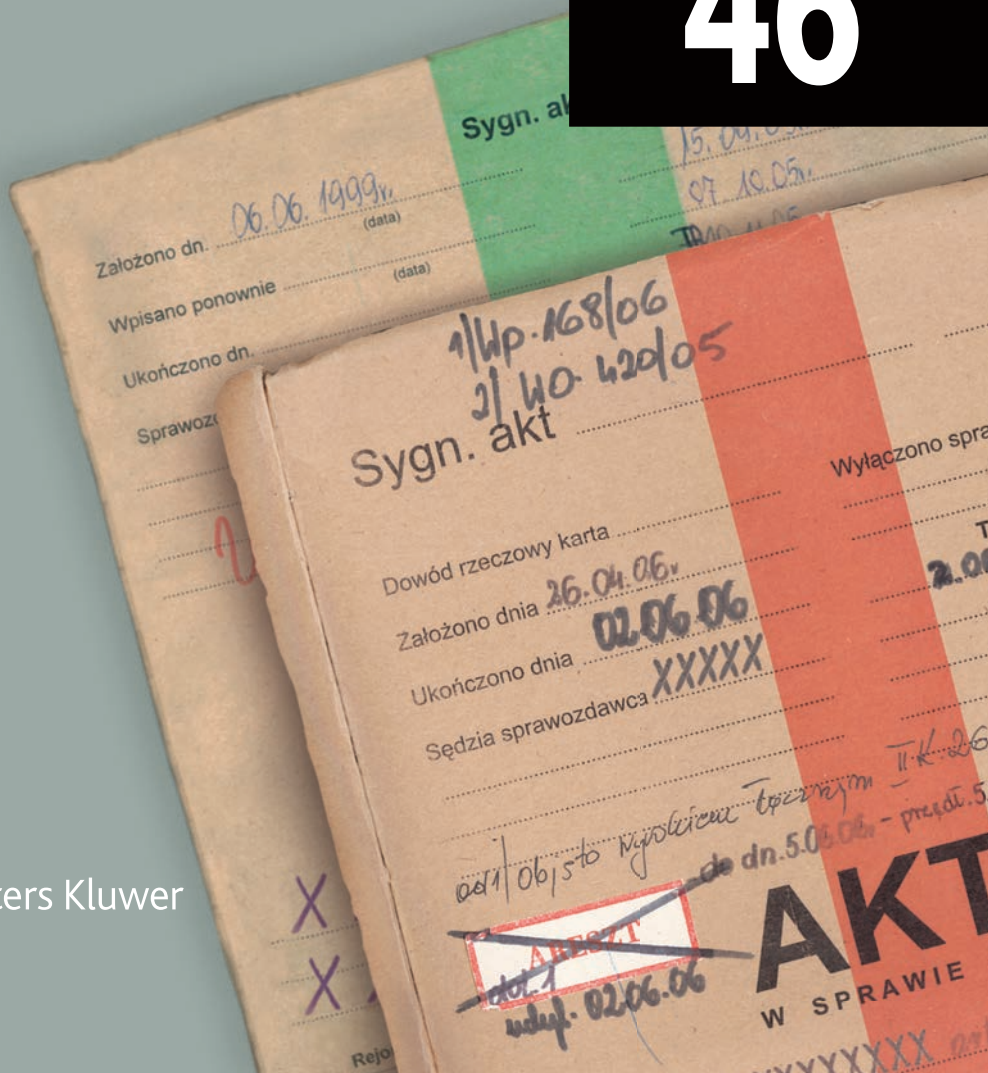


PRAWO W DZIAŁANIU

46



Wolters Kluwer



INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

46

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska

 Wolters Kluwer

Warszawa 2021

Zgodnie z Komunikatem Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 31 lipca 2019 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji
międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów w procesie ewaluacji
kwartalnik Prawo w Działaniu uzyskał 40 punktów.

ISSN: 2657-4691 (wersja online)

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

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

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33



Wolters Kluwer

DYREKTOR DZIAŁU PUBLIKACJI PERIODYCZNYCH

Klaudia Szawłowska-Milczarek

e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie czasopisma można uzyskać:

Infolinia: 801 044 545, prenumerata@wolterskluwer.pl

Obsługa Klienta tel.: (22) 535 82 72

Księgarnia Profinfo: www.profinfo.pl

Z żalem informujemy, że w dniu 10 czerwca 2021 r. po ciężkiej chorobie zmarł
Redaktor Naczelny i Przewodniczący Kolegium Redakcyjnego
„Prawa w Działaniu”



Śp.
ANDRZEJ BRONISŁAW SIEMASZKO

prof. zw. dr hab. nauk prawnych
(14 marca 1950 – 10 czerwca 2021)

pracownik Sekcji Analiz Ekonomicznych Wymiaru Sprawiedliwości
Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, członek Rady Naukowej tego Instytutu,
jego dyrektor w latach 1992–2015,
wybitny prawnik, kryminolog, nauczyciel akademicki,
prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku,
odznaczony Krzyżem Oficerskim Orderu Odrodzenia Polski

Redakcja, Dyrekcja i Pracownicy Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

RADA PROGRAMOWA

Tadeusz Ereciński (Uniwersytet Warszawski), Ondřej Frinta (Univerzita Karlova), Rafael García Pérez (Universidad de Navarra), Lech Gardocki (SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny), Uberto Gatti (Università di Genova), Beata Gruszczyńska (Uniwersytet Warszawski), Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz (Universidad de Zaragoza), Vyacheslav Navrotsky (Lwowski Państwowy Uniwersytet Spraw Wewnętrznych), Andrea Nicolussi (Università cattolica di Milano), Andrei Novikov (Petersburski Uniwersytet Państwowy), Lech Paprzycki (Akademia Leona Koźmińskiego), Martin Píry (Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici), Marek Safjan (Uniwersytet Warszawski), János Ede Szilágyi (The Ferenc Mádl Institute of Comparative Law), Antonino Vaccaro (IESE Business School), Dobrochna Wójcik (Polska Akademia Nauk), Adam Zieliński (Uniwersytet Warszawski)

REDAKTOR NACZELNY

Andrzej Siemaszko

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Andrzej Siemaszko (Przewodniczący, IWS), Elżbieta Holewińska-Łapińska (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo cywilne i rodzinne, IWS), Łukasz Pohl (zastępca redaktora naczelnego – redaktor tematyczny: prawo karne, Uniwersytet Szczeciński, IWS), Beata Bieńkowska (redaktor tematyczny: procedura karna, Uniwersytet Warszawski), Grzegorz Blicharz (redaktor tematyczny: prawo prywatne porównawcze, Uniwersytet Jagielloński), Agata Czarnecka (redaktor tematyczny: amerykańska jurysprudencja, UMK), Maciej Dybowski (redaktor tematyczny: prawa podstawowe, UAM), Robert Netczuk (redaktor tematyczny: prawo karne skarbowe, Uniwersytet Śląski), Marcin Romanowski (redaktor tematyczny: aksjologia prawa, UKSW, IWS), Leszek Wieczorek (redaktor tematyczny: kryminologia, prawo karne, procedura karna)

REDAKCJA

Paweł Bachmat (sekretarz redakcji – sprawy karne)
Jerzy Słyk (sekretarz redakcji – sprawy cywilne)
Marek Marczewski (redaktor statystyczny)
Iwona Lewandowska (korektor językowy – język polski)
Sylvia Domańska (redaktor językowy – język angielski)

ADRES REDAKCJI

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa
tel. +48 22 826 03 63
faks +48 22 826 24 01
e-mail: iws@iws.gov.pl

Spis treści:

Artykuły

Maciej Domański

Materialnoprawne i procesowe aspekty dochodzenia odszkodowania
na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów
Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania.....9

Sławomira Kotas-Turoboyska

Instytucja kuratora reprezentującego dziecko w procesie cywilnym
po nowelizacji.....28

Jędrzej Maksymilian Kondek

Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych
w świetle badań aktowych..... 47

Michał Białkowski

Odpowiedzialność deliktowa za szkodę wyrządzoną
przy leczeniu czynnością powierzoną91

Katarzyna Malinowska-Woźniak

Polski i brytyjski model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności
cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych.....112

Marcin Białecki

Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie
Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka
za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji
– zagadnienia wybrane 125

Jakub M. Łukasiewicz

Alimentacja ojczyrna (lub macochy) na rzecz pasierba..... 153

Mirosław Kosek

Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym..... 169

Piotr Mostowik

Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign
Custody of Same-Sex Persons Without Violating National Principles
on Filiation as the Ratio Decidendi of the Supreme Administrative
Court (NSA) Resolution of 2 December 2019 185

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer

Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic.
Part Three: Practical, Ethical, Procedural, and Comparative Perspectives
and Current Proposals of Legislative Solutions..... 204

Bartłomiej Oręziak, Klaudia Łuniewska

New Grounds for Civil Liability under National Law
in the Light of Article 79 of the GDPR.....223

Konrad Łuczak

Sędzia w poszukiwaniu absurdów prawnych.....233

Łukasz Gołąb

Spełnienie przesłanek uznania przedmiotu lub substancji
za „produkt uboczny” w rozumieniu art. 10 ustawy z 14.12.2012 r.
o odpadach w orzecznictwie sądów administracyjnych262

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak,

Iryna Prystenska, Joanna Repeć

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Interdyscyplinarnej
„*Religious Freedom and Education*”. Warszawa, 8–10 października 2020 r.. 276

Pro Memoria

Profesor Andrzej Siemaszko nie żyje (1950–2021) 284

Contents:

Articles

Maciej Domański Substantive and Procedural Law Aspects of Pursuing Damages on the Basis of the Act on Implementation of Certain European Union Provisions in the Field of Equal Treatment	9
Sławomira Kotas-Turoboyska A Guardian Representing a Child in Civil Proceedings after Amendments	28
Jędrzej Maksymilian Kondek Redressing the Wrong Caused in Road Accidents in the Light of Case File Studies	47
Michał Białkowski Tort Liability for Injury Caused by an Entrusted Activity During Treatment.....	91
Katarzyna Malinowska-Woźniak Polish and British Model of Civil Liability Insurance Agreement for Vehicle Possessors	112
Marcin Białecki Procedure in Cases Relating to Surrender of the Child under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, done at The Hague on 25 October 1980, Before the Court of First Instance. Selected Issues	125
Jakub M. Łukasiewicz Stepfather's (stepmother's) alimentionation to the stepchild.....	153
Mirosław Kosek Protection of Marriage and Family in Italian Divorce Law.....	169

Piotr Mostowik

Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign
Custody of Same-Sex Persons Without Violating National Principles
on Filiation as the Ratio Decidendi of the Supreme Administrative
Court (NSA) Resolution of 2 December 2019 185

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer

Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic.
Part Three: Practical, Ethical, Procedural, and Comparative Perspectives
and Current Proposals of Legislative Solutions..... 204

Bartłomiej Oręziak, Klaudia Łuniewska

New Grounds for Civil Liability under National Law in the Light
of Article 79 of the GDPR.....223

Konrad Łuczak

A Judge in Search of Legal Absurdities233

Łukasz Gołąb

The Fulfillment of Conditions for Recognizing an Object or Substance
as a 'By-Product' within the Meaning of Article 10 of the Act
of 14 December 2012 on Waste in the Case Law
of Administrative Courts.....262

Varia

Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak,

Iryna Prystenska, Joanna Repeć

Report on the International Interdisciplinary Conference
"Religious Freedom and Education". Warsaw, 8–10 October 2020 276

Pro Memoria

Professor Andrzej Siemaszko (1950–2021) has passed away..... 284

Maciej Domański*

Materialnoprawne i procesowe aspekty dochodzenia odszkodowania na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania**

1. ZAKRES OPRACOWANIA

Poniższa analiza dotyczy rozwiązań ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania¹, zawartych w jej art. 14 oraz w pewnym zakresie w art. 13, i dotyczących specyfiki dochodzenia odszkodowania w przypadku naruszenia zasady równego traktowania. Przeprowadzona zostanie ona z uwzględnieniem kontekstu systemowego, który stanowią rozwiązania stosowane w przepisach polskiego prawa prywatnego i postępowania cywilnego.

2. PREZENTACJA ANALIZOWANYCH ROZWIĄZAŃ

Ustawa, która jest przedmiotem opracowania, miała stanowić wdrożenie szeregu dyrektyw „antydiskryminacyjnych”². Zakres jej zastosowania jest niezwykle szeroki.

* Dr Maciej Domański jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, Polska, ORCID: 0000-0002-9155-8354, e-mail: m.domanski@wpia.uw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 23.03.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.04.2021 r.

¹ Ustawa z 3.12.2010 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2156) – dalej ustawa.

² Dyrektywy Rady 86/613/EWG z 11.12.1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa (Dz.Urz. WE L 359 z 19.12.1986 r., s. 56; Dz.Urz. UE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 1, s. 330); dyrektywy Rady 2000/43/WE z 29.06.2000 r. wprowadzające w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne (Dz.Urz. WE L 180 z 19.07.2000 r., s. 22; Dz.Urz. UE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 20, t. 1, s. 23); dyrektywy Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiające ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. WE L 303 z 2.12.2000 r., s. 16; Dz.Urz. UE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 5, t. 4, s. 79); dyrektywy Rady 2004/113/WE z 13.12.2004 r. wprowadzające w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług (Dz.Urz. UE L 373 z 21.12.2004 r., s. 37); dyrektywy 2006/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 5.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja preredagowana) (Dz.Urz. UE L 204 z 26.07.2006 r., s. 23) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/54/UE z 16.04.2014 r. w sprawie środków ułatwiających korzystanie z praw przyznanych pracownikom w kontekście swobodnego przepływu pracowników (Dz.Urz. UE L 128 z 30.04.2014 r., s. 8).

Zgodnie z art. 1 ustawa określa obszary i sposoby przeciwdziałania naruszeniom zasady równego traktowania ze względu na płeć, rasę, pochodzenie etniczne, narodowość, religię, wyznanie, światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Zakresem wynikającej z niej ochrony objęte są nie tylko osoby fizyczne, lecz także osoby prawne oraz tzw. ułomne osoby prawne (art. 2 ust. 1 ustawy).

Kluczowym i najbardziej ogólnym pojęciem, którym posłużono się w ustawie jest „nierówne traktowanie”. Zostało ono zdefiniowane w art. 3 pkt 5. Odnosi się ono wyłącznie do osób fizycznych i oznacza traktowanie ich w sposób będący jednym lub kilkoma z zachowań takich jak: dyskryminacja bezpośrednia, dyskryminacja pośrednia, molestowanie, molestowanie seksualne, a także mniej korzystne traktowanie osoby fizycznej wynikające z odrzucenia molestowania lub molestowania seksualnego lub podporządkowania się molestowaniu lub molestowaniu seksualnemu, oraz zachęcanie do takich zachowań i nakazywanie tych zachowań. Należy wskazać, że pojęcia dyskryminacji bezpośredniej, dyskryminacji pośredniej, molestowania i molestowania seksualnego zostały również zdefiniowane w art. 3 ustawy.

Ogólny zakaz nierównego traktowania przewidziany w analizowanym akcie prawnym ma na celu ochronę nie tylko osób fizycznych (art. 6, 7, 8), lecz także osób prawnych i tzw. ułomnych osób prawnych (art. 10). Naruszenie zakazu nierównego traktowania w odniesieniu do osób prawnych i tzw. ułomnych osób prawnych następuje, jeżeli miało ono miejsce ze względu na rasę, pochodzenie etniczne lub narodowość jej członków (art. 10 *in fine*).

Naruszenie zasady równego traktowania zostało objęte szczególną sankcją. Zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy każdy (a więc nie tylko osoby fizyczne, ale także osoby prawne i tzw. ułomne osoby prawne³), wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania. Należy zauważyć, że ustawodawca w sprawach naruszenia zasady równego traktowania odesłał wprost (a nie tylko odpowiednio) do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego⁴. Przynajmniej *prima facie* przesądza to, że przewidziana sankcja ma charakter cywilnoprawny i musi zostać wpisana w system odpowiedzialności cywilnej.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy do postępowań o naruszenie zasady równego traktowania stosuje się wprost (a nie odpowiednio) przepisy Kodeksu postępowania cywilnego⁵. Nie budzi więc wątpliwości, że sprawy o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady równego traktowania są sprawami cywilnymi (art. 1 k.p.c.).

Ustawodawca w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy przewidział szczególny mechanizm ułatwiający dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. Podmiot, który zarzuca naruszenie zasady równego traktowania jedynie uprawdopodobnia fakt jej naruszenia (art. 14 ust. 2) i w takim przypadku ten, któremu zarzucono naruszenie tej zasady, jest obowiązany wykazać, że nie dopuścił się jej naruszenia.

³ M. Pecyna, *Ochrona osób prawnych przed dyskryminacją w kontekście ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*. Opracowanie przygotowane na zlecenie Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_ochrona_osob_prawnych_przed_dyskryminacja_w_kontekście_ustawy.pdf (dostęp: 21.03.2021 r.).

⁴ Ustawa z 23.06.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

3. ANALIZA ROZWIĄZANIA PRZYJĘTEGO W ART. 14 USTAWY

Rozwiązanie przyjęte w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy ma charakter szczególny. Nie stanowi ono domniemania prawnego ani wyłącznie zmiany ciężaru dowodu⁶. W pierwszej kolejności ustawodawca przewidział ułatwienie dla zarzucającego naruszenie zasady równego traktowania w postaci zastąpienia ciężaru udowodnienia tej okoliczności jedynie uprawdopodobnieniem. Uprawdopodobnienie w prawie procesowym cywilnym jest przeciwstawiane pojęciu udowodnienia. Zgodnie z art. 243 k.p.c. zachowanie szczegółowych przepisów o postępowaniu dowodowym nie jest konieczne, ilekroć ustawa przewiduje uprawdopodobnienie zamiast dowodu. Jest więc ono środkiem mniej sformalizowanym⁷. Jak podkreśla się w doktrynie, cytowany przepis stanowi, że nie jest konieczne zachowanie „szczegółowych”, a nie „jakichkolwiek” przepisów o postępowaniu dowodowym. Ułatwienia nie mogą wypaczać fundamentów systemu dowodowego⁸. I tak przykładowo konieczne jest przestrzeganie ograniczeń co osób, które mogą być świadkami⁹. Sygnalizowane ułatwienie umożliwia posłużenie się środkami niespełniającymi wymagań stawianych dowodom, a ponadto nawet przy zastosowaniu środków dowodowych nie jest konieczne (choć oczywiście niewykluczone) korzystanie z nich w pełni sformalizowany sposób¹⁰. Dopuszczalne odstępstwa mogą dotyczyć przykładowo: dopuszczenia nieformalnego przesłuchania strony czy osób trzecich¹¹ albo tzw. prywatnej opinii specjalistów, którzy nie zostali powołani przez sąd w charakterze biegłych¹². Należy zauważyć, że z uwagi na ostatnie zmiany w zakresie postępowania dowodowego takie jak np. poszerzenie definicji dokumentu – art. 243 [1] k.p.c., czy też możliwość złożenia zeznań przez świadka na piśmie – art. 271 [1] k.p.c., które zmierzają do jego odformalizowania, wskazane różnice pomiędzy sposobami uprawdopodobnienia a udowodnienia faktów tracą na znaczeniu.

Najistotniejszą różnicą pomiędzy dowodem a uprawdopodobnieniem jest obniżenie stopnia pewności co do wystąpienia badanego faktu. W polskiej doktrynie prawa procesowego cywilnego przyjmuje się, że wyjściowo stopień dowodu został określony bardzo wysoko: jako wymaganie pewności, iż zaistniał dowodzony fakt¹³. Stanowisko takie wywodzone jest z treści art. 6 k.c.¹⁴ W przypadku analizowanej regulacji ustawodawca *expressis verbis* przewidział rozwiązanie, zgodnie z którym powoda nadal obciąża ciężar, tyle że uprawdopodobnienia faktów relewantnych

⁶ W zakresie odróżnienia domniemania prawnego od zmiany rozkładu ciężaru dowodu zob. B. Janiszewska, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, I ACa 1459/01*, „Przegląd Sądowy” 2005/1, s. 194; B. Janiszewska [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2018, komentarz do art. 6, nb 36 i n.

⁷ Z. Resich [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. Z. Resich, W. Siedlecki, Warszawa 1975, s. 423.

⁸ M. Iżykowski, *Charakterystyka prawna uprawdopodobnienia w postępowaniu cywilnym*, „Nowe Prawo” 1980/3, s. 78.

⁹ M. Iżykowski, *Charakterystyka...*, s. 78.

¹⁰ K. Knoppek [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. II, cz. II. *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, red. T. Ereciński, T. Wiśniewski, Warszawa 2016 (dział I, rozdział 1, 5.9).

¹¹ T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016, komentarz do art. 243, nb 6.

¹² Z. Resich [w:] *Kodeks...*, t. 1, s. 424; K. Markiewicz [w:] *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Warszawa 2010, s. 118.

¹³ P. Ryłski, *Stopień dowodu w postępowaniu cywilnym – zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Prawa Cywilnego” 3/2016, s. 498.

¹⁴ P. Ryłski, *Stopień...*, s. 498.

– w tym naruszenia zasady równego traktowania. W zakresie wskazanej okoliczności, podmiot nie musi stworzyć przekonania sędziowskiego graniczącego z pewnością, że dany fakt miał miejsce, ale wystarczające jest wykazanie prawdopodobieństwa jego wystąpienia. W literaturze podkreśla się, że analizując prawdopodobieństwo wystąpienia faktu można wyróżnić wiele jego poziomów od samej możliwości (występujące wątpliwości nie wyłączają w pełni prawdziwości danego twierdzenia) aż do pewności (gdy wszystkie możliwe wątpliwości zostają usunięte)¹⁵. Zagadnienie, jak wysokie powinno być wykazane prawdopodobieństwo, aby można było je uznać za uprawdopodobnione stanowi przedmiot dyskusji¹⁶. Zdaje się jednak dominować ujęcie restrykcyjne wskazujące, że prawdopodobieństwo powinno być wysokie i znajdować potwierdzenie w zgromadzonym materiale faktycznym oraz okolicznościach, a więc być znaczące i przeważające¹⁷. Ponadto przyjęte w tym zakresie rozwiązanie nie musi być jednakowe dla każdej instytucji procesowej. Zdecydowanie należy uwzględnić kontekst korzystania z uprawdopodobnienia¹⁸. Tradycyjnie przyjmowano, że uprawdopodobnienie dotyczy wyłącznie kwestii wypadkowych i ubocznych¹⁹, oraz iż nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia co do istoty sprawy²⁰. W analizowanym przypadku ustawodawca zdecydował się na istotne odstępstwo od tej zasady. Co prawda, uprawdopodobnienie zostało powiązane ze zmianą ciężaru (i przedmiotu) dowodu, jednak w przypadku braku udowodnienia przez drugą stronę niedopuszczenia się naruszenia zasady równego traktowania może stać się ono podstawą rozstrzygnięcia co do istoty sprawy. W związku z takim celem wprowadzenia uprawdopodobnienia należy zdecydowanie przyjąć jego restrykcyjną interpretację. Nie chodzi więc tu tylko o jakiekolwiek prawdopodobieństwo naruszenia zasady równego traktowania, ale o to, że stopień takiego prawdopodobieństwa powinien być wysoki. Przekazane informacje mają wystarczyć do osiągnięcia przekonania co do ich wystąpienia²¹, a więc twierdzenie musi być lepiej uzasadnione niż jego negacja²². Koncepcja uprawdopodobnienia zbliża się tu więc do zasady *51%-rule* (przeważającego prawdopodobieństwa) znanej z systemów prawnych *common law*. Zdecydowanie należy również przyjąć, że uprawdopodobnienie nie może opierać się wyłącznie na stanowisku strony twierdzącej²³.

Ponadto należy jednoznacznie podkreślić, że obniżenie stopnia dowodu nie obejmuje pozostałych przesłanek roszczenia odszkodowawczego. Nie ma również

¹⁵ M. Iżykowski, *Charakterystyka...*, s. 73.

¹⁶ K. Knoppek [w:] *System...*, t. II, cz. II, *Postępowanie...*

¹⁷ M. Iżykowski, *Charakterystyka...*, s. 73 i n.; K. Markiewicz [w:] *Dowody...*, s. 119; K. Knoppek [w:] *System...*, t. II, cz. II, *Postępowanie...*

¹⁸ M. Walasik [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. V. *Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, A. Jakubecki, Warszawa 2016 (rozdział 5, 5.4)

¹⁹ Z. Resich (aktualizacja J. Lapierre, K. Weitz), *Postępowanie cywilne*, J. Lapierre, J. Jodłowski, Z. Resich, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, Warszawa 2016, s. 471; W. Broniewicz (aktualizacja A. Marciniak), *Postępowanie cywilne w zarysie*, W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, Warszawa 2020, s. 295.

²⁰ M. Iżykowski, *Charakterystyka...*, s. 76; K. Markiewicz [w:] *Dowody...*, s. 117; K. Piasecki, *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012 (cz. druga, rozdział VI, pkt 4).

²¹ K. Markiewicz [w:] *Dowody...*, s. 119.

²² M. Iżykowski, *Charakterystyka...*, s. 76; K. Knoppek [w:] *System...*, t. II, cz. II, *Postępowanie...*

²³ Tak przykładowo: T. Ereciński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. II. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016, komentarz do art. 243, nb 3; T. Demendecki [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. I. *Komentarz do art. 1–729*, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2017, komentarz do art. 243; J. Misztal-Konecka [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II. *Komentarz. Art. 205[1]–424[12]*, red. A. Marciniak, Legalis 2019, komentarz do art. 243, nb 23; Sąd Najwyższy (dalej SN) w postanowieniu z 12.10.2006 r., I BU 5/06, LEX nr 489023.

charakteru definitywnego. Druga strona może w postępowaniu kwestionować prawidłowość uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania (sytuacja jest podobna do kwestionowania prawdziwości przesłanki domniemania) i dowodzić, że prawdopodobieństwo naruszenia zasady równego traktowania jest niższe niż jej nienaruszenia.

Należy również zwrócić uwagę na to, że w przeciwieństwie do sytuacji, gdy uprawdopodobnienie definitywnie zastępuje dowód stając się podstawą rozstrzygnięcia sądu (np. o oddaleniu opozycji po uprawdopodobnieniu przez interwenienta ubocznego, że ma interes prawny we wstąpieniu do sprawy – art. 78 § 2 k.p.c., czy o ustanowieniu kuratora, gdy wnioskodawca uprawdopodobni, iż miejsce pobytu strony nie jest znane – art. 144 § 1 k.p.c.), w analizowanym przypadku uprawdopodobnienie faktu naruszenia zasady równego traktowania przenosi ciężar dowodu na drugą stronę i zmienia jego temat²⁴. Przeciwnik procesowy zostaje obciążony ciężarem udowodnienia, że nie dopuścił się jej naruszenia (art. 14 ust. 3 *in fine*). Konsekwencją nieudowodnienia tego faktu będzie brak możliwości wywodzenia z niego skutków prawnych (art. 6 k.c.). Wystarczające dla uwzględnienia powództwa (przy udowodnieniu wystąpienia pozostałych przesłanek) jest uprawdopodobnienie naruszenia zasady równego traktowania przy braku udowodnienia przez drugą stronę, że nie dopuszczono się jej naruszenia. Wskazana konstrukcja zbliża się do nieuregulowanego ani w przepisach materialnych, ani w procesowych dowodu *prima facie* (w szczególności w interpretacji przyjmującej, że konstrukcja ta prowadzi do zmiany rozkładu ciężaru dowodu²⁵).

4. OCENA PRZYJĘTEGO ROZWIĄZANIA

Dokonanie oceny zarysowanych rozwiązań jest niezwykle trudne. Bezpośrednio determinuje ją przyjęta koncepcja wykładni przesłanek roszczenia przewidzianego w art. 13 ustawy, co wyznacza również zakres postępowania dowodowego i finalnie zakres oraz doniosłość przyjętych ułatwień dla strony dochodzącej roszczeń wynikających z naruszenia zasady równego traktowania.

4.1. Interpretacja wpisująca roszczenia z ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania w system cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest spełnienie trzech przesłanek: zajście zdarzenia, z którym ustawa wiąże powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej, istnienie szkody (jak dodają niektórzy bezprawnej²⁶) oraz związku przyczynowego między

²⁴ W odniesieniu do zwrotów ustawowych „chyba, że” B. Janiszewska [w:] *Kodeks...*, nb 47.

²⁵ Zob. L. Morawski, *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, „Studia Prawnicze” 1980/1–2, s. 239; K. Markiewicz [w:] *Dowody...*, 89 i n.; E. Jaworska-Góral, *Dowód prima facie*, „Przegląd Sądowy” 2010/11–12, s. 162; M. Białkowski, *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, „Palestra” 2014/3–4, s. 116; I. Andrych-Brzezińska, *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015, s. 181 i n.

²⁶ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 56 i n.; R. Strugała, *Dobra i interesy chronione w strukturze czynu niedozwolonego*, Warszawa 2019, s. 417 i n.

zdarzeniem a szkodą²⁷. Pierwsza przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej w istocie sprowadza się do dwóch. Chodzi bowiem o zdarzenie wyrządzające szkodę oraz okoliczność, która, zgodnie z zasadą odpowiedzialności mającą zastosowanie *in concreto*, uzasadnia ustalenie odpowiedzialności adresata roszczenia. Należy również przypomnieć, że nadal w doktrynie podkreśla się naczelny charakter zasady winy²⁸. Zgodnie z tym założeniem wina jest główną i ogólną zasadą odpowiedzialności, a pozostałe znajdują zastosowanie w szczególnych sytuacjach, gdy wyraźnie tak stanowi norma odpowiedzialność tę przewidująca²⁹. Uwzględniając treść analizowanych przepisów ustawy, jak również rozwiązania systemowe cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej należy uznać, że ustawodawca w art. 13 ustawy określił właśnie takie zdarzenie, z którym związana jest odpowiedzialność odszkodowawcza. Zdarzeniem tym jest zdefiniowane wyżej naruszenie zasady równego traktowania. Wskazana konstrukcja nie powoduje jednak wyeliminowania pozostałych ogólnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej w postaci szkody i związku przyczynowego³⁰. Jest to tym bardziej oczywiste, że w art. 13 ust. 2 ustawy bezpośrednio odesłano do stosowania przepisów Kodeksu cywilnego, a więc w szczególności art. 361. Należy jednocześnie zaznaczyć, że opisane powyżej ułatwienia dowodowe dotyczą wyłącznie zdarzenia szkodzącego, ale już nie samej szkody i związku przyczynowego, które muszą zostać przez powoda udowodnione zgodnie z ogólnymi regułami³¹ w zakresie rozkładu ciężaru dowodu oraz stopnia dowodu jako wiarygodności (pewności) wystąpienia faktu. Ponadto, należy zauważyć, że ogólna regulacja art. 361 § 2 k.c. ogranicza zakres obowiązku odszkodowawczego do określonych elementów szkody majątkowej, a roszczenie o zadośćuczynienie musi być uzasadnione przepisem szczególnym³² takim jak np. art. 448 k.c. Przykładowo, przepisy ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta³³ (art. 1, 4) jednoznacznie rozróżniają odszkodowanie i zadośćuczynienie (pieniężne za doznaną krzywdę). Oznacza to, że na podstawie art. 13 ustawy można domagać się wyłącznie odszkodowania w zakresie szkody majątkowej (w pełnym zakresie obejmującym *damnum emergens* i *lucrum cessans*), ale już nie szkody niemajątkowej (krzywdy)³⁴. Przy takiej interpretacji większego znaczenia nabiera art. 16 ustawy w którym wskazano, że dochodzenie roszczeń na podstawie niniejszej ustawy nie pozbawia prawa do dochodzenia roszczeń na podstawie

²⁷ A. Szpunar, *Czynny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XV, s. 39 i n.; T. Dybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, cz. 1, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 197; M. Kaliński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 31.

²⁸ A. Szpunar, *Czynny...*, s. 40; T. Dybowski [w:] *System...*, t. 3, *Prawo...*, s. 201; W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 232.

²⁹ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *W sprawie wykładni art. 448 k.c.*, „Przegląd Sądowy” 1997/1, s. 6; M. Kaliński [w:] *System...*, t. 6, *Prawo...*, s. 51; B. Lackoroński [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2020, komentarz do art. 415, nb 38.

³⁰ Tak również: M. Barzycka-Banaszczyk, *Dyskryminacja (nierówne traktowanie) w stosunkach cywilnoprawnych*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2019/1, s. 10 i n.

³¹ M. Barzycka-Banaszczyk, *Dyskryminacja...*

³² M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 221.

³³ Ustawa z 6.11.2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2020 r. poz. 849).

³⁴ R. Strugała, *Prawotprawne skutki naruszenia zakazu nierównego traktowania – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016/4, s. 16; M. Barzycka-Banaszczyk, *Dyskryminacja...*, s. 11; podobnie de lege lata E. Łętowska, *Implementacyjne grzechy przeciw effet utile*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014/1, s. 58.

przepisów innych ustaw. Jeżeli więc naruszenie zasady równego traktowania będzie stanowiło jednocześnie naruszenie dóbr osobistych osoby fizycznej, można domagać się zadośćuczynienia na ogólnych zasadach, tzn. na podstawie art. 448 k.c., jak również przy ogólnych zasadach dowodowych. Możliwość domagania się zadośćuczynienia na tej podstawie przez osoby prawne i ułomne osoby prawne jest przedmiotem kontrowersji w doktrynie, ale wydaje się, że wzrasta grupa autorów dopuszczających taką możliwość³⁵.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 10 dyrektywy 2010/41/UE z 7.07.2010 r.³⁶ państwa członkowskie UE wprowadzają do swoich krajowych systemów prawnych środki niezbędne do zapewnienia rzeczywistego i skutecznego zadośćuczynienia **lub** rzeczywistego i skutecznego odszkodowania – **zależnie od decyzji państw członkowskich – za straty lub szkody** poniesione przez osobę w wyniku dyskryminacji ze względu na płeć, przy czym takie zadośćuczynienie lub odszkodowanie mają zniechęcać do dyskryminacji, a jednocześnie być proporcjonalne do poniesionej straty lub szkody (wszystkie pogrubienia – M.D.). Podobną treść nadano art. 18 dyrektywy 2006/54/WE z 5.07.2006 r.³⁷ Analizowane w art. 13 ustawy rozwiązanie można więc interpretować jako świadomą decyzję ustawodawcy co do wyboru przyjmowanego rozwiązania.

Przedstawiona powyżej interpretacja art. 13 ustawy została również zaakceptowana przez część judykatury. Sąd Okręgowy (dalej SO) w Warszawie w wyroku z 18.11.2015 r.³⁸ stwierdził, że: „odszkodowanie z art. 13 ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania (...) nie podlega rozróżnieniu na naprawienie szkody majątkowej i niemajątkowej (krzywdy). (...) w ocenie Sądu *a quem* przeważające znaczenie ma brzmienie przepisu, który przewiduje jedynie przyznanie odszkodowania. Natomiast w paragrafie drugim tego przepisu znajduje się odesłanie do kodeksu cywilnego i właśnie to odesłanie ma dla Sądu Okręgowego o tyle przeważające znaczenie, że kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia w osobnych jednostkach redakcyjnych kodeksu odpowiedzialność za szkodę majątkową i niemajątkową. Dlatego też, gdyby ustawodawca w istocie zechciał rozróżnić w ustawie wdrożeniowej odpowiedzialność za szkodę majątkową i za krzywdę zostałoby to rozróżnione już w samej treści przepisu”.

Podobne stanowisko zajął SO w Warszawie w wyroku z 12.05.2015 r.³⁹ Sąd orzekający stwierdził po pierwsze, że przepis art. 14 ustawy „nie może być interpretowany w ten sposób, że samo zarzucenie naruszenia zasady równego traktowania automatycznie stanowi uprawdopodobnienie faktu jej naruszenia. Tak przyjęta wykładnia prowadziłaby do szeregu nadużyć kosztem podmiotów, które w sytuacji, gdzie rzeczywiście nie doszło do naruszenia przedmiotowej zasady, z uwagi na niezależne przyczyny, byłyby pozbawione możliwości skutecznego wykazania bezpodstawności zarzutu dyskryminacji. Swoboda w podnoszeniu zarzutu

³⁵ Zob. B. Lackoroński, *Majątkowa ochrona dóbr osobistych osób prawnych* [w:] *Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. II, red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczńska-Pieczniak, J. Szczotka, Warszawa 2020, s. 340 i n. oraz cytowaną tam literaturę.

³⁶ W sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn prowadzących działalność na własny rachunek oraz uchylająca dyrektywę Rady 86/613/EEG (Dz.Urz. UE L 180 z 2010 r., s. 1).

³⁷ W sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (Dz.Urz. UE L 204 z 2006 r., poz. 26).

³⁸ V Ca 3611/14, LEX nr 2147965.

³⁹ II C 125/14, LEX nr 2149609.

dyskryminacji ograniczona jest rzeczywistym uprawdopodobnieniem okoliczności naruszenia zasady równego traktowania przez osobę, która na te okoliczności się powołuje. W przypadku dopiero rzeczywistego uprawdopodobnienia istnienia dyskryminacji, przerzucony zostaje ciężar dowodu na pozwaną⁴⁰. Po drugie, jednoznacznie przyjęto, że na podstawie analizowanych rozwiązań nie można domagać się zadośćuczynienia, a jedynie odszkodowania. Pogląd został podtrzymany w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23.08.2016 r.⁴⁰

Przy akceptacji przedstawionych założeń konstrukcja zawarta w art. 14 ust. 2 i 3 nie budzi fundamentalnych wątpliwości, a mankamenty przyjętego rozwiązania mają mniejsze znaczenie praktyczne. Regulacja materialna zostaje bowiem wpisana w system odszkodowawczej odpowiedzialności cywilnej. Zachowane zostają ogólne i konstytutywne jej przesłanki: szkoda i związek przyczynowy, w zakresie których ciężar dowodu obciąża powoda. Możliwość zasądzenia zadośćuczynienia dotyczy wyłącznie sytuacji doznanej krzywdy w okolicznościach naruszenia dóbr osobistych (zgodnie z dominującym poglądem – zawinionego). Ułatwienie przewidziane dla powoda dotyczy wyłącznie zdarzenia szkodzącego, w postaci naruszenia zasady równego traktowania i nie oznacza możliwości oparcia powództwa wyłącznie na oświadczeniu powoda, że zdarzenie wystąpiło, ale wymagane jest jego uprawdopodobnienie. Nawet uprawdopodobnienie nie wyłącza możliwości dowodzenia przez pozwanego braku wystąpienia zdarzenia.

Obiekcje może jedynie budzić pewna jednowymiarowość przyjętego mechanizmu. Należy przypomnieć, że koncepcja dowodu *prima facie* bywa kontestowana w literaturze⁴¹. Dzieje się tak pomimo że jej zastosowanie dopuszcza się tylko w niektórych rodzajach spraw (medycznych czy procesach mankowych), a ponadto formuluje się dość wąskie tego kryteria. Przykładowo, Lech Morawski wskazał, że dowód *prima facie* wolno zastosować: gdy przeprowadzenie dowodu na zasadach ogólnych jest dla strony niemożliwe z przyczyn przez nią niezawinionych, ewentualnie przeprowadzenie na zasadach ogólnych jest wprawdzie możliwe, ale znacznie utrudnione wskutek nieuczciwego lub niesumiennego postępowania przeciwnika strony, która będzie z tego dowodu korzystać, jeżeli spór dotyczy takiej dziedziny aktywności ludzkiej, w której jedna ze stron jest laikiem, druga natomiast może być uznana za eksperta, który ma większe szanse udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń (dowód *prima facie* nie może być zastosowany przeciwko stronie będącej laikiem)⁴². Mirosław Nesterowicz analizując dopuszczalność dowodu *prima facie* w sprawach medycznych, zaproponował następujące przesłanki: zdarzenie nie miałoby miejsca, gdyby pozwany dołożył należytej staranności, istnieje duże prawdopodobieństwo, że zdarzenie nastąpiło w czasie, gdy powód znajdował się pod kontrolą pozwanego, zachowanie się powoda w tej sytuacji było bierne, aby nie można było wyprowadzić wniosku, iż sam sobie wyrządził szkodę⁴³. Jak słusznie podkreślił Krystian Markiewicz: „[n]ie widzę powodów, dla których to stronę

⁴⁰ I ACa 1522/15, LEX nr 2149609.

⁴¹ K. Piasecki, *Dowód prima facie w procesie cywilnym i międzynarodowym procesie cywilnym* [w:] *Studia z procesu cywilnego*, Katowice 1986, s. 161 i n.; B. Janiszewska, *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania faktyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, „Prawo i Medycyna” 2004/2, s. 124 i n.

⁴² L. Morawski, *Domniemania faktyczne...*, s. 239 i n.

⁴³ M. Nesterowicz, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 (I ACa 69/00)*, „Prawo i Medycyna” 2020/11, t. 4, s. 130.

pozwana należy obciążać *probatio diabolica*, a przecież często tak samo, jak powód nie będzie mógł udowodnić faktu zakażenia w szpitalu, tak samo pozwany nie będzie tego mógł udowodnić, że na pewno do zakażenia w szpitalu nie doszło. (...) zwolennicy dowodu *prima facie*, w której dochodzi do zmiany ciężaru dowodu na pozwanego, zdają się przyjmować, że niemożliwość udowodnienia braku swojej odpowiedzialności przez pozwanego, a tym samym przyjęcia przez sąd jego odpowiedzialności (np. szpitala) jest sprawiedliwe, bo z dwojga złego lepiej jest, jeśli ucierpi szpital niż pacjent. Trudno jednak przyjmować co jest, a co nie jest sprawiedliwe tworząc teoretyczne konstrukcje dowodu *prima facie*. Lepiej jest pozostawić tę możliwość sądowi, które w konkretnych przypadkach będą mogły skorzystać czy to z proponowanej tu koncepcji dowodu *prima facie* (bądź innej) lub też dokonując ustaleń w oparciu o treść art. 231 i 233 KPC⁴⁴.

Przyjęty w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy mechanizm nie pozostawia miejsca sądowi na żadną ocenę zasadności aplikacji tego ułatwienia. Jest tak, pomimo że zakres zdarzenia szkodzącego w postaci naruszenia zasady równego traktowania jest niezwykle szeroki i obejmuje nie tylko dyskryminację bezpośrednią i pośrednią, ale również molestowanie i molestowanie seksualne, mniej korzystne traktowanie osoby fizycznej wynikające z odrzucenia takich zachowań oraz zachęcanie do takich zachowań (art. 3 pkt 5 ustawy). Ponadto regulacja obejmuje nie tylko np. relacje pracownicze i inne, w które wpisana jest dysproporcja wiedzy, „siły” i dostępu do dowodów, ale także relacje horyzontalne pomiędzy nieprofesjonalistami np. w zakresie usług (art. 4 pkt 4 e ustawy)⁴⁵. Katalog zdarzeń mogących rodzić odpowiedzialność dotyczy bardzo różnych sytuacji: z jednej strony dyskryminacji, a więc w uproszczeniu traktowania osoby mniej korzystnie niż innej właśnie ze względu na pewną cechę (czy cechy), a z drugiej – np. molestowania seksualnego, a więc każdego niepożądanego zachowania o charakterze seksualnym wobec osoby fizycznej lub odnoszące się do płci, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności tej osoby (art. 3 pkt 4 ustawy).

Przykładowo, przy zastosowaniu dyskryminujących kryteriów w postępowaniu rekrutacyjnym do pracy czy przy przyjęciu na studia zastosowanie analizowanej konstrukcji nie budzi wątpliwości: aplikująca osoba fizyczna – po pierwsze – jest nie tylko (przynajmniej z zasady) „słabsza” i nie dysponuje takimi możliwościami ochrony swoich interesów jak przeciwnik, a po drugie, nie jest możliwe przedstawienie przez nią dowodów stosowania dyskryminujących kryteriów, ponieważ tylko prowadzący postępowanie rekrutacyjne może udowodnić, jakie kryteria stosował. W innych jednak przypadkach obarczenie pozwanego (który np. nie jest profesjonalistą i gdy między stronami nie występuje dysproporcja sił) dowodem wykazania braku dyskryminacji, czy molestowania może okazać się przerzuceniem na niego ciężaru właściwie niemożliwego do przeprowadzenia (*probatio diabolica*). Aplikacja analizowanej reguły oznacza właśnie zaakceptowanie skutku, że brak możliwości udowodnienia przez pozwanego braku odpowiedzialności, parafrazując K. Markiewicza, jest sprawiedliwe, bo z dwojga złego lepiej jest, gdy

⁴⁴ K. Markiewicz [w:] *Dowody...*, s. 94.

⁴⁵ Zob. Z. Jabłońska, M. Kulak [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, LEX/el. 2017, komentarz do art. 4 pkt 4 lit. E.

ucierpi pozwany niż powód w sprawach o odszkodowanie z tytułu naruszenia zasady równego traktowania. L. Morawski uzasadniając dopuszczalność stosowania dowodu *prima facie* podkreślił: „wątpić należy w sensowność i moralność zasady, która w imię zgodności z prawem każe stronom przegrywać nie dlatego, że ich twierdzenia są fałszywe, lecz dlatego, że nie mają możliwości, z reguły niezawinionej przez siebie, wykazania ich prawdziwości, w sytuacji gdy taką możliwość ma strona przeciwna”⁴⁶. Bezwzględność i bezalternatywna konieczność stosowania art. 14 ust. 2 i 3 ustawy w każdej sytuacji, bez względu na okoliczności konkretnej sprawy i układ stron postępowania, jak również jego przedmiot, może prowadzić do systemowego i przewidywalnego odwrócenia sytuacji: strona pozwana przegrywa proces nie dlatego, że jej twierdzenia są fałszywe, ale dlatego iż nie ma niezawinionej przez siebie możliwości wykazania ich prawdziwości. Wydaje się, że w niektórych przypadkach konsekwentne stosowanie analizowanej normy będzie prowadziło do nieuzasadnionego naruszenia równości środków procesowych (równości broni)⁴⁷.

Należy wszakże dostrzec, że analizowane rozwiązanie wynika z regulacji prawa unijnego. Zgodnie z art. 10 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE z 27.11.2000 r. państwa członkowskie podejmują niezbędne środki dla zapewnienia, aby strona pozwana musiała udowodnić, że nie wystąpiło pogwałcenie zasady równego traktowania w przypadku gdy osoby, które uważają się za pokrzywdzone w związku nieprzestrzeganiem wobec nich zasady równego traktowania, ustalą przed sądem lub innym właściwym organem fakty, które nasuwają przypuszczenie o zaistnieniu bezpośredniej i pośredniej dyskryminacji. Podobne mechanizmy zostały przewidziane w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/43/WE z 29.06.2000 r., art. 19 ust. 1 dyrektywy 2006/54/WE z 5.07.2006 r. czy art. 9 ust. 1 dyrektywy 2004/113/WE z 13.12.2004 r.

W celu zapewnienia (czy też próby zapewnienia) równości broni w analizowanych postępowaniach odszkodowawczych, należy postulować, po pierwsze, o zwracanie przez sądy uwagi na ścisłe wymaganie realnego uprawdopodobnienia naruszenia zasady równego traktowania, a nie np. poprzestanie na samym postawieniu zarzutu przez stronę. Należy również zauważyć, że przedmiotem uprawdopodobnienia jest, zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy, fakt naruszenia zasady równego traktowania, a nie zdarzenie, które jedynie mogło prowadzić do naruszenia tej zasady. Przykładowo, nie wydaje się wystarczające dla uprawdopodobnienia naruszenia wykazanie, że odbyło się postępowanie konkursowe, którego twierdzący nie wygrał. Musi nastąpić uprawdopodobnienie, że było to spowodowane właśnie naruszeniem zasady równego traktowania. Po drugie, niezwykle istotne jest nierozciąganie analizowanego mechanizmu na pozostałe przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (szkodę, związek przyczynowy czy naruszenie dóbr osobistych i krzywdę przy żądaniu zadośćuczynienia na podstawie art. 448 k.c.).

Pewną egzemplifikacją trudności praktycznych z ustaleniami w toku analizowanych postępowań może być stwierdzenie sądu zawarte w uzasadnieniu sprawy II C 125/14: „z przeprowadzonych w postępowaniu dowodów wynika, że to (powódka – dop. M.D.)

⁴⁶ L. Morawski, *Domniemanie a dowody prawnicze*, Toruń 1981, s. 111.

⁴⁷ Zob. T. Ereciński, K. Weitz, *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego*. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego. Serock k. Warszawy, 24–26.09.2009 r., red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010, s. 54 i n.

oczekiwała «nierównego» traktowania, w tym znaczeniu, że liczyła na obniżenie wymagań w stosunku do niej». Jak podkreśla się w literaturze, ochrona osób słabszych przed praktykami dyskryminacyjnymi nie jest nieograniczona i musi mieścić się w racjonalnych granicach⁴⁸.

4.2. Autonomiczna interpretacja roszczenia z ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania

Zaprezentowana powyżej interpretacja nie jest jedyną przyjmowaną w doktrynie, i co jeszcze ważniejsze, w orzecnictwie sądów powszechnych. W literaturze prawnomiędzynarodowej i z zakresu praw człowieka przedstawiono model wykładni zupełnie odrywający rozwiązanie zawarte w art. 13 (a więc również w art. 14) ustawy od systemu cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Pierwszym jej elementem jest objęcie dyspozycją normy wynikającej z art. 13 nie tylko odszkodowania, ale także zadośćuczynienia. Mechanizm takiej interpretacji nie do końca jest jasny. Z jednej strony, podkreśla się konieczność szerokiego uwzględnienia kontekstu europejskiego, w szczególności orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE) oraz dorobku doktryny i judykatury na gruncie art. 18[3d] Kodeksu pracy⁴⁹, a więc szerokiego i autonomicznego interpretowania terminu „odszkodowanie” na gruncie art. 13 ustawy. Z drugiej strony sygnalizuje się, że każdy przejaw dyskryminacji stanowi naruszenie dobra osobistego w postaci godności⁵⁰. Koncepcje te wydają się być niespójne. Zgodnie z pierwszą z nich (która miała zostać potwierdzona modyfikacją art. 13 zaproponowaną w projekcie z 26.05.2015 r.⁵¹) art. 13 ust. 1 jest samodzielną podstawą zasądzenia zadośćuczynienia (pogląd obejmuje również samodzielność tej regulacji jako podstawy zasądzenia odszkodowania o czym niżej). W takim przypadku zbędne byłoby odesłanie do stosowania wprost przepisów Kodeksu cywilnego w sprawach naruszenia zasady równego traktowania (art. 13 ust. 2). Wniosek taki jest tym bardziej uzasadniony, że zwolennicy koncepcji wskazują na kryteria i przesłanki ustalania zadośćuczynienia, zupełnie oderwane od zasad ustalania odszkodowania w k.c. (odrzućenie zasady winy czy konieczności wykazania krzywdy).

⁴⁸ M. Safjan, *Granice ochrony osób słabszych – pomiędzy równością a dyskryminacją pozytywną* [w:] *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*, red. A. Janik, Warszawa 2009, s. 110.

⁴⁹ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1320). M. Górski, *Roszczenia...*; podobnie z powołaniem na to stanowisko K. Kędziora [w:] *Ustawa...*, komentarz do art. 13, nb 10.

⁵⁰ K. Kędziora [w:] *Ustawa...*, nb 3; podobnie SO w Łomży w wyroku z 22.03.2017 r., I Ca 75/17, LEX nr 3128834.

⁵¹ Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, druk sejm. nr 3664, Sejm VII kadencji. Zgodnie z propozycją art. 13 ust. 1 miał mieć następującą treść: każdy wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania lub zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, lub też może żądać, ażeby osoba która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności ażeby złożyła oświadczenie w odpowiedniej treści i formie. Proponowano również dodanie ust. 1a o treści: osoba, wobec której naruszono zasadę równego traktowania ma prawo do odszkodowania lub zadośćuczynienia w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie odrębnych przepisów. Należy przypomnieć, że projekt w tym zakresie spotkał się z negatywną opinią, np. SN, zob. Uwagi do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, 21.08.2015 r., <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=0D95D22618421EBCC1257EB2002241CC> (dostęp: 21.03.2021 r.).

Zgodnie natomiast z drugą koncepcją (wiązącą każdorazowo naruszenie zasady równego traktowania z naruszeniem dobra osobistego w postaci godności człowieka) cała konstrukcja autonomicznej wykładni art. 13 ust. 1 i objęcia nim zadośćuczynienia byłaby zupełnie zbędna (podobnie, jak postulat zmiany jego treści). Jeżeli każde naruszenie zasady równego traktowania byłoby naruszeniem godności jako dobra osobistego, to wprost należałoby zastosować art. 448 k.c. W tym przypadku należałoby jednak pamiętać, że naruszenie dóbr osobistych nie jest jedyną podstawą zasądzenia zadośćuczynienia, ale jest konieczne (zależnie od wariantu interpretacyjnego⁵²) udowodnienie winy, jak również wystąpienia szkody niemajątkowej (krzywdy)⁵³, a także adekwatnego związku przyczynowego⁵⁴. Słabym punktem wskazanej interpretacji jest akceptacja stanowiska, zgodnie z którym każde nierówne traktowanie musi stanowić naruszenie dóbr osobistych, a nawet prowadzić do wystąpienia krzywdy⁵⁵. Konkluzja ta budzi poważne wątpliwości. Tylko przykładowo należy zasygnalizować, że „nierówne traktowanie” obejmuje również zachęcanie do zachowań takich jak dyskryminacja, molestowanie czy molestowanie seksualne (art. 3 pkt 5 *in fine*).

