, „Przepisy prawa budowlanego nie przewidują, czy projektant musi otrzymać wynagrodzenie za nadzór autorski, ale trudno sobie wyobrazić inne rozwiązanie. Nadzór zresztą nie zawsze jest obowiązkowy i odbywa się na żądanie inwestora lub właściwego organu. W przeciwieństwie do prawa autorskiego w prawie budowlanym kładzie się nacisk na obowiązki projektanta mające zapewnić bezpieczeństwo robót, a nie na uprawnienia autora do nadzoru nad sposobem realizacji projektu. Można powiedzieć, że o ile w prawie autorskim nadzór jest uprawnieniem autora, o tyle w prawie budowlanym jest on jego obowiązkiem, gdy domaga się tego inwestor lub właściwy organ. Można sądzić, że gdy projektant ma obowiązek wykonywania nadzoru, to powinien otrzymywać za ten nadzór wynagrodzenie. Natomiast, gdy inwestor się tego nie domaga, a twórca projektu architektonicznego chce jednak nadzór wykonywać, to powinien to czynić nieodpłatnie”¹⁶.

„Projektant, w trakcie realizacji budowy, ma prawo: 1) wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji; 2) żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych w razie: a) stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia, b) wykonywania ich niezgodnie z projektem” (art. 21 pr. bud.). Prawo budowlane z jednej strony nakłada na projektanta obowiązek

¹⁵ Zob. A. Plucińska-Filipowicz, [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Legalis/el. 2021, art. 12. Zob. również A. Despot-Mładanowicz, [w:] *Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, LEX/el. 2021, art. 12.

¹⁶ M. Kępiński, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Legalis/el. 2007, art. 60.

sprawowania nadzoru autorskiego w określonych sytuacjach, z drugiej – wyposaża go w szereg uprawnień w ramach realizowanej budowy. W przypadku zmiany projektanta sprawującego nadzór autorski inwestor dołącza do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków (art. 44 pkt 3 pr. bud.). Doniosłość funkcji, jaką pełni projektant w ramach realizacji budowy, w myśl przepisów Prawa budowlanego, implikuje konieczność dołączania do dokumentacji budowy oświadczenia projektanta w przypadku przejęcia obowiązku. Jednocześnie projektant, na podstawie art. 95 pkt 5 pr. bud., ponosi odpowiedzialność zawodową w przypadku uchylenia się od podjęcia nadzoru autorskiego lub wykonywania niedbale obowiązków wynikających z pełnienia tego nadzoru.

Zagadnienie relacji przepisów dotyczących nadzoru autorskiego znajdujących się w u.p.a.p.p. i pr. bud. jest przedmiotem rozważania zarówno doktryny, jak i orzecznictwa. W tym zakresie na przestrzeni kilku ostatnich lat wydano szereg orzeczeń, które w dwojaki sposób podchodzą do przedmiotowego problemu.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) w wyroku z 7.06.2011 r.¹⁷ stwierdziła, że „sprawowanie nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi, stosownie do art. 60 ust. 5 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych regulują odrębne przepisy, tj. przepisy ustawy Prawo budowlane, które jakkolwiek nie mogą i nie ingerują w zakres osobistych praw autorskich, przewidują sprawowanie nadzoru autorskiego przez osobę o określonych uprawnieniach oraz możliwość zmiany osoby projektanta sprawującego nadzór autorski stosownie do art. 44 ust. 1 pkt 3. Regulacja taka wskazuje, przy niezmienności autora projektu, na dopuszczalność sprawowania nadzoru autorskiego także przez osobę niebędącą autorem projektu”. Następnie KIO w wyroku z 30.08.2011 r.¹⁸ uznała, że żaden z przepisów pr. bud. nie nakłada obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez twórcę utworu, więc w świetle tej ustawy autorstwo projektu jest bez znaczenia. W myśl przepisów pr. bud. projektant, czyli osoba posiadająca odpowiednie uprawnienia budowlane, jest uprawniona do sprawowania nadzoru autorskiego, tym samym nadzór autorski może być powierzony dowolnej osobie, która w świetle przepisów pr. bud. ma odpowiednie uprawnienia (jest projektantem)¹⁹. W ślad za powyższymi wyrokami został wydany

¹⁷ KIO 1103/11, LEX nr 846327.

¹⁸ KIO 1805/11, LEX nr 951526.

¹⁹ Zgodnie z wyrokiem KIO z 30.08.2011 r., KIO 1805/11, LEX nr 951526, „autorowi (twórcy) projektu, niezależnie od tego, czy faktycznie sprawuje on nadzór autorski, przysługują osobiste prawa autorskie do jego projektu, których to praw, (...) zgodnie z art. 16 ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych, nie może przenieść na inne osoby, w tym na innych projektantów albo na inwestorów. Zakazu przeniesienia osobistych praw autorskich do projektów nie należy jednak mylić z upoważnianiem innych osób (projektantów) do wykonywania tych praw, co znajduje swą formalną podstawę w przepisach ustawy Prawo budowlane”. „Dokonując analizy przepisów ustawy o Prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy Prawo budowlane stwierdzić należy, iż sprawowanie nadzoru nad utworami architektonicznymi odbywa się według przepisów ustawy Prawo budowlane. Ta z kolei ustanawia funkcję projektanta, którego jednym z obowiązków jest sprawowanie nadzoru autorskiego. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków związanych z nadzorem autorskim (art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane) oraz fakt, iż żaden z przepisów wspomnianej ustawy nie nakłada obowiązku sprawowania nadzoru autorskiego przez autora (twórcę) projektu (utworu), stwierdzić należy, iż w świetle ustawy Prawo budowlane okoliczność, kto jest autorem projektu, jest indyferentna. Na gruncie powołanych przepisów ustawodawca uznał bowiem, iż

wyrok KIO z 24.01.2012 r.²⁰, który podtrzymał dotychczasową linię orzecniczą. Należy zauważyć, że przedmiotowe wyroki zostały wydane w związku z potrzebą sformułowania odpowiedzi *de facto* na pytanie, czy zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem było sprawowanie nadzoru autorskiego, w trybie przetargu nieograniczonego.

Pomimo, jak by się wydawało, ugruntowanej linii orzecniczej KIO 10.09.2014 r. wydała uchwałę²¹ w przedmiocie stosowania trybu z wolnej ręki z przesłanki istnienia praw wyłącznych w przypadku sprawowania nadzoru autorskiego nad projektem, zgodnie z którą „W ocenie Izby wywodzenie, z powołanego przepisu, że ustawodawca *expressis verbis* dopuścił możliwość sprawowania nadzoru autorskiego, w zakresie określonym przepisami prawa budowlanego, nie tylko przez samego autora dokumentacji projektowej, lecz także przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, należy uznać za błędne. Izba stoi na przedstawionym i uzasadnionym wcześniej stanowisku, iż nadzór autorski, co wynika z samej jego istoty, może sprawować jedynie autor projektu. Dodatkowo Izba wskazuje, że zastosowanie dyspozycji ww. przepisu może odnosić się do sytuacji, w której określony projekt został wykonany przez kilka podmiotów, którym przysługuje wówczas status współautorów projektu, a następnie tylko jeden z nich sprawował nadzór autorski nad jego wykonaniem. W przypadku zmian w tym zakresie zastosowanie właśnie znajduje przepis art. 44 ust. 1 pkt 3 Prawa budowlanego, a także ewentualnie w przypadku kolejnych etapów realizacji inwestycji, rodzajów prac etc. Natomiast, gdy czynności nadzoru wykonywane są przez inne podmioty posiadające wymagane prawem uprawnienia do sporządzania projektów, wówczas nie mamy już do czynienia z wykonywaniem czynności nadzoru autorskiego”. Krajowa Izba Odwoławcza, przyjmując uchwałę o zacytowanej treści, odwróciła prezentowaną do tej pory linię orzecniczą.

Jednocześnie, poza KIO, badaniem relacji przepisów dotyczących nadzoru autorskiego znajdujących się w u.p.a.p.p. i pr. bud. zajęły się również sądy

projektant, a więc osoba legitymująca się uprawnieniami budowlanymi, uzyskuje uprawnienie do sprawowania nadzoru autorskiego. W tym miejscu warto również zauważyć, iż ustawa Prawo budowlane ogranicza nadzór autorski do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, w zakresie zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie. Powyższe uzasadnia zatem twierdzenie, iż inwestor może również powierzyć nadzór innemu projektantowi. Oznacza to, iż nadzór autorski wykonywany zgodnie z ustawą Prawo budowlane przez projektanta, który nie jest jednocześnie autorem projektu, sprowadza się jedynie do wykonywania czynności, o których mowa w art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo budowlane, zaś w sytuacji, gdy sprawuje go twórca projektu, osobie tej przysługują jednocześnie uprawnienia wynikające z autorskich praw osobistych. Ustawodawca dokonał więc wyraźnego podziału uprawnień związanych ze sprawowaniem nadzoru autorskiego w sferze prawa publicznego i prywatnego. Zaprezentowane powyżej stanowisko znajduje w sposób pośredni potwierdzenie w przepisie art. 44 ustawy Prawo budowlane. Z jednej bowiem strony nie daje podstaw do formułowania wniosku, iż nadzór autorski musi być sprawowany przez autora projektu, z drugiej strony dopuszcza zmianę projektanta, co również uzasadnia twierdzenie, iż na gruncie ustawy Prawo budowlane nadzór autorski może być wykonywany przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie projektowania (projektanta)”.

²⁰ KIO 90/12, LEX nr 1110260. W uzasadnieniu tego wyroku została powtórzona argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu wyroku KIO z 30.08.2011 r., KIO 1805/11, LEX nr 951526.

²¹ KIO/KD 75/14, LEX nr 1586639.

administracyjne oraz sądy powszechne. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 1.12.2016 r.²² stwierdził, że „ustawodawca nie wprowadził żadnego przepisu, który wbrew art. 20 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 18 ust. 3 Prawa budowlanego wprowadziłby możliwość sprawowania nadzoru autorskiego przez inny podmiot niż projektant. Kompleksowa analiza wszystkich przepisów Prawa budowlanego dotyczących tej kwestii – a w szczególności zagrożonego karą obowiązkowego charakteru tego działania – nasuwa wniosek, że ustawodawca pośrednio wręcz wykluczył taką możliwość”. Niespełna rok później kwestia nadzoru autorskiego stanowiła przedmiot wyrokowania Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który w wyroku z 13.09.2017 r.²³ wskazał, że „zakres przewidzianego w art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. prawa do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu nie jest tożsamy z nadzorem autorskim w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, które ogranicza się do stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem oraz uzgadniania możliwości wprowadzania rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru, co ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa powszechnego, życia i mienia ludzi. Celem natomiast osobistych praw autorskich jest ochrona sfery osobistej autora projektu, chronią one bowiem stosunek twórcy do dzieła, czyli więź emocjonalną z tworem, jaka nawiązuje się pomiędzy autorem a jego dziełem, której zakres został uszczegółowiony w art. 16 pkt 1–5 u.p.a.p.p. Należy też zaznaczyć, że na gruncie prawa autorskiego ochronie podlegają tylko estetyczne, a nie funkcjonalne elementy w strukturze utworu architektonicznego”.

Jak już zostało to wskazane w ramach niniejszego opracowania, w doktrynie zasadniczo są prezentowane dwa poglądy w zakresie relacji przepisów dotyczących nadzoru autorskiego uregulowanego przepisami u.p.a.p.p. i pr. bud. Pierwszy z poglądów zakłada, że przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. odsyła do przepisów pr. bud. (art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 12 ust. 2, art. 18 ust. 3, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 pkt 4, art. 21, art. 44 pkt 3, art. 95 pkt 5 pr. bud.)²⁴. Zgodnie z drugim poglądem odesłanie z art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. jest odesłaniem pustym²⁵.

Przyjęcie drugiego z prezentowanych poglądów oznaczałoby, że ustawodawca, który powinien być racjonalny, nazwał dwie odrębne instytucje w ten sam sposób, jednocześnie pozostawiając w u.p.a.p.p. odesłanie do przepisów, które nie istnieją. Zauważyć należy również, że u.p.a.p.p. została uchwalona 4.02.1994 r., a weszła w życie 24.05.1994 r. Przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. wszedł w życie wraz z wejściem w życie ustawy u.p.a.p.p., tj. 24.05.1994 r., i do dziś obowiązuje w niezmiennym kształcie. Następnie, już po uchwaleniu i wejściu w życie u.p.a.p.p., ustawodawca przyjął 7.07.1994 r. ustawę – Prawo budowlane, która weszła w życie

²² II GSK 1224/15, LEX nr 2190643.

²³ I ACa 322/17, LEX nr 2453747.

²⁴ Takie stanowisko prezentują: M. Wyrwiński, *Komentarz...*, [w:] *Ustawy...*, t. 1, art. 60; A. Gołaszewska, [w:] *Prawo...*, art. 60; M. Załucki, [w:] *Ustawa...*, art. 60.

²⁵ Takie stanowisko prezentuje: T. Targosz, [w:] *Prawo...*, art. 60. Zob. również: K. Gliściński, [w:] *Ustawa...*, art. 60; J. Chwalba, *Utwór...*, s. 308–309.

1.01.1995 r. Jest nieprawdopodobne, aby racjonalny ustawodawca w tym samym roku przyjął dwie ustawy, w których znalazły się regulacje odwołujące się do nadzoru autorskiego, stanowiące dwie odrębne instytucje, tym bardziej że pierwsza z ustaw odsyła do odrębnych przepisów, a takie przepisy zostały wprowadzone w drugiej. Ustawodawca, uchwalając pr. bud., zdawał sobie sprawę z istnienia oraz treści instytucji nadzoru autorskiego uregulowanego w u.p.a.p.p. i postanowił ją włączyć do pr. bud. Zamiarem ustawodawcy było uregulowanie sprawowania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi w pr. bud.

Ustawodawca uregulował nadzór autorski nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi w dwóch ustawach ze względu na przedmiot ochrony wynikający z poszczególnych przepisów. Twórcy utworu, w tym architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, przysługują autorskie prawa osobiste w zakresie nadzoru nad sposobem korzystania z utworu (art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p.). Przepis art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. dotyczy praw twórcy do utworu i na tej podstawie twórca może realizować swoje uprawnienia w sferze prawa prywatnego. Przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. oraz przepisy pr. bud., do których odsyła²⁶ (art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 12 ust. 2, art. 18 ust. 3, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 pkt 4, art. 21, art. 44 pkt 3, art. 95 pkt 5 pr. bud.), nie wyłączają ani w żaden sposób nie ograniczają praw twórcy utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego wynikających z art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p., tak więc w u.p.a.p.p. przedmiotem ochrony jest sfera praw twórcy na gruncie prawa prywatnego.

Funkcją przepisów dotyczących nadzoru autorskiego znajdujących się w pr. bud. jest ochrona sfery życia publicznego poprzez zapewnienie zgodności realizacji budowy z projektem w zakresie jego prawidłowego wykonania. Cel nadzoru autorskiego w pr. bud. polega na zapewnieniu wybudowania obiektu zgodnie z obowiązującymi przepisami, z uwzględnieniem przede wszystkim bezpieczeństwa oraz funkcjonalności obiektu. Stąd przedmiotem ochrony pr. bud. jest sfera życia publicznego, którą regulują w tym zakresie przepisy prawa publicznego.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że skoro nadzór autorski w u.p.a.p.p. i pr. bud. to ta sama instytucja ze względu na przedmiot ochrony, a nadzór autorski w świetle przepisów u.p.a.p.p. może być wykonywany przez twórcę danego utworu, to należy uznać, że również na gruncie pr. bud. to twórca utworu, w tym przypadku utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, może wykonywać nadzór autorski. Nie można przyjąć, że przepisy pr. bud. w jakikolwiek sposób ograniczają albo wyłączają prawa twórcy utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego w zakresie wykonywania nadzoru autorskiego. Nie można wyciągnąć takiego wniosku z przepisów pr. bud., gdyż jest on zbyt daleko idący, a nie wynika z brzmienia przepisów i doprowadza do bezpodstawnego pozbawienia

²⁶ Mikołaj Dakowski prezentuje odmienny pogląd, wskazując, że „Przepisy PrBud nie powinny być traktowane ani jako te, do których odsyła art. 60 PrAut, ani jako przepisy szczególne wobec prawa autorskiego” – M. Dakowski, *Tryb udzielenia zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru autorskiego w toku wykonywania robót budowlanych*, „Monitor Prawniczy” 2019/19, s. 1047, Legalis/el.

twórcy praw, które mu przysługują w myśl przepisów u.p.a.p.p. Posługiwanie się przez pr. bud. pojęciem „projektanta”, czyli osoby, która musi posiadać odpowiednie uprawnienia, aby móc sprawować nadzór autorski w świetle regulacji pr. bud., nie stanowi samo w sobie podstawy do przyjęcia, że nadzór autorski może sprawować osoba niebędąca twórcą utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego. Powoływanie się w tym obszarze na konieczność ochrony sfery życia publicznego poprzez zapewnienie zgodności realizacji budowy z projektem w zakresie jego prawidłowego wykonania jest o tyle niezasadne, o ile można zapewnić wskazaną powyżej ochronę sfery życia publicznego bez uszczerbku dla praw twórcy utworu. Inwestor może zlecić wykonanie projektu, który w całości albo części będzie uznany za utwór w rozumieniu u.p.a.p.p., osobie posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane, a w przypadku gdyby osoba, która wykonała taki projekt, ich nie posiadała, może ona na podstawie przepisów u.p.a.p.p. upoważnić osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane do wykonywania jej praw osobistych do utworu w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego nad utworem w myśl przepisów pr. bud. Takie upoważnienie może zostać zawarte w umowie pomiędzy osobą sporządzającą projekt a inwestorem. Przyjęcie odmiennej interpretacji nie tylko nie ma umocowania w obowiązujących przepisach, ale w sposób bezzasadny doprowadza do pozbawienia praw twórcy utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego w sytuacji, kiedy można zapewnić pełne poszanowanie tych praw na gruncie obowiązującego stanu prawnego, przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony sfery życia publicznego. Argumentem przemawiającym przeciwko takiemu stanowisku nie może być również chęć uproszczenia procesu realizacji inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wybudowaniu danego obiektu, ponieważ chęć uproszczenia określonych procesów nie może stanowić podstawy pozbawienia jednostki przysługujących jej praw. Niewłaściwe jest także wskazywanie na przepis art. 44 pkt 3 pr. bud. jako ustanawiający obowiązek dołączania do dokumentacji budowy oświadczenia o przejęciu obowiązków w przypadku zmiany projektanta sprawującego nadzór autorski, co miałyby przemawiać za przyjęciem stanowiska, że nadzór autorski w pr. bud. może wykonywać dowolny projektant, nie tylko twórca utworu. Zauważyć należy, że przedmiotowy przepis będzie miał zastosowanie w przypadku wykonania projektu przez więcej niż jednego twórcę oraz w przypadku udzielenia przez twórcę utworu upoważnienia do wykonywania jego praw osobistych do utworu w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego nad utworem na podstawie przepisów pr. bud. Również chęć zapewnienia w ramach udzielania zamówień publicznych możliwie najszerszego dostępu do zamówień i zastosowania przetargu nieograniczonego, jako zapewniającego największą konkurencyjność, nie może być podstawą do ograniczenia lub pozbawienia twórcy praw, które mu przysługują na podstawie przepisów u.p.a.p.p. Chęć ochrony dobra, jakim jest konkurencyjność, nie może z zasady doprowadzać do ograniczenia lub pozbawienia praw twórcy utworu przysługujących mu na podstawie ustawy, w sytuacji kiedy brak jest ku temu wyraźnej podstawy prawnej. Przyjmowanie odmiennych interpretacji w tym zakresie mających na celu zapewnienie szerokiego dostępu do sprawowania

nadzoru autorskiego należy uznać za zbyt daleko idące i nieznajdujące umocowania w przepisach. Wszelkie ograniczenia lub pozbawienie jednostki praw, które jej przysługują, powinny jasno wynikać z przepisów prawa. Nie powinno do nich dochodzić w wyniku rozszerzającej interpretacji przepisów. Sam wymóg posiadania uprawnień budowlanych do sprawowania nadzoru autorskiego na gruncie pr. bud. nie stanowi podstawy do przyjęcia, że br. bud. ogranicza albo pozbawia twórcę utworu praw przysługujących mu w myśl przepisów u.p.a.p.p.

Reasumując, należy stwierdzić, że ustawodawca uregulował nadzór autorski w dwóch ustawach, tj. w u.p.a.p.p. i pr. bud. Przepis art. 60 ust. 5 u.p.a.p.p. odsyła w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego nad utworami architektonicznymi i architektoniczno-urbanistycznymi do przepisów pr. bud. (art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 12 ust. 2, art. 18 ust. 3, art. 19 ust. 1, art. 20 ust. 1 pkt 4, art. 21, art. 44 pkt 3, art. 95 pkt 5 pr. bud.). Ustawodawca uczynił to ze względu na funkcję, jaką pełnią te przepisy, tj. ze względu na ochronę sfery życia publicznego, którą regulują przepisy prawa publicznego. Jednocześnie twórcy utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego przysługują autorskie prawa osobiste w zakresie nadzoru nad sposobem korzystania z utworu na podstawie art. 16 pkt 5 u.p.a.p.p. Nadzór autorski w świetle przepisów u.p.a.p.p. może wykonywać twórca danego utworu. Również na gruncie pr. bud. to twórca utworu, w tym przypadku utworu architektonicznego i architektoniczno-urbanistycznego, może wykonywać nadzór autorski. Inwestor może zlecić wykonanie projektu, który w całości albo części będzie uznany za utwór w rozumieniu u.p.a.p.p., osobie posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane, a w przypadku gdyby osoba, która wykonała taki projekt, ich nie posiadała, może ona na podstawie przepisów u.p.a.p.p. upoważnić osobę posiadającą odpowiednie uprawnienia budowlane do wykonywania jej praw osobistych do utworu w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego nad utworem na podstawie przepisów pr. bud.

Bibliografia

1. Barta J., Markiewicz R., [w:] M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, K. Felchner, E. Traple, J. Barta, R. Markiewicz, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, LEX/el. 2011.
2. Chwalba J., *Utwór architektoniczny jako przedmiot prawa autorskiego*, LEX/el. 2018.
3. Dakowski M., *Tryb udzielenia zamówienia publicznego na pełnienie nadzoru autorskiego w toku wykonywania robót budowlanych*, Monitor Prawniczy 2019, nr 19, Legalis/el.
4. Despot-Mładanowicz A., [w:] *Prawo budowlane. Komentarz aktualizowany*, red. A. Plucińska-Filipowicz, M. Wierzbowski, LEX/el. 2021.
5. Gliniecki B., Suliński G., Zagrobelny K., [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 5C, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Legalis/el. 2020.
6. Gliściński K., [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Legalis/el. 2019.

7. Gołaszewska A., [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R.M. Sarbiński, LEX/el. 2019.
8. Kępiński M., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Legalis/el. 2007.
9. Piesiewicz P., *Dopuszczalność zmian w utworze architektonicznym w świetle ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, *Studia Prawnoustrojowe* 2018, nr 39.
10. Piesiewicz P., *Problematyka autorskich roszczeń majątkowych o zaniechanie oraz o usunięcie skutków naruszeń w przypadku naruszenia praw do utworu architektonicznego*, *Palestra* 2015, nr 11–12.
11. Plucińska-Filipowicz A., [w:] *Prawo budowlane. Komentarz*, red. Z. Niewiadomski, Legalis/el. 2021.
12. Szyjewska-Bagińska J., [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Legalis/el. 2021.
13. Targosz T., [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, LEX/el. 2015.
14. Wyrwiński M., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 1, red. R. Markiewicz, LEX/el. 2021.
15. Załucki M., [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Legalis/el. 2017.

Przemysław Ostojski

Model sądowej kontroli decyzji z zakresu ochrony konkurencji w prawie polskim

*A model of judicial control of decisions with regards to
competition protection in Polish law*

Abstract

The article concerns the issue of the intensity of control of the decisions of the Polish competition authority by the Court of Competition and Consumer Protection. Control in this respect refers to the criteria of both legality and rationality, as well as purposefulness and proportionality of the authority's interference in the legal sphere of the entity. The main aim of the study is to verify the research thesis. The Polish model of judicial review ensures a high standard and effectiveness of judicial protection, even exceeding the standard resulting from both the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights. The conducted research allowed us to conclude that both of the above hypotheses are true.

Keywords: *judicial control, competition protection, human rights, European law*

Streszczenie

Artykuł dotyczy zagadnienia intensywności kontroli decyzji polskiego organu ochrony konkurencji przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Kontrola w tym zakresie odnosi się do kryteriów zarówno legalności i racjonalności, jak i celowości oraz proporcjonalności ingerencji organu w sferę prawną podmiotu. Głównym celem opracowania jest weryfikacja tezy badawczej. Polski model kontroli sądowej zapewnia wysoki standard i skuteczność ochrony sądowej, przewyższając nawet standard płynący zarówno z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Przeprowadzone badania pozwoliły na stwierdzenie, że obie powyższe hipotezy są prawdziwe.

Słowa kluczowe: *kontrola sądowa, ochrona konkurencji, prawa człowieka, prawo europejskie*

Dr hab. Przemysław Ostojski, profesor Akademii Wymiaru Sprawiedliwości, prokurator Prokuratury Krajowej; specjalizuje się w prawie administracyjnym porównawczym; w latach 2010–2017 badacz systemów prawnych krajów niemieckojęzycznych; w latach 2021–2022 *Visiting Scholar* i *Distinguished Visiting Guest* w George Mason University Antonin Scalia School of Law; Polska, ORCID: 0000-0001-6552-8162, e-mail: przemyslaw.ostojski@aws.edu.pl
Data zgłoszenia tekstu przez autora: 21.03.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 12.04.2023 r.