Aby wyeksponować systemowe wątpliwości, które rodzi wskazana powyżej interpretacja warto przypomnieć, jakie kontrowersje budzi obowiązywanie zasady *neminem laedere*⁵⁶. Nawet jej zwolennicy przyjmują, że: „nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności cywilnej, w tym w szczególności nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej. Jej naruszenie może jednak stanowić wstępną przesłankę uzasadniającą stwierdzenie, że określone zachowanie może rodzić odpowiedzialność cywilną. O tym jednak, czy określone naruszenie dóbr spowoduje powstanie odpowiedzialności cywilnej, jaki będzie jej rodzaj oraz (...) zakres przesądza charakter zdarzenia sprawczego (...) oraz jego skutki”⁵⁷. Analizowana koncepcja idzie zdecydowanie dalej i prowadzi do przyjęcia, że podstawą odpowiedzialności jest wyłącznie naruszenie zasady równego traktowania w oderwaniu nie tylko od zdarzenia sprawczego, ale także jego skutków w postaci szkody.

Wykładnia art. 13 ustawy odrywająca roszczenie tam przewidziane od zasad cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej idzie jeszcze dalej. Wskazuje się, że to „odszkodowanie” powinno przede wszystkim pełnić funkcję prewencyjną (w zakresie prewencji generalnej i indywidualnej), a wręcz represyjną⁵⁸. W tym kontekście przywołuje się art. 17 dyrektywy 2000/78/WE, zgodnie z którym sankcje, które mogą określać wypłacenie odszkodowania ofierze muszą być skuteczne,

⁵² Zob. zamiast wielu: M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. I. *Komentarz. Art. 1–449*[10], red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020, komentarz do art. 448, nb 9 i n.

⁵³ Zob. szeroko J. Jastrzębski, *Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej*, „Palestra” 3–4/2005, s. 39 i n.

⁵⁴ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 367; podobnie Z. Banaszczyk [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449*[10], red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020, komentarz do art. 361, *passim*; choć odmiennie np. A. Koch [w:] *Kodeks cywilny*, t. II. *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Legalis 2019, komentarz do art. 361, nb 48.

⁵⁵ Zob. R. Strugała, *Dobra...*, s. 15.

⁵⁶ Zob. przykładowo, M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 36 i n.; Z. Banaszczyk [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, nb 25; Ł. Zelechowski, *Ochrona oznaczeń odróżniających w prawie zwalczania nieuczciwej konkurencji. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2019, s. 399.

⁵⁷ B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenie dóbr*, Warszawa 2013, s. 56 i n.

⁵⁸ M. Górski, *Roszczenia...*; K. Kędziora [w:] *Ustawa...*, nb 10; jako postulat E. Łętowska, *Implementacyjne...*, s. 58.

proporcjonalne i dolegliwe. Uniezależnia to roszczenie z art. 13 ustawy od wysokości szkody (a więc również konieczności jej udowodnienia), a ponadto prowadzi do konkluzji, że naruszenie (a właściwie samo uprawdopodobnienie naruszenia) zasady równego traktowania jest jedyną i wystarczającą podstawą zasądzenia „odszkodowania” (które jest niezależne od szkody i obejmuje również zadośćuczynienie)⁵⁹.

Powyższy kierunek interpretacji prezentowany jest także w orzecznictwie. W uzasadnieniu do wyroku z 6.08.2019 r.⁶⁰ Sąd Rejonowy w Toruniu stwierdził⁶¹: „[i]stnieje szereg argumentów, przemawiających za tym, że w art. 13 ustawy termin odszkodowanie został użyty w tym drugim, szerszym znaczeniu (obejmującym szkodę niemajątkową – dop. M.D.). Po pierwsze, przemawia za tym sama treść ustawy, która stanowi, iż prawo do odszkodowania przysługuje każdemu (wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona). Oznacza to, że naruszenie zasady równego traktowania jest **jedyną** przesłanką przyznania odszkodowania na podstawie ustawy. Należy się ono **niezależnie** od wystąpienia szkody majątkowej ani od **winy** naruszciciela. Tymczasem polskiemu prawu cywilnemu obca jest instytucja odszkodowania (rozumianego jako wynagrodzenie szkody majątkowej) bez wystąpienia szkody. Treść ust. 2 art. 13 ustawy wskazuje zaś, iż odszkodowanie to powinno być ustalane przy uwzględnieniu zasad, określonych w art. 361 § 2 KC. Dyskryminacja natomiast **zawsze** jest źródłem krzywdy, ponieważ nieuchronnie wiąże się z naruszeniem godności człowieka. (...) Wykładnia art. 13 ust. 1 ustawy, uwzględniająca użycie przez ustawodawcę terminu odszkodowanie w jego szerszym znaczeniu, daje więc podstawę do zastosowania sankcji odszkodowawczej (w postaci zadośćuczynienia za krzywdę) również w sytuacji, gdy naruszenie zasady równego traktowania nie skutkowało powstaniem szkody majątkowej. (...) Po drugie, przemawia za tym ukształtowana wykładnia art. 18 3d Kodeksu pracy. (...) W konsekwencji, należy ją (ustawę – dop. M.D.) interpretować zgodnie z ich (dyrektyw – dop. M.D.) brzmieniem i celem. Istotne znaczenie w tym zakresie ma art. 17 Dyrektywy (...), który stanowi, że Państwa Członkowskie ustanowią zasady stosowania sankcji obowiązujących wobec naruszeń przepisów krajowych przyjętych zgodnie z niniejszą dyrektywą i podejmą wszelkie niezbędne działania dla zapewnienia ich stosowania. Sankcje, które mogą określać wypłacenie odszkodowania ofierze, muszą być skuteczne, proporcjonalne i dolegliwe”. Sąd zacytował również fragment wyroku TSUE z 17.04.2013 r., C-81/12⁶²: „[k]ara w czysto symbolicznym wymiarze nie może zostać uznana za dającą się pogodzić z prawidłowym i skutecznym wdrożeniem dyrektywy”. Z drugiej strony, w uzasadnieniu podkreślono, że: „[z]godnie z art. 13 ust. 2 ustawy przy ustaleniu wysokości należnego mu odszkodowania należało zastosować przepisy kodeksu cywilnego. Ponieważ powód domagał się w istocie zadośćuczynienia za naruszenie dobra osobistego, zastosowanie znajdował art. 448 KC (z tym zastrzeżeniem, że z uwagi na treść art. 13 ust. 1 ustawy przesłanką jego przyznania **nie była wina naruszciciela**)”,

⁵⁹ M. Górski, *Roszczenia...*; K. Kędziora [w:] *Ustawa...*, nb 6.

⁶⁰ I C 469/18, LEX nr 2736448.

⁶¹ Z uwagi na doniosłość podniesionych argumentów konieczne jest obszerne przytoczenie fragmentów uzasadnienia.

⁶² Wyrok TSUE z 17.04.2013 r., C-81/12, *Asociația Accept* przeciwko *Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275.

i następnie: „[w] konsekwencji przyjęcia kompensacyjnego charakteru zadośćuczynienia wskazuje się, że jego wysokość zależy głównie od rozmiaru doznanej krzywdy, na który wpływają przede wszystkim intensywność i czas trwania cierpień fizycznych lub psychicznych”.

Cytowane uzasadnienie w znacznym zakresie powtarza argumentację zawartą w przywołanych powyżej publikacjach. Tylko na marginesie należy dostrzec jego niespójność. Skoro Sąd podkreślił, że naruszenie zasady równego traktowania jest „jedyną przesłanką przyznania odszkodowania” w dodatku obejmującego zarówno szkodę majątkową, jak i niemajątkową, to odwoływanie się do regulacji Kodeksu cywilnego staje się po prostu zbędne. Pomijając „przejsięcie do porządku” nad treścią art. 13 ust. 2 ustawy, nie ma podstaw do przyjęcia, że „odszkodowanie (...) powinno być ustalane przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 361 § 2 k.c.”. Powstaje pytanie, dlaczego zastosowanie miałby znaleźć akurat art. 361 § 2 k.c., ale już nie np. art. 361 § 1 k.c. Ponadto zacytowany przez Sąd przepis dotyczy, jak wcześniej już wskazano, wyłącznie szkody majątkowej. Skoro naruszenie zasady równego traktowania jest jedyną przesłanką przyznania odszkodowania (szeroko rozumianego), to poszukiwanie uzasadnienia zasądzenia zadośćuczynienia w konstrukcjach chroniących dobra osobiste wydaje się zupełnie zbędne. Stwierdzenie jednak, że dyskryminacja jest zawsze źródłem naruszenia godności człowieka przenosi rozważania na płaszczyznę ochrony dóbr osobistych, w tym ochrony majątkowej (art. 448 k.c.). Przeczy to wcześniejszemu stwierdzeniu, że samodzielną podstawą przyznania odszkodowania (w tym zadośćuczynienia) jest sam art. 13 ustawy. Sąd arbitralnie uznał, że z analizowanej ustawy wynika odstępianie od wymagania winy na gruncie art. 448 k.c., po czym podkreślił kompensacyjny charakter zadośćuczynienia uzależnionego od doznanej krzywdy, choć wcześniej argumentował, iż przesłanką „odszkodowania” jest wyłącznie naruszenie zasady równego traktowania niezależnie od takich przesłanek jak szkoda. Ponadto uzasadnienie przyjmowanej wykładni przesłanek i zakresu roszczeń odszkodowawczych, do których wprost stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego (art. 13 ust. 2 ustawy) za pomocą odwołania się do Kodeksu pracy, którego art. 300 nakazuje stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego jedynie odpowiednio i tylko w sprawach nieunormowanych przepisami prawa pracy, oraz jeżeli nie są one sprzeczne z zasadami prawa pracy, można uznać za błąd metodologiczny.

Pozostawiając na boku wątpliwości o charakterze szczegółowym, prezentowany kierunek interpretacji jest pełnym oderwaniem konstrukcji roszczenia z art. 13 ust. 1 ustawy od systemu cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Pomijając fakt, że treść art. 13 ust. 2 ustawy zupełnie przeczy takiemu podejściu, należy zauważyć, iż ma ono bardzo daleko idące konsekwencje. Obecnie nie budzi wątpliwości, że podstawową funkcją odpowiedzialności odszkodowawczej jest kompensacja⁶³. Dotyczy to również rekompensaty doznanej krzywdy. „Elementy natury penalnej należy co do zasady wyłączyć z rozważań nad odpowiedzialnością odszkodowawczą”⁶⁴.

⁶³ Tylko przykładowo: T. Dybowski [w:] *System...*, t. III, *Prawo...*, s. 208; A. Szpunar, *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, „Państwo i Prawo” 2003/1, s. 19 i n.; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 146; A. Śmieja [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6. *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 391 i n.

⁶⁴ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 147.

Punkt widzenia kompensacji determinuje rozmiar odszkodowania, w szczególności odszkodowanie nie może przewyższać szkody (zasada restytucji), ponieważ oznaczałoby to karanie sprawcy. Przywołana zasada znajduje zastosowanie również w zakresie uszczerbków niemajątkowych⁶⁵. Polskiemu systemowi prawnemu obca jest koncepcja *punitive damages*⁶⁶. Jak podkreślił SN w wyroku z 11.10.2013 r.⁶⁷: „[n]ie dałyby się (...) pogodzić z zasadą proporcjonalności rozwiązania przyznającego poszkodowanemu świadczenie pieniężne od osoby odpowiedzialnej za szkodę w wysokości oderwanej od rozmiaru wyrządzonej szkody (niemajątkowej lub majątkowej), mające pełnić wyłącznie funkcję represyjną i prewencyjną. Ukaranie sprawcy czynu niedozwolonego i prewencja stanowią przede wszystkim cele kary w rozumieniu prawa karnego. Wymierzenie takiej kary jest objęte monopolem państwa i następuje przy zachowaniu szczególnych gwarancji procesowych dla osoby, na którą jest ona nakładana, i nie służy wzbogaceniu poszkodowanego. Nałożenie na sprawcę szkody w ramach sankcji cywilnoprawnych obowiązku spełnienia świadczenia na rzecz poszkodowanego w wysokości oderwanej od rozmiaru szkody, o funkcjach wyłącznie represyjnych i prewencyjnych, należących do zadań prawa karnego, a przy tym bez zachowania gwarancji wymaganych przy stosowaniu sankcji prawnokarnych, wkraczałoby w istocie w sposób nieuzasadniony w materię prawa karnego i było środkiem całkowicie nieadekwatnym z punktu widzenia zasadniczego zadania norm prawa cywilnego dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej, którym jest wyrównanie uszczerbku doznanego przez poszkodowanego bez jego wzbogacenia”.

Streszczony powyżej kierunek interpretacji zmierza do fundamentalnej reinterpretacji funkcji roszczenia literalnie odszkodowawczego (art. 13 ust. 1 ustawy). Twierdzenie o „odszkodowaniu bez szkody” nawet w sferze językowej stanowi oksymoron. Postulowany mechanizm ma charakter represyjny i w pewnym zakresie prewencyjny na co jednoznacznie wskazują stwierdzenia o „dolegliwości”, „skutku odstraszającym”, czy też „karze”. Takie ujęcie nie tylko podaje w wątpliwość jego odszkodowawczy, ale być może w ogóle cywilnoprawny charakter. Jest charakterystyczne, że w opinii Prokuratora Generalnego do cytowanego projektu ustawy z 21.08.2015 r.⁶⁸ (przenoszącego wprost powyższe założenia do treści przepisów) znalazło się stwierdzenie: „[n]ie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, że objęte zmianami przepisy art. 13 ustawy (...) mają charakter norm represyjnych...”.

W kontekście powyższych wniosków również konstrukcja art. 14 ust. 2 i 3 ustawy zaczyna budzić podstawowe wątpliwości. Jeżeli przyjąć, że jedyną przesłanką roszczenia jest naruszenie zasady równego traktowania, a nie jest prawnie relewantne istnienie szkody (majątkowej czy niemajątkowej), związku przyczynowego, jak również winy powstaje odpowiedzialność obiektywna za sam fakt naruszenia zasady

⁶⁵ Należy však zwrócić uwagę, że w niektórych rodzajach spraw takich jak tzw. procesy prasowe czy medyczne podkreśla się istotne znaczenie funkcji prewencyjnej, a nawet represyjnej. Nie ma ona jednak znaczenia pierwszoplanowego, a jedynie uzupełniający, zob. T. Grzeszak, *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2007/100, s. 135 i n.; B. Janiszewska, *O zadośćuczynieniu za naruszenie praw pacjenta*, „Monitor Prawniczy” 2017/13, s. 823 i n.; M. Wałachowska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III. *Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353–534), red. M. Fras, M. Habdas, LEX/el. 2018, komentarz do art. 448, nb 7.

⁶⁶ M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 163.

⁶⁷ I CSK 697/12, OSNC 2014/1, poz. 9.

⁶⁸ Pismo PG VII G 025/221/15, <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=0EF1697348C6E-3BAC1257E99004B9FCB> (dostęp: 21.03.2021 r.).

równego traktowania. Do tego zdarzenie (czyn?) z którym związana jest odpowiedzialność określone jest niezwykle płynnie (zob. definicję nierównego traktowania). Czyniłoby to odpowiedzialność ze wskazanej ustawy zdecydowanie surowszą niż odpowiedzialność karna, gdzie m.in. konieczne jest precyzyjne opisanie czynu zabronionego (*nullum crime sine lege certa*, *nullum crimen sine lege stricta*), jak też przypisanie winy (*nullum crimen sine culpa*)⁶⁹, a na płaszczyźnie procesowej obowiązuje zasada domniemanie niewinności (art. 5 Kodeksu postępowania karnego⁷⁰).

Przy takim ujęciu ułatwienie dowodowe obejmujące jedyną przesłankę odpowiedzialności nie tylko nie jest uzasadnione, ale także narusza procesową zasadę równości broni. Jeżeli ustawodawca chce dokonać implementacji wskazanych dyrektyw, przyjmując represyjny i prewencyjny środek majątkowy stosowany w przypadku każdego naruszenia zasady równego traktowania, to powinien dokonać tego poza reżimem cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, jak również przewidując środki zapewniające realną możliwość obrony pozwanego.

Na marginesie należy stwierdzić, że analiza wskazanych orzeczeń ujawniła istotne rozbieżności w wykładni przepisów badanej ustawy. Wydaje się, że mają one charakter tak istotny, iż powinny stać się podstawą przedstawienia wniosku o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego Sądowi Najwyższemu przez Prezesa SN lub inny organ mający do tego kompetencję (art. 83 ustawy o Sądzie Najwyższym⁷¹).

Summary

Maciej Domański, *Substantive and Procedural Law Aspects of Pursuing Damages on the Basis of the Act on Implementation of Certain European Union Provisions in the Field of Equal Treatment*

The paper addresses the issue of liability in damages in case of infringement of the principle of equal treatment within the meaning of the Act of 3 December 2010 on Implementation of Certain European Union Provisions in the Field of Equal Treatment. This Act is an attempt to implement a number of anti-discrimination directives in the Polish national law. Pursuant to Article 13(1) of the Act, anyone in whose respect the principle of equal treatment has been infringed is entitled to damages. In these cases the provisions of the Civil Code (Article 13(2)) and the Code of Civil Procedure (Article 14(1)) apply directly. A very important solution is provided for in Article 14(2) of the Act: an entity alleging an infringement of the principle of equal treatment should only substantiate, rather than prove the infringement.

In both legal scholarship and case law of general courts major doubts have appeared concerning: grounds for liability in damages enforced on the basis of the cited regulations, the range of circumstances covered by the facilitation in the form of reduced degree of likelihood of their occurrence or the kind of damage compensated for on the basis of the analysed provisions (the problem of possibility of awarding redress). The paper provides an analysis of various models of interpreting the solution in question and attempts to optimally fit the examined regulation in the system of civil liability in damages.

Keywords: *discrimination, damages, redress, burden of proof, substantiation*

⁶⁹ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 32 i n.

⁷⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 534).

⁷¹ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r. poz. 825 ze zm.).

Streszczenie

Maciej Domański, *Materialnoprawne i procesowe aspekty dochodzenia odszkodowania na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*

W artykule przedstawione zostało zagadnienie odpowiedzialności odszkodowawczej w przypadku naruszenia zasady równego traktowania w rozumieniu ustawy z 3.12.2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Ustawa ta stanowi próbę wdrożenia do polskiego prawa wewnętrznego szeregu dyrektyw antydyskryminacyjnych. Zgodnie z jej art. 13 ust. 1 każdy, wobec kogo zasada równego traktowania została naruszona, ma prawo do odszkodowania. W sprawach tych stosuje się wprost przepisy Kodeksu cywilnego (art. 13 ust. 2) oraz Kodeksu postępowania cywilnego (art. 14 ust. 1). Niezwykle istotne rozwiązanie zostało przewidziane w art. 14 ust. 2 ustawy: podmiot, który zarzuca naruszenie zasady równego traktowania jedynie uprawdopodabnia, a nie udowadnia fakt jej naruszenia. Zarówno w doktrynie prawa, jak i orzecznictwie sądów powszechnych ujawniły się istotne wątpliwości dotyczące: przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej realizowanej na podstawie cytowanych regulacji, zakresu okoliczności objętych ulatwieniem w postaci obniżenia stopnia prawdopodobieństwa ich wystąpienia czy rodzaju uszczerbków kompensowanych na analizowanej podstawie (problem możliwości zasądzenia zadośćuczynienia). W opracowaniu poddano analizie różne modele wykładni przedmiotowego rozwiązania oraz podjęto próbę optymalnego wpisania badanej regulacji w system cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej.

Słowa kluczowe: dyskryminacja, odszkodowanie, zadośćuczynienie, ciężar dowodu, uprawdopodobnienie

Literatura:

1. Andrych-Brzezińska I., *Ciężar dowodu w prawie i procesie cywilnym*, Warszawa 2015.
2. Banaszczyk Z. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020.
3. Barzycka-Banaszczyk M., *Dyskryminacja (nierówne traktowanie) w stosunkach cywilnoprawnych*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2019, nr 1.
4. Białkowski M., *Dowód prima facie w postępowaniu cywilnym dotyczącym szkód powstałych w związku z leczeniem*, Palestra 2014, nr 3–4.
5. Broniewicz W. (aktualizacja A. Marciniak) [w:] *Postępowanie cywilne w zarysie*, W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, Warszawa 2020.
6. Czachórski W., Brzozowski A., Safjan M., Skowrońska-Bocian E., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
7. Demendecki T. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–729*, red. A. Jakubecki, LEX/el. 2017.
8. Dybowski T. [w:] *System prawa cywilnego*, t. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, cz. 1, red. Z. Radwański, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981.
9. Ereciński T., Weitz K., *Prawda i równość stron w postępowaniu cywilnym a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego. Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Postępowania Cywilnego*. Serock k. Warszawy, 24–26 września 2009 r., red. T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010.
10. Ereciński T. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2. *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el. 2016.
11. Górski M., *Roszczenia niematerialne w postępowaniach o dyskryminację*, opracowanie przygotowane na zlecenie Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/Opinia_Roza_roszczenianiematerialne_w_postepowanich_o_dyskryminacje.pdf

12. Grzeszak T., *Celebryci kontra tabloidy, czyli o nowych funkcjach zadośćuczynienia. Prawo własności intelektualnej wczoraj, dziś i jutro*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego 2007, nr 100.
13. Izykowski M., *Charakterystyka prawna uprawdopodobnienia w postępowaniu cywilnym*, Nowe Prawo 1980, nr 3.
14. Jabłońska Z., Kułak M. [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, LEX/el. 2017.
15. Janiszewska B., *Dowodzenie w procesach lekarskich (domniemania fatyczne i reguły wnioskowania prima facie)*, Prawo i Medycyna 2004, nr 2.
16. Janiszewska B., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, I ACa 1459/01*, Przegląd Sądowy 2005, nr 1.
17. Janiszewska B., *O zadośćuczynieniu za naruszenie praw pacjenta*, Monitor Prawniczy 2017, nr 13.
18. Janiszewska B., *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, LEX/el. 2018.
19. Jastrzębski J., *Kilka uwag o naprawieniu szkody niemajątkowej*, Palestra 2005, nr 3–4.
20. Jaworska-Góral E., *Dowód prima facie*, Przegląd Sądowy 2010, nr 11–12.
21. Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014.
22. Kaliński M. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.
23. Kędziora K. [w:] *Ustawa o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania. Komentarz*, red. K. Kędziora, K. Śmiszek, LEX/el. 2017.
24. Knoppek K. [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. 2, cz. 2. *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, red. T. Ereciński, T. Wiśniewski, Warszawa 2016.
25. Koch A. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2. *Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Legalis 2019.
26. Lackoroński B., *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenie dóbr*, Warszawa 2013.
27. Lackoroński B. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2020.
28. Lackoroński B., *Majątkowa ochrona dóbr osobistych osób prawnych [w:] Sto lat polskiego prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Andrzejowi Kidybie*, t. 2, red. M. Dumkiewicz, K. Kopaczynska-Pieczniak, J. Szczotka, Warszawa 2020.
29. Lewaszkiewicz-Petrykowska B., *W sprawie wykładni art. 448 k.c.*, Przegląd Sądowy 1997, nr 1.
30. Łętowska E., *Implementacyjne grzechy przeciw effet utile*, Europejski Przegląd Sądowy 2014, nr 1.
31. Markiewicz K. [w:] *Dowody w postępowaniu cywilnym*, red. Ł. Błaszczak, K. Markiewicz, E. Rudkowska-Ząbczyk, Warszawa 2010.
32. Misztal-Konecka J. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II. *Komentarz. Art. 205[1]–424[12]*, red. A. Marciniak, Legalis 2019.
33. Morawski L., *Domniemania faktyczne i reguły dowodu prima facie*, Studia Prawnicze 1980, nr 1–2.
34. Morawski L., *Domniemania a dowody prawnicze*, Toruń 1981.
35. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 lutego 2000 (I ACa 69/00)*, Prawo i Medycyna 2002, nr 11, t. 4.
36. Pecyna M., *Ochrona osób prawnych przed dyskryminacją w kontekście ustawy z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania*. Opracowanie przygotowane na zlecenie Polskiego Towarzystwa Prawa Antydyskryminacyjnego (PTPA), http://ptpa.org.pl/site/assets/files/publikacje/opinie/opinia_ochrona_osob_prawnych_przed_dyskryminacja_w_kontekście_ustawy.pdf
37. Piasecki K., *Dowód prima facie w procesie cywilnym i międzynarodowym procesie cywilnym* [w:] *Studia z procesu cywilnego*, Katowice 1986.
38. Piasecki K., *System dowodów i postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012.
39. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.

40. Resich Z. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. Z. Resich, W. Siedlecki, Warszawa 1975.
41. Resich Z. (aktualizacja J. Lapierre, K. Weitz) [w:] *Postępowanie cywilne*, J. Lapierre, J. Jodłowski, Z. Resich, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, Warszawa 2016.
42. Ryłski P., *Stopień dowodu w postępowaniu cywilnym – zagadnienia podstawowe*, Przegląd Prawa Cywilnego 2016, nr 3.
43. Safjan M., *Granice ochrony osób słabszych – pomiędzy równością a dyskryminacją pozytywną* [w:] *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Andrzejowi Calusowi*, red. A. Janik, Warszawa 2009.
44. Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1., *Komentarz. Art. 1–449[10]*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2020.
45. Strugała R., *Prywatnoprawne skutki naruszenia zakazu nierównego traktowania – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Europejski Przegląd Sądowy 2016, nr 4.
46. Strugała R., *Dobra i interesy chronione w strukturze czynu niedozwolonego*, Warszawa 2019.
47. Szpunar A., *Czyny niedozwolone w kodeksie cywilnym*, *Studia Cywilistyczne* 1970, t. XV.
48. Szpunar A., *Uwagi o funkcjach odpowiedzialności odszkodowawczej*, *Państwo i Prawo* 2003, z. 1.
49. Śmieja A. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Zobowiązania – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018.
50. Wałasik M. [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. 5, *Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, A. Jakubecki, Warszawa 2016.
51. Wałachowska M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534)*, red. M. Fras, M. Habdás, LEX/el. 2018.
52. Zelechowski Ł., *Ochrona oznaczeń odróżniających w prawie zwalczania nieuczciwej konkurencji. Zagadnienia konstrukcyjne*, Warszawa 2019.

Sławomira Kotas-Turoboyska*

Instytucja kuratora reprezentującego dziecko w procesie cywilnym po nowelizacji**

1. WSTĘP

Rodzice, których umocowanie do reprezentacji małoletnich dzieci wynika z art. 98 i n. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹, uznawani są za przedstawicieli ustawowych osób małoletnich. Możliwość reprezentacji dziecka jest natomiast zaliczana przez przedstawicieli nauki do zespołu praw i obowiązków składających się na władzę rodzicielską², mimo że reprezentacja nie została zaliczona w art. 95 § 1 k.r.o. do elementów władzy rodzicielskiej. Zawarty w tym przepisie katalog nie ma bowiem charakteru zamkniętego, a prawo reprezentacji dziecka uregulowane w art. 98–99³ k.r.o. wraz z obowiązkiem jego wysłuchania i uwzględniania w miarę możliwości rozsądnych życzeń dziecka (art. 95 § 4 k.r.o.), umożliwiając realizację praw i obowiązków wynikających z powołanego art. 95 § 1 k.r.o.

Naczelną zasadą prawa rodzinnego jest dążenie do realizacji dobra osoby małoletniej. Pozostaje ona aktualna wraz z obowiązkiem troski o interes społeczny przy określaniu sposobu, w jaki władza rodzicielska powinna być wykonywana (art. 95 § 3 k.r.o.). Jednocześnie należy zauważyć, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy (dalej SN), że władza rodzicielska, jako prawo podmiotowe, posiada szczególne cechy, bowiem jej atrybuty są zarazem obowiązkiem rodziców, podstawowym zaś celem jest funkcja ochronna względem dziecka³. Mając to na uwadze, rodzice sprawujący władzę rodzicielską powinni wywiązywać się w taki sposób ze spoczywających na nich obowiązków i korzystać z należnych im praw, aby ich działania w zakresie reprezentacji dziecka były zgodne z jego interesem, ocenianym według kryteriów obiektywnych, tj. stosownie do przyjętych w społeczeństwie reguł, indywidulanych cech małoletniego, jego predyspozycji, przy jednoczesnym uwzględnieniu środowiska i rodziny, w których dziecko się wychowuje⁴.

Troska o dobro osoby małoletniej prowadzi niekiedy do wyłączenia reprezentacji rodziców. Kwestię tę reguluje wprost art. 98 § 2 k.r.o., wskazując na konieczność

* Dr Sławomira Kotas-Turoboyska jest asystentem w Instytucie Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-6192-3955, e-mail: s.kotas-turoboyska@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 9.04.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.04.2021 r.

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

² H. Ciepla, *Zarząd majątkiem dziecka*, „Rodzina i Prawo” 2012/20–21, s. 33.

³ Uchwała składu 7 sędziów SN z 8.03.2016 r., III CZP 98/05, OSNC 2006/10, poz. 158.

⁴ Uchwała składu 7 sędziów SN z 8.03.2016 r., III CZP 98/05.

wylączenia przedstawicielstwa ustawowego rodziców w przypadku czynności prawnych dokonywanych między dziećmi pozostającymi pod władzą rodzicielską tych samych rodziców lub rodzica, a także czynnościach prawnych między dzieckiem a jednym z rodziców lub jego małżonkiem, chyba że czynność prawna polega na bezpłatnym przysporzeniu na rzecz dziecka albo iż dotyczy należnych dziecku od drugiego z rodziców środków utrzymania i wychowania. Powyższe zakazy, odnoszące się do czynności prawnych na mocy art. 98 § 3 k.r.o., stosowane są odpowiednio w postępowaniach sądowych. Należy jednak podkreślić, na co słusznie uwagę zwracają przedstawiciele doktryny, że zawarty w przywołanym przepisie zwrot „stosuje się odpowiednio” nie świadczy o możliwości „automatycznego” przeniesienia regulacji z zakresu prawa materialnego na grunt prawa procesowego. Artykuł 98 § 2 k.r.o. musi być dostosowany do realiów postępowania cywilnego i zasad reprezentowania dziecka w sprawie sądowej⁵. Nie ma przy tym wątpliwości, że zakaz reprezentacji ustanowiony w art. 98 § 2 i 3 k.r.o. w przypadku postępowań sądowych znajduje zastosowanie przede wszystkim w postępowaniu procesowym. Sąd Najwyższy wskazuje bowiem na konieczność wylączenia reprezentacji rodziców w przypadku dostrzeżenia choćby hipotetycznego konfliktu interesów pomiędzy rodzicami a dziećmi⁶ – w sprawach procesowych sprzeczność interesów stron jest natomiast oczywista.

W przypadku wystąpienia w sprawie okoliczności, o których mowa w art. 98 § 2 k.r.o., a tym samym ujawnienia się choćby tylko teoretycznego konfliktu interesów między małoletnim a jego rodzicem będącym w sprawie przedstawicielem ustawowym dziecka, sąd prowadzący postępowanie powinien rozważyć konieczność ustanowienia dla małoletniego kuratora *ad actum* na podstawie art. 99 § 1 k.r.o. Rolą kuratora będzie właściwa reprezentacja interesów dziecka, a tym samym ochrona należnych mu praw. Mając na uwadze doniosłość i istotność zadań powierzanych kuratorowi reprezentującego osobę małoletniej w procesie nie ma wątpliwości, że osoba taka powinna mieć dostateczne rozeznanie w przepisach prawa. Tylko bowiem kurator *ad actum*, posiadający adekwatną do okoliczności sprawy wiedzę, może zagwarantować dziecku należyłą ochronę w postępowaniu. Nie można przy tym tracić z pola widzenia faktu, że dziecko – co do zasady – jest słabszą stroną postępowania, nie dysponuje bowiem ani środkami finansowymi, ani innymi koniecznymi uprawnieniami, aby np. ustanowić dla siebie pełnomocnika procesowego. Dotychczas jednak, tj. do nowelizacji art. 99 i n. k.r.o. ustawa nie określała żadnych szczegółowych wymogów, jakie powinny być spełnione przez osobę pełniącą w sprawie funkcję kuratora reprezentującego osobę małoletnią. Sytuacja ta zmieniła się po nowelizacji dokonanej ustawą z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego⁷, która weszła w życie 20.09.2019 r. Celem niniejszej pracy jest omówienie i ocena wprowadzonych na mocy wymienionej ustawy rozwiązań z uwzględnieniem okoliczności, jakie stanowiły dla ustawodawcy impuls do wprowadzenia zmian w zakresie instytucji kuratora reprezentującego dziecko. Mając na uwadze ograniczone

⁵ G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Art. 98, LEX/el. 2020, nb 5 (dostęp: 10.01.2020 r.).

⁶ Wyrok SN z 28.03.2018 r., IV CSK 426/17, LEX nr 2521616.

⁷ Dz.U. z 2019 r. poz. 1146.

ramy opracowania autorka odnosi swoje rozważania wyłącznie do kwestii związanych z instytucją kuratora reprezentującego dziecko w postępowaniu procesowym.

2. GENEZA NOWELIZACJI

2.1. Standardy reprezentacji dziecka w świetle regulacji międzynarodowych

W prawie międzynarodowym istotna rola dziecka w społeczeństwie oraz potrzeba zagwarantowania mu najlepszych możliwych warunków rozwoju została dostrzeżona już na początku XX w. W tzw. Deklaracji Genewskiej przyjętej przez Radę Generalną Międzynarodowego Związku Pomocy Dzieciom 13.02.1923 r.⁸, a następnie przez Zgromadzenie Ogólne Ligi Narodów 16.11.1924 r. wskazano, że osoby dorosłe winne są dzieciom wszystko najlepsze co posiadają. W podobnym tonie do roli dziecka w społeczeństwie i potrzeby troski o jego dobro odnoszono się w kolejnych aktach prawa międzynarodowego, regulując tę kwestię coraz bardziej precyzyjnie. Jednym z ostatnich aktów prawa międzynarodowego, który odnosi się do problemu należytej reprezentacji dziecka w postępowaniu sądowym jest Europejska Konwencja o wykonywaniu praw dzieci, sporządzona w Strasburgu 25.01.1996 r.⁹ Zgodnie z art. 9 ust. 1 Konwencji: „W postępowaniach dotyczących dzieci, kiedy zgodnie z prawem wewnętrznym osoby, na których spoczywa odpowiedzialność rodzicielska, nie mogą reprezentować dziecka ze względu na konflikt interesów między nimi a dzieckiem, organ sądowy powinien mieć prawo do wyznaczenia specjalnego przedstawiciela reprezentującego dziecko w tych postępowaniach”. W ust. 2 doprecyzowano, że państwa-strony powinny rozważyć możliwość wyznaczenia dla dziecka specjalnego przedstawiciela reprezentującego jego prawa, którym w uzasadnionych przypadkach powinien być adwokat. W kolejnym przepisie, tj. art. 10 Konwencji, określono obowiązki, jakie względem małoletniego w postępowaniu sądowym ma jego przedstawiciel, przy czym zaznaczono, że obowiązek ich wykonywania warunkowany jest dobrem dziecka. Tym samym przedstawiciel dziecka powinien dostarczać dziecku, mającemu według prawa krajowego dostateczne rozeznanie, wszelkie istotne informacje w sprawie oraz wyjaśnienia dotyczące ewentualnych skutków jego stanowiska i czynności dokonywanych przez przedstawiciela. Ponadto kurator powinien określić stanowisko małoletniego i przedstawić je organowi sądowemu. Przywołane postanowienia Konwencji ustalają tym samym pewne minimalne standardy, jakie państwa-strony zobowiązały się zagwarantować dzieciom – stronom procesu sądowego. Przy czym co istotne, choć standardy te wprost odnoszą się do osoby przedstawiciela dziecka, to zgodnie z art. 10 ust. 2 państwa-strony mogą rozszerzyć wskazane wymagania także na osoby, na których spoczywa odpowiedzialność rodzicielska. Na ten ostatni krok polski ustawodawca się nie zdecydował, rozwiązania określone w art. 9 i 10 Konwencji, na skutek omawianej nowelizacji, zostały ostatecznie przeniesione na grunt Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, tj. art. 99 i n. Tym samym znajdują one zastosowanie wówczas, gdy reprezentacja rodziców jest wyłączona na mocy art. 98 § 2 k.r.o.

⁸ <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1959.html> (dostęp: 24.02.2020 r.).

⁹ Dz.U. z 2000 r. Nr 107, poz. 1128 – dalej Konwencja.

Kwestia zagwarantowania małoletniemu należytej ochrony jego praw w procesie sądowym stanowi także przedmiot prac Rady Europy, która w ramach programu „Budowanie Europy dla dzieci i z dziećmi” stara się promować prawa dzieci i poszukiwać rozwiązań służących ich ochronie. Program ten istnieje od 2006 r., a prowadzone na jego potrzeby badania pokazują, że rola dziecka w postępowaniu sądowym nadal, nawet w przypadku istnienia odpowiednich regulacji ustawowych, bywa marginalizowana i niedostrzegana. Rada Europy słusznie zauważa, że: „wymiar sprawiedliwości stworzony (jest – dop. S.K.-T.) dla osób dorosłych”, a organy sądowe często pomijają możliwość wysłuchania dziecka czy udzielenia mu stosownych informacji co do przebiegu procesu w sposób dla niego zrozumiały, adekwatny do jego wieku i stopnia dojrzałości¹⁰. Dlatego też, mając na uwadze nierzadką bierność organów sądowych w kwestiach związanych z należyłą ochroną praw dziecka w postępowaniu sądowym, tym bardziej zasadne wydaje się wprowadzenie do ustawodawstwa rozwiązań, które zagwarantują małoletnim realną, a nie wyłącznie iluzoryczną ochronę. Niedopuszczalna wydaje się bowiem sytuacja, w której decyzje o losach osoby małoletniej, czy też jej majątku podejmowane są zupełnie bez jej udziału.

Szczegółowe wskazówki co do pożądanego kształtu ustawodawstwa wewnętrznego w zakresie odnoszącym się do pozycji dziecka w postępowaniu sądowym Komitet Ministrów Rady Europy (dalej Komitet) zawarł w przyjętych 17.11.2010 r. Wytycznych w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dziecku¹¹. W zakresie odnoszącym się do kwestii reprezentacji osób małoletnich w procesie sądowym wskazano, że rolą państw-stron jest ułatwienie dzieciom dostępu do sądu, m.in. poprzez wprowadzenie rozwiązań, które zwolnią dzieci z obowiązku uiszczania kosztów sądowych oraz zagwarantują im właściwą reprezentację. Rada Europy trafnie bowiem zauważa, że zastępstwo rodziców nie zawsze jest rozwiązaniem właściwym¹². Zgodnie ze wskazaniami zawartymi w Wytycznych w sprawach, w których istnieje lub może zaistnieć konflikt interesów pomiędzy dziećmi a ich rodzicami lub innymi przedstawicielami ustawowymi, powinny one mieć zapewniony dostęp do doradztwa prawnego oraz przedstawicielstwa ustawowego. Prawo do odpowiedniego przedstawicielstwa i bycia reprezentowanym powinno być, zdaniem Komitetu, zagwarantowane dzieciom niezależnie od woli ich rodziców¹³. Rekomendowane rozwiązania we wskazanym zakresie zasadniczo korespondowały z obowiązującym w dacie ich sporządzenia ustawodawstwem polskim oraz poglądami doktryny i judykatury.

Wytyczne zmierzały jednak dalej i precyzowały: wymogi, jakie powinien spełniać przedstawiciel osoby małoletniej reprezentujący jej interesy w sprawie wówczas, gdy zastępstwo rodziców jest wyłączone, a także prawa należne każdemu dziecku – stronie postępowania. W ocenie Komitetu zasadne jest zapewnienie dzieciom biorącym udział w postępowaniu sądowym nieodpłatnej pomocy prawnej, co najmniej na warunkach

¹⁰ <https://rm.coe.int/strategia-rady-europy-na-rzecz-praw-dziecka-2016-2021-/1680931c80> (dostęp: 9.04.2020 r.).

¹¹ <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-8781-01aa75ed71a1> (dostęp: 9.04.2020 r.) – dalej Wytyczne.

¹² <https://publications.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-8781-01aa75ed71a1> (dostęp: 9.04.2020 r.).

¹³ <https://publications.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-8781-01aa75ed71a1> (dostęp: 9.04.2020 r.).

takich jak osoby dorosłe lub na warunkach korzystniejszych. Ponadto zwrócono uwagę na konieczność zagwarantowania dzieciom pomocy/przedstawicielstwa wykonywanych przez prawników przygotowanych do pracy z dziećmi, tj. przeszkolonych w dziedzinach praw osób małoletnich oraz potrafiących nawiązać kontakt z dziećmi, komunikować im istotne wiadomości o sprawie w sposób adekwatny do stopnia rozwoju i dojrzałości dziecka. Małoletni, tak jak każdy człowiek, mają bowiem prawo do dostępu do informacji, ale aby prawo to mogło być urzeczywistnione niezwykle istotne jest, aby wszelkie dane były przekazywane w sposób dla nich zrozumiały. Co ważne, prawnik reprezentujący interesy dziecka w sprawie powinien mieć również na uwadze, że to małoletni, a nie jego rodzice czy inni przedstawiciele ustawowi, jest jego klientem. Wszystkie postanowienia Wytocznych zmierzają zatem w kierunku zagwarantowania osobom małoletnim pozycji pełnoprawnego uczestnika postępowań sądowych, mającego możliwość wyrażania swoich opinii, poglądów i podejmowania decyzji przy dostępie do pełnej gamy informacji.

2.2. Droga do nowelizacji art. 99 k.r.o.

Wprowadzenie powyższych rozwiązań na grunt prawa krajowego było procesem zmuszonym i długotrwałym, choć niewątpliwie oczekiwanym. Wystarczy zauważyć, że rozwiązania omówione powyżej zostały zawarte w Wytocznych z 2010 r., a na grunt prawa polskiego przeniesiono je ostatecznie dopiero na mocy omawianej nowelizacji z 2019 r., choć wcześniej podejmowane były ku temu odpowiednie kroki. Na potrzebę nowelizacji zwracał uwagę w swoich orzeczeniach Trybunał Konstytucyjny (dalej TK), a w późniejszym czasie przypominali o tym Rzecznik Praw Dziecka (RPD) i Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Polski ustawodawca potrzebował zatem blisko dziesięć lat, aby zauważyć, że interesy osób małoletnich będących stronami lub uczestnikami postępowań sądowych nie są właściwie chronione, jeśli obowiązek ich reprezentacji zostaje powierzony kuratorom na podstawie ówczesnego art. 99 k.r.o. W praktyce sądowej powszechne bowiem było powierzanie tej funkcji osobom wskazanym przez rodziców lub pracownikom sądów, którzy zazwyczaj w ogóle nie mieli wykształcenia prawniczego. W zestawieniu zatem z pełnoletnimi stronami postępowania, które dysponowały środkami i uprawnieniami do tego, aby ustanowić dla siebie w sprawie pełnomocnika procesowego, dzieci pozostawały bezsprzecznie w gorszym położeniu, mając zagwarantowane przedstawicielstwo sprawowane przez osobę często nieposiadającą elementarnej wiedzy z zakresu prawa, lub co gorsza, w jakiś sposób zależną od rodziców (przeciwników procesowych) reprezentowanej osoby małoletniej. Artykuł 99 k.r.o. w brzmieniu sprzed nowelizacji stanowił: „Jeżeli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, reprezentuje je kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy”. Sytuacja taka istniała, choć Polska ratyfikowała omówioną powyżej Europejską Konwencję o wykonywaniu praw dzieci oraz była członkiem Rady Europy, która w ramach Komitetu Ministrów Rady Europy opracowała ww. Wytoczne w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dziecku¹⁴. Ustawodawca

¹⁴ <https://publications.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/5f031e5d-9f09-11e5-8781-01aa75ed71a1> (dostęp: 9.04.2020 r.).

polski miał zatem świadomość co do oczekiwanych standardów reprezentacji osób małoletnich w postępowaniach sądowych.

W Polsce po raz pierwszy, już w 2012 r., problemy w kwestii właściwej reprezentacji interesów dziecka w procesie sygnalizował Rzecznik Praw Dziecka, wskazując na nieprawidłowości w działaniach kuratorów¹⁵. Następnie na konieczność nowelizacji art. 99 k.r.o. zwrócił uwagę TK w orzeczeniach z 2014 r., które mimo że wydane na gruncie postępowań z zakresu prawa karnego, wywarły pozytywny wpływ także na ustawodawstwo cywilne. Trybunał Konstytucyjny wskazał bowiem na potrzebę nowelizacji przepisów o reprezentacji osób małoletnich w celu usunięcia nieprawidłowości w tym zakresie w postępowaniach karnych¹⁶. Odpowiedzią na powyższe był senacki projekt nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 2015 r.¹⁷, w którym proponowano nadanie art. 99 k.r.o. następującego brzmienia: „§ 1. Jeżeli żadne z rodziców nie może reprezentować dziecka pozostającego pod władzą rodzicielską, reprezentuje je kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy. § 2. Kuratorem może zostać ustanowiony adwokat lub radca prawny, a jeżeli stopień skomplikowania sprawy tego nie wymaga, także przedstawiciel organizacji pozarządowej posiadający wyższe wykształcenie prawnicze. § 3. Jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie dobro dziecka, kurator reprezentujący je w postępowaniu przed sądem lub innym organem państwowym udziela rodzicom dziecka na piśmie niezbędnych informacji o przebiegu tego postępowania i podjętych w jego toku czynnościach”. Projekt ten wypełniał pewne minimum założeń wskazanych w Konwencji i w Wytycznych, określając, kto może być kuratorem reprezentującym dziecko i przyjmując zasadę reprezentacji dziecka przez kuratora będącego prawnikiem. Nadal jednak nie wskazywano, jakie są obowiązki kuratora względem małoletniego, co wydaje się być niezwykle istotne w dążeniu do zrównania w procesie pozycji dziecka z pozycją osoby dorosłej. Ostatecznie projekt ten nie został uchwalony.

Problem potrzeby nowelizacji art. 99 k.r.o. powrócił w 2016 r. dzięki staraniom RPO i RPD. W piśmie z 27.06.2016 r. zwrócili oni uwagę na konieczność rozszerzenia katalogu spraw, w których wymagane jest zastępstwo małoletniego przez kuratora oraz jasne określenie kwalifikacji, które powinien spełniać podmiot reprezentujący dziecko w postępowaniu na podstawie art. 99 k.r.o.¹⁸ Zwracano uwagę, że o potrzebie nowelizacji przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego mówi się już od kilku lat, a istniejące regulacje są niezgodne zarówno z postanowieniami TK, jak i Europejską Konwencją o wykonywaniu praw dziecka oraz Wytycznymi Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie wymiaru sprawiedliwości przyjaznego dziecku. Rzecznicy podkreślali, że dziecko znajduje się w słabszej pozycji procesowej niż inni uczestnicy postępowania, a gwarantowane mu przedstawicielstwo ma charakter w istocie iluzoryczny, bowiem kuratorzy reprezentujący dziecko w postępowaniu ustanawiani wówczas przez sądy nie byli w stanie

¹⁵ Za pismo RPD ZSR.422.23.2016.MD, s. 8–9.

¹⁶ Por. postanowienie TK z 11.02.2014 r., S 2/14, OTK-A 2014/2, poz. 19 oraz wyrok TK z 21.01.2014 r., SK 5/12, OTK-A 2014/1, poz. 2.

¹⁷ Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, druk senacki nr 739, 739S; druk sejmowy nr 3105, Sejm VII kadencji.

¹⁸ Pismo RPO IV.7021.72.2016.BB; pismo RPD ZSR.422.23.2016.MD.

zagwarantować małoletniemu reprezentacji na fachowym poziomie. Dlatego też RPO i RPD za niezbędne uznawali określenie minimum wymagań, jakie powinna spełniać osoba będąca kuratorem reprezentującym dziecko szczególnie, że w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, który wskazał na konieczność wyłączenia reprezentacji rodziców, jeśli tylko istnieje hipotetyczna możliwość sprzeczności interesów pomiędzy nimi a małoletnim, rola kuratorów reprezentujących dziecko w postępowaniu ciągle wzrastała.

W odpowiedzi na powyższe pismo Minister Sprawiedliwości wskazał, że nowelizacja art. 99 k.r.o. poprzez określenie kwalifikacji osoby powołanej do pełnienia roli kuratora reprezentującego dziecko w postępowaniu zostanie dokonana przy najbliższej nowelizacji Kodeksu rodzinnego, nad którą trwały prace w 2016 r.¹⁹

Nowelizacji art. 99 k.r.o. dokonano ostatecznie dopiero ustawą z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego²⁰, która weszła w życie 20.09.2019 r., i zasadniczo dostosowała regulacje odnoszące się do kuratora reprezentującego osobę małoletnią w postępowaniu sądowym do wymogów określonych przez TK i ustawodawstwo międzynarodowe. Uzasadnienie ustawy odnosi się przede wszystkim do postępowań z zakresu prawa karnego²¹, niewątpliwie jednak znowelizowany art. 99 i n. k.r.o. znajdują zastosowanie także w procesie cywilnym. Właściwa reprezentacja interesów osoby małoletniej jest bowiem tak samo istotna w każdym postępowaniu sądowym, gwarantując dziecku ochronę należnych mu praw. Artykuł 99 i n. k.r.o. w obecnym kształcie określają wymagania, jakie spełniać musi osoba ustanawiana kuratorem reprezentującym dziecko w przypadku wyłączenia przedstawicielstwa ustawowego rodziców lub opiekunów prawnych, zakres uprawnień kuratora oraz ciężące na nim względem dziecka i jego rodziców obowiązki. Znowelizowane przepisy nie są jednak wolne od pewnych niejasności, o czym będzie mowa poniżej.

3. KURATOR REPREZENTUJĄCY OSOBĘ MAŁOLETNIĄ W PROCESIE PO NOWELIZACJI

3.1. Podmioty uprawnione do pełnienia roli kuratora *ad actum*

Znowelizowany art. 99 k.r.o. dzięki jednolitemu nazewnictwu „kurator reprezentujący dziecko” wyraźnie odróżnia tę instytucję od innych rodzajów kurateli. Ustawodawca konsekwentnie posługuje się tym pojęciem, określając wymagania, uprawnienia i obowiązki kuratora reprezentującego dziecko w sprawie, odpowiadając tym samym na stanowisko TK wyrażone w przytoczonym postanowieniu z 11.02.2014 r., S 2/14. Zastosowane rozwiązanie pozwoliło też na ograniczenie liczby regulacji odnoszących się do osoby kuratora reprezentującego dziecko. W doktrynie słusznie uważa się, że wyraźne oddzielenie instytucji kuratora z art. 99 k.r.o. od innych rodzajów kurateli sprawia, iż do tego pierwszego

¹⁹ Za http://bip.brpd.gov.pl/sites/default/files/Informacja_o_dzialalnosci_RPD_2016.pdf (dostęp: 31.01.2020 r.).

²⁰ Por. przypis 7.

²¹ http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/C30E5145CDA69B88C12583C4002_FDB36/%24File/3295.pdf, s. 6 i n. (dostęp: 28.03.2020 r.).

zastosowania nie znajdują już art. 178 § 2 k.r.o. czy też art. 155 § 2 k.r.o., a wyłącznie przepisy określone w art. 99 § 3 k.r.o.²²

Kurator reprezentujący dziecko w procesie ustanawiany jest przez sąd opiekuńczy i zastępuje w tym rodziców lub opiekunów prawnych. Zasadą jest, że w sprawie, w której występuje więcej niż jedno dziecko, co do którego wyłączona jest reprezentacja rodziców lub opiekunów prawnych, sąd powinien ustanowić tylu kuratorów reprezentujących dziecko, ilu małoletnich takiego zastępstwa potrzebuje, jeśli pomiędzy małoletnimi może wystąpić choćby teoretyczny konflikt interesów. Koncepcja ta wydaje się być szczególnie zasadna w postępowaniu procesowym, w którym, jak zaznaczono na wstępie, sprzeczność interesów stron jest oczywista. Należy zatem ustanowić jednego kuratora dla jednego małoletniego, a odstępstwo od tej zasady dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy między małoletnimi nie występuje konflikt interesów.

Postanowienie o ustanowieniu kuratora reprezentującego dziecko jest wydawane przez sąd opiekuńczy i staje się skuteczne z chwilą ogłoszenia (art. 578 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego²³). Sąd w wydanym orzeczeniu ściśle określa rolę kuratora reprezentującego dziecko. Kurator *ad actum* jest bowiem ustanawiany przez sąd opiekuńczy do reprezentacji małoletniego w konkretnej sprawie lub do dokonania określonej czynności. W związku z tym kuratela z art. 99 k.r.o. wygasa z mocy prawa z chwilą ukończenia czynności powierzonej kuratorowi (art. 180 § 2 k.r.o.), bez potrzeby wydania w tym przedmiocie odrębnego postanowienia.