1. Uwagi wprowadzające

Prawo ochrony konkurencji – tradycyjnie określane jako prawo antymonopolowe – dotyczy regulacji mechanizmów rynkowych za pomocą instrumentów właściwych państwu. Koncentruje się na zlikwidowaniu takich zachowań uczestników rynku, których cel lub skutek polega na ograniczeniu lub wyeliminowaniu konkurencji. Ostatecznym dążeniem tej dziedziny prawa jest optymalizacja dobrobytu konsumentów¹. Nie powinno budzić wątpliwości, że prawo konkurencji w Polsce ma charakter publiczny, o czym świadczy zarówno tzw. administracyjna (publicznoprawna, wertykalna) metoda regulacji w tym zakresie, jak i suwerenne środki stosowane przez organy administracyjne w toku egzekwowania prawa².

Sądową kontrolę gospodarczych stosunków cywilnoprawnych pod kątem naruszenia wolności konkurencji wprowadziła w Polsce po raz pierwszy ustawa z 28.03.1933 r. o kartelach³. Obecny kształt polskiego modelu sądowej kontroli stosowania prawa konkurencji nawiązuje do tradycji niemieckiej, zgodnie z którą kontrola taka dotyczy decyzji organów administracji⁴. Twórcy tej idei wyszli z założenia, że w pierwszej kolejności to właśnie organy administracji są w najlepszej pozycji do sprawowania władzy państwowej wobec przedsiębiorstw dysponujących siłą rynkową; sądy nie zostały uznane za odpowiednie do realizacji tego zadania⁵. Na mocy ustawy antymonopolowej z 24.02.1990 r.⁶ powołano organ antymonopolowy jako centralny organ administracji rządowej do spraw antymonopolowych⁷. Ponadto odmiennie aniżeli na gruncie ustawy z 28.01.1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej obecne rozwiązania dotyczące sądowego badania decyzji organu antymonopolowego (przewidziane w przepisach działu IVa Kodeksu postępowania cywilnego⁸) nie przewidują możliwości ich zaskarżania do sądu administracyjnego, lecz do sądu powszechnego: Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony

¹ J.W. van de Gronden, C.S. Rusu, *Competition Law in The EU. Principles, Substance, Enforcement*, Cheltenham-Northampton 2021, s. 37–46.

² Dotyczy to przede wszystkim decyzji administracyjnych, zaliczanych do indywidualnych aktów administracyjnych, rozstrzygających sprawy osób fizycznych co do istoty, a także środków władczych stosowanych przez organ ochrony konkurencji w toku postępowania antymonopolowego.

³ Dz.U. z 1933 r. Nr 31, poz. 270 ze zm.

⁴ Ustawa z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 1999 r. Nr 52, poz. 547 ze zm.; dalej ustawa antymonopolowa) przyjęła więc inne rozwiązanie niż ustawa z 28.01.1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej (Dz.U. z 1987 r. Nr 3, poz. 18 ze zm.), która przewidywała, że decyzje organu antymonopolowego (którym był Minister Finansów) mogły być co do zasady zaskarżane do Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z powodu niezgodności z prawem.

⁵ D.J. Gerber, *Competition Law and Antitrust: A Global Guide*, Oxford 2020, s. 119.

⁶ Ustawa weszła w życie 13.04.1990 r. Wcześniej – przywołana w przypisie 4 – ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej, uchwalona nieco ponad 2 lata przed wdrożeniem transformacji systemowej w Polsce, była ukierunkowana na wychwycenie nieefektywnych zachowań państwowych jednostek gospodarczych i stabilizację cen, a nie na zakazanie praktyk ograniczających konkurencję; zob. C. Banasiński, *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015, s. 482.

⁷ Obecnie organem tym jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej UOKiK lub Urząd).

⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.) – dalej k.p.c.

Konkurencji i Konsumentów⁹. Następstwem przystąpienia Polski do Unii Europejskiej 1.05.2004 r. stała się możliwość stosowania przez SOKiK unijnego prawa konkurencji¹⁰. W utrwalonym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) stwierdza się, że kompetencja sądów krajowych do stosowania przepisów prawa unijnego wynika z bezpośredniego skutku tych przepisów¹¹. Przede wszystkim należy zauważyć, że art. 101 i 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹² (dawne art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską¹³), jako przepisy prawa pierwotnego UE, wywołują bezpośrednie skutki w stosunkach między jednostkami, które sądy krajowe muszą chronić. Ponadto prawo wtórne UE przewiduje, kierując się koniecznością zapewnienia pewności prawa, że sądy krajowe są uprawnione do stosowania wymienionych przepisów (art. 6 rozporządzenia Rady 1/2003 z 16.12.2002 r.)¹⁴.

Celem niniejszych badań jest weryfikacja zasadniczej tezy. Otóż polski model kontroli sądowej zapewnia wysoki standard i skuteczność ochrony sądowej, przewyższający nawet standard płynący z prawa europejskiego.

2. Europejski wymiar sądowej kontroli w przestrzeni prawa konkurencji w Polsce

2.1. Model sądowej kontroli według Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁵

Wedle utrwalonego orzecznictwa ETPC organom administracyjnym można powierzyć orzekanie w sprawach zakwalifikowanych jako karne w rozumieniu art. 6 EKPC¹⁶,

⁹ Sąd antymonopolowy utworzono na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 13.04.1990 r. w sprawie utworzenia sądu antymonopolowego (Dz.U. z 1990 r. Nr 27, poz. 157), wydanego zgodnie z art. 20 ustawy z 20.06.1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn.: Dz.U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25), uchylonego rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 30.12.1998 r. o tym samym tytule (Dz.U. z 1998 r. Nr 166, poz. 1254), które obowiązuje do dnia dzisiejszego. Zgodnie z § 1 tego ostatniego aktu w Sądzie Okręgowym w Warszawie utworzono sąd antymonopolowy (wydział antymonopolowy) do spraw z zakresu ochrony konkurencji i regulacji energetyki. Ostateczną nazwę temu sądowi nadała ustawa z 5.07.2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2002 r. Nr 129, poz. 1102). Od dnia jej wejścia w życie 15.12.2002 r. nazwa tego sądu brzmi: Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej SOKiK). Nazwa ta jest zgodna z terminologią prawniczą stosowaną w przestrzeni prawnej Unii Europejskiej (dalej UE).

¹⁰ T. Skoczny, *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r.*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004/2, s. 151 i n.

¹¹ Zob. wyrok TSUE z 27.03.1974 r., 127/73, *Belgische Radio en Televisie przeciwko SV SABAM i NV Fonior (BRT I)*, ECLI:EU:C:1974:25, pkt 15–16.

¹² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2 ze zm.) – dalej TFUE.

¹³ Dalej TWE.

¹⁴ Rozporządzenie Rady (WE) 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. z 4.01.2003 r., s. 1) – dalej rozporządzenie 1/2003.

¹⁵ Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej ETPC lub Trybunał) został uregulowany w rozdziale II Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.) – dalej EKPC lub Konwencja.

¹⁶ O tym, czy dana sprawa (i związana z nią sankcja) ma charakter karny, decyduje to, czy spełnione są tzw. kryteria Engla. Pierwszym kryterium jest klasyfikacja w prawie krajowym, drugim – charakter czynu (podstawą oskarżenia powinna być norma ogólna, mająca charakter prewencyjny i represyjny oraz powszechne zastosowanie), a trzecim – charakter i surowość kary (znaczący wymiar kary). Kryteria te nie muszą być jednak spełnione kumulatywnie, a najmniej istotna jest ich klasyfikacja w prawie wewnętrznym. Zob. wyroki ETPC: z 8.06.1976 r., skarga nr 5100/71, *Engel i inni przeciwko Holandii*, § 82; z 21.02.1984 r.,

pod warunkiem, że nie są to klasyczne sprawy karne¹⁷ (spoza „rdzenia” prawa karnego)¹⁸. Postępowania administracyjne, w których nakładane są grzywny, zaliczane są właśnie do postępowań dotyczących spraw karnych w szerokim znaczeniu¹⁹. Warunkiem dopuszczalności orzekania w tego rodzaju sprawach karnych przez organ administracyjny jest poddanie jego decyzji następczej kontroli sądowej²⁰. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, gdy organ ten nie jest w pełni niezależny od politycznej władzy wykonawczej²¹. Natomiast sprawa cywilna w rozumieniu art. 6 Konwencji dotyczy postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw, które charakteryzuje się regulacjami uprzednimi (*ex ante*), więc w tym przypadku nie dochodzi do naruszenia prawa przez przedsiębiorcę. Dotyczy ona swobody działalności gospodarczej, a jej przejawem jest możliwość łączenia się przedsiębiorców²².

Jeśli chodzi o model sądowej kontroli działań administracyjnych przez sądy państw – sygnatariuszy Konwencji, ETPC ustanowił pewne standardy. Z uwagi na warunek spełnienia wymogu wypływającego z art. 6 EKPC, w odniesieniu do systemu, w którym decyzja administracyjna jest najpierw podejmowana przez organ administracyjny, a następnie poddawana kontroli sędziowskiej, sąd krajowy musi sprawować „pełną jurysdykcję”. W wyroku z 23.06.1981 r. w sprawie *Le Compte, Van Leuven i De Meyere przeciwko Belgii*²³ Trybunał stwierdził, że rozstrzygnięcie sądowe musi obejmować zarówno fakty, jak i prawo. Niemniej jednak ETPC wykazał się pewną elastycznością w szerokim rozumieniu tego, co stanowi ową „pełną

skarga nr 8544/79, *Öztürk przeciwko Niemcom*, § 50; z 9.10.2003 r., skarga nr 39665/98, *Ezeh i Connors przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, § 82; z 23.07.2002 r., skarga nr 34619/97, *Janosevic przeciwko Szwecji*, § 65; z 23.11.2006 r., skarga nr 73053/01, *Jussila przeciwko Finlandii*, § 30–32; postanowienie ETPC z 29.01.2009 r., skarga nr 14902/04, w sprawie dopuszczalności, *OA O Neftyanaya Kompaniya Yukos przeciwko Rosji*, § 451. W polskim postępowaniu antymonopolowym spełnione są kryteria Engla: drugie i trzecie. Jeśli chodzi o drugie, ważniejsze, kryterium, tj. charakter czynu, to normy regulujące zakazy sformułowane w art. 6 i 9 ustawy z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1689 ze zm.; dalej u.o.k.k.) mają charakter norm ogólnych i są – w interesie publicznym – powszechnie stosowane. Trzecie kryterium – rodzaj kary i jej znaczna wysokość – również zostało spełnione. Kara pieniężna nakładana na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję pełni funkcję represyjną i odstraszającą, a nie kompensacyjną; zob. M. Bernatt, *Prawo do rzetelnego procesu w sprawach ochrony konkurencji i regulacji rynku na tle art. 6 EKPC*, „Państwo i Prawo” 2012/1, s. 50–63.

¹⁷ Zob. w szczególności wyrok ETPC z 27.09.2011 r., skarga nr 43509/08, *Menarini Diagnostics S.R.L. przeciwko Włochom*, pkt 63–67.

¹⁸ Wyrok ETPC z 23.11.2006 r., skarga nr 73053/01, *Jussila przeciwko Finlandii*, § 43.

¹⁹ M. Bernatt, *Czy Polska oferuje więcej niż wymaga Konwencja? O konwencyjnym wymogu pełnej jurysdykcji i polskim modelu sądowej kontroli kar nakładanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelnego procesu w sprawach antymonopolowych i ochrony konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 131–153.

²⁰ Wyrok ETPC z 23.07.2002 r., skarga nr 34619/97, *Janosevic przeciwko Szwecji*, § 81.

²¹ Zob. M. Bernatt, T. Skoczny, *Publicznoprawna implementacja reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011, s. 2.

²² Efektem postępowania w sprawie koncentracji jest decyzja, w której UOKiK zezwala lub zakazuje koncentracji. Decyzja ta dotyczy więc interesów majątkowych i praw przedsiębiorcy, które mają charakter cywilny. Zob. M. Bernatt, *Prawo...*, s. 59.

²³ Skargi nr 6878/75 i 7238/75.

jurysdykcję”²⁴. W innej sprawie Trybunał podkreślił, że „wystarczalność” kontroli sądowej powinna być badana według takich kryteriów jak: 1) przedmiot zaskarżonej decyzji, 2) sposób wydania decyzji, 3) treść sporu, w tym podnoszone i faktyczne podstawy odwołania, oraz 4) możliwość zbadania wad proceduralnych²⁵. Ponadto Trybunał za niedopuszczalną uznaje sytuację, w której sąd krajowy jest związany postanowieniami dokonanymi przez organ administracji publicznej²⁶.

Europejski Trybunał Praw Człowieka zauważył, że w porządkach prawnych państw członkowskich Rady Europy środki odwoławcze w zakresie prawa administracyjnego zasadniczo nie obejmują: 1) ponownego rozpatrzenia spraw administracyjnych, 2) zastąpienia stanowiska organu administracyjnego oceną sądu czy 3) nieograniczonego prawa do orzekania o faktach. Nowsze orzeczenia Trybunału dopuszczają uznanie, że sąd ma pełną jurysdykcję, nawet jeśli w postępowaniu sądowym nie można udowodnić żadnych nowych faktów²⁷. Warunkiem jest jednak możliwość zbadania „aspektu celowościowego sprawy”. Europejski Trybunał Praw Człowieka użył tego sformułowania, oceniając na podstawie skargi Potockiej i innych przeciwko Polsce zgodność polskiego modelu sądowej kontroli administracji publicznej z art. 6 ust. 1 EKPC. Zdaniem Trybunału polski NSA odpowiada standardom wyznaczonym dla „sądu” w rozumieniu tego przepisu Konwencji. Wynika to z tego, że polski ustawodawca wyposażył NSA w kompetencję do uchylenia zaskarżonego aktu w całości lub w części, w przypadku stwierdzenia naruszenia wymogów sprawiedliwości proceduralnej²⁸. Europejski sąd stwierdził zatem, że sąd polski zbadał „aspekt celowościowy [tej – dop. P.O.] sprawy”²⁹.

W sprawie Debút Zrt. i inni przeciwko Węgrom ETPC zdecydował 20.11.2012 r. o niedopuszczalności skargi, stwierdzając, że ewentualne (niedostrzeżone przez Trybunał) uchybienia proceduralne w zakresie gromadzenia dowodów przez węgierski organ ochrony konkurencji zostały naprawione w trzyinstancyjnym procesie przed węgierskimi sądami. Sądy te badały bowiem dopuszczalność tych dowodów³⁰. Niemniej jednak najistotniejsze w ostatniej dekadzie – z punktu widzenia kwestii modelu kontroli sądowej w sprawach z zakresu ochrony konkurencji – było orzeczenie ETPC w sprawie Menarini Diagnostics S.R.L. przeciwko Włochom³¹, wydane 27.09.2011 r. W okolicznościach tej sprawy skarżący został ukarany przez włoski organ ochrony konkurencji (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dalej AGCM) grzywną w wysokości 6 mln euro za naruszenie prawa konkurencji. Skarżący zarzucił w skardze, że kontrola legalności przeprowadzona przez włoskie sądy administracyjne była niezgodna z art. 6 ust. 1 EKPC, ponieważ sądy te nie mia-

²⁴ Zob. np. wyrok z 23.09.1998 r., skarga nr 27812/95, Malige przeciwko Francji.

²⁵ Wyrok ETPC z 22.11.1995 r., skarga nr 19178/91, Bryan przeciwko Wielkiej Brytanii.

²⁶ Zob. wyrok ETPC z 27.12.1996 r., skarga nr 20641/92, Terra Woningen B.V. przeciwko Holandii.

²⁷ Wyrok ETPC z 31.05.2007 r., skarga nr 25774/05, Bistrovic przeciwko Chorwacji.

²⁸ Zob. także wcześniejszy wyrok: wyrok ETPC z 23.10.1995 r., skarga nr 15523/89, Schmautzer przeciwko Austrii.

²⁹ Wyrok ETPC z 4.10.2001 r., skarga nr 33776/96, Potocka i inni przeciwko Polsce.

³⁰ Decyzja ETPC z 20.11.2012 r., skarga nr 24851/10, Debút Zrt. i inni przeciwko Węgrom, § 1.

³¹ Skarga nr 43509/08.

ły uprawnień do zastąpienia ocen AGCM własnymi orzeczeniami, a jedynie mogły zastosować normy prawne ustalone przez organ; nie miały wobec tego możliwości zmiany decyzji AGCM. Skarżąca spółka zakwestionowała praktykę włoskiego Sądu Kasacyjnego, który uznał, że w sytuacji gdy organ administracyjny miał uprawnienia dyskrecyjne, sądy krajowe nie mogły zastąpić swoimi ocenami argumentów niezależnego organu administracyjnego. Sprawdzały one jedynie logikę i spójność uprawnień wykonywanych przez organ administracyjny.

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że art. 6 ust. 1 EKPC wymaga dokonania pełnej kontroli decyzji podejmowanych przez organy administracyjne, które nie spełniają wymogów niezależności. Trybunał zauważył ponadto, że cechy postępowania administracyjnego mogą różnić się od cech postępowania czysto karnego. Choć cechy te nie mogą zwalniać państwa członkowskiego z obowiązku przestrzegania wszystkich gwarancji zawartych w art. 6 ust. 1 EKPC, to mogą wpływać na sposoby ich realizacji. W odniesieniu do stanu faktycznego wskazanej sprawy Trybunał stwierdził, że włoski system sądowej kontroli decyzji w sprawie konkurencji jest zgodny z art. 6 ust. 1 EKPC. Zdaniem Trybunału sądy włoskie wykroczyły poza kontrolę legalności: sprawdziły, czy organ właściwie wykorzystał swoje uprawnienia, oceniły zasadność i proporcjonalność wyborów dokonanych przez AGCM, a nawet zbadały zasadność i proporcjonalność ocen technicznych dokonanych przez organ. W związku z tym sądy włoskie przeprowadziły pełną kontrolę grzywny nałożonej przez organ ochrony konkurencji.

Natomiast odnośnie do uprawnień przysługujących sądom kontrolującym działania administracji publicznej ETPC wyjaśnił w wyroku z 7.11.2000 r. w sprawie Kingsley przeciwko Zjednoczonemu Królestwu³², że z koncepcją kontroli sądowej wiąże się generalnie to, że w razie uznania zarzutu apelacji za zasadny sąd odwoławczy ma prawo uchylić zaskarżone orzeczenie i w rezultacie albo nowe orzeczenie zostanie wydane przez sąd pierwszej instancji, albo sprawa zostanie przekazana do ponownego rozpoznania przez ten sam lub inny organ. Zatem w przypadku, gdy odwołanie dotyczy braku bezstronności organu orzekającego, koncepcja pełnej jurysdykcji polega na tym, że sąd odwoławczy nie tylko rozpatruje skargę, ale także ma możliwość uchylenia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozstrzygnięcia przez bezstronny organ.

2.2. Model sądowej kontroli w Unii Europejskiej

Sądowa kontrola decyzji z zakresu unijnego prawa konkurencji sprawowana jest zarówno przez TSUE, jak i przez sądy krajowe. Granicę jurysdykcji między Trybunałem a sądem krajowym wyznacza właściwość organów kompetentnych do wydania decyzji w analizowanym obszarze. Komisji UE na mocy art. 105 ust. 1 TFUE powierzono zadanie zapewnienia stosowania art. 101 i 102 TFUE³³ oraz monitorowania decyzji

³² Skarga nr 35605/97.

³³ Zob. wyrok Sądu z 16.05.2017 r., T-480/15, Agria Polska i inni przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2017:339, pkt 34, 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

organów ochrony konkurencji państw członkowskich w celu zapewnienia spójnej interpretacji prawa w całej UE³⁴. Jednocześnie organy UE mają znacznie mniejszy wpływ na sądy państw członkowskich³⁵.

Chociaż TSUE nie jest sądem odwoławczym od orzeczeń sądów krajowych, wśród traktatowych priorytetów działalności TSUE znajduje się jedność i spójność prawa unijnego³⁶. Orzecznictwo sądów luksemburskich miało i nadal ma zarówno autorytet epistemiczny, jak i deontyczny. W ramach swojej działalności orzeczniczej TSUE wypracował szereg zasad prawa unijnego (w tym zasady skutecznej ochrony sądowej, pierwszeństwa stosowania prawa unijnego, metazasady skuteczności prawa unijnego, zasady sprawiedliwości proceduralnej oraz prawa do wysłuchania czy prawa do obrony), które powinny być respektowane przez organy i sądy państw członkowskich przy rozpatrywaniu spraw o pochodzeniu unijnym³⁷. Bez cienia wątpliwości sprawy antymonopolowe mają „wybitnie” unijny charakter.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wielokrotnie stwierdzał, że prawo podstawowe do rzetelnego procesu przed niezawisłym sądem, zagwarantowane w art. 47 akapit 2 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej³⁸, ma szczególne znaczenie dla skutecznego stosowania art. 101 i 102 TFUE. Państwa członkowskie są zobowiązane, na podstawie art. 19 ust. 1 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej³⁹, do ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia przestrzegania przez jednostki ich prawa do skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem UE, w tym w dziedzinie prawa konkurencji⁴⁰. W art. 47 Karty ustanowiono prawo do skutecznego środka prawnego, które w akapicie 2 tego artykułu obejmuje w szczególności prawo każdego do korzystania z pomocy prawnej, obrony i reprezentacji przez adwokata. Poza tym, według TSUE, prawo do odwołania się od decyzji sądu krajowego musi funkcjonować na podstawie skutecznych mechanizmów odwoławczych, które pozwalają na właściwe rozpatrzenie meritum każdej sprawy. Ponadto sąd musi posiadać odpowiednią wiedzę specjalistyczną, by skutecznie wykonywać swoje funkcje. Sąd krajowy może mieć również uprawnienia do wydania orzeczenia różniącego się od

³⁴ D.J. Gerber, *Competition...*, s. 120.

³⁵ Wydaje się, że to właśnie z tego powodu prawodawca unijny postanowił w art. 16 rozporządzenia 1/2003, że gdy sądy krajowe orzekają w sprawie porozumień, decyzji lub praktyk na podstawie art. 81 lub art. 82 TWE (obecnie: art. 101 i 102 TFUE), które są już przedmiotem decyzji Komisji, nie mogą one podejmować decyzji sprzecznych z decyzją przyjętą przez Komisję. Muszą one również unikać wydawania decyzji, które byłyby sprzeczne z decyzją rozważaną przez Komisję w ramach wszczętego przez nią postępowania. W tym celu sąd krajowy może ocenić, czy konieczne jest zawieszenie jego postępowania. Zob. także: wyrok TSUE z 27.03.1974 r., C-127/73, *Belgische Radio en Televisie* przeciwko *SV SABAM* i *NV Fonior* (BRT I), ECLI:EU:C:1974:25, pkt 21.

³⁶ Zob. m.in. wyrok TSUE z 9.09.2003 r., C-198/01, *Consortio Industrie Fiammiferi* (CIF) przeciwko *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2003:430.

³⁷ Zob. szerzej: K. Dobosz, *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy państw członkowskich*, Warszawa 2018, s. 162 i n.; N. Półtorak, *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010, s. 273 i n. wraz z przywołanym tam orzecznictwem.

³⁸ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303 z 14.12.2007 r., s. 1) – dalej Karta.

³⁹ Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 ze zm.).

⁴⁰ Zob. np. wyrok TSUE z 15.09.2016 r., C-28/15, *Koninklijke KPN NV* i inni przeciwko *Autoriteit Consument en Markt* (ACM), ECLI:EU:C:2016:692; wyrok Sądu z 9.02.2022 r., T-791/19, *Sped-Pro S.A.* przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2022:67.

decyzji regulatora. W wyroku z 15.09.2016 r., C-28/15, Koninklijke KPN NV i inni przeciwko Autoriteit Consument en Markt (ACM), Trybunał stwierdził, że w trakcie kontroli środków zaradczych (środków taryfowych) sąd krajowy jest uprawniony do oceny proporcjonalności zastosowanego środka⁴¹.

Sąd UE oraz – w drugiej instancji – TSUE sprawują kontrolę sądową aktów instytucji, organów, jednostek organizacyjnych i agencji UE. W odniesieniu do intensywności kontroli sądowej sprawowanej przez TSUE należy jedynie wskazać na podstawowe zasady w tym zakresie.

Przed wszystkim Sąd UE nie może w żadnym wypadku zastępować własnym rozumowaniem rozumowania autora zaskarżonego aktu⁴². Wręcz przeciwnie, musi ograniczyć się do zbadania, czy ocena dokonana przez organ administracji zawiera oczywisty błąd lub stanowi nadużycie władzy, czy też organ w sposób oczywisty przekroczył granice swojej dyskrecjonalnej władzy⁴³. W sensie materialnym standard ten wymaga zatem powściągliwości ze strony Sądu UE (*judicial deference*)⁴⁴. Test „oczywistego błędu” został poddany krytyce w 2002 r., kiedy to TSUE wydał trzy wyroki w sprawach *Airtours*⁴⁵, *Schneider*⁴⁶ i *Tetra Laval*⁴⁷, oraz w wyrokach z 8.12.2011 r. w sprawach *KME Germany*⁴⁸ i *Chalkor*⁴⁹. Odnosząc się do problemu „złożonych ocen ekonomicznych”, Trybunał stwierdził, że chociaż Komisja korzysta z pewnego marginesu swobody w sprawach gospodarczych w obszarach, które prowadzą do tych ocen, nie oznacza to, że sądy Unii Europejskiej muszą powstrzymać się od kontroli interpretacji informacji o charakterze ekonomicznym dokonywanych przez Komisję. Sądy te muszą nie tylko ustalić, między innymi, czy powołane dowody są poprawne pod względem faktycznym, wiarygodne i spójne, ale także czy dowody te zawierają wszystkie informacje, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy są one wystarczające do uzasadnienia wniosków wyciągniętych na ich podstawie⁵⁰.

⁴¹ ECLI:EU:C:2016:692.

⁴² Zob. wyroki TSUE: z 27.01.2000 r., C-164/98 P, *DIR International Film Srl i inni przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2000:48; z 28.02.2013 r., C-246/11 P, *Portugalia przeciwko Komisji*, ECLI:EU:C:2013:118.

⁴³ Wyrok TSUE, C-331/88, *The Queen przeciwko Ministrowi Rolnictwa, Rybołówstwa i Żywności oraz Sekretarzowi Stanu ds. Zdrowia, ex parte: Fedesa i inni*, ECLI:EU:C:1990:391. Zob. też: J. van den Brink, W. den Ouden, S. Prechal, R. Widdershoven, J. Jans, *General Principles of Law*, [w:] *Europeanisation of Public Law*, red. J. Jans, S. Prechal, R. Widdershoven, Groningen 2015, s. 182.

⁴⁴ Zob. R. Widdershoven, *The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review*, [w:] *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, red. J. de Poorter, E.H. Ballin, S. Lavrijssen, Berlin 2019, s. 54. „Deferencyjne” podejście w badaniu decyzji administracyjnych jest popularne wśród systemów *common law*, choć w różnym stopniu. Zob. P. Daly, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Oxford-New York 2021, s. 161–162. Ponadto zob. M. Bernatt, *Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law*, „Columbia Journal of European Law” 2016/22(2), s. 275 i n.

⁴⁵ T-342/99, *Airtours przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2002:146.

⁴⁶ T-310/01, *Schneider Electric przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2002:254.

⁴⁷ T-5/02, *Tetra Laval przeciwko Komisji*, ECLI:EU:T:2002:264.

⁴⁸ C-272/09 P, *KME Germany AG, KME France SAS i KME Italy SpA przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2011:810.

⁴⁹ C-386/10 P, *Chalkor AE Epexergasias Metallon przeciwko Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2011:815.

⁵⁰ C-272/09 P, *KME Germany i inni przeciwko Komisji*, pkt 94. Przyznanie Sądowi UE w powyższych orzeczeniach szerokich uprawnień do badania ustaleń faktycznych dokonanych przez Komisję w toku

W toku kontroli sądowej sprawowanej przez TSUE dopuszczalne jest przeprowadzenie dowodów zarówno w części pisemnej, jak i ustnej postępowania (*open record regime*). W tym zakresie prawo unijne jest podobne do prawa francuskiego, holenderskiego i niemieckiego⁵¹. Sądy europejskie mogą odgrywać aktywną rolę w ustalaniu faktów, o ile strony były w stanie określić swoje stanowisko w tym zakresie.

Kompetencje orzecznicze TSUE są wzorowane na ustawodawstwie francuskim, z tym zastrzeżeniem, że spory prawne dotyczą z reguły stwierdzenia nieważności aktu administracyjnego (*contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir*), natomiast pełne postępowanie sądowe w ramach pełnej jurysdykcji (*contentieux de pleine juridiction*) jest wyjątkiem od reguły i występuje tylko w sytuacjach określonych w ustawie⁵². Choć TSUE „deklaruje” nieważność kontrolowanego aktu (*declare the act void*; art. 264 akapit 1 TFUE), co sugerowałoby deklaracyjny charakter tego orzeczenia, to jednak rezultat, jaki wywołuje, wskazuje na jego konstytutywny charakter⁵³. Przejawia się on w przywróceniu sytuacji prawnej stron do momentu sprzed wejścia w życie zakazanego aktu. Innymi słowy, skutek wyroku Trybunału cofa się do daty wejścia w życie objętego nim aktu⁵⁴. Konsekwencją stwierdzenia nieważności aktu powinien być obowiązek podjęcia przez instytucję unijną środków niezbędnych do wykonania wyroku TSUE (art. 266 TFUE)⁵⁵.

postępowania administracyjnego – jak również uzasadnienia decyzji, podlegającego kontroli sądowej – nie oznacza jednak, że nie istnieją ograniczenia tych uprawnień. W wyroku z 10.07.2008 r., C-413/06 P, Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), ECLI:EU:C:2008:392, pkt 95, Trybunał Sprawiedliwości uchylił wyrok Sądu z 13.07.2006 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji. Trybunał stwierdził w szczególności, że Sąd naruszył prawo, po pierwsze, wymagając od Komisji szczególnej dokładności w zakresie siły dowodów i argumentów przedstawionych przez strony zgłaszające koncentrację, a po drugie, stwierdzając na tej podstawie, że brak dodatkowych badań rynku oraz uwzględnienie przez Komisję argumentów obrony wnoszących odwołanie stanowiły niedopuszczalne przeniesienie badania na strony koncentracji.

⁵¹ M. Varney, *Conduct of Court Proceedings*, [w:] *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, red. C. Backes, M. Eliantonio, Oxford–Chicago 2019, s. 365 i n.

⁵² Zob. J. Bell, F. Lichère, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge 2022, s. 168–174, <https://doi.org/10.1017/9781009057127> (dostęp: 21.11.2023 r.); J.B. Auby, L. Cluzel-Metayer, L. Xenou, *Administrative Law in France*, [w:] *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, red. R. Seerden, Antwerp 2018, s. 38 i n. Zob. także: R. Barents, *EU Procedural Law and Effective Legal Protection*, „Common Market Law Review” 2014/51(5), s. 1447–1448; F. Geburczyk, [w:] P. Daniel, F. Geburczyk, P. Ostojki, W. Piątek, *Wykonanie wyroku sądu administracyjnego*, Warszawa 2017, s. 116 n.; B. Seiller, *Droit administratif*, t. 2, Paris 2011, s. 234 i n.; S. Dael, *Contentieux administratif*, Paris 2006, s. 179; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris 2008, s. 172; J.M. Woehrling, *Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 1985/1, s. 24.

⁵³ E. Chevalier, *Remedies and Consequences of Court Decisions*, [w:] *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, red. C. Backes, M. Eliantonio, Oxford–Chicago 2019, s. 563.

⁵⁴ Zob. orzeczenia TSUE: 22/70, Komisja przeciwko Radzie, ECLI:EU:C:1971:32; 97/86, 99/86, 193/86 i 215/86, Asteris AE i inni przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:1988:199. Należy jednak podkreślić wyjątek od powyższej reguły, który przewiduje przepis art. 264 akapit 2 TFUE. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli Trybunał stwierdzi, że to konieczne, określa, jakie skutki aktu, o którym orzekł, należy uznać za ostateczne. Oznacza to, że TSUE może zdecydować, iż pewne skutki aktu administracyjnego pozostaną w mocy. Zob. E. Chevalier, *Remedies...*, [w:] *Cases...*, s. 563.

⁵⁵ Trybunał nie dysponuje instrumentami, za pomocą których może zmusić instytucję do wykonania wyroku. Jedynie podmiot dotknięty bezczynnością instytucji może wnieść skargę w celu stwierdzenia przez Trybunał naruszenia prawa w tym zakresie (art. 265 TFUE).

Natomiast francuski *contentieux de pleine juridiction* odpowiada dodatkowemu uprawnieniu TSUE wynikającemu z art. 31 rozporządzenia 1/2003. Zgodnie z tym przepisem TSUE ma nieograniczoną jurysdykcję w zakresie kontroli decyzji, w których Komisja ustaliła grzywnę lub karę okresową – w ramach tego uprawnienia TSUE może uchylić, obniżyć lub podwyższyć grzywnę lub karę okresową nałożoną przez Komisję. Na podstawie art. 31 rozporządzenia 1/2003 TSUE jest uprawniony, oprócz zwykłej kontroli legalności grzywny lub kary okresowej, do zastąpienia własnym osądem sankcji nałożonej przez Komisję⁵⁶.

3. Model kontroli sądowej sprawowanej przez SOKiK

3.1. System administracyjnoprawny i przedmiot kontroli

Artykuł 81 u.o.k.k. określa ogólne zasady zaskarżania decyzji wydawanych przez Prezesa UOKiK. Są to decyzje stwierdzające stosowanie praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 10 ust. 1 tej ustawy, w których Prezes Urzędu nakazuje zaniechanie stosowania praktyk naruszających zakazy, o których mowa w art. 6 lub art. 9 u.o.k.k. albo art. 101 lub art. 102 TFUE, jeżeli praktyka nie została zaniechana do czasu wydania decyzji. W celu zaniechania praktyki lub usunięcia jej skutków Prezes UOKiK może nakazać w decyzji zastosowanie środków polegających w szczególności na: udzielaniu licencji na prawa własności intelektualnej na niedyskryminujących warunkach; umożliwieniu dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminujących warunkach; zmianie umowy; zapewnieniu innym podmiotom dostaw określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminujących warunkach; powierzeniu wykonywania określonej działalności gospodarczej, w tym wykonywania tej działalności na różnych szczeblach obrotu, poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub wyodrębnionym jednostkom organizacyjnym w strukturze przedsiębiorcy. Jeżeli przedsiębiorca, któremu zarzuca się naruszenie wskazanych zakazów, podejmie określone działania zmierzające do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków albo takich działań zaniecha, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych obowiązków. W decyzji Prezes UOKiK może również określić termin wykonania obowiązków, a ponadto nałożyć na przedsiębiorcę obowiązek składania w określonym terminie informacji o stopniu

⁵⁶ Obszernie na ten temat: F.C. de la Torre, E.G. Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2017, s. 312 i n.; P. Ostojki, *Standardy sądowej kontroli działań administracji publicznej w Stanach Zjednoczonych oraz Unii Europejskiej*, Poznań–Warszawa 2022, s. 223–237. Ponadto zob. wyroki TSUE: C-3/06 P, Groupe Danone przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2007:88; C-679/11 P, Alliance One International przeciwko Komisji, EU:C:2013:606; C-231/11 P, Komisja i inni przeciwko Siemens Österreich i inni, ECLI:EU:C:2014:256; C-295/12 P, Telefónica i Telefónica de Espana przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2014:2062; C-603/13 P, Galp Energia Espana SA i inni przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2016:38; z 25.07.2018 r., C-123/16 P, Orange Polska przeciwko Komisji, ECLI:EU:C:2018:590. Ponadto zob. wyrok TSUE, C-297/98 P, SCA Holding Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich, ECLI:EU:C:2000:633.

wykonania obowiązków (art. 10–12 u.o.k.k.). Prezes UOKiK może również nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli spełnione są przesłanki, o których mowa w art. 106 u.o.k.k.

Zakończenie postępowania przed Prezesem Urzędu ostatecznym aktem administracyjnym jest warunkiem dopuszczalności procesu przed SOKiK. W literaturze przedmiotu na oznaczenie obligatoryjnego postępowania poprzedzającego postępowanie sądowe używa się terminów „postępowanie przedprocesowe” lub „postępowanie przedsądowe”⁵⁷.

Postępowanie antymonopolowe prowadzone przez Prezesa UOKiK na podstawie u.o.k.k. ma szczególny charakter, regulowany zarówno przepisami tej ustawy, jak i – poprzez liczne odesłania w tej ustawie – przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego⁵⁸, Kodeksu postępowania cywilnego oraz Kodeksu postępowania karnego⁵⁹. Szczególny charakter tego postępowania został zauważony i podkreślony w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego – poprzez określenie go mianem „szczególnego postępowania administracyjnego”⁶⁰. Natomiast niektórzy badacze wskazują na „hybrydowy” charakter postępowania przed Prezesem UOKiK. W artykule opublikowanym w 2002 r. na łamach „Państwa i Prawa”, zatytułowanym „Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji a koncepcja postępowania hybrydowego”, Zbigniew Kmiecik wyprowadził tezę, że założenia trybu postępowania przed Prezesem UOKiK są złożone: „(...) dyskusyjne, a w każdym razie niewystarczające, staje się oznaczenie go jako postępowanie administracyjne lub szczególnie postępowanie administracyjne”⁶¹. Terminu „postępowanie hybrydowe” używa się zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. Oznacza on postępowanie, w którym sprawa początkowo jest rozpatrywana przez organ administracyjny, a po wniesieniu odwołania – przez sąd powszechny⁶².

Powyższa teza jest o tyle uzasadniona, że w u.o.k.k. polski ustawodawca – w zakresie zaskarżania orzeczeń wydanych w jego ramach – nakazuje stosować odpowiednie przepisy Kodeksu postępowania cywilnego. Chodzi tu o przepisy regulujące postępowanie cywilne w sprawach gospodarczych, czyli w szczególności te z zakresu ochrony konkurencji (art. 479²⁸–479³⁵ k.p.c.). Oznacza to, że we wskazanym zakresie nie mają zastosowania przepisy art. 127–140 k.p.a., dotyczące odwołań od decyzji organów administracyjnych, oraz art. 141–144 k.p.a., dotyczące zażaleń na decyzje tych organów⁶³.

⁵⁷ K. Piasecki, *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, „Palestra 1985/7–8, s. 11–24.

⁵⁸ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 775 ze zm.) – dalej k.p.a.

⁵⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.).

⁶⁰ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 31.01.2005 r., SK 27/03, OTK-A 2005/1, poz. 8 i orzeczenia w nim cytowane.

⁶¹ Z. Kmiecik, *Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji a koncepcja postępowania hybrydowego*, „Państwo i Prawo” 2002/4, s. 31–47.

⁶² Zob. postanowienie NSA z 11.02.2009 r., II GSK 749/08, LEX nr 551408.

⁶³ Zob. postanowienie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 19.01.2011 r., VI SA/Wa 1867/09, LEX nr 781960.

Stronie niezadowolonej z treści decyzji Prezesa UOKiK nie przysługuje odwołanie na zasadach ogólnych postępowania administracyjnego do organu drugiej instancji. Z uwagi na to, że UOKiK wyłączył również możliwość zaskarżenia decyzji Prezesa UOKiK w tzw. nadzwyczajnych trybach postępowania administracyjnego (art. 82 ust. 1 u.o.k.k.), odwołanie do SOKiK jest zatem jedyną formą podważenia decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK⁶⁴. Kwestię tę podkreślił SOKiK w postanowieniu z 31.01.2000 r.⁶⁵, w którym stwierdził, że – w rozumieniu przepisów art. 157 § 1 w zw. z art. 156 k.p.a. – nie jest „organem wyższego stopnia” w procesie administracyjnym. Sąd nie jest zatem właściwy do stwierdzenia nieważności decyzji wydanej przez organ regulacyjny w rozumieniu art. 156 § 1 k.p.a.

Umieszczenie przepisów o postępowaniu przed SOKiK w Kodeksie postępowania cywilnego oznacza, że sprawy z odwołań od decyzji Prezesa UOKiK są sprawami cywilnymi w sensie formalnym. Okoliczność ta wyklucza właściwość sądów administracyjnych w sprawach antymonopolowych. Niemniej jednak, z merytorycznego punktu widzenia, przedmiot spraw rozpoznawanych przez ten sąd ma charakter administracyjnoprawny. Z kolei ze względu na potrzebę zapewnienia skuteczności postanowień EKPC w polskim porządku prawnym Sąd Najwyższy (dalej SN) przyjmuje, że sądowa kontrola decyzji organów ochrony konkurencji oraz postanowień o nałożeniu kary na przedsiębiorcę powinna odbywać się z uwzględnieniem standardów obowiązujących w postępowaniu karnym⁶⁶. Pogląd ten prezentowany jest również w polskiej nauce prawa⁶⁷.

Wniesienie odwołania od decyzji wydanej przez Prezesa Urzędu, na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, inicjuje postępowanie sądowe w pierwszej instancji na zasadach kontrydyktoryjności. Przedmiotem postępowania sądowego jest zatem spór zainicjowany decyzją Prezesa UOKiK.

⁶⁴ K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz do art. 81*, LEX/el. 2008; M. Sieradzka, *Publicznoprawny charakter postępowań związanych z ochroną konkurencji i konsumentów. Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 lutego 2009 r., II GSK 749/08*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2010/1, s. 65–74.

⁶⁵ XVII AmO 2/00, LEX nr 56430.

⁶⁶ Wyroki Sądu Najwyższego: z 14.04.2010 r., III SK 1/10, OSNP 2011/21–22, poz. 288; z 1.06.2010 r., III SK 5/10, LEX nr 622205; z 21.09.2010 r., III SK 8/10, OSNP 2012/3–4, poz. 52; z 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012/3–4, poz. 53; z 10.11.2010 r., III SK 27/08, OSNP 2012/5–6, poz. 81; z 21.04.2011 r., III SK 45/10, LEX nr 901645.

⁶⁷ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, LEX/el. 2012, rozdział 6.2. Zob. także: K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo do nieobciążania się w prawie unijnym i polskim w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, [w:] *Standardy rzetelności w postępowaniu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 19–39; A. Błachnio-Parzych, *Zasada ne bis in idem a odpowiedzialność w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności w postępowaniu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 57–84; D. Czernika, D. Czerwińska, *Domniemanie niewinności w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności w postępowaniu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 85–114; M. Ziemia, *Dopuszczalność nielegalnie uzyskanych dowodów w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności w postępowaniu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016, s. 206–220.

Stronie niezadowolonej z orzeczenia SOKiK przysługuje odwołanie do Sądu Apelacyjnego w Warszawie (art. 367 k.p.c.). Wyrok tego ostatniego sądu jest prawomocny. Jednakże z powodu istotnych naruszeń prawa materialnego lub procesowego w wyrokach sądów niższej instancji strona, a także Prokurator Generalny i Rzecznik Praw Obywatelskich mogą wnieść skargę kasacyjną do Sądu Najwyższego.

3.2. Wątpliwości proceduralne wokół modelu kontroli sądowej sprawowanej przez SOKiK

Na przestrzeni ostatnich 33 lat funkcjonowania Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pojawiły się – zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie sądowym – spory odnośnie do istoty i modelu sądowej kontroli decyzji Prezesa UOKiK. Wynikały one z tego, że – jak wspomniano wyżej – postępowanie przed tym sądem jawi się jako pierwszoinstancyjne, przy czym jednak przedmiotem badania sądu jest w każdym przypadku decyzja Prezesa UOKiK. Innymi słowy, odwołania do UOKiK tradycyjnie uznawane są za odpowiednik pozwów w ogólnym postępowaniu cywilnym, przede wszystkim dlatego, że wymogi formalne co do odwołań określone w art. 479²⁸ § 3 k.p.c. są zbliżone do wymogów pozwu z art. 187 k.p.c.⁶⁸ W związku z tym uznano, że skoro SOKiK rozpoznaje sprawę na nowo i rozstrzyga ją merytorycznie, to powinien prowadzić ustalenia faktyczne i prawne niezależnie od ustaleń dokonanych przez Prezesa UOKiK. Ten schemat rozumowania odrzucał dopuszczalność badania błędów organu antymonopolowego w ustaleniach faktycznych, a w tym zakresie – naruszenia prawa procesowego. Ten punkt widzenia był widoczny w wyrokach z 2012 r. wydanych przez SOKiK i Sąd Apelacyjny w Warszawie⁶⁹. W uzasadnieniach tych orzeczeń sądy w ogóle nie odniosły się do podniesionych przez powoda zarzutów proceduralnych. Przykładowo Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż naruszenie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego jest co do zasady bez znaczenia przy rozpatrywaniu odwołania⁷⁰.

Z drugiej strony wskazuje się na pogląd, zaprezentowany we wczesnym orzecznictwie Sądu Najwyższego⁷¹, zgodnie z którym SOKiK jest uprawniony do usuwania wad decyzji Prezesa UOKiK. Według tego stanowiska, skoro przepis art. 81 ust. 1 u.o.k.k. stanowi, że odwołanie do k.p.c. przysługuje „od decyzji Prezesa Urzędu” (a jeśli odwołanie okaże się zasadne, sąd może uchylić lub zmienić decyzję UOKiK – art. 479²⁸ § 3 k.p.c.), to nie powinno być wątpliwości, że w postępowaniu sądowym Sąd Okręgowy w Warszawie sprawuje sądową kontrolę nad legalnością,

⁶⁸ Zob. np. J. Gudowski, [w:] T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejowska, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, cz. 1, *Postępowanie przygotowawcze*, t. 1, Warszawa 2001, s. 959.

⁶⁹ Zob. analizę dokonaną w artykule: M. Bernatt, *W sprawie kontroli sądowej postępowania przed Prezesem UOKiK*, „Państwo i Prawo” 2013/3, s. 94 i n.

⁷⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17.05.2012 r., VI ACa 31/12, LEX nr 1222137.

⁷¹ Zob. wyrok SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNC 1992/5, poz. 87.

zasadnością i bezcelowością decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK⁷². Zdaniem niektórych badaczy istnieją silne argumenty przemawiające za tezą, że sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK sprawowana przez SOKiK jest w istocie bardzo podobna do sądowej kontroli czynności administracyjnych sprawowanej przez sądy administracyjne⁷³. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, podobnie jak sądy administracyjne, w ramach działalności orzeczniczej formułuje stosowne zdanie o legalności lub nielegalności decyzji Prezesa UOKiK. Marek Szydło wskazał: „(...) prawdą jest oczywiście, że kompetencje judykacyjne SOKiK do orzekania nie ograniczają się tylko do orzekania kasatoryjnego. Warto jednak zauważyć, że zdecydowana większość wyroków SOKiK mających charakter reformatoryjny polega na ingerowaniu przez SOKiK w wysokość kary pieniężnej orzeczonej w decyzji Prezesa UOKiK. Zwłaszcza zaś w ostatnich kilku latach można zaobserwować rosnącą liczbę spraw, w których SOKiK nie kwestionuje, co do zasady, zawartego w decyzji Prezesa UOKiK zwrotu stosunkowego o uznaniu danej praktyki za ograniczającą konkurencję lub za naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, lecz obniża za to – niekiedy znacznie – wysokość kary pieniężnej nakładanej na przedsiębiorcę”⁷⁴. Autor ten dodał, że w dużej liczbie przypadków SOKiK ogranicza się raczej do weryfikacji *ex post*: czy ustalenia poczynione w tym zakresie przez Prezesa UOKiK spełniają określony standard dowodowy lub czy odpowiadają określonym standardom prawnym powszechnie akceptowanym w orzecznictwie antymonopolowym (w Polsce lub w całej UE), czy też w doktrynie prawa konkurencji⁷⁵.

Wydaje się, że wątpliwości co do istoty i modelu kontroli sądowej sprawowanej przez SOKiK rozwiewa wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8.03.2012 r., VI ACA 1150/11⁷⁶. Tezy wyprowadzone w tym wyroku godzą w oba powyższe stanowiska poprzez przyjęcie, że SOKiK bada odwołanie przedsiębiorcy jako sąd pierwszej instancji. Dotyczy to jednak tylko trybu rozpoznania sprawy, a nie jej istoty. Według Sądu Apelacyjnego SOKiK dokonuje kontroli instancyjnej decyzji Prezesa UOKiK – przynajmniej w sensie formalnym, gdyż postępowanie w sprawie ochrony konkurencji ma charakter hybrydalny, tzn. łączy dominujące w nim elementy postępowania sądowego pierwszoinstancyjnego z pewnymi elementami drugoinstancyjnej kontroli decyzji administracyjnej. Wyrok UOKiK rozstrzyga bowiem o bycie prawnym zaskarżonej decyzji, eliminując ją z obrotu prawnego lub utrzymując w obrocie prawnym w poprzednim lub zmienionym kształcie⁷⁷.

⁷² Zob. wyrok SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNC 1992/5, poz. 87.

⁷³ Zgodnie z polskim modelem sądowej kontroli czynności administracyjnych sądy administracyjne są uprawnione do przeprowadzania dowodów i do zmiany badanej decyzji; zob. art. 106 § 3 i art. 145–150 ustawy z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1634 ze zm.).

⁷⁴ M. Szydło, *Sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK w świetle prawa unijnego i prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2015/7, s. 17.

⁷⁵ M. Szydło, *Sądowa...*, s. 17–18.

⁷⁶ LEX nr 1131091.

⁷⁷ LEX nr 1131091.

3.3. Badanie merytoryczne przeprowadzane przez SOKiK

3.3.1. Dokonywana przez sąd ocena przestrzegania przez Prezesa UOKiK przepisów proceduralnych

3.3.1.1. Sprawiedliwość proceduralna – standard ochrony

Wskazano już powyżej, że SOKiK jest uprawniony do badania, czy organ ochrony konkurencji działał zgodnie z przepisami postępowania. Ma to istotne implikacje praktyczne.

Po pierwsze, w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji – zarówno karnych, jak i cywilnych w rozumieniu EKPC – konieczne jest zapewnienie gwarancji sprawiedliwości proceduralnej na podstawie art. 6 ust. 1 EKPC⁷⁸. Obejmuje to w szczególności zapewnienie: prawa do wysłuchania; dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu; dostępu do akt sprawy; możliwości wypowiedzenia się co do dowodów zgromadzonych w sprawie w trakcie postępowania i przed wydaniem ostatecznej decyzji; oraz zapewnienie możliwości złożenia wyjaśnień (prawo do bycia wysłuchanym; zob. art. 6 ust. 3 EKPC)⁷⁹. Ponadto postępowanie winno być jawne (jednak z uwzględnieniem konieczności ochrony interesów przedsiębiorców, np. tajemnicy przedsiębiorstwa) i zakończone w rozsądnym terminie. Podmioty, których interesów dotyczy to postępowanie, powinny mieć możliwość uczestniczenia w nim na równych zasadach⁸⁰. Zasady te, wraz z obowiązkiem organu administracyjnego polegającym na wyczerpującym faktycznym i prawnym uzasadnieniu swoich decyzji, z reguły odpowiadają prawom gwarantowanym przez art. 41 Karty, która jest bezpośrednio stosowana na terytorium państw członkowskich. Przepis ten formułuje te prawa, które łącznie określane są jako prawo do dobrej administracji⁸¹. Sąd krajowy, rozpoznając sprawy z odwołań od decyzji organu ochrony konkurencji, zobowiązany jest do weryfikacji przestrzegania przez Prezesa UOKiK norm prawa unijnego w tym zakresie.