Kurator reprezentujący małoletniego ustanawiany jest przez sąd opiekuńczy i zastępuje w tym zakresie rodziców lub opiekunów prawnych małoletniego. Zgodnie z dyspozycją art. 99¹ § 1 k.r.o. – co do zasady – funkcję tę może pełnić adwokat lub radca prawny, jeśli wykazują szczególną znajomość spraw dotyczących dziecka, tego samego rodzaju lub rodzajowo odpowiadających sprawie, w której wymagana jest reprezentacja dziecka lub ukończyli szkolenie dotyczące zasad reprezentacji dziecka, praw lub potrzeb dziecka. Zasadniczych wątpliwości nie budzi wymaganie wykonywania przez kuratora zawodu adwokata lub radcy prawnego, co więcej – rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, ponieważ gwarantuje ono małoletniemu, przynajmniej teoretycznie, profesjonalną i fachową reprezentację w postępowaniu. Niejasne są jednak dalsze postanowienia art. 99¹ § 1 k.r.o. Wątpliwości, szczególnie w sprawach cywilnych, budzi wymóg znajomości „spraw dotyczących dziecka, tego samego rodzaju lub rodzajowo odpowiadających sprawie, w której wymagana jest reprezentacja”. Należy bowiem postawić pytanie, na ile sprawy, którymi na co dzień zajmuje się pełnomocnik powinny być podobne do sprawy, w której wymagana jest reprezentacja małoletniego, a przede wszystkim, w jaki sposób sądy mają kwestię tę weryfikować. Obecnie nie istnieją żadne oficjalne rejestry, w których pełnomocnicy wskazywaliby zakres swojej specjalizacji. Zupełnie niejasna jest również dalsza część przepisu wprowadzająca alternatywny do wyżej omówionego wymóg ukończenia szkoleń dotyczących zasad reprezentacji dziecka, jego praw lub potrzeb – nie jest bowiem jasne, jaki dokładnie miałyby być charakter takich szkoleń, tj. czy

²² Por. J. Słyk, *Art. 99 [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, art. 99, red. K. Osajda, Warszawa 2019, nb 1–3.

²³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

powinny być to szkolenia specjalistyczne z zakresu prawa, czy może odnoszące się raczej do aspektów psychologicznych. Nie jest też powiedziane, jaki podmiot może prowadzić tego rodzaju szkolenia, czy powinny organizować je samorządy adwokackie i radcowskie, czy też być może wymagane jest ukończenie w tym zakresie bardziej specjalistycznych studiów podyplomowych lub innego rodzaju kursów. Nie jest także jasne, w jaki sposób pełnomocnicy mieliby informować sąd lub właściwy samorząd o ukończonych szkoleniach. Być może zasadne byłoby utworzenie spisu pełnomocników, na kształt list biegłych sądowych, z których sądy opiekuńcze mogłyby korzystać przy wyznaczaniu dla małoletniego kuratora reprezentującego jego prawa w postępowaniu. Taka regulacja pomogłaby urzeczywistnić stosowanie w praktyce dyspozycji art. 99¹ § 1 k.r.o. Obecnie wskazane wątpliwości pozwalają natomiast zaryzykować tezę, że sądy opiekuńcze, ustanawiając dla małoletniego kuratora reprezentującego go w postępowaniu cywilnym, będą się kierować raczej pierwszą częścią tego przepisu, tj. obowiązkiem wyznaczenia do pełnienia tej funkcji pełnomocnika profesjonalnego, nie mając realnych możliwości weryfikacji zarówno zakresu jego specjalności, jak i ukończonych przez niego szkoleń.

Zgodnie z art. 99¹ § 2 zd. 1 k.r.o. w sprawach nieskomplikowanych, w szczególności gdy sąd opiekuńczy określi szczegółowo treść czynności, kuratorem reprezentującym dziecko może zostać ustanowiona również inna osoba posiadająca wyższe wykształcenie prawnicze i wykazująca znajomość potrzeb dziecka. Ustawodawca wychodzi zatem z założenia, że regulacja art. 99¹ § 1 k.r.o. nie musi mieć charakteru bezwzględnie obowiązującego, bowiem istnieje taka grupa spraw, w których posiadanie specjalistycznych uprawnień, do których niewątpliwie należy zaliczyć wykonywanie zawodu adwokata lub radcy prawnego, nie jest wymagane. W tym przypadku odchodzi się także od dalszych wymogów co do szkoleń i doświadczenia zawodowego w sprawach podobnych, o których mowa we wspomnianym wyżej art. 99¹ § 1. Ustawodawca odwołuje się bowiem wyłącznie do przesłanki „wykazywania znajomości potrzeb dziecka”, która musi być uznana za tak samo niejasną i niedookreśloną, a tym samym trudną do weryfikacji jak dodatkowe wymogi stawiane pełnomocnikom profesjonalnym.

W sytuacji, gdy przemawiają za tym szczególne okoliczności, ustawodawca w art. 99¹ § 2 zd. 2 k.r.o. dopuszcza możliwość ustanowienia pełnomocnikiem osoby nieposiadającej wyższego wykształcenia prawniczego. Z rozwiązania tego będzie zatem można korzystać przede wszystkim wówczas, gdy dla dobra dziecka lepsze będzie zagwarantowanie mu reprezentacji wykonywanej przez osobę, która dobrze zna małoletniego oraz rozumie jego sytuację życiową, mimo że nie jest specjalistą z zakresu prawa. Wydaje się jednak, że przepis ten nie powinien być przez sądy nadużywany, a za podstawową zasadę należy przyjąć wyznaczanie do pełnienia funkcji kuratora reprezentującego dziecko pełnomocnika profesjonalnego.

3.2. Uprawnienia kuratora *ad actum* wynikające z art. 99 k.r.o.

Mając na uwadze podstawowe zadania, jakie spoczywają na kuratorze reprezentującym dziecko w sprawie, tj. troskę o jego dobro i ochronę jego interesów, ustawodawca słusznie w art. 99² § 1 zd. 2 oraz § 2 k.r.o. zagwarantował kuratorowi dostęp do informacji na temat dziecka, jego stanie zdrowia, sytuacji rodzinnej

i środowisku, niezbędnych do prawidłowej reprezentacji dziecka. Wydaje się, że impulsem do wprowadzenia na grunt Kodeksu rodzinnego wskazanych uprawnień była przede wszystkim specyfika postępowań karnych, nie ma jednak wątpliwości, że rozwiązania te będą przydatne także kuratorom reprezentującym interesy dziecka w procesie cywilnym. Posiadanie szczegółowych danych o osobie małoletniego będzie pomocne m.in. przy podejmowaniu decyzji co do strategii procesowej, zajęciu stanowiska w sprawie, czy też szybszego zidentyfikowania potrzeby wystąpienia do sądu opiekuńczego o udzielenie zezwolenia na dokonanie tzw. ważniejszych spraw w sprawach dotyczących reprezentowanego. W kontekście troski o dobro dziecka istotny wydaje się również fakt, że kurator *ad actum*, który powziął ww. wiadomości dotyczące dziecka z uwagi na wykonywane czynności, jest zobowiązany do zachowania ich w tajemnicy, z wyjątkiem wiarygodnych informacji o przestępstwach popełnionych na szkodę dziecka. W przypadku, gdy kuratorem reprezentującym dziecko został ustanowiony adwokat lub radca prawny, tajemnica ta stanowi tajemnicę zawodową w rozumieniu ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze²⁴ lub ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych²⁵.

Kuratorowi po zakończeniu reprezentacji dziecka należne jest wynagrodzenie, ustalane zgodnie z art. 99³ k.r.o. Dla określenia jego wysokości adekwatne wydają się być przepisy rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 9.03.2018 r. w sprawie określenia wysokości wynagrodzenia i zwrotu wydatków poniesionych przez kuratorów ustanowionych dla strony w sprawie cywilnej²⁶.

3.3. Uprawnienia kuratora *ad actum* w postępowaniu procesowym

Kurator reprezentujący dziecko powinien przede wszystkim podejmować działania dyktowane troską o interesy małoletniego i zmierzające do ochrony jego praw. Dla osiągnięcia powyższego ustawodawca uprawnili kuratora *ad actum* do dokonywania wszelkich czynności związanych ze sprawą, do której został ustanowiony, w tym – do podejmowania działań w zakresie zaskarżania i wykonywania orzeczeń.

Zakres uprawnień kuratora ustanowionego do reprezentowania osoby małoletniej w postępowaniu procesowym zasadniczo nie budzi wątpliwości, jeśli został on ustanowiony do podjęcia określonej czynności procesowej, np. złożenia skargi kasacyjnej. W przypadku jednak, gdy rolą kuratora *ad actum* ma być reprezentowanie małoletniego w konkretnym postępowaniu trzeba postawić pytanie, jakiego rodzaju czynności procesowe należy uznać za objęte dyspozycją art. 99 § 2 k.r.o., który stanowi o uprawnieniu kuratora do podejmowania „wszelkich czynności procesowych”. Czy oznacza to, że działania kuratora nie są w żaden sposób ograniczone i może on w sposób dowolny kształtować sytuację procesową małoletniego? Poszukując odpowiedzi na to pytanie, należy odwołać się do dyspozycji art. 156 k.r.o. stosowanego do osoby kuratora na podstawie art. 99 § 3 k.r.o., który zobowiązuje kuratora reprezentującego dziecko do uzyskiwania zgody sądu opiekuńczego na podjęcie wszystkich „ważniejszych spraw dotyczących podopiecznego”. Zwrot „ważniejsze sprawy” musi być niewątpliwie uznany za pojęcie szersze

²⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1651.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 75.

²⁶ Dz.U. z 2018 r. poz. 536.

niż użyte w art. 101 § 3 k.r.o. pojęcie „czynności przekraczające zwykły zarząd majątkiem małoletniego”. W ustawodawstwie nie zawarto – co prawda – jego definicji legalnej, ale wydaje się, że za trafne należy uznać poglądy przedstawicieli doktryny, którzy wskazują, iż przy próbie ustalenia, czy dana czynność procesowa powinna być uznana za „sprawę ważniejszą” w rozumieniu art. 156 k.r.o., należy posługiwać się kryterium subiektywno-obiektywnym. Zgodnie z tym założeniem w przypadku czynności, których podjęcie wywołuje czynności wobec osób trzecich, należy kierować się kryterium obiektywnym w celu zaliczenia danej czynności do tzw. ważniejszych spraw, jeśli natomiast dana czynność nie oddziałuje na prawa osób trzecich należy posłużyć się kryterium subiektywnym i uwzględnić np. skutki finansowe danego działania²⁷. Wobec tego można przyjąć, że Grzegorzem Jędrejkiem, że ważniejszymi czynnościami procesowymi, w rozumieniu art. 156 k.r.o., będzie np. wytoczenie powództwa w sprawach nieodnoszących się do ochrony majątku dziecka czy też w sprawach dotyczących jego osoby²⁸. Kurator *ad actum*, tak jak rodzice i opiekunowie prawni, nie posiada zatem pełnej swobody w zakresie reprezentacji dziecka, a jego uprawnienia w tej kwestii będą zbieżne z uprawnieniami opiekuna prawnego i jednocześnie mniejsze niż uprawnienia rodziców.

Rozważając możliwość podejmowania przez kuratora reprezentującego dziecko poszczególnych czynności procesowych, należy przede wszystkim mieć na uwadze szczególny charakter tej instytucji. Rolą kuratora ustanowionego na podstawie art. 99 k.r.o. jest reprezentacja małoletniego w konkretnym postępowaniu. Można zatem założyć, że sąd ustanawiając kuratora *ad actum* do reprezentowania małoletniego w postępowaniu, które ma dopiero zostać wszczęte, niejako domyślnie, z oczywistych względów, uprawnii kuratora do złożenia pozwu w sprawie. Analogicznie należy także ocenić możliwość składania przez kuratora odpowiedzi na pozew, zajmowania stanowiska w sprawie, wnoszenia pism procesowych, zgłaszania wniosków dowodowych czy podnoszenia zarzutów merytorycznych i formalnych. Przyjęcie odmiennego poglądu w istocie przeczyłoby samej idei reprezentacji dziecka w sprawie. Jeśli bowiem kurator musiałby legitymować się zezwoleniem sądu opiekuńczego na dokonanie ww. czynności, wówczas możliwość skutecznej ochrony interesów dziecka mogłaby zostać naruszona.

Treść art. 99 § 2 k.r.o. nie pozostawia też wątpliwości co do tego, że kurator reprezentujący dziecko jest uprawniony do inicjowania kolejnych etapów postępowania związanych z zaskarżaniem orzeczenia. Zgody sądu opiekuńczego nie będzie zatem wymagało wniesienie przez kuratora *ad actum* zażalenia czy apelacji. Nowelizacja art. 99 k.r.o. wprowadzająca zasadę ustanawiania kuratorem *ad actum* adwokata lub radcy prawnego wzmocniła także argumentację o uprawnieniu kuratora reprezentującego dziecko do składania w jego imieniu skargi kasacyjnej i innych nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Za takim rozwiązaniem przemawia zarówno troska o dobro osoby małoletniej, jak i treść art. 87¹ § 2 k.p.c., który wyłącza m.in. przymus adwokacko-radcowski dla stron postępowania, których przedstawicielem ustawowym jest jeden z podmiotów wymienionych w tym przepisie, np. adwokat

²⁷ J. Ignatowicz [w:] *System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego*, red. J.St. Piąkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 1160; por. G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, Art. 156, LEX/el. 2020, nb 11 (dostęp: 28.03.2020 r.).

²⁸ G. Jędrejek, *Kodeks...*, nb 11.

lub radca prawny. Mimo zatem, że zgodnie z art. 180 § 2 k.p.c. kuratela *ad actum* wygasa z mocy prawa z chwilą prawomocnego zakończenia postępowania, racjonalne wydaje się założenie, że kurator, w oparciu o orzeczenie sądu opiekuńczego, w którym powołano go do pełnienia tej funkcji, może zainicjować postępowania z nadzwyczajnych środków zaskarżenia, jeśli rzucone orzeczenie wprost tego nie wyklucza. Wymaganie wydania przez sąd opiekuńczy kolejnego orzeczenia w tym przedmiocie byłoby bowiem sprzeczne z interesem osoby małoletniej, często nadmiernie wydłużając czas złożenia nadzwyczajnego środka zaskarżenia²⁹.

W dwojaki sposób, w zależności od okoliczności sprawy, w doktrynie ocenia się możliwość złożenia przez przedstawiciela ustawowego osoby małoletniej oświadczenia o cofnięciu powództwa uregulowanego w art. 203 k.p.c. Wskazuje się bowiem, że jeżeli z cofnięciem powództwa nie jest powiązane zrzeczenie się roszczenia, a zatem czynność ta ma charakter czysto procesowy, to przedstawiciela ustawowego będą obowiązywały takie same ograniczenia jakie wynikają z treści art. 203 k.p.c. dla powoda. Przedstawiciel ustawowy będzie zatem uprawniony do cofnięcia powództwa we wszystkich sprawach, które mógł zainicjować bez zgody sądu opiekuńczego³⁰. W przypadku kuratora *ad actum* sytuacja kształtuje się jednak odmiennie. Należy bowiem zaznaczyć, że kurator, na podstawie art. 99 k.r.o., jest ustanawiany do reprezentowania dziecka w konkretnej sprawie, niezależnie od tego, czy małoletni występuje w niej w charakterze strony powodowej czy pozwanej. W konsekwencji zasadne wydaje się założenie, że kurator *ad actum* chcąc cofnąć powództwo w imieniu osoby małoletniej, nawet jeśli czynność ta ma charakter *stricto* procesowy, będzie zobowiązany uzyskać uprzednio stosowne zezwolenie sądu opiekuńczego do dokonania tzw. ważniejszej sprawy w rozumieniu art. 156 k.r.o. Rzucone zezwolenie będzie od kuratora *ad actum* tym bardziej wymagane, jeśli wraz z cofnięciem powództwa miałyby dojść do zrzeczenia się roszczenia w imieniu osoby małoletniej. Tego rodzaju czynność procesowa uniemożliwia bowiem wydanie w sprawie merytorycznego rozstrzygnięcia, wywołując daleko idące skutki w sferze majątkowej bądź związanej z prawami osobistymi osoby reprezentowanej. Ponadto za trafny należy uznać pogląd wskazujący na swego rodzaju dwustopniowość kontroli czynności cofnięcia pozwu, jeśli jest ona podejmowana przez przedstawiciela ustawowego, a zatem także kuratora *ad actum* osoby małoletniej. Niezależnie bowiem od zgody sądu opiekuńczego, obowiązek kontroli, stosownie do treści art. 203 § 4 k.p.c., spoczywa też na sędzie prowadzącym postępowanie w sprawie³¹. Sytuacja taka musi być uznana za zasadną i pożądaną. Jednocześnie jednak, mając na uwadze daleko idące skutki cofnięcia pozwu, należy odrzucić możliwość dokonania kontroli tego rodzaju czynności procesowej kuratora reprezentującego dziecko wyłączenie przez sąd prowadzący postępowania w sprawie. Ten ostatni bowiem, dokonując kontroli jako organ procesowy, bada jedynie, czy czynność ta jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo czy nie zmierza do obejścia prawa. Sąd opiekuńczy weryfikuje natomiast wpływ tego działania na dobro osoby małoletniej.

²⁹ A. Kościółek, *Obowiązki kuratora procesowego dla osoby nieznanej z miejsca pobytu*, „Państwo i Prawo” 2015/10, s. 61–62.

³⁰ Por. A. Zieliński, *Sytuacja prawna opiekuna*, „Nowe Prawo” 1978/7–8, s. 1093.

³¹ Por. A. Zieliński, *Sytuacja...*, s. 1094.

Z tożsamyh względów, jak w przypadku cofnięcia powództwa ze zrzeczeniem się roszczenia, kurator reprezentujący dziecko w postępowaniu powinien dysponować zgodą sądu opiekuńczego na cofnięcie środka odwoławczego i nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Co prawda, art. 99 § 2 k.r.o. uprawnia kuratora także do podejmowania czynności w zakresie zaskarżenia orzeczenia, wydaje się jednak, że przepis ten stanowi umocowanie wyłącznie do inicjowania postępowań odwoławczych oraz z nadzwyczajnych środków zaskarżenia. Czynność cofnięcia środka odwoławczego i nadzwyczajnego środka zaskarżenia, podobnie jak zrzeczenie się roszczenia, w istocie uniemożliwia sądom, dokonującym kontroli orzeczenia, wydania rozstrzygnięcia merytorycznego, a reprezentowanemu zamyka drogę do skutecznego kwestionowania orzeczenia i uzyskania korzystniejszego dla siebie rozstrzygnięcia. Kurator cofając środek odwoławczy czy nadzwyczajny środek zaskarżenia nie dąży wcale do ochrony szeroko rozumianego dobra dziecka. Co więcej, podejmowana przez niego decyzja byłaby w istocie arbitralna, ponieważ sąd opiekuńczy nie mógłby w trybie art. 168 k.r.o. wydać kuratorowi stosownych zobowiązań, bowiem zazwyczaj upłynąłby już termin do zaskarżenia orzeczenia. Sama czynność cofnięcia jednego z ww. środków nie podlega natomiast kontroli ze strony sądu rozpoznającego sprawę – Sąd Najwyższy jednoznacznie bowiem wskazał, że zastosowania nie może w tym przypadku znaleźć art. 203 § 4 k.p.c.³² Dlatego też zasadny wydaje się pogląd o konieczności uzyskania przez kuratora *ad actum* w omawianym przypadku zezwolenia sądu opiekuńczego³³.

Zezwolenie sądu opiekuńczego będzie od kuratora reprezentującego dziecko wymagane również w przypadku woli zawarcia w imieniu osoby małoletniej ugody. Zgodnie z definicją zawartą w art. 917 Kodeksu cywilnego³⁴ przez ugodę „strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać”. Zawarcie przez strony ugody sądowej uniemożliwia też sądowi rozpoznającemu sprawę wydanie orzeczenia merytorycznego. Co więcej, należy mieć na uwadze, że ugody, które nadają się do wykonania zgodnie z art. 777 pkt 1 k.p.c. stanowią tytuł egzekucyjny³⁵. Z pomocą ugody strony natomiast na nowo kształtują swoje prawa i obowiązki, wynikające z łączącego je stosunku prawnego. Nie ma zatem wątpliwości, że z uwagi na doniosłość podejmowanych w tym zakresie działań oraz daleko idące skutki wynikające z zawarcia ugody, czynność ta stanowi tzw. ważniejszą sprawę w rozumieniu art. 156 k.r.o. Jednocześnie należy zaznaczyć, że podobnie jak w przypadku cofnięcia powództwa, czynność zawarcia ugody w imieniu osoby małoletniej dokonywana przez kuratora *ad actum* podlega w istocie dwustopniowej kontroli. Niezależnie bowiem od zezwolenia sądu opiekuńczego, sąd prowadzący postępowanie jest zobowiązany, zgodnie z art. 223 § 2 k.p.c. w zw. z art. 203 § 4 k.p.c., dokonać kontroli zawieranej przez strony ugody pod kątem jej zgodności z prawem, zasadami współżycia społecznego, a ponadto zweryfikować, czy nie narusza ona usprawiedliwionych interesów osób uprawnionych. Aktualne

³² Postanowienie SN z 29.05.2000 r., III CZP 6/00, LEX nr 2157966.

³³ Por. A. Zieliński, *Sytuacja...*, s. 1099.

³⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

³⁵ E. Wengerek, *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1961, s. 184 i n.

pozostają tu także poczynione powyżej rozważania co do niezasadności rezygnacji z dokonywania kontroli tego rodzaju czynności procesowej przez sąd opiekuńczy na rzecz sądu procesowego, z uwagi na odmienny przedmiot kontroli prowadzonej przez oba te organy.

Uznanie przez stronę powództwa wywołuje odwrotny skutek niż: ugoda, zrzeczenie się roszczenia, cofnięcie powództwa albo środka odwoławczego lub nadzwyczajnego środka zaskarżenia. O ile bowiem w przypadku omówionych powyżej czynności procesowych sąd nie był władny do wydania orzeczenia merytorycznego w sprawie w związku z ich podjęciem, o tyle w przypadku uznania roszczenia będzie zobowiązany do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Wyrok wydany na skutek uznania powództwa stwarza powagę rzeczy osądzonej, dlatego też w doktrynie słusznie zwraca się uwagę na doniosłe znaczenie czynności uznania powództwa³⁶, która tym samym musi być zaliczona do tzw. ważniejszych spraw dotyczących dziecka. To z kolei obliuguje kuratora *ad actum* do uzyskania zezwolenia sądu opiekuńskiego na podjęcie tego rodzaju czynności procesowej.

Mając na uwadze powyższe rozważania, należy przyjąć, że zgoda sądu opiekuńskiego na dokonanie tzw. ważniejszych spraw w imieniu dziecka – w rozumieniu art. 156 k.r.o. – będzie od kuratora wymagana także do przedmiotowego przekształcenia powództwa, tj. do zmiany żądania i podstawy powództwa (art. 193 k.p.c.). Zezwolenie takie nie będzie natomiast wymagane w przypadku rozszerzenia powództwa o dalsze roszczenia, np. w razie ujawnienia się w czasie trwania sprawy o odszkodowanie dalszych szkód, czy też do dokonania zmiany jakościowej, tj. domagania się określonej kwoty pieniężnej zamiast wydania rzeczy. W doktrynie słusznie przyjmuje się bowiem, że tego rodzaju modyfikacje mieszczą się w ramach „należytej staranności”, o której mowa w art. 154 k.r.o.³⁷ Zezwolenie sądu opiekuńskiego nie będzie również wymagane od kuratora *ad actum* w przypadku podmiotowego przekształcenia powództwa, dokonywanego w trybie art. 194 k.p.c. Przepis ten reguluje przekształcenie powództwa po stronie pozwanej w sytuacji, gdy okaże się, że dotychczasowy pozwany nie ma legitymacji procesowej i konieczne jest wezwanie do udziału w sprawie innego podmiotu. Wydaje się, że tego rodzaju działanie, tj. złożenie wniosku o dokonanie podmiotowego przekształcenia powództwa mieści się w zakresie umocowania kuratora *ad actum*, a ponadto stanowi przejaw spoczywającego na nim – zgodnie z art. 154 k.r.o. – obowiązku wywiązywania się ze swoich powinności z należytą starannością.

Do trzeciej kategorii czynności procesowych należy natomiast zaliczyć powództwo wzajemne uregulowane w art. 204 k.p.c., stanowiące środek obrony pozwanego w procesie o charakterze zaczepnym, umożliwiające pozwanemu dochodzenie należnych mu roszczeń. Jak słusznie podkreśla się w doktrynie, powództwo wzajemne jest powództwem samodzielnym, rozpoznawanym wspólnie z roszczeniem głównym z uwagi na łączącą je więź³⁸. Owa samodzielność powództwa wzajemnego

³⁶ A. Zieliński, *Sytuacja...*, s. 1096 i n.

³⁷ A. Zieliński, *Sytuacja...*, s. 1095; por. także K. Korzan, *Kurator w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1966, s. 76.

³⁸ A. Banaszewska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian, t. I i II*, art. 204. Powództwo wzajemne, red. T. Zembruski, LEX/el. 2020, nb 1 (dostęp: 31.03.2020 r.).

zdaje się uniemożliwiać jego wszczynanie przez kuratora *ad actum*. Skoro bowiem kurator reprezentujący dziecko na mocy orzeczenia sądu opiekuńczego może reprezentować interesy małoletniego w konkretnym postępowaniu, to należy uznać, że wszczynanie nowego postępowania przekracza zakres przyznanego kuratorowi umocowania. Jednocześnie niedopuszczalne będzie udzielanie przez sąd opiekuńczy kuratorowi *ad actum* zezwolenia na podjęcie tego rodzaju czynności procesowej. Jak trafnie zauważa się w doktrynie, wszczęcie powództwa wzajemnego nierozdzielnie wiąże się z koniecznością znajomości rozliczeń pomiędzy stronami, które wynikają z ogólnego zarządu majątkiem małoletniego, sprawowanego przez przedstawicieli ustawowych dziecka takich jak rodzice czy opiekun prawny. Kurator *ad actum* zasadniczo nie będzie zatem posiadał stosownych informacji w tym zakresie, co z kolei uniemożliwia mu wystąpienie z powództwem wzajemnym. Przyznanie mu tego rodzaju uprawnień byłoby natomiast równoznaczne z upoważnieniem go do podejmowania w imieniu dziecka czynności pozaprocessowych, a zatem wkroczenie w rolę kuratora prawa materialnego³⁹.

3.4. Obowiązki kuratora *ad actum*

Kurator reprezentujący małoletniego w postępowaniu jest jednym z przedstawicieli ustawowych – dlatego też podlega on takim ograniczeniom jak rodzice dziecka (art. 95 § 3 i 4 k.r.o.) i jego opiekunowie (art. 154 k.r.o.). Mając jednak na uwadze, że omawiana nowelizacja wprowadza zasadę profesjonalnej reprezentacji dziecka w sprawie, bowiem z założenia wykonywanej przez adwokata lub radcę prawnego, należy przyjąć, że od kuratora *ad actum* oczekiwane jest zapewnienie dziecku wyższych standardów reprezentacji, niż zagwarantowaliby mu rodzice czy opiekunowie prawni. Z uwagi na posiadaną przez pełnomocników profesjonalnych wiedzę, umiejętności i doświadczenie można oczekiwać, że są oni w stanie zagwarantować dziecku lepszą ochronę jego praw niż na wskazanym w kontekście rodziców małoletnich poziomie „maksymalnej staranności”⁴⁰. Zmiany wprowadzone w zakresie art. 99 i n. k.r.o. doprowadziły bowiem do połączenia w osobie kuratora dwóch ról, tj. przedstawiciela ustawowego i pełnomocnika profesjonalnego. W konsekwencji oceniając prawidłowość działań kuratora *ad actum*, należy kierować się standardami branżowymi pod uwagę dla oceny działań pełnomocników profesjonalnych.

Kurator reprezentujący dziecko w sprawie, inaczej niż opiekun ustawowy, nie jest bowiem zobowiązany do składania sądowi opiekuńczemu sprawozdań z prowadzonych na rzecz osoby małoletniej działań. Mimo to sąd opiekuńczy jest władny sprawować nadzór nad jego działalnością. Możliwość taką stwarza przede wszystkim art. 165 § 2 k.r.o., na podstawie którego sąd opiekuńczy może domagać się od kuratora wyjaśnień i przedkładania dokumentów związanych z wykonywaną reprezentacją osoby małoletniej. Dodatkowo, sąd opiekuńczy, w trybie art. 168 k.r.o., może wydawać zarządzenia korygujące adekwatne do okoliczności sprawy.

Znowelizowane przepisy dotyczące kurateli wyłączającej reprezentację rodziców określają również wzajemne relacje kuratora i rodziców dziecka. Stosownie do treści

³⁹ K. Korzan, *Kurator...*, s. 80–81.

⁴⁰ Postanowienie SN z 12.12.2000 r., V CKN 1751/00, LEX nr 1635378.

art. 99² § 1 k.r.o. kurator reprezentujący dziecko jest zobowiązany udzielać rodzicom „na piśmie albo lub przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej temu z rodziców dziecka, które nie uczestniczy w postępowaniu, na jego wniosek, informacji niezbędnych do prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej dotyczących przebiegu tego postępowania i podjętych w jego toku czynnościach, jeżeli nie stoi temu na przeszkodzie dobro dziecka”. Cytowany przepis określa zatem zasadnie nie tylko podmiot uprawniony do uzyskiwania informacji (tj. rodzic, który nie uczestniczy w postępowaniu), ale również zakres i formę ich przekazywania. Wskazane rozwiązania ograniczające „ilość” przekazywanych danych do minimum niezbędnego do wykonywania władzy rodzicielskiej, a także pisemna forma ich udzielania pozwalają zagwarantować należyłą ochronę praw osoby małoletniej, nawet jeśli bierze ona udział w postępowaniu sądowym w charakterze przeciwnika procesowego swojego rodzica lub rodziców. Ponadto forma udzielania informacji rodzicom osoby małoletniej pozwala sądowi na dokonywanie stosunkowo łatwiej kontroli z jednej strony charakteru tych informacji i ich wpływu na sytuację procesową osoby małoletniej, a z drugiej strony – stanowi gwarancję prawidłowego wywiązywania się przez kuratora ze swoich obowiązków względem dziecka. Przyjęte rozwiązania zdają się także dawać kuratorowi jasny sygnały co do tego, czyje interesy w sprawie reprezentuje i troska o czyje prawa powinna mu przyświecać przy wykonywaniu reprezentacji. Ustawodawca krajowy zdaje się tym samym zmierzać wyznaczoną przez Radę Europy drogą budowania wymiaru przyjaznego dzieciom, w którym małoletni są podmiotem, a nie tylko przedmiotem, postępowania sądowego.

Powyższej zmianie pozycji dziecka w postępowaniu służy także dyspozycja art. 99² § 3 k.r.o., która nakłada na kuratora *ad actum* obowiązek kontaktu z reprezentowanym, udzielania mu informacji o toku sprawy, podejmowanych czynnościach i konsekwencjach, jakie niosą one ze sobą. Dodatkowo, reprezentant jest zobligowany do przekazaniu małoletniemu informacji o ostatecznym zakończeniu sprawy i wynikającej z tego jego sytuacji procesowej. Wszelkie ww. dane powinny być przekazane dziecku w sposób adekwatny do jego wieku, stopnia rozwoju umysłowego, stanu zdrowia i stopnia dojrzałości. Kurator powinien zatem prostym, ale fachowym i zrozumiałym językiem przekazać dziecku wszystkie istotne informacje, wyjaśniając też ewentualne obawy dziecka wynikające ze sprawy. Wysiłki kuratora powinny być przy tym nakierowane na wskazaną powyżej potrzebę zagwarantowania dziecku pozycji czynnego uczestnika postępowania, a nie jedynie jego biernego obserwatora.

4. PODSUMOWANIE

Udział dziecka w postępowaniu jest niewątpliwie sytuacją niecodzienną zarówno dla niego samego, jak i dla osób mu najbliższych, a niekiedy także samego sądu prowadzącego postępowanie w sprawie. Dążąc do zminimalizowania negatywnych skutków takiego stanu rzeczy, ustawodawca międzynarodowy zwraca uwagę nie tylko na istotną rolę dziecka w społeczeństwie, ale także na potrzebę zmiany sposobu jego postrzegania i traktowania w procesie sądowym. Wysiłki podejmowane na poziomie ustawodawstwa międzynarodowego, m.in. w ramach Europejskiej Konwencji o ochronie praw dzieci i Wytycznych Komitetu Ministrów Rady Europy, po blisko 10 latach zaowocowały nowelizacją polskiego ustawodawstwa

dotyczącego kurateli wyłączającej reprezentację rodziców, uregulowanej w art. 99 i n. k.r.o. Przeprowadzone zmiany, niewątpliwie oczekiwane i pożądane, pozwalają stwierdzić, że przynajmniej na poziomie ustawowym dziecko z pozycji cichego obserwatora przechodzi do roli aktywnego uczestnika postępowania, którego głos w sprawie może stać się zauważalny. Ustawodawca krajowy, zgodnie z rekomendacjami międzynarodowymi, dostrzegł, że dziecko w konfrontacji z osobą dorosłą, zwłaszcza ze swoim rodzicem lub opiekunem prawnym, jest w postępowaniu sądowym podmiotem słabszym. Gorsza pozycja procesowa małoletniego wynika m.in. z jego stopnia rozwoju, doświadczenia życiowego, a także ograniczonych możliwości finansowych. Dlatego też tak istotne było przyjęcie rozwiązań, które zagwarantowałyby dziecku właściwą reprezentację jego interesów w postępowaniu sądowym. Małoletni nie ma bowiem ani prawnych, ani realnych możliwości zagwarantowania sobie samodzielnie reprezentacji procesowej na właściwym poziomie. Przeprowadzona w 2019 r. nowelizacja art. 99 i n. k.r.o., zwłaszcza w zakresie, w jakim wprowadza ona zasadę profesjonalnej reprezentacji dzieci w postępowaniach sądowych, stanowi właściwą reakcję na powyższe potrzeby. Zapewnienie małoletnim przedstawicielstwa wykonywanego przez adwokatów, radców prawnych lub co najmniej osób z wykształceniem prawniczym pozwala wyrównać szanse stron postępowania na uzyskanie korzystnego dla nich rozstrzygnięcia. Wydaje się, że reprezentacja wykonywana przez osoby posiadające ku temu stosowną wiedzę i umiejętności pozwoli uchronić osoby małoletnie przed często arbitralnymi decyzjami pozostałych uczestników procesu sądowego oraz sądu.

Wprowadzone rozwiązania, choć bez wątplenia słuszne i oczekiwane, nie są niestety wolne od wad. Mówiąc o niejasności art. 99 i n. k.r.o. w nowym brzmieniu, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na stawiane pełnomocnikom profesjonalnym wymagania co do obowiązku ukończenia szkoleń dotyczących zasad reprezentacji, praw lub potrzeb dziecka. Nie zostało także ustalone, skąd sądy mają czerpać wiedzę na temat specjalizacji poszczególnych pełnomocników (art. 99¹ § 1 k.r.o.) lub w jaki sposób powinny oceniać, czy dana osoba „wykazuje znajomość potrzeb dziecka” (art. 99¹ § 2 k.r.o.). Uwadze nie może uść też, wielokrotnie sygnalizowany w niniejszej pracy, czas jakiego potrzebował ustawodawca, aby przeprowadzić omawianą nowelizację. Sposób działania ustawodawcy w tym zakresie należy uznać za zbyt opieszale i sprzeczny z zasadą troski o dobro osób małoletnich. Ocena ta wypada tym gorzej, jeśli weźmie się pod uwagę, że od daty pierwotnego projektu nowelizacji do jej ostatecznego uchwalenia upłynęło aż 5 lat, w tym czasie prawa wielu osób małoletnich do właściwej reprezentacji w procesie były naruszane. Nie można bowiem porównać jakości reprezentacji sprawowanej przez osoby z właściwym ku temu wykształceniem i doświadczeniem z reprezentacją wykonywaną przez osoby wskazane przez rodziców małoletnich, czy też ustanawiane przez sąd spośród pracowników sądu, które przede wszystkim nie dysponowały właściwymi narzędziami dla zapewnienia dziecku fachowej pomocy. Dlatego też, choć kwestia ta nie jest jeszcze możliwa do oceny w praktyce z uwagi na zbyt krótki okres obowiązywania omówionej nowelizacji, można postawić tezę, że wprowadzona zasada ustanawiania kuratorem *ad actum* pełnomocnika profesjonalnego lub co najmniej osoby z wyższym wykształceniem prawniczym – z nielicznymi wyjątkami – pozwoli zagwarantować małoletnim lepszy poziom reprezentacji niż miało to miejsce dotychczas.

Summary

Sławomira Kotas-Turoboyska, *A Guardian Representing a Child in Civil Proceedings after Amendments*

The purpose of this study is to analyse the amendments to Article 99 et seq. of the Family and Guardianship Code, introduced by the Act of 16 May 2019 Amending the Act – Family and Guardianship Code and the Act – Code of Civil Procedure. The author discusses and evaluates the solutions introduced under the said Act, taking into account the circumstances that provided the impulse for the legislator to introduce changes affecting guardians representing children, bearing in mind the existing regulations and recommendations in the field of broadly understood international law as well as the position of judicature and legal scholars. The overall positive assessment of the amending act, which was one of the most anticipated amendments in recent years, is made worse by the ambiguities identified by the author in the area of detailed requirements set by the legislator for the person acting as the guardian representing the child and how they are verified by guardianship courts. Due to the limited size of the study, the considerations are limited to issues related to the guardian representing the child in court proceedings.

Keywords: guardian, child, family law

Streszczenie

Sławomira Kotas-Turoboyska, *Instytucja kuratora reprezentującego dziecko w procesie cywilnym po nowelizacji*

Celem niniejszego opracowania jest analiza przepisów art. 99 i n. Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego znowelizowanych ustawą z 16.05.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy Kodeks postępowania cywilnego. Autorka omówiła i oceniła wprowadzone na mocy wskazanej ustawy rozwiązania z uwzględnieniem okoliczności, które stanowiły dla ustawodawcy impuls do wprowadzenia zmian w zakresie instytucji kuratora reprezentującego dziecko, mając przy tym na uwadze istniejące regulacje i rekomendacje z zakresu szeroko rozumianego prawa międzynarodowego oraz stanowiska judykatury i przedstawicieli doktryny. Ogólna pozytywna ocena przeprowadzonej nowelizacji, która była jedną z najbardziej oczekiwanych w ostatnich latach, zostaje zaburzona przez zidentyfikowane przez autorkę niejasności co do szczegółowych wymagań, stawianych przez ustawodawcę osobie pełniącej rolę kuratora reprezentującego dziecko i sposobu ich weryfikacji przez sądy opiekuńcze. Z uwagi na ograniczone ramy opracowania poczynione rozważania odnoszą się do kwestii związanych z instytucją kuratora reprezentującego dziecko w postępowaniu procesowym.

Słowa kluczowe: kurator, dziecko, prawo rodzinne

Literatura:

1. Banaszewska A. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I i II, red. T. Zembrzusi, LEX/el. 2020.
2. Ciepla H., *Zarząd majątkiem dziecka*, Rodzina i Prawo 2012, nr 20–21.
3. Ignatowicz J. [w:] *System Prawa Rodzinnego i Opiekuńczego*, red. J.St. Piąkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985.
4. Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020.
5. Korzan K., *Kurator w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1966.

6. Kościółek A., *Obowiązki kuratora procesowego dla osoby nieznanej z miejsca pobytu*, Państwo i Prawo 2015, z. 10.
7. Słyk J., *Art. 99 [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2019.
8. Wengerek E., *Postępowanie egzekucyjne w sprawach cywilnych*, Warszawa 1961.
9. Zieliński A., *Sytuacja prawna opiekuna*, Nowe Prawo 1978, nr 7–8.

Jędrzej Maksymilian Kondek*

Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych**

1. UWAGI OGÓLNE

Niniejszy artykuł jest efektem badania przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, a dotyczącego orzecznictwa w zakresie naprawienia szkody i krzywdy wyrządzonych w wyniku wypadków drogowych. Przeanalizowane zostały sprawy zakończone w 2015 r. Przedmiotem badania było nie tylko naprawienie krzywdy, ale także naprawienie szkody na mieniu¹, szkody na osobie oraz roszczenie, o którym mowa w art. 446 § 3 Kodeksu cywilnego².

Układ niniejszego opracowania podporządkowano zasadniczo tokowi dochodzenia naprawienia krzywdy w procesie. Zatem najpierw omówiono kto był powodem (a więc – w swoim odczuciu – poszkodowanym) i przez kogo był reprezentowany. Następnie omówiono przedsądowy etap naprawienia szkody i krzywdy, czyli postępowanie likwidacyjne przeprowadzane przez ubezpieczyciela. W dalszej kolejności przedmiotem analizy była wysokość roszczenia zgłoszonego przez powoda. Po tej prezentacji powoda i dochodzonego przez niego roszczenia (z czym wiąże się zagadnienie naprawienia części szkody w postępowaniu likwidacyjnym) zaprezentowano dane dotyczące pozwanego, po czym omówiono postępowanie przed sądem pierwszej instancji, prezentując sposoby (argumenty) obrony pozwanego, tok postępowania dowodowego i przekształcenia procesowe oraz rozstrzygnięcia sądów pierwszej instancji. Następnie przeanalizowano postępowania apelacyjne³. Na zakończenie – jako podsumowanie zagadnień związanych z przebiegiem procesu – omówiono kwestię czasu trwania tych postępowań. Na zakończenie przedstawiono najważniejsze zagadnienia materialnoprawne, których doniosłość w praktyce orzeczniczej została stwierdzona w badaniu.

* Jędrzej Maksymilian Kondek jest doktorem nauk prawnych, kierownikiem Sekcji Prawa i Procesu Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, sędzią Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-6663-9411, e-mail: jedrzej.kondek@iws.gov.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 2.03.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.04.2021 r.

¹ Wyniki badania w tym zakresie zostały przedstawione przez Marcina Krajewskiego w: M. Krajewski, *Dochodzenie roszczeń o naprawienie szkody w postaci kosztów najmu pojazdu zastępczego w ramach ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych: możliwości ograniczenia liczby lub usprawnienia postępowań sądowych*, „Prawo w Działaniu” 2017/31, s. 74–120 oraz M. Krajewski, *Szkoda na mieniu wynikająca z wypadków komunikacyjnych*, „Prawo w Działaniu” 2018/34, s. 7–72.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.) – dalej k.c.

³ Ponieważ w spośród przeanalizowanych spraw tylko w jednej wniesiono skargę kasacyjną i nie została ona przyjęta do rozpoznania przez Sąd Najwyższy (dalej SN), zagadnienie postępowania kasacyjnego można pominąć.

Spośród wszystkich przebadanych spraw o naprawienie szkody wyrządzonej w wypadkach drogowych, sprawy o zadośćuczynienie dochodzone na podstawie art. 445, art. 446 § 4 oraz art. 448 k.c., tj. 611 spraw na ogółem przebadane 922 przypadki (66,3%). Jest to zatem największa z przebadanych kategorii spraw. Wydaje się, że może to świadczyć o relatywnie wysokiej świadomości prawnej poszkodowanych, którzy wiedzą, iż oprócz odszkodowania za szkodę majątkową (co zazwyczaj nie budzi wątpliwości) mają także prawo do naprawienia szkody niemajątkowej⁴.

W analizowanych sprawach niejednokrotnie występowała kumulacja roszczeń wynikających z jednej podstawy faktycznej, ale z różnych podstaw prawnych. W sprawach, w których dochodzono zadośćuczynienia, zarazem dochodzono naprawienia szkody na osobie (26,51%), roszczenia z art. 446 § 3 k.c. (10,80%) oraz naprawienia szkody na mieniu (4,26%). Z kolei z żądaniem odszkodowania za szkody, o których mowa w art. 446 § 3 k.c., łączono aż w 91,67% przypadków roszczenie o zadośćuczynienie. Analizując powyżej przedstawione dane, dochodzi my do wniosku, że roszczenie o zadośćuczynienie cechuje duża doza samodzielności.

Relatywnie niski odsetek spraw, w których roszczenie o zadośćuczynienie łączone jest z żądaniem naprawienia szkody na osobie daje się wyjaśnić m.in. niską łączną liczbą spraw o naprawienie szkody na osobie w ogóle (jedynie 174 sprawy, tj. 18,87% spraw w ogóle). Stany faktyczne, w których dochodzi do kumulacji tych roszczeń (zwłaszcza roszczenia o odszkodowanie za szkodę na osobie z roszczeniem o naprawienie krzywdy na podstawie art. 445 § 1 k.c.) w teorii powinny występować często, gdyż wydaje się, że w bardzo wielu sytuacjach w wyniku wypadku drogowego dochodzi zarówno do szkody majątkowej na osobie, jak i do uszkodzenia ciała powodującego cierpienia uzasadniające żądanie zadośćuczynienia⁵. Na tym tle dziwić może także relatywna rzadka kumulacja omawianych roszczeń z roszczeniem o naprawienie szkody majątkowej, zwłaszcza, jeśli uświadomimy sobie, że do szkody majątkowej dochodzi w przypadku wypadków komunikacyjnych właściwie zawsze. Oznacza to, że roszczenia o naprawienie szkody majątkowej wynikające z wypadków komunikacyjnych dochodzone są zazwyczaj w oddzielnych procesach niż roszczenia o naprawienie krzywdy czy szkody na osobie. Daje się to wyjaśnić treścią art. 449 k.c., zgodnie z którym roszczenia przewidziane w art. 444–448 k.c. nie mogą być zbyte, chyba że są już wymagalne i że zostały uznane na piśmie albo przyznane prawomocnym orzeczeniem. Tym samym więc można przypuszczać, że szkody na mieniu są bardzo często przedmiotem przelewów na rzecz warsztatów naprawczych, wypożyczalni samochodów lub osób zawodowo trudniących się dochodzeniem odszkodowań od ubezpieczycieli, podczas gdy w przypadku zadośćuczynienia i szkody na osobie poszkodowany nie może przenieść swojego roszczenia na inny podmiot, lecz musi dochodzić go we własnym mieniu. W rezultacie kto inny dochodzi z tego samego wypadku drogowego naprawienia szkody na mieniu, a kto inny – naprawienia krzywdy czy szkody na osobie.

⁴ W dalszej części opracowania pojęcia „szkody niemajątkowej” i „krzywdy” będzie traktowane jako synonimiczne i stosowane zamiennie.

⁵ Stanów faktycznych uzasadniających kumulację roszczenia z art. 446 § 3 k.c. z roszczeniem o naprawienie szkody na osobie powinno być w teorii zdecydowanie mniej, a jednak i takie przypadki – jak się okazało w badaniu – także występują.

Przebadana kategoria spraw nie jest jednolita. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że obejmuje ona zarówno sprawy, w których podstawą faktyczną roszczeń jest śmierć człowieka, jak i takie, w których poszkodowany dochodzi odszkodowania lub zadośćuczynienia za cierpienie doznane przez samego siebie w wyniku wywołania u niego uszczerbku na ciele lub rozstroju zdrowia. W obu tych przypadkach powód żąda naprawienia własnej krzywdy, jednak w przypadku zadośćuczynienia i odszkodowania za śmierć osoby bliskiej, szkoda powoda będzie miała charakter pośredni⁶.

Rozróżnienie obu tych przypadków na gruncie przeprowadzonej ankiety nie było łatwe, jako że obejmowało ono roszczenie o zadośćuczynienie jako kategorię jednolitą niezależnie od tego, jaka była podstawa prawna roszczenia. Analizując jednak dalsze pytania ankiety, można wskazać, że spośród wszystkich spraw o zadośćuczynienie, w 284 sprawach, tj. w 46,5% wszystkich spraw, powodami były osoby, o których mowa w art. 446 § 3 i 4 k.c. Oznacza to, że w pozostałych sprawach podstawa prawna roszczenia o zadośćuczynienie była inna. Nie oznacza to jednak, że we wszystkich pozostałych przypadkach podstawą faktyczną roszczenia było zdarzenie inne niż śmierć człowieka.

W tym miejscu pojawia się bowiem zagadnienie konstruowania roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę spowodowaną śmiercią osoby bliskiej na podstawie art. 448 k.c., a zatem jako naruszenia dóbr osobistych osoby bliskiej zmarłemu. Należy zauważyć, że niejednokrotnie w przebadanych sprawach stany faktyczne dotyczyły zdarzeń sprzed 3.08.2008 r., a zatem sprzed wprowadzenia do Kodeksu cywilnego art. 446 § 4. Jak wiadomo, w przypadku śmierci osoby fizycznej, osoby jej bliskie dochodziły roszczenia o zadośćuczynienie na podstawie art. 448 k.c.⁷, co wynikało z poglądu, że więź emocjonalna między osobami najbliższymi stanowi dobro osobiste. Ocena zasadności takiego stanowiska przekracza ramy niniejszej pracy⁸, należy jednak zauważyć, że domaganie się zadośćuczynienia za śmierć osoby bliskiej, która nastąpiła przed 3.08.2008 r. była zjawiskiem częstym. Takie sytuacje zostały odnotowane w przebadanych sprawach w 110 przypadkach na 611⁹, w których dochodzono zadośćuczynienia, a zatem w 18% spraw. W dalszej części

⁶ Por. np. P. Machnikowski, A. Śmieja [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 754.

⁷ Por. np. uchwały SN: z 22.10.2010 r., III CZP 76/10, OSNC-ZD 2011/B, poz. 42; z 13.07.2011 r., III CZP 32/11, OSNC 2012/1, poz. 10; wyrok SN z 5.10.2011 r., IV CSK 10/11, OSNC-ZD 2012/C, poz. 55 i uchwałę siedmiu sędziów SN z 27.03.2018 r., III CZP 60/17, OSNC 2019/9, poz. 83.

⁸ Sprawa ta jest dyskusyjna w nauce prawa. Zagadnienie to obszernie omawia K. Mularski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, art. 448, nb 7–9 oraz P. Sobolewski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, red. K. Osajda, Warszawa 2017, art. 448, nt. 14–15; obaj autorzy są zwolennikami wyrażonego przez SN poglądu. Zamiast wielu zob. także M. Wałachowska, *Wynagrodzenie szkód deliktowych doznanych przez pośrednio poszkodowanych na skutek śmierci albo uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia osoby bliskiej*, Warszawa 2014; B. Janiszewska, *Refleksje na temat wprowadzenia art. 446 § 4 k.c.* [w:] *Oblicza prawa cywilnego. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Błeszyńskiemu*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2013; T. Grzeszak, *Dobro osobiste jako dobroindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018/4, *passim* oraz B. Lackoroński, *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdy wynikłe ze śmierci najbliższego członka rodziny na podstawie art. 446 § 4 k.c. (cz. 2)*, „Palestra” 2009/9–10, s. 40. Por. też krytyczną głosę M. Łolika, *Więź emocjonalna między osobami najbliższymi jako dobro osobiste. Głos do uchwały SN z dnia 27 marca 2018 r., III CZP 60/17*, „Przegląd Sądowy” 2019/9, *passim* i wskazaną tam literaturę.

⁹ Przy czym w jednym przypadku (sprawa tocząca się przed Sądem Rejonowym [dalej SR] Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 2286/13), sąd w uzasadnieniu wyroku powołał się na art. 446 § 4 k.c., pomimo że zdarzenie miało miejsce przed wejściem w życie tego przepisu i powód powoływał się w pozwie na art. 448 k.c.

opracowania zostanie zbadane, czy powództwa o zadośćuczynienie za śmierć osoby bliskiej oparte na podstawie art. 448 k.c. były uwzględniane, a zatem, czy wspomniany wyżej pogląd Sądu Najwyższego i części doktryny przyjął się orzecznictwie sądów powszechnych.

Sumując te przypadki ze sprawami, w których powodami były osoby uprawnione do żądania zadośćuczynienia czy odszkodowania na podstawie art. 446 § 3 i 4 k.c., dochodzimy do spostrzeżenia, że w 394 sprawach, czyli w 64,5% wszystkich przebadanych spraw, podstawą faktyczną roszczenia była śmierć osoby fizycznej. Pokazuje to, że śmierć osoby najbliższej jest bardzo istotnym czynnikiem wywołującym krzywdę, o wiele istotniejszym niż uszczerbek na ciele lub rozstrój zdrowia. Proporcje te należy porównać ze statystykami dotyczącymi wypadków drogowych w Polsce w ogóle. W 2013 r. na 35.847 wypadków drogowych zabitych zostało 3.357 osób, a rannych 44.059 osób, czyli zabici stanowili 7,08% wszystkich ofiar¹⁰. W 2014 r. było 34.970 wypadków, w których zginęły 3.202 osoby, a rannych zostało 42.545 osób, czyli zabici stanowili 7,00% wszystkich ofiar¹¹. W 2015 r. liczby te kształtowały się następująco: było 32.967 wypadków, w których zginęło 2.938 osób, a 39.778 zostało rannych, a zatem spośród wszystkich ofiar zabici stanowili 6,88%¹². Jak więc widzimy, proporcje te są odwrotne niż proporcje w analizowanych w niniejszym badaniu sprawach – chociaż zabici stanowiącą niewielką część wszystkich poszkodowanych w wypadkach drogowych, to roszczenia związane ze śmiercią w wypadkach drogowych dominują w sprawach o zadośćuczynienie za krzywdy doznane w wyniku wypadku drogowego. Oczywiście na nadreprezentację spraw o naprawienie krzywdy lub szkody spowodowanej śmiercią osoby najbliższej może też wpływać fakt, że śmierć osoby najbliższej może wywołać krzywdę u wielu osób (np. małżonka i dzieci), podczas gdy doznanie obrażeń w wypadku drogowym powoduje powstanie krzywdy co najwyżej tylko u samej ofiary, jako że prawo polskie nie zna *de lege lata* zadośćuczynienia za krzywdę doznaną nie przez śmierć osoby najbliższej, lecz przez doznanie przez nią uszczerbku na ciele lub rozstroju zdrowia¹³. W mojej ocenie owo multiplikowanie się spraw związanych ze śmiercią osoby najbliższej nie może stanowić wystarczającego wyjaśnienia tak dużej nadreprezentacji spraw dotyczących śmierci w wypadku drogowym w stosunku do wszystkich spraw o zadośćuczynienie. Takie traktowanie jednej sprawy jako kilku spowodowało zwiększenie badanej próby o 152 sprawy¹⁴.