Tytułem przykładu warto przywołać wyrok SOKiK z 21.11.2013 r., XVII AmA 114/10, w sprawie dotyczącej odwołań 20 banków przeciwko Prezesowi Urzędu⁸². Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że brak nałożonego przez prawo na organ antymonopolowy obowiązku wyznaczenia rynku właściwego na danym etapie postępowania przemawia za dopuszczeniem przez ustawodawcę możliwości zmiany wyznaczonego w sprawie rynku właściwego w każdym przypadku, gdy uzasadniają to poczynione w sprawie ustalenia. Jednocześnie sąd podkreślił, że konieczne jest zapewnienie uczestnikom postępowania możliwości udziału w postępowaniu na każdym jego etapie oraz możliwości wypowiadania się przez strony w celu właściwej ochrony ich interesów.

Po drugie, w postępowaniach w sprawach ochrony konkurencji, które w świetle EKPC mają charakter karny, dodatkowo konieczne jest respektowanie wymogów

⁷⁸ Zob. obszernie M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 99–323.

⁷⁹ M. Bernatt, *Prawo...*, s. 62.

⁸⁰ M. Bernatt, *Prawo...*

⁸¹ Zob. wyrok TSUE z 12.11.1996 r., C-84/94, Zjednoczone Królestwo przeciwko Radzie, ECLI:EU:C:1996:431.

⁸² LEX nr 2155774.

art. 6 ust. 2–3 EKPC. Chodzi więc o zagwarantowanie domniemania niewinności, a w konsekwencji wolności od samooskarżenia⁸³ i możliwości obrony, co należy wiązać m.in. z gwarancją równości broni⁸⁴, udzielaniem informacji o charakterze i przyczynie zarzutów (art. 6 ust. 3 EKPC) oraz gwarancją tajemnicy porady prawnej⁸⁵. Na konieczność takiej kontroli – w zakresie sposobu nakładania kar pieniężnych – wskazał również polski SN w orzeczeniach z 2010 r.⁸⁶ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że jest ona związana z istotą stosunku publicznoprawnego poddanego kontroli SOKiK oraz że chodzi o uprawnienie do karania z jednej strony i prawo do obrony z drugiej. Sąd uwzględnił prawo przedsiębiorcy do obrony podobnie jak sąd karny, przed którym oskarżyciel – w celu uzyskania sądowego potwierdzenia oskarżenia – musi w szczególności wykazać bezzasadność wyjaśnień oskarżonego⁸⁷. Z kolei w wyroku z 21.09.2010 r., III SK 8/10⁸⁸, Sąd Najwyższy stwierdził, że ze względu na obowiązywanie standardu ochrony analogicznego do sprawy karnej istotne staje się respektowanie instytucjonalnych i proceduralnych gwarancji praw jednostki przewidzianych zarówno w prawie materialnym, jak i procesowym.

3.3.1.2. Ustalenia faktyczne *ab initio*

Materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu przed organem antymonopolowym może być wykorzystany w postępowaniu sądowym⁸⁹. Niemniej jednak w orzecznictwie podkreśla się, że z uwagi na to, iż postępowanie przed UOKiK ma charakter pierwszoinstancyjny, sąd powinien dokonać własnych ustaleń faktycznych w sprawie z zakresu ochrony konkurencji. W wyroku z 21.09.2006 r., VI A Ca 142/06 (Polskapresse Sp. z o.o. w Warszawie przeciwko UOKiK)⁹⁰, Sąd Apelacyjny w Warszawie uchylił wyrok SOKiK – zmieniając decyzję Prezesa UOKiK – i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania temu sądowi z uwagi na istotne wady w ustaleniach faktycznych. Sąd Apelacyjny stwierdził, że sąd pierwszej instancji, ustalając stan faktyczny, ograniczył się do stwierdzenia, że fakty ustalone w przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK są bezsporne. Sąd apelacyjny stwierdził, że takie stanowisko jest niedopuszczalne, gdyż sąd okręgowy powinien rozpoznać sprawę od początku (*ab initio*)⁹¹. Zatem sąd okręgowy powinien był, wykonując swoje zadanie, rozważyć całość materiału dowodowego, dokonać własnych ustaleń, przytoczyć dowody, na

⁸³ Wyrok ETPC z 17.12.1996 r., skarga nr 19187/91, Saunders przeciwko Wielkiej Brytanii, § 67–69.

⁸⁴ Wyrok ETPC z 27.10.1993 r., skarga nr 14448/88, Dombo Beheer przeciwko Holandii, § 33.

⁸⁵ Zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Prawo...*, [w:] *Standardy...*, s. 19–39; A. Blachnio-Parzych, *Zasada...*, [w:] *Standardy...*, s. 57–84; D. Czernika, D. Czerwińska, *Domniemanie...*, [w:] *Standardy...*, s. 85–114; M. Ziemia, *Dopuszczalność...*, [w:] *Standardy...*, s. 206–220.

⁸⁶ Wyroki SN: z 14.04.2010 r., III SK 1/10, OSNP 2011/21–22, poz. 288; z 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012/3–4, poz. 53.

⁸⁷ Wyrok SN z 21.10.2010 r., III SK 7/10, OSNP 2012/3–4, poz. 53.

⁸⁸ OSNP 2012/3–4, poz. 52.

⁸⁹ Zob. wspomniany wyrok SN z 29.05.1990 r., III CRN 120/91, OSNC 1992/5, poz. 87.

⁹⁰ Dz.Urz. UOKiK 2007/1, poz. 13.

⁹¹ Bardziej adekwatne do opisywanej metody sądowej kontroli jest wyrażenie *de novo review* używane w literaturze amerykańskiej, np. w przestrzeni prawnej *Freedom of Information Act*. Zob.: J.T. O'Reilly, *Federal Information. Disclosure*, t. 1, Eagan 2016, s. 531–544; N. Slegers, *De Novo Review Under the Freedom of Information Act: The Case Against Judicial Deference to Agency Decisions to Withhold Information*, „San Diego Law Review” 2006/43, s. 209–238.

których się oparł, a także omówić dowody przeciwne⁹². Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie atrybut „bezsorności” stanu faktycznego sprawy, jak również wniosek co do zasadności stanowiska stron, można wyprowadzić jedynie z ustaleń faktycznych. Sąd drugiej instancji stwierdził, że skoro uzasadnienie wyroku nie zawiera argumentacji sądu, a jedynie bardzo lakoniczne powtórzenie stanowiska powodów, jak również zupełnie nie wskazuje przyczyn, dla których sąd nie uwzględnił dowodów wskazanych przez pozwanego i nie podzielił argumentacji Prezesa UOKiK, to stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie w tej sprawie było dowolne⁹³.

Obecnie uzasadnienia wyroków SOKiK zawierają z reguły odrębne fragmenty zatytułowane: „Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny”⁹⁴. Taki styl jest zgodny z metodyką sporządzania uzasadnień wyroków przez sądy cywilne pierwszej instancji. Nie oznacza to jednak, że SOKiK musi prowadzić wszystkie dowody od początku, powielając tym samym czynności dowodowe przeprowadzone wcześniej przez Prezesa UOKiK. Wręcz przeciwnie, niejednokrotnie SOKiK opiera swoje ustalenia na materiałach zgromadzonych w sprawie przez organ regulacyjny. Dopuszczalne jest również, by sąd uznał fakty za udowodnione na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 k.p.c.)⁹⁵.

Jednocześnie SOKiK może dopuścić wszelkie dowody, które uzna za niezbędne do prawidłowego ustalenia istotnych faktów. W związku z tym pojawia się pytanie: skoro Prezes UOKiK zaniedbał przeprowadzenie większości istotnych dla sprawy dowodów, to czy powinien je przeprowadzić sąd? Moim zdaniem w takim przypadku decyzja organu ochrony konkurencji obarczona jest wadą rażącego naruszenia przepisów postępowania, które ją dyskwalifikuje, stąd powinna podlegać wyeliminowaniu z obrotu prawnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się na wspomnianą już powyżej zasadę, zgodnie z którą przedmiotem dwuinstancyjnego postępowania sądowego może być ustalenie (co do istoty) podstaw (faktycznych i prawnych) kompetencji Prezesa UOKiK zastosowanych w zaskarżonej decyzji. W tej drodze sąd potwierdza ustalenia poczynione w postępowaniu przedsądowym (administracyjnym postępowaniu antymonopolowym) albo im zaprzecza⁹⁶.

Dodatkowym argumentem wspierającym powyższy wniosek jest „kontrolny” wymiar postępowania prowadzonego przez SOKiK, który powinien przeważać na

⁹² Zob. utrwalone w tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego, np. wyroki SN: z 8.10.1997 r., II CKN 312/97, LEX nr 393859; z 24.10.2002 r., I CKN 1465/00, LEX nr 75278.

⁹³ Zob. wyroki SN: z 8.10.1997 r., II CKN 312/97, LEX nr 393859; z 24.10.2002 r., I CKN 1465/00, LEX nr 75278.

⁹⁴ Wyroki SOKiK: z 15.12.2021 r., XVII AmA 27/19, LEX nr 3322571; z 7.10.2020 r., XVII AmA 42/18, LEX nr 3097128.

⁹⁵ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zastosowanie domniemania faktycznego powinno mieć miejsce wówczas, gdy brak jest bezpośrednich dowodów lub istnieją znaczne przeszkody dowodowe w udowodnieniu danego faktu, a jednocześnie możliwe jest ustalenie tego faktu przy zastosowaniu reguł logicznego rozumowania oraz zasad wiedzy i doświadczenia życiowego. Treścią domniemania faktycznego jest uznanie istnienia określonego faktu wynikające ze wzajemnego, logicznego powiązania innych ustalonych faktów i sądów o tych faktach. Jednocześnie musi być ono prawidłowe z punktu widzenia zasad logiki (zob. uchwała SN 7 sędziów z 21.11.1969 r., III PZP 24/69, OSNC 1970/5, poz. 76). Zob. też np. wyroki SOKiK: z 15.12.2021 r., XVII AmA 27/19, LEX nr 3322571; z 7.10.2020 r., XVII AmA 42/18, LEX nr 3097128.

⁹⁶ Zob. postanowienie SN z 29.04.2009 r., III SK 8/09, LEX nr 1235853.

rzecz konieczności uchYLENIA decyzji Prezesa UOKiK w przypadku wspomnianego naruszenia prawa procesowego przez ten organ. W przeciwnym razie to sąd – a nie Prezes Urzędu – pełniłby rolę organu ochrony konkurencji.

Zgodnie z art. 232 k.p.c. „Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Sąd może dopuścić dowód niewskazany przez stronę”. W orzecznictwie wskazuje się, że wymieniony przepis wyraża zasadę koncentracji materiału dowodowego. Poza materiałem zgromadzonym przez organ ochrony konkurencji SOKiK orzeka na podstawie twierdzeń i dowodów przedstawionych przez strony i może (czyli zasadniczo nie jest zobligowany) prowadzić postępowanie dowodowe z urzędu. Takiego obowiązku w szczególności nie można dostrzec w sprawach o charakterze gospodarczym, gdy udział w nich biorą podmioty profesjonalne oraz gdy strony są reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników⁹⁷. W wyroku z 13.10.2009 r., V ACa 377/09, Sąd Apelacyjny w Katowicach wyraził stanowisko, że każde zaniechanie inicjatywy dowodowej musi być ocenione jako zawinione przez stronę⁹⁸.

Jak jednak zwrócono już uwagę powyżej, w wyroku z 14.04.2010 r., III SK 1/10⁹⁹, Sąd Najwyższy sformułował zasadę, zgodnie z którą w sprawach z odwołań od decyzji regulatora rynku nakładających kary pieniężne za naruszenie obowiązków wynikających z przepisów prawa lub decyzji przedsiębiorcom należy zapewnić wyższy poziom sądowej ochrony praw. Może to skutkować koniecznością dopuszczenia dowodów w określonych okolicznościach, np. wyjaśnień przedsiębiorcy, który nie został przesłuchany w postępowaniu antymonopolowym, nawet bez wniosku dowodowego strony (z urzędu). W przeciwnym razie SOKiK może narazić się na zarzut niepełnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy.

Należy zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podkreślano, iż zgodnie z art. 479²⁸ k.p.c. sąd jest związany żądaniem określonym w odwołaniu. Nie może zatem formułować zarzutu stosowania praktyki monopolistycznej niebędącej przedmiotem odwołania ani nieobjętej zaskarżoną decyzją i wnioskiem strony o wszczęcie postępowania antymonopolowego¹⁰⁰. Ponadto w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK nie można po raz pierwszy skutecznie podnieść zarzutu stosowania innej praktyki monopolistycznej niż ta, która była przedmiotem wniosku o wszczęcie administracyjnego postępowania antymonopolowego rozpoznanego w zaskarżonej decyzji.

3.3.2. Interpretacja i stosowanie prawa materialnego

Jak wspomniano powyżej, zgodnie z orzecznictwem TSUE sądy krajowe są zobowiązane z jednej strony do kontroli legalności decyzji krajowych organów ochrony

⁹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 19.01.2011 r., VI ACa 1031/10, LEX nr 818495.

⁹⁸ LEX nr 574510.

⁹⁹ OSNP 2011/21–22, poz. 288.

¹⁰⁰ Zob. np. wyrok SN z 19.01.2001 r., I CKN 1036/98, LEX nr 52708; wyrok Sądu Antymonopolowego z 9.01.2002 r., XVII Ama 11/01, LEX nr 56537.

konkurencji, a z drugiej strony do bezpośredniego stosowania art. 101 i 102 TFUE¹⁰¹. Ostatecznie to do SOKiK należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego oparte na wyjaśnieniu podstawy faktycznej, w tym wszystkich elementów faktycznych przewidzianych w hipotezie tej normy¹⁰². W odróżnieniu jednak od „typowych” sądów powszechnych (jak i administracyjnych) SOKiK nie koncentruje się zasadniczo na sporach dotyczących prawa, które zostało lub powinno zostać zastosowane w danej sprawie. Spór między stronami dotyczy najczęściej stanu faktycznego i jego subsumpcji do bezspornej treści prawa konkurencji. Oczywiście nie wyklucza to podniesienia przez odwołującego zarzutu, że dokonana przez Prezesa UOKiK wykładnia prawa materialnego była wadliwa – i zarzut ten może okazać się zasadny. Praktyka sądowa wskazuje jednak, że taka sytuacja jest niezwykle rzadka. Tak więc pomimo tego, że SOKiK działa jako sąd odwoławczy od decyzji Prezesa UOKiK, prowadzenie przez ten sąd ustaleń faktycznych *ab initio* sprawia, że sąd ten jest w praktyce „sądem faktów”. Wszelkie spory co do prawa powstają z reguły w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym w Warszawie, a w przypadku dopuszczenia sprawy do rozpoznania przez Sąd Najwyższy – przed tym sądem.

Przykładowo w uzasadnieniu wspomnianego wyroku z 21.11.2013 r., XVII AmA 114/10, SOKiK stwierdził, że wątpliwości powodów co do zasad stosowania przepisów unijnych przez sądy krajowe są bezzasadne, a przepisy art. 81 ust. 1 TWE i art. 81 ust. 3 TWE w zw. z art. 1 ust. 2 rozporządzenia 1/2003 są na tyle jasne i nie budzą wątpliwości prawnych co do ich interpretacji i stosowania, że sąd krajowy może dokonać ich samodzielnej interpretacji¹⁰³.

W tym stanie rzeczy SOKiK odmówił skierowania do TSUE pytań prejudycjalnych dotyczących interpretacji tych przepisów prawa unijnego. Niemniej jednak okoliczność rozpoznania sprawy *ab initio* – także w zakresie rozstrzygnięć dotyczących prawa materialnego – powoduje, że SOKiK samodzielnie bada treść przepisów prawnych i rekonstruuje z nich normy prawne. Gdyby sąd uznał, że Prezes UOKiK dokonał błędnej interpretacji norm prawa materialnego (do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego), zmieniłby decyzję organu antymonopolowego, samodzielnie kształtując stosunki prawne w obszarze prawa konkurencji.

3.3.3. Uprawnienia orzecznicze SOKiK

W typowych sprawach cywilnych art. 316 § 1 k.p.c. nakazuje sądowi uwzględnienie zdarzeń, które miały miejsce również w toku postępowania sądowego. Powyższa zasada nie dotyczy jednak spraw rozpoznawanych przez sądy na skutek odwołań wniesionych od decyzji administracyjnych, gdyż w tym przypadku kognicja

¹⁰¹ Wyrok Sądu z 9.02.2022 r., T-791/19, Sped-Pro S.A. przeciwko Komisji Europejskiej, ECLI:EU:T:2022:67; wyrok TSUE z 15.09.2016 r., C-28/15, Koninklijke KPN NV i inni przeciwko Autoriteit Consument en Markt (ACM), ECLI:EU:C:2016:692.

¹⁰² Zob. postanowienie SN z 20.09.2005 r., III SZP 2/05, LEX nr 2640398; wyrok SN z 5.05.2021 r., I NSKP 7/21, LEX nr 3225327.

¹⁰³ LEX nr 2155774.

sądów powszechnych jest szczególna. Zgodnie ze wspomnianym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8.03.2012 r., VI ACa 1150/11¹⁰⁴, kognicja SOKiK jest ograniczona do przedmiotu zaskarżonej decyzji, a zatem nie obejmuje zdarzeń zaistniałych po jej wydaniu.

W poczynionych dotychczas rozważaniach wskazano, że zgodnie z orzecznictwem ETPC sąd dokonujący kontroli sądowej nie musi mieć kompetencji do zmiany decyzji administracyjnej. Z punktu widzenia koncepcji pełnej jurysdykcji sądu sąd odwoławczy nie tylko rozpatruje skargę, ale również ma możliwość uchylenia zaskarżonej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozstrzygnięcia przez bezstronny organ¹⁰⁵. Jeśli chodzi o uprawnienia sądu w zakresie kar nakładanych przez organy administracyjne, to Trybunał wyjaśniał kilkakrotnie, że sąd powinien być uprawniony do oceny rozmiaru kary i uchylenia decyzji organu administracji w tym zakresie¹⁰⁶.

Regulacje dotyczące kontroli prawidłowości decyzji Prezesa UOKiK mają na celu zapewnienie skutecznej kontroli tych decyzji, w tym możliwości wydania innej decyzji (art. 47 Karty)¹⁰⁷. Z drugiej strony TSUE stwierdził we wspomnianej sprawie Koninklijke KPN NV i inni przeciwko Autoriteit Consument en Markt (ACM), C-28/15¹⁰⁸, że sąd krajowy powinien zapewnić skuteczne środki odwoławcze od decyzji krajowych organów regulacyjnych, a zatem jest uprawniony do wydania orzeczenia odmiennego od decyzji takiego organu. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej podkreślił jednocześnie, że prawo unijne wymaga, aby krajowe organy regulacyjne przy wykonywaniu swoich zadań uwzględniały „w jak największym stopniu” zalecenia (wytyczne) Komisji Europejskiej. Dotyczy to również decyzji sądu krajowego na gruncie prawa konkurencji, który powinien uwzględniać wcześniejsze decyzje Komisji.

Zgodnie z art. 479^{31a} k.p.c. SOKiK albo uwzględnia odwołanie, albo je oddala. Sąd ten oddala odwołanie od decyzji¹⁰⁹ organu ochrony konkurencji, jeżeli brak jest podstaw do jego uwzględnienia; w razie uwzględnienia odwołania sąd uchyla¹¹⁰ albo zmienia zaskarżoną decyzję w całości¹¹¹ lub w części¹¹² i orzeka co do istoty sprawy. Polski Trybunał Konstytucyjny zauważył, że kompetencje SOKiK są odmienne od kompetencji sądów administracyjnych, gdyż sąd może w pełni realizować prawo

¹⁰⁴ LEX nr 1131091.

¹⁰⁵ Wyrok ETPC z 7.11.2000 r., skarga nr 35605/97, Kingsley przeciwko Wielkiej Brytanii.

¹⁰⁶ Zob. m.in. wyroki ETPC: skarga nr 18640/10, Grande Stevens przeciwko Włochom; skarga nr 47650/99, Silvester's Horeca Service przeciwko Belgii; skarga nr 70074/01, Valico S.r.l. przeciwko Włochom; skarga nr 4837/06, Segame SA przeciwko Francji.

¹⁰⁷ Zob. wyrok TSUE z 15.09.2016 r., C-28/15, Koninklijke KPN NV i inni przeciwko Autoriteit Consument en Markt (ACM), ECLI:EU:C:2016:692.

¹⁰⁸ ECLI:EU:C:2016:692.

¹⁰⁹ Zob. np. wyrok SOKiK z 1.03.2013 r., XVII AmA 24/10, LEX nr 1728300.

¹¹⁰ Zob. np. wyrok SOKiK z 21.05.2015 r., XVII AmA 71/13, LEX nr 2155591.

¹¹¹ Zob. np. wyroki SOKiK: z 30.09.2015 r., XVII AmA 140/13, LEX nr 2155577; z 10.05.2022 r., XVII AmA 61/21, niepubl., uzyskany na skutek wniosku autora o udostępnienie informacji publicznej, nr BEZP-0153-1087/22.

¹¹² Zob. np. wyrok SOKiK z 21.11.2013 r., XVII AmA 114/10, LEX nr 2155774.

strony do żądania merytorycznego rozstrzygnięcia jej sprawy. Sąd w toczącej się przed nim sprawie przejmuje kompetencje decyzyjne Prezesa Urzędu¹¹³. Innymi słowy, jest uprawniony do wydania nowej decyzji „zamiast” („w miejsce”) organu ochrony konkurencji. Jednocześnie oznacza to, że sąd nie powinien ograniczać się do wskazywania wad decyzji Prezesa UOKiK, ale ma prawo – o ile jest to uzasadnione okolicznościami sprawy oraz zebranymi faktami i dowodami – do usunięcia (poprawienia) wad tej decyzji.

Artykuł 479^{31a} k.p.c. nie przewiduje możliwości przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Prezesa UOKiK. Rozstrzygnięcie kasacyjne sądu – uchylenie decyzji Urzędu – oznacza, że decyzja Prezesa Urzędu, według oceny sądu, nie znajduje wystarczających podstaw prawnych. Konieczność przeprowadzenia nowego postępowania i wydania nowej decyzji jest już w takim przypadku pozostawiona do uznania organu antymonopolowego.

Kodeks postępowania cywilnego przewiduje możliwość zawarcia ugody w sprawie odwołania do SOKiK, która podlega zatwierdzeniu przez sąd. Na podstawie zatwierdzonej ugody w sprawie odwołania do sądu Prezes Urzędu uchyła lub zmienia zaskarżoną decyzję albo podejmuje inną czynność stosownie do okoliczności sprawy w zakresie swojej właściwości i kompetencji (art. 479^{30c} k.p.c.).

4. Wnioski

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest uprawniony nie tylko do kontroli prawidłowości (zgodności z prawem) decyzji Prezesa UOKiK, ale także ponownie rozpatruje i rozstrzyga sprawę, gdyż ma prawo do przeprowadzenia pełnego postępowania dowodowego. Tym samym może w pełni zrealizować prawo strony do żądania merytorycznego rozstrzygnięcia jej sprawy. Cecha ta odróżnia kontrolę sądową sprawowaną przez ten sąd od kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne. Wprawdzie SOKiK początkowo korzysta z materiału dowodowego zgromadzonego przez organ ochrony konkurencji, ale nie jest nim związany – badając sprawę *ab initio*, może (a w pewnych okolicznościach powinien) dopuścić dowody we własnym zakresie.

Jednocześnie SOKiK posiada daleko idące interwencyjne, „naprawcze” uprawnienia, które mają charakter reformatoryjny. Oznacza to, że sąd ten może zmienić zaskarżoną decyzję Prezesa UOKiK w całości lub w części. Polski Trybunał Konstytucyjny ujął to obrazowo, wskazując, że SOKiK „przejmuje” kompetencje decyzyjne organu ochrony konkurencji. Niewątpliwie zatem – używając terminologii zapożyczanej z francuskiej tradycji *contrôle juridictionnel de l'administration* – polski model kontroli sądowej sprawowanej przez SOKiK należy określić jako najdalej idący, sprawowany w ramach *plein contentieux* (pełnej kontradiktoryjności).

¹¹³ Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 31.01.2005 r., SK 27/03, OTK-A 2005/1, poz. 8, dot. skargi konstytucyjnej spółki Przedsiębiorstwo Usług Morskich „Gdańsk-Pilot” sp. z o.o. o zbadanie zgodności art. 479²⁸ § 3 i art. 479³⁵ § 2 k.p.c. z art. 45 ust. 1, art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

W świetle przedstawionych powyżej cech należy stwierdzić, że polski model kontroli sądowej zapewnia wysoki standard i skuteczną ochronę sądową (*effective judicial remedies*), które przewyższają nawet standard wynikający z prawa europejskiego. Gwarantując badanie zarówno stanu faktycznego, jak i prawnego w każdej sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, model ten spełnia kryteria „pełnej jurysdykcji” określone w orzecznictwie ETPC. Ponadto wykracza poza standard konwencyjny, który nie wymaga ani przeprowadzania nowych dowodów w postępowaniu sądowym, ani uprawnień reformatoryjnych sądu. Jednocześnie standard kontroli sądowej sprawowanej przez SOKiK jest zgodny z prawem unijnym. Sąd ten przeprowadza właściwe analizy merytoryczne w każdej sprawie. Ponadto w celu skutecznego wykonania swoich funkcji musi dysponować odpowiednią wiedzą specjalistyczną – w tym zakresie może powołać biegłego w każdym postępowaniu. Wreszcie SOKiK ma prawo wydać orzeczenie różniące się od decyzji organu ochrony konkurencji.