¹⁰ Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r., Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2014, s. 8, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.).

¹¹ Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r., Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2015, s. 8, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.).

¹² Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r., Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2016, s. 8, <http://statystyka.policja.pl/st/ruch-drogowy/76562,Wypadki-drogowe-raporty-roczne.html> (dostęp: 6.12.2019 r.).

¹³ Pogląd ten – dotychczas niesporny – zaczyna być ostatnio kwestionowany, por. uchwałę siedmiu sędziów SN z 27.03.2018 r., III CZP 69/17, OSNC 2018/11, poz. 104. W nauce prawa zagadnienie to omawia K. Krupa-Lipińska, *Zadośćuczynienie za cierpienie wynikające z niemożności nawiązania z osobą bliską typowej więzi rodzinnej z powodu jej uszczerbku na zdrowiu będącego następstwem czynu niedozwolonego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. 39.

¹⁴ Z uwagi na konstrukcję ankiety, przypadek każdego poszkodowanego (powoda) był kwalifikowany jako osobna sprawa, a tym samym np. sprawa, w której zadośćuczynienia za śmierć ojca dochodziło czworo jego dzieci traktowane było jako cztery różne sprawy.

Mogłoby to zatem tłumaczyć nadreprezentację spraw, których podstawą faktyczną jest śmierć osoby fizycznej o ok. 1/3 w porównaniu do ogólnych proporcji występujących w wypadkach drogowych, ale nie różnicę niemal dziesięciokrotną (roszczeń wynikających ze śmierci osoby fizycznej w wypadku drogowym dotyczyło – przypomnijmy – niemal 2/3 analizowanych spraw – co stanowi znaczą różnicę w stosunku do ok. 7% ofiar śmiertelnych w stosunku do wszystkich osób poszkodowanych w wypadkach drogowych). Rozwiązania tego problemu należy szukać gdzie indziej, przy świadomości tego, że niniejsza ankieta nie pozwala na wskazanie jednoznacznej odpowiedzi, jako że nie pozwala ona poznać motywacji stojących za decyzją o wytoczeniu powództwa. Śmierć osoby najbliższej jest zdarzeniem, które w większym stopniu wpływa na poczucie krzywdy, bólu czy cierpienia, niż ból czy poczucie krzywdy wywołane obrażeniami doznanymi w wypadku. Utrata osoby najbliższej może też być ciosem, z którym trudniej jest się pogodzić, dlatego też pokrzywdzeni częściej dochodzą takich roszczeń. Wreszcie nie można też wykluczyć, że w przypadku zadośćuczynienia za uszczerbek na ciele bądź wywołanie rozstroju zdrowia o wiele większa część roszczeń jest naprawiana na etapie likwidacji szkody (tzn. mniej jest osób niezadowolonych z zadośćuczynienia czy odszkodowania wypłaconego przez ubezpieczyciela niż w przypadku śmierci osoby bliskiej)¹⁵. W dużej mierze będzie tak w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie za krzywdę związaną ze śmiercią osoby najbliższej na podstawie art. 448 k.c., gdyż – jak o tym będzie jeszcze mowa – ubezpieczyciele masowo nie przyznawali na tej podstawie zadośćuczynień. Teza ta nie może być jednak zweryfikowana w niniejszym badaniu, gdyż dotyczy ono jedynie spraw, w których poszkodowany czy pokrzywdzony nie pogodził się z dobrowolnie wypłaconym przez ubezpieczyciela świadczeniem, a zatem nie wiadomo, w ilu przypadkach przyznane na etapie przedsądowym zadośćuczynienie usatysfakcjonowało poszkodowanego. Można jednak pokusić się o hipotezę, że w przypadku innych, niż śmiertelne obrażenia doznane w wypadku drogowym, krzywda albo w ogóle nie występuje, albo jest na tyle mała, że w całości zostaje skompensowana na etapie postępowania likwidacyjnego. W przypadku zaś krzywdy wywołanej śmiercią osoby najbliższej zarówno rozmiar krzywdy, jak i – w konsekwencji – rozmiar dochodzonego zadośćuczynienia jest na tyle duży, że w praktyce powoduje, iż w każdym przypadku pokrzywdzeni decydują się na dochodzenie swoich roszczeń przed sądem, nie zadowolając się przyznaniem zadośćuczynienia przez ubezpieczyciela. Innym wyjaśnieniem takiego zjawiska mogłaby być teoretycznie działalność tzw. kancelarii odszkodowawczych (o czym poniżej). Dla takich podmiotów pomoc przy dochodzeniu roszczenia związanego ze śmiercią osoby bliskiej jest najbardziej korzystna, bo i są one relatywnie proste i gwarantują względnie wysokie odszkodowanie. Jak jednak zostanie to opisane niżej, nie można stwierdzić, że w sprawach, w których powód reprezentowany jest przez taką kancelarię, krzywdy wynikające ze śmierci osoby bliskiej powodowi są dochodzone częściej.

¹⁵ Teza ta jednak wymaga weryfikacji. Z oczywistych względów w niniejszym badaniu przeanalizowano wyłącznie sprawy, w których roszczenia poszkodowanych nie zostały naprawione w całości na etapie przedsądowym. W pewnym stopniu ograniczać to może zasadność ekstrapolacji ich wyników na wszystkie przypadki naprawiania szkód, wynikających z wypadków komunikacyjnych (a zatem uwzględniając także pozasądowe naprawienie tej szkody).

Podsumowując, należy stwierdzić, że:

- Sprawy o zadośćuczynienie stanowią dominującą grupę spraw, których przedmiotem są roszczenia cywilnoprawne związane z wypadkami komunikacyjnymi (prawie 67%).
- Roszczenie o zadośćuczynienie występuje najczęściej samodzielnie, aczkolwiek niejednokrotnie łączone jest z roszczeniem o naprawienie szkody na osobie.
- Spraw, w których jednocześnie, w ramach tej samej podstawy faktycznej, dochodzone jest roszczenie o zadośćuczynienie i roszczenie o naprawienie szkody na mieniu jest bardzo niewiele (zaledwie ponad 4% w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie), co można tłumaczyć tym, że w przeważającej mierze poszkodowani decydują się na cesję swoich roszczeń z tytułu szkody na mieniu na rzecz innych podmiotów, zaś roszczeń z tytułu krzywdy i szkody na osobie muszą (z uwagi na treść art. 449 k.c.) dochodzić samodzielnie.

W większości przypadków (prawie 65%) podstawą faktyczną roszczeń o zadośćuczynienie jest śmierć ofiary wypadku, mimo że ofiary śmiertelne stanowią ok. 7% wszystkich poszkodowanych w wypadkach drogowych. Daje się to wytłumaczyć po części tym, że śmierć osoby najbliższej niejednokrotnie powoduje doznanie krzywdy przez relatywnie szeroki krąg osób, a po części tym, że chodzi w nich o krzywdę o większym ciężarze gatunkowym niż w przypadku krzywdy wywołanej obrażeniami ciała, co powoduje, iż mniej tych spraw jest kończonych na etapie postępowania likwidacyjnego, a poszkodowani są bardziej zdeterminowani do dochodzenia swoich roszczeń przed sądem.

2. POWÓD I JEGO PEŁNOMOCNIK

2.1. Cechy osobiste powodów

Powodami w sprawach o zadośćuczynienie były wyłącznie osoby fizyczne. Wyjaśnienie tej okoliczności nie jest trudne. Niewątpliwie zarówno normy z art. 445, jak i 446 § 4 k.c. chronią dobra osobiste, które mogą przysługiwać wyłącznie osobom fizycznym. O ile bowiem art. 43 k.c. nakazuje stosować do osób prawnych przepisy o ochronie dóbr osobistych, o tyle to odpowiednie stosowanie musi prowadzić do wniosku, że osobie prawnej nie przysługują takie dobra, jak życie, zdrowie czy więzi emocjonalne z inną osobą. Nawet jeśli przyjąć, że art. 446 § 4 k.c. nie chroni żadnego dobra osobistego, to i tak uprawnionym do zadośćuczynienia jest wyłącznie osoba bliska zmarłego. Osobą bliską jest zaś – jak się wydaje – wyłącznie osoba fizyczna.

Mając jednak na uwadze stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym istnieje dobro osobiste więzi emocjonalnej z inną osobą, i jego naruszenie może rodzić skutek w postaci obowiązku zapłaty zadośćuczynienia na podstawie art. 448 k.c.¹⁶, to teoretycznie można sobie wyobrazić roszczenie osoby prawnej pokrzywdzonej

¹⁶ Por. wyrok SN z 5.10.2011 r., IV CSK 10/11 i uchwałę siedmiu sędziów SN z 27.03.2018 r., III CZP 60/17.

śmiercią jakiejś ważnej dla niej osoby fizycznej (np. fundatora w stosunku do fundacji). Rozważania takie mają jednak wyłącznie akademicki charakter i w przebadanych sprawach przypadek taki nie wystąpił.

Kolejną przyczyną powodującą, że powodem w analizowanych sprawach były wyłącznie osoby fizyczne jest wspomniana już wyżej dyspozycja art. 449 k.c., która uniemożliwia cedowanie roszczeń o naprawienie krzywdy na inne osoby, chyba że zostały uznane na piśmie albo przyznane prawomocnym orzeczeniem. W przeciwieństwie zatem do roszczeń o naprawienie szkody majątkowej, roszczenia o naprawienie krzywdy nie mogą być przenoszone na kancelarie odszkodowawcze, lecz muszą być zawsze dochodzone w imieniu samego pokrzywdzonego.

2.2. Obywatelstwo i miejsce zamieszkania powodów

W żadnej ze spraw powodem nie był obywatel innego państwa niż Polska (w 97,4% spraw wskazano jako powoda osobę z obywatelstwem polskim, w 2,6% spraw brak jest jakiegokolwiek wskazania w tej mierze, co sugeruje, że okoliczność ta nie była przez sąd badana). Taka sytuacja może dziwić, jako że cudzoziemcy są widoczni na polskich drogach. Wyjaśnieniem takiej sytuacji może być jednak analiza statystyk policji. W 2013 r. w wypadkach zginęło 31 cudzoziemców, a 339 zostało rannych¹⁷. W 2014 r. zginęło 40 cudzoziemców, a 352 zostało rannych¹⁸, zaś w roku 2015 wśród poszkodowanych w wypadkach cudzoziemców było 37 zabitych i 390 rannych¹⁹. Oznacza to, że w 2013 r. cudzoziemcy stanowili 0,95% wszystkich zabitych w wypadkach komunikacyjnych i 1% wszystkich rannych. W 2014 r. cudzoziemcy stanowili 1,25% wszystkich zabitych i 0,98% wszystkich rannych, zaś w 2015 r. było to odpowiednio – 1,26% i 0,98%. Odsetki te utrzymują się na stałym i niskim poziomie. W ten zapewne sposób można wytłumaczyć brak występowania cudzoziemców jako powodów w omawianych sprawach. Jednak z drugiej strony wspomniana wyżej nadreprezentacja roszczeń, wynikających ze śmierci osób najbliższych, powinna przejawiać się również w sprawach z udziałem cudzoziemców. Ponadto ich udział w sprawach (nawet w granicach 1%) powinien znaleźć swój wyraz w wynikach analizowanego badania (przeanalizowano 611 spraw, a zatem nawet zjawisko występujące w granicach 1% powinno być w badaniu widoczne). Być może poszkodowani dochodzą swoich roszczeń przed sądami swojego państwa zamieszkania (podstawą taką dla poszkodowanych będących obywatelami państwa członkowskiego Unii Europejskiej, stanowić będzie art. 11 ust. 1 lit b rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z 12.12.2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych²⁰). Dla jakichkolwiek innych wytłumaczeń brak jest podstaw na gruncie analizowanego badania.

W jednym przypadku pokrzywdzona, choć była obywatelką polską, miała miejsce zamieszkania w Stanach Zjednoczonych i sąd uwzględnił tę okoliczność przy wymiarze odszkodowania²¹.

¹⁷ *Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r. ...*, s. 76.

¹⁸ *Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r. ...*, s. 78.

¹⁹ *Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r. ...*, s. 80.

²⁰ Dz.Urz. UE L 351, s. 1 ze zm.

²¹ Sprawa tocząca się przed SR Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, VII C 1593/14/5.

2.3. Zwolnienie od kosztów sądowych

W stosunkowo dużej liczbie spraw powodowie zostają zwolnieni z kosztów sądowych w całości lub w części, co nastąpiło w 45% spraw. Tymczasem z badań Marcina Dziurdy, Piotra Ryłskiego, Jacka Sadowskiego i Mikołaja Wildy wynika, że wnioski o zwolnienie od kosztów sądowych w procesie były składane w 20,4% spraw (w tym w sprawach o prawa majątkowe w 22,47% spraw)²², zaś w 76,64% spośród tych spraw były one uwzględniane w całości lub w części²³, co oznacza, że ogółem w procesie do zwolnienia strony od kosztów w całości lub w części dochodziło w 15,6% spraw. Tym samym więc, w sprawach o zadośćuczynienie bądź odszkodowanie, o którym mowa w art. 446 § 3 k.c., dochodziło do zwolnienia powoda od kosztów sądowych w całości lub w części trzykrotnie częściej niż zwykle.

Zastanawiać się można nad przyczynami takiego stanu rzeczy. Ponieważ jednak postanowienie o zwolnieniu od kosztów sądowych nie jest uzasadniane, trudno jest dokładnie zrekonstruować powody, dla których tak często dochodzi do zwolnienia od kosztów sądowych w omawianych sprawach. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że zazwyczaj sprawy te będą miały relatywnie wysoką wartość przedmiotu sporu (wysokość dochodzonych roszczeń będzie analizowana w dalszej części niniejszego opracowania). Ogółem w analizowanych sprawach wartość przedmiotu sporu mieściła się w granicach 1000 zł do 808.000 zł, przy średniej 59.794,39 zł i medianie 40.000 zł.²⁴ Oznacza to, że w konsekwencji opłaty sądowe były relatywnie wysokie – w przypadku połowy spraw – powyżej 2000 zł, zaś najwyższa wynosiła 40.400 zł. Zarazem trzeba zauważyć, że wypadek komunikacyjny jest zdarzeniem losowym i nie da się przewidzieć konieczności ponoszenia wydatków związanych z dochodzeniem z tej przyczyny zadośćuczynienia, czy odszkodowania, co powoduje, że nie będzie dla tych spraw aktualne stanowisko SN, zgodnie z którym strona powinna poczynić odpowiednie oszczędności w celu zebrania środków na opłatę sądową²⁵. Konieczność wytoczenia powództwa o zadośćuczynienie, czy odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. jest również niezależna od dotychczasowej sytuacji majątkowej czy dochodowej powoda. Nie jest więc tak, jak ma to miejsce w przypadku np. spraw gospodarczych, że zazwyczaj wysokość dochodzonych roszczeń pozostaje w związku z wielkością działalności gospodarczej prowadzonej przez powoda i uzyskiwanych z tego tytułu przychodów.

2.4. Zastępstwo procesowe powoda

We właściwie wszystkich sprawach powodowie reprezentowani byli przez profesjonalnych pełnomocników procesowych, a zatem przez adwokata lub radcę prawnego. Profesjonalny pełnomocnik reprezentował powoda w 94,9% spraw (w 1,6% spraw brak było pełnomocnika, a w 3,4% spraw nie wskazano odpowiedzi).

Pełnomocnik profesjonalny był najczęściej ustanawiany jeszcze na etapie likwidacji szkody przez ubezpieczyciela (w 74,1% przypadków). Należy zwrócić uwagę,

²² M. Dziurda, P. Ryłski, J. Sadowski, M. Wild, *Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – analiza funkcjonowania – wnioski de lege ferenda*, Warszawa 2014, s. 142–143.

²³ M. Dziurda, P. Ryłski, J. Sadowski, M. Wild, *Ustawa...*, s. 179.

²⁴ Chodzi tu o ogólną wysokość roszczeń ze wszystkich podstaw prawnych, a zatem nie tylko o wysokość roszczenia o zadośćuczynienie.

²⁵ Por. postanowienie SN z 17.05.2012 r., I CZ 55/12, Legalis nr 526849.

że zdarzały się sytuacje, w których inny pełnomocnik reprezentował pokrzywdzonego na etapie przedsądowym, a inny – w postępowaniu sądowym. Pokazuje to, że chociaż zasadniczo etap likwidacji szkody nie jest postępowaniem spornym i pozornie wymaga wyłącznie przedłożenia ubezpieczycielowi faktów, w istocie strony wolą już wówczas korzystać z profesjonalnej pomocy prawnej. Może to wynikać zarówno z braku zaufania co do obiektywizmu ubezpieczycieli, jak i faktu, że w istocie dochodzenie zadośćuczynienia wydaje się być o wiele bardziej skomplikowane niż dochodzenie naprawienia „zwykłej” szkody na mieniu. Można również postawić hipotezę, że reprezentacja pokrzywdzonego przez profesjonalnego pełnomocnika na etapie likwidacji szkody oznacza, iż poszkodowany korzystał z pomocy tzw. kancelarii odszkodowawczych. Mając jednak na uwadze płynne pojęcie „kancelarii odszkodowawczej” (zob. niżej) oraz fakt, że przebieg postępowania likwidacyjnego został zrekonstruowany na podstawie dokumentów dołączanych do pozwu (lub innych pism procesowych), co nie pozwala na ustalenie intencji kierujących pokrzywdzonym przy decydowaniu się na profesjonalnego pełnomocnika, postawioną hipotezę należy uznać za niemożliwą do zweryfikowania w omawianym badaniu.

Warto zwrócić uwagę także na to, że na początku postępowania ustanowiono pełnomocnika w 17,8% spraw. Jedynie w 6 przypadkach (1% ogółu spraw) pełnomocnik profesjonalny został ustanowiony dopiero po rozpoczęciu postępowania. Dane te należy zestawzić z odsetkiem spraw, w których powodowie zostali zwolnieni od kosztów sądowych. Oczywiście nie zawsze pełnomocnicy ustanawiani na początku postępowania bądź w jego trakcie byli pełnomocnikami ustanawianymi z urzędu. Niemniej jednak pełnomocnik z urzędu nie mógł być ustanowiony na etapie przedsądowym. Prowadzi to do wniosku, że ze zwolnieniem od kosztów sądowych nie idzie w parze ustanawianie dla powodów pełnomocników z urzędu. Powodowie, pomimo to, że zwolnieni od kosztów sądowych korzystają z własnych pełnomocników z wyboru.

Osobnym zagadnieniem jest problematyka tzw. kancelarii odszkodowawczych. Do wyników badania w tej kwestii należy podchodzić bardzo ostrożnie, mając na uwadze, że pojęcie „kancelaria odszkodowawcza” nie jest pojęciem ściśle zdefiniowanym ani ustawowo, ani w orzecznictwie sądowym, lecz raczej postrzeganym intuicyjnie. Kancelaria odszkodowawcza jest więc podmiotem, który w ramach swojej działalności gospodarczej udziela pomocy w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych w zamian za odpowiednią prowizję. Kancelarie odszkodowawcze zazwyczaj prowadzą aktywny marketing swoich usług informując potencjalnych klientów o możliwości dochodzenia lub zadośćuczynienia. Wychwycenie jednak tego, czy pełnomocnik profesjonalny reprezentujący powoda był zatrudniony w takiej kancelarii nie jest łatwe z uwagi na to, że pełnomocnik ów i tak musi wykonywać zawód w formie dozwolonej przez ustawę o radcach prawnych²⁶ albo ustawę – Prawo o adwokaturze²⁷, a zatem w formie kancelarii indywidualnej, spółki cywilnej lub osobowej albo w zespole adwokackim²⁸. Co prawda, radca prawny może być zatrudniony także na umowę o pracę, jednak w praktyce świadczy wówczas pomoc prawną wyłącznie swojemu pracodawcy. To wszystko powoduje, że niejednokrotnie na podstawie nazwiska pełnomocnika oraz wskazanego

²⁶ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 75) – dalej u.r.p.

²⁷ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1651) – dalej pr. adw.

²⁸ Art. 4a pr. adw. i art. 8 u.r.p.

miejsca i formy wykonywania przez niego zawodu nie można wnioskować o tym, czy w istocie został on wskazany lub polecony przez kancelarię odszkodowawczą. Dlatego też ustalenie w badaniu, że pełnomocnik był zatrudniony w takiej kancelarii w 246 przypadkach (40,2%) należy uznać nie tyle nawet za przybliżone, ile raczej za zaniżone. W rzeczywistości bowiem wiele takich sytuacji mogło zostać nierozpoznanych przez ankierów. Mając na uwadze te zastrzeżenia, należy tylko wspomnieć, że domeną „kancelarii odszkodowawczych” były sprawy o zadośćuczynienie. W przypadku spraw, w których dochodzono wyłącznie naprawienia szkody na mieniu lub osobie (z wyłączeniem naprawienia szkody, o której mowa w art. 446 § 3 k.c.), na 305 spraw stwierdzono reprezentację powoda przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej wyłącznie w 7 przypadkach (2,3%). Należy więc już na tej podstawie stwierdzić, że działalność tzw. kancelarii odszkodowawczych w zakresie naprawienia krzywdy (w tym szkody, o której mowa w art. 446 § 3 k.c.) jest znacząca. Z jednej strony, z pewnością wpływa to na wzrost świadomości prawnej społeczeństwa, a przynajmniej na korzystanie z przysługujących im uprawnień przez osoby, które w przeciwnym razie by z nich nie skorzystały²⁹. Z drugiej jednak strony powstaje zagadnienie, czy ich działalność nie narusza praw poszkodowanych i pokrzywdzonych poprzez pobieranie nadmiernych prowizji. Wszystko to jednak nie było możliwe do zbadania w ramach omawianego badania, które bazowało wyłącznie na aktach spraw sądowych. Do uzyskania przybliżonych danych potrzebne byłoby bowiem badanie opierające się na wywiadach z pokrzywdzonymi i analizie umów zawieranych przez nich z kancelariami odszkodowawczymi³⁰. Teoretycznie możliwe było natomiast zbadanie, czy kancelarie odszkodowawcze są bardziej „skuteczne” w dochodzeniu roszczeń, a dokładnie – czy w sprawach, w których powód był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika był wyższy niż średni procent, w jakim uwzględniano powództwa, oraz jak ma się występowanie w sprawie pełnomocnika z takiej kancelarii do wartości przedmiotu sporu, a zatem, czy kancelarie te występują w sprawach większej wagi (co może, ale nie musi wynikać z faktu, że kancelarie odszkodowawcze mogą zachęcać do zgłaszania bardziej wygórowanych roszczeń). Takich analiz należy się jednak dokonywać bardzo ostrożnie, a to ze wspomnianego wyżej powodu, że nie wiadomo, jaka część spraw w których występują kancelarie odszkodowawcze została zidentyfikowana prawidłowo.

Tabela 1

Wysokość dochodzonego roszczenia o zadośćuczynienie z uwzględnieniem działalności kancelarii odszkodowawczych

	Ogółem	Gdy powód był reprezentowany przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej
średnia	51.397,86 zł	42.681,82 zł
mediana	35.000 zł	30.000

Źródło: opracowanie własne.

²⁹ Wspominany już aktywny marketing tych podmiotów powoduje, że zapewne reprezentują one w dużej mierze osoby, które w przeciwnym razie nie tylko nie zdecydowałyby się na dochodzenie swoich roszczeń przed sądem, ale być może nawet nie wiedziałyby, że takie uprawnienie im przysługuje.

³⁰ Trudno jednak sobie wyobrazić, aby kancelarie odszkodowawcze udostępniły takie dane, nawet wyłącznie na potrzeby badania naukowego.

Jak widać z powyższego, zasadniczo nie można stwierdzić korelacji pomiędzy reprezentowaniem powodów przez pełnomocników z kancelarii odszkodowawczych a wysokością dochodzonych roszczeń. Nie wydaje się więc, by było tak, że istnienie takich kancelarii sprzyja dochodzeniu zawyżonych zadośćuczynień lub odszkodowań. Wręcz przeciwnie, w stwierdzonych sprawach, w których dochodzono roszczenia o zadośćuczynienie, dochodzone przez powodów reprezentowanych przez pełnomocników z kancelarii odszkodowawczych roszczenia były niższe od przeciętnych.

Należało również zbadać, czy kancelarie te w dochodzeniu roszczeń są bardziej skuteczne, a zatem, czy roszczenia dochodzone przez pełnomocników zatrudnionych w takich kancelariach były uwzględniane przez sądy w większym zakresie niż w innych przypadkach.

Tabela 2 Zakres uwzględniania roszczeń przez sądy (w procentach)		
	Procent uwzględnienia roszczeń przez sądy I instancji	
	ogółem	Gdy powód był reprezentowany przez pełnomocnika z kancelarii odszkodowawczej
średnia	64,72%	68,24%
mediana	66,67%	72,52%

Źródło: opracowanie własne.

Powyższe zestawienie pokazuje, że pełnomocnicy zatrudnieni w kancelariach odszkodowawczych są jedynie minimalnie bardziej skuteczni niż przeciętnie przy dochodzeniu roszczeń o zadośćuczynienie. Trzeba to zestawzić z tym, że zarazem w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie roszczenia przez nich dochodzone są przeciętnie niższe. Trzeba też zwrócić uwagę na to, że zakres uwzględnienia roszczenia zależy od wielu czynników innych niż osoba pełnomocnika (aczkolwiek osoba ta jest istotna o tyle, gdyż powinna w odpowiedni sposób ustalić dochodzoną kwotę). Nie pozwala to na sformułowanie jakichkolwiek twierdzeń co do tego, czy istnienie takich kancelarii wpływa na wysokość roszczeń dochodzonych przez powodów oraz wysokość odszkodowań i zadośćuczynień zasądzonych przez sądy. Można wyłącznie stwierdzić, że nie prowadziło to do zgłaszania roszczeń wygórowanych.

Trudno również wskazać, by kancelarie odszkodowawcze specjalizowały się w jakiejś grupie roszczeń. Podział spraw w zależności od uszczerbku poniesionego przez poszkodowanego³¹ pokazuje poniższa tabela 3.

Jak widać z powyższego, jeśli daje się zauważyć pewne różnice w przedmiocie spraw prowadzonych przez kancelarie odszkodowawcze, wówczas jednak trudno jest wskazać jakąkolwiek regułę (np. wybieranie spraw poważniejszych). Wydaje się zatem, że różnice te mają charakter przypadkowy.

³¹ W tym miejscu należy pamiętać, że po pierwsze, jedno zdarzenie może powodować kilka uszczerbków, a po drugie, iż możliwa jest sytuacja, że krzywda wynikająca z wypadku nie będzie związana z żadnym uszczerbkiem na zdrowiu lub śmiercią innej osoby. Dlatego wskazane tu odsetki nie sumują się do 100%.

Tabela 3

Uszczerbek stanowiący źródło krzywdy w zależności od tego, czy poszkodowany był reprezentowany przez kancelarię odszkodowawczą czy też nie

Charakter uszczerbku	Liczba spraw prowadzonych przez kancelarię odszkodowawczą	w %	Ogółem	w %
śmierć człowieka	137	55,69%	394	64,48%
trwałe cierpienia psychiczne	26	10,57%	61	9,98%
paraliż	2	0,81%	3	0,49%
Uszkodzenia głowy i mózgu	20	8,13%	69	11,29%
Epilepsja	2	0,81%	2	0,33%
Problemy psychologiczne i psychiatryczne	24	9,76%	39	6,38%
stres pourazowy	10	4,07%	50	8,18%
uszkodzenia wzroku	1	0,41%	8	1,31%
uszkodzenia słuchu	3	1,22%	8	1,31%
uszkodzenia smaku	0	0,00%	0	0,00%
uszkodzenia organów wewnętrznych	13	5,28%	38	6,22%
uszkodzenia przewodu pokarmowego	2	0,81%	10	1,64%
uszkodzenia szyi/karku	30	12,20%	96	15,71%
uszkodzenia kręgosłupa	31	12,60%	78	12,77%
uszkodzenia pleców	4	1,63%	14	2,29%
uszkodzenia bioder lub miednicy	12	4,88%	33	5,40%
uszkodzenie ręki lub ramienia	20	8,13%	78	12,77%
uszkodzenia dłoni	5	2,03%	15	2,45%
choroba wibracyjna rąk lub dłoni	1	0,41%	3	0,49%
uszkodzenia nóg	27	10,98%	98	16,04%
uszkodzenia stóp	4	1,63%	10	1,64%
uszkodzenia twarzy	5	2,03%	31	5,07%
blizny innych części ciała	5	2,03%	17	2,78%
chroniczne bóle	1	0,41%	5	0,82%
załamanie nerwowe/nerwica/szok psychiczny/trwała depresja	12	4,88%	46	7,53%
inne	36	14,63%	88	14,40%

Źródło: opracowanie własne.

2.5. Podsumowanie

W podsumowaniu należy wskazać, że:

- We wszystkich sprawach powodami były osoby fizyczne, co wynika z jednej strony z charakteru omawianych roszczeń, a drugiej zaś strony – z ich niezbywalności (art. 449 k.c.).
- W analizowanych sprawach nie wystąpił przypadek, w którym powodem był obcokrajowiec.

- Znacząco częściej niż w przypadku ogółu spraw, w sprawach o zadośćuczynienie wynikające z wypadku drogowego powodowie byli zwolnieni od kosztów sądowych (45% spraw) oraz byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników (niemal 95% spraw).
- Profesjonalni pełnomocnicy byli najczęściej (w ponad 70%) ustanawiani już na etapie przedsądowym (likwidacji szkody), zaś ze zwolnieniem od kosztów sądowych nie wiązało się ustanawianie dla nich pełnomocników z urzędu.
- Trudno jest wskazać jakikolwiek – pozytywny czy negatywny – wpływ tzw. kancelarii odszkodowawczych na skuteczność dochodzenia omawianych w niniejszym badaniu roszczeń.

3. POSTĘPOWANIE LIKWIDACYJNE

W zdecydowanej większości przypadków pokrzywdzeni lub poszkodowani zgłaszali swoje roszczenia do ubezpieczyciela³² przed wytoczeniem powództwa³³. Działo się tak ogółem w 552 sprawach, czyli w 90,4% spraw. Co interesujące, zdarzały się sprawy, w których na etapie sądowym powód dochodził zadośćuczynienia, chociaż nie zgłosił takiego roszczenia na etapie przedsądowym. W 16 sprawach (2,5%) poszkodowany w ogóle nie zgłaszał jakiegokolwiek roszczenia do ubezpieczyciela, zaś w 8 sprawach pokrzywdzony zgłosił ubezpieczycielowi tylko inne uszczerbki (szkodę na mieniu lub na osobie). Roszczenie o zadośćuczynienie na etapie przedsądowym zgłoszono w 544 sprawach. Można się jedynie domyślać, że często przyczyną takiego działania była nieświadomość przysługujących im roszczeń o naprawienie krzywdy w momencie zgłaszania szkody, i dowiedzenie się następnie o możliwości dochodzenia zadośćuczynienia dopiero po zakończeniu postępowania likwidacyjnego. Można jedynie spekulować, że mogła mieć na to wpływ działalność tzw. kancelarii odszkodowawczych, które „uświadamiają” poszkodowanych o możliwych do dochodzenia roszczeniach. Nawet jednak wówczas nic nie stało na przeszkodzie, by roszczenia te zgłosić najpierw ubezpieczycielowi. Okoliczność, w której przed sądem dochodzone są roszczenia, które nie zostały wcześniej zgłoszone ubezpieczycielowi, a zatem takie, których nie mógł on spełnić dobrowolnie, należy ocenić negatywnie z punktu widzenia ekonomiki postępowania. Z drugiej strony, jak zostanie to omówione niżej, nie miało to większego wpływu na uznanie roszczenia przez pozwanego lub na liczbę zawieranych ugód.

Tabela 4

Roszczenia zgłaszane ubezpieczycielom na etapie likwidacji szkody przez osoby, które później dochodziły od nich zapłaty zadośćuczynienia

Roszczenie o zadośćuczynienie lub odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c.	89,03%
Roszczenie o naprawienie szkody na mieniu	29,95%
Roszczenie o naprawienie szkody na osobie	5,24%

Źródło: opracowanie własne.

³² Ponieważ pozwanymi byli wyłącznie ubezpieczyciele lub podobne osoby (Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny i Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych) można w omawianym badaniu utożsamić wszędzie pozwanego z ubezpieczycielem (zakładem ubezpieczeń).

³³ Należy pamiętać, że rekonstrukcja postępowania likwidacyjnego opiera się wyłącznie na dokumentach znajdujących się w aktach postępowań sądowych. Możliwe jest więc (aczkolwiek raczej czysto teoretycznie), że były takie sprawy, w których postępowanie likwidacyjne się odbyło, jednak nie znalazło ono odzwierciedlenia w aktach sądowych.

Zgłaszane roszczenia były w większości zaspokajane na etapie przedsądowym, choć w przebadanych przypadkach oczywiście jedynie w części. Ubezpieczyciele przyznawali poszkodowanemu jakiekolwiek świadczenie (odszkodowanie lub zadośćuczynienie) w 385 przypadkach, a zatem w 63% przypadków. Trzeba jednak zauważyć, że w tej liczbie mieści się zaspokojenie jakiegokolwiek roszczenia, a zatem także np. sytuacja, w której pokrzywdzony zgłosił zarówno roszczenie o zadośćuczynienie, jak i roszczenie o naprawienie szkody na mieniu, a ubezpieczyciel wypłacił mu wyłącznie odszkodowanie za szkodę na mieniu. Ubezpieczyciele przyznali na etapie likwidacji szkody zadośćuczynienie w 347 sprawach, co stanowi 56,8% wszystkich spraw o zadośćuczynienie i 63,8% spraw, w których pokrzywdzony zgłosił ubezpieczycielowi takie roszczenie. Oznacza to, że w ponad 1/3 takich spraw ubezpieczyciel nie uwzględnił takiego roszczenia.

Należy przy tym pamiętać, że powyższe liczby odnoszą się do jakiegokolwiek zaspokojenia roszczenia, choćby w niewielkiej części. Z samego faktu, że poszkodowani wytaczali następnie powództwa w zakresie roszczeń, w których ubezpieczyciel wypłacił im jakieś zadośćuczynienie wynika, że zadośćuczynienie to nie było w ich opinii należyte. Należy też zauważyć, że nie we wszystkich przypadkach z akt spraw lub z dokumentacji postępowania likwidacyjnego (jeśli znajdowała się ona w aktach) dało się precyzyjnie ustalić, jakiej kategorii uszczerbek (szkodę lub krzywdę) poszkodowany zgłosił ubezpieczycielowi oraz z jakiego tytułu ubezpieczyciel wypłacił mu odpowiednią kwotę pieniężną.

Relatywnie duży ułamek spraw, w których ubezpieczyciele odmawiali wypłaty zadośćuczynienia (przypomnijmy: ponad 1/3) wynika – w przeważającej mierze – ze sporu dotyczącego możliwości wypłaty zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną śmiercią osoby bliskiej przed 3.08.2008 r. na podstawie art. 448 k.c. Była to bowiem w przebadanych sprawach główna rozbieżność dotycząca oceny prawnej zgłaszanych ubezpieczycielom roszczeń. W pozostałych przypadkach ubezpieczyciele zazwyczaj nie kwestionowali podstawy faktycznej i prawnej roszczenia (choć, co oczywiste, bywały wyjątki), a spór dotyczył wyłącznie wysokości należnego świadczenia. Co do argumentacji pozwanych, czyli ubezpieczycieli na etapie sporu sądowego (co, jak można przypuszczać, tłumaczy też ich postawę na podstawie likwidacji szkody, por. także pkt 6.1. niniejszego opracowania).

Odszkodowania i zadośćuczynienia wypłacane przez ubezpieczycieli nie były wysokie. Maksymalne świadczenie ubezpieczeniowe w sprawach, w których później przed sądem dochodzono zadośćuczynienia wyniosło łącznie³⁴ 159.130 zł, jednak średnia wszystkich świadczeń łącznie wynosiła zaledwie 17.790,38 zł, a ich mediana – jedynie 10.000 zł.

W przypadku roszczeń zgłaszanych przez kobiety średnie świadczenie wypłacone przez ubezpieczyciela wyniosło 16.461,87 zł, a mediana – 10.000 zł. W przypadku roszczeń mężczyzn, średnie świadczenie wypłacone przez ubezpieczyciela wyniosło 16.130,53 zł, a mediana – 10.000 zł. Nie sposób jest zatem przyjąć, by płeć poszkodowanego była istotnym kryterium wpływającym na wypłacane na etapie likwidacji szkody zadośćuczynienia i odszkodowania.

³⁴ Tzn. bez rozróżnienia na to, czy było to zadośćuczynienie czy odszkodowanie za szkodę na osobie, czy też odszkodowanie za szkodę na mieniu, gdyż nie we wszystkich przypadkach takie rozróżnienie było możliwe do dokonania.

Wydaje się jednak, że dane te mogą być interpretowane jako wyraz niechęci ubezpieczycieli do wypłacania odszkodowań (rozumianych *sensu largo*, a zatem także jako zadośćuczynień) na etapie przedsądowym oraz przejaw tendencji do ich zaniżania. Można się domyślać, że następuje to zwłaszcza na gruncie roszczeń o zadośćuczynienie czy odszkodowanie, o których mowa w art. 446 § 3 k.c., z uwagi na dużą ocenność przy ustaleniu należnego świadczenia i brak odniesienia do kryteriów wymiernych, jakimi są rachunki za koszty naprawienia szkody, wysokość utraconego dochodu czy utraconych na przyszłość świadczeń alimentacyjnych. Skoro połowa świadczeń wypłaconych przez ubezpieczycieli tytułem łącznie zadośćuczynienia i odszkodowania zarówno za szkodę na osobie, jak i za szkodę na mieniu była niższa niż 10.000 zł, a zarazem w niemal 65% spraw podstawą faktyczną roszczenia był wypadek komunikacyjny, w którym śmierć poniosła osoba najbliższa, to należy uznać, że świadczenia te miały w dużej mierze charakter symboliczny i nie mogły prowadzić do realnego skompensowania poniesionej krzywdy. Praktyka taka poza tym, że jest ewidentnie niewłaściwa z punktu widzenia zasad słuszności powoduje, iż pokrzywdzeni zmuszeni są do dochodzenia swoich roszczeń przed sądem. To z kolei wiąże się z tym, że pokrzywdzeni uzyskują należne im świadczenia dopiero po dłuższym czasie (w przebadanych sprawach postępowania jedynie przed sądem pierwszej instancji trwały przeciętnie półtora roku w pierwszej instancji). Tymczasem wydaje się, że w przypadku naprawienia krzywdy, szybkość otrzymania zadośćuczynienia ma równie istotne znaczenie dla skompensowania jej jak wysokość świadczenia. Ponadto taka praktyka ubezpieczycieli powoduje, że do sądów trafiają sprawy, które w istocie mogły i powinny być załatwione na etapie przedsądowym, niepotrzebnie obciążając sądownictwo powszechne. Wreszcie konieczność ponoszenia przez ubezpieczycieli kosztów tych postępowań niewątpliwie odbija się na wysokości składek. Uprzedzając dalszą część prezentowanej tu analizy (por. pkt 6.4. poniżej) należy wspomnieć, że o słuszności zaprezentowanych wyżej rozważań świadczy wysoki poziom uwzględniania roszczeń powodów przez sądy (choć, co trzeba przyznać, zazwyczaj w części), co pokazuje, iż za zasadę należy uznać, że świadczenia przyznawane przez ubezpieczycieli na etapie przedsądowym są w ocenie sądów niewspółmierne do poniesionego uszczerbku.

Tytułem podsumowania należy więc zauważyć, że:

- Zasadą jest to, że pokrzywdzeni lub poszkodowani przed wytoczeniem powództwa zgłaszają roszczenia ubezpieczycielowi.
- Żądania pokrzywdzonych były zazwyczaj uznawane przez ubezpieczycieli – co do zasady – (z wyjątkiem wspomnianej wyżej kwestii stosowania art. 448 k.c.), a spór koncentrował się na wysokości należnego odszkodowania bądź zadośćuczynienia, a nie na zasadach jego przyznania.
- Odszkodowania przyznawane łącznie na podstawie wszystkich zgłaszanych tytułów (a zatem zarówno o naprawienie krzywdy, jak i szkody) były niskie, gdyż ich mediana wyniosła zaledwie 10.000 zł. Ich wysokość była niezależna od płci pokrzywdzonego.

4. WYSOKOŚĆ DOCHODZONYCH ROSZCZEŃ

W sprawach, w których dochodzone jest roszczenie o zadośćuczynienie, wartości przedmiotu sporu były bardzo zróżnicowane i wahały się od 1000 zł do 808.000 zł.

Średnia wartość wynosiła 59.794,88 zł, a mediana – 40.000 zł. Trzeba jednak pamiętać – o czym już była mowa w powyższym pkt 1 – że niejednokrotnie za pomocą jednego powództwa dochodzono różnych roszczeń. Roszczenia z tytułu zadośćuczynienia mieściły się w przedziale od 1000 zł do 490.400 zł, przy średniej 51.575,40 zł i medianie 35.000 zł.

Należy mieć jednak na uwadze, że w toku procesu przedmiot procesu podlegał niejednokrotnie przekształceniom – powództwa były rozszerzane lub cofane, zazwyczaj w części. Przekształcenia miały miejsce w 18,3% spraw. Do rozszerzenia powództwa doszło w 13,3% spraw, do cofnięcia powództwa w części w 4,4% spraw, zaś do jego cofnięcia w całości w 0,7% spraw (w zaledwie 4 sprawach). W przypadkach, w jakich dało się to ustalić, powodami cofania powództw w całości było albo zawarcie ugody pozasądowej, albo dobrowolna wypłata przez ubezpieczyciela w toku procesu świadczenia odszkodowawczego. Należy oczywiście pamiętać, że przekształcenia te niekoniecznie musiały odnosić się do roszczenia o zadośćuczynienie, lecz mogły także dotyczyć innych – dochodzonych równocześnie – roszczeń. O przekształceniach tych będzie mowa jeszcze w dalszej części niniejszego opracowania (por. pkt 6.3.), tu jednak należy zwrócić uwagę, że finalnie dochodzone roszczenia różnią się od tych wskazywanych w pozwie. Ostatecznie po przekształceniach roszczenia o zadośćuczynienie mieściły się one w przedziale od 1000 zł do 1.350.000 zł, przy średniej 57.036,92 zł i medianie 37.000 zł³⁵.

Już z powyższego wynika, jak duża była rozpiętość dochodzonych roszczeń. Odchylenie standardowe dla roszczeń o zadośćuczynienie wynosiło 85.698,18 zł.

Zasadne jest jeszcze przeanalizowanie powyższych danych z uwzględnieniem płci powodów, gdyż mogła ona wpływać na zakres dochodzonych roszczeń.

Roszczenia kobiet zgłoszone w pozwie z tytułu zadośćuczynienia mieściły się w przedziale od 1000 zł do 490.400 zł, przy średniej 53.149,34 zł i medianie 40.000 zł. Ostatecznie, tj. z uwzględnieniem przekształceń przedmiotowych, kobiety dochodziły zadośćuczynień mieszczących się w przedziale 2000 zł do 650.000 zł, średnia roszczeń wyniosła 51.171,95 zł, zaś mediana – 32.800 zł.

Roszczenia mężczyzn zgłoszone w pozwie z tytułu zadośćuczynienia mieściły się w przedziale od 2000 zł do 430.000 zł, przy średniej 49.660,82 zł i medianie 30.000 zł. Ostatecznie, tj. z uwzględnieniem przekształceń przedmiotowych, mężczyźni dochodzili zadośćuczynień mieszczących się w przedziale 1000 zł do 1.350.000 zł, średnia wyniosła 50.448,76 zł, zaś mediana – 30.000 zł.

Należy więc zauważyć, że roszczenia kobiet – zarówno dochodzone na początku postępowania, jak i po przekształceniach, były zasadniczo wyższe. Jeśli różnica ta nie przejawia się w sposób wyraźny przy analizie średnich wysokości roszczeń, to ujawnia się przy porównywaniu ich median. Zebrany w badaniu materiał nie pozwala na ustalenie przyczyny tych różnic, jednak należy postulować o dalsze badanie tego zagadnienia.

Zasadą było dochodzenie od żądanych kwot odsetek, co miało miejsce w 90,3% spraw. W dalszej części opracowania zostanie z kolei omówione to, za jaki okres

³⁵ To, że przekształcenia podmiotowe nie wpłynęły w istotnym zakresie na zmianę mediany nie wynika, że przekształcenia te były zakresowo niewielkie, lecz raczej z tego, iż następowały one jedynie w niewielkiej liczbie spraw.

odsetki były zasądzone (por. pkt 6.4. opracowania). Sporadycznie natomiast powodowie dokonywali kapitalizacji odsetek, by dochodzić odsetek od takich skapitalizowanych odsetek. Miało to miejsce w 3,6% spraw ogółem.

Reasumując tę część badania, należy zauważyć, że:

- Dochodzone roszczenia nie wydają się zbyt wygórowane, skoro ich mediana, już po dokonaniu wszystkich przekształceń procesowych – wynosiła 35.000 zł. Jest to szczególnie widoczne biorąc pod uwagę fakt, że w większości spraw chodziło o krzywdę spowodowaną stratą osoby najbliższej lub cierpieniami związanymi z odniesionymi obrażeniami, a zatem o uszczerbki o poważnym charakterze.
- Płeć pokrzywdzonych wpływała na wysokość dochodzonych roszczeń – roszczenia dochodzone przez kobiety były przeciętnie wyższe (niemniej najwyższe żądanie zostało zgłoszone przez mężczyznę).
- Zmiany przedmiotowe w toku procesu miały małe znaczenie i nie prowadziły do istotnych modyfikacji dochodzonych żądań.
- Zasadą jest dochodzenie przez powoda odsetek od żądanych kwot. Wyjątkiem była zaś kapitalizacja odsetek w celu dochodzenia od tych odsetek dalszych odsetek.

5. POZWANY I SPRAWCA SZKODY

5.1. Osoba pozwanego

Roszczenia o wypłatę zadośćuczynienia były głównie domeną prawa ubezpieczeń gospodarczych. Pozwanym aż w 87,6% przypadków był ubezpieczyciel odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody. W kolejnych 5,07% przypadków pozwanym był ubezpieczyciel odpowiadający na innej podstawie prawnej niż ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej sprawy, czyli w praktyce byli to ubezpieczyciele auto-casco pokrzywdzonych. Charakterystyczne jest, że tylko w jednej sprawie pozwany był Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (UFG) i także w jednej sprawie Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (PBUK). Tylko jeden przypadek, gdy pozwany został UFG, może wskazywać, że ruch pojazdów nieubezpieczonych nie jest istotnym źródłem uszczerbków o charakterze niemajątkowym. Podobnie, jedynie jeden przypadek pozwania PBUK pokazuje, że bardzo rzadkie są przypadki dochodzenia zadośćuczynienia za szkody wyrządzone wypadkiem drogowym z elementem zagranicznym³⁶. Stwierdzenie to wzmacnia wcześniej poczynione

³⁶ Zgodnie z art. 123 ustawy z 22.05.2013 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2214) – dalej ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych. Biuro odpowiada za szkody będące następstwem wypadków, które wydarzyły się na terytorium:

- 1) Rzeczypospolitej Polskiej i powstały w związku z ruchem pojazdów mechanicznych, zarejestrowanych w państwach, których biura narodowe są sygnatariuszami Jednolitego Porozumienia między Biurami Narodowymi – Regulaminu Wewnętrznego;
- 2) Rzeczypospolitej Polskiej i powstały w związku z ruchem pojazdów mechanicznych, zarejestrowanych w państwach, których biura narodowe podpisały z Biurem umowy o wzajemnym uznawaniu dokumentów ubezpieczeniowych i zaspokajaniu roszczeń, pod warunkiem istnienia ważnej Zielonej Karty, wystawionej przez zagraniczne biuro narodowe;
- 3) Państw, których biura narodowe są sygnatariuszami Jednolitego Porozumienia między Biurami Narodowymi – Regulaminu Wewnętrznego i powstały w związku z ruchem pojazdów mechanicznych;

sposprzeżenie o braku wśród powodów osób będących cudzoziemcami. W 7 przypadkach pozwanymi były osoby fizyczne, jednak przypadki te dotyczyły albo regresu ubezpieczyciela przeciwko sprawcy szkody lub były to sprawy przesłane do niniejszego badania omyłkowo.

W badaniu nie stwierdzono ani jednego przypadku, w którym pokrzywdzony domagałby się naprawienia szkody od bezpośredniego sprawcy, z pominięciem jego ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej. Pokazuje to, że system ubezpieczeń cywilnych posiadaczy pojazdów mechanicznych wraz z konstrukcją *actio directa*, o której mowa w art. 822 § 4 k.c., doprowadził do wyłączenia w praktyce spraw przeciwko sprawcom szkody. Jest to zupełnie zrozumiałe, biorąc pod uwagę chociażby możliwość uzyskania od pozwanego ubezpieczyciela przynajmniej częściowej kompensaty szkody lub krzywdy na etapie przedsądowym w postępowaniu likwidacyjnym oraz łatwość wyegzekwowania roszczenia zasądzonego w postępowaniu sądowym. Brak jednak spraw przeciwko bezpośrednim sprawcom szkody powoduje, że nie sposób jest zweryfikować dość powszechnej w nauce prawa tezy, że rozwój ubezpieczeń sprzyja bardziej chętnemu uwzględnianiu przez sądy roszczeń przeciwko ubezpieczycielom niż miałoby to miejsce, gdyby pozwanym był sprawca szkody³⁷.

5.2. Wpływ pozostawania przez sprawcę pod wpływem alkoholu na zakres jego odpowiedzialności

W 14,24% spraw (87 przypadków) w toku postępowania ustalono, że sprawca wypadku drogowego był pod wpływem alkoholu. Należy jednak uznawać tę liczbę jedynie za minimalny poziom tego odsetka w rzeczywistości, gdyż nie można wykluczyć, że nie we wszystkich sprawach okoliczność taka była przez sąd ustalana. Ani dla zasady, ani dla zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej sprawcy szkody (a zatem w najczęstszych przypadkach objętych omawianym badaniem), okoliczność ta nie ma bowiem znaczenia. Okoliczność, że kierujący pojazdem mechanicznym wywoła szkodę będąc pod wpływem alkoholu lub w stanie nietrzeźwości nie wyłącza bowiem odpowiedzialności jego ubezpieczyciela, a jedynie uprawnia ubezpieczyciela do żądania od kierującego pojazdem zwrotu wypłaconego odszkodowania, czyli regresu na podstawie art. 43 pkt 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych.

W przeciwieństwie do omówionej wyżej relacji liczby wypadków śmiertelnych do ogólnej liczby spraw, w przypadku spraw z udziałem nietrzeźwych kierowców statystyki ustalone w niniejszym badaniu nie różnią się zbytnio od statystyk policji dotyczących wypadków drogowych ogółem. W 2013 r. nietrzeźwi kierowcy spowodowali 11,24% wszystkich wypadków drogowych, w 2014 r. było to 10,07%, a w 2015 r. – 9,49%. Zabici w wypadkach drogowych spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców w 2013 r. stanowili 15,58% wszystkich zabitych w wypadkach

4) Państw, których biura narodowe podpisały z Biurem umowy o wzajemnym uznawaniu dokumentów ubezpieczeniowych i likwidacji szkód i powstały w związku z ruchem pojazdów mechanicznych, pod warunkiem istnienia ważnej Zielonej Karty, wystawionej przez Biuro;

5) Państw, o których mowa w pkt 4, i na warunkach określonych w pkt 4, jeżeli poszkodowanym jest obywatel polski, a sprawca posiadał Zieloną Kartę wystawioną przez członka Biura, którego upadłość ogłoszono.

³⁷ Por. np. pogląd E. Kowalewskiego, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz 1992, s. 220.

drogowych, w 2014 r. – 14,68%, a w 2015 r. – 13,85%. Z kolei ranni w wypadkach drogowych spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców w 2013 r. stanowili 10,75% wszystkich rannych w wypadkach drogowych, w 2014 r. – 9,51% a w 2015 r. – 8,96%³⁸. W badaniu sprawy dotyczące roszczeń o zadośćuczynienie na podstawie wypadku spowodowanego przez nietrzeźwych kierowców były częstsze niż udział takich wypadków i ich ofiar w ogólnej liczbie wypadków drogowych i ich ofiar, jednak różnica ta nie była rażąca (inaczej niż w przypadku stosunku odsetka spraw o zadośćuczynienie i odszkodowanie za śmierć osoby najbliższej w wypadku drogowym w stosunku do wszystkich spraw w stosunku do odsetka ofiar śmiertelnych do wszystkich ofiar wypadków drogowych w rzeczywistości).

Okoliczność, że sprawca wypadku znajdował się pod wpływem alkoholu nie miało przełożenia na zasądzone zadośćuczynienie lub odszkodowanie. Przeciwnie, paradoksalnie w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie, roszczenia w sprawach, w których sprawca był pod wpływem alkoholu były uwzględniane w mniejszej części. Wynika to z faktu, że w takich przypadku roszczenia przeciętnie były wyższe (mediana 50.000 zł wobec 37.000 zł). Obrazuje to tabela 5.

Tabela 5 Zasądzania w przypadku sprawców działających pod wpływem alkoholu		
	Ogółem	W tym, gdy sprawca był pod wpływem alkoholu
Średnia dochodzonych roszczeń	51.575,40 zł	52.366,44 zł
Mediana dochodzonych roszczeń	40.000 zł	50.000 zł
Średnia zasądzeń	33.177,17 zł	29.576,88 zł
Mediana zasądzeń	20.000 zł	20.000 zł
Zakres uwzględnienia roszczeń (średnia)	64,77%	54,89%

Źródło: opracowanie własne.

Oznacza to, że nie można wskazać jednoznacznego powiązania pomiędzy wysokością przyznawanych odszkodowań lub zadośćuczynień a faktem, iż sprawca szkody spowodował ją będąc pod wpływem alkoholu. Co najwyżej można wskazać na dość trudną do wyjaśnienia korelację tego, że w przypadku roszczeń o zadośćuczynienie za szkodę wyrządzoną przez kierowcę znajdującego się pod wpływem alkoholu zgłaszane są przeciętnie wyższe roszczenia (wyższa jest ich mediana), jednak uwzględniane są one w niższym zakresie. Sytuację taką należy raczej uznać za przypadkową, gdyż trudno ją w przekonujący sposób wyjaśnić. O wysokości zadośćuczynienia decyduje uszczerbek poniesiony przez poszkodowanego, a nie cechy sprawcy lub okoliczności, w jakich doszło do wypadku. Sytuacja, w jakiej w przypadku uszczerbków wyrządzonych przez kierowców znajdujących się pod wpływem alkoholu zasądzone byłyby zadośćuczynienia wyższe niż przeciętne albo też roszczenia o zadośćuczynienie byłyby uwzględniane w wyższym stopniu niż przeciętnie, mogłaby świadczyć o tym, że zadośćuczynienie traktowane jest w orzecznictwie jako środek represji. Co prawda, roszczenie to dochodzone jest – jak już o tym

³⁸ Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r. ..., s. 60; Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r. ..., s. 62; Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r. ..., s. 59. Ponieważ w badaniu przeanalizowano sprawy zakończone w roku 2015, dla celów porównawczych przedstawiono statystyki za rok 2015 i za dwa lata poprzednie.

była wyżej mowa – nie od sprawcy wypadku, lecz od jego ubezpieczyciela, jednak w takim przypadku ubezpieczycielom przysługuje prawo regresu do bezpośredniego sprawcy na podstawie art. 43 pkt 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych. Jak jednak opisano wyżej, nie sposób jest stwierdzić, czy sądy traktowały zasądzone zadośćuczynienia lub odszkodowania w ten quasi-represyjny sposób.

Oczywiście nie można też wykluczyć, że wypadki spowodowane przez nietrzeźwych kierowców mają poważniejsze skutki niż wypadki, w których sprawcy byli trzeźwi. To wyjaśniać mogłoby wyższą medianę roszczeń o zadośćuczynienie, jednak twierdzenie takie jest falsyfikowane niższą średnią zasądzeń i niższym procentowym zakresem uwzględniania roszczenia. Ustalenie przyczyn takiego stanu rzeczy wykracza poza ramy niniejszego opracowania, jako że nie da się ich zbadać za pomocą przyjętej w nim metodologii. Wydaje się jednak, że zagadnienie to zasługuje na dalsze badania.

W 44 sprawach, w których doszło do ustalenia, że wypadek spowodował nietrzeźwy kierowca (czyli w 50,6% spraw, w których w ogóle ustalono tę okoliczność), to iż sprawca był pod wpływem alkoholu zostało stwierdzone uprzednim wyrokiem karnym. W pozostałych przypadkach ustalenie takie było dokonywane przez sąd orzekający o zadośćuczynieniu lub odszkodowaniu samodzielnie.

5.3. Wpływ winy umyślnej sprawcy na zakres odpowiedzialności

Należy zwrócić uwagę na fakt, że w 10 sprawach (1,6%) sądy uznały za kryterium wpływające na intensywność krzywdy fakt winy umyślnej sprawcy. Mając na uwadze, że stopień winy w polskim prawie nie ma zasadniczo wpływu na zakres jego odpowiedzialności, którą wyznacza związek przyczynowy między zdarzeniem szkodzącym a szkodą, w orzeczeniach takich można dopatrywać się traktowania zadośćuczynienia jako instrumentu także represyjnego³⁹. Charakterystyczne jest to, że stwierdzenie winy umyślnej sprawcy nie skutkowało ani zasądzeniem wyższego odszkodowania, ani wyższym zakresem uwzględnienia powództwa, co prezentuje poniższa tabela 6. Należy jednak mieć na uwadze, że próba spraw w omawianym przypadku była bardzo niska.

Tabela 6 Wpływ winy umyślnej sprawcy na wysokość odszkodowania			
		W przypadku winy umyślnej sprawcy	Ogółem
żądania	Średnia	92.503 zł	51.575,40 zł
	mediana	90.850 zł	37.000 zł
Zasądzenie	Średnia	39.312,55 zł	33.177,17 zł
	Mediana	37.438 zł	20.000 zł
Zakres uwzględnienia powództwa	Średnia	42,5%	64,77%
	mediana	42%	66,67%

Źródło: opracowanie własne.

³⁹ Zwraca na to uwagę Maciej Kaliński stwierdzając, że wina sprawcy nie wpływa na fakt doznania przez poszkodowanego uszczerbku oraz jego wysokość, zaś uzależnianie wysokości odszkodowania od winy sprawcy wynika z pomieszczenia funkcji prawa cywilnego i prawa karnego (M. Kaliński [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, red. Z. Radwański, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2018, s. 66–67). Por. też W. Warkallo, *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972, s. 297.

5.4. Podsumowanie

Reasumując, należy zauważyć, że:

- Zdecydowana większość spraw, w których przedmiotem jest zadośćuczynienie, wynikające z wypadków drogowych kierowane jest przeciwko ubezpieczycielom lub podmiotom do ubezpieczycieli podobnym (Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny i Polskie Biuro Ubezpieczycieli Komunikacyjnych). W praktyce roszczenia te nie są kierowane przeciwko bezpośrednim sprawcom szkody, chyba że w trybie regresu.
- Okoliczność, że sprawca szkody był w chwili jej wyrządzenia pod wpływem alkoholu nie ma znaczenia dla wysokości przyznanego zadośćuczynienia bądź odszkodowania i dla stopnia uwzględnienia przez sąd powództwa.

6. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM I INSTANCJI

6.1. Sposób obrony pozwanego

W większości przypadków spór pomiędzy stronami dotyczyły wyłącznie wysokości należnego zadośćuczynienia czy odszkodowania oraz tego, czy wypłacone świadczenie w pełni skompensowało doznany przez powoda uszczerbek. Jedynie w 85 sprawach, tj. w 13,9% przypadków, pozwany kwestionował fakty będące podstawą żądania, przy czym najczęściej zarzuty te dotyczyły braku doznania krzywdy przez pokrzywdzonego albo braku pogorszenia się sytuacji życiowej powoda lub innych okoliczności, wskazujących na brak zaistnienia szkody na osobie bądź szkody majątkowej dochodzonej jednocześnie z żądaniem zadośćuczynienia. Pozwani bardzo rzadko kwestionowali okoliczności samego wypadku komunikacyjnego. W tym kontekście podnoszono zarzut nieuczestniczenia w ogóle w wypadku przez pozwaną⁴⁰ lub kwestionowano zajście zdarzenia⁴¹ i jego przebieg⁴² albo odpowiedzialność poszkodowanego za zdarzenie⁴³. Częściej wskazywano na brak związku przyczynowego między uszczerbkiem a zdarzeniem⁴⁴. W jednym przypadku pozwany zarzucił z kolei brak rzeczywistego pokrewieństwa pomiędzy powodem a osobą zmarłą w wyniku wypadku⁴⁵, a w innym to, że stopień pokrewieństwa powoduje, iż zmarły nie był osobą bliską powodowi⁴⁶. W jednym przypadku chodziło o zadośćuczynienie za śmierć konkubenta⁴⁷.

⁴⁰ Sprawa tocząca się przed SR w Częstochowie, sygn. akt I C 3892/13.

⁴¹ Sprawa tocząca się przed Sądem Okręgowym (dalej SO) w Łodzi, sygn. akt I C 32/13.

⁴² Sprawy toczące się przed SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt I C 2672/13 i V C 2323/13 oraz przed SR w Przasnyszu, sygn. akt I C 235/12.

⁴³ Sprawa tocząca się przed SR w Częstochowie, sygn. akt I C 1932/13.

⁴⁴ Sprawy toczące się przed SO w Tarnowie, sygn. akt I C 16/15; SR w Aleksandrowie Kujawskim, sygn. akt I C 218/15; SR w Kartuzach, sygn. akt I C 573/14; SR w Kielcach, sygn. akt I C 109/12; SR w Kłodzku, sygn. akt I C 22/13, I C 2623/14 i I C 181/15; SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 190/13 oraz SR w Wejherowie, sygn. akt I C 2890/13.

⁴⁵ Sprawa tocząca się przed SR w Bartoszycach, sygn. akt I C 637/14.

⁴⁶ Sprawy toczące się przed SO w Siedlcach, sygn. akt I C 1363/14; SR w Dębicy, sygn. akt I C 642/15 oraz SR dla m.st. Warszawy w Warszawie, sygn. akt I C 2001/13 i II C 2097/14.

⁴⁷ Sprawa tocząca się przed SO w Siedlcach, sygn. akt I C 507/14. W sprawie tej powództwo zostało uwzględnione w całości, a apelacja od tego wyroku została oddalona.

Częściej, bo w 17,4% przypadków pozwani powoływali nowe fakty, które nie były wskazane w pozwie. Było to najczęściej przyczynienie się poszkodowanego albo zmarłego (o znaczeniu tego rozróżnienia będzie jeszcze mowa dalej)⁴⁸, brak zaistnienia szkody lub krzywdy albo mniejszy zakres uszczerbku niż wskazany w pozwie⁴⁹, „irrelevantność subiektywnych odczuć powoda na wymiar zadośćuczynienia”⁵⁰, naprawienia szkody w inny sposób⁵¹, a nawet przeproszenie powódki przez sprawcę⁵².

Ogółem pozwani najczęściej powoływali się na to, że wypłacone powodom odszkodowanie lub zadośćuczynienie było wystarczające, jako że wypłacona kwota doprowadziła do naprawienia szkody lub krzywdy (58,9% spraw) albo żądana kwota rażąco odbiegała od kwot zasądzonych w danych przypadkach (35,2% spraw). Ponadto wskazywano na przyczynienie się poszkodowanego lub zmarłego (21,6% spraw)⁵³ oraz brak krzywdy lub jej niewielki rozmiar po stronie poszkodowanego (19,2% spraw). Relatywnie rzadko pozwani wskazywali na brak związku przyczynowego ze zdarzeniem (11,1% spraw) albo przedawnienie (3,8% spraw)⁵⁴. Osobną kategorią zarzutów są te dotyczące konstruowania roszczenia o zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 23 i 24 k.c. Można stwierdzić, że pozwani jednolicie i konsekwentnie kwestionowali taką możliwość. Zarzut ten pojawił się w 110 sprawach, a zatem w 18% przypadków.

⁴⁸ Sprawy toczące się przed: SO w Gdańsku, sygn. akt I C 22/14, I C 315/14 i XV C 919/13; SO w Łodzi sygn. akt I C 1248/13, I C 398/15 i II C 1766/12; SO w Płocku, sygn. akt I C 505/15; SO w Przemysłu, sygn. akt I C 37/14, I C 62/14, I C 73/14, I C 74/14, I C 89/14, I C 274/14, I C 643/14, I C 644/14, I C 645/14, I C 682/14 i I C 738/14; SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt III C 1028/14; SR w Bartoszycach, sygn. akt I C 764/13; SR w Częstochowie, sygn. akt I C 1932/13; SR w Dąbrowie Górniczej, sygn. akt I C 204/15; SR w Dębicy, sygn. akt I C 641/15 i I C 686/15; SR w Kłodzku, sygn. akt I C 1794/14; SR w Łowiczu, sygn. akt I C 728/14; SR w Płocku, sygn. akt I C 505/15; SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt I C 2672/13; SR w Przasnyszu, sygn. akt I C 90/12; SR w Świebodzinie, sygn. akt I C 521/13 i I C 275/12; SR dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie, sygn. akt II C 607/14; SR w Zduńskiej Woli, sygn. akt I C 457/14 oraz sprawy toczące się przed SO w Gdańsku, sygn. akt XV GC 112/13 i XV C 761/13, a także przed SR w Kłodzku, sygn. akt I C 2912/14, w których podniesiono zarzut przyczynienia się po-krzywdzonego poprzez niepodjęcie leczenia psychologicznego lub psychiatrycznego.

⁴⁹ Sprawy toczące się przed: SO w Elblągu, sygn. akt I C 50/15, I C 140/15 i I C 364/15; SO w Gdańsku, sygn. akt XV C 112/12, XV C 577/13, XV C 707/13, XV C 761/13, XV C 1017/13 i XV C 1097/13; SO w Łodzi, sygn. akt II C 1766/12; SR w Bartoszycach, sygn. akt I C 764/13 i I C 637/14; SR w Częstochowie, sygn. akt XII C 3282/14 i XII C 4009/14; SR w Grodzisku Wielkopolskim, sygn. akt I C 439/14; SR w Kartuzach, sygn. akt I C 893/14; SR w Kłodzku, sygn. akt I C 1577/12 i I C 1794/14; SR w Łowiczu, sygn. akt I C 728/14; SR w Obornikach, sygn. akt I C 462/15; SR w Świebodzinie, sygn. akt I C 521/13 i I C 139/14; SR w Zduńskiej Woli, sygn. akt I C 379/14 oraz SR w Żaganiu, sygn. akt I C 1335/13. W ramach tych spraw wyróżniają się te, w których zakwestionowano krzywdę lub jej wysokość, wskazując na upływ dłuższego czasu od śmierci osoby bliższej – są to sprawy: SO w Gdańsku, sygn. akt XV C 761/13 (10 lat); SO w Elblągu, sygn. akt I C 364/15 (10 lat); SO w Elblągu, sygn. akt I C 50/15 (11 lat); SR w Łowiczu, sygn. akt I C 728/14 (14 lat); SR w Bartoszycach, sygn. akt I C 764/13 (14 lat) oraz SO w Elblągu, sygn. akt I C 189/15 (17 lat). We wszystkich tych sprawach powództwo zostało uwzględnione w części (poza sprawą SO w Elblągu, sygn. akt I C 189/15, w której nie doszło o wydania wyroku).

⁵⁰ Sprawa tocząca się przed SR w Kłodzku, sygn. akt I C 2912/14.

⁵¹ Z uwagi na otrzymanie renty rodzinnej i odszkodowania przez matkę powódki (sprawa tocząca się przed SO w Gdańsku, sygn. akt I C 276/14) lub naprawienia szkody w postępowaniu karnym (sprawy toczące się przed SO w Przemysłu, sygn. akt I C 62/14 i I C 73/14 oraz przed SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 2559/13), a nawet z uwagi na otrzymanie wsparcia od pozostałej rodziny (sprawa tocząca się przed SR w Zduńskiej Woli, sygn. akt I C 528/15).

⁵² Sprawa tocząca się przed SO w Przemysłu, sygn. akt I C 274/14.

⁵³ Ponadto w trzech sprawach (0,49%) zarzucono powodom niepoddanie się leczeniu, a w 1 sprawie (0,15%) – brak podjęcia pracy zarobkowej, co również należy zakwalifikować jako rodzaj zarzutu przyczynienia się poszkodowanego do zwiększenia szkody.

⁵⁴ Przytoczone liczby nie sumują się do 100%, jako że pozwani niejednokrotnie bronili się w jednej sprawie wieloma zarzutami.

6.2. Środki dowodowe

Postępowanie przed sądem I instancji w przypadku spraw o zadośćuczynienie nie było szczególnie skomplikowane (co nie oznacza, że nie było długotrwałe). Należy mieć na uwadze, że niejednokrotnie w tym samym postępowaniu, obok roszczenia o zadośćuczynienie, dochodzono także naprawienia szkody na mieniu lub szkody na osobie. Konieczność zatem przeprowadzenia niektórych dowodów mogła wynikać nie z potrzeby rozpatrzenia powództwa o zadośćuczynienie, lecz dotyczyć naprawienia szkody na mieniu lub na osobie.

W 550 sprawach (90% spraw) przeprowadzono dowód z zeznań świadków, przy czym najczęściej przesłuchiwany był jeden świadek (taka była mediana, średnia zaś wynosiła 1,7 świadka na sprawę). Maksymalnie przesłuchano 17 świadków.

Niewiele rzadziej przeprowadzano dowód z przesłuchania stron. Strony słuchano w 549 sprawach (89,9% spraw). Przesłuchiowano zasadniczo jedną stronę, tj. powoda, co jest oczywiste mając na uwadze, że pozwanym nie byli sprawcy szkody, lecz ubezpieczyciele, a zatem członkowie ich organów uprawnionych do reprezentowania, których zgodnie z art. 300 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁵ należałoby w takiej sytuacji przesłuchać, nie mieli wiedzy na temat zdarzenia. Przypadki, w których przesłuchano więcej niż jedną osobę w charakterze strony dotyczyły sytuacji współuczestnictwa kilku osób po stronie powodowej.

Trzecim środkiem dowodowym wykorzystywanym w sporze był dowód z opinii biegłego. Przeprowadzono go ogółem w 541 sprawach (88,5%). Zazwyczaj występował w sprawie jeden biegły (taka też była mediana; średnia wynosiła 1,28).

Najczęściej przeprowadzano dowód z opinii biegłego psychologa, bo aż w 168 sprawach (30,6% spraw, w których w ogóle powołano biegłych). W 99 sprawach (18% spraw, w których w ogóle powołano biegłych) opinie sporządzał biegły psychiatrę, przy czym w 47 sprawach (8,6% spraw, w których w ogóle powołano biegłych) opinię sporządził i psycholog, i psychiatrę. Paradoksalnie należy jednak stwierdzić, że nie są to duże liczby, gdyż oznacza to, iż w większości spraw (391 spraw, tj. 64%) nie doszło w ogóle do zbadania stanu psychicznego pokrzywdzonego. Tymczasem należy pamiętać, że analizowane sprawy dotyczą zadośćuczynienia – a zatem naprawienia krzywdy – a więc uszczerbku niemajątkowego, który istnieje w sferze odczuć psychicznych poszkodowanego.

Spośród lekarzy innej specjalizacji niż psychiatrzy powoływani byli ortopedzi w 134 sprawach (24,4% przypadków, w których w ogóle przeprowadzono opinię), neurologi w 96 sprawach (17,3% przypadków, w których w ogóle przeprowadzono opinię) i chirurdzy w 47 sprawach (8,6% przypadków, w których w ogóle przeprowadzono opinię). Taki rozkład specjalności wydaje się odpowiadać charakterowi obrażeń doznawanych w wypadkach drogowych. Pozostali biegli z zakresu szeroko pojętej medycyny (włączając w to rehabilitację) byli powoływani w niewielkiej liczbie spraw. Trzeba też pamiętać, że potrzeba powoływania tych biegłych wiązała się niejednokrotnie nie z żądaniem zasądzenia zadośćuczynienia, lecz z potrzebą wykazania dochodzonych równolegle roszczeń o naprawienie szkody na osobie.

⁵⁵ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

Spółród biegłych innych niż z zakresu psychologii bądź medycyny, najczęściej powoływani byli biegli z dziedziny rekonstrukcji wypadków drogowych, a tezy tych opinii dotyczyły m.in. zbadania, czy pokrzywdzony lub zmarły przyczynili się do zdarzenia lub jego skutków. Miało to miejsce jednak zaledwie w 26 sprawach, tj. w 4,7% przypadków, w jakich w ogóle powołano biegłych, a w 4,3% spraw nie uczyniono tego w ogóle. Tymczasem, jak wspomniano wyżej, zarzut przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody podnoszony był w aż 21,56% przypadków, tj. w 133 sprawach. Może zatem dziwić fakt, że tak rzadko dowód ten był przeprowadzany, mając na uwadze, iż do zbadania przyczynienia się określonej osoby do wypadku drogowego, a zwłaszcza stopnia jej przyczynienia się nawet w tak pozornie oczywistej sprawie jak wtargnięcie na jezdnię przez pieszego na czerwonym świetle, potrzebne są zazwyczaj wiadomości specjalne.

Opinie biegłego nie były w toku spraw zbyt często kwestionowane. Miało to miejsce w 188 sprawach, a zatem w 34,2% wszystkich spraw, w których powołano biegłego. Jedynie w niecałych 2/3 przypadków (112 spraw, czyli 20,4% wszystkich spraw, w których powołano biegłego) sąd dopuścił kolejną opinię, przy czym najczęściej była to opinia uzupełniająca tego samego biegłego (102 spraw). W 77 przypadkach biegli byli wzywani na rozprawę w celu wydania ustnej opinii uzupełniającej. Najczęściej była to jedyna forma ustosunkowania się do zastrzeżeń stron. Niekiedy niezależnie od wydania opinii ustnej, sporządzana była też pisemna opinia uzupełniająca.

6.3. Przekształcenia podmiotowe i przedmiotowe

Jedynie w 18 sprawach (3% wszystkich spraw) doszło do jakichkolwiek przekształceń podmiotowych w toku procesu. W pięciu sprawach doszło do wstąpienia nowej strony w miejsce dotychczasowej, co wiązało się z przekształceniami i przejęciami na rynku ubezpieczeń, w trzynastu sprawach doszło do interwencji ubocznej, z czego w sześciu sprawach – na skutek przypozwania (art. 84 k.c.).

Częściej, ale także relatywnie rzadko, bo w 18,3% spraw (112 spraw) dochodziło do zmian przedmiotowych. W 81 sprawach (13,3% spraw) doszło do rozszerzenia powództwa, w 27 sprawach (4,4%) do ograniczenia powództwa, a w zaledwie 4 sprawach (0,65%) – do cofnięcia pozwu w całości. Trzeba jednak mieć na uwadze, że rozszerzenie lub ograniczenie powództwa nie musiało odnosić się do roszczenia o zadośćuczynienie.

Najczęstszą przyczyną rozszerzania powództw była korzystna opinii biegłego. Z kolei główną przyczyną cofania powództw w części były decyzje pozwanych (ubezpieczycieli) o dopłacie kwoty pieniężnej do wypłaconego już wcześniej odszkodowania lub zadośćuczynienia albo zawarta z nimi ugoda częściowa. Przyczyną cofnięcia powództwa było – w dwóch przypadkach, w których dało się ustalić tę przyczynę – zawarcie ugody pozasądowej⁵⁶.

6.4. Rozstrzygnięcia sądów I instancji

Merytorycznym rozstrzygnięciem (wyrokiem, wyrokiem zaocznym lub nakazem zapłaty) zakończyło się 466 spraw (76,27%). Zasadą w przeanalizowanych

⁵⁶ Były to sprawy toczące się przed SR w Belchatowie, sygn. akt I C 443/14 (ugodę zawarli obaj powodowie, stąd sprawa ta została zarejestrowana jako dwie odrębne sprawy na poczet badania ankietowego).

postępowaniach było to, że pozwani wdawali się w spór. Jedynie w dwóch przypadkach (0,33% spraw) postępowanie zakończyło się nakazem zapłaty lub wyrokiem zaocznym. W jednej sprawie doszło do odrzucenia pozwu.

W 94 sprawach zawarto ugodę co do całości roszczenia, a w jednej – co do części roszczenia w zakresie żadanego zadośćuczynienia. Łącznie więc zawarto ugodę w 15,5% spraw. Ugody zawierano najczęściej przed przeprowadzeniem jakiegokolwiek postępowania dowodowego (w 54 sprawach, czyli w 56,8% wszystkich spraw), zaś w 2 sprawach zawarto ugody przed przeprowadzeniem dowodu z opinii biegłego (2,1% wszystkich ugód). W 8 przypadkach (8,4% spraw, w których zawarto ugodę) ugodę zawarto już po zakończeniu postępowania dowodowego. Takie „rozłożenie momentów”, w których zawierane były ugody nie powinno dziwić. Wydaje się bowiem, że przed przeprowadzeniem postępowania dowodowego strony są najbardziej niepewne rozstrzygnięcia, są zatem najbardziej gotowe na ustępstwa. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, zwłaszcza dowodów z opinii biegłych, wynik postępowania daje się w dużej mierze przewidzieć, co może wpływać negatywnie na wolę dokonywania innych ustępstw niż nieuniknione z punktu widzenia przewidywanego rozstrzygnięcia.

Powództwa były zazwyczaj uwzględniane przez sąd przynajmniej w części. W 86 sprawach (14,1% wszystkich spraw, a 18,7% spraw zakończonych orzeczeniem merytorycznym) powództwo uwzględniono w całości, w 355 sprawach (58,1% wszystkich spraw oraz 77% spraw zakończonych merytorycznym rozstrzygnięciem) w części, zaś zaledwie w 20 sprawach (3,3% wszystkich spraw oraz 4,3% spraw zakończonych rozstrzygnięciem merytorycznym) powództwo w całości oddalono. W pozostałych przypadkach nie doszło do wydania wyroku.

Najwyższe przyznane zadośćuczynienie wyniosło 550.000 zł (najwyższe żądanie wynosiło 1.350.000 zł). Przeciętnie zasądzone przez sądy pierwszej instancji zadośćuczynienia były jednak istotnie niższe. Średnie zadośćuczynienie wynosiło 33.177,17 zł, jednak mediana wyniosła zaledwie 20.000 zł. Powództwa uwzględniane były średnio w 2/3 przypadków (średnia 64,77%, mediana 66,67%). Odchylenie standardowe wyniosło 43.591,30 zł, co oznacza dużą rozpiętość zasądzanych kwot. Należy jednak przypomnieć, że odchylenie standardowe żądań o zasądzenie zadośćuczynienia wynosiło 85.698,18 zł, a zatem ok. dwa razy więcej. Oznacza to, że orzecznictwo sądowe cechowała większa powściągliwość w ustalaniu zadośćuczynień i tendencja do proporcjonalnie większego ograniczania żądań najbardziej wygórowanych, a zatem do „spłaszczania” zbioru zasądzanych zadośćuczynień i odszkodowań. Orzecznictwo sądowe jest zatem zdecydowanie bardziej jednolite i umiarkowane niż żądania powodów.

Ciekawie przedstawiają się te same dane zaprezentowane z rozbiciem według płci poszkodowanych. Okazuje się bowiem, że płeć ma pewne znaczenie dla wysokości zasądzanych świadczeń. Trzeba w tym miejscu przypomnieć to, o czym wspomniano już w poprzednich częściach niniejszego opracowania, że nie istniały istotne różnice w przypadku wypłaconych odszkodowań i zadośćuczynień przez ubezpieczycieli, a niewielkie – w zależności od płci w przypadku żądanych kwot.

Średnie zadośćuczynienie zasądzone na rzecz kobiet wyniosło 31.367,33 zł (mediana wyniosła 20.000 zł), a maksymalne – 550.000 zł. Żądania kobiet o zadośćuczynienie uwzględniano średnio w 60,52% (mediana – 62%).

Średnie zadośćuczynienie zasądzone na rzecz mężczyzn wyniosło 29.365,83 zł (mediana wyniosła 15.000 zł), a maksymalne 450.000 zł. Żądania mężczyzn o zadośćuczynienie uwzględniano średnio w 57,21% (mediana – 59,69%).

Oznacza to, że zasadniczo świadczenia zasądzone na rzecz mężczyzn z tytułu zadośćuczynienia były w niewielkim (ale zauważalnym) stopniu niższe niż świadczenia zasądzone z tych samych tytułów na rzecz kobiet. Można to wyjaśnić tym, że w warunkach przebadanych spraw mężczyźni okazywali się w mniejszym stopniu podatni na cierpienia psychiczne, jednak wydaje się, iż zagadnienie to wymaga dalszych badań, w których poczynione tu spostrzeżenie zostanie zweryfikowane. Nie można bowiem wykluczyć, że przedstawiona różnica wynika wyłącznie z różnorodności występujących stanów faktycznych, i w istocie ich przyczyną nie jest w żadnym stopniu płeć pokrzywdzonych.

Powództwa były w większym zakresie uwzględniane w pierwszej instancji przez sądy rejonowe niż przez sądy okręgowe. Dane dotyczące zasążeń z podziałem na sądy rejonowe i sądy okręgowe ukazuje tabela 7:

Tabela 7 Zasążenia w sprawach o zadośćuczynienie lub roszczenie z art. 448 § 3 k.c. w zależności od szczebla sądu, który orzekał w I instancji		
	Sądy Rejonowe	Sądy Okręgowe
Liczba spraw zakończonych wyrokiem ⁵⁷	262	200
Liczba zasążeń przynajmniej częściowych	242	197
Średnia kwota zasążeń	15.037,59 zł	58.958,69 zł
Mediana zasążeń	10.000 zł	50.000 zł
Średnia procentowa uwzględnienia roszczenia	66,03%	63,81%
Mediana procentowa uwzględnienia roszczenia	70,5%	62,25%

Źródło: opracowanie własne.

Zauważono, że zarówno odsetek zasążeń, jak i zasądzana średnia różnią się geograficznie. W poniższej tabeli zaprezentowano przeciętnie zasądzane kwoty oraz przeciętny odsetek zasążeń z rozbiorem na obszary apelacji, w których położone były sądy orzekające w analizowanych w badaniu sprawach.

Analizując powyższe tabele, należy mieć na uwadze następujące okoliczności dotyczące metodologii omawianego badania. Dobór próby dokonywany był łącznie dla wszystkich kategorii badanych spraw, tj. szkody na mieniu, szkody na osobie, zadośćuczynienia i roszczenia, o których mowa w art. 446 § 3 k.c. To spowodowało, że w ramach spraw o zadośćuczynienie mogło dojść do zaburzenia proporcji między sprawami rozpoznawanymi w pierwszej instancji przez sądy rejonowe i sprawami rozpoznawanymi w pierwszej instancji przez sądy okręgowe. W sprawach otrzymanych z obszaru apelacji białostockiej, katowickiej i łódzkiej w ogóle nie było zakończonych wyrokiem spraw o zadośćuczynienie rozpoznawanych w pierwszej instancji przez sądy okręgowe. Z kolei podczas tworzenia próby losowej

⁵⁷ Liczba spraw o zadośćuczynienie i o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. nie sumuje się do wskazanej wyżej liczby spraw zakończonej wyrokiem (472), z uwagi na występującą niejednokrotnie kumulację tych roszczeń w ramach jednej sprawy.

Tabela 8 cz. 1

Stopień uwzględniania roszczeń o zadośćuczynienie i o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. wg obszarów apelacji

Apelacja	Ogółem				
	Odsetek spraw, w których uwzględniono roszczenie przynajmniej w części	Średnia zasądzana kwota	Mediana zasądzanych kwot	Średni odsetek uwzględnień	Mediana odsetka uwzględnień
białostocka	80,36%	12.944,20 zł	9.150 zł	60,1%	65,5%
gdańska	92,79%	32.500,52 zł	20.607,55 zł	64,58%	66%
katowicka	51,52%	4.368,21 zł	2000 zł	33,28%	10%
krakowska	50%	13.130 zł	1000 zł	38,40%	20%
lubelska	100%	36.853,85%	30.000 zł	55%	58,69%
łódzka	83,56%	36.508,22 zł	30.000 zł	53,54%	50%
poznańska	70,67%	23.076,67 zł	8.000 zł	50,5%	50%
szczecińska	brak danych (brak przebadanych spraw z tego obszaru)				
rzeszowska	93,65%	47.976,19 zł	40.000 zł	66,4%	70%
warszawska	89,74%	39.631,58 zł	20.000 zł	54,76%	50%
wrocławska	82,76%	31.814,48 zł	7392,50 zł	59,7%	68,34%

Źródło: opracowanie własne.

akt do badania nie został wylosowany żaden sąd z obszaru apelacji szczecińskiej. Ponadto należy mieć na uwadze małą w ogóle liczbę spraw z apelacji krakowskiej oraz małą liczbę spraw z sądów rejonowych z apelacji warszawskiej i lubelskiej oraz z sądów okręgowych z apelacji poznańskiej, co również mogło mieć wpływ na prezentowane statystyki.

Mimo tych zastrzeżeń można dokonać pewnych obserwacji. Po pierwsze, w większości apelacji (poza katowicką i krakowską) wystąpił bardzo wysoki wskaźnik uwzględniania powództw o zadośćuczynienie przynajmniej w części, tj. powyżej 80% wszystkich spraw zakończyło się w tych apelacjach wyrokiem przynajmniej częściowo zasądzającym. Koresponduje z tym wskaźnik zakresu, w jakim powództwa te były uwzględniane, aczkolwiek można tu zauważyć większe „różnice regionalne”.

Sądy nie miały wątpliwości, że dopuszczalne jest dochodzenie zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej, którą poniosła w rezultacie zdarzenia, mającego miejsce przed 3.08.2008 r.⁵⁸ Powództwa te były zasadniczo uwzględniane, a jeżeli oddalone,

⁵⁸ Sprawy przed: SR w Białymstoku, sygn. akt XI C 823/15; SR w Dębicy, sygn. akt I C 641/15, I C 686/15, I C 889/15 i I C 586/16; SR w Kielcach, sygn. akt I C 1342/14; SR Lublin-Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku, sygn. akt I C 1643/14 i I C 562/15; SR w Płocku, sygn. akt I C 841/14, I C 4302/14, I C 4303/14, I C 4319/14, I C 4320/14, I C 4321/14, I C 4322/14 i I C 4323/14; SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 439/14 i V C 1109/14; SR Poznań-Stare Miasto, sygn. akt I C 599/15/5 i VII C 1890/14/6; SR w Szubinie, sygn. akt I C 229/12; SR w Wejherowie, sygn. akt I C 1858/13; SR dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu, sygn. akt VIII C 1564/14; SO w Gdańsku, sygn. akt I C 22/14, I C 50/14, I C 54/14, I C 867/14, XV C 761/13, XV C 919/13, XV C 919/13 i XV C 135/14; SO w Łodzi, sygn. akt I C 1567/14, I C 1597/14, I C 245/15, I C 246/15 i II C 1766/12; SO w Opolu, sygn. akt I C 253/16, I C 309/16 i I C 386/16; SO w Przemyślu, sygn. akt I C 639/12, I C 7/14, I C 37/14, I C 73/14, I C 74/14, I C 161/14, I C 193/14, I C 197/14, I C 217/14, I C 274/14, I C 303/14, I C 416/14, I C 576/14, I C 621/14, I C 652/14, I C 682/14 i I C 923/14; SO w Siedlcach, sygn. akt I C 1071/14; SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt III C 1028/14. Z kolei w sprawie toczącej się przed SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 1109/14, sąd wskazał jako podstawę prawną art. 446 § 4 k.c., chociaż sprawa dotyczyła zdarzenia mającego miejsce przed wejściem w życie tego przepisu.

Tabela 8 cz. 2 Stopień uwzględniania roszczeń o zadośćuczynienie i o odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. wg obszarów apelacji i poziomu sądu													
Apelacja	Sądy rejonowe						Sądy okręgowe						
	Liczba spraw	Odsetek spraw, w których uwzględniono roszczenie przynajmniej w części	Średnia zasądzana kwota	Mediana zasądzanych kwot	Średni odsetek uwzględnień	Mediana odsetka uwzględnień	Liczba spraw	Odsetek spraw, w których uwzględniono roszczenie przynajmniej w części	Średnia zasądzana kwota	Mediana zasądzanych kwot	Średnia odsetek uwzględnień	Mediana odsetka uwzględnień	
białostocka	56	80,36%	12,944,20 zł	9,150 zł	60,1%	65,5%				Brak danych			
gdąńska	42	80,95%	14,249 zł	14,500 zł	62,4%	73,5%	69	100%	43.6253,62 zł	40.000 zł	65,9%	62,5%	
katowicka	33	51,52%	4,368,21 zł	2000 zł	33,28%	10%				Brak danych			
krakowska	7	28,57%	614,28 zł	0 zł	20,6%	0%	3	100%	42.333,33 zł	30.000 zł	80%	100%	
lubelska	7	100%	10,528,57 zł	6,000 zł	46,9%	56%	19	100%	46.552,63%	40.000 zł	58%	60%	
łódzka	37	70,27%	19,710,81 zł	10,000 zł	54,2%	50%	36	100%	36.853,85%	30.000 zł	55%	58,7%	
poznańska	67	68,66%	12,314,18 zł	6,000 zł	49,6%	50%	8	87,5%	113,212,5 zł	56,600 zł	57,9%	69,2%	
szczecińska													
brak danych (brak przebadanych spraw z tego obszaru)													
rzyszowska	23	87%	14,973,91 zł	12,000 zł	55,1%	66,67%	40	97,5%	67125 zł	75,000 zł	72,9%	81%	
warszawska	8	87,5%	14,250 zł	10,000 zł	65,3%	66,7%	11	90,9%	58,090,91 zł	75,000 zł	47,1%	47%	
wrocławska	44	77,3%	10,250,91 zł	5150 zł	57,1%	70,7%	14	100%	99,585,71 zł	67,300 zł	68%	64,9%	

Źródło: opracowanie własne.

to z uwagi na stwierdzenie, że w warunkach konkretnego przypadku powód nie poniósł krzywdy. W tym ostatnim przypadku sąd kontrowersyjnie zresztą uznał, że o braku krzywdy świadczy to, iż powodka szybko „pozbiarała się” po śmierci córki i była w stanie opiekować się osieroconymi wnukami⁵⁹. Przyjęcie takiego zapastrywania musi bowiem prowadzić do wniosku, że krzywdę mogą ponieść wyłącznie osoby o słabej konstrukcji psychicznej. Tymczasem pogodzenie się ze zdarzeniem i umiejętność dalszego funkcjonowania po doznanej tragedii nie może oznaczać braku krzywdy, lecz jedynie świadczy o dojrzałości psychicznej i odpowiedzialności, czego nie można utożsamiać z odpornością czy nieczułością. Umiejętność pogodzenia się ze stratą i dalszego funkcjonowania nie oznacza bowiem, że nie doznało się krzywdy – bólu, cierpienia czy poczucia straty. Te wszystkie uczucia mogą bowiem u danej osoby nadal występować. To, że ktoś się nim nie poddaje i postępuje odpowiedzialnie (zwłaszcza, gdy musi podjąć opiekę nad osieroconymi wnukami) nie oznacza, że uczuć tych nie odczuwa.

Do kryteriów wpływających na ustalenie zadośćuczynienia należała umyślność działania sprawcy (w 11 przypadkach)⁶⁰, fakt oglądania śmierci osoby najbliższej (7 przypadków), konieczność identyfikacji zmarłej osoby bliskiej (3 przypadki), nieudzielenie poszkodowanemu pomocy przez sprawcę wypadku (4 przypadki).

Główną przyczyną częściowego oddalania powództw była przede wszystkim skuteczność zarzutów przyczynienia się poszkodowanego. Zgłoszono je w 140 przypadkach, a zostało ono uwzględnione (przynajmniej w części) w 121, czyli w 86,4%. Najczęstszymi okolicznościami wskazującymi na przyczynienie się poszkodowanego do szkody był stan nietrzeźwości u ofiary wypadku, zdecydowanie się na jazdę z pijanym kierowcą, niezapięcie pasów bezpieczeństwa i wtargnięcie przez pieszego na jezdnię. Sądy uwzględniły zarzut przyczynienia się w 121 sprawach, obniżając zakres odpowiedzialności poszkodowanych o niecałą 1/3 (średnia wynosiła 32,93%, a mediana – 30%). W jednej sprawie stwierdzono wyłączną winę poszkodowanego.

Przyczyną oddalania powództw było ustalenie, że albo nie doszło do wypadku komunikacyjnego, albo pozwany nie ponosił za niego odpowiedzialności (szkoda powstała z wyłącznej winy poszkodowanego) lub że powód nie doznał krzywdy. W ramach tych ostatnich spraw należy wyróżnić te, w których oddalono powództwo z uwagi na znaczny upływ czasu od zdarzenia, co powodowało dokonanie ustalenia, że w chwili orzekania, powodowie nie odczuwali już krzywdy. W czterech sprawach uwzględniono też zarzut przedawnienia.

W większości spraw sądy zasądzały również odsetki na rzecz powodów. W zdecydowanej części przypadków sądy przyznawały odsetki od dnia wymagalności roszczenia, mając na uwadze – w zależności od stanu faktycznego sprawy – dyspozycję art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych lub art. 817 § 1 k.c. Rozwiązania inne, wiążące datę wymagalności z zakończeniem postępowania likwidacyjnego (wydaniem przez ubezpieczyciela decyzji ubezpieczeniowej), datą doręczenia powództwa albo datą wezwania ubezpieczyciela do wypłaty odszkodowania były sporadyczne. Szczegółowo zagadnienie to zostało omówione w punkcie 9.3. poniżej.

⁵⁹ Sprawa przed SR w Śremie, sygn. akt I C 247/15. Należy zaznaczyć, że w sprawie tej nie wniesiono apelacji.

⁶⁰ Por. jednak sprostowania przedstawione w pkt 5.3. powyżej.

Rozstrzygnięcia o kosztach procesu są konsekwencją rozstrzygnięć co do przedmiotu postępowania, jako że najczęściej sądy rozdzielały wzajemnie koszty zależnie od wyniku sprawy na zasadzie art. 100 zd. 1 k.p.c. Jak wspomniano, powództwa były uwzględniane, jeśli chodzi o roszczenie o zadośćuczynienie w ponad 70%. Ponadto na ogólny wynik sprawy wpływało też rozstrzygnięcie o innych roszczeniach, które znajdowały się poza przedmiotem niniejszego opracowania, czyli w roszczeniach dotyczących naprawienia szkód na osobie lub szkód na mieniu. W tym stanie rzeczy nie dziwi, że koszty procesu średnio ponosili powodowie w 26,6%, a pozwani w 68,8%. Podobne wnioski wypływają z analizy median rozstrzygnięć o kosztach. Przeciętnie pozwany był obciążany kosztami w 68%, a powód – w 12,67% dla obciążenia kosztami powoda.

Na zakończenie analizy orzeczeń sądów pierwszej instancji należy wskazać na interesujący fakt, że w większości spraw były składane wnioski o uzasadnienie wyroku. Na 461 wyroków (nie wliczając w to wyroków zaocznych, o których uzasadnienie – zgodnie z art. 342 k.p.c. – może wnieść tylko powód i tylko jeśli jego powództwo zostanie w jakiegokolwiek części oddalone), wnioski takie złożono w 448 sprawach, czyli 97,2%, w których wydano wyrok. Co jednak ciekawe, jak zostanie to przedstawione poniżej, taki wysoki odsetek wniosków o sporządzenie uzasadnienia nie ma przełożenia na składanie środków odwoławczych.

6.5. Podsumowanie

Powyższe dane, zestawione ze statystkami ukazującymi ogólnie orzecznictwo sądów pierwszej instancji w zakresie omawianych roszczeń, pozwalają na dokonanie pewnych spostrzeżeń:

- W toku procesu pozwani zazwyczaj nie kwestionują okoliczności zdarzenia (za wyjątkiem powoływania się na przyczynienie się poszkodowanego lub zmarłego), skupiając się na podważaniu faktu doznania przez powoda szkody albo krzywdy lub jej wysokości. W ramach tego zarzutu mieści się także twierdzenie o tym, że wypłacone odszkodowanie doprowadziło do naprawienia szkody czy krzywdy lub odpowiada świadczeniom zasądzanym w obrocie oraz zarzut przedawnienia.
- Podstawowymi środkami dowodowymi, obecnymi praktycznie we wszystkich sprawach o zadośćuczynienie są zeznania świadków (przy czym najczęściej przesłuchiwany jest tylko jeden świadek) oraz zeznania stron, przy czym z uwagi na charakter pozwanych przesłuchiwani są wyłącznie powodowie.
- Niewiele rzadziej powoływani są biegli. Biegłych tych można podzielić na trzy kategorie (pomijając biegłych, których opinia dotyczy wyłącznie innych roszczeń niż zadośćuczynienie). Są to: 1) biegli zmierzający do ustalenia istnienia i stopnia krzywdy (psycholodzy i psychiatry) – pojawiają się oni, co prawda, najczęściej, ale zaledwie w ok. połowie spraw; 2) biegli z zakresu medycyny na okoliczność ustalenia uszczerbku na ciele lub rozstroju zdrowia poszkodowanego, którzy są istotni zarówno dla oszacowania wysokości zadośćuczynienia (rozmiaru krzywdy związanej z doznanymi obrażeniami), jak i dla ustalenia zakresu szkody na osobie,

oraz 3) biegli z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych powoływani na okoliczność ustalenia zakresu przyczynienia się pokrzywdzonego lub sprawcy do powstania szkody – jednak dowód ten jest przeprowadzany jedynie w niecałej 1/4 wszystkich spraw, w których zarzut przyczynienia się został podniesiony.

- Modyfikacje powództwa miały charakter sporadyczny, przy czym najczęściej przyczyną rozszerzania powództw były korzystne dla powodów wyniki postępowania dowodowego (zwłaszcza opinii biegłych), a przyczyną ograniczania powództw – częściowe spełnienie świadczenia przez pozwanego w toku procesu lub zawarcie częściowej ugody.
- W co siódmej sprawie (ok. 15%) zawarto ugodę, przy czym najczęściej do zawierania ugód dochodziło przed rozpoczęciem postępowania dowodowego.
- Ogólną tendencją sądów jest uwzględnianie roszczeń o zadośćuczynienie. Zaledwie w ok. 4% spraw roszczenie zostało w całości oddalone. Zazwyczaj jednak powództwa były uwzględniane w części, a nie w całości.
- Tak wysoki stopień uwzględniania powództw wyrażony zarówno w liczbach bezwzględnych, jak i w odsetku, w jakim je uwzględniano (przeciętnie prawie w 2/3) ukazuje skalę zaniżania przez ubezpieczycieli należnych pokrzywdzonym świadczeń. Gdyby bowiem wypłacane przez ubezpieczycieli świadczenia były w większym stopniu powiązane z faktycznie poniesionym przez pokrzywdzonych uszczerbkiem, to większy odsetek spraw byłby oddalany lub też roszczenia byłyby uwzględniane w mniejszym zakresie.
- Orzecznictwo sądowe dąży do ograniczania dochodzonych roszczeń, o czym świadczy zarówno fakt relatywnie niewielkiego odsetka roszczeń uwzględnionych w całości, jak i zdecydowanie (ok. dwukrotnie) niższa wysokość odchylenia standardowego zasądzeń w stosunku do wysokości odchylenia standardowego roszczeń.
- Powództwa w większym zakresie (zarówno ocenianym procentowo, jak i w liczbach bezwzględnych) były uwzględniane w stosunku do kobiet niż do mężczyzn, jakkolwiek zagadnienie to wymaga jeszcze dalszych badań.
- Zarzut przyczynienia się pokrzywdzonego lub zmarłego okazywał się w większości przypadków zasadny i prowadził do zmniejszenia zakresu odpowiedzialności sprawcy o ok. 30%.
- Odsetki zasądzano zwykle od daty wymagalności ustalonej w przypadku odpowiedzialności ubezpieczeniowej, zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych lub art. 817 § 1 k.c.

7. POSTĘPOWANIE APELACYJNE I KASACYJNE

Pomimo to, że w większości spraw zakończonych wyrokiem składane są wnioski o uzasadnienie tych wyroków, apelacje od nich nie są częste. Na 461 spraw zakończonych wyrokami (niezaocznymi), jedynie w 179 sprawach (38,8%) została wniesiona apelacja. W postępowaniu apelacyjnym zasadniczo sąd drugiej instancji nie prowadził własnego postępowania dowodowego – nastąpiło to zaledwie w 4 sprawach, a w 3 kolejnych podniesiono nowe twierdzenia.

Charakterystyczna jest stabilność zaskarżonych orzeczeń, która zbliżona jest do ogólnych wskaźników stabilności orzeczeń. W 124 sprawach (69,3% spraw, w których wniesiono apelację) apelację oddalono. Jest to wskaźnik przewyższający, w zauważalnym stopniu, wartości średnie dla wszystkich procesowych spraw cywilnych. W 2015 r. (a zatem w roku, w którym kończyły się omawiane sprawy) ogólny współczynnik stabilności orzeczeń w sprawach cywilnych zaskarżonych apelacją w sprawach rozpoznawanych w drugiej instancji przez sądy okręgowe (sygnatury Ca) wynosił 60,4%, a przez sądy apelacyjne (sygnatury ACa) – 59,7%⁶¹.

Ani razu nie doszło do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, co świadczy o prawidłowym prowadzeniu przez sądy pierwszej instancji postępowań dowodowych (w jednej sprawie doszło do uchylenia wyroku i odrzucenia pozwu). W 53 sprawach doszło do zmiany zaskarżonego wyroku, a w jednej sprawie – do umorzenia postępowania z uwagi na zawartą przez strony ugodę.

Tylko w jednej sprawie została wniesiona skarga kasacyjna, w której jako podstawę wniosku o jej przyjęcie do rozpoznania wskazano oczywistą zasadność. Nie została ona jednak przyjęta przez Sąd Najwyższy do rozpoznania.

W podsumowaniu należy więc zauważyć, że w omawianych sprawach orzecznictwo sądów pierwszej instancji cechuje w omawianych sprawach wysoka stabilność, a ewentualna ingerencja sądu drugiej instancji odnosi się zazwyczaj bądź do wysokości zasądanego świadczenia, bądź do roszczeń ubocznych (odsetek). Taka stabilność orzecznicza i brak uchyień wyroków do ponownego rozpoznania wynikać może z tego, że w sprawach tych zazwyczaj nie występował spór – co do zasady – odpowiedzialności (poza kwestią możliwości konstruowania na gruncie art. 448 k.c. w zw. z art. 24 k.c. roszczenia o zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej przed 3.08.2008 r. – por. pkt 9.1. opracowania). Spór dotyczył zazwyczaj wyłącznie wysokości należnego odszkodowania, a sądy przeprowadzały odpowiednie postępowanie dowodowe w prawie wszystkich sprawach przesłuchując świadków, strony i dopuszczając dowód z opinii biegłego. Owo skupienie się na kwestii wysokości należnego zadośćuczynienia lub odszkodowania przy jednoczesnym braku sporu co do znajdujących zastosowanie w sprawie przepisów i ich wykładni tłumaczy też, dlaczego nie były wnoszone skargi kasacyjne, a jedyna skarga wniesiona nie została przyjęta do rozpoznania. Brak bowiem było przesłanek do właściwego skonstruowania wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania.

8. CZAS TRWANIA POSTĘPOWAŃ

Przebadane postępowania trwały od dnia wniesienia pozwu do dnia wydania wyroku w pierwszej instancji średnio 492 dni, zaś mediana długości postępowań wynosiła 403 dni. Najkrótsze postępowanie trwało 36 dni, a najdłuższe 2296 dni (czyli prawie 6 i pół roku).

Postępowanie międzyinstancyjne i drugoinstancyjne (liczone łącznie od dnia wydania wyroku w pierwszej instancji do dnia wydania wyroku przez sąd drugiej

⁶¹ MST VIII Stabilność załatwiania spraw w sądach powszechnych za rok 2015, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2015/download,3169,8.html> (dostęp: 6.12.2019 r.).

instancji) trwało średnio 243 dni, zaś mediana długości trwania takiego postępowania wyniosła 240 dni. Postępowanie apelacyjne najdłużej trwało 1143 dni, a najkrócej – 69 dni.

Długość trwania postępowań wykazywała duże zróżnicowanie, o czym poza porównaniem przytoczonych wyżej wartości skrajnych daje porównanie odchyłeń standardowych. Odchylenie standardowe dla postępowań w pierwszej instancji dla spraw o zadośćuczynienie wynosiło 352, a zatem niewiele mniej niż średnie długości trwania tych postępowań. Mniejszą rozpiętość wykazywały czasy trwania postępowań sądowych w drugiej instancji. W postępowaniach apelacyjnych w sprawach o zadośćuczynienie odchylenie standardowe wynosiło 103 dni.

Dla porównania w 2015 r. ogólna średnia długość trwania postępowania sądowego procesowego (repertorium C) wynosiła w sądach rejonowych 10,3 miesiąca (tj. ok. 310 dni), a w sądach okręgowych 8,8 miesiąca (tj. ok. 270 dni)⁶². Oznacza to, że postępowania o zadośćuczynienie trwają średnio o ok. połowę dłużej niż przeciętne cywilne postępowanie procesowe.

W postępowaniach drugoinstancyjnych wskaźnik czasu postępowania w 2015 r. dla spraw rozpoznawanych w drugiej instancji przez sądy okręgowe dla spraw z repertorium Ca wynosił 107,5 dnia⁶³, a dla spraw rozpoznawanych w drugiej instancji przez sądy apelacyjne (repertorium ACa) – 260,2 dnia⁶⁴. Oznacza to, że czas trwania postępowań apelacyjnych w przebadanych sprawach istotnie odbiegał od średnich długości trwania postępowań apelacyjnych w sądach okręgowych, ale odpowiadał średniej długości trwania postępowań w sądach apelacyjnych.