Bibliografia

1. Auby J.B., Cluzel-Metayer L., Xenou L., *Administrative Law in France*, [w:] *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States*, red. R. Seerden, Antwerp 2018.
2. Banasiński C., *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2015.
3. Barents R., *EU Procedural Law and Effective Legal Protection*, *Common Market Law Review* 2014, t. 51, nr 5.
4. Bell J., Lichère F., *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge 2022, <https://doi.org/10.1017/9781009057127>.
5. Bernatt M., Czy Polska oferuje więcej niż wymaga Konwencja? O konwencyjnym wymogu pełnej jurysdykcji i polskim modelu sądowej kontroli kar nakładanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, [w:] *Standardy rzetelnego procesu w sprawach antymonopolowych i ochrony konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016.
6. Bernatt M., *Prawo do rzetelnego procesu w sprawach ochrony konkurencji i regulacji rynku na tle art. 6 EKPC*, *Państwo i Prawo* 2012, nr 1.
7. Bernatt M., Skoczny T., *Publicznoprawna implementacja reguł konkurencji w Polsce. Czas na zmiany?*, [w:] *Europeizacja publicznego prawa gospodarczego*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński, Warszawa 2011.
8. Bernatt M., *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011.
9. Bernatt M., *Transatlantic Perspective on Judicial Deference in Administrative Law*, *Columbia Journal of European Law* 2016, t. 22, nr 2.
10. Bernatt M., *W sprawie kontroli sądowej postępowania przed Prezesem UOKiK*, *Państwo i Prawo* 2013, nr 3.
11. Błachnio-Parzych A., *Zasada ne bis in idem a odpowiedzialność w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności postępowania w sprawach*

- z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym, red. W. Jasiński, Warszawa 2016.
12. Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, Paris 2008.
 13. Chevalier E., *Remedies and Consequences of Court Decisions*, [w:] *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, red. C. Backes, M. Eliantonio, Oxford–Chicago 2019.
 14. Czernika D., Czerwińska D., *Domniemanie niewinności w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności w postępowaniu w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016.
 15. Dael S., *Contentieux administratif*, Paris 2006.
 16. Daly P., *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Oxford–New York 2021.
 17. de la Torre F.C., Fournier E.G., *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham–Northampton 2017.
 18. Dobosz K., *Jednolitość stosowania prawa konkurencji Unii Europejskiej przez organy i sądy państw członkowskich*, Warszawa 2018.
 19. Geburczyk F., [w:] P. Daniel, F. Geburczyk, P. Ostojński, W. Piątek, *Wykonanie wyroku sądu administracyjnego*, Warszawa 2017.
 20. Gerber D.J., *Competition Law and Antitrust: A Global Guide*, Oxford 2020.
 21. Gudowski J., [w:] T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejowska, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego*, cz. 1, *Postępowanie przygotowawcze*, t. 1, Warszawa 2001.
 22. Kmiecik Z., *Postępowanie w sprawach z zakresu ochrony konkurencji a koncepcja postępowania hybrydowego*, *Państwo i Prawo* 2002, nr 4.
 23. Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz do art. 81*, LEX/el. 2008.
 24. Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do nieobciążania się w prawie unijnym i polskim w sprawach z zakresu ochrony konkurencji*, [w:] *Standardy rzetelności postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016.
 25. Kowalik-Bańczyk K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej*, LEX/el. 2012.
 26. O'Reilly J.T., *Federal Information Disclosure*, t. 1, Eagan 2016.
 27. Ostojński P., *Standardy sądowej kontroli działań administracji publicznej w Stanach Zjednoczonych oraz Unii Europejskiej*, Poznań–Warszawa 2022.
 28. Piasecki K., *Procedury poprzedzające sądowe postępowanie cywilne*, *Palestra* 1985, z. 7–8.
 29. Półtorak N., *Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniach krajowych*, Warszawa 2010.
 30. Seiller B., *Droit administratif*, t. 2, Paris 2011.
 31. Sieradzka M., *Publicznoprawny charakter postępowań związanych z ochroną konkurencji i konsumentów. Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 lutego 2009 r., II GSK 749/08*, *Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa* 2010, nr 1.

32. Skoczny T., *Stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji – także w Polsce – po 1 maja 2004 r.*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, nr 2.
33. Slegers N., *De Novo Review Under the Freedom of Information Act: The Case Against Judicial Deference to Agency Decisions to Withhold Information*, San Diego Law Review 2006, nr 43.
34. Szydło M., *Sądowa kontrola decyzji Prezesa UOKiK w świetle prawa unijnego i prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2015, nr 7.
35. van de Gronden J.W., Rusu C.S., *Competition Law in The EU. Principles, Substance, Enforcement*, Cheltenham–Northampton 2021.
36. van den Brink J., den Ouden W., Prechal S., Widdershoven R., Jans J., *General Principles of Law*, [w:] *Europeanisation of Public Law*, red. J. Jans, S. Prechal, R. Widdershoven, Groningen 2015.
37. Varney M., *Conduct of Court Proceedings*, [w:] *Cases, Materials and Text on Judicial Review of Administrative Action*, red. C. Backes, M. Eliantonio, Oxford–Chicago 2019.
38. Widdershoven R., *The European Court of Justice and the Standard of Judicial Review*, [w:] *Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State*, red. J. de Poorter, E.H. Ballin, S. Lavrijssen, Berlin 2019.
39. Woehrling J.M., *Die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit der deutschen*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, nr 1.
40. Ziemia M., *Dopuszczalność nielegalnie uzyskanych dowodów w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] *Standardy rzetelności postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów. Między prawem administracyjnym a prawem karnym*, red. W. Jasiński, Warszawa 2016.

Zbigniew Więckowski

Guidelines on electronic court filing (e-filing)
and digitalisation of courts
– perspective of the Council of Europe
*Wytyczne w sprawie elektronicznego składania
dokumentów sądowych (e-filing) i cyfryzacji sądów
– z perspektywy Rady Europy*

Abstract

In December 2021, the Council of Europe adopted a document entitled “Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts”. The guidelines are based on the assumption that a new digital justice system should create a space that allows interaction and exchange of data and e-documents between the courts and their users (i.e. litigants, legal professionals, witnesses (experts) and/or other actors involved in court procedures). Such a concept requires a change involving not only the use of the latest technology to support the judicial system, but also a reflection on the legal, organisational and socio-cultural conditions that affect the functioning of the justice system. The guidelines will be presented in terms of the needs and possibilities of their implementation by the European governments. The guidelines of the Council of Europe and their possible adoption in the daily functioning of the judiciary are treated as a challenge to be met.

Keywords: Artificial Intelligence, e-filing, digitisation of court procedures, digitalisation, Council of Europe

Dr Zbigniew Więckowski, assistant professor of civil law, Institute of Legal Studies University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-7753-3743, e-mail: z.wieckowski@uksw.edu.pl

The manuscript was submitted by the author on: 2 March 2023; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 12 April 2023.

Streszczenie

W grudniu 2021 r. Rada Europy przyjęła dokument zatytułowany „Wytyczne w sprawie elektronicznego składania dokumentów sądowych (e-filing) i cyfryzacji sądów”. Wytyczne opierają się na założeniu, że nowy cyfrowy system wymiaru sprawiedliwości powinien stworzyć przestrzeń umożliwiającą interakcję i wymianę danych oraz e-dokumentów między sądami a ich użytkownikami (tj. stronami procesowymi, przedstawicielami zawodów prawniczych, świadkami/biegłymi i/lub innymi podmiotami zaangażowanymi w procedury sądowe). Taka koncepcja wymaga zmiany obejmującej nie tylko wykorzystanie najnowszych technologii do wsparcia systemu sądownictwa, ale także refleksji nad warunkami prawnymi, organizacyjnymi i społeczno-kulturowymi, które wpływają na funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Wytyczne zostaną przedstawione pod kątem potrzeb i możliwości ich wdrożenia przez rządy państw europejskich. Wytyczne Rady Europy i ich ewentualne przyjęcie w bieżącym funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości traktowane są jako wyzwanie, któremu należy sprostać.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, elektroniczne składanie dokumentów, cyfryzacja procedur sądowych, cyfryzacja, Rada Europy

1. Introduction

The Council of Europe is one of the oldest continuously existing supra-state political organisation on the continent, founded in 1949. Established for promotion of democracy and protection of human rights and the rule of law in Europe, it comprises of 46 member states with a combined population of over 650 million people¹. The organisation's greatest legislative achievement is represented by the European Convention on Human Rights, which allows individuals to appeal to the European Court of Human Rights in Strasbourg. The Council of Europe has enacted a number of legal instruments named treaties (conventions, charters and agreements).

The latest initiative undertaken by the Council of Europe concerns information technology, including artificial intelligence. The ad hoc Committee on Artificial Intelligence (hereinafter: "CAHAI"), the first formalised structure, whose purpose was to analyse the legal framework for the development, design and application of artificial intelligence based on Council of Europe standards, was established for the period from 11 September 2019 to 31 December 2021. The work of CAHAI resulted in three key documents: 1) "Feasibility study on a legal framework on AI design, development and application based on CoE standards" (accepted in December 2020)², 2) "Towards regulation of AI systems" (accepted in December 2020)³, 3) "Possible elements of a legal framework on artificial intelligence, based on the Council of Europe's standards on human rights, democracy and the rule of law" (accepted in December 2021)⁴.

Since January 2022, the Committee on Artificial Intelligence (hereinafter: "CAI") – the successor of the CAHAI – has inaugurated its activities. Two meetings of the Committee were held in 2022. Both were strictly organisational in nature.

The activities undertaken by the two committees: CAHAI and CAI have dealt with general issues related to artificial intelligence (health, social issues, democracy, ethics). In terms of activity relating strictly to the administration of justice it is important to note the initiatives undertaken by the European Commission for the Efficiency of Justice (hereinafter: "CEPEJ").

The CEPEJ was established on 18 September 2002 by Resolution Res(2002)12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The purpose of the CEPEJ is

¹ See more: B. Vayssi re, *Federalists and the Beginnings of the Council of Europe: Converting Institutions and Opinion to Supranationality (1949–1951)*, "Histories", March 2022, Vol. 2, Issue 1, pp. 1–14, available at: <https://doi.org/10.3390/histories2010001> [accessed on: 12 November 2022]; A.O. Pasat, *Comparative study: European Council – Council of the European Union – Council of Europe*, "Perspectives of Law & Public Administration" 2021, Vol. 10, special issue, pp. 180–193.

² Available at: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/-/the-feasibility-study-on-ai-legal-standards-adopted-by-cahai> [accessed on: 10 December 2022].

³ Available at: <https://edoc.coe.int/en/artificial-intelligence/9656-towards-regulation-of-ai-systems.html> [accessed on: 10 December 2022].

⁴ See more: D. Leslie, C. Burr, M. Aitken, M. Katell, M. Briggs, C. Rincon, *Human Rights, Democracy, and the Rule of Law Assurance Framework for AI Systems: A Proposal*, 19 September 2021, available at: <https://ssrn.com/abstract=4027875> or <http://doi.org/10.2139/ssrn.4027875> [accessed on: 1 December 2022]; A. Mantelero, *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Berlin 2022, available at: <https://doi.org/10.1007/978-94-6265-531-7> [accessed on: 2 November 2022].

defined as an improvement of the efficiency and functioning of the administration of justice in Council of Europe member states. The CEPEJ's manifold assignments, on the other hand, mainly encompass collecting and analysing data, developing benchmarks, preparing reports, guidelines, action plans, and developing relationships with external stakeholders.

One of CEPEJ's crucial endeavours is to conduct research on improving the efficiency of the judiciary through the application of information technology (hereinafter: "IT") solutions. On the one hand, the new digital possibilities may be considered as an opportunity to improve its efficiency, on the other hand, they pose a challenge to the legal and ethical principles developed so far (including the adversarial principle, protection of fundamental rights and liberties, the role of the judge).

In December 2019 the CEPEJ decided to establish a new working group: Working Group on Cyber Justice and Artificial Intelligence (hereinafter: "CEPEJ-GT-CYBERJUST"). The CEPEJ entrusted the group with the assignment of developing solutions for the application of artificial intelligence mechanisms and other digital solutions in the justice system, in order to improve its efficiency and quality. The group's work should be carried out in coordination with other structures in this field. The CEPEJ-GT-CYBERJUST has been tasked with developing training programs in the field of cyberjustice and artificial intelligence⁵.

In addition to the many ongoing activities, CEPEJ-GT-CYBERJUST has commenced work on the issue of electronic (remote) filing of court applications/claims (e-filing)⁶. In the end, the outcome of the working group was broader and included the digitisation of the courts. The group's experts recognised that the implementation of digital solutions (including those involving AI) in the judiciary leads always to a systemic reform that reaches far beyond mere technological issues. Electronic filing of lawsuits/applications should be part of a comprehensible, superior, holistic strategy that transforms the way the justice system serves the public⁷. In December 2021, the CEPEJ adopted a document entitled "Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts"⁸.

⁵ See: J.T. Johnsen, *The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) – Reforming European Justice Systems – "Mission Impossible?"*, "International Journal for Court Administration" 2012, Vol. 4, Issue 3, pp. 1-19, available at: <https://doi.org/10.18352/ijca.83> [accessed on: 17 November 2022].

⁶ In developing the guidelines, it was assumed that e-filing system is going to be limited to communication between courts and court participants and does not include integration processes between systems and the exchange of data and e-documents between systems implemented by criminal justice actors (i.e. courts, prosecution offices, law enforcement agencies).

⁷ Another practical assumption made throughout the development of the guidelines is that each participating country has already envisaged (or at least taken measures to ensure) what measures need to be taken to set up the necessary infrastructure, including the network, hardware, software necessary to operate the e-filing system.

⁸ The guidelines are based on a report adopted by the group in April 2021 "Analytical overview of the state of play in electronic court filing (e-filing) in selected member states of the Council of Europe". See more: F. Contini, D. Reiling, *Double normalization: When procedural law is made digital*, "Oñati Socio-Legal Series" 2022, Vol. 12, No. 3 "Norm, normal and disruption: The role of law, knowledge and technologies in normalising social life", pp. 654-688, available at: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1305> [accessed on: 18 November 2022].

The guidelines are based on the assumption that a new digital justice system should create a space that allows interaction and exchange of data and e-documents between the courts and their users (i.e. litigants, legal professionals, witnesses (experts) and/or other actors involved in court procedures). Such a concept requires a change involving not only the use of the latest technology to support the judicial system, but also a reflection on the legal, organisational and socio-cultural conditions that affect the functioning of the justice system.

The e-filing process should lead to bringing the justice system closer to the people, improving the speed of response and efficiency of services, thereby increasing confidence in the justice system⁹.

According to the Council of Europe, an e-filing system should:

- a) serve as a tool of improving access to justice;
- b) be consistent with applicable international rules and standards;
- c) be implemented in an efficient, effective, and timely manner, making the best use of available resources;
- d) be designed in accordance with the principles of transparency, taking cognisance of the unique institutional, legal and technological frameworks of each country;
- e) be designed to last against any changes, and be continuously updated;
- f) embedded in the unique institutional, legal, and technological framework of each country;
- g) based on a clear and well-defined legal framework (the successful implementation of an e-filing system requires certain prerequisites: a reliable and secure network, sufficient technology skills and competences, and an open infrastructure to facilitate data exchange and operational coordination with other national/cross-border systems).

The Guidelines outline a framework for e-filing system in two areas:

- a) enabling a party to commence legal proceedings by issuing and receiving electronic documents, exchanging procedural documents with other parties involved in the proceedings and with judges/prosecutors, sending and/or receiving notices and summonses electronically, paying court fees online and/or accessing a secure repository for all procedural documents within a document management system; and
- b) providing a common, efficient, and effective data processing system.

According to the experts of the Council of Europe, the guidelines that have been developed have their origins in well-established existing legal principles:

- 1) the rule of law – any (new) legislation on digitisation should be explicit, transparent, and predictable and take into account the possibility of disputes as a consequence of digitisation, while at the same time ensuring protection for all participants of digital justice;

⁹ See: T. O'Connor, *E-filings: making courts more accessible*, "GP, Solo & Small Firm Lawyer" 1999, Vol. 16, No. 4, pp. 38–41.

- 2) independence of the judiciary – an essential principle providing the rule of law (rules, regulations and practices resulting from (and/or needed for) digitisation should not adversely affect or threaten this independence);
- 3) fair trial guarantees – changes to the rules resulting from the digitisation of proceedings should be made with accordance to the right to a fair trial;
- 4) prohibition of discrimination in the design and implementation of digital court proceedings;
- 5) access to an effective remedy;
- 6) data protection (including quality and security of judicial data processing);
- 7) “digital by default” – a preference for digital services (the assumption here is that digital services are so simple and convenient to learn, that all who can use them do so, while those who cannot or do not want to are not excluded)¹⁰;
- 8) inclusion and accessibility – essential dimensions of effectiveness towards execution if the principle “digital by default”;
- 9) openness and transparency – integration processes require access to information;
- 10) information efficiency, security and integrity – along with data protection during the phase of design – a key role in information sharing;
- 11) data management and information protection;
- 12) interoperability – the ability to support the effective and efficient exchange of data and to enable the sharing of information and knowledge.

The guidelines under discussion are divided into three dimensions:

- a) strategic dimension to build a complete ecosystem of electronic court services,
- b) organisational dimension to support the development of the system from a user perspective,
- c) technical dimension.

In this article, the guidelines will be presented in terms of the needs and possibilities of their implementation by the European governments. The guidelines of the Council of Europe and their possible adoption in the daily functioning of the judiciary are treated as a challenge to be met. The concluding part will include *de lege ferenda* remarks.

2. Strategical dimension

The discussion on the issue of effective digitisation of judicial procedures is going to be commenced with a review of the existing legislation. It seems that the legislation should aim at simplification and uniformity of processes, maintaining the right balance between technical specifications and flexibility for specific application cases. It should be taken for granted that it cannot be excluded that new technological solutions will emerge in the future or that the rules covering the procedure before the court will have to be amended. It must also be stated that a regular review and evaluation of

¹⁰ See: J. Schou, A. Svejgaard Pors, *Digital by default? A qualitative study of exclusion in digitalised welfare*, “Social Policy & Administration”, May 2019, Vol. 53, Issue 3, pp. 464–477, available at: <https://doi.org/10.1111/spol.12470> [accessed on: 23 November 2022].

the existing rules in order to reflect existing needs must be considered unavoidable. It is also worth mentioning that the entity responsible for such reviews should be clearly identified.

Where digitisation will involve the application of new technologies (e.g. artificial intelligence systems or blockchain technology, and where the nature of the technology imposes limitations on its control once it has been implemented), new rules should, according to Council of Europe experts, be introduced with caution¹¹.

An effective and efficient justice transformation program requires firm political will, a comprehensive approach and stakeholder engagement. It seems that the implementation of the strategy and the imposition of obligations should be managed through a variety of solutions. For example, electronic notifications or interactive publications of official court statistics are worth mentioning¹². Such a range of measures should take into account the medium- and long-term objectives, which are going to be achieved. These measures should be accompanied by reasonable and measurable key performance indicators to ensure that the effectiveness, efficiency, and timeliness of the proposed changes are properly monitored (cost management, human resources savings, and return on investment, among others, should be evaluated). The above-mentioned measures should be continuously adapted to the needs of the various actors in the justice system, both internal and external participants.

It seems that numerous participants should be involved in the digitisation process to allow all stakeholders to provide feedback in order to optimise the shift implementation strategy. It can be conjectured that the creation of a user-centred system is a necessity for a successful digitisation initiative of the judiciary. This implies a bottom-up collaborative approach and broad stakeholder involvement¹³.

If we take the above suggestions at face value, consequently deducing, one must conclude that a culture open to experimentation should be promoted, given the long-term benefits of experimental sampling mechanisms (proof of concept, prototyping, piloting, etc.) and the added value in terms of involving stakeholders, promoting co-optation, and facilitating user acceptance of tools. The establishment

¹¹ See: Z. Wang, *The Supreme People's Court of China has embraced blockchain, built online courthouses, and moved to digitalize court systems in a bold embrace of technology. Here's how it's going*, "Judicature" 2021, Vol. 105, No. 1, pp. 37–47; D. Szostek, *Blockchain and the Law*, Baden-Baden 2019, available at: <https://doi.org/10.5771/9783845298290> [accessed on: 19 December 2022].

¹² See more: T. Allard, L. Béziaud, S. Gambs, *Publication of Court Records: Circumventing the Privacy-Transparency Trade-Off* [in:] *Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 13048, *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII. AICOL AICOL XAILA 2020, 2018, 2020*, V. Rodríguez-Doncel, M. Palmirani, M. Araszkiewicz, P. Casanovas, U. Pagallo, G. Sartor (eds.), Cham 2021, pp. 298–312, available at: https://doi.org/10.1007/978-3-030-89811-3_21 [accessed on: 15 December 2022].

¹³ A mechanism to include a wide range of users, builds confidence in the proposed changes. The above can be achieved by creating: a) a community of end-users (internal and/or external) who will participate in the design and implementation of the new system; or b) working groups consisting of internal users and/or representatives of external parties who will be involved in the organisational measures, the development, testing and implementation phases of the e-filing system, the resolution of practical or legal issues, the provision of feedback and/or the testing of various functions before their adoption, etc. The ongoing involvement of end-users, especially representatives of the legal profession, is considered an essential factor in the successful implementation of a new system.

of experimental laboratories to support the design and development of an electronic filing system could prove to be of great use depending on the size and timeframe of the project.

Both strategy and legislation should take into account the principle of “digital by default”, while taking into account the existing culture, the readiness of society to adopt digital tools and the overall level of digital skills (both within professionals and from the end user perspective, namely the citizens)¹⁴. Supporting the development of digitisation through mandatory measures can only be beneficial if the appropriate support measures and infrastructure (including network, hardware, software) already exist. In countries where such measures are lacking, a step-by-step approach to adoption may be preferable.

In addition, it seems appropriate to assume that digital delivery of court services is the preferred option, with other channels remaining open to those who, by choice or necessity, do not have access to these services. In this regard, the exchange of data (such as individuals’ identification data and social status, business data, property data, etc.) with external systems should be seen as a necessity rather than a requirement when setting up an e-filing system. It is therefore probably fair to say that semi-automatic or limited integration with external systems can only be envisaged as a temporary solution.

In conclusion, the digitisation of judicial procedures, with the imposition of legal obligations to facilitate this type of reform, should be properly aligned with available technology, human and financial resources. Funding should be secured independently of external sources.

3. Organisational dimension

Having analysed various elements of the organisational dimension, there seems to be a legitimate need to focus not only on the provision of adequate and sufficiently numerous technology teams, but also on the proper and long-term involvement of both judicial experts and legal practitioners (with knowledge of the exact procedural rules and needs from the inside), as well as experts in organisational transformation, change management, communication, etc., who could support the judiciary in shaping new concepts, using the right collaborative tools and developing trust by communicating change in a way that is most relevant to the audience. In this regard, it seems unjustified to neglect the provision of adequate resources for project management.

When it comes to implementing a digitalisation system, it is worth considering a phased approach. During project planning, the prioritisation of (sub)activities may be based on various factors related to the expected impact, value for money and risk management. In some cases, priority may be given to services provided directly to citizens and businesses. The organisational transformation of the back office of

¹⁴ See: W. Furmanek, *Analfabetyzm cyfrowy wyzwaniem dla dydaktyki informatyki [Digital illiteracy challenge for the teaching of computer science]*, “Dydaktyka Informatyki” 2015, Vol. 10, pp. 49–62, available at: <https://doi.org/10.15584/di.2015.10.6> [accessed on: 28 November 2022].

judicial bodies should complement any judicial digitalisation project. The application of continuous improvement methodologies and techniques and impact management could be beneficial to achieve holistic and sustainable change.

The effective digitisation of court procedures and the implementation of electronic filing requires the reconfiguration or redesign of core court processes to achieve improvements in efficiency, cycle time, and quality, rather than simply replicating them by electronic means. The design of the future state for each process should be encouraged without regard to current limitations.

Automated operations (e.g., automated case assignments¹⁵, summonses, notifications, case tracking, schedules, reports, etc.) and features that minimise workload effort (e.g., introduction of variable content templates, pre-filled data, etc.) should not be seen as complementary measures, but embedded into the e-filing design.

“User-centric” as a way of delivering services is a strategy that is based on putting the user at the centre of attention. This requires not only anticipating users’ needs, but also creating processes that are designed to support their experience from the outset. Applying this very strategy during the design of an e-filing system will lead to positive results in the implementation process.

The implementation of the “one-stop-shop” principle to provide a single platform for the provision of e-services by the judiciary, including the electronic filing of documents, must be considered of utmost importance.

Digitisation of justice requires an effective communication strategy to engage main target groups. Given the number of all participants and the diversity of their needs, successful implementation of e-filing requires reliable communication of the benefits of digitisation, including the possibility to automate onerous tasks, especially when more complex processes are introduced¹⁶. To achieve the full potential of the e-filing system, it would be beneficial to reinforce the incentives towards potential users. The communication needs of the public require the use of simplified language and terminology.

Achieving the proper level of digital skills by users is considered the most crucial and most challenging issue of a digitalisation strategy. It is worth designing an e-filing system in such a way that no end-user assistance is needed to use its functionality. To this end, it seems that efforts to provide ongoing multi-level support, training and technical assistance would be useful. Various tools may be used, but the provision of online training, a helpdesk with extended hours, and on-demand remote technical support would be considered most relevant.

¹⁵ For example: The System of Random Allocation of Cases (SLPS) in Poland.

¹⁶ Both the concept and the operation of the mechanisms of new technologies in proceedings can be explained to the public in an easily understandable language. The public should understand the implications of its use and have the conviction that such proceedings lead to good and fair results, and therefore an effective communication strategy and policy promoting the use of new technologies, including press releases, video broadcasts or publications on social media, must be created and carried out. Member States can promote the advantages of this type of proceedings, such as not having to be physically present in court, saving travel costs to court, the possibility of filing documents electronically, ensuring confidence, lower stress levels for those giving evidence remotely.