Relatywnie długi czas trwania analizowanych postępowań w pierwszej instancji daje się łatwo wyjaśnić. Jak wspomniano wyżej, w dużej części spraw (niemal 89%) przeprowadzane były dowody z opinii biegłego, nierzadko więcej niż jednej specjalności. Wydłużało to postępowanie, zwłaszcza w sytuacjach, gdy biegły był po wydaniu opinii wzywany do wydania opinii uzupełniającej. Na czas trwania konkretnych spraw mogła też mieć wpływ konieczność przesłuchania świadków (przynajmniej jeden świadek był przesłuchiwany w 90% wszystkich analizowanych spraw), co nie zawsze dało się przeprowadzić na jednej rozprawie. Ponieważ analizowane sprawy przejawiały się dużym zróżnicowaniem co do typu i liczby przeprowadzanych środków dowodowych, czas trwania postępowań wykazywał dużą rozpiętość, co obrazuje przytoczona wyżej analiza wartości skrajnych i odchyłeń standardowych. Długotrwałość analizowanych postępowań w pierwszej instancji uzasadniona jest zatem charakterem postępowania dowodowego w tych sprawach.

Konieczność przeprowadzenia postępowania dowodowego nie wpływała natomiast na czas trwania postępowania apelacyjnego, jako że sądy drugiej instancji prowadziły takie postępowania sporadycznie (o czym była mowa we wcześniejszej części opracowania). W związku z tym trudniej jest wyjaśnić, dlaczego postępowania te trwały istotnie dłużej niż średnia ogólnopolska.

⁶² Sprawność postępowań sądowych – czas trwania postępowania sądowego w latach 2011–2018, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 6.12.2019 r.).

⁶³ Apelacje w postępowaniach cywilnych w SO i SA w latach 2005–2018, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> (dostęp: 6.12.2019 r.).

⁶⁴ Apelacje w postępowaniach cywilnych w SO i SA w latach 2005–2018...

9. ZAGADNIENIA PRAWNE ZAUWAŻONE W BADANYCH SPRAWACH

9.1. Stosowanie art. 448 k.c.

Jak już zostało opisane wyżej, sądy nie miały wątpliwości co do tego, że dla zdarzeń, które miały miejsce przed 3.08.2008 r. dopuszczalne jest konstruowanie powództwa o zadośćuczynienie za śmierć osoby najbliższej na podstawie art. 448 k.c. w zw. z art. 23 i 24 k.c. Pozwani (ubezpieczyciele) konsekwentnie podnosili taki zarzut nie tylko na etapie postępowania sądowego, ale także na etapie postępowania likwidacyjnego, gdy odmawiali wypłaty zadośćuczynienia.

W praktyce sądy nie uzasadniały nawet bliżej swojego stanowiska. Należy jednak mieć na uwadze, że w omawianych sprawach wyroki wydawane były już po jednoznacznym stanowisku Sądu Najwyższego (por. pkt 2.1. opracowania). Sądom powszechnym obce zatem były wspomniane w uwagach ogólnych opracowania (por. pkt 1) wątpliwości co do tego, czy więź rodzinna stanowi dobro osobiste i czy istotnie – jak twierdził SN – art. 446 § 4 k.c. nie wprowadzał żadnej nowej normy do polskiego porządku prawnego.

9.2. Kwestia przyczynienia się do wypadku osoby zmarłej

Sądy w omawianych sprawach konsekwentnie obniżały zasądzane zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej w sytuacji, w której osoba zmarła przyczyniła się do wypadku⁶⁵. Tymczasem sprawa ta nie wydaje się jednoznaczna z teoretycznego punktu widzenia⁶⁶, nie została również rozstrzygnięta w orzecznictwie⁶⁷.

Zgodnie z art. 362 k.c. jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Tymczasem w ramach żądania zadośćuczynienia za śmierć osoby najbliższej, pokrzywdzonym

⁶⁵ Sprawy toczące się przed: SO w Gdańsku, sygn. akt I C 22/14, I C 315/14, I C 16/15, XV C 135/14 i XV C 919/13; SO w Łodzi, sygn. akt II C 1528/13; SO w Świdnicy, sygn. akt I C 1407/13; SR w Białymstoku, sygn. akt I C 109/15, I C 256/15, I C 743/15, I C 765/15, I C 931/15, I C 932/15 i XI C 823/15 oraz przed SR w Łowiczu, sygn. akt I C 728/14.

⁶⁶ Por. m.in. P. Józwiak, *Zmniejszenie odszkodowania w razie przyczynienia się zmarłego wskutek czynu niedozwolonego*, „Państwo i Prawo” 2011/12, s. 80–90; K. Kryła, *Zadośćuczynienie pieniężne dla najbliższych członków rodziny zmarłego – uwagi na tle art. 446 § 4 k.c.*, „Przegląd Sądowy” 2013/2, s. 81–83; M. Wałachowska, *Wynagrodzenie...*, s. 123–136. Pogląd o tym, że przyczynienie się innych osób wpływa na zakres odpowiedzialności poszkodowanego tylko wtedy, gdy poszkodowany podnosiłby odpowiedzialność za te osoby wyraził Andrzej Kubas (A. Kubas, *Zachowanie osób trzecich jako przyczynienie się poszkodowanego*, „Studia Cywilistyczne” 1976, t. XXVI, s. 46), jednak należy zauważyć, że przedmiotem jego analizy nie było przyczynienie się osoby zmarłej. Trudno jest osobę zmarłą, której śmierć wywołuje krzywdę poszkodowanego traktować jako „osobę trzecią”.

⁶⁷ Możliwość uwzględnienia przyczynienia się zmarłego przy ustalaniu wysokości odszkodowania NWW odrzucił Sąd Najwyższy w wyroku z 6.08.1971, II CR 287/71, OSNCP 1972/2, poz. 34, jednak z jego uzasadnienia nie wynika jednoznacznie, czy podstawa rozstrzygnięcia było wyłącznie brzmienie nieobowiązujących już przepisów szczególnych (Rozporządzenia Rady Ministrów z 24.04.1968 r. w sprawie obowiązkowych ubezpieczeń komunikacyjnych [Dz.U. Nr 15, poz. 89]), a na ile również wykładnia ogólnych przepisów Kodeksu cywilnego, w tym przede wszystkim art. 362. Również niejednoznacznie jest stanowisko SN zawarte w wyroku z 14.01.2010 r., IV CSK 307/09, OSNC-ZD 2010/C, poz. 91. W wyroku tym Sąd *in concreto* stwierdził, że przyczynienie się zmarłego nie ma wpływu na wysokość przyznanego odszkodowania i zadośćuczynienia. Można zatem odnieść wrażenie, że jest to ocena wynikająca z okoliczności konkretnej sprawy, zaś generalnie przyczynienie się zmarłego może mieć wpływ na zakres odpowiedzialności sprawcy względem osób bliskich zmarłego, tyle że w tej konkretnej sprawie tak nie było.

nie jest zmarły, lecz osoba, która doznała w wyniku śmierci poszkodowanego krzywdy. W ramach roszczenia z art. 446 § 4 k.c. (a także roszczenia opartego na art. 448 k.c.), powód dochodzi naprawienia swojego własnego uszczerbku doznanego na skutek śmierci osoby najbliższej, a nie uszczerbku, jakiego doznała osoba zmarła. Innymi słowy w sytuacji, w której zmarły przyczynił się do wypadku komunikacyjnego, to nie pokrzywdzony, lecz osoba trzecia przyczyniła się do powstania krzywdy⁶⁸. Literalnie wykładając art. 362 k.c., w takiej sytuacji nie jest zatem spełniona hipoteza tego przepisu. Trzeba też zwrócić uwagę, że nie ma podstaw do automatycznego rozciągania skutków przyczynienia się jednego poszkodowanego na zakres odpowiedzialności sprawcy szkody wobec pozostałych poszkodowanych będących bliskimi poszkodowanego, który przyczynił się do powstania szkody⁶⁹.

Z drugiej strony, nie ulega wątpliwości, że wpływ zmarłego na spowodowanie wypadku nie powinien być irrelevantny dla odpowiedzialności sprawcy (lub jego ubezpieczyciela). Wydaje się jednak, że kwestię tę można wyjaśnić na płaszczyźnie związku przyczynowego (art. 361 § 1 k.c.). Co prawda, istotą przyczynienia się jest to, że zarówno działanie sprawcy, jak i działanie pokrzywdzonego stanowią adekwatne przyczyny zdarzenia (tzn. zdarzenie to nie zaistniałoby, gdyby nie miało miejsca określone zachowanie sprawcy i gdyby nie doszło do określonego zachowania poszkodowanego), to jednak zachowanie zmarłego należy traktować jako ten element za który sprawca nie powinien odpowiadać⁷⁰. Taka też jest *ratio legis* art. 362 k.c. Sprawca nie powinien być bowiem obciążony konsekwencjami zachowania poszkodowanego, za które sprawca ten odpowiedzialności nie ponosi. Pojęcie poszkodowanego z art. 362 k.c. należy więc rozumieć nie w znaczeniu technicznym (jako osobę, która doznała szkody w rozumieniu przepisów prawa cywilnego), lecz potocznie – jako ofiarę danego zdarzenia. Tym samym więc możliwe byłoby rozciągnięcie dyspozycji tego przepisu również na osoby jedynie pośrednio pokrzywdzone zdarzeniem, tzn. osoby bliskie zmarłemu współsprawcy wypadku. Ich krzywda nie jest bowiem wyłącznie konsekwencją działania sprawcy, ale także konsekwencją zachowania samego zmarłego. Trzeba też zwrócić uwagę, że zmarły w omawianej sytuacji pozostaje poszkodowanym bezpośrednio. Zaś bliscy zmarłego, dochodząc zadośćuczynienia za jego śmierć, są pośrednio pokrzywdzonymi. Zgodnie zaś z art. 362 k.c. przyczynienie się poszkodowanego wpływa nie na zakres odpowiedzialności sprawcy względem tego poszkodowanego, lecz na zakres odpowiedzialności sprawcy w ogóle, a zatem także względem osób będących poszkodowanymi lub pokrzywdzonymi pośrednio. *De lege lata* przepis art. 362 k.c.

⁶⁸ Taki pogląd prezentuje P. Jóźwiak, *Zmniejszenie odszkodowania...*, s. 89–90.

⁶⁹ Taki pogląd wyraził SN w wyroku z 10.09.1965 r., II CR 283/65, OSPiKA 1967/7, poz. 174, w którym stwierdzono, że: „istoty więzi rodzinnej i faktu pozostawania we wspólności domowej wynika, że w razie przyczynienia się pokrzywdzonego do powstania wypadku – osoby mu najbliższe i pozostające z nim we wspólności domowej, które w wypadku tym również doznały szkód, ponoszą skutki prawne tego przyczynienia się na równi z przyczyniającym się”. Nie wchodząc w głębszy komentarz do omawianego orzeczenia, które nie należy do przedmiotu niniejszego opracowania, należy stwierdzić, że orzeczenie to nie jest przekonywujące.

⁷⁰ Jak się wydaje, w tym kierunku idzie też argumentacja Katarzyny Kryli i Moniki Wałachowskiej, odwołując się tego, że pośrednio poszkodowany wstępuje w sytuację prawną zmarłego, aczkolwiek nie odwołując się one wprost do pojęcia związku przyczynowego (K. Kryla, *Zadośćuczynienie...*, s. 83; M. Wałachowska, *Wynagrodzenie...*, s. 136).

powinien być zatem rozumiany jako norma dotycząca zakresu odpowiedzialności sprawcy w sytuacji przyczynienia się ofiary zdarzenia (czyli poszkodowanego w znaczeniu potocznym) wobec wszystkich poszkodowanych i pokrzywdzonych zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (nie tylko wobec tego poszkodowanego lub pokrzywdzonego, który przyczynił się do szkody⁷¹) albo też – gdyby chcieć zachować techniczne, cywilnoprawne rozumienie pojęcia „poszkodowany” w tym przepisie – powinien on być stosowany *per analogiam* do przypadków, w których naprawienia szkody lub krzywdy dochodzą osoby pośrednio poszkodowane. Dla uniknięcia jednak wątpliwości *de lege ferenda* należy postulować o sprecyzowanie brzmienia omawianego przepisu.

9.3. Kwestia początku biegu terminu przedawnienia

Jak już wspomniano wyżej, w większości przypadków sądy zasądzały odsetki od kwoty odszkodowania lub zadośćuczynienia na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych lub z art. 817 § 2 k.c., tj. wskazując, że pozwany ubezpieczyciel znalazł się w opóźnieniu ze spełnieniem swojego świadczenia po upływie trzydziestu dni od dnia dowiedzenia się o szkodzie lub krzywdzie. Nie oznacza to jednak, że nie pojawiały się też w tym zakresie inne koncepcje, które warto omówić⁷².

W niektórych sprawach zasądzono odsetki od dnia wydania przez ubezpieczyciela decyzji w przedmiocie przyznania lub odmowy przyznania odszkodowania⁷³. Praktyka taka da się – co prawda – uzasadnić tym, że już w chwili przyznania przez ubezpieczyciela częściowego zadośćuczynienia lub odszkodowania, miał on możliwość przyznania tego świadczenia w pełnej wysokości, jednak nie znajduje ona podstaw normatywnych. Skoro ustawodawca przewidział w art. 817 § 2 k.c. oraz w art. 28 i 29 ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁷⁴ postępowanie likwidacyjne, zmierzające do wyjaśnienia przez ubezpieczyciela okoliczności wypadku, to tym samym dał ubezpieczycielowi określony termin na zbadanie sprawy i wypłatę odszkodowania. Terminu tego nie należy więc skracać. Nawet jeśli ubezpieczyciel zakończył postępowanie likwidacyjne wcześniej i przyznał (lub nawet wypłacił) uznane przez siebie za właściwe zadośćuczynienie

⁷¹ Należy zauważyć, że kwestia taka powstanie nie tylko w sytuacji, w której bezpośrednio poszkodowany/pokrzywdzony przyczynił się do szkody lub krzywdy, którą poniosą pośrednio poszkodowani/pokrzywdzeni, ale także w sytuacji, w których w jednym zdarzeniu zostanie poszkodowanych lub pokrzywdzonych bezpośrednio kilka osób, z których tylko jedna przyczyni się do powstania szkody lub krzywdy.

⁷² Nie będą tu omówione wszystkie stwierdzone w ramach badania rozstrzygnięcia, a jedynie te, które moim zdaniem wymagały komentarza.

⁷³ Tak było w sprawach toczących się przed: SO w Elblągu, sygn. akt I C 50/15 i I C 364/15; SO w Gdańsku, sygn. akt XV C 707/13 i XV C 1097/13; SO w Łodzi, sygn. akt I C 543/14 i II C 1668/14; SO w Sieradzu, sygn. akt I C 213/14; SO w Świdnicy, sygn. akt I C 1044/13; SR w Białymstoku, sygn. akt I C 256/15; SR w Kłodzku, sygn. akt I C 181/15; SR w Płocku, sygn. akt I C 521/14 i I C 4302/14; SR Poznań-Nowe Miasto i Wilda, sygn. akt V C 2363/12 i V C 417/14; SR Poznań-Stare Miasto, sygn. akt I C 599/15/5; SR w Świebodzinie, sygn. akt I C 241/12, I C 186/13, I C 493/13, I C 122/14 i I C 148/14; SR w Wejherowie, sygn. akt I C 707/13, I C 1858/13, I C 989/14 i I C 1480/14; SR dla Wrocławia-Śródmieścia we Wrocławiu, sygn. akt IX C 1558/13 oraz przed SR w Zduńskiej Woli, sygn. akt I C 379/14, I C 1350/14, I C 176/15 i I C 528/15. Podobne rozumowanie wystąpiło też w sprawie rozpoznawanej przez SR w Kutnie, sygn. akt I C 42/14, gdzie odsetki zasądzono od dnia częściowej wypłaty odszkodowania. W orzecznictwie sądów apelacyjnych taki pogląd został wyrażony w wyroku SA w Katowicach z 12.10.2017 r., I ACa 410/17, Legalis nr 1696251.

⁷⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 895.

lub odszkodowanie, to nie oznacza to, że termin na przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego ulega skróceniu. Ubezpieczyciel ma nadal możliwość zmiany swojej decyzji i przyznania świadczenia w wyższej kwocie, co zresztą niejednokrotnie czyni. Tym samym więc nawet zakończenie postępowania likwidacyjnego przed upływem 30-dniowego terminu, z Kodeksu cywilnego lub z ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, nie powoduje, że od następnego dnia ubezpieczyciel pozostaje w opóźnieniu z wypłatą odszkodowania lub zadośćuczynienia w dalszym zakresie. Nadal bowiem, aż do dnia upływu tego terminu, ma czas na zmianę swojego stanowiska. Przepisy art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych oraz z art. 817 § 2 k.c. są w tej kwestii jednoznaczne. Zawsze ubezpieczyciel popada w opóźnienie dopiero z upływem wskazanego w tych przepisach terminu. Zarazem zakończenie postępowania likwidacyjnego później, niż po upływie wyżej wskazanych terminów, nie uzasadnia skrócenia okresu opóźnienia ubezpieczyciela⁷⁵. Wówczas także odsetki należą się od dnia następującego po dniu upływu tych terminów, a nie od dnia wydania decyzji. Decyzja ubezpieczeniowa nie ma więc wpływu na wymagalność świadczenia ubezpieczeniowego, a w konsekwencji – na dzień, od którego należą się poszkodowanemu (pokrzywdzonemu) odsetki za opóźnienie.

Rzadsze, ale też wymagające komentarza były przypadki, w których sądy zasądzały odsetki od kwoty powództwa dopiero od dnia doręczenia pozwu⁷⁶. Wariantem takiego rozumowania jest odrębne zasądzanie odsetek od kwot lub roszczeń zgłoszonych w postępowaniu likwidacyjnym, a osobno od kwot lub roszczeń zgłoszonych dopiero w pozwie albo w trakcie postępowania sądowego⁷⁷. Należy jednak zwrócić uwagę, że – co uszło uwadze sądów w omawianych sprawach – w przypadku stosunku ubezpieczenia obowiązek ubezpieczyciela ukształtowany jest inaczej niż obowiązki „zwykłego” dłużnika. Ubezpieczyciel ma nie tylko spełnić w terminie świadczenie ubezpieczeniowe, ale także w sposób prawidłowy ustalić jego wysokość. Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, że: „po otrzymaniu zawiadomienia o wypadku, to zakład ubezpieczeń ma obowiązek samodzielnego przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, czyli ustalenia przesłanek swojej odpowiedzialności oraz do zbadania okoliczności dotyczących wysokości szkody. Obowiązku tego, należącego do istoty działalności ubezpieczeniowej, ubezpieczyciel nie może przerzucić na inne podmioty. Działalność ubezpieczeniowa ma charakter profesjonalny, a zatem zakład ubezpieczeń jest w stanie sprawnie przeprowadzić postępowanie likwidacyjne we własnym zakresie”⁷⁸.

Ubezpieczyciel nie jest związany żadaną przez poszkodowanego (pokrzywdzonego) kwotą. Ubezpieczyciel znajduje się w opóźnieniu, jeżeli po 30 dniach od dnia dowiedzenia się o szkodzie (w przypadku „zwykłych” ubezpieczeń – art. 817

⁷⁵ Tak orzeczono w sprawach rozpoznawanych przez SO w Gdańsku, sygn. akt I C 276/14 i I C 315/14.

⁷⁶ Sprawa tocząca się przed SR w Bielsku-Białej, sygn. akt I 1498/14.

⁷⁷ Takie przypadki miały miejsce w sprawach toczących się przed: SO w Gdańsku, sygn. akt I C 1240/12 i I C 955/14; SO w Świdnicy, sygn. akt I C 309/13, I C 1044/13 i I C 2044/14; SR w Kłodzku, sygn. akt I C 292/13; SR w Tucholi, sygn. akt I C 444/14 oraz przed SR dla m.st. Warszawy w Warszawie, sygn. akt III C 646/07.

⁷⁸ Wyrok SA w Warszawie z 5.07.2018 r., I ACa 1808/17, Legalis nr 1824368. Podobnie: wyrok SA w Białymstoku z 26.01.2018 r., I ACa 764/17, Legalis nr 1732947; wyroki SA w Warszawie: z 9.02.2017 r., I ACa 2250/15, Legalis nr 1581235; z 3.03.2017 r., I ACa 2464/15, Legalis nr 1714611 i z 5.12.2017 r., V ACa 940/17, Legalis nr 1712884; wyrok SA w Łodzi z 28.07.2018 r., I ACa 6/17, OSA 2018/1, poz. 2, s. 63; wyrok SA w Katowicach z 20.09.2016 r., I ACa 276/16, Legalis nr 1522789.

§ 1 k.c.) lub od dnia otrzymania zawiadomienia o szkodzie od ubezpieczonego lub uprawnionego (art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych) nie wypłaci odpowiedniego odszkodowania (zadośćuczynienia). To ubezpieczyciel ma to odpowiednie odszkodowanie (zadośćuczynienie) ustalić. W konsekwencji popada on w opóźnienie, jeśli nie wypłaci odpowiedniego świadczenia, a nie gdy w terminie ustawowym nie wypłaci odszkodowania (zadośćuczynienia) wskazanego w wezwaniu. Poszkodowany (pokrzywdzony) nie ma nawet obowiązku wskazywać żądanej kwoty, jako że termin na spełnienie świadczenia liczy się nie od zgłoszenia roszczenia, lecz od dowiedzenia się przez ubezpieczyciela o zdarzeniu lub od zawiadomienia go o szkodzie (a nie o wysokości tej szkody lub o żądanym odszkodowaniu bądź zadośćuczynieniu). Informacja o zdarzeniu (wypadku ubezpieczeniowym) nie musi nawet pochodzić od poszkodowanego lub pokrzywdzonego⁷⁹. Tym bardziej nie jest on w ogóle zobowiązany do zgłaszania swoich roszczeń.

Odnosząc to wszystko do analizowanych spraw, należy stwierdzić, że z chwilą dowiedzenia się o wypadku ubezpieczeniowym ubezpieczyciel sam powinien ustalić zakres krzywdy, jaką poniósł pokrzywdzony oraz to, czy poniósł on szkodę, o której mowa w art. 446 § 3 k.c., niezależnie od tego, czy i w jakim zakresie roszczenie z tego tytułu zgłosił mu poszkodowany (pokrzywdzony). Wezwanie do zapłaty, a tym bardziej wskazana w tym wezwaniu kwota pieniężna, nie wiąże ubezpieczyciela i nie wyznacza zakresu jego obowiązku. Tym samym więc w przypadku rozszerzenia powództwa nie następuje sformułowanie w sensie prawnomaterialnym nowego roszczenia i nie powoduje to, że dopiero od tego momentu dłużnik ma obowiązek je spełnić (art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych oraz z art. 817 § 2 k.c. są przepisami szczególnymi wobec art. 455 k.c.). Obowiązek ten istnieje bowiem zawsze od chwili dowiedzenia się przez ubezpieczyciela o wypadku ubezpieczeniowym, a nie od chwili zgłoszenia żądania zapłaty.

Wreszcie sporadycznie w wyrokach (a częściej w stanowiskach procesowych pozwanych) pojawiał się pogląd, wspierany orzecznictwem Sądu Najwyższego⁸⁰, że świadczenie polegające na obowiązku zapłaty zadośćuczynienia określane jest dopiero w wyroku i dlatego odsetki powinny należeć się dopiero od dnia wyrokowania lub od dnia zamknięcia rozprawy. W analizowanych sprawach sądy powszechne dwukrotnie przychyliły się do takiego stanowiska⁸¹.

Ramy niniejszego opracowania przekracza analiza tego, czy prezentowany powyżej pogląd jest słuszny w ogólności, tzn., czy stosowana przez ustawodawcę w art. 445 § 1 k.c., art. 446 § 4 k.c. oraz art. 448 § 1 k.c. formuła „sąd może” istotnie oznacza, że wyrok zasądzający zadośćuczynienie ma charakter konstytutywny, a dług powstaje dopiero z chwilą wyrokowania. W przypadku odpowiedzialności ubezpieczeniowej sytuacja przedstawia się jednak zgoła inaczej. Ubezpieczyciel sam

⁷⁹ W. Dubis [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, art. 817 k.c., nb 2. Inaczej M. Krajewski, *Umowa ubezpieczenia. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 817 k.c., nb 5. Jak jednak wspomniano wyżej, profesjonalny charakter działalności ubezpieczeniowej powoduje, że ubezpieczyciel powinien podejmować wszelkie działania w celu spełnienia świadczenia także z własnej inicjatywy, jeśli tylko wie o zajściu wypadku, nie czekając na inicjatywę ubezpieczającego lub innej osoby uprawnionej do otrzymania świadczenia.

⁸⁰ Wyroki SN: z 8.12.1997, I CKN 361/97, Legalis nr 1450605; z 20.03.1998 r., II CKN 650/97, Legalis nr 348465; z 4.09.1998, II CKN 875/97, Legalis nr 335391 i z 9.09.1999, II CKN 477/98, Legalis nr 349095.

⁸¹ Sprawy toczące się przed: SR w Mielcu, sygn. akt I C 27/15 i SR w Wejherowie, sygn. akt I C 1335/13.

bowiem w postępowaniu likwidacyjnym obowiązany jest ustalić zakres szkody, przez co należy rozumieć także krzywdę⁸². Jak już wspomniano wyżej, ubezpieczyciel nie jest związany żądaniem pokrzywdzonego, lecz powinien wszystkie okoliczności sprawy wyjaśnić samodzielnie i samodzielnie ustalić należne poszkodowanemu odszkodowanie. Zgodnie z art. 817 § 1 k.c. ubezpieczyciel zobowiązany jest spełnić świadczenie w terminie 30 dni od dowiedzenia się o wypadku, a nie od ustalenia wysokości zadośćuczynienia przez sąd. Podobnie, na gruncie art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, zakład ubezpieczeń wypłaca odszkodowanie w terminie 30 dni licząc od dnia złożenia przez poszkodowanego lub uprawnionego zawiadomienia o szkodzie. Nie ma tu więc miejsca na oczekiwanie na aktywność sądu. Sąd może bowiem zadziałać tylko na skutek aktywności pokrzywdzonego (wytoczenie powództwa). Ubezpieczyciel powinien zaś działać samodzielnie. Również na gruncie art. 29 ust. 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej, regulującego tzw. postępowanie likwidacyjne, zakład ubezpieczeń zobowiązany jest do ustalenia wysokości należnego świadczenia, niezależnie od zbadania zasadności zgłoszonych mu roszczeń. Także i tu ustawodawca nie wprowadził wyjątku, polegającego na tym, że świadczenie w postaci zadośćuczynienia powinno zostać ustalone tylko po uprzednim wyroku sądu. To wszystko pozwala na wyprowadzenie normy, że w przypadku stosunków ubezpieczenia, to ubezpieczyciel powinien samodzielnie ustalić wysokość należnego uprawnionemu zadośćuczynienia i wypłacić mu je w ramach postępowania likwidacyjnego, i w terminach wskazanych w art. 817 § 1 k.c. lub art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych⁸³. Zasadniczo powszechnie przyjmowany (i jak omówiono wyżej – słuszny) jest pogląd o tym, że w przypadku stosunków ubezpieczeń, zadośćuczynienie powinno być wypłacone przez ubezpieczyciela zgodnie z art. 817 § 1 k.c. i art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych. Pogląd ten opiera się na stanowisku, że wyrok zasądzający zadośćuczynienie ma charakter deklaratoryjny, a zatem roszczenie to nie staje się wymagalne dopiero z chwilą orzekania, lecz wcześniej, tj. zgodnie z treścią art. 455 k.c., a w przypadku ubezpieczeń – zgodnie z przytoczonymi wcześniej przepisami⁸⁴.

Mimo powyżej omówionych wątpliwości, należy raz jeszcze wskazać, że w przeważającej liczbie przeanalizowanych spraw termin wymagalności roszczenia o zadośćuczynienie lub odszkodowanie z art. 446 § 3 k.c. był ustalany przez sądy prawidłowo, czyli zgodnie z art. 817 § 1 k.c. lub art. 14 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, a w konsekwencji – prawidłowo zasądzano od żądanych kwot odsetki ustawowe⁸⁵.

⁸² Por. trafny wyrok SA w Katowicach z 10.03.2015 r., I ACa 886/14, Legalis nr 1241321, odnoszący się do zakresu odpowiedzialności ubezpieczyciela OC posiadaczy pojazdów mechanicznych na gruncie art. 34 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, w którym ustawodawca posłużył się wyłącznie terminem „szkoda”, a nie „krzywda”.

⁸³ Podobnie wyrok SN z 18.02.2010 r., II CSK 434/09, Legalis nr 350647. Por. też wyrok SN z 16.12.2011 r., V CSK 38/11, Legalis nr 443537.

⁸⁴ Tak M. Krajewski, *Umowa...*, komentarz do art. 817 k.c., nb. 21 oraz orzecznictwo – m.in. wyrok SA w Białymstoku z 12.10.1999 r., I ACa 318/99, OSA 2000/6, poz. 27 oraz wyroki SN: z 28.06.2005 r., I CK 7/05, Legalis nr 354618; z 18.02.2010 r., II CSK 434/09, Legalis nr 350647.

⁸⁵ Należy oczywiście pamiętać, że zasądzając odsetki, sądy związane były żądaniem pozwu. Zdarzało się więc, że sądy prawidłowo ustalając termin wymagalności roszczenia, zasądzały odsetki od daty późniejszej niż było to możliwe, z uwagi na treść *petitum* pozwu.

10. WNIOSKI

Z omawianego badania płynie szereg wniosków, które zasadniczo przedstawiane były na koniec każdego z podrozdziałów niniejszego opracowania. W tym miejscu należy więc jedynie sformułować najistotniejsze konkluzje.

Powodami w analizowanych sprawach są wyłącznie osoby fizyczne, co nie może dziwić mając na uwadze zarówno treść art. 445 § 1 k.c., jak i trudność w skonstruowaniu naruszenia dobra osobistego osoby prawnej w wyniku śmierci określonej osoby na podstawie art. 448 k.c. Ponadto roszczenia te są niezbywalne przed wytoczeniem powództwa z uwagi na treść art. 449 k.c. Powodowie w przeważającej części byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników, którzy zawsze pochodzili z wyboru, nawet w przypadku zwolnienia powoda od kosztów sądowych, co miało miejsce o wiele częściej niż w przypadku przeciętnych spraw cywilnych.

Pozwanymi byli zasadniczo ubezpieczyciele, co pokazuje, że naprawienie krzywd z tytułu wypadków drogowych jest zasadniczo domeną ubezpieczeń gospodarczych. Nie powinno to dziwić, mając na uwadze – z jednej strony – relatywną łatwość dochodzenia zadośćuczynienia lub odszkodowania od ubezpieczyciela (w porównaniu do sprawcy szkody), a z drugiej strony – obowiązkowość ubezpieczeń OC i powszechność ubezpieczeń AC.

W przeważającej części przypadków zadośćuczynienia były częściowo wypłacane przez ubezpieczycieli w postępowaniu odszkodowawczym, aczkolwiek miały one (w zakresie roszczeń omawianych w niniejszym opracowaniu) charakter w dużej mierze symboliczny (mediana wynosiła 10.000 zł).

Postępowania trwały istotnie dłużej niż przeciętne w swojej kategorii (reperitorium C), należy jednak zauważyć, że niejednokrotnie wynikało to ze specyfiki przeprowadzanych środków dowodowych. Konieczność przeprowadzania opinii biegłego (czasem więcej niż jednej) oraz przesłuchania świadków i stron uniemożliwiało rozstrzygnięcie sprawy na jednym terminie, a często i powodowało konieczność oczekiwania na przeprowadzenie czasochłonnych dowodów (przede wszystkim na sporządzenie opinii biegłych i odniesienie się do nich przez strony).

Wbrew obiegu opinii, roszczenia zgłaszane w pozwie nie były bardzo wysokie, jako że ich mediana wynosiła 37.000 zł. Powództwa były w zdecydowanej większości przypadków uwzględniane przynajmniej w części. Powództwa oddalono w całości jedynie w niewiele ponad 3% spraw. Powództwa uwzględniano średnio w 2/3 spraw. Zasądzane kwoty nie były bardzo wysokie. Mediana zasądzonych zadośćuczynień wyniosła 20.000 zł. Analiza wysokości odchyleń standardowych roszczeń i zasądzeń pokazuje, że w orzecznictwie sądowym dochodziło do istotnego miarkowania skrajnych (tj. wygórowanych) roszczeń.

Niezbyt często, bo tylko w ok. 15% spraw dochodziło do ugodowego zakończenia sporu. Można to wyjaśnić tym, że tam, gdzie strony widziały możliwość ustępstw dochodziło do nich na etapie postępowania likwidacyjnego, zaś do wytoczenia powództwa dochodziło w sprawach spornych między stronami.

Wysokiemu wskaźnikowi uwzględniania powództw (przynajmniej w części) towarzyszył dość wysoki poziom stabilności orzecznictwa sądów I instancji w analizowanych sprawach. Jest on zauważalnie wyższy niż średnia stabilność orzecznictwa w sprawach cywilnych procesowych w ogóle.

Wszystko to pokazuje, że nie dochodzi – wbrew podnoszonym obawom – do eskalacji roszczeń pokrzywdzonych lub rozstrzygnięć sądów. Zarówno zgłaszane, jak i przyznawane zadośćuczynienia pozostają w rozsądnych granicach, miarkowanych jeszcze przez sądy, które często uwzględniały powództwa jedynie w części (a zatem, co do zasady, ale nie co do żądanej kwoty). Zarazem jednak wysoki poziom uwzględnialności roszczeń oraz stabilności orzecznictwa wskazują na nieprawidłowości w przeprowadzaniu postępowania likwidacyjnego przez ubezpieczycieli. Można stwierdzić, że często dochodzi do nieuzasadnionego zaniżania na etapie przedsądowym należnego zadośćuczynienia, a przyznawane świadczenia mają charakter bardziej symboliczny niż rzeczywisty. Właściwsza praktyka ubezpieczycieli, tj. przyznawanie zadośćuczynień w większym zakresie przełożyć się powinna zarówno na zmniejszenie liczby spraw o zadośćuczynienie kierowanych do sądów, jak i na ograniczenie kosztów sądowych i kosztów procesu, do których poniesienia zobowiązani są ubezpieczyciele (ubezpieczyciele byli zobowiązani do pokrycia kosztów postępowania przeciętnie aż w 68% spraw).

Summary

Jędrzej Maksymilian Kondek, *Redressing the Wrong Caused in Road Accidents in the Light of Case File Studies*

This paper is a result of research conducted at the Institute of Justice, concerning case law on redressing loss and wrong caused as a result of road accidents. The analysed cases ended in 2015.

A number of conclusions can be drawn from the research. In the analysed cases, all claimants were natural persons, which should not come as strange, considering both the contents of Article 445(1) and the difficulty with the construction of a personal interest of a legal person infringed as a result of death of a specific person under Article 448 of the Civil Code. Moreover, these claims are non-transferable before an action is brought, as provided for in Article 449 of the Civil Code. Most claimants were represented by professional attorneys. The attorneys were always chosen by claimants, even when they were exempt from court costs, which happened much more often than in civil cases on average.

In principle, the defendants were insurers, which demonstrates that redressing the wrong caused by road accidents is basically dealt with through commercial insurance. We should not find it strange, considering, on the one hand, the relative ease of seeking redress or compensation from the insurer (compared to the person who caused the accident, while on the other hand, the mandatory nature third party liability insurance and the prevalence of casco insurance.

In the majority of cases, compensation was partially paid by insurers in indemnity proceedings, but this compensation was (in the cases of claims discussed in this paper) mostly a notional amount (the media being PLN 10,000).

The proceedings lasted considerably more than the average in the category (register C), but we should observe that oftentimes this was caused by the particularities of adduced evidence. The need to obtain an expert opinion (sometimes opinions) and to hear witnesses and parties made it impossible to resolve the case in a single hearing, while often making it necessary to wait for time-consuming evidence to be adduced (mainly for expert opinions to be prepared and for parties to respond to the opinions).

Contrary to widespread belief, the sums sought in the statements of claims were not very high, the median being PLN 37,000. These claims were, in the vast majority of cases, at least partially allowed. Claims were dismissed in full in just above 3% of cases, while allowed, on average, in 2/3 of cases. The sums awarded were not very high, with the median

of awarded compensations at PLN 20,000. An analysis of standard deviation of claims and actual awards shows that in case law extreme (i.e. exorbitant) claims were considerably moderated.

Not too often, just in some 15% of cases, the disputes were settled amicably. This can be explained by the fact that where parties saw any room for concessions, they did so at the stage of claims adjustment, while actions were only brought in cases where the parties were in dispute.

The high ratio of (at least partially) allowed claims is accompanied by a fairly high level of stability of case law of first instance courts in the analysed cases. It is noticeably higher compared to average stability of case law in civil litigation in general.

All this shows that – contrary to the expressed concerns – there is no escalation of claims of the injured parties or sums awarded by courts. Both the claimed and awarded compensation is within reasonable limits, additionally moderated by courts, which often allowed the claims only in part (that is, in principle and not as to the amount claimed). However, the high ratio of allowed claims and the high level of stability in case law do point out to irregularities in the claim adjustment procedures conducted by insurers. It can be said that at the pre-litigation stage the compensation is unjustifiably lowered, with the sums paid being rather notional in character than a true assessment of the loss/wrong. More adequate practices of the insurers, i.e. awarding higher compensation amounts, should contribute to both reduction in the number of cases concerning compensation coming before courts and to limiting court costs and costs of proceedings which insurers are obligated to pay (insurers were ordered to cover costs of proceedings in as many as 68% of cases).

Keywords: third party liability for road accidents, redress, wrong, non-financial loss, third party liability insurance

Streszczenie

Jędrzej Maksymilian Kondek, Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych

Niniejszy artykuł jest efektem badania przeprowadzonego w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości, a dotyczącego orzecznictwa w zakresie naprawienia szkody i krzywdy wyrządzonych w wyniku wypadków drogowych. Przeanalizowane zostały sprawy zakończone w 2015 r. Z omawianego badania płynie szereg wniosków. Powodami w analizowanych sprawach są wyłącznie osoby fizyczne, co nie dziwi, mając na uwadze zarówno treść art. 445 § 1, jak i trudność w skonstruowaniu naruszenia dobra osobistego osoby prawnej w wyniku śmierci określonej osoby na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego. Ponadto roszczenia te są niezbywalne przed wytoczeniem powództwa z uwagi na treść art. 449 k.c. Powodowie w przeważającej części byli reprezentowani przez profesjonalnych pełnomocników. Pełnomocnicy ci zawsze pochodzili z wyboru, nawet w przypadku zwolnienia powoda od kosztów sądowych, co miało występować o wiele częściej niż w przypadku przeciętnych spraw cywilnych.

Pozwanymi byli zasadniczo ubezpieczyciele, co pokazuje, że naprawienie krzywd z tytułu wypadków drogowych jest zasadniczo domeną ubezpieczeń gospodarczych. Dziwić to nie powinno, mając na uwadze z jednej strony relatywną łatwość dochodzenia zadośćuczynienia lub odszkodowania od ubezpieczyciela (w porównaniu do sprawcy szkody), a z drugiej strony – obowiązkowość ubezpieczeń OC i powszechność ubezpieczeń AC.

W przeważającej części przypadków zadośćuczynienia były częściowo wypłacane przez ubezpieczycieli w postępowaniu odszkodowawczym, aczkolwiek miały one (w zakresie roszczeń omawianych w niniejszym opracowaniu) charakter w dużej mierze symboliczny (mediana wyniosła 10.000 zł).

Postępowania trwały istotnie dłużej niż przeciętne w swojej kategorii (repertorium C), należy jednak zauważyć, że niejednokrotnie wynikało to ze specyfiki przeprowadzanych środków dowodowych. Konieczność przeprowadzania opinii biegłego (czasem więcej niż jednego) oraz przesłuchania świadków i stron uniemożliwiał rozstrzygnięcie sprawy w jednym terminie, a często i powodował konieczność oczekiwania na przeprowadzenie czasochłonnych dowodów (przede wszystkim na sporządzenie opinii biegłych i odniesienie się do nich przez strony).

Wbrew obiegu opinii, roszczenia zgłaszane w pozwie nie były bardzo wysokie, jako że ich mediana wynosiła 37.000 zł. Powództwa były w zdecydowanej większości przypadków uwzględniane przynajmniej w części. Powództwa oddalono w całości jedynie w niewiele ponad 3% spraw, zaś powództwa uwzględniano średnio w 2/3 spraw. Zasądzane kwoty nie były bardzo wysokie. Mediana zasądzonych zadośćuczynień wyniosła 20.000 zł. Analiza wysokości odchyień standardowych roszczeń i zasążeń pokazuje, że w orzecznictwie sądowym dochodziło do istotnego miarkowania skrajnych (tj. wygórowanych) roszczeń. Niezbyt często, bo tylko w ok. 15% spraw, dochodziło do ugodowego zakończenia sporu. Można to wyjaśnić tym, że tam, gdzie strony widziały możliwość ustępstw dochodziło do nich na etapie postępowania likwidacyjnego, zaś do wytoczenia powództwa dochodziło w sprawach spornych między stronami.

Wysokiemu wskaźnikowi uwzględniania powództw (przynajmniej w części) towarzyszy dość wysoki poziom stabilności orzecznictwa sądów I instancji w analizowanych sprawach. Jest on zauważalnie wyższy niż średnia stabilność orzecznictwa w sprawach cywilnych procesowych w ogóle.

Wszystko to pokazuje, że nie dochodzi – wbrew podnoszonym obawom – do eskalacji roszczeń pokrzywdzonych lub rozstrzygnięć sądów. Zarówno zgłaszane, jak i przyznawane zadośćuczynienia pozostają w rozsądnych granicach, miarkowanych jeszcze przez sądy, które często uwzględniały powództwa jedynie w części (a zatem, co do zasady, ale nie co do żądanej kwoty). Zarazem jednak wysoki poziom uwzględniłości roszczeń oraz wysoki poziom stabilności orzecznictwa wskazują na nieprzewidywalności w przeprowadzaniu postępowania likwidacyjnego przez ubezpieczycieli. Można stwierdzić, że często na etapie przedsądowym dochodzi do nieuzasadnionego zaniżania należnego zadośćuczynienia, a przyznawane świadczenia mają charakter bardziej symboliczny niż rzeczywisty. Właściwsza praktyka ubezpieczycieli, tj. przyznawanie zadośćuczynień w większym zakresie przełożyć się powinna zarówno na zmniejszenie liczby spraw o zadośćuczynienie kierowanych do sądów, jak i ograniczenie kosztów sądowych, i kosztów procesu, do których poniesienia zobowiązani są ubezpieczyciele (ubezpieczyciele byli zobowiązani do pokrycia kosztów postępowania przeciętnie aż w 68% spraw).

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe, zadośćuczynienie, krzywda, szkoda niemajątkowa, ubezpieczenia OC

Literatura:

1. Dubis W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016.
2. Dziurda M., Rylski P., Sadowski J., Wild M., *Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych – analiza funkcjonowania – wnioski de lege ferenda*, Warszawa 2014.
3. Grzeszak T., *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, Przegląd Sądowy 2018, nr 4.
4. Janiszewska B., *Refleksje na temat wprowadzenia art. 446 § 4 k.c. [w:] Oblicza prawa cywilnego. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Bleszyńskiemu*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, Warszawa 2013.
5. Józwiak P., *Zmniejszenie odszkodowania w razie przyczynienia się zmarłego wskutek czynu niedozwolonego*, Państwo i Prawo 2011, z. 12.
6. Kaliński M. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, red. A. Olejniczak, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2018.

7. Kowalewski E., *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, Bydgoszcz 1992.
8. Krajewski M., *Umowa ubezpieczenia. Komentarz*, Warszawa 2016.
9. Krupa-Lipińska K., *Zadośćuczynienie za cierpienie wynikające z niemożności nawiązania z osobą bliską typowej więzi rodzinnej z powodu jej uszczerbku na zdrowiu będącego następstwem czynu niedozwolonego*, Gdańskie Studia Prawnicze 2018, t. 39.
10. Kryła K., *Zadośćuczynienie pieniężne dla najbliższych członków rodziny zmarłego – uwagi na tle art. 446 § 4 k.c.*, Przegląd Sądowy 2013, nr 2.
11. Lackoroński B., *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdy wynikłe ze śmierci najbliższego członka rodziny na podstawie art. 446 § 4 k.c. (cz. 2)*, Palestra 2009, nr 9–10.
12. Łolik M., *Więź emocjonalna między osobami najbliższymi jako dobro osobiste. Glosa do uchwały SN z dnia 27 marca 2018 r., III CZP 60/17*, Przegląd Sądowy 2019, nr 9.
13. Machnikowski P., Śmieja A. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014.
14. Mularski K. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, red. M. Gutowski, Warszawa 2019.
15. Sobolewski P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3A, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
16. *Sprawność postępowań sądowych – czas trwania postępowania sądowego w latach 2011–2018*, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-jednoroczne/rok-2015/download,3169,8.html>.
17. Wałachowska M., *Wynagrodzenie szkód deliktowych doznanych przez pośrednio poszkodowanych*, Warszawa 2014.
18. Warkalło W., *Odpowiedzialność odszkodowawcza. Funkcje, rodzaje, granice*, Warszawa 1972.
19. *Wypadki drogowe w Polsce w 2013 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2014.
20. *Wypadki drogowe w Polsce w 2014 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2015.
21. *Wypadki drogowe w Polsce w 2015 r.*, Komenda Główna Policji. Biuro Ruchu Drogowego, Warszawa 2016.

Michał Białkowski*

Odpowiedzialność deliktowa za szkodę wyrządzoną przy leczeniu czynnością powierzoną**

I. WPROWADZENIE

Problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wyrządzone przy leczeniu należy do zagadnień nadzwyczaj doniosłych w praktyce orzeczniczej. Znaczna część spraw rozpatrywanych przez sądy powszechne, których przedmiotem jest indemnizacja szkody powstałej przy leczeniu dotyczy stanów faktycznych, w których dochodzi do wyrządzenia szkody w szpitalu w toku leczenia, które ma charakter interdyscyplinarny, długotrwały i złożony. Leczenie w związku z postępowaniem medycyny odbywa się zespołowo, co w przypadku wystąpienia szkody utrudnia, a niekiedy wręcz uniemożliwia wskazanie osoby bezpośrednio odpowiedzialnej za jej powstanie. W znacznej części spraw odpowiedzialność odszkodowawcza przypisywana jest nie konkretnemu lekarzowi, osobiście odpowiedzialnemu za powstanie szkody, lecz podmiotowi leczniczemu, który powierzył mu w ramach umowy o świadczenie usług medycznych leczenie pacjenta. Stąd też duża doniosłość praktyczna tej problematyki oraz jej znaczenie społeczne uzasadnia podjęcie się bliższej analizy podstaw prawnych naprawienia tzw. szkody medycznej oraz problemów, na które natrafiają sądy powszechne w toku stosowania prawa. Celem artykułu jest analiza problematyki sądowego stosowania prawa w sprawach, w których przedmiotem rozstrzygania jest odpowiedzialność odszkodowawcza *ex delicto* za szkodę wyrządzoną czynnością powierzoną powstałą w toku leczenia.

II. PERSPEKTYWA HISTORYCZNA

Analizując podjętą tematykę przy zastosowaniu metody historyczno-porównawczej uzasadnione jest sięgnięcie do regulacji Kodeksu zobowiązań¹. Należy bowiem przypomnieć, że okres od wejścia w życie Kodeksu cywilnego² (1.01.1965 r.) do wejścia w życie Konstytucji RP³ (podpisana przez Prezydenta RP 16.07.1997 r.)

* Michał Białkowski jest doktorem nauk prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński oraz adwokatem, Polska, ORCID: 0000-0002-3366-6883, e-mail: michal.bialkowski@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 8.01.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 17.09.2020 r.

¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. Nr 82, poz. 598 ze zm.) – dalej k.z.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

i nowelizacji Kodeksu cywilnego z 17.06.2004 r.⁴ charakteryzował się jednolitym systemem odpowiedzialności za szkody wyrządzone w toku leczenia, który nie wymuszał na etapie subsumpcji analizy, czy w danym stanie faktycznym lekarz jest podwładnym szpitala. W omawianym okresie na skutek dwóch orzeczeń Sądu Najwyższego (dalej SN), tj. wyroku z 8.01.1965 r.⁵ oraz uchwały z 15.02.1971 r.⁶, doszło do ugruntowania się jednolitego systemu odpowiedzialności deliktowej opartego na przypisaniu Skarbowi Państwa odpowiedzialności odszkodowawczej za szkody wyrządzone przy leczeniu, który odpowiadał za wyrządzoną przez lekarzy szkodę jak za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariuszy państwa⁷ (na zasadzie winy – d. art. 417 k.c. albo na zasadzie słuszności – d. art. 419 k.c.). System ten oparty został na dwóch podstawowych założeniach, tj. o kwalifikacji wszystkich pracowników służby zdrowia do kategorii funkcjonariuszy państwowych oraz o odrzuceniu tzw. podzielonej odpowiedzialności zakładu leczniczego za czynności organizacyjne oraz lekarza za szkody wyrządzone w związku z leczeniem⁸. Doprowadziło to końcowo do przypisania odpowiedzialności Skarbowi Państwa za szkody wyrządzone przy leczeniu nie tylko przez lekarzy, ale także przez personel pomocniczy, tj. pielęgniarki⁹, położne¹⁰ czy felczerów¹¹.

Stąd też uzasadnione jest sięgnięcie do regulacji dwóch przepisów Kodeksu zobowiązań, które miały w przeszłości zastosowanie do naprawienia szkody powstałej przy leczeniu, tj. art. 144 i 145. Przepisy te regulowały odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynnością powierzoną. Uwagi poczynione na tym tle będą później przydatne podczas dokonywania analizy art. 429 i 430 k.c.

Przepis art. 144 § 1 k.z. stanowił, że: „kto powierza wykonanie czynności drugiemu, odpowiada za szkodę, wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chybaby udowodnił, że nie ponosi żadnej winy w wyborze”. Przepisu tego nie stosowało się zgodnie z § 2 w przypadku powierzenia wykonania czynności profesjonalście. Przepis art. 144 k.z. stanowił w swej istocie odpowiednik obecnej regulacji art. 429 k.c. (*culpa in eligendo*). Przepis art. 144 § 1 k.z.

⁴ Ustawa z 17.06.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004 r. Nr 162, poz. 1692).

⁵ Wyrok SN z 8.01.1965 r., II CR 2/65, OSPIKA 1976/9, poz. 220 i uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych z 15.02.1971 r., III CZP 33/70, OSNCP 1971, poz. 59.

⁶ Uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych z 15.02.1971 r., III CZP 33/70, OSNCP 1971/4, poz. 59.

⁷ A. Szpunar, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985, s. 186; A. Rembeliński, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Sprawozdania z Czynności i Posiedzeń Łódzkiego Towarzystwa Naukowego 1973/27, s. 7–9.

⁸ A. Szpunar, *Odpowiedzialność...*, s. 185–186.

⁹ Zob. np. wyrok SN z 18.02.1975 r., I CR 880/74, OSPIKA 1976/10, poz. 181. W orzeczeniu tym SN uznał, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za niedostatecznie wyszkoloną pielęgniarkę, która w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy dokonała wadliwego zastrzyku butapirazolu.

¹⁰ Zob. wyrok SN z 8.12.1970 r., II CR 543/70, LEX nr 1220. W przedmiotowym orzeczeniu SN przyjął odpowiedzialność Skarbu Państwa za położną, która na skutek niewłaściwie zbadanej ciepłoty wody w termoforze doprowadzała do oparzenia II stopnia u noworodka.

¹¹ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z 20.11.1970 r., I CR 484/70, OSNCP 1971/7–8, poz. 134. W wyroku tym SN stwierdził, że: „skoro więc w sprawie niniejszej zlecenie zastosowania apomorfiny pochodzi od nieuprawnionego do stosowania tego środka felczera i przy tym tylko po osłuchowym zbadaniu denata i bez zapewnienia mu stałej opieki lekarskiej, a ponadto skoro zostało ono dokonane w celu represyjnym (w celu uspokojenia doprowadzonego), zgon zaś pozostaje – zgodnie ze złożonymi w sprawie opiniami zakładów naukowych (Akademie Medyczne w Łodzi, Krakowie i Poznaniu) – w związku przyczynowym z zastosowaniem apomorfiny, to podstawa odpowiedzialności pozwanego z art. 417 § 1 k.c. za winę jego funkcjonariusza została w sprawie całkowicie wykazana”.

mógł mieć zastosowanie przy szkodach powstałych w trakcie leczenia jedynie w przypadku pomocniczego personelu medycznego, jego zastosowanie zaś z uwagi na treść art. 144 § 2 k.z. było wyłączone w odniesieniu do lekarzy, bowiem przepisy k.z. nie mogły nakładać obowiązku badania kwalifikacji podmiotów profesjonalnie wykonujących określone czynności¹².

Jako przykład wyroku, w którym Sąd Najwyższy oddalił powództwo w przypadku szkody wyrządzonej przez lekarza w oparciu na art. 144 § 2 k.z., można przytoczyć rozstrzygnięcie Sądu z 6.12.1935 r.¹³ W orzeczeniu tym SN uznał, że odpowiedzialność kasy chorych z tytułu niewłaściwego leczenia przez jej lekarza, względnie wadliwego zabiegu, mogłaby mieć miejsce tylko w tych przypadkach, gdyby udowodnione zostało oczywiście nieostrożne powierzenie czynności, wymagających daleko posuniętej specjalizacji osobie niewłaściwej (np. powierzenie dokonywania poważnych operacji chirurgicznych lub ginekologicznych lekarzowi o innej specjalności) bądź takie ograniczenie lekarzy w wyborze środków diagnozy lub leczenia, względnie co do czasu przeprowadzenia kuracji, które mogło zaważyć na jej skutkach, bądź wreszcie w przypadku wadliwej organizacji pracy lekarzy kasy chorych polegającej na przydzieleniu lekarzom niefachowego personelu pomocniczego. Poza tymi przypadkami odpowiedzialność za ewentualne skutki kuracji lub wadliwych zabiegów leczniczych ponosił na zasadach ogólnych sam lekarz, który wykonał zabieg albo zlecił określone badania.

Z przywołanego orzeczenia bezsprzecznie wynika, że odpowiedzialność szpitala ograniczona była w przypadku wyrządzenia szkody przez lekarza do przypadków własnych zaniedbań. Sąd Najwyższy jasno wskazał na uchybienia w organizacji pracy, czy braki w personelu albo zasobach szpitala, które uniemożliwiły prawidłowe przeprowadzenie zabiegu jako przyczyny umożliwiające przypisanie odpowiedzialności kasie chorych. Kasa chorych nie odpowiadała zaś za błędnie podjęte leczenie czy diagnozę, tj. czynności w ramach których lekarz był zupełnie samodzielny. Można więc stwierdzić, że odpowiedzialność ta ograniczona była do tzw. winy organizacyjnej szpitala, z wyłączeniem szkód wyrządzonych przez lekarzy w ramach podejmowanych czynności leczniczych czy diagnostycznych.

Jeszcze dalej poszedł SN w orzeczeniu z 15.03.1938 r.¹⁴, w którym wskazał, że przepisy nie nakładają na pozwaną Ubezpieczalnię Społeczną obowiązku dostarczenia ubezpieczonemu takiej pomocy lekarskiej, przy której błędy medyczne byłyby wykluczone. Za błędy w leczeniu zaś odpowiada sam lekarz, który jest samodzielny zarówno w zakresie diagnozy, jak i leczenia. Co do obu tych działów praktyki lekarskiej lekarze są od pozwanej niezależni, tylko oni rozpoznają chorobę i leczą, w związku z czym pozwana nie jest odpowiedzialna w omawianym zakresie za praktykującego lekarza. Sąd Najwyższy uznał przy tym, że wystarczające dla zastosowania art. 144 § 2 k.z. jest powierzenie czynności związanych z leczeniem osobie uprawnionej do prowadzenia praktyki lekarskiej stosownie do treści obowiązującego prawa. Tym samym właściwa weryfikacja uprawnień (nie zaś kompetencji), tj. wyczerpania formalnych przesłanek dopuszczenia lekarza do wykonywania zawodu zwalniała pozwaną z odpowiedzialności. Odpowiedzialność

¹² R. Longschamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 259.

¹³ Wyrok SN z 6.12.1935 r., C I 1383/35, OSN(C) 1936/9, poz. 343.

¹⁴ Orzeczenie SN z 15.03.1938 r., II C 2352/37, LEX nr 348567.

odszkodowawcza pozwanej nie powstawała także, gdy lekarz przekroczył zakres swojej specjalizacji. Również w takim przypadku Ubezpieczalnia Społeczna nie ponosiła odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez lekarza.

Powyższe poglądy wyrażone w judykaturze spotkały się z aprobującym stanowiskiem doktryny. Podkreślano zwłaszcza, że dobór lekarzy nie obejmował sprawdzenia wiedzy i umiejętności medyka oraz, iż podmiot zatrudniający lekarza nie miał całkowitej swobody wyboru¹⁵. Faktycznie więc jednostki organizacyjne zatrudniające lekarzy nie odpowiadały za szkody przez nich wyrządzone w zakresie diagnostyki oraz leczenia na podstawie art. 144 § 1 k.z.

Drugim przepisem, który mógłby potencjalnie stanowić podstawę odpowiedzialności za szkody wyrządzone przy leczeniu za czynność powierzoną był art. 145 k.z.¹⁶ Przepis ten regulujący odpowiedzialność za podwładnego jednak również nie znajdował zastosowania do odpowiedzialności szpitala za zatrudnionego lekarza. Miał on bowiem zastosowanie wówczas, gdy pomiędzy powierzającym wykonanie czynności a jego wykonawcą istniał stosunek zależności, przejawiający się prawem wydawania wiążących poleceń, wytycznych czy wskazówek co do sposobu realizacji czynności powierzonej¹⁷. Przepis art. 145 k.z. nie miał zastosowania do odpowiedzialności deliktowej zwierzchnika za czynności powierzone lekarzowi, ewentualnie mógł mieć zastosowanie do szkód wyrządzonych przez personel pomocniczy¹⁸. Skoro, jak zostało wyjaśnione wyżej na tle art. 144 § 1 k.z., lekarz pozostawał samodzielnym w zakresie wykonywanego zawodu, to nie mógł być uznany za podwładnego w rozumieniu przytoczonego art. 145. Lekarz zgodnie z poglądami doktryny mógł być jedynie podwładnym innego lekarza¹⁹.

III. STOSOWANIE ART. 429 K.C. DO NAPRAWIENIA SZKODY POWSTAŁEJ PRZY LECZENIU

Analizę możliwości kompensacji szkód wyrządzonych przez wykonanie czynności powierzonych w obecnym stanie prawnym należy zacząć od przepisu art. 429 k.c., który stanowi, że: „kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, chyba iż nie ponosi winy w wyborze albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności”.

Odpowiedzialność przewidziana w art. 429 k.c. oparta jest na zasadzie winy w wyborze (*culpa in eligendo*)²⁰. Przepis ten obciąża powierzającego czynność odpowiedzialnością za dokonanie właściwego wyboru wykonawcy tej czynności, przy czym przepis art. 429 k.c. konstruuje domniemanie tej winy, które może zostać

¹⁵ M. Sośniak, *O ile zakład leczniczy odpowiada za szkody wyrządzone przez zatrudnionych w nim lekarzy* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. K. Przybyłowskiego*, Kraków–Warszawa 1965, s. 306.

¹⁶ „Kto powierza wykonanie czynności swemu podwładnemu, odpowiada za szkodę, wyrządzoną z jego winy przy wykonywaniu powierzonej mu czynności”.

¹⁷ R. Longschamps de Berier, *Zobowiązania*, s. 259–260.

¹⁸ M. Sośniak, *O ile zakład...* [w:] *Księga...*, s. 306–307.

¹⁹ M. Sośniak, *O ile zakład...* [w:] *Księga...*, s. 312.

²⁰ M. Zelek [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, art. 429, nb 1.

obalone przez powierzającego²¹. Wina w wyborze to brak należytej staranności (oceniany przy zastosowaniu art. 355 k.c.) przy wyborze osoby, której powierzone jest wykonywanie określonej czynności obejmujący zarówno element obiektywny winy (np. niesprawdzenie umiejętności, nieudzielenie niezbędnych pouczeń, czy wskazówek, niewzięcie pod uwagę małego doświadczenia zawodowego lub życiowego itp.)²², jak i element subiektywny²³. Z odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadzie art. 429 k.c. zwolniony jest ten, kto powierzył wykonanie czynności podmiotowi, który w zakresie swojej działalności zawodowej trudni się wykonywaniem danych czynności²⁴. W przypadku więc powierzenia wykonania czynności profesjonalście powierzający nie jest zobowiązany do wykazania należytej staranności przy jego wyborze²⁵. W doktrynie pojawił się przy tym pogląd, zgodnie z którym sam fakt, że określony podmiot w zakresie swojej działalności zawodowej trudni się wykonywaniem określonych czynności nie przesądza jeszcze o uwolnieniu od odpowiedzialności powierzającego, jednak prowadzi do przerzucenia ciężaru dowodu *culpa in eligendo* na poszkodowanego²⁶. Pojęcie profesjonalisty, w rozumieniu art. 429 k.c., należy rozumieć wąsko i odnosić ściśle do wykonywanych czynności (np. lekarz laryngolog nie może być uznany za profesjonalistę w dziedzinie chirurgii ortopedycznej)²⁷. Profesjonalista nie musi prowadzić działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców²⁸ – musi jednak posiadać niezbędne do wykonywania określonych czynności uprawnienia (np. prawo wykonywania zawodu lekarza). Utrata uprawnień do wykonywania określonego zawodu łączy się

²¹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 208–209. Zgodnie zaś z poglądem P. Machnikowskiego przepis art. 429 k.c. nie rodzi domniemania w rozumieniu art. 234 Kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575] – dalej k.p.c.), a raczej konstrukcję, która obok pozytywnych przesłanek odpowiedzialności, przewiduje także przesłanki negatywne – fakty, których istnienie wyłącza odpowiedzialność powierzającego, co uwalnia od konieczności rozpatrywania wzajemnych relacji pomiędzy brakiem winy w wyborze a powierzeniem wykonania czynności profesjonalście (P. Machnikowski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 444–445).

²² M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, art. 429, nb 7. Zob. na tle wyrządzenia szkody przez profesjonalnego zawodnika sportowego wyrok SN z 8.07.1968 r., w którym Sąd stwierdził, że klub sportowy wystawiając zawodnika do walki, powierza mu wykonanie określonej czynności i bierze na siebie podwójną odpowiedzialność: z jednej strony za jego kondycję fizyczną i przygotowanie techniczne, chroniące od wypadku jego samego, a z drugiej strony za to, iż będzie on walczył czysto, zgodnie z regulaminem sportowym, nie narażając na szkodę swojego przeciwnika (wyrok SN – Izba Cywilna z 8.07.1968 r., II CR 216/68, Legalis nr 13601).

²³ Należy zwrócić uwagę, że w przypadku, gdy wyrządzenie szkody przez wykonawcę czynności nastąpiło na skutek zawinionego działania albo zaniechania powierzającego, to ów odpowiadać będzie za wyrządzoną szkodą jak za czyn własny w oparciu na art. 415 k.c., nawet jeżeli powierzył wykonanie czynności profesjonalście. W stanie faktycznym, który był przedmiotem rozpoznania przez SN (wyrok SN – Izba Cywilna z 9.07.1998 r., II KKN 835/97, OSNC 1998/12, poz. 225) inwestor zlecił wykonanie prac profesjonalnie zajmującemu się wykonawstwem robót budowlanych inwestorowi zastępczemu, który wykonywał *de facto* całość prac. Na skutek prac wykonanych przez inwestora zastępczego zostały wyrządzone powodom określonego rodzaju szkody. Szkody wynikały jednak z dokumentacji projektowej i były łatwe do przewidzenia przez inwestora jeszcze przed przystąpieniem do realizacji inwestycji, który dobrowolnie wypłacił odszkodowania wszystkim poszkodowanym – oprócz powodów. Tym samym skoro szkoda została wyrządzona z winy inwestora (który co najmniej godził się na jej wyrządzenie), to nie może się on zwolnić z odpowiedzialności wskazując, że wykonanie prac powierzył profesjonalście (art. 429 k.c.).

²⁴ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 12. Tak w orzecznictwie: wyrok SN – Izba Cywilna z 8.11.1999 r., III KKN 376/99, Legalis nr 53002.

²⁵ Tak SN na tle umowy o roboty budowlane i powierzenia wykonania określonych czynności przez inwestora przedsiębiorcy budowlanemu (wyrok SN – Izba Cywilna z 29.04.1981 r. IV CR 121/81, OSNCP 1981/12, poz. 244; zob. również wyrok Sądu Apelacyjnego [dalej SA] w Warszawie – I Wydział Cywilny z 8.03.2013 r., I ACA 900/12, Legalis nr 1048885).

²⁶ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2013, art. 429, nb 6.

²⁷ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, nb 9.

²⁸ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 849).

z utratą statusu profesjonalisty w rozumieniu art. 429 k.c. W takiej sytuacji, gdy mimo utraty prawa wykonywania zawodu, czy też utraty zdolności do realizacji określonych czynności uzasadniających zmianę wykonawcy, powierzający, mając świadomość tych okoliczności, nie odwołuje powierzenia wykonania czynności takiej osobie, jego zachowanie nie będzie stanowiło winy w wyborze, będzie natomiast zawinione i przy spełnieniu pozostałych przesłanek powierzający poniesie odpowiedzialność na podstawie art. 415 k.c.²⁹

Podmiotem powierzającym dokonanie określonej czynności oraz jej wykonawcą może być każdy podmiot prawa cywilnego, tj. osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna z art. 33¹ k.c., a więc każdy podmiot leczniczy w rozumieniu ustawy o działalności leczniczej³⁰, a także lekarz prowadzący prywatną albo grupową praktykę zawodową.

Pojęcie czynności w rozumieniu art. 429 k.c. należy rozumieć szeroko. Obejmuje ono każde zachowanie człowieka, tj. zarówno czynność prawną, czynności konwencjonalne, jak i każdą inną czynność polegającą na działaniu lub zaniechaniu³¹. Zarówno przepis art. 429, jak i 430 k.c. posługuje się pojęciem „powierzenia czynności”. Wykładnia literalna tego pojęcia prowadzi do wniosku, że powierzyć oznacza zlecić komuś sprawowanie jakiejś funkcji lub wykonanie jakiegoś zadania³². Podstawą powierzenia może być każda umowa nazwana lub nienazwana, polecenie, prośba itp., która za przedmiot ma wykonanie jakiejkolwiek czynności albo zespołu czynności dla innej osoby zarówno odpłatnej, jak i nieodpłatnej³³. Skoro podstawą powierzenia czynności nie musi być czynność prawna, to także nieważność czynności prawnej, na podstawie której doszło do powierzenia, pozostaje bez wpływu na skuteczność powierzenia³⁴. Czynność, w związku z którą doszło do wyrządzenia szkody osobie trzeciej, musi się mieścić w granicach powierzenia, a nie może być wykonana jedynie przy sposobności powierzenia³⁵. Kryterium, na podstawie którego możliwe jest ustalenie, czy określona czynność pozostawała w związku z powierzeniem jest istnienie funkcjonalnego związku pomiędzy powierzoną czynnością a wyrządzoną szkodą³⁶. Warto przy tym zwrócić uwagę na pogląd wyrażony w orzecznictwie, że niezgodność celu działania podwładnego z oczekiwaniami zwierzchnika nie stanowi wyłącznego kryterium pozwalającego na stwierdzenie tego, czy szkoda została wyrządzona przez tego

²⁹ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 14. Odmienny pogląd o możliwości kwalifikowania takiego stanu faktycznego jako winy w wyborze prezentuje Witold Borysiak (W. Borysiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Osajda, Warszawa 2020, art. 429, nb 45).

³⁰ Ustawa z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 711) – dalej u.d.l.

³¹ P. Machnikowski [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 454.

³² Zob. *Słownik Języka Polskiego PWN* (wersja elektroniczna), <http://sjp.pwn.pl/sjp/powierzyc;2506581.html> (dostęp: 12.12.2019 r.).

³³ P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 6, *Prawo...*, s. 454.

³⁴ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 4.

³⁵ Zob. pogląd SN wyrażony na tle wykładni przedmiotowego pojęcia na gruncie art. 430 k.c.: „Nie budzi wątpliwości, że w art. 430 k.c. chodzi tylko o szkodę wyrządzoną przy wykonywaniu czynności powierzzonej, nie zaś o szkodę wyrządzoną przy sposobności jej wykonywania, przy czym w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sposób jednolity przyjmuje się, że powierzenie wykonania czynności nie musi być wyraźne i odnosić się do konkretnej czynności, lecz może wynikać na przykład z rodzaju wykonywanej pracy lub zajmowanego stanowiska” (wyrok SN – Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z 13.09.2006 r., II PK 355/05, Legalis nr 182469).

³⁶ Związek taki istnieje, gdy celem przedsięwzięcia danego zachowania, które wyrządziło szkodę, była realizacja czynności powierzzonej (P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 6, *Prawo...*, s. 454).

podwładnego „przy wykonywaniu powierzonej” mu czynności w rozumieniu art. 429 oraz 430 k.c.³⁷

Pomiędzy zachowaniem bezpośredniego sprawcy a szkodą istnieć musi adekwatny związek przyczynowy. W nauce podkreśla się, że nie ma podstaw do formułowania wymogu udowodnienia istnienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy powierzeniem wykonania czynności a zdarzeniem szkodzącym³⁸.

Wyrządzenie szkody musi nastąpić w wyniku zachowania bezprawnego³⁹. Wina sprawcy w znaczeniu subiektywnym nie jest zaś (odmiennie niż ma to miejsce w art. 430 k.c.) konieczną przesłanką odpowiedzialności – w konsekwencji odpowiedzialność solidarna powierzającego, wykonanie czynności i sprawcy szkody (art. 441 k.c.) może, ale nie musi występować jako element sytuacji objętych hipotezą art. 429 k.c.⁴⁰

Z próbą oparcia odpowiedzialności podmiotu leczniczego za szkodę wyrządzoną w toku leczenia na art. 429 k.c. wiąże się więc ryzyko uchylenia się przez ten podmiot od odpowiedzialności, poprzez wykazanie faktu powierzenia wykonywania określonych czynności profesjonalistom⁴¹. Jednakże z uwagi na wąskie rozumienie pojęcia profesjonalisty na gruncie art. 429 k.c., posiadanie przez lekarza dyplomu ukończenia studiów medycznych nie będzie zawsze wystarczające do zwolnienia się przez podmiot leczniczy od odpowiedzialności. Każdy stan faktyczny musi być bowiem oceniany indywidualnie w szczególności przez pryzmat zakresu powierzonych czynności, ale także kompetencji lekarza. Rozwinięcie tej myśli można znaleźć w orzeczeniu SN z 9.10.1945 r., w którym Sąd orzekł, że wina własna szpitala obejmuje przypadki nienależytego zorganizowania pracy zatrudnionych w nim lekarzy, polegające na powierzeniu wykonania zabiegu, który wymagał fachowej wiedzy, doświadczenia i umiejętności lekarzowi nieposiadającemu odpowiednich kwalifikacji (w przedmiotowej sprawie okulista i ginekolog zdecydowali o konieczności usunięcia u pacjentki krwiaka na podudziu, zabieg ten przeprowadził poza swoją specjalizacją ginekolog w warunkach, które doprowadziły do zakażenia i w konsekwencji śmierci pacjentki)⁴². I choć przedmiotowy wyrok dotyczył odpowiedzialności zakładu leczniczego za winę organizacyjną (wina własna), to wynika z niego ważny wniosek, że wina w wyborze w rozumieniu art. 144 k.z. (obecnie art. 429 k.c.) może zostać przypisana podmiotowi leczniczemu także wówczas, gdy

³⁷ Wyrok SN – Izba Cywilna z 25.11.2005 r., V CK 396/05, Legalis nr 77700. „Należałoby podkreślić, że ustalenia faktyczne pozwalają skonstatować istnienie odpowiedniego związku funkcjonalnego (we wszystkich wskazanych wcześniej aspektach) pomiędzy powierzeniem pracownicy Poczty czynności (obejmujących obsługę rachunków oszczędnościowych powodów), a ich wykonywaniem przez tę pracownicę, prowadzącymi w rezultacie do wyrządzenia szkody poszkodowanym powodom. W tej sytuacji niezgodność celu powierzenia wspomnianych czynności (właściwa obsługa bankowych rachunków oszczędnościowych) i celu działalności pracownicy Poczty (przywłaszczenie dokonywanych przez powodów wpłat na rachunek oszczędnościowy) nie może mieć decydującego znaczenia, skoro inne, zobiektywizowane kryteria pozwalają na wystarczające powiązanie działania pracownicy Poczty z aktem powierzenia jej zespołu czynności w umowie o pracę. Co więcej, wspomniane kryteria w sposób wystarczający tworzyły dla posiadaczy rachunków oszczędnościowych (powodów) stan pozołu działania pracownicy na rachunek powierzającego pracodawcy (Poczty), tym bardziej utrwalony, im dłużej działalność ta nie była przez powierzającego odpowiednio kontrolowana w stosownym czasie”.

³⁸ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 8.

³⁹ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 9.

⁴⁰ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 5.

⁴¹ M. Nesterowicz, *Głos do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2002 r.*, I C 656/99, „Prawo i Medycyna” 2004/3, s. 127.

⁴² Wyrok SN z 9.10.1945 r., C I 188/45, „Zbiór Orzecnictwa” 1945–46, poz. 18.

powierzył wykonanie określonych czynności lekarzowi poza jego kompetencjami (specjalizacją). W nauce wskazuje się także, że zastosowanie art. 429 k.c. do spraw związanych z naprawieniem szkody wyrządzonej przy leczeniu może mieć miejsce, gdy wina w wyborze polega na niestarannej selekcji lekarzy współpracujących z podmiotem leczniczym w ramach umów zawieranych z lekarzami będącymi przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców (tzw. kontraktowymi), którzy przy wykonywaniu swoich obowiązków ani nie są związani żadnymi wskazówkami przełożonych, ani nie pozostają w stosunku podległości wobec jednostki, z którą współpracują⁴³.

Należy skonstatować, że możliwości zastosowania art. 429 k.c. do szkód powstałych przy leczeniu są raczej niewielkie⁴⁴. W orzecnictwie przykładem zastosowania art. 429 k.c. do szkód powstałych przy leczeniu jest wyrok SA we Wrocławiu⁴⁵. W przedmiotowej sprawie lekarz zatrudniony w niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej, wbrew wcześniejszym uzgodnieniom z powódką, wszczepił jej inne implanty, źle dopasował protezę wykorzystując w tym celu wcześniejszą protezę używaną przez powódkę, a ponadto odmówił wykonania nowej protezy, odsyłając powódkę do innego lekarza. Wadliwie przeprowadzony zabieg doprowadził do konieczności usunięcia 3 implantów z uwagi na znaczną redukcję tkanki kostnej, usunięcie jednego implantu z uwagi na znaczne odchylenie od osi oraz konieczność usunięcia zęba uszkodzonego wadliwie wszczepionym implantem. Sądy obu instancji z uwagi na spełnienie przesłanek odpowiedzialności deliktowej uznały, że lekarz, który wykonał zabieg jest odpowiedzialny za wyrządzoną szkodę na zasadzie art. 415 k.c., a podmiot, który prowadził niepubliczny zakład opieki zdrowotnej zatrudniający sprawcę szkody jest odpowiedzialny na zasadzie art. 429 k.c. Zasada odpowiedzialności oparta na art. 429 k.c. nie była kwestionowana przez pozwanego prowadzącego niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, w związku z czym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia nie została przeprowadzona analiza przesłanek umożliwiające wyciągnięcie wniosków dotyczących stosowania art. 429 k.c. do szkód powstałych przy leczeniu. Można jedynie domniemywać, że ta kwalifikacja prawna została przyjęta przez SA z uwagi na to, iż pozwany „odpowiedź na pozew ograniczył do kwestionowania winy lekarza, a swe przesłuchanie do stwierdzenia, że nic mu nie wiadomo o okolicznościach zabiegu”. Jednakże nawet całkowita autonomia lekarza przy wykonywaniu świadczeń medycznych nie wyłącza odpowiedzialności podmiotu leczniczego, opartej na art. 430 k.c., czego Sąd Apelacyjny nie rozważył.

IV. STOSOWANIE ART. 430 K.C. DO NAPRAWIENIA SZKODY POWSTAŁEJ PRZY LECZENIU

Znacznie większe znaczenie niż art. 429 k.c. dla kompensacji szkód powstałych przy leczeniu ma art. 430 k.c. stanowiący podstawę prawną większości rozstrzygnięć

⁴³ K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, wyd. 2, Toruń 2013, s. 194.

⁴⁴ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., IV CSK 308/10*, „Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych” 2014, s. 54.

⁴⁵ Wyrok SA we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z 9.07.2010 r., I ACa 655/10, Legalis nr 267955.

sądowych, w których dochodzi do zasądzenia roszczenia na rzecz powoda⁴⁶. W przepisie tym ustanowiona została reguła, zgodnie z którą, kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzanej jej czynności.

Uzasadnieniem dla wprowadzenia do polskiego porządku prawnego przepisu art. 430 k.c. było z jednej strony tzw. ryzyko zwierzchnictwa⁴⁷, z drugiej zaś strony – względy organizacyjne, a także element zwiększonego ryzyka dla otoczenia, które może wynikać z powierzenia czynności podwładnym⁴⁸. Ponadto słusznie wskazuje się na uzasadnienie związane z ochroną poszkodowanych, która przejawia się w łatwiejszej kompensacji szkody, gdy odpowiedzialność za jej naprawienie spoczywa na zwierzchniku. W przypadku zaś gdy możliwe jest ustalenie konkretnego podwładnego, który wyrządził szkodę i swoim zachowaniem wyczerpał przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 415 k.c., możliwość naprawienia szkody jest jeszcze większa z uwagi na odpowiedzialność solidarną obu podmiotów (art. 441 k.c.) (teoria gwarancji)⁴⁹.

Przesłankami odpowiedzialności deliktowej opartej na art. 430 k.c. są powierzenie przez zwierzchnika wykonania czynności na własny rachunek osobie podlegającej jego kierownictwu, zawinione zachowanie podwładnego przy wykonywaniu powierzanej mu czynności, szkoda, a także adekwatny związek przyczynowy⁵⁰ pomiędzy zachowaniem podwładnego a szkodą⁵¹. Odpowiedzialność powierzającego wykonanie jest niezależna od jego winy i oparta na zasadzie ryzyka⁵². W judykaturze zauważa się, że odpowiedzialność zwierzchnika za podwładnego ma charakter obiektywny i jest odpowiedzialnością za skutek⁵³.

Przejawem obiektywizacji zwierzchnika za szkodę wyrządzoną przez podwładnego jest możliwość ustalenia przez sąd wyczerpywania *in casu* przesłanki winy podwładnego przy zastosowaniu konstrukcji winy anonimowej, która znacznie poprawia sytuację procesową poszkodowanego pacjenta. Źródła koncepcji winy anonimowej (beziemiennej, bezpodmiotowej) sięgają okresu międzywojennego⁵⁴,

⁴⁶ M. Bączyk, *Odpowiedzialność deliktowa lekarza i samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej za szkodę wyrządzoną przy leczeniu – w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sądowy” 2010/7–8, s. 10.

⁴⁷ Ryzyko to należy rozumieć jako zwiększoną odpowiedzialność wynikającą z autorytetu zwierzchnika oraz jego kompetencji do wydawania podwładnym wiążących poleceń, jak również osiągania przez zwierzchnika zysku z posługiwania się podwładnymi.

⁴⁸ Zob. szerzej A. Rembieliński, *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, Łódź 1969, s. 95–110 oraz A. Szpunar, *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez podwładnego* [w:] A. Mączyński, M. Pazdan, A. Szpunar, *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, Kraków 1994, s. 469 i n.

⁴⁹ P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 6, *Prawo...*, s. 453; A. Rembieliński, *Odpowiedzialność...*, s. 95 i n.

⁵⁰ Nie ma znaczenia relacja kausalna między powierzeniem wykonania czynności a wyrządzeniem szkody (tak: M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 3).

⁵¹ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 3. Zob. też wyrok SN z 14.03.2012 r., II CSK 343/11, w którym Sąd stwierdził, że odpowiedzialność z art. 430 k.c. może wchodzić w grę, jeżeli szkoda została wyrządzona osobie trzeciej przez podwładnego i nastąpiło to, po pierwsze, z winy podwładnego i, po drugie, przy wykonywaniu przez niego powierzanej mu czynności. Poza tym konieczne jest wykazanie związku przyczynowego między zachowaniem podwładnego a szkodą (art. 361 § 1 k.c.).

⁵² M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 5; M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 1. Przepis ten nie przewiduje żadnych okoliczności egzoneracyjnych.

⁵³ Wyrok SN z 14.03.2012 r., II CSK 343/11, Legalis nr 473590.

⁵⁴ Pojęcie do polskiego języka prawniczego wprowadził już Wacław Zylbert, zob. W. Zylbert, *Wynagrodzenie szkód spowodowanych przez działalność władz publicznych według prawa polskiego*, Warszawa 1934, s. 95.

jednak do jej upowszechnienia doszło od czasu wejścia w życie Kodeksu cywilnego, jednocześnie z przesądzeniem przez orzecznictwo Sądu Najwyższego możliwości zastosowania d. art. 417 k.c. do odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez personel medyczny przy leczeniu⁵⁵. Przyjęty wówczas w orzecznictwie pogląd oparty był na założeniu, że z uwagi na autonomiczne uregulowanie odpowiedzialności Skarbu Państwa dla jej powstania nie ma znaczenia okoliczność, czy szkodę wyrządził organ, czy też zwykły funkcjonariusz państwa lub państwowa osoba prawna, gdyż d. art. 417 i n. k.c. normują odpowiedzialność Skarbu Państwa za wszelkich funkcjonariuszy, bez względu na zakres ich uprawnień, i to jak za czyn cudzy, a nie działanie własne Skarbu Państwa. Innymi słowy, brak wykazania przez powoda, któremu z funkcjonariuszy Skarbu Państwa możliwe jest przypisanie winy, nie zwalnia go z odpowiedzialności odszkodowawczej⁵⁶.

Współcześnie konstrukcja winy anonimowej ma szczególne znaczenie w tzw. procesach lekarskich, gdy niejednokrotnie trudno jest ustalić, który spośród członków personelu medycznego dopuścił się błędu⁵⁷. Warto w tym miejscu posłużyć się trzema przykładami zastosowania tej konstrukcji w orzecznictwie.

W pierwszej sprawie sąd uznał, że gdy sprawca szkody nie jest ustalony, lecz daje się określić z pewnością, iż należy on do grona podwładnych danego zwierzchnika, możliwe jest zatem oparcie rozstrzygnięcia na konstrukcji winy anonimowej. Badanie przesłanek odpowiedzialności ograniczone zostaje w takim przypadku do ustalenia „winy” sprawcy, bez oceny strony psychicznej nieustalonego podwładnego⁵⁸.

W innym orzeczeniu SA w Gdańsku wskazał, że dla ustalenia odpowiedzialności w oparciu na dyspozycji art. 430 k.c. nie jest konieczne identyfikowanie konkretnych osób, które dopuściły się zaniedbań. Sąd przyznał przy tym, że dopuszczalne jest stosowanie koncepcji winy anonimowej, pozwalającej uznać winę określonej jednostki organizacyjnej na podstawie ustalenia niewłaściwego postępowania bliżej niezidentyfikowanych osób fizycznych działających w danej strukturze. W praktyce oznacza to, że poprzestaje się na ustaleniu bezprawności zachowania niezidentyfikowanego podwładnego pozwanego zwierzchnika⁵⁹.

Do koncepcji winy bezimiennej odwołał się w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny w Warszawie, który stwierdził, że ustalenie, który członek personelu medycznego dopuścił się zaniedbań w zakresie wpisów wyników badań hispatologicznych do dokumentacji medycznej pacjenta oraz nie przekazał informacji lekarzowi prowadzącemu nie ma znaczenia dla odpowiedzialności zakładu leczniczego, z uwagi na akceptowaną w doktrynie oraz orzecznictwie konstrukcję winy bezimiennej⁶⁰.

Mając na uwadze powyższe judykaty, należy uznać, że konstrukcja winy anonimowej prowadzi do daleko idącej obiektywizacji odpowiedzialności zwierzchnika

⁵⁵ Wyrok SN z 8.01.1965 r., II CR 2/65... i uchwała Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego – Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawie odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez funkcjonariuszy państwowych z 15.02.1971 r., III CZP 33/70...

⁵⁶ Zob. szerzej J. Dąbrowa, *Odpowiedzialność deliktowa osoby prawnej za winę własną i cudzą*, „Studia Cywilistyczne” 1970, t. XVI, s. 15 i n.; M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 85.

⁵⁷ Wyrok SA w Gdańsku z 26.06.1992 r., I ACr 254/92, OSP 1993/10, poz. 195.

⁵⁸ Wyrok SA w Katowicach – I Wydział Cywilny z 2.07.2014 r., I ACa 308/14, Legalis nr 1047071.

⁵⁹ Wyrok SA w Gdańsku – V Wydział Cywilny z 9.10.2014 r., V ACa 674/13, Legalis nr 1180030.

⁶⁰ Wyrok SA w Warszawie z 21.04.2005 r., I ACa 891/04, LEX nr 465090.

za podwładnego⁶¹. Jest to *de facto* zgodne z poglądami formułowanymi na przełomie XX i XXI w. przez Marka Safjana, który postulował w ogóle oderwanie odpowiedzialności opartej na art. 430 k.c. od winy podwładnego i oparcia jej jedynie na obiektywnie rozumianej bezprawności⁶².

Warto jednak zwrócić uwagę na pogląd wyrażony w doktrynie, że przypisanie odpowiedzialności opartej na art. 430 k.c. w oparciu na konstrukcji winy anonimowej jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy ustalona zostanie możliwość przypisania winy wszystkim osobom brany w danych okolicznościach pod uwagę jako potencjalni sprawcy szkody (tzn. wobec wszystkich osób ustalonych jako potencjalni sprawcy szkody nie zachodzą okoliczności ekskulpacyjne)⁶³. Z podobnym poglądem można się spotkać na gruncie stosowania tej koncepcji do d. art. 417 k.c.⁶⁴ Poglądy te należy poczytywać jako próbę przywrócenia znaczenia subiektywnego elementu winy przy badaniu wyczerpania przesłanek odpowiedzialności z art. 430 k.c., przy zastosowaniu konstrukcji winy anonimowej.

Omówiona konstrukcja jest pozytywnie oceniana, zwłaszcza na gruncie odpowiedzialności za szkody powstałe przy leczeniu⁶⁵. Ułatwia ona bowiem poszkodowanemu uzyskanie świadczenia odszkodowawczego wzmacniając jego pozycję dowodową. Powód nie musi wykazywać, który spośród podwładnych wyrządził mu szkodę. W doktrynie podnoszone były jednak także głosy krytyczne wobec omawianej konstrukcji, które były oparte głównie na twierdzeniu, że wina anonimowa nie odpowiada cywilistycznej konstrukcji winy, jako przesłanki odpowiedzialności deliktowej, bowiem wyłącza przypisanie winy w znaczeniu subiektywnym konkretnemu sprawcy szkody⁶⁶. Dlatego też wina anonimowa bywa w nauce traktowana jako rodzaj fikcji prawnej⁶⁷.

Przepis art. 430 k.c. stanowi *lex specialis* względem art. 429 k.c.⁶⁸, dlatego też uwagi dotyczące podmiotów, które mogą powierzyć wykonanie czynności, pojęcia czynności powierzonej, czy wyrządzenia szkody przy wykonywaniu czynności powierzonej znajdują zastosowanie również do odpowiedzialności opartej na art. 430 k.c.⁶⁹

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na problem charakterystyczny dla sądowego stosowania art. 430 k.c., a związany z wielością potencjalnych zwierzchników wykonawcy zleconej czynności. Należy wskazać, że problem ten jest w doktrynie jednoznacznie rozstrzygnięty na rzecz stanowiska, iż w danej chwili można mieć

⁶¹ Tak M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 13, czy W. Dubis [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 6, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2014, art. 430, nb 2, a na gruncie d. art. 417 k.c.: B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009, s. 134–135.

⁶² Zob. M. Safjan, *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, s. 92–93.

⁶³ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 13.

⁶⁴ A. Śmieja, *Pojęcie winy bezimiennnej na tle odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy państwowych*, „Nowe Prawo” 1975/6, s. 782. Aby wina bezimienna mogła być przypisana zespołowi funkcjonariuszy, musi – zdaniem autora – istnieć możliwość stwierdzenia z dużą dozą prawdopodobieństwa, że działanie lub zaniechanie anonimowego funkcjonariusza charakteryzowało się subiektywnym elementem zawinienia.

⁶⁵ M. Pytlarz, *Wina anonimowa jako podstawa odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, „Prawo i Medycyna” 2013/1–2, s. 146–148.

⁶⁶ B. Gawlik, A. Kubas, *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa – prezydium rady narodowej za szkody wynikłe z braku należytej troski o zapewnienie bezpieczeństwa na terenie objętym działalnością rady narodowej*, „Studia Cywilistyczne” 1971, t. XVII, s. 189.

⁶⁷ A. Śmieja, *Pojęcie winy...*, s. 781.

⁶⁸ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 2.

⁶⁹ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 5.

tylko jednego zwierzchnika – odpowiedzialnego w myśl art. 430 k.c.⁷⁰ Problematyka ta ma bezpośrednie znaczenie dla szkód powstałych przy leczeniu, a w szczególności w przypadku szkód wyrządzonych przez pracowników naukowo-dydaktycznych uczelni medycznych zatrudnionych równocześnie w szpitalach klinicznych prowadzonych przez te uczelnie. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24.01.2008 r. powyższa zasada została potwierdzona przez stwierdzenie, że szpital kliniczny ponosi wyłączną odpowiedzialność za działania lekarzy-nauczycieli akademickich uczelni medycznej zatrudnionych jednocześnie przez szpital w celu wykonywania tam czynności medycznych⁷¹. Dlatego też sąd w przedmiotowym orzeczeniu odrzucił możliwość przypisania odpowiedzialności solidarnej za wyrządzoną szkodę również samej uczelni medycznej⁷².

Istotną różnicą między art. 429 i 430 k.c. jest zaliczenie przez ustawodawcę do przesłanek odpowiedzialności z art. 430 k.c. powierzenia wykonania określonej czynności na „własny rachunek powierzającego”, tj. dla i w interesie zwierzchnika⁷³. Powierając wykonywanie czynności na własny rachunek, przełożony rozszerza swoją działalność za pomocą podwładnego⁷⁴. Warto przy tym przytoczyć pogląd wyrażony w orzecznictwie, że zwierzchnikiem pracownika w rozumieniu art. 430 k.c. nie jest jego przełożony, w rozumieniu wynikającym ze schematu organizacyjnego danej jednostki, lecz sama jednostka jako osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, przy czym istotne jest, by wykonywana czynność była realizowana na rachunek przedmiotowej jednostki organizacyjnej⁷⁵. Stosunek zwierzchnictwa, którego istnienie zakłada art. 430 k.c. dotyczy takiego układu relacji, który ze swej istoty zakłada podległość wykonawcy wobec powierzającego⁷⁶. Podstawą takiej relacji może być stosunek prawny, ale także innego rodzaju układ sytuacyjny, w którym takie podporządkowanie w istocie występuje⁷⁷. W nauce przyjmuje się, że stosunek ten istnieje, gdy relacja istniejąca między podmiotami oparta jest na podległości wykonawcy względem powierzającego, który uprawniony jest do udzielania wskazówek czy poleceń co do sposobu wykonania czynności powierzanej⁷⁸. Stosunek ten istnieje jednak także wówczas, gdy powierzający rezygnuje z udzielania przedmiotowych wskazówek albo gdy wykonawca nie stosuje się do nich⁷⁹. W przypadkach granicznych, gdy istnieje dość znacząca autonomia wykonawcy czynności przy istniejącym podporządkowaniu wobec powierzającego, argumentem przeważającym o zastosowaniu art. 430, nie zaś art. 429 k.c., jest fakt, że określona czynność jest podejmowana w interesie i na rachunek własny powierzającego⁸⁰. Dlatego też do podwładnych, w rozumieniu art. 430 k.c., zalicza się m.in. lekarzy udzielających świadczeń medycznych,

⁷⁰ Zob. szerzej P. Machnikowski [w:] *System...*, t. 6, *Prawo...*, s. 462.

⁷¹ Wyrok SA w Warszawie z 24.01.2008 r., I ACa 354/07, „Przegląd Sądowy” 2010/9, s. 107.

⁷² Zob. szerzej M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku SA w Warszawie z 24 I 2008 (I ACa 354/07)*, „Przegląd Sądowy” 2010/9, s. 110.

⁷³ Wyrok SN – Izba Cywilna z 15.12.1977 r., I CR 444/77, *Legalis* nr 20568.

⁷⁴ Wyrok SN – Izba Cywilna z 15.12.1977 r., I CR 444/77.

⁷⁵ Wyrok SA w Katowicach – I Wydział Cywilny z 2.07.2014 r., I ACa 308/14.

⁷⁶ Wyrok SA w Gdańsku – I Wydział Cywilny z 28.11.2013 r., I ACa 524/13, *Legalis* nr 776322.

⁷⁷ M. Zelek [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 429, nb 5.

⁷⁸ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 8.

⁷⁹ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 8.

⁸⁰ M. Safjan [w:] *Kodeks...*, t. I, *Komentarz...*, art. 430, nb 8.

w szczególności w ramach umowy o świadczenie usług medycznych zawartej z podmiotem leczniczym⁸¹. Samo powierzenie wykonania czynności nie musi być wyraźne i odnosić się do konkretnej czynności⁸². O zakresie powierzonej czynności decydują bowiem stanowisko, funkcja i charakter działalności wykonawcy czynności⁸³. Tym samym relacja zwierzchnik–podwładny będzie istnieć również, gdy powierzenie wykonania czynności wynika z zakresu obowiązków podwładnego, a nawet może mieć charakter dorozumiany.

Należy więc skonstatować, zwłaszcza wobec uwag na tle rozumienia stosunku zwierzchnictwa oraz realizacji czynności na rzecz zwierzchnika przez podwładnego, że istota przepisu art. 145 k.z. w porównaniu z art. 430 k.c. nie uległa – co prawda – zmianie, jednakże przy wykładni tego ostatniego przepisu kładzie się obecnie większy nacisk na działanie podwładnego na rachunek zwierzchnika, w jego imieniu i interesie (również ekonomicznym), a także ogólnoorganizacyjne, a niekoniecznie szczegółowe podporządkowanie⁸⁴. Uwaga ta ma istotne znaczenie dla możliwości przyjęcia odpowiedzialności podmiotu leczniczego za lekarzy, którzy przecież nadal pozostają niezależni w zakresie podejmowanych czynności o charakterze diagnostycznym i leczniczym. To właśnie brak podporządkowania, w rozumieniu art. 145 k.z., stanowił na gruncie tego kodeksu o wyłączeniu możliwości zastosowania tego przepisu do szkód wyrządzonych przez lekarzy⁸⁵. Oznacza to, że wykonywanie przez lekarza czynności powierzonych na rzecz podmiotu leczniczego oraz ogólne podporządkowanie personelu medycznego administracji podmiotu leczniczego daje obecnie możliwość zastosowania art. 430 k.c. do szkód wyrządzonych przy leczeniu przez lekarzy, podczas gdy spełnienie tych samych przesłanek na gruncie art. 145 k.z. nie dawało możliwości przypisania odpowiedzialności odszkodowawczej jednostce leczniczej.

Do odpowiedzialności opartej na art. 430 k.c. w przypadku naprawienia szkody przez zwierzchnika zastosowanie znajdzie art. 441 k.c., regulujący roszczenie zwrotne podmiotu, który naprawił szkodę w stosunku do innych podmiotów odpowiedzialnych za jej naprawienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że oparta na zasadzie ryzyka odpowiedzialność zwierzchnika nie zwalnia podwładnego z odpowiedzialności odszkodowawczej za jego zawinione działanie lub zaniechanie.

Analizę sądowego stosowania art. 430 k.c. do „szkód medycznych” rozpocząć należy od wyroku Sądu Najwyższego z 26.01.2011 r.⁸⁶ Zgodnie z tezą

⁸¹ Zob. np. wyrok SN – Izba Cywilna z 26.01.2011 r., IV CSK 308/10, OSNC 2011/10, poz. 116.

⁸² Wyrok SN z 7.01.1966 r., I CR 396/65, OSPiKA 1966/12, poz. 278, czy wyrok SN – Izba Cywilna z 22.04.1977 r., IV CR 46/77, Legalis nr 20035. Warto zwrócić w szczególności uwagę na drugie z powołanych orzeczeń, w którym SN wskazał, że interpretacja zwrotu „przy wykonywaniu powierzonej czynności”, w rozumieniu art. 430 k.c., powinna się odbywać w analogiczny sposób, jak ma to miejsce na gruncie art. 417 k.c. Zob. też powołane poglądy w: D. Syska, *Deliktowa odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej za szkodę wyrządzoną przez lekarza jako podwładnego a czynności podejmowane w ramach „prywatnej praktyki lekarskiej”*, „Prawo i Medycyna” 2011/4, s. 12–13.

⁸³ M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność cywilna zakładu opieki zdrowotnej za lekarza jako podwładnego*, „Państwo i Prawo” 2009/9, s. 6.

⁸⁴ M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność...*, s. 6.

⁸⁵ Zgodnie z założeniami Komisji Kodyfikacyjnej w przypadku powierzenia czynności lekarzowi możliwe było przyjęcie odpowiedzialności powierzającego jedynie na podstawie art. 144 k.z., zob. R. Longschamps de Berier (oprac.), *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu Kodeksu*, Warszawa 1934, s. 211.

⁸⁶ Wyrok SN – Izba Cywilna z 26.01.2011 r., IV CSK 308/10.

przedmiotowego wyroku niepubliczny zakład opieki zdrowotnej może na podstawie art. 430 k.c. ponosić odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną z winy lekarza prowadzącego indywidualną praktykę lekarską, która powstała przy wykonywaniu czynności na podstawie łączącej ich umowy o świadczenie usług medycznych.

Przedmiotem rozpoznania przez SN była sprawa przeciwko spółce prowadzącej niepubliczny zakład opieki zdrowotnej, która zawarła umowę z lekarką o świadczenie usług medycznych m.in. na oddziale dziecięcym. W umowie między stronami została zawarta klauzula stanowiąca, że wadliwe wykonanie usług medycznych przez przyjmującego zamówienie „skutkuje jego odpowiedzialnością w stosunku do pacjenta lub osób trzecich za szkodę wyrządzoną z tego tytułu zgodnie z art. 429 k.c.”.

W toku wykonywania powierzonych jej czynności lekarka podjęła błędną decyzję co do sposobu leczenia, która doprowadziła do wyrządzenia małoletniej pacjentce szkody. Przeciwko lekarce wszczęte zostało postępowanie karne. W wyniku przeprowadzonego postępowania lekarka została uznana za winną popełnienia przestępstwa z art. 160 § 2 i 3 Kodeksu karnego⁸⁷ w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 i § 2 k.k., co przesądziło o jej odpowiedzialności z art. 415 k.c. za czyn własny (art. 11 zd. 1 k.p.c.).

Sąd Apelacyjny w przedmiotowej sprawie przyjął odpowiedzialność spółki prowadzącej niepubliczny zakład opieki zdrowotnej na podstawie art. 430 k.c. Przemawiało za tym, zgodnie z poglądem SA, występowanie relacji zwierzchnictwa i podporządkowania (lekarka podlegała kontroli i kierownictwu zakładu). Ponadto w przedmiotowym stanie faktycznym spełniona była też druga przesłanka zastosowania art. 430 k.c., czyli świadczenie przez lekarkę usług na rachunek spółki. Zdaniem sądu II instancji – którego pogląd został przytoczony przez SN – z punktu widzenia art. 430 k.c. bez znaczenia była podstawa, na jakiej powierzono wykonywanie czynności, i nie jest istotny fakt samodzielności lekarza świadczącego usługi jako lekarz tzw. kontraktowy i przedsiębiorca ani tym bardziej odpłatny charakter umowy. Sąd II instancji uznał także, a pogląd ten podzielił w przedmiotowej sprawie SN, że umowne ustalenie odpowiedzialności na podstawie art. 429 k.c. jest zgodnie z art. 58 § 1 k.c. nieważne jako prowadzące do obejścia ustawowej odpowiedzialności za szkodę przewidzianej w art. 430 k.c. W konsekwencji pozwana spółka oraz lekarka, która bezpośrednio wyrządziła szkodę odpowiadali solidarnie (art. 441 k.c.). W doktrynie podkreśla się, że zapatrywanie sądu II instancji było słuszne, bowiem przepisy regulujące odpowiedzialność za szkody na osobie mają charakter *iuris cogentis* i nie mogą zostać wyłączone umową stron (por. też art. 385³ pkt 1 k.c.)⁸⁸.

Sąd Najwyższy rozważając podstawę prawną odpowiedzialności spółki za działania lekarza pozostającego w stosunku podporządkowania, poczynił kilka istotnych uwag na tle stosowania art. 430 k.c. do szkód powstałych przy leczeniu. Sąd mianowicie uznał, że wystarczające dla stwierdzenia istnienia relacji nadrzędności w stosunku spółka–lekarz jest stwierdzenie „ogólnego” czy też

⁸⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444) – dalej k.k.

⁸⁸ M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r. ...*, s. 53–54.

„ogólnoorganizacyjnego”⁸⁹ kierownictwa, jak również już tylko ogólnego charakteru udzielanych wskazówek⁹⁰. Przejawiać się ono może już tylko przez zapewnienie lekarzowi przez podmiot leczniczy pomieszczenia, sprzętu, leków, jak i miejsca oraz czasu na przeprowadzenie zabiegu czy zorganizowanie zespołu operacyjnego⁹¹. Wówczas nawet, jeśli lekarz samodzielnie przeprowadza zabieg, czy kieruje zespołem operacyjnym, to działając w strukturze określonego podmiotu leczniczego działa pod jego zwierzchnictwem. W tym kontekście należy zauważyć, że lekarz nadal działa w celu wykonania „powierzonej mu czynności”, gdy świadcząc usługi medyczne cel jego działania został wypaczony przez jego bezprawne działanie, a nawet działanie, które nosiło znamiona przestępstwa⁹².

Na marginesie powyższych rozważań, warto odnotować pogląd Sądu Najwyższego, że reguły odpowiedzialności podmiotu leczniczego na zasadzie art. 430 k.c. za szkodę wyrządzoną przez lekarza nie zmienia szerszy zakres przysługującej poszczególnym lekarzom autonomii, z uwagi na zajmowane stanowisko, zwłaszcza stanowisko ordynatora⁹³. Co więcej, warto w tym miejscu odnotować pogląd Adama Szpunara, zgodnie z którym bez znaczenia dla przypisania danej relacji cechy podporządkowania jest faktyczne korzystanie z prerogatyw, jakie posiada zlecający wykonanie czynności⁹⁴. Oznacza to więc, że niezależnie od zajmowanego stanowiska i zakresu swobody w podejmowaniu przez lekarza decyzji, jeśli ów wyrządzi szkodę działając w ramach pewnej struktury organizacyjnej podmiotu leczniczego, to podmiot ten (*in casu* spółka prawa handlowego prowadząca niepubliczny zakład opieki zdrowotnej) będzie zobowiązany do wyrównania powstałego uszczerbku na osobie.

Omówione powyżej poglądy SN znajdują odbicie w treści orzeczeń sądów powszechnych. Można wręcz stwierdzić, że w omawianym zakresie mamy do czynienia z ukształtowaną linią orzeczniczą i praktyką sądowego stosowania prawa dotyczącą odpowiedzialności podmiotu leczniczego za lekarza, podlegającego co najmniej zwierzchnictwu ogólnoorganizacyjnemu⁹⁵. W ten sposób orzekały

⁸⁹ Zob. też wyrok SA w Lublinie z 4.03.2009 r., I ACa 12/09, „Prawo i Medycyna” 2011/2, s. 128. Sąd słusznie zauważa w przedmiotowym orzeczeniu, że pozwany szpital ponosi odpowiedzialność deliktową na zasadzie art. 430 k.c. jako powierzający wykonywanie czynności leczniczych zatrudnionym u niego lekarzom, którzy przy ich wykonaniu podlegają choćby jego ogólnemu kierownictwu.

⁹⁰ Istotnym argumentem pominiętym przez SN przy ustalaniu stosunku zależności pomiędzy spółką a lekarką jest okoliczność, że rodzice małoletniej pacjentki korzystali ze świadczeń objętych powszechnym ubezpieczeniem zdrowotnym i zwrócili się o ich udzielenie do spółki, nie zaś bezpośrednio do lekarki (M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r.* ..., s. 52–53).

⁹¹ Wyrok SN – Izba Cywilna z 20.05.2016 r., II CSK 517/15, OSNC 2018/B/19, poz. 19.

⁹² Wyrok SN – Izba Cywilna z 20.05.2016 r., II CSK 517/15.

⁹³ K. Bączyk-Rozwadowska, *Odpowiedzialność...*, s. 186.

⁹⁴ A. Szpunar, *Odpowiedzialność...*, s. 468. Warto zwrócić uwagę, że autor podnosi, iż umowa o dzieło nie będzie stwarzać stosunku podległości wymaganej dla zastosowania art. 430 k.c. (A. Szpunar, *Odpowiedzialność...*, s. 469). W obecnych realiach gospodarki rynkowej w służbie zdrowia może jednak zachodzić stosunek podległości również w przypadku, gdy zwierzchnika oraz podwładnego łączy umowa o dzieło. Wystarczy przywołać przykład wykonywania zabiegu stomatologicznego, polegającego na wykonaniu przez podwładnego protezy zębowej. Podwładny przed przystąpieniem do realizacji umowy podlega ścisłym wskazówkom zwierzchnika, który ponadto jest obecny w trakcie zabiegu i nadzoruje wykonanie umowy.