4. Technical dimension

When discussing the technical dimension of the electronic filing of court documents, it should first be mentioned that, in order for this system to work properly, these court documents should be processed only in electronic form (as e-documents), respecting authenticity, integrity, and confidentiality. Therefore, it seems that e-documents that are legal acts (e.g. pleadings, declarations, orders, decisions, etc.) should be created and made available in open formats (e.g. PDF). The e-filing system should provide irrefutable proof of service including an electronic time stamp issued by the receiving judicial authority.

It is worth considering measures to facilitate the process of reading and studying documents, especially in the case of long text files. The inclusion of links to legislation or case law, for example, could be considered a good practice.

Based on the above assumptions, it should be concluded that the e-document sent to the judicial authority by an external user should contain (potentially also in the form of an attachment) structured data, i.e. metadata, allowing the case data to be automatically filled in or updated and allowing automatic or semi-automatic processing within the case management system, thus avoiding manual data entry and possible errors. Metadata provided by external users should be subject to mechanisms that automatically verify the quality and completeness of the data entered, e.g. validation of personal data against an external database, internal data inconsistencies, discrepancies with text in the e-document, etc.¹⁷

Consequently, to ensure the authenticity and integrity of e-documents, the use of qualified electronic signatures (or equivalent services) will become inevitable. An alternative to a qualified electronic signature could be a qualified electronic seal, as this is automatically applied by the system.

Moreover, available solutions for the online payment of court fees (“e-payments”), allowing the choice of the preferred payment method (i.e. credit card, debit card, bank transfer, etc.), should be considered essential¹⁸. Online payment solutions must be designed and implemented to ensure that the transfer of money is secure throughout the process. The e-payment process should be properly integrated into the system so that the e-payment uniquely refers to a specific task, e.g. by generating a unique operation identifier. The e-payment system could provide for automatic calculation of court fees where these are fixed or based on known parameters (e.g. type of proceedings). In such cases, a ready-made template with pre-filled payment data should be made available. Where an automatic calculation is not possible, the user should be notified by email when the exact amount may be or is already determined.

¹⁷ See more: B. Oręziak, M. Świerczyński, *Electronic Evidence in the Light of the Council of Europe’s New Guidelines*, “Comparative Law Review” 2019, Vol. 25, pp. 257–275, available at: <https://doi.org/10.12775/CLR.2019.009> [accessed on: 14 December 2022].

¹⁸ See: The Supreme Court (SC) of the Philippines inaugurated in March 2022 pilot-test its Judiciary Electronic Payment Solution (JEPS) in 20 first-level courts nationwide, available at: <https://sc.judiciary.gov.ph/25001/> [accessed on: 12 December 2022].

The concurrent e-payment system should be designed with a high degree of transparency and accountability with regard to its operation, procedural flow, and decision-support processes.

Particular attention and regular needs assessment can be envisaged regarding keeping channels open for those who are disconnected from the system (by choice or necessity). In such cases, paper documents should be accepted by courts and prosecutors' offices, which should convert them into digital form in order to maintain the completeness of the digital documentation. For scanned documents, an electronic signature (or equivalent service) should be introduced to certify conformity with the paper original.

Users should be able to personalise templates for documents created at different stages of court proceedings (e.g. decisions, announcements, court minutes, etc.).

A particularly important postulate for a well-designed e-filing system would be the creation of a unique repository of data and documents at a national level to avoid duplication of information between judicial authorities, especially those using the same data and documents in different instances (courts of first and second instance). This would be essential to ensure more efficient, effective, and easy to develop search and analysis capabilities. The only thing that could change throughout the life cycle of an e-document would be the access permissions. A repository designed in this way would therefore ensure that e-documents are stored to maintain (and be able to prove) their integrity at each stage of their lifecycle.

For the presentation of video evidence (e.g. interrogation), open standards should be defined and specific streaming solutions developed to ensure the best quality of the recording. Cloud-based solutions with appropriate security features may be considered here.

Given these considerations, it seems that databases should be designed so that court statistics are collected and compiled automatically on an ongoing basis, thus avoiding – or at least minimising – human effort. In addition, a more comprehensive approach to business analytics should be introduced, adopting state-of-the-art Big Data technologies, applied to structured and unstructured data, to enable data correlation (including with internal and external databases), effective search, analytical functions (beyond court statistics) or to perform clustering and predictive analyses, providing useful interfaces for different types of users and responding effectively to central and local decision support needs. It would also be useful to integrate into the e-filing system specific procedures for correcting errors committed by court staff.

The public availability of court decisions should also be considered essential. Automatic or semi-automatic methods of anonymisation may be necessary to address privacy constraints, creating a public version of each decision. Case-related decisions and documents can then be uniquely identified according to an officially recognised standard¹⁹.

¹⁹ This would make it easier to cite case law and reduce the time spent searching and navigating it.

A well-designed e-filing system will feature the ability to be used remotely from any device and without the need to install additional software. Web-based applications that can be run from a normal browser would be appropriate. The e-filing system should properly manage temporary interruptions, e.g. resuming state at the time of interruption, without loss of data. Appropriate solutions should be found for the back-office functionality of the e-filing system to allow internal users to work off-line, i.e. in the absence of an internet connection, in particular for studying and drafting documents. The system could allow one- or two-way synchronisation on a strictly defined basis via a separate system function; uncontrolled downloading and/or uploading of e-documents should not be enabled.

Another fundamental feature of a properly developed e-filing system would be that it would be designed in such a way that it provides easy and swift access to real-time information stored in databases and document (or case) management systems. This means that fast response times (measured in seconds) should be provided for at least the most frequently used functions, e.g. displaying search results, viewing detailed data, opening a document, etc. Accordingly, key performance indicators in a well-designed system would be proactively reviewed.

It also seems that an action continuity plan should not be neglected to be established in place with the aim of achieving minimal or zero data loss in the event of a data failure or corruption. This last parameter is the most critical, as data gaps can be problematic and may require a great deal of human intervention (and time) to achieve structured data and document integrity.

E-identification of natural or legal persons should be based on a strong authentication mechanism, for example – following the example of today’s technologies – through so-called “two-factor authentication”²⁰, especially when accessing the e-filing system from an external network (e.g. via a web portal). In order to properly manage the identity of internal users and regulate user access, the e-filing system should also be integrated with an identity and access management system. The latter should be unique to the court domain (i.e. used by all applications, not just the e-filing system).

Nonetheless, in the problem of setting up an e-filing system, adequate security against cyber-attacks cannot be overlooked, especially for functions exposed on the Internet (e.g. web portals). Such security is in principle guaranteed by periodic vulnerability testing in accordance with international standards (e.g. OWASP for web applications²¹).

²⁰ Two-factor authentication (2FA) is a method of establishing access to an online account or computer system that requires the user to provide two different types of information: N. Nguyen, *You Need Two-Factor Authentication, but Some Types Are Safer Than Others*, “The Wall Street Journal”, April 2022, available at: <https://www.wsj.com/articles/you-need-two-factor-authentication-but-some-types-are-safer-than-others-11648930708> [accessed on: 17 November 2022]; R. Omwoyo, J. Kamau, M. Mgala, *A review of Two Factor Authentication Security Challenges in the Cyberspace*, “International Journal of Advanced Computer Technology” 2022, Vol. 11, No. 5, pp. 1–6, available at: <https://www.ijact.org/index.php/ijact/article/view/112> [accessed on: 19 December 2022].

²¹ The Open Web Application Security Project (OWASP) is a nonprofit foundation that works to improve the security of software, available at: <https://owasp.org/> [accessed on: 21 November 2022].

To ensure data confidentiality, especially for certain types of sensitive information (e.g. names of defendants), solutions should be in place to encrypt data and documents. This information should also be protected from direct access through the operating system (e.g. by the system administrator), storage devices, and backup media. An important factor to consider is the correct management of the encryption/decryption key(s), which also raises a number of organisational issues.

As far as remote working cases are concerned, it is worth mentioning that it is necessary to put in place adequate safeguards to guarantee the confidentiality of e-documents containing sensitive data processed on the device(s) in question.

Furthermore, it becomes inevitable to implement a solution for such data segregation to ensure that only e-document users have access to their data, according to their privileges, while privileged system users (e.g. database or system administrators) cannot read or update data.

To conclude, the e-filing system should be designed in such a way that it is ready to interact with external systems, ensuring maximum compatibility at the national level for efficient and effective data exchange with other authorities (e.g. land and commercial registries, law enforcement agencies, etc.) This should facilitate the work of the judge in terms of timely and comprehensive e-receipt of requested documents through the established digital channels.

5. Conclusions

The recent activity of the Council of Europe towards the legal structuring of the area of new technologies, with particular reference to artificial intelligence, deserves to be noted. Apart from the European Union²², there is no other regional organisation that has so comprehensively attempted to outline a legal framework for a reality that is not only still emerging, but above all, unrecognized²³. It should be noted that of all the technological revolutions experienced by the mankind to date, the digital revolution not only covers the largest territorial scope but affects almost every sphere of human activity. At present, it is uncertain whether the balance of benefits we are experiencing thanks to the IT revolution will not turn out to be too small in relation to the risks we do not perhaps yet identify. Nevertheless, it is clear that the digitisation process that has begun cannot be halted. Therefore, it seems that the development of further guidelines by the Council of Europe is an appropriate action. A legal framework

²² See: S. Borsci, V. Lehtola, F. Nex, M. Ying Yang, E.-W. Augustijn, L. Bagheriye, C. Brune, O. Kounadi, J. Li, J. Moreira, J. Van Der Nagel, B. Veldkamp, D.V. Le, M. Wang, F. Wijnhoven, J.M. Wolterink, R. Zurita-Milla, *Embedding artificial intelligence in society: looking beyond the EU AI master plan using the culture cycle*, "AI & Soc" 2022, Vol. 38, available at: <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01383-x> [accessed on: 3 December 2022]; B. Carsten Stahl, R. Rodrigues, N. Santiago, K. Macnish, *A European Agency for Artificial Intelligence: Protecting fundamental rights and ethical values*, "Computer Law & Security Review" 2022, Vol. 45, available at: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105661> [accessed on: 5 November 2022].

²³ Council of Europe and Artificial Intelligence web portal, available at: <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence> [accessed on: 11 November 2022].

for the development of new technologies is being created, based on a foundation of human rights that is widely recognised by European states.

The presented guidelines of the Council of Europe on the e-filing system and the digitisation of the judiciary, of all those published recently and concerning the latest technologies, seem to be of fundamental importance. From this point of view, they represent a challenge for the member states. Previous Council of Europe guidelines on justice covered a certain selected section of issues (e.g. electronic evidence²⁴ or videoconferencing²⁵). The guidelines under discussion, apart from the specific issue of e-filing, already deal with issues as fundamental as the digitisation of justice. Taking on this challenge is not a task that all European countries will be able to accomplish in the short term. Digitisation of the justice system is a process which, in my opinion, should proceed in the spirit of evolution rather than revolution.

The basic postulate for legislators is to develop national solutions based on the guidelines developed within the Council of Europe. It must be emphasised that the guidelines are soft law regulations and it is solely up to the Member States to what extent they adopt them into their legal order. Nevertheless, in a situation where we are dealing with such a dynamically changing reality, it seems worthwhile to refer to the *acquis* developed within the framework of collegiate bodies. On the basis of national solutions, the widest possible consultation between the legislator and all interested parties, especially representatives of the judiciary and developers of technological solutions, should be called for. Digitisation of the judiciary is going to represent a fundamental shift, which without proper, i.e. correct communication will not be effectively implemented. Digitisation must constitute a process carried out transparently, in consultation with numerous stakeholders.

One of the oft-repeated arguments for the widespread use of innovative technologies in the administration of justice is to improve access to justice. However, it seems that more cautious approach is advised here. It is necessary to take into account the needs of the digitally excluded, for whom digitisation must not turn out to be a restriction of the fundamental right, which is the right to a fair trial. The above confirms the postulate that the digitisation process must proceed in an evolutionary and non-discriminatory manner.

References

1. Allard T., Béziaud L., Gambs S., *Publication of Court Records: Circumventing the Privacy-Transparency Trade-Off* [in:] *Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 13048, *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII. AICOL AICOL XAILA 2020*,

²⁴ Electronic Evidence in Civil and Administrative Proceedings and Explanatory Memorandum: Guidelines Adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 January 2019, available at: <https://www.coe.int/en/web/cdcj/digital-evidence> [accessed on: 20 December 2022].

²⁵ *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings (2021)*, available at: <https://edoc.coe.int/en/efficiency-of-justice/10706-guidelines-on-videoconferencing-in-judicial-proceedings.html> [accessed on: 20 December 2022].

- 2018, 2020, V. Rodríguez-Doncel, M. Palmirani, M. Araszkievicz, P. Casanovas, U. Pagallo, G. Sartor (eds.), Cham 2021, available at: https://doi.org/10.1007/978-3-030-89811-3_21.
2. Borsci S., Lehtola V., Nex F., Ying Yang M., Augustijn E.-W., Bagheriye L., Brune C., Kounadi O., Li J., Moreira J., Van Der Nagel J., Veldkamp B., Le D.V., Wang M., Wijnhoven F., Wolterink J.M., Zurita-Milla R., *Embedding artificial intelligence in society: looking beyond the EU AI master plan using the culture cycle*, AI & Soc 2022, Vol. 38, available at: <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01383-x>.
3. Carsten Stahl B., Rodrigues R., Santiago N., Macnish K., *A European Agency for Artificial Intelligence: Protecting fundamental rights and ethical values*, Computer Law & Security Review 2022, Vol. 45, available at: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105661>.
4. Contini F., Reiling D., *Double normalization: When procedural law is made digital*, Oñati Socio-Legal Series 2022, Vol. 12, No. 3 (Norm, normal and disruption: The role of law, knowledge and technologies in normalising social life), available at: <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1305>.
5. Furmanek W., *Analfabetyzm cyfrowy wyzwaniem dla dydaktyki informatyki [Digital illiteracy challenge for the teaching of computer science]*, Dydaktyka Informatyki 2015, Vol. 10, available at: <https://doi.org/10.15584/di.2015.10.6>.
6. Johnsen J.T., *The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) – Reforming European Justice Systems – “Mission Impossible?”*, International Journal for Court Administration 2012, Vol. 4, Issue 3, available at: <https://doi.org/10.18352/ijca.83>.
7. Leslie D., Burr C., Aitken M., Katell M., Briggs M., Rincon C., *Human Rights, Democracy, and the Rule of Law Assurance Framework for AI Systems: A Proposal*, 19 September 2021, available at: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4027875>.
8. Mantelero A., *Beyond Data: Human Rights, Ethical and Social Impact Assessment in AI*, Berlin 2022, available at: <https://doi.org/10.1007/978-94-6265-531-7>.
9. Nguyen N., *You Need Two-Factor Authentication, but Some Types Are Safer Than Others*, The Wall Street Journal, April 2022, available at: <https://www.wsj.com/articles/you-need-two-factor-authentication-but-some-types-are-safer-than-others-11648930708>.
10. O'Connor T., *E-filings: making courts more accessible*, GP, Solo & Small Firm Lawyer 1999, Vol. 16, No. 4.
11. Omwoyo R., Kamau J., Mgala M., *A review of Two Factor Authentication Security Challenges in the Cyberspace*, International Journal of Advanced Computer Technology 2022, Vol. 11, No. 5, available at: <https://www.ijact.org/index.php/ijact/article/view/112>.
12. Oręziak B., Świerczyński M., *Electronic Evidence in the Light of the Council of Europe's New Guidelines*, Comparative Law Review 2019, Vol. 25, available at: <https://doi.org/10.12775/CLR.2019.009>.
13. Pasat A.O., *Comparative study: European Council – Council of the European Union – Council of Europe*, Perspectives of Law & Public Administration 2021, Vol. 10, special issue.

14. Schou J., Svejgaard Pors A., *Digital by default? A qualitative study of exclusion in digitalised welfare*, Social Policy & Administration, May 2019, Vol. 53, Issue 3, available at: <https://doi.org/10.1111/spol.12470>.
15. Szostek D., *Blockchain and the Law*, Baden-Baden 2019, available at: <https://doi.org/10.5771/9783845298290>.
16. Vayssi re B., *Federalists and the Beginnings of the Council of Europe: Converting Institutions and Opinion to Supranationality (1949–1951)*, Histories, March 2022, Vol. 2, Issue 1, available at: <https://doi.org/10.3390/histories2010001>.
17. Wang Z., *The Supreme People’s Court of China has embraced blockchain, built online courthouses, and moved to digitalize court systems in a bold embrace of technology. Here’s how it’s going*, Judicature 2021, Vol. 105, No. 1.

Tomasz Bojanowski, Karol Rogala, Łukasz Sitkowski,
Julia Sarybrat, Jakub Sychowiec

Sprawozdanie z IV Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej pt. „Dziecko w procedurach prawnych” (Warszawa, 19.05.2023 r.)

*Report from the 4th National Scientific Conference entitled
“Child in legal procedures” (Warsaw, 19 May 2023)*

1. Wprowadzenie

Dnia 19.05.2023 r. odbyła się IV Ogólnopolska Konferencja Naukowa „Dziecko w procedurach prawnych”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Koło Naukowe Prawa Karnego Procesowego oraz Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego, działających przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

Dziecko jest szczególnym podmiotem znajdującym się pod opieką i ochroną państwa, co podkreśla ustrojodawca w art. 72 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. W toku procesu może pojawić się ono w różnych rolach – pokrzywdzonego, sprawcy,

Mgr Tomasz Bojanowski jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie na Wydziale Prawa i Administracji przy Katedrze Postępowania Karnego, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

Karol Rogala jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0009-0001-9202-2500, e-mail: karol.rogala22@gmail.com

Mgr Łukasz Sitkowski jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie na Wydziale Prawa i Administracji przy Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarnego, Polska, ORCID: 0000-0002-4659-3652, e-mail: lukassitkowski@interia.pl

Julia Sarybrat jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska

Mgr Jakub Sychowiec jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie na Wydziale Prawa i Administracji przy Katedrze Postępowania Administracyjnego, Polska, ORCID: 0009-0008-4497-5869, e-mail: sychowieckuba@gmail.com

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 10.08.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 18.08.2023 r. Materiał nierecenzowany.

świadka czy uczestnika postępowania. Nie wyczerpuje to sytuacji, w których dziecko może uczestniczyć w postępowaniu. Prawodawca zauważył, że ze względu na specyficzne uwarunkowania należy zmodyfikować procedury do potrzeb dzieci, tak by spotkanie z wymiarem sprawiedliwości wiązało się z jak najmniejszym dyskomfortem. W procedurze karnej mamy do czynienia z przyjaznym trybem przesłuchania, natomiast w cywilnej – z wysłuchaniem dziecka poza salą sądową. Prawo administracyjne również nie wyklucza uczestnictwa dziecka w procedurze.

Często to głos dziecka jest niezwykle istotny i decydujący dla rozstrzygnięcia danej sprawy. Dlatego jego udział ma zasadnicze znaczenie dla poprawy funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Szczególną uwagę w tej edycji konferencji zwrócono na pozycję nieletniego i pokrzywdzonego w ustawie z 9.06.2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, która weszła w życie 1.09.2022 r., po 40 latach obowiązywania ustawy z 26.10.1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich.

Konferencja została poświęcona roli dziecka w szeroko rozumianych procedurach prawnych oraz ujawnieniu szans i zagrożeń związanych z jego uczestnictwem w postępowaniu sądowym. W role prelegentów wcielili się studenci, doktoranci, praktycy oraz nauczyciele akademicki. Umożliwiło to spojrzenie na przedmiotowe zagadnienie z różnych perspektyw – międzynarodowej, konstytucyjnej, administracyjnej, cywilnej i karnej, a także interdyscyplinarnej.

2. Otwarcie konferencji

Konferencję oficjalnie otworzył **dr hab. Marcin Wielec, prof. UKSW** (Opiekun Koła Naukowego Prawa Karnego Procesowego, Prodziekan ds. kierunku Prawo, Kierownik Katedry Postępowania Karnego), witając zebranych gości, w tym prelegentów. Profesor przytoczył słowa Janusza Korczaka: „Dziecko jest pełnym człowiekiem, choć może innym niż dorośli, w innej skali, lecz pełnym; to nie jest dopiero «zadatek» na człowieka, «człowieczek», ale człowiek już dziś i teraz”. Jednocześnie podkreślił, że dziecko to najsłabsze ogniwo, niezależnie od systemu prawnego. Kluczowe jest znalezienie balansu pomiędzy różnorodnymi rolami, jakie dziecko może odgrywać w procedurach prawnych.

Następnie głos zabrała **dr hab. Anna Fidelus, prof. UKSW** (Prorektor ds. Studenckich i Kształcenia, Kierownik Katedry Resocjalizacji i Profilaktyki Społecznej w Instytucie Pedagogiki), podkreślając aktualność tematu dziecka w realiach prawnych. Profesor zwróciła uwagę na budowanie świadomości wśród studentów, którzy na uczelni są przygotowani do pracy w różnych obszarach związanych z dziećmi. Zaapelowała o dostrzeganie praw dziecka nie tylko przez pryzmat kodeksów, lecz także przez pryzmat godności.

Podczas otwarcia konferencji Studencki Komitet Organizacyjny reprezentował **Prezes Koła Prawa Konstytucyjnego UKSW Karol Rogala** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Podziękował on zebranych gościom, prelegentom oraz patronom. Pokrótkę omówił główne cele konferencji oraz przedstawił obszar tematyczny, a na zakończenie życzył owocnych obrad.

3. Pierwszy panel ekspercki

Wystąpienia ekspertów skupiły się wokół zagadnienia szeroko pojętej ochrony praw dziecka na poziomie międzynarodowym. Moderatorami pierwszego panelu byli **Sekretarz Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Paulina Czarnynoga** oraz **Wiceprezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Łukasz Sitkowski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie).

Jako pierwszy głos zabrał **dr Daniel Milewski** (Poseł na Sejm RP, Warszawska Wyższa Szkoła Biznesu), prezentując referat pt. „Wpływ standardów Rady Europy na kształtowanie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom”. Omówił w nim nad wyraz aktualne zagadnienie formowania się ponadnarodowych standardów przyjaznego wymiaru sprawiedliwości oraz ich wpływ na ustawodawstwo krajowe.

Następnie, za pośrednictwem środków komunikacji zdalnej, **dr Katarzyna Zombory** (University of Miskolc – Central European Academy), zaprezentowała referat pt. „Ochrona praw dziecka w orzecznictwie Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka”. Jej wystąpienie było istotnym elementem niniejszej konferencji – z uwagi na omówienie podstaw jednego z systemów pozaeuropejskich. Doktor K. Zombory przedstawiła perspektywę międzyamerykańskiego systemu ochrony praw dzieci, co stanowiło wartość dodaną z punktu widzenia komparatystyki prawniczej.

Przed krótką przerwą zakończenie pierwszego panelu eksperckiego swoim wystąpieniem pt. „Prawa dziecka w aspekcie międzynarodowym” uświetniła **Sędzia Agnieszka Tomczewska** (Ministerstwo Sprawiedliwości). Jej wypowiedź stanowiła swoistą klamrę, która podsumowała rozważania w perspektywie budowy ponadnarodowego systemu ochrony praw dziecka.

4. Drugi panel ekspercki

Moderatorami drugiego panelu byli **Prezes Koła Naukowego Prawa Karnego Procesowego WPiA UKSW Julia Starybrat** oraz **mgr Joanna Tomczuk** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Panel rozpoczął **ks. dr hab. Mirosław Kosek, prof. UKSW**, którego wystąpienie nosiło tytuł „Dobro nieletniego a opiniowanie w sprawach nieletnich”. Omówił on nadrzędne pojęcie „dobra dziecka” w perspektywie postępowania w sprawach nieletnich. Szczególną uwagę zwrócił na aspekt opiniowania, które wymaga od organów zarówno wykwalifikowania, doświadczenia, jak i szczególnej ostrożności.

Następnie głos zabrał **dr hab. Błażej Kmieciak, prof. UM** (Uniwersytet Medyczny w Łodzi), przedstawiając referat pt. „Prawa dziecka jako dziecka pacjenta w trakcie udzielania mu świadczeń zdrowotnych: (nie)oczywiste dylematy”. Profesor B. Kmieciak w swoim wystąpieniu poruszył istotny aspekt medyczno-prawny, jakim jest zgoda pacjenta, w tym zgoda dziecka. Niniejsza kwestia nie jest jednowymiarowa. Stale podlega ewolucji i zależy od wielu czynników.

Kolejny referat, pt. „Nowa ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich – (r)ewolucja w modelu odpowiedzialności nieletnich?”, został

zaprezentowany przez **dr. Pawła Czarneckiego** (Uniwersytet Jagielloński). Zawierał genezę uchwalenia nowej ustawy, właściwej w sprawach dla nieletnich. Wskazał na jej wady i zalety oraz na potencjalny kierunek rozwoju ustawodawstwa w stosunku do nieletnich.

Ostatnim prelegentem panelu eksperckiego była **adw. Karolina Marszałek** (Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie), która wygłosiła referat pt. „Postępowanie sądowe w sprawach o zobowiązanie osoby stosującej przemoc w rodzinie do opuszczenia wspólnie zajmowanego mieszkania i jego bezpośredniego otoczenia lub zakazie zbliżania się do nich oraz odebranie dziecka z rodziny w sytuacji stosowania przemocy domowej”. W wystąpieniu szeroko omówiła zastosowanie instytucji wynikających z tzw. ustawy antyprzemocowej, wskazując na istotne aspekty teoretyczne i praktyczne.

5. Pierwszy panel studencko-doktorancki

„Dziecko w postępowaniu w sprawach nieletnich”

Pierwszy panel studencko-doktorancki był poświęcony zagadnieniu, które stanowiło główne zainteresowanie naukowe tegorocznej konferencji, tj. pozycji dziecka w postępowaniu w sprawach nieletnich i wejściu w życie nowej regulacji prawnej – ustawy z 9.06.2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Moderatorami pierwszego panelu byli **mgr Tomasz Bojanowski** oraz **Faustyna Zabielska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie).

Jako pierwsza głos zabrała **Paulina Pożarycka-Juchimiuk** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), prezentując referat pt. „Problematyka statusu nieletniego pokrzywdzonego w świetle ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich”. Zwróciła ona uwagę, że nadal na gruncie obecnie obowiązującej regulacji dotyczącej prawa nieletnich postępowanie w sprawach nieletnich nie jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a pokrzywdzony nie jest stroną toczącego się postępowania. W doktrynie i orzecznictwie status nieletniego argumentuje się przede wszystkim nadrzędnym celem postępowania, jakim jest dobro nieletniego. Zdaniem prelegentki, argument ten traci jednak moc w przypadku, gdy pokrzywdzony czynem nieletniego sprawcy to inna osoba nieletnia. Panelistka wskazała, że na gruncie obowiązującego stanu prawnego, który pomija kwestię dobra małoletniego pokrzywdzonego, dobrymi rozwiązaniami będą przede wszystkim – znane z założeń modelu sprawiedliwości naprawczej – działania aktywizujące udział pokrzywdzonego i sprawcy w postępowaniu.

Kolejny referat, pt. „Mediacja jako narzędzie pracy z rodzicami nieletnich sprawców przestępstw”, zaprezentowała **Agata Wróbel** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). W swoim wystąpieniu dokonała charakterystyki celów mediacji w postępowaniu w sprawach nieletnich, szczególnie celów interpersonalnych. Prelegentka podkreśliła walor wychowawczy mediacji, wskazując na aktywną i znaczącą rolę rodziców nieletniego jako uczestników postępowania mediacyjnego w zażegnaniu konfliktu między pokrzywdzonym i nieletnim.

Trzeci referat w tym panelu został zaprezentowany przez **Karola Rogalę** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), a jego temat brzmiał: „Funkcjonowanie młodzieżowych ośrodków wychowawczych – problemy i widoki na przyszłość”. Zdaniem prelegenta trudnością, z jaką najczęściej borykają się młodzieżowe ośrodki wychowawcze, jest kwestia finansów, związana z wnioskowaniem przez organy ośrodka o subwencję oświatową. W swoim wystąpieniu K. Rogala wskazał także na problem z resocjalizacją nieletnich umieszczonych w ośrodkach, powołując się na raport Najwyższej Izby Kontroli z 23.10.2017 r. dotyczący działalności resocjalizacyjnej młodzieżowych ośrodków wychowawczych. Wynika z niego, że 60% grupy wychowanków, objętych kontrolą, w ciągu 5 lat od opuszczenia ośrodka dopuściło się czynu zabronionego. We wnioskach *de lege ferenda* przemawiający poddał refleksji konieczność powołania ośrodków o wyspecjalizowanej działalności wychowawczej i resocjalizacyjnej.

Przedostatnią prelegentką tego panelu była **Natalia Połeć** (Akademia Sztuki Wojennej), która wygłosiła referat zatytułowany „Zakład poprawczy – kiedy? jaki? z czym się wiąże?”. Przedstawiła ona strukturę organizacyjną oraz systemy zakładów poprawczych w Polsce. Wskazała, że orzekając o umieszczeniu nieletniego w danym zakładzie poprawczym, sąd ma na względzie przeszłość nieletniego, szczególne względy resocjalizacyjne, postawę, zachowanie nieletniego oraz wskazania zespołu diagnostycznego, zespołu diagnostyczno-korekcyjnego albo opiniodawczego zespołu sądowych specjalistów.

Ostatnie wystąpienie, zatytułowane „Ochrona wolności sumienia i wyznania nieletniego podczas pobytu w zakładzie poprawczym”, przedstawił **Łukasz Sitkowski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). W swoim referacie zaprezentował zagadnienie realizacji prawa nieletniego do wykonywania praktyk religijnych podczas pobytu w zakładzie poprawczym, z punktu widzenia zagwarantowanych konstytucyjnie i ustawowo uprawnień. Kluczowym aspektem wystąpienia była analiza art. 114 ustawy z 9.06.2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, który gwarantuje nieletniemu uprawnienie do korzystania z praktyk religijnych.

We wnioskach *de lege ferenda* prelegent wskazał, że należy opracować przede wszystkim nowe normy prawne dotyczące kwestii wolności sumienia i religii w stosunku do nieletnich – w taki sposób, aby nie były one tylko kolejnym powieleniem uprawnień osób przebywających w środowisku więziennym. Powinny uwzględniać aspekt odrębnego traktowania osób nieletnich, chociażby ze względu na ich wiek i kształtującą się osobowość.

6. Drugi panel studencko-doktorancki „Dziecko w procedurach prawa międzynarodowego”

Drugi panel studencko-doktorancki odnosił się zagadnień związanych z udziałem dziecka w procedurach prawa międzynarodowego. Moderatorami byli **Oliwia**

Szponar oraz **Jakub Sychowiec** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie).

Jako pierwsza głos zabrała **mgr Adrianna Betlińska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która wygłosiła referat zatytułowany „Skuteczność bez traumy, czyli o metodach przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego”. Przedmiotem wystąpienia były regulacje obowiązujące w Polsce, a także w innych państwach. Autorka zwróciła uwagę na konieczność wyważania dobra dziecka oraz funkcji i celów postępowania karnego. Wskazała na szczegółową regulację art. 185a Kodeksu postępowania karnego, który normuje sposób przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego, oraz na praktykę stosowania prawa w tym zakresie. Podkreśliła również istotną rolę biegłego psychologa w postępowaniu. Po omówieniu przepisów prawa obowiązujących na terytorium Polski przedstawiła sposób regulacji przesłuchań nieletniego w Belgii, Islandii, Norwegii, Szwecji, Wielkiej Brytanii oraz Holandii.

Jako kolejny głos zabrał **mgr Michał Dębowski** (Uniwersytet Warszawski), który przedstawił referat pt. „Dziecko w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym”. Autor zwrócił uwagę na definicje terminu „dziecko” w dokumentach urzędowych Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz na to, że w postępowaniu przed Trybunałem dziecko nie może występować jako osoba oskarżona. Dopuszczalny zaś jest jego udział w charakterze pokrzywdzonego (ofiary). Panelista dokładnie omówił definicje oraz orzecznictwo odnoszące się do wskazanego pojęcia, jak również uprawnienia pokrzywdzonego i sposób reprezentowania go w postępowaniu. Zwrócił także uwagę na szczególne regulacje dotyczące ochrony pokrzywdzonych oraz świadków, w tym osób małoletnich. Referujący przedstawił następnie zasady występowania nieletniego w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym w charakterze świadka oraz publiczności. Na koniec zauważył, że z dokumentów opracowanych przez Trybunał wynika, że ochrona dzieci – ofiar jest jednym z priorytetów Trybunału.

Trzeci referat, zatytułowany „Zdolność dziecka do wszczynania uniwersalnych międzynarodowych procedur służących ochronie praw człowieka”, wygłosił **Mikołaj Wolanin** (Uniwersytet Warszawski). Po pierwsze autor wskazał na konwencyjne komitety, zajmujące się ochroną praw człowieka, oraz na protokoły fakultatywne, które przewidują możliwość zgłoszeń indywidualnych. Po drugie zwrócił uwagę na problemy związane z efektywnością ochrony międzynarodowej. Podając przykład Konwencji o prawach dziecka oraz III Protokołu Fakultatywnego do Konwencji, podkreślił, że chociaż brakuje bezpośredniego odniesienia w przepisach normujących legitymację skargową do osoby nieletniego, to zważywszy na aspekt systemowy i celowościowy, należy przyjąć, iż dziecko może wszcząć postępowanie przed Komitetem Praw Dziecka Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej ONZ). Następnie autor omówił dopuszczalność inicjowania przez dzieci procedur przed innymi organami uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka, wskazując, że co do zasady taka możliwość istnieje.

Jako ostatnia w drugim panelu studencko-doktoranckim głos zabrała **Gabrieła Tokarska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie),

przedstawiając referat „Głos dzieci, czyli strategia UE na rzecz praw dziecka i europejska gwarancja dla dzieci”. Referująca podkreśliła na wstępie konieczność uczestnictwa dzieci w procesach politycznych i prawnych do nich się odnoszących. Prezentując strategię Unii Europejskiej na rzecz praw dziecka, omówiła 6 obszarów unijnej strategii, tj. udział dzieci w życiu politycznym i demokratycznym, włączenie społeczno-ekonomiczne (obszar ten jest uzupełniany przez europejską gwarancję dla dzieci), zwalczanie przemocy wobec dzieci i zapewnienie im ochrony, wzmocnienie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dzieciom, zagadnienia społeczeństw cyfrowego oraz informacyjnego, wsparcie pozycji dzieci na całym świecie, w szczególności w związku z lokalnymi konfliktami oraz pracą dzieci. Autorka zwróciła uwagę na „tekstowy” wymiar „głosu dzieci”, który wynika z tekstu omówionej strategii UE, oraz na „dosłowny” wymiar „głosu dzieci”, związany z uczestnictwem dzieci oraz organizacją ochrony praw dziecka w konsultacjach poprzedzających przyjęcie strategii, jak również ich zaangażowaniem w proces jej wdrażania i monitorowania.

7. Trzeci panel „Dziecko w procedurze karnej”

W trzecim panelu dyskusja toczyła się wokół problematyki podmiotowości i pozycji dziecka w postępowaniu karnym. Tę część konferencji poprowadzili: **Maria Szczekało** oraz **Agata Wróbel**.

Jako pierwszy głos zabrał **mgr Tomasz Bojanowski** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). W referacie „Przesłuchanie małoletniego jako czynność dowodowa sądu w postępowaniu przygotowawczym” wskazał na wąski zakres czynności dowodowych sądu w postępowaniu przygotowawczym. Przy pomocy metody historyczno-prawnej przedstawił zmniejszającą się rolę sądu w tymże etapie postępowania w Kodeksie postępowania karnego z 1928 r., Kodeksie postępowania karnego z 1969 r. i Kodeksie postępowania karnego z 1997 r. Jednocześnie uwidoczniał anachronizm i dysfunkcjonalność modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego. Według prelegenta wzorem optymalnego uregulowania czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym, w szczególności czynności dowodowych, powinny być uregulowania państw zachodnich, choćby Francji, Hiszpanii i Niemiec. Zasadnym byłoby wprowadzenie instytucji sędziego właściwego do spraw postępowania przygotowawczego, którego zadaniem byłoby kontrolowanie tego stadium postępowania karnego, co wpłynęłoby również na poprawę standardów ochrony praw człowieka.

Następna wypowiedź należała do **mgr Angeliki Maruszewskiej** (Prokuratura Rejonowa w Rybniku). Jej wystąpienie zatytułowane: „Dziecko w postępowaniu karnym – procedura niebieskiego pokoju” dotyczyło przedstawienia szczególnej procedury przesłuchania nieletnich w postępowaniu karnym, jakim jest wysłuchanie małoletniego w specjalnym pomieszczeniu, tzw. niebieskim pokoju. Na wstępie jednoznacznie podkreśliła błędność stwierdzenia, jakoby dziecko poprzez brak wykształcenia umiejętności zapamiętywania i podatność na wpływ osób dorosłych

nie może być wiarygodnym świadkiem. Obecne badania wskazują bowiem, że już 3-letnie dziecko jest w stanie dostarczyć wiarygodnych i rzetelnych informacji. Dzięki uporowi organizacji społecznych przesłuchanie w przyjaznym pokoju jest obecnie standardem – co do zasady dziecko powinno być przesłuchane w toku sprawy jedynie raz, w obecności psychologa i prowadzącego przesłuchania sędziego, cała czynność jest nagrywana, a także obserwowana (dzięki lustru weneckiemu) przez oskarżyciela, obrońcę i protokolanta. Prowadzący musi pamiętać o dostosowaniu sposobu przesłuchania do wieku i zdolności poznawczych dziecka.

Jako kolejni głos zabrali **Nina Kurpios** oraz **Filip Stepanik** (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie), którzy wygłosili referat pt. „Ochrona praw dziecka w procesie karnym: wyzwania i perspektywy”. Skupili się oni na analizie przepisów ustawy z 9.06.2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich oraz poszczególnych elementów postępowania karnego z udziałem dziecka. W każdym aspekcie zwrócili oni uwagę na szczególną pozycję dziecka w świetle porządku krajowego i międzynarodowego, co wymaga na ustawodawcy i podmiotach stosujących prawo szczególnej ostrożności w procesie stanowienia prawa i wdrażania procedur. Dobro dziecka musi być w tym wypadku priorytetem.

Następnie referat „Dzieciństwo za kratami – sytuacja dzieci przebywających wraz z matką w funkcjonujących przy zakładach karnych domach matki i dziecka” wygłosiła **Maria Giertych** (Uniwersytet Warszawski). Autorka w swoim wystąpieniu opisała tryb możliwości – danej przez ustawodawcę matkom – odbywania kary pozbawienia wolności razem ze swoim dzieckiem. Instytucja ta ma podstawy w teorii przywiązania, sformułowanej przez brytyjskiego psychiatrę Johna Bowlby’ego, opierającej się na założeniu, iż człowiek w początkowych latach życia musi posiadać jeden obiekt dominujący (najczęściej matkę), by później nawiązywać trwałe i zdrowe relacje. Dzieci w domach matki i dziecka działających przy zakładach karnych mogą przebywać co do zasady do 3. roku życia, w szczególnych przypadkach okres ten może zostać wydłużony. Obecnie w Polsce działają 2 takie zakłady. W dalszej części prezentacji prelegentka przedstawiła tryb wnioskowania o umieszczenie w takim miejscu oraz procedury przewidziane dla funkcjonowania takich zakładów. Wskazała także na obecne problemy działania tychże instytucji, wynikające bezpośrednio z zestawienia zapisów Konwencji o prawach dziecka z 20.11.1989 r. oraz Konstytucji RP z 2.04.1997 r., jednocześnie podkreślając rolę domów matki i dziecka jako skutecznego środka wspomagającego resocjalizację osadzonych.

Temat „Dziecko jako świadek na gruncie postępowania karnego” przybliżyła **Martyna Peas** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Autorka zwróciła uwagę na gwarancje ochrony dziecka we wskazanej roli procesowej zawartej w Kodeksie postępowania karnego oraz Konwencji o prawach dziecka z 20.11.1989 r. Swoje rozważania prelegentka oparła również na „Wytycznych dotyczących wymiaru sprawiedliwości w sprawach, w których ofiarami lub świadkami przestępstw są dzieci” przyjętych przez Radę Gospodarczą i Społeczną ONZ aneksem do Rezolucji 2005/20 z 22.07.2005 r. Ich celem była standaryzacja gwarancji procesowych wobec dziecka i określenie standardu minimalnego. Dalsze rozważania miały źródło

w analizie porównawczej wskazanych dokumentów. Uwidoczniły mocne i słabe strony obowiązujących w Polsce standardów dotyczących poszczególnych procedur postępowania karnego.

Jako ostatnie głos zabrały **Paulina Czarnynoga** oraz **Zofia Wielgórska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). W referacie zatytułowanym „Dziecko w barwach błękitu – partycypacja dziecka w procedurze Niebieskiej Karty” wymieniły przyczyny wprowadzenia procedury Niebieskiej Karty. Jednocześnie omówiły mechanizmy powstawania przemocy, przeprowadzając studium psychologiczno-prawne, dążąc do uzasadnienia interwencji właściwych organów państwa w przypadku stwierdzenia dysfunkcji rodziny, której można pomóc poprzez interwencję służb, choćby w postaci wskazanej procedury. W dalszej części referatu autorki opisały tryb założenia Niebieskiej Karty ze szczególnym uwzględnieniem procedury mającej na celu ochronę praw dziecka w tym procesie.

8. Czwarty panel „Dziecko w procedurze cywilnej i administracyjnej”

Ostatni – czwarty – panel konferencji związany był z problematyką uczestnictwa dziecka w procedurze cywilnej i administracyjnej. Role moderatorów pełnili: **Julia Aleksiewicz** oraz **Wiceprezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Łukasz Sitkowski**.

Jako pierwszy głos zabrał **mgr Mariusz Nowak** (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), który wygłosił referat pt. „Udział dziecka w postępowaniu cywilnym – analiza prawno-porównawcza”. Na wstępie autor wskazał na tendencję do poprawy pozycji dziecka w postępowaniach sądowych w Europie i na świecie, co jest wynikiem związywania się przez państwa międzynarodowymi konwencjami. Następnie omówione zostały zagadnienia dotyczące sposobu implementacji norm prawa międzynarodowego w poszczególnych państwach. Panelista zaprezentował występujące na świecie modele regulujące pozycję dziecka jako świadka w postępowaniu. Na koniec podkreślił, że prawa dziecka, ze szczególnym uwzględnieniem prawa do wysłuchania, są w Polsce zasadniczo przestrzegane, jednakże wymagają dopracowania. Przedstawił również postulaty zmian, których celem byłoby wzmocnienie ochrony prawnej dziecka.

Jako kolejny referat pt. „Reprezentacja *nasciturus* w postępowaniu spadkowym” wygłosiła **mgr Joanna Karolina Kozłowska** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Na początku zapoznała ona uczestników z rzymską genezą instytucji *nasciturus*. W następnej kolejności analizie poddane zostały, istotne z punktu widzenia omawianej problematyki, normy prawa międzynarodowego, m.in. Konwencji o prawach dziecka z 1989 r. Jednocześnie wskazano na brak zdefiniowania w Konwencji momentu, w którym dany podmiot może być już uważany za dziecko i korzystać z ochrony. Przedstawione zostały właściwe regulacje prawa krajowego, które odnoszą się do pojęcia „dziecka”. Omówiono tytułowe zagadnienie reprezentacji

nasciturus w postępowaniu spadkowym, w szczególności prawa i obowiązki kuratora oraz sposób wyboru osoby pełniącej tę funkcję.

„Przebieg wysłuchania dziecka w postępowaniu o rozwód z orzekaniem o winie” to temat referatu wygłoszonego przez **mgr inż. Dominikę Pacoche-Szczerbak** (Uniwersytet Śląski w Katowicach). Na wstępie panelistka podkreśliła brak uniwersalnej definicji pojęcia „dziecko” w systemie prawnym. Następnie poruszyła problematykę szkodliwości rozwodu i jego wpływu na stan psychiczny oraz emocjonalny dziecka, jak również na jego rozwój i socjalizację. Jako kolejne omówione zostały istotne zagadnienia procesowe, tj. wysłuchanie dziecka w postępowaniu o rozwód (m.in. sposób przeprowadzenia wysłuchania, instytucja „niebieskiego pokoju”), rozumienie pojęcia „dobro dziecka”, udział biegłego sądowego przy wysłuchaniu dziecka, a także zakazy i ograniczenia związane z uczestnictwem dziecka w postępowaniu o rozwód. Na koniec autorka wskazała na konieczność lepszego przeszkolenia sędziów rodzinnych w zakresie psychologii.

Jako przedostatnia głos zabrała **Julia Starybrat** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie), która przedstawiła referat zatytułowany „Ustawa antyprzemocowa a dobro dziecka – analiza wybranych instytucji”. Omówione zostały nowelizacje tzw. ustawy antyprzemocowej oraz niektórych innych ustaw z 2020 i 2023 r. m.in. w zakresie podmiotów uprawnionych do ochrony, zakresu stosowania ustawy w nowym brzmieniu, definicji legalnych, modyfikacji dostępnych środków ochrony (np. nakaz natychmiastowego opuszczenia wspólnie zamieszkiwanego lokalu, zakaz zbliżania się do mieszkania) oraz przesłanek ich zastosowania (m.in. zagrożenie życia lub zdrowia). Autorka wskazała również na dodanie do Kodeksu karnego przestępstwa zmuszenia do zawarcia związku małżeńskiego, wzmocnienie ochrony ofiar w Kodeksie postępowania karnego (np. instytucja przyjaznych przesłuchań) oraz wprowadzenie wymogu szkoleniowego dla sędziów w przedmiocie wysłuchania osób dotkniętych przemocą. Na końcu podkreślona została rola zasady dobra dziecka przy wykładni przepisów regulujących instytucje, których celem jest ochrona dzieci.

Ostatni referat, pt. „Dziecko w procedurze administracyjnej – zagadnienia wybrane”, został przedstawiony przez **Jakuba Sychowca** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie). Na wstępie autor zwrócił uwagę, że obecne regulacje Kodeksu postępowania administracyjnego przyznają dziecku zdolność administracyjnoprawną, tzn. może być ono podmiotem ważnie przeprowadzonego postępowania administracyjnego. Drugie zaprezentowane zagadnienie dotyczyło tego, że dziecko ma możliwość bycia świadkiem. W tym zakresie omówiona została problematyka szerokiego rozumienia pojęcia „dowodu”, zasady prawdy obiektywnej oraz zakazów dowodowych. Referujący wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym dziecko może być świadkiem w postępowaniu, jeżeli jest zdolne do spostrzegania i komunikowania swoich spostrzeżeń. Zdolność ta jest natomiast oceniana przez organ. Trzeci i ostatni poruszany problem to możliwość doręczenia pisma procesowego za pośrednictwem dziecka jako podmiotu doręczającego zastępczo – na tle pojęcia „dorosły domownik”.

9. Podsumowanie

Konferencję zakończył Wiceprezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego UKSW Łukasz Sitkowski. Złożył on podziękowania organizatorom konferencji, tj. Kołu Naukowemu Prawa Karnego Procesowego WPiA UKSW i Kołu Naukowemu Prawa Konstytucyjnego UKSW oraz partnerom konferencji: Ministrowi Edukacji i Nauki dr. hab. Przemysławowi Czarnkowi, prof. KUL, Sekretarzowi Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Michałowi Wosiowi, Rzecznikowi Praw Obywatelskich dr. hab. Marcinowi Wiąckowi, prof. UW, Dyrektorowi Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości dr. hab. Marcinowi Wielcowi, prof. UKSW, Prorektorowi ds. Studenckich i Kształcenia Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie dr. hab. Annie Fidelus, prof. UKSW, Dyrektorowi Instytutu Nauk Prawnych Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie dr. hab. Arturowi Kotowskiemu, prof. UKSW, Przewodniczącej Zarządu Samorządu Doktorantów UKSW mgr lic. Marioli Pirek, Przewodniczącej Zarządu Samorządu Studentów UKSW Aleksandrze Radwańskiej, a także Izbie Adwokackiej w Warszawie, Sekcji Praktyków Prawa Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, Sekcji Praw Dziecka przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie, Akademii Liderów Sprawiedliwości, Wydziałowi Prawa i Administracji UKSW, Wydziałowej Radzie Studentów Wydziału Prawa i Administracji UKSW oraz Wydawnictwu C.H.Beck.

Konferencja stworzyła możliwość wymiany poglądów na temat pozycji procesowej dziecka. Organizatorzy zapewnili o dalszej współpracy polegającej na rozwoju debaty naukowej na temat statusu procesowego dziecka. Zaprosili również do udziału w kolejnej edycji konferencji.

Agata Wróbel, Wiktoria Zwolińska

Sprawozdanie z Ogólnopolskiego Seminarium Eksperskiego pt. „Prawna ochrona prawdy historycznej w aspekcie praktycznym i instytucjonalnym” (Warszawa, 31.05.2023 r.)

*Report from the National Expert Seminar entitled
“Legal protection of historical truth in practical and
institutional aspects” (Warsaw, 31 May 2023)*

Dnia 31.05.2023 r. w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości odbyło się seminarium eksperckie dotyczące prawnej ochrony prawdy historycznej w aspekcie praktycznym i instytucjonalnym. Organizatorem wydarzenia był **dr hab. Piotr Mostowik, prof. UJ**, Kierownik Sekcji Praw Podstawowych IWS. Wydarzenie organizacyjnie koordynowała **Wiktoria Zwolińska** z Wydawnictwa Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości. Seminarium wynikało z chęci dyskusji na temat spraw sądowych o naruszeniu dobrego imienia Polski poprzez fałszowanie historii.

W wydarzeniu uczestniczyli praktycy i akademicy, mający doświadczenie praktyczne. Współkształtowali w ostatnich latach linię orzeczniczą (np. w sprawach o sprostowanie fałszywego określenia „polskie obozy śmierci” oraz naruszenie dobrego imienia polskich żołnierzy i państwa). Są autorami pionierskich wypowiedzi w doktrynie (w tym na temat podstaw materialnoprawnych roszczeń dochodzonych w postępowaniu cywilnym i kwestii proceduralnych, jak też powiązanych wątków prawa międzynarodowego).

Seminarium eksperckie utworzył Zastępca Dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości **dr hab. Paweł Sobczyk, prof. UO**, cytując słowa historyka Felipe

Agata Wróbel jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0003-1809-0334, e-mail: agatawrobel.poczta@gmail.com

Wiktoria Zwolińska jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0009-0002-4594-418X, e-mail: wiktoriazwolinska.02@gmail.com

Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 25.10.2023 r.; data zaakceptowania do publikacji: 3.11.2023 r. Materiał nierecenzowany.

Fernándeza-Armesto o inspiracji i pobudzeniu do działania. Stanowiły ono źródło poszukiwania i dążenia do prawdziwej wiedzy historycznej, by lepiej poznać społeczeństwo poprzez postęp i rozwój. Profesor zaznaczył, że badania historii nie można pozostawić wyłącznie historykom, ponieważ prawda ta musi się obronić w różnych aspektach, takich jak poprawność polityczna, wola polityczna czy interes państwa. Skutkuje to potrzebą wsparcia w licznych dziedzinach, szczególnie w dziedzinie prawniczej. Cel seminarium to wymiana doświadczeń organizacji i instytucji w zakresie: przeciwdziałania fałszowaniu historii i popularyzowaniu przekłamania; rozpoznania problemów powiązanych z sądową ochroną przed wszelkimi oszczerstwami; przedstawienia skutecznych sposobów współdziałania instytucji w celu zapobiegania manipulacjom dotyczącym zniekształconego ukazywania wydarzeń historycznych. Pierwszy panel stanowił prezentację dotychczasowych przykładów i omówienie kluczowych kwestii prawnych – podstaw prawnych roszczeń podmiotów uprawnionych do występowania, ich prawa i krajowej jurysdykcji, a także egzekwowania orzeczeń za granicą. W drugim panelu poruszono pokrewne zagadnienia, takie jak aktualny stan teorii zajmujący się wykorzystaniem prawnych narzędzi do ochrony prawdy historycznej oraz perspektywami jej dalszego rozwoju w kontekście wsparcia procesów mających na celu zachowanie integralności historii. Kończąc powitanie, Dyrektor przytoczył fragment preambuły Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który – jak uważa – powinien stanowić motto wszystkich prawników chcących bronić prawdy historycznej.

Moderatorem pierwszego panelu był **mec. Lech Obara**. Jako pierwszy głos zabrał **mec. Szymon Topa** (pełnomocnik procesowy w sprawach z udziałem Stowarzyszenia „Patria Nostra”) i przybliżył tematykę trzech spraw dotyczących zniekształcenia prawdy historycznej poprzez używanie słów „polskie obozy zagłady”. W szczególności omówione zostały kwestie prawne w praktyce, w tym na tle sprawy z powództwa Karola Tendery – więźnia trzech obozów, który domagał się przeprosin od niemieckiej telewizji ZDF za wypowiedzenie przez dziennikarzy słów „polskie obozy śmierci”. Następnie **mec. Monika Brzozowska-Pasieka** (pełnomocnik procesowy w sprawach z udziałem Stowarzyszenia „Reduta Dobrego Imienia”) przedstawiła prowadzone przez Stowarzyszenie RDI sprawy powiązane z fałszywym ukazywaniem Holocaustu, w których pozwany są niemieckie koncerny medialne. Do najbardziej znanych spraw należy sprawa z powództwa Światowego Związku Żołnierzy Armii Krajowej i kapitana Z. Radłowskiego przeciwko niemieckiemu producentowi serialu „Nasze matki, nasi ojcowie”. W 2018 r. Sąd Okręgowy w Krakowie nakazał twórcom filmu przeprosić zarówno osobę fizyczną, jak i Związek za przedstawienie żołnierzy Armii Krajowej (AK) jako antysemitów biorących udział w mordowaniu Żydów. W 2021 r. wyrok ten – w części dotyczącej Związku – został podtrzymany przez Sąd Apelacyjny. Obecnie sprawa toczy się przed Sądem Najwyższym, gdzie rozstrzygana będzie skarga kasacyjna.

Kolejny panelista, **dr Filip Rakiewicz** (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), w swoim referacie nawiązał do zagadnienia ochrony dobra osobistego w postaci poczucia tożsamości narodowej. Mówił, że w dotychczasowym

orzecznictwie dotyczącym ochrony poczucia tożsamości narodowej i innych prawnie chronionych wartości można zauważyć pewne charakterystyczne cechy. W praktyce sądy, rozpatrując sprawy w kontekście ważnych wydarzeń historycznych, niejednokrotnie angażują się w dyskusję o przeszłości, choć nie jest to głównym zadaniem sali sądowej. Jednakże sąd może, a w niektórych przypadkach powinien, dokonać oceny stanu wiedzy na temat danego wydarzenia historycznego. Może on stanowić bardzo ważny punkt odniesienia podczas oceny wypowiedzi różnych osób, w szczególności gdy istnieją spory co do ich prawdziwości. Prelegent podkreślił, że wiele sporów o naruszenie dóbr osobistych w związku z wypowiedziami dotyczącymi „polskich obozów” stanowi następstwo rozpowszechnienia tych wypowiedzi w toku debaty publicznej na temat różnych wydarzeń z przeszłości, w której to debacie duży problem stanowi właściwe pojmowanie przesłanki bezprawności. Istotnymi kwestiami są skomplikowana sytuacja prawno-społeczna, problematyka ustanowienia przez ustawodawcę odpowiednich zasad prowadzenia debaty publicznej oraz ich konkretyzacja przez organy odpowiedzialne za stosowanie prawa. Celem ustawodawcy i organów egzekwujących prawo powinno być znalezienie odpowiedniej równowagi pomiędzy interesami wspólnotowymi i indywidualnymi. Aktualnie należy skoncentrować się na ustanowieniu konkretnych reguł prowadzenia debaty publicznej, tzn. wprowadzenia pewnych prawnych obowiązków dla uczestników debaty publicznej oraz szczególnych obowiązków ciążących wyłącznie na niektórych z tych uczestników, z uwzględnieniem ich roli w takiej debacie.

Dr hab. Piotr Mostowik, prof. UJ (Uniwersytet Jagielloński, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości), w swoim przemówieniu odniósł się do kwestii z zakresu prawa prywatnego międzynarodowego i międzynarodowego postępowania cywilnego. Przybliżył wyroki Sądu Apelacyjnego w Krakowie z lat 2016 i 2021, w których nakazano pozwanym z Niemiec przeprosić byłego więźnia obozów koncentracyjnych oraz żołnierzy AK za użycie cytatu zakłamującego prawdę historyczną. W pierwszej sprawie pozwany nie przeprosił we właściwy sposób, co stało się przyczyną wszczęcia procedury o stwierdzenie wykonalności wyroku za granicą na podstawie prawa unijnego. Następnie profesor przytoczył fragment problematycznego orzeczenia Federalnego Sądu Najwyższego (Bundesgerichtshof) z 2018 r., który w przeciwieństwie do niemieckich sądów pierwszej i drugiej instancji odmówił stwierdzenia wykonalności polskiego wyroku. Argumentował to tym, że wykonanie naruszałoby niemiecki porządek publiczny oraz prawo podstawowe do wolności słowa, które ma też oblicze negatywne (tj. prawo do milczenia). Prelegent zakwestionował takie podejście i wspominał o Europejskim Trybunale Praw Człowieka, wyznaczającym klarowną linię granic wolności słowa, wyrażania opinii oraz – co najważniejsze w kontekście konferencji – granicy niefałszowania historii (a fałszowaniem jest niewątpliwie mowa o „polskich” obozach śmierci). Kończąc referat, zaznaczył, że są argumenty za tym, aby domagać się wykonania drugiego ze wspomnianych wyroków, a także posługiwać się argumentacją literalnie wynikającą z prawa unijnego (w tym rozporządzenia Bruksela IIa) i międzynarodowego (w tym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Ponadto poruszył problematykę jurysdykcji krajowej sądów polskich,

akcentując, że stosowanie przepisów trzeba oceniać przez pryzmat skutku. Na przykład nierozsądne byłoby przyjęcie, że w sprawach o dobra osobiste prowadzenie postępowania powinno zależeć wyłącznie od cech osobistych pokrzywdzonych oraz ich udziału, ponieważ *de facto* mogłoby to oznaczać ograniczenie prawa do sądu, w szczególności w sprawach osób zamordowanych w obozach. Ponadto dochodzi tu czynnik w postaci upływu czasu od wydarzeń, które są fałszywie przedstawiane. Prelegent dodał, że w przyszłości warto wypracować konsens (w zakresie omawianym na seminarium), a także trzeba podejmować kompleksowe działania (obejmujące też kwestie majątkowe czy publicznoprawne) oraz wspierać współpracę różnych podmiotów państwowych i organizacji społecznych w celu ochrony dobrego imienia Polski za granicą, w tym w postępowaniu przed sądami cywilnymi.

Przedostatni referat pierwszego panelu wygłosił **dr Jędrzej Kondek** (Szkoła Wyższa Wymiaru Sprawiedliwości), który tematykę seminarium przedstawił w kontekście rozumienia pojęcia „prawdy”. Posłużył się orzeczeniami Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Podkreślił, że Trybunał nie może jednoznacznie określić, co jest prawdą, a co fałszem, skupiając się na kwestiach opiniowania. Taka interpretacja może skutkować potrzebą zachowania logicznego podejścia, z którego wynika, że sprowadzenie faktów historycznych do kategorii opinii umożliwia ocenę z perspektywy wolności słowa. Podczas wystąpienia dr J. Kondek skoncentrował się również na kwestii, która często jest pomijana w przepisach prawnych – na postępie technologicznym, a w szczególności na internecie. Wskazał, że podczas umieszczania treści w sieci warto być świadomym, iż publikowane informacje mogą być potencjalnie dostępne dla całego świata. W ujęciu szerokim kwestia ta łączy się z głównymi tematami poruszonymi na konferencji, ponieważ dotyczą one przede wszystkim informacji przekazywanych za pośrednictwem mediów nowoczesnych, a nie drukowanych.

Kończąc dyskusję pierwszego panelu, głos zabrał **dr Witold Borysiak** (Uniwersytet Warszawski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości). Referat rozpoczął od pojęcia „dóbr osobistych”, które stanowią przedmiot częstych rozważań w prawoznawstwie i praktyce sądowej. Pomimo ich kluczowej wagi nadal istnieje wiele niejasności i potrzeba precyzyjnych wyjaśnień. Ten stan rzeczy spowodowany jest tym, że przepisy dotyczące dóbr osobistych są stosunkowo lakoniczne, a katalog samych dóbr osobistych nie został dokładnie określony. W praktyce oznacza to, że konkretne formy ochrony dóbr osobistych są wypracowane przez sądy w orzecznictwie. Doktor podkreślił, że zawsze warto dążyć do odkrycia dobra osobistego, które równoznacznie wiąże się z poczuciem godności. Jedynie wiarygodne dowody na prawdziwość informacji i ich negatywny wpływ na godność oraz tożsamość osoby mogą wskazać na fakt naruszenia dobra osobistego. Podsumowując referat, doktor podzielił proces analizowania wypowiedzi na dwie główne kategorie – fakty i opinie. W przypadku informacji historycznych przeważają kwestie zawierające elementy zarówno faktów, jak i ocen. Dlatego – jeżeli pojawiają się wątpliwości – warto rozważyć, czy osoba podająca takie informacje działała z należytą starannością i dokładnością w dostarczeniu prawdziwych informacji.

Drugi panel, poświęcony zagadnieniom powiązanych oraz instytucjom krajowym i międzynarodowym, moderował dr hab. Piotr Mostowik, prof. UJ. Rozważania rozpoczął **dr hab. Arkadiusz Radwan**, prof. VMU (Uniwersytet Witolda Wielkiego w Kownie, Instytut Allerhanda). Podczas przemówienia przedstawił trzy perspektywy: polską, niemiecką i żydowską. Dyskusja na temat pamięci o II wojnie światowej oscyluje wokół dwóch kluczowych elementów – ofiary i sprawcy. Podczas gdy perspektywy żydowska i niemiecka są zgodne, perspektywa polska w zakresie ofiary wysuwa na pierwszy plan cierpienia narodu polskiego (co nie zawsze dostrzegają inne ofiary), a po stronie sprawstwa stawia „przemysł śmierci” państwa niemieckiego ze szczególnym naciskiem na aparat państwa jako katalizującego zagładę i obok niego wskazuje również totalitaryzm sowiecki. W zakresie ochrony polskiej perspektywy istotne jest zapobieganie zjawisku negacjonizmu. Zdaniem profesora duży potencjał ma zapewnienie takiej ochrony narzędziami prawa prywatnego, w postaci indywidualnego dochodzenia roszczeń, co w szerszej perspektywie przełoży się na ochronę publiczną.

Następnie **dr hab. Jarosław Szymanek** (Szkola Wyższa Wymiaru Sprawiedliwości, IWS) mówił o redefinicji pojęcia „immunitetu jurysdykcyjnego państwa”. Instytucja ta jest emanacją rzymskiej zasady przejawiającej się paremią *par in parem non habet imperium* (równy nie ma władzy nad równym), jako że *ratio legis* tejże instytucji z założenia było dwojakie: z jednej strony element jurydyczny zapewnienia równości i suwerenności państw, a z drugiej strony uzasadnienie polityczne, gdyż równość i suwerenność są czynnikami relewantnymi do pokojowego układania stosunków między państwami oraz ich koegzystencji. W dziedzinie immunitetu państwa można wymienić dwie główne koncepcje, które różnią się w zakresie przyznawanych uprawnień. Pierwsza z nich to koncepcja absolutna, czasem określana jako pełna lub nieograniczona. Według tej koncepcji państwo jako podmiot suwerenny posiada nieograniczone immunitety przed jurysdykcją innych państw i sądów obcych. Oznacza to, że nie może być pociągnięte do odpowiedzialności za swoje akty zarówno przed swoimi sądami wewnętrznymi, jak i przed sądami innych krajów. Z kolei druga koncepcja, czyli względna lub ograniczona, zdaje się dziś stopniowo dominować we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Zgodnie z nią państwo posiada immunitet tylko w odniesieniu do aktów typu *iure imperii*. Chodzi tu o akty wynikające z suwerennych uprawnień państwa, które mają charakter autorytarny i zaradczy. W takich przypadkach państwo nadal cieszy się ochroną przed jurysdykcją zagraniczną, jednakże – zgodnie z drugą koncepcją – nie ma immunitetu w odniesieniu do aktów *iure gestionis*. Mowa tu o aktach podejmowanych przez osoby prywatne lub przedsiębiorstwa, które działają w imieniu państwa, ale w ramach regulacji prawa cywilnego. W takich sytuacjach państwo może być poddane jurysdykcji obcych sądów i pociągnięte do odpowiedzialności za swoje działania. Ta ewolucja koncepcji zakresu immunitetu państwa odzwierciedla zmieniające się realia i wyzwania w dzisiejszym globalnym świecie. Współczesne stosunki międzynarodowe coraz częściej wymagają uznawania odpowiedzialności państw za naruszenia prawa międzynarodowego, a jednocześnie poszanowania ich suwerenności i prawa do ochrony władzy przed

nieuzasadnionymi ingerencjami. Wyklarowanie się koncepcji ograniczonego (względ- nego) immunitetu państwa wymusił coraz bardziej intensywny obrót prawny z za- granicą, szczególnie w sferze prawa cywilnego i handlowego, który dziś uznawany jest za warunek konieczny obrotów handlowych, integracji i globalizacji.

Kolejny prelegent, **mec. Lech Obara** (Stowarzyszenie „Patria Nostra”), poruszył kwestię wykonywania wyroków na terenie Niemiec w sprawach dotyczących tzw. „polskich obozów”. W 2018 r. Stowarzyszenie „Patria Nostra” podejmowało działania w Parlamencie Europejskim i komisjach prawnych PE, szukając wsparcia w związku z utratą prawa do wykonywania wyroków w ww. sprawach w Niemczech. Rozważano również możliwość skargi do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, mając na uwadze klauzulę porządku publicznego, która wpłynęła na wykładnię prawa dotyczącego wykonywania wyroków. Otrzymane odpowiedzi były impulsem do wystosowania petycji do Parlamentu Europejskiego. Wspomniano również o ko- nieczności starannego doboru tematów i przedstawiania historii w takim kontekście, by uniknąć konfliktów i naruszania dobrego imienia kraju czy grupy. Podkreślono, że Stowarzyszenie „Patria Nostra” dążyło do wniesienia przez rząd skargi do TSUE w celu odblokowania możliwości wykonywania wyroków w Niemczech. Wcześniejsze obawy, że takie działanie psuje stosunki między krajami, zostały rozwiane, a przy- kłady innych krajów pokazały, że podobne skargi odnoszą pozytywne rezultaty. W trakcie referatu zauważono również, że odpowiednie zrozumienie i poszanowa- nie wartości takich jak dobra osobiste, w tym godność i tożsamość narodowa, są klu- czowe we współpracy międzynarodowej. Prelegent podkreślił, że chociaż wykonywa- nie wyroków na terenie Niemiec stanowiło wyzwanie, dążenie do realizacji tego celu było istotne dla przestrzegania rozporządzenia unijnego z 12.12.2012 r. dotyczącego jurysdykcji. W związku z powyższym zasugerowano, że dyskusje prowadzone na konferencji mogą stanowić podstawy do podjęcia konkretnych działań. Wspomniano także o zaangażowaniu Stowarzyszenia w inne sprawy, takie jak problematyka zwią- zana z Kodeksem zobowiązań (indywidualne roszczenia reparacyjne). Podkreślono, że oprócz dyskusji i przekonywania ważne jest podejmowanie działań praktycznych (głównie edukacyjnych) w celu osiągnięcia zamierzonych celów.

Następnie **dr Andrzej Poglódek** (Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Biuro Analiz Sejmowych, IWS) skupił uwagę słuchaczy na forach pozasądowych jako narzędziu do przekonywania i współpracy z różnymi grupami. Prelegent podkreślił, że celu tych forów nie stanowią jednostki, których przekonanie jest niemożliwe z po- wodu konfliktu interesów. Fora pozasądowe koncentrują się na próbie przekonania tych, z którymi można osiągnąć porozumienie, lub tych, którzy neutralnie podchodzą do przedstawianych tematów. Współczesne organizacje międzynarodowe często zajmują się zagadnieniami związanymi z rozliczeniem ludobójstwa i pamięcią histo- ryczną. To otwiera możliwość podnoszenia takich tematów na forach pozasądowych, szczególnie w przypadku krajów, które mają wspólne doświadczenia historyczne. Przykładowo kraje takie jak Korea Południowa, Japonia, Chiny czy Wietnam mogą być odpowiednimi partnerami w rozmowach na temat dziedzictwa kolonialnego lub wojennych traum. Prelegent zaznaczył, że ważne jest, aby kwestie te poruszać

w sposób odpowiedni, niewywołujący negatywnych skojarzeń i przedstawiający historię prawdziwie. Filmy i książki, które będą wspierane przez organizacje kulturalne, powinny być starannie dobrane, aby nie naruszać dobrej reputacji kraju czy grupy. Istotne, aby unikać wydawania dzieł, które mogą stawiać politykę historyczną w złym świetle lub wspierać narrację obcej grupy. Kontekst kulturowy również ma znaczenie przy podejmowaniu takich tematów na forach pozarządowych. Odpowiednie zrozumienie i szacunek dla kultury innych narodów są kluczowe dla skutecznej współpracy. Wprowadzenie takich zagadnień do dziedzictwa kulturowego kraju może pomóc w rozwijaniu zrozumienia i przyjaźni między narodami.

W trakcie kolejnego referatu **dr Agnieszka Wedeł-Domaradzka** (Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, IWS) skupiła się na zagadnieniach związanych z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, w szczególności dotyczących kwestii ofiar, legitymacji i dopuszczalności skarg indywidualnych oraz roli organizacji pozarządowych w procesie przed Trybunałem. W pierwszej części referatu poruszyła temat przewidywanych zmian w działalności Trybunału, wskazując na ich ewolucyjny charakter. Podkreśliła, że zmiany te powinny uwzględniać zachowanie dobrych relacji międzypaństwowych, a efekty działania Trybunału będą ograniczone do możliwości wynikających z relacji dyplomatycznych między państwami. Następnie skoncentrowała się na analizie skarg indywidualnych podnoszonych przez osoby, grupy osób lub organizacje pozarządowe, których prawa zagwarantowane w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zostały naruszone. Skargi indywidualne mogą być bardziej skuteczne, jeśli dotyczą osób żyjących, z uwagi na konieczność reprezentowania ich interesów. Należy także uwzględnić aspekt wieku ofiar, które w niedalekiej przyszłości mogą już nie żyć. Następnie omówiono kwestię dopuszczalności uczestnictwa organizacji pozarządowych w procesie przed Trybunałem. Wskazano na pozytywny aspekt ich udziału, zwłaszcza w przypadku osób bezbronnych czy starszych, które mogą znaleźć wsparcie – w reprezentacji ich interesów – u organizacji pozarządowych. Jednakże pojawiła się również kwestia braku spadkobierców lub przedstawicieli prawnych, co może wpłynąć na decyzję o kontynuowaniu postępowania. Prelegentka w swoim opracowaniu wspomniała również o alternatywnych możliwościach „popierania” roszczeń, np. próbach angażowania w postępowania Komisarza Praw Człowieka Rady Europy.

Jako przedostatnia zabrała głos **dr hab. Magdalena Balczyk, prof. KAAFM** (Instytut Zachodni). Jej wystąpienie skupiło się na perspektywie niemieckiej w kontekście wyroku z 2018 r. oraz analizie polityki Republiki Federalnej Niemiec od momentu jej powstania w 1949 r. Prelegentka zaznaczyła, że wyrok z 2018 r. nie jest zaskoczeniem dla osób mających wiedzę o polityce Niemiec. Podkreśliła, że stanowi on element konsekwentnie realizowanej polityki Niemiec od ponad 75 lat, mającej na celu minimalizowanie skutków II wojny światowej. Wyrok ten jest wynikiem długofalowej strategii politycznej, która cieszy się szerokim uznaniem w niemieckich władzach ustawodawczych, wykonawczych i sądowniczych. W kontekście osłabienia stanowiska Polski, wobec tego wyroku, podkreślono brak jednoznacznej i długofalowej strategii sądowej oraz brak konsensusu ponadpartyjnego w Polsce. Zaznaczono również, że

długofalowa strategia sądownicza jest kluczowa i może przynieść pozytywne skutki, nawet jeśli obecny skład sądu niekorzystnie rozpatrzył sprawę.

Konferencję zakończyła **dr hab. Patrycja Grzebyk, prof. UW** (Uniwersytet Warszawski), dzieląc się swoimi refleksjami na temat książek poświęconych odpowiedzialności za negowanie spraw międzynarodowych¹ oraz regulacjom krajowym dotyczącym zbrodni międzynarodowych². Skupiono się w nich na różnych punktach widzenia i perspektywach, odnoszących się do tej problematyki. Podkreślono, że temat odpowiedzialności za negowanie lub umniejszanie zbrodni międzynarodowych, zarówno historycznych, jak i obecnych, jest wciąż ważny i kontrowersyjny. W książkach pod redakcją prelegentki zgromadzone zostały stanowiska i analizy osób głównie z regionu Europy Środkowo-Wschodniej, które łączą wspólne interesy w zakresie zwalczania tego problemu. W mediach nie zawsze odzwierciedlana jest rzeczywistość i czasem brakuje świadomości, że Polska, podobnie jak inne państwa, ma obowiązek prawny w zakresie zwalczania negowania lub umniejszania odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe. Jedną z książek przedstawia również głosy naukowców z innych regionów świata, takich jak amerykańscy badacze praw człowieka, którzy kładą nacisk na pełną wolność badań, nie podważając możliwości swobodnego dyskusowania o tych zagadnieniach. Prelegentka podkreślała, że ważne jest uwzględnienie różnych kultur prawnych i perspektyw w dyskusjach na temat odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe. Książka zawiera przykłady implementacji definicji zbrodni międzynarodowych w prawie krajowym wybranych państw, co pokazuje, że podejście do tej problematyki może różnić się w zależności od kontekstu kulturowego i prawno-politycznego. W jednym z rozdziałów książki zwrócono uwagę na kwestię zbrodni komunistycznych i odpowiedzialności za nie. Państwa Europy Środkowo-Wschodniej walczą o uznanie tych zbrodni na płaszczyźnie międzynarodowej oraz wprowadzenie sankcji prawnych wobec osób, które je negują. Ta perspektywa różni się od amerykańskiej, gdzie badacze przywiązują większą wagę do swobody badań nad tymi zagadnieniami.

Dzięki seminarium eksperckiemu, przeprowadzonemu 31.05.2023 r., jako kluczowe zidentyfikowano kwestie wykładni prawa cywilnego i zagadnień proceduralnych oraz kształtowania się w ostatnich latach praktyki orzeczniczej. Podkreślono jednocześnie kwestię jurysdykcji sądów polskich, która jest przedmiotem skargi kasacyjnej oczekującej na przyjęcie do rozpoznania przez Sąd Najwyższy. Wsparcia w tej sprawie udzielił ostatnio Rzecznik Praw Obywatelskich. Zauważono też potrzebę wspomagania działań zmierzających do wykonywania polskich orzeczeń nakazujących sprostowanie i przeproszenie za fałszywe twierdzenia, w tym kłamliwe określenia „polskie obozy koncentracyjne” i nieprawdziwe informacje na temat sprawstwa Holocaustu. Działania sądowe na rzecz poszkodowanych, które są od wielu lat prowadzone przez stowarzyszenia, powinny być także wspierane przez instytucje publiczne nie tylko w Polsce, ale również na forach międzynarodowych.

¹ P. Grzebyk [red.], *Odpowiedzialność za negowanie zbrodni międzynarodowych*, Warszawa 2020.

² P. Grzebyk [red.], *Zbrodnie międzynarodowe w prawie krajowym wybranych państw*, Warszawa 2022.

Seminarium wpisuje się w inne tegoroczne wydarzenia organizowane w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, które dotyczyły szeroko rozumianej problematyki prawnych aspektów polityki historycznej państwa. Nakładem Wydawnictwa IWS ukazała się książka „Sprawcy, uczestnicy i ofiary. Mikrostudium niemieckiego aparatu terroru podczas okupacji 1939–1944” (autorstwa prof. Marka J. Chodakiewicza z Institute of World Politics w Waszyngtonie)³, której zwieńczeniem było spotkanie autorskie.

Bibliografia

1. Chodakiewicz M.J., *Sprawcy, uczestnicy i ofiary. Mikrostudium niemieckiego aparatu terroru podczas okupacji 1939–1944*, Warszawa 2022.
2. Grzebyk P. [red.], *Odpowiedzialność za negowanie zbrodni międzynarodowych*, Warszawa 2020.
3. Grzebyk P. [red.], *Zbrodnie międzynarodowe w prawie krajowym wybranych państw*, Warszawa 2022.

³ M.J. Chodakiewicz, *Sprawcy, uczestnicy i ofiary. Mikrostudium niemieckiego aparatu terroru podczas okupacji 1939–1944*, Warszawa 2022.