⁹⁵ Zob. też przywołane przez Mirosława Nesterowicza przykłady orzeczeń, w których sądy apelacyjne przyjmowały odpowiedzialność zakładu leczniczego zarówno za błędy lekarza w diagnozie oraz leczeniu, jak i błędy o charakterze administracyjnym i organizacyjnym (M. Nesterowicz, *Odpowiedzialność...*, s. 4).

Sądy Apelacyjne m.in.: w Łodzi⁹⁶, Białymstoku⁹⁷, we Wrocławiu⁹⁸, w Warszawie⁹⁹, Poznaniu¹⁰⁰, Szczecinie¹⁰¹, Krakowie¹⁰² czy Katowicach¹⁰³.

Za rekapitulację powyższych poglądów sądów powszechnych w interesującym zakresie może posłużyć powołane wcześniej orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach¹⁰⁴.

Po pierwsze, sąd zauważa, że odpowiedzialność samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej na podstawie art. 430 k.c. zachodzi tylko wówczas, gdy spełnione są wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej personelu medycznego, a mianowicie: wyrządzenie szkody przez personel medyczny, zawinione działanie lub zaniechanie tego personelu, normalny związek przyczynowy między tym działaniem lub zaniechaniem a wyrządzoną szkodą oraz wyrządzenie szkody przy wykonywaniu powierzonych czynności. Ciężar dowodu przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej spoczywa zaś na powodzie (art. 6 k.c.), przy czym wystarczające jest jedynie uprawdopodobnienie przez niego zachodzenia związku przyczynowego między działaniem albo zaniechaniem a szkodą.

Po drugie, SA podkreślił, że aby podmiot leczniczy mógł odpowiadać za naprawienie szkody, to musi powstać w związku z realizacją celu, dla którego określony członek personelu jest zatrudniony w zakładzie leczniczym (działanie albo zaniechanie personelu medycznego musi pozostawać w zakresie powierzenia).

Po trzecie, zakres czynności powierzonych lekarzowi traktuje się bardzo szeroko jako czynności związane z całym procesem leczenia, obejmujące wszelkie badania

⁹⁶ Wyrok SA w Łodzi – I Wydział Cywilny z 14.04.2014 r., I ACa 1316/13, Legalis nr 1023967. Sąd stwierdził, że przepis art. 415 k.c. stanowi podstawę odpowiedzialności zakładu opieki zdrowotnej za winę własną, a art. 430 k.c. – podstawę odpowiedzialności zakładu opieki na zasadzie ryzyka za szkodę wyrządzoną z winy lekarza.

⁹⁷ Wyrok SA w Białymstoku – I Wydział Cywilny z 16.09.2015 r., I ACa 34/15, Legalis nr 1359115.

⁹⁸ Wyrok SA we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z 18.01.2012 r., I ACa 930/11, Legalis nr 739026. W przywołanym orzeczeniu SA podtrzymany został pogląd, że art. 430 k.c. stanowi podstawę prawną odpowiedzialności niepublicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkodę powstałą w procesie leczenia z winy lekarza, pielęgniarki czy położnej, którzy w ramach indywidualnej specjalistycznej praktyki zawarli z niepubliczną placówką medyczną umowę o świadczenie usług. Sąd wskazał również na przykłady okoliczności umożliwiających kwalifikowanie określonej relacji między lekarzem a zakładem opieki zdrowotnej jako relacji zwierzchnik–podwładny, do których należą m.in. istnienie kontroli i kierownictwa placówki medycznej, ciążący na wykonawcy czynności obowiązek stosowania się do wskazówek zarządcy szpitala jako powierzającego czynności, wykonywanie pracy w miejscu i czasie wskazanym przez klinikę w stosunku do hospitalizowanych w placówce pacjentów, a także świadczenie usług na rachunek pozwanej kliniki w zamian za wynagrodzenie ustalone w umowie.

⁹⁹ Wyrok SA w Warszawie – VI Wydział Cywilny z 17.04.2013 r., VI ACa 974/12, Legalis nr 737341. Sąd analizując odpowiedzialność personelu medycznego zatrudnionego w klinice, doszedł do przekonania, że aby można było przypisać odpowiedzialność opartą na art. 430 k.c. konieczne jest ustalenie odpowiedzialności personelu za winę własną. W tej konkretnej sprawie polegała ona na zawinionym zaniechaniu przeprowadzenia posiewu bakteriologicznego przez personel szpitala, co skutkowało brakiem efektów leczenia powłoki, co objawiło się w upośledzeniu gojenia się jej rany zarówno zewnętrznej, jak i plastyki przepukliny, skóry i powiezi. Zakażenie gronkowcem i brak jego efektywnego leczenia, w powiązaniu z tendencją powłoki do nawracania przepukliny, skutkowało koniecznością poddania się przez powódkę kolejnej hospitalizacji i kolejnym cierpieniem.

¹⁰⁰ Wyrok SA w Poznaniu – I Wydział Cywilny z 19.08.2015 r., I ACa 286/15, Legalis nr 1337949.

¹⁰¹ Wyrok SA w Szczecinie – I Wydział Cywilny z 24.09.2018 r., I ACa 222/18, Legalis nr 1852292. W orzeczeniu tym Sąd wskazał, że podwładnym, w rozumieniu art. 430 k.c., jest członek personelu medycznego jednostki, w tym też lekarz, który mimo daleko posuniętej samodzielności w zakresie wyboru sposobów leczenia pacjenta jest podmiotem podlegającym kierownictwu organizacyjnemu zakładu opieki zdrowotnej, a także ma obowiązek stosowania się do jego wskazówek w zakresie organizacji pracy. Wina podwładnego jest natomiast przesłanką odpowiedzialności pożądanego na podstawie art. 430 k.c., przy czym ustawa nie uzależnia tej odpowiedzialności od konkretnego stopnia winy lub jej przypisania poszczególnym członkom personelu pożądanego (wina bezimienna).

¹⁰² Wyrok SA w Krakowie – I Wydział Cywilny z 18.11.2016 r., I ACa 1561/15, Legalis nr 1575808.

¹⁰³ Wyrok SA w Katowicach – I Wydział Cywilny z 17.10.2013 r., I ACa 594/13, Legalis nr 746548.

¹⁰⁴ Wyrok SA w Katowicach – I Wydział Cywilny z 17.10.2013 r., I ACa 594/13.

i czynności związane z opieką nad pacjentem. Nie budzi przy tym wątpliwości podleganie lekarzy – pomimo ich wysokich kwalifikacji zawodowych i pewnej autonomii w podejmowaniu decyzji leczniczych – kierownictwu podmiotu leczniczego, na którego rzecz świadczą odpłatnie usługi lecznicze. Dla przyjęcia bowiem odpowiedzialności podmiotu leczniczego z art. 430 k.c., za działanie lub zaniechanie lekarza wystarczające jest ustalenie jego ogólnej podległości organizacyjnej, nie wymaga się natomiast udowodnienia, że podlegał on wiążącym wskazaniom w zakresie leczenia, które doprowadziło do wyrządzenia szkody.

Po czwarte wreszcie, dla przyjęcia odpowiedzialności zakładu leczniczego konieczne jest ustalenie winy jej pracownika (lekarza, personelu pomocniczego). Nie zwalnia jednak tego zakładu z odpowiedzialności niemożność ustalenia sprawcy szkody, jeśli zostanie udowodnione, że winę ponosi osoba (osoby) z określonego kręgu (możliwość zastosowania koncepcji winy anonimowej).

Na marginesie powyższych rozważań warto zauważyć, że nie zawsze lekarz świadczący w określonym podmiocie leczniczym usługi będzie podlegał jego zwierzchnictwu. Dziać się tak będzie w szczególności, gdy podmiot leczniczy zapewnia w określonym stanie faktycznym jedynie usługi hospitalizacyjne i organizacyjne, i w tym zakresie zawiera umowę z pacjentem, podczas gdy same usługi medyczne wykonuje lekarz (działający jako „niezależny kontrahent”), z którym pacjent zawiera odrębną umowę o świadczenie usług leczniczych¹⁰⁵. W takim przypadku, gdy lekarz jest niezależnym kontrahentem, odpowiedzialność podmiotu leczniczego oparta na art. 430 k.c. będzie wyłączona, i to sam lekarz odpowiadać będzie za szkodę wyrządzoną pacjentowi w reżimie odpowiedzialności deliktowej albo kontraktowej (art. 443 k.c.). Przykładem takiego stanu rzeczy w orzecznictwie jest wyrok Sądu Najwyższego z 11.10.2007 r.¹⁰⁶ W orzeczeniu tym Sąd uznał, że samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej nie jest legitymowany biernie w sprawie o zadośćuczynienie, w związku z zabiegiem zleconym i wykonywanym na terenie zakładu przez lekarza w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej. Ze stanu faktycznego przedmiotowej sprawy wynikało, że pacjentce został wykonany w oko zastrzyk z leku Depo-Medrol. W wyniku przeprowadzonego zabiegu pacjentka utraciła wzrok. Pozwany samodzielny zakład opieki zdrowotnej bronił się, że choć zabieg wykonany był na terenie jego szpitala, to powódka nie była jego pacjentką, bowiem leczyła się prywatnie u lekarza, który prowadził praktykę prywatną na terenie szpitala. Oceny tej nie zmieniał fakt, że był on jednocześnie w nim zatrudniony. Powódka miała świadomość, że zabieg nie był świadczony przez zakład, lecz prywatnie przez lekarza¹⁰⁷. Wprawdzie przedmiotowy zabieg został wykonany na terenie szpitala i przez lekarza zatrudnionego u pozwanego

¹⁰⁵ M. Nesterowicz [w:] *Prawo zobowiązań-umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. W. Katner, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 400. Autor podaje jeszcze inny przykład takiej sytuacji, gdy to pacjent zawiera umowę z lekarzem (np. chirurgiem mającym indywidualną specjalistyczną praktykę lekarską) o przeprowadzenie operacji w prywatnym szpitalu, a lekarz najmuje na własny rachunek salę operacyjną i korzysta z urządzeń i personelu szpitala.

¹⁰⁶ Wyrok SN – Izba Cywilna z 11.10.2007 r., IV CSK 174/07, „Prawo i Medycyna” 2010/4, s. 136.

¹⁰⁷ Zgodnie z poglądem M. Nesterowicza, gdyby powódka tej świadomości nie miała, to odpowiedzialność względem poszkodowanej ponosiłby samodzielny zakład opieki zdrowotnej, który miałby prawo regresu względem podmiotu, który wyrządził szkodę (tak M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r. ...*, s. 56–57). Pogląd ten wydaje się być zbyt daleko idący (zob. w szczególności uwagi A. Szpunara w: A. Szpunar, *Odpowiedzialność...*, s. 475).

przy udziale pielęgniarki będącej także pracownikiem pozwanego, ale stało się tak w wyniku decyzji i starań podjętych przez lekarza w ramach indywidualnej praktyki lekarskiej, i poza procedurą obowiązującą przy świadczeniach realizowanych w stosunku do pacjentów danego podmiotu leczniczego.

V. WNIOSKI

Na gruncie przepisów Kodeksu zobowiązań odpowiedzialność zakładu leczniczego za szkody wyrządzone przy leczeniu miała charakter podzielony. Jego odpowiedzialność deliktowa ograniczona była do szkód wyrządzonych w związku z organizacją pracy i leczenia (administracja, organizacja pracy, właściwa obsada dyżurów itp.) oraz do szkód wyrządzonych przez osoby, których nie można było zaliczyć do podmiotów „zawodowo trudniących się” (art. 144 § 2 k.z.) świadczeniem pomocy medycznej (w szczególności dotyczy to pielęgniarek, położnych, felczerów oraz pracowników laboratoriów medycznych). W odniesieniu do lekarza w zakresie czynności diagnostycznych i leczniczych możliwość zastosowania art. 144 i 145 k.z. została *a priori* wyłączona przez ustawodawcę („lekarz jako profesjonalista” – art. 144 k.z.; „lekarz może podlegać tylko innemu lekarzowi” – art. 145 k.z.). Lekarz więc samodzielnie odpowiadał za wyrządzone w związku z leczeniem szkody na zasadzie winy (art. 134 k.z.). Jedynie zaniedbania lekarza o charakterze administracyjnym lub organizacyjnym mogły obciążać szpital, który w tym zakresie pozostawał zwierzchnikiem lekarza.

Współcześnie podstawą prawną stosowaną przez sądy do naprawienia szkody wyrządzonej przy leczeniu czynnością powierzoną jest art. 430 k.c. Ograniczenie zastosowania art. 429 k.c. wynika z wyłączenia możliwości jego subsumpcji, gdy w danym stanie faktycznym czynność została powierzona profesjonalście. Należy uznać, że art. 429 k.c. będzie mógł mieć zastosowanie wówczas, gdy czynność powierzona została lekarzowi poza jego specjalnością.

Zastosowanie art. 430 k.c. do szkód powstałych w związku z leczeniem możliwe jest z uwagi na odejście przez judykaturę od koncepcji odpowiedzialności podzielonej. Pomimo obaw przedstawicieli doktryny¹⁰⁸, stosowanie art. 430 nie napotkało trudności podobnych do tych, które były spotykane pod rządami art. 145 k.z. i związanych z wykładnią pojęcia „podwładny” (art. 145 k.z.) albo „podleganie kierownictwu” (art. 430 k.c.) w kontekście podporządkowania członków personelu medycznego, a w szczególności – lekarzy. Było to m.in. związane niewątpliwie z przyjętą wcześniej praktyką sądowego stosowania d. art. 417 k.c. Przy przedstawionej wyżej propozycji wykładni pojęcia „podporządkowania” lekarza, zachowanie nawet dużej

¹⁰⁸ A. Górski, A. Górski, *Podstawy odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkody medyczne – po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r.*, „Palestra” 2002/11–12, s. 53; M. Nesterowicz, *Głos do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2002 r.* ..., 127–128. M. Nesterowicz wskazywał na zagrożenie, jakie niosą dla pacjentów dochodzących swoich roszczeń niepracownicze formy zatrudnienia lekarzy czy pielęgniarek oraz na fakt, że na tzw. kontraktach są oni przedsiębiorcami, co dodatkowo utrudnia kwalifikację ich jako podwładnych. Konsekwencją takiego podejścia mogłaby być możliwość rozpatrywania odpowiedzialności zakładów opieki zdrowotnej na podstawie art. 429 k.c. i winy w wyborze zakładu, której wszak nie można byłoby jemu przypisać, skoro osoba, z którą zakład współpracuje posiada odpowiednie wykształcenie. Te same wątpliwości dotyczyły personelu zatrudnionego w oparciu na umowach cywilnoprawnych (zob. art. 27 ust. 7 u.d.l. oraz art. 750 k.c.).

dozy samodzielności przez wykonującego powierzone mu czynności, nie wyłącza istnienia podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c. Istotne bowiem pozostaje, czy lekarz wykonuje określone czynności na rachunek podmiotu leczniczego i w jego interesie (jak w szczególności wtedy, gdy wynagrodzenie za świadczenie zdrowotne przypada podmiotowi leczniczemu), co jednocześnie przesądza również o zakwalifikowaniu danego zdarzenia jako podlegającego zakresowi normowania art. 430, a nie 429 k.c. Niezależność zawodowa lekarza w zakresie diagnozy i leczenia nie sprzeciwia się stwierdzeniu stosunku podporządkowania w rozumieniu art. 430 k.c. Ponadto to nie sama podstawa prawna współpracy między lekarzem a podmiotem leczniczym decydować będzie o istnieniu stosunku zwierzchnictwa. Co do zasady, umowy cywilnoprawne nie stwarzają stosunku podporządkowania (w szczególności umowa o dzieło), który jest charakterystyczny dla umowy o pracę. Zawarcie przez podmiot leczniczy umowy o świadczenie usług medycznych z lekarzem albo umowy o dzieło będzie też stanowiło – po wyczerpaniu przesłanek – o zachodzeniu relacji zwierzchnik–podwładny.

Należy z aprobatą odnieść się do praktyki sądowego stosowania prawa w omawianym zakresie. Szeroka akceptacja dla możliwości naprawienia szkody wyrządzonej przy leczeniu na podstawie art. 430 k.c. znacznie ułatwia uzyskanie świadczenia odszkodowawczego przez pacjenta. W szczególności stosowanie na gruncie art. 430 k.c. koncepcji winy anonimowej prowadzi po pierwsze do wyłączenia konieczności ustalenia bezpośredniego sprawcy szkody i – w konsekwencji po drugie – do obiektywizacji odpowiedzialności. Pozytywnie należy się również odnieść do szeroko akceptowanego w judykaturze poglądu, zgodnie z którym powierzenie czynności, w rozumieniu art. 430 k.c., nie musi wynikać z konkretnego polecenia czy zlecenia, ale może być związane już tylko z zakresem obowiązków lekarza wynikających z zawartej przez niego umowy z podmiotem leczniczym.

Podmiot leczniczy nie będzie jednak odpowiadał za szkody wyrządzone na terenie prowadzonego przez siebie szpitala nawet przy wykorzystaniu jego zasobów rzeczowych lub osobowych, jeżeli szkoda została wyrządzona przez lekarza czy pielęgniarkę, np. w ramach prowadzonej przez nich prywatnej praktyki zawodowej i zawartej z pacjentem umowy.

Summary

Michał Białkowski, Tort Liability for Injury Caused by an Entrusted Activity During Treatment

The article presents the issue of the superior's liability for injury caused by subordinates during treatment. The issues raised are analysed primarily through the prism of the case law, using also historical analysis. The practice of judicial application of law in Poland has led to the formation of a line of case law which adopts Article 430 of the Civil Code as the basis for the liability of medical facilities for injury caused by medical doctors. Problems regarding the hospital's responsibility for a doctor's activities during diagnosis and treatment date back to the time of the Code of Obligations and the concept of shared liability, which was adopted then. Modern jurisprudence sanctions the position of a medical doctor as a subordinate of a medical facility, despite the doctor's independence in the practice of the profession. A medical doctor always acts as a subordinate of a medical facility when he/she

performs activities “for” or “on behalf of” the medical facility. This practice of applying the law should be considered beneficial for the aggrieved persons who sue the medical facility for compensation, because they are able to obtain it more easily and do not need to demonstrate who among the medical staff has caused their injury.

Keywords: *civil liability, superior’s liability, entrusted activity, liability for damages, medical malpractice*

Streszczenie

Michał Białkowski, Odpowiedzialność deliktowa za szkodę wyrządzoną przy leczeniu czynnością powierzoną

W artykule została zaprezentowana problematyka odpowiedzialności odszkodowawczej zwierzchnika za szkody wyrządzone przy leczeniu przez podwładnego. Analiza podjętej problematyki została przeprowadzona przede wszystkim przez pryzmat wypowiedzi orzecznictwa z wykorzystaniem analizy historyczno-porównawczej. Praktyka sądowego stosowania prawa w Polsce doprowadziła do ukształtowania się linii orzeczniczej, która za podstawę odpowiedzialności podmiotów leczniczych za szkody wyrządzone przez lekarzy przyjmuje art. 430 Kodeksu cywilnego. Problematyka dotycząca odpowiedzialności szpitala za czynności lekarza podejmowane przy diagnozie i leczeniu sięga czasów obowiązywania Kodeksu zobowiązań, i przyjętej wówczas koncepcji odpowiedzialności podzielonej. Skutkiem ujednolicenia odpowiedzialności Skarbu Państwa na gruncie d. art. 417 k.c. jest współcześnie m.in. usankcjonowanie pozycji lekarza jako podwładnego podmiotu leczniczego, i to pomimo jego samodzielności przy wykonywaniu zawodu. Lekarz zawsze wówczas, gdy wykonuje czynności „na rzecz” albo „w interesie” podmiotu leczniczego działa jako jego podwładny. Taką praktykę stosowania prawa należy uznać za korzystną dla poszkodowanych, którzy łatwiej mogą uzyskać świadczenie odszkodowawcze od podmiotu leczniczego i nie muszą wykazywać, który spośród członków personelu medycznego doprowadził do wyrządzenia im szkody.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna, odpowiedzialność zwierzchnika, czynność powierzona, odpowiedzialność odszkodowawcza, błąd medyczny

Literatura:

1. Bączyk M., *Odpowiedzialność deliktowa lekarza i samodzielnego zakładu opieki zdrowotnej za szkodę wyrządzoną przy leczeniu – w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Przegląd Sądowy 2010, nr 7–8.
2. Bączyk-Rozwadowska K., *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, wyd. 2, Toruń 2013.
3. Borysiak W. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Osajda, Warszawa 2020.
4. Dąbrowa J., *Odpowiedzialność deliktowa osoby prawnej za winę własną i cudzą*, Studia Cywilistyczne 1970, t. XVI.
5. Gawlik B., Kubas A., *Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa – prezydium rady narodowej za szkody wynikłe z braku należytej troski o zapewnienie bezpieczeństwa na terenie objętym działalnością rady narodowej*, Studia Cywilistyczne 1971, t. XVII.
6. Gniewek E., Machnikowskiego P. [red.], *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2014.
7. Górski A., Górski A., *Podstawy odpowiedzialności publicznego zakładu opieki zdrowotnej za szkody medyczne – po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r.*, Palestra 2002, nr 11–12.

8. Gutowski M. [red.] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do art. 1–449¹¹*, Warszawa 2019.
9. Katner W. [red.] *Prawo zobowiązań-umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, wyd. 2, Warszawa 2015.
10. Longschamps de Berier R., *Zobowiązania*, Poznań 1948.
11. Longschamps de Berier R. (oprac.), *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem ostatecznego tekstu Kodeksu*, Warszawa 1934.
12. Machnikowski P. [w:] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, wyd. 2, Warszawa 2014.
13. Olejniczak A. [red.] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2014.
14. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 4 kwietnia 2002 r.*, I C 656/99, *Prawo i Medycyna* 2004, nr 3.
15. Nesterowicz M., *Odpowiedzialność cywilna zakładu opieki zdrowotnej za lekarza jako podwładnego*, Państwo i Prawo 2008, nr 9.
16. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku SA w Warszawie z 24 I 2008 (I ACa 354/07)*, *Przegląd Sądowy* 2010, nr 9.
17. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2007 r.*, IV CSK 174/07, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014.
18. Nesterowicz M., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r.*, IV CSK 308/10, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, Warszawa 2014.
19. Nesterowicz M. [w:] *Prawo zobowiązań-umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. W. Katner, wyd. 2, Warszawa 2015.
20. Olejniczak A. [red.] *System prawa prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2014.
21. Osajda K. [red.] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2020.
22. Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2008.
23. Rembieleński A., *Odpowiedzialność cywilna za szkodę wyrządzoną przez podwładnego*, Łódź 1969.
24. Rembieleński A., *Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone przy leczeniu*, Sprawozdania z Czynności i Posiedzeń Łódzkiego Towarzystwa Naukowego 1973, nr 27.
25. Pietrzykowski K. [red.] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, wyd. 7, Warszawa 2013.
27. Pytlarz M., *Wina anonimowa jako podstawa odpowiedzialności deliktowej za szkody wyrządzone przy leczeniu*, *Prawo i Medycyna* 2013, nr 1–2.
28. Safjan M., *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998.
29. Safjan M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, K. Pietrzykowski, wyd. 7, Warszawa 2013.
30. Sośniak M., *O ile zakład leczniczy odpowiada za szkody wyrządzone przez zatrudnionych w nim lekarzy* [w:] *Księga pamiątkowa ku czci prof. K. Przybyłowskiego*, Kraków – Warszawa 1965.
31. Syska D., *Deliktowa odpowiedzialność zakładu opieki zdrowotnej za szkodę wyrządzoną przez lekarza jako podwładnego a czynności podejmowane w ramach „prywatnej praktyki lekarskiej”*, *Prawo i Medycyna* 2011, nr 4.
32. Szpunar A., *Odpowiedzialność Skarbu Państwa Skarbu Państwa za funkcjonariuszy*, Warszawa 1985.
33. Szpunar A., *Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez podwładnego* [w:] *Rozprawy z polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ofiarowana profesorowi Józefowi Skąpskiemu*, A. Mączyński, M. Pazdan M., A. Szpunar, Kraków 1994.
34. Śmieja A., *Pojęcie winy bezimiennej na tle odpowiedzialności Skarbu Państwa za funkcjonariuszy państwowych*, *Nowe Prawo* 1975, nr 6.
35. Więzowska B., *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Warszawa 2009.
36. Zelek M. [w:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz do art. 1–449¹¹*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019.
37. Zylbert W., *Wynagrodzenie szkód spowodowanych przez działalność władz publicznych według prawa polskiego*, Warszawa 1934.

Katarzyna Malinowska-Woźniak*

Polski i brytyjski model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych**

1. WPROWADZENIE

W polskim porządku prawnym ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych ma charakter obowiązkowy. Obowiązek zawarcia umowy ciąży – co do zasady – na posiadaczu pojazdu mechanicznego. Na skutek zawarcia umowy przez posiadacza pojazdu, ochroną ubezpieczeniową objęta jest odpowiedzialność cywilna każdej osoby, która kieruje pojazdem niezależnie od tego, czy jest do tego uprawniona. Osoba będąca posiadaczem kilku pojazdów zobowiązana jest do zawarcia odrębnych umów ubezpieczenia dla każdego pojazdu, a w konsekwencji do opłacania odrębnej składki z tytułu każdej umowy. W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy taki model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej odpowiada oczekiwaniom ubezpieczających oraz ubezpieczycieli. Refleksji wymaga potrzeba ewentualnych zmian legislacyjnych oraz ich kierunku.

W 2017 r. w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej złożono interpelację do Ministra Finansów „W sprawie zmiany w ubezpieczeniu OC dla kierowców posiadających więcej niż jeden pojazd”¹. W interpelacji posłowie zaproponowali wprowadzenie do polskiego prawa zasady przypisania umowy ubezpieczenia do kierującego, bez względu na liczbę posiadanych samochodów. W ocenie interpelujących rozwiązanie takie byłoby korzystne dla ubezpieczających posiadających kilka samochodów, z uwagi na obniżenie wysokości opłacanych składek.

Rozważenia wymaga zatem, czy wprowadzenie zmian legislacyjnych w tym zakresie należy uznać za potrzebne. Na podstawie aktualnie obowiązujących w Polsce przepisów, istnieje obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia i opłacania składki odrębnie dla każdego pojazdu. Stanowi to obciążenie finansowe dla osób korzystających z kilku samochodów nie tylko z uwagi na konieczność ponoszenia ciężaru

* Katarzyna Malinowska-Woźniak jest doktorem nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Szczeciński, Polska, ORCID: 0000-0002-3442-7905, e-mail: katarzyna.malinowska-wozniak@usz.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autorkę: 15.12.2019 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 30.04.2020 r.

¹ Interpelacja nr 17900, zgłaszający: Jerzy Gosiewski, Adam Oldakowski, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=17900> (dostęp: 23.10.2019 r.).

finansowego składek, ale także z uwagi na utratę zniżek w przypadku wypłaty przez ubezpieczyciela odszkodowania na podstawie zawartej umowy ubezpieczenia.

W niektórych państwach obcych model ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych oparty jest na innej podstawie. Mianowicie, każda osoba kierująca pojazdem obowiązana jest do zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej we własnym imieniu, a odpowiedzialność ubezpieczyciela obejmuje szkody wyrządzone przez ubezpieczającego w każdym pojeździe, którym będzie ona kierować.

W niniejszym opracowaniu zostały poddane analizie przepisy prawa polskiego regulujące konstrukcję umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie podmiotów, które są obowiązane do jej zawarcia oraz podmiotów, których odpowiedzialność cywilna objęta jest zakresem umowy ubezpieczenia. Przedmiot badań stanowiły również przepisy prawne obowiązujące w Wielkiej Brytanii, w których przyjęto odmienną od polskiej konstrukcję podmiotową umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych. Zastosowane metody badawcze obejmują analizę dogmatyczną prawa polskiego oraz prawa obcego, analizę historyczną oraz badania prawnoporównawcze. Efektem przeprowadzonych badań są wnioski *de lege ferenda* w przedmiocie potrzeby dokonania zmian legislacyjnych oraz ich ewentualnych skutków dla rynku ubezpieczeniowego w Polsce.

2. POLSKI MODEL UMOWY UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ POSIADACZY POJAZDÓW MECHANICZNYCH

Obowiązek ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych pojawił się w polskim porządku prawnym w latach 50. XX w.² Początkowo nie były zawierane umowy ubezpieczenia, a odpowiedzialność zakładu ubezpieczeń powstawała z mocy prawa. Obowiązkiem posiadacza pojazdu mechanicznego było jedynie opłacanie składki³. Nie wszystkie pojazdy poruszające się po drogach objęte były obowiązkiem zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej⁴. Pierwotnie odpowiedzialność cywilna zakładu ubezpieczeń obejmowała szkody wyrządzone przez ruch pojazdu mechanicznego, jeżeli do zapłaty odszkodowania zobowiązany był posiadacz pojazdu lub upoważniony przez niego kierowca⁵. Na skutek dokonywanych zmian legislacyjnych rozszerzeniu uległ katalog podmiotów, których odpowiedzialność cywilna objęta była ubezpieczeniem obowiązkowym. Odpowiedzialność zakładów ubezpieczeń rozciągnęła się na szkody wyrządzone przez posiadacza pojazdu oraz kierowcę, niezależnie od tego, czy kierowca był

² Zapowiedź wprowadzenia obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych pojawiła się w ustawie z 28.03.1952 r. o ubezpieczeniach państwowych (Dz.U. z 1952 r. Nr 20, poz. 130). Obowiązek ten wprowadzono w ustawie z 2.12.1958 r. o ubezpieczeniach majątkowych i osobowych (Dz.U. z 1958 r. Nr 72, poz. 357).

³ Por. § 21 rozporządzenia Rady Ministrów z 1.12.1961 r. w sprawie obowiązkowych ubezpieczeń następstw nieszczęśliwych wypadków i odpowiedzialności cywilnej z ruchu pojazdów mechanicznych (Dz.U. z 1961 r. Nr 55, poz. 311).

⁴ Por. P. Bucoń, *Odpowiedzialność cywilna uczestników wypadku komunikacyjnego*, rozdział 3.1.2, System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369182420/26?tocHit=1&cm=URELATIONS> (dostęp: 23.10.2019 r.).

⁵ Por. § 14 rozporządzenia Rady Ministrów z 1.12.1961 r. ...

upoważniony do kierowania pojazdem przez posiadacza⁶. Z początkiem lat 90. XX w. ustawodawca polski zrezygnował z konstrukcji ubezpieczeń powstających z mocy prawa, a źródłem nawiązania stosunku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych była umowa, której zawarcie stało się obowiązkowe dla posiadacza pojazdu mechanicznego⁷.

Aktualnie w prawie polskim, zasady zawierania i wykonywania umów obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych reguluje ustawa z 22.05.2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych⁸.

Na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych przez pojazd mechaniczny rozumie się:

- a) pojazd samochodowy, ciągnik rolniczy, motorower i przyczepę określone w przepisach ustawy – Prawo o ruchu drogowym⁹, oraz
- b) pojazd wolnobieżny w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo o ruchu drogowym¹⁰, z wyłączeniem pojazdów wolnobieżnych będących w posiadaniu rolników posiadających gospodarstwo rolne i użytkowanych w związku z posiadaniem tego gospodarstwa.

Posiadacz pojazdu mechanicznego jest obowiązany zawrzeć umowę obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem posiadanego przez niego pojazdu (art. 23 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Posiadacz pojazdu, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 10 lit. a ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, zarejestrowanego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z wyłączeniem pojazdu, w odniesieniu do którego państwem członkowskim Unii Europejskiej umiejscowienia ryzyka jest państwo UE, w którym pojazd ma być zarejestrowany, obowiązany jest posiadać ochronę ubezpieczeniową przez cały okres, w którym pojazd jest zarejestrowany, z wyjątkiem zarejestrowanych pojazdów historycznych. W odniesieniu do pojazdów zarejestrowanych za granicą obowiązek ten trwa przez cały okres pozostawiania tych pojazdów na terytorium RP (art. 23 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Przepisy dotyczące obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych stosuje się także do posiadacza lub kierującego pojazdem mechanicznym przed jego rejestracją, oraz do posiadacza lub kierującego pojazdem historycznym albo

⁶ Por. § 14 Rozporządzenia Rady Ministrów z 24.04.1968 r. w sprawie obowiązkowych ubezpieczeń komunikacyjnych (Dz.U. z 1968 r. Nr 15, poz. 89).

⁷ Por. art. 3 ust. 2 ustawy z 28.07.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. z 1996 r. Nr 11, poz. 62).

⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 2214 – dalej ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych.

⁹ Zgodnie z ustawą z 20.06.1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 450): pojazd samochodowy oznacza pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego (art. 2 pkt 33 ustawy); ciągnik rolniczy oznacza pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia rozwijanie prędkości nie mniejszej niż 6 km/h, skonstruowany do używania łącznie ze sprzętem do prac rolnych, leśnych lub ogrodnich; ciągnik taki może być również przystosowany do ciągnięcia przyczep oraz do prac ziemnych (art. 2 pkt 44 ustawy); motorower oznacza pojazd dwu- lub trójkołowy zaopatrzony w silnik spalinowy o pojemności skokowej nieprzekraczającej 50 cm³ lub w silnik elektryczny o mocy nie większej niż 4 kW, którego konstrukcja ogranicza prędkość jazdy do 45 km/h (art. 2 pkt 46 ustawy); przyczepa oznacza pojazd bez silnika, przystosowany do łączenia go z innym pojazdem (art. 2 pkt 50 ustawy).

¹⁰ Pojazd wolnobieżny oznacza pojazd silnikowy, którego konstrukcja ogranicza prędkość jazdy do 25 km/h, z wyłączeniem ciągnika rolniczego (art. 2 pkt 34 ustawy – Prawo o ruchu drogowym).

pojazdem wolnobieżnym od chwili wprowadzenia tych pojazdów do ruchu (art. 23 ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Oznacza to, że obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej spoczywa na posiadaczu lub kierującym pojazdem w przypadkach określonych w ustawie.

Posiadacza pojazdu nie należy utożsamiać z jego właścicielem. Na podstawie art. 336 Kodeksu cywilnego¹¹ przez posiadacza pojazdu należy rozumieć osobę, która nim faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i osobę, która nim faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Zgodnie z art. 337 k.c. posiadacz samoistny nie traci posiadania przez to, że oddaje drugiemu rzecz w posiadanie zależne. Oznacza to, że pojazd może znajdować się jednocześnie w posiadaniu dwóch osób: posiadacza samoistnego i posiadacza zależnego. Przepisy nie rozstrzygają, na którym posiadaczu ciąży w takim przypadku obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Należy przyjąć, że obowiązek ten obciąża obu posiadaczy, a spełnienie go przez jednego z nich zwalnia drugiego¹².

Na podstawie art. 2 pkt 20 ustawy – Prawo o ruchu drogowym kierujący to osoba, która kieruje pojazdem lub zespołem pojazdów, a także osoba, która prowadzi kolumnę pieszych, jedzie wierzchem albo pędzi zwierzęta pojedynczo lub w stadzie. Pojęcie to należy odróżnić od pojęcia kierowcy, którym zgodnie z art. 2 pkt 21 ustawy – Prawo o ruchu drogowym jest osoba uprawniona do kierowania pojazdem silnikowym lub motorowerem. Kierujący może nie posiadać uprawnień do kierowania pojazdami, jak również może wejść w posiadanie pojazdu nielegalnie oraz nie posiadać do pojazdu żadnego tytułu prawnego.

Dla nawiązania stosunku prawnego ubezpieczenia konieczne jest zawarcie umowy. Umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej obejmuje odpowiedzialność cywilną podmiotu objętego obowiązkiem ubezpieczenia za szkody wyrządzone czynem niedozwolonym oraz wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jeśli nie sprzeciwia się to ustawie lub właściwości (naturze) danego rodzaju stosunków (art. 9 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Umowa ubezpieczenia obowiązkowego odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych obejmuje też szkody wyrządzone umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa ubezpieczającego lub osób, za które ponosi on odpowiedzialność (art. 9 ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych).

Ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych jest objęta odpowiedzialność cywilna każdej osoby, która kierując pojazdem mechanicznym w okresie trwania odpowiedzialności ubezpieczeniowej, wyrządziła szkodę w związku z ruchem tego pojazdu (art. 35 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Odpowiedzialnością zakładu ubezpieczeń objęte są więc szkody wyrządzone przez każdą osobę, która objęła faktyczne władztwo nad pojazdem. Tak szeroko

¹¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740) – dalej k.c.

¹² Por. D. Maśniak, *Komentarz do ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych* [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. I, *Komentarz*, wyd. II, red. M. Serwach, System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587263187/60627/serwach-malgorzata-red-komentarz-do-ustawy-o-ubezpieczeniach-obowiazkowych-ubezpieczeniowym...?cm=URELATIONS> (dostęp: 23.10.2019 r.); G. Bieniek, *Odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe*, rozdział 2.1.1., System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369312548/9?tochHit=1&cm=URELATIONS> (dostęp: 23.10.2019 r.).

ujęty podmiotowo zakres odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń podyktowany jest względami społecznymi, w tym przede wszystkim dobrem poszkodowanych¹³.

W przypadku, gdy kierujący pojazdem mechanicznym wyrządził szkodę umyślnie, w stanie po użyciu alkoholu lub w stanie nietrzeźwości albo po użyciu środków odurzających, substancji psychotropowych lub środków zastępczych w rozumieniu przepisów o przeciwdziałaniu narkomanii, jak również gdy wszedł w posiadanie pojazdu wskutek popełnienia przestępstwa, a także w sytuacji, gdy nie posiadał wymaganych uprawnień do kierowania pojazdem mechanicznym, z wyjątkiem przypadków, gdy chodziło o ratowanie życia ludzkiego lub mienia albo o pościg za osobą podjęty bezpośrednio po popełnieniu przez nią przestępstwa oraz gdy zbiegł z miejsca zdarzenia, zakładowi ubezpieczeń, który wypłacił poszkodowanemu odszkodowanie, przysługuje tzw. prawo regresu, czyli prawo dochodzenia od kierującego pojazdem mechanicznym zwrotu wypłaconego z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych odszkodowania (art. 43 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych).

Z regulacji normatywnej obowiązującej w prawie polskim wynika zatem, że umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawiera się w odniesieniu do pojazdu mechanicznego, a nie w odniesieniu do jego właściciela czy posiadacza¹⁴. Jeden pojazd mechaniczny powinien być objęty jedną umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody, które mogą powstać w związku z ruchem tego pojazdu, bez względu na to, ile osób będzie tym pojazdem kierować. Z kolei w sytuacji, gdy jedna osoba jest właścicielem lub posiadaczem kilku pojazdów mechanicznych, ma ona obowiązek zawarcia odrębnych umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla każdego pojazdu. Taki model podmiotowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej należy uznać za zakorzeniony w polskim porządku prawnym, bowiem istnieje w takim kształcie od chwili wprowadzenia obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych.

W pierwszym półroczu 2020 r. zysk zakładów ubezpieczeń z tytułu składek uiszczanych w związku z zawarciem umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych wyniósł przeszło 7,3 mld złotych. Z kolei suma wypłaconych odszkodowań z tytułu tych umów w pierwszym półroczu 2020 r. opiewała na kwotę niecałych 4,5 mld złotych¹⁵. Z kolei z analizy wyników badań rynku po trzecim kwartale 2020 r. wynika, że suma zapłaconych składek opiewała na kwotę prawie 11 mld złotych, a suma wypłaconych odszkodowań wynosiła nieco ponad 6,6 mld złotych¹⁶. Nie ulega wątpliwości, że środki finansowe gromadzone przez ubezpieczycieli z tytułu składek na ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych pozwalają na wypłatę odszkodowań oraz generują nadwyżkę finansową.

¹³ Por. K. Niezgoda, *Ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych. Komentarz*, red. J. Maskowski, komentarz do art. 35, System Informacji Prawnej Legalis, Warszawa 2012, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zoge3dkmbvgm4tinzoobqxlrrga3tinbvyzq#tabs-metrical-info> (dostęp: 23.10.2019 r.).

¹⁴ Por. P. Sikora, *Wybrane zagadnienia ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych na tle porównawczym, O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga Jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, red. E. Bagińska, W.W. Mogiński, M. Wałachowska, M.P. Ziemiński, Toruń 2019, s. 462.

¹⁵ Por. PIU *wyniki rynku II kw. 2020* – tabela z wynikami, <https://piu.org.pl/ubezpieczyciele-wyplacili-poszkodowanym-prawie-20-mld-zl/> (dostęp: 8.04.2021 r.).

¹⁶ Por. PIU *wyniki rynku III kw. 2020* – tabela z wynikami, <https://piu.org.pl/30-mld-zl-odszkodowan-dla-poszkodowanych/> (dostęp: 8.04.2021 r.).

3. MODEL UMOWY UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ POSIADACZY POJAZDÓW MECHANICZNYCH W PRAWIE BRYTYJSKIM

Obowiązujący w Wielkiej Brytanii model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych można scharakteryzować jednym zdaniem „*A policy will cover the use of the vehicle by the assured himself*”¹⁷. Od powyższej zasady są wyjątki, gdy ustawa przewiduje objęcie odpowiedzialnością zakładu ubezpieczeń również innych, niż ubezpieczający, osób kierujących pojazdem. W szczególności zakresem umowy ubezpieczenia mogą być objęte osoby bliskie ubezpieczającego lub jego pracownicy.

Obowiązująca w Wielkiej Brytanii ustawa *Road Traffic Act* z 1988 r.¹⁸ stanowi, że osoby używające pojazdów silnikowych muszą być ubezpieczone lub zabezpieczone od odpowiedzialności cywilnej. Określenie „pojazd silnikowy” oznacza pojazd napędzany mechanicznie przeznaczony lub przystosowany do używania na drogach (art. 185.1.c RTA). Artykuł 143.1 RTA stanowi, że: „a) osoba nie może używać pojazdu silnikowego na drodze lub w innym miejscu publicznym o ile nie obowiązuje w stosunku do używania tego pojazdu przez tę osobę taka polisa ubezpieczeniowa lub takie zabezpieczenie w odniesieniu do odpowiedzialności cywilnej, które są zgodne z wymogami niniejszej części Ustawy [czyli części VI zatytułowanej: Odpowiedzialność osoby trzeciej], oraz b) osoba nie może powodować używania pojazdu silnikowego na drodze lub w innym miejscu publicznym przez jakąkolwiek inną osobę ani nie może zezwolić innej osobie na takie używanie o ile nie obowiązuje w stosunku do używania tego pojazdu przez tę inną osobę taka polisa ubezpieczeniowa lub takie zabezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, które są zgodne z wymogami niniejszej części Ustawy”. Obowiązek ubezpieczenia powstaje w związku z używaniem pojazdu na drodze lub w innym miejscu publicznym¹⁹.

Użycie pojazdu silnikowego, z którym związany jest obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, oznacza każdą sytuację, gdy osoba ma kontrolę nad pojazdem²⁰. W pewnych sytuacjach pasażer może używać pojazdu w rozumieniu art. 143 RTA. W orzecnictwie brytyjskich sądów wskazuje się, że użycie pojazdu występuje w przypadku, gdy: osoba pcha samochód kierowany przez inną osobę, a następnie wskakuje na miejsce pasażera; pasażer asystuje w prowadzeniu pojazdu; właściciel pojazdu jest pasażerem podwożonym do swojego domu; pojazd jest zaparkowany i pozostaje pod kontrolą posiadacza; pojazd pozostaje na drodze lub w innym miejscu publicznym, także gdy nie może być w danej chwili napędzany mechanicznie; pojazd stacza się ze wzniesienia bez użycia silnika²¹.

Zabezpieczenie musi być udzielone przez uprawnionego ubezpieczyciela lub organ, który prowadzi działalność gospodarczą w Wielkiej Brytanii, polegającą

¹⁷ „Polisa obejmuje używanie pojazdu przez samego ubezpieczającego” – R. Merkin, J. Stuart-Smith, *The law of Motor Insurance*, Londyn 2004, s. 126.

¹⁸ UK Public General Acts 1988, chapter 52 (www.legislation.gov.uk) – dalej RTA (dostęp: 7.10.2019 r.).

¹⁹ J. Birds, *Birds modern insurance law*, Londyn 2007, s. 383.

²⁰ R. Merkin, J. Stuart-Smith, *The law...*, s. 293.

²¹ K. Ludwichowska, *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008, s. 264 i wskazane tam orzecznictwo.

na udzielaniu podobnego rodzaju zabezpieczeń oraz złożył i utrzymuje w depozycie przy Głównym Inspektorze Rachunkowym Sądów Wyższych sumę 15 tys. funtów brytyjskich w związku z prowadzeniem tej działalności (art. 46.2 RTA). Polisa ubezpieczeniowa musi być wydana przez uprawnionego ubezpieczyciela (art. 145.2 RTA). Polisa musi obejmować ubezpieczeniem taką osobę, osoby lub grupę osób, które są wyszczególnione w polisie w odniesieniu do wszelkiej odpowiedzialności, jaką może lub mogą ponieść w związku ze śmiercią lub uszkodzeniem ciała jakiegось osoby lub uszkodzeniem mienia spowodowanymi przez używanie lub wynikające z używania pojazdu na drodze lub w innym miejscu publicznym w Wielkiej Brytanii (art. 145.3a RTA). Przez termin „polisa” należy rozumieć prawnie egzekwowlaną umowę ubezpieczenia²².

Odpowiedzialność ubezpieczyciela nie jest nieograniczona. Nie obejmuje ona odpowiedzialności z tytułu śmierci, która nastąpiła w związku z zatrudnieniem, a także śmierci osoby zatrudnionej przez osobę ubezpieconą na podstawie polisy oraz z tytułu obrażeń ciała poniesionych przez taką osobę wynikających w związku z zatrudnieniem. Ubezpieczyciel nie ma również obowiązku zapewnienia ubezpieczenia w kwocie wyższej niż 1,2 mln funtów z tytułu wszelkiej odpowiedzialności, jaka może być ponoszona w związku z uszkodzeniem mienia spowodowanym przez każdy wypadek z udziałem pojazdu lub wynikający z niego ani do ponoszenia odpowiedzialności z tytułu uszkodzenia pojazdu, ani do ponoszenia odpowiedzialności z tytułu uszkodzenia towarów przewożonych w celach zarobkowych w lub na pojeździe albo w lub na przyczepie (bez względu na to, czy była przyłączona czy nie) ciągniętej przez pojazd, ani do ponoszenia jakiegokolwiek odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez osoby z tytułu uszkodzenia mienia pozostającego w jego opiece, i pod jego kontrolą, ani do pokrycia jakiegokolwiek odpowiedzialności umownej (art. 145.4 RTA).

Używanie pojazdu z naruszeniem art. 143.1 RTA, tj. bez ważnej polisy, stanowi przestępstwo (art. 143.2 RTA). Osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa używania pojazdu silnikowego z naruszeniem art. 143 RTA nie zostanie skazana, jeśli udowodni: że pojazd nie należał do niej i nie był w jej posiadaniu w ramach umowy najmu lub użyczenia; że używała pojazdu w ramach zatrudnienia, i że nie wiedziała ani nie miała powodów, żeby uważać, że nie obowiązywała w stosunku do tego pojazdu taka polisa ubezpieczeniowa lub takie zabezpieczenie, jakie zostały wymienione w art. 143.1 RTA (art. 143.3 RTA).

W ustawie *Road Traffic Act* przewidziano obowiązek wypłaty przez ubezpieczyciela odszkodowania z polisy właściciela pojazdu również w sytuacji, gdy pojazdem kierowała osoba nieuprawniona, niewymieniona w polisie, np. złodziej (art. 151.2b RTA). Objęcie ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez osoby nieuprawnione podyktowane jest koniecznością implementacji dyrektyw unijnych²³. W brytyjskim porządku prawnym określono też

²² J. Birds, *Birds modern...*, p. 386.

²³ Obowiązek ten wprowadziła druga dyrektywa Rady 84/5/EWG z 30.12.1983 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów silnikowych (Dz.Urz. EWG L 8 z 11.01.1984 r., s. 17), obecnie obowiązek ten wynika z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/103/WE z 16.09.2009 r. w sprawie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych i egzekwowania obowiązku ubezpieczania od takiej odpowiedzialności (Dz. Urz. WE L 263 z 7.10.2009 r., s. 11).

zasady odpowiedzialności za szkody powstałe przez kierowców nieubezpieczonych lub niestualonych²⁴.

Podsumowując, z regulacji normatywnej obowiązującej w Wielkiej Brytanii wynika, że każdy kierujący pojazdem ma obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia we własnym imieniu, niezależnie od tego, jakim pojazdem będzie się poruszał. Obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia nie jest związany tylko z posiadaniem pojazdu, lecz również z faktem rzeczywistego używania pojazdu na drodze lub w innym miejscu publicznym. Obowiązek zawarcia umowy ciąży zatem także na osobie, która nie jest ani właścicielem, ani posiadaczem żadnego pojazdu, jeśli zamierza kierować pojazdem należącym do innej osoby.

Według danych udostępnionych przez The Association of British Insurers w 2020 r. zakłady ubezpieczeń uzyskały 12,5 mld funtów z tytułu składek zapłaconych w związku z ubezpieczeniem pojazdów mechanicznych²⁵. Z kolei suma wypłaconych odszkodowań z tytułu szkód wyrządzonych w związku z ruchem pojazdów w 2020 r. opiewało na kwotę 8,3 mld funtów²⁶.

4. ANALIZA POTRZEBY WPROWADZENIA ZMIAN W POLSKIEJ REGULACJI UMOWY UBEZPIECZENIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ POSIADACZY POJAZDÓW MECHANICZNYCH

W przywołanej na wstępie interpelacji poselskiej wskazano potrzebę wprowadzenia zmian w polskiej regulacji normatywnej umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych przede wszystkim ze względu na pojawiający się problem związany ze zwykłą wysokością składki dla ubezpieczających, którzy nie są sprawcami szkody, jednak są posiadaczami pojazdu, w związku z ruchem którego została wyrządzona szkoda przez inną osobę.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych taryfy oraz wysokość składek ubezpieczeniowych za ubezpieczenia obowiązkowe ustala zakład ubezpieczeń. W każdym przypadku ustalenia taryfy składek za ubezpieczenia obowiązkowe lub ich zmiany zakład ubezpieczeń przedstawia organowi nadzoru informacje o tych taryfach oraz o podstawach ich ustalenia (art. 8 ust. 2 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Informacja taka powinna zawierać w szczególności analizę szkodowości oraz kosztów obsługi ubezpieczenia uzasadniającą wprowadzenie każdorazowej zmiany w taryfie (art. 8 ust. 3 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych). Z przedstawionych przepisów wynika, że organ nadzoru kontroluje sposób ustalania wysokości składki przez zakłady ubezpieczeń. Na polskim rynku ubezpieczeniowym powszechnie przyjętą zasadą jest system zniżek i zwyżek istniejący w taryfach składek za ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej

²⁴ Uninsured Drivers Agreements between Motor Insurers' Bureau and the Government, www.mib.org.uk (dostęp: 15.10.2019 r.).

²⁵ *Driving a better deal – the cost of motor insurance at a four year low in 2020 according to the ABI's latest Motor Insurance Premium Tracker*, <https://www.abi.org.uk/news/news-articles/2021/01/driving-a-better-deal---the-cost-of-motor-insurance-at-a-four-year-low-in-2020-according-to-the-abis-latest-motor-insurance-premium-tracker/> (dostęp: 10.04.2021 r.).

²⁶ *Pandemic lockdowns lead to fall in motor insurance claims in 2020*, <https://www.abi.org.uk/news/news-articles/2021/03/pandemic-lockdowns-lead-to-fall-in-motor-insurance-claims-in-2020/> (dostęp: 10.04.2021 r.).

posiadaczy pojazdów mechanicznych. Zniżki przysługują za bezszkodową jazdę i maksymalnie sięgają nawet 60%.

W aktualnym polskim stanie prawnym w przypadku, gdy określona osoba jest posiadaczem kilku pojazdów, wyrządzenie szkody przez kierującego jednym z tych pojazdów powoduje utratę zniżek dla wszystkich pojazdów. Może to być szczególnie odczuwalne dla przedsiębiorców, którzy udostępniają swoje samochody np. pracownikom. Niezależnie bowiem od tego, kto jest sprawcą szkody (czy posiadacz pojazdu czy osoba, której udostępnił on swój pojazd), finansowe skutki zwyczajki składki odczuje posiadacz pojazdów, a nie sprawca szkody związanej z ruchem pojazdu. Zmiana modelu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych spowodowałaby, że konsekwencje finansowe w postaci zwyczajki składki związane z wyrządzeniem szkody w związku z ruchem pojazdu ponosiłby sprawca szkody, co należy uznać za pożądane. Trzeba jednak zauważyć, że w obecnym stanie prawnym posiadacz pojazdu może na zasadach ogólnych domagać się od sprawcy szkody odszkodowania w związku z koniecznością zapłaty składki ubezpieczeniowej w wyższej wysokości. Nie powinno ulegać wątpliwości, że sprawca szkody wyrządzonej w związku z ruchem pojazdu, której naprawienie objęte było umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jest zobowiązany także do naprawienia szkody, którą wyrządził posiadaczowi tego pojazdu.

W przywołanej na wstępie niniejszego opracowania interpelacji poselskiej zaproponowano również inne rozwiązanie problemu zwyczajki składki, którego wprowadzenie nie wiązałoby się ze zmianą modelu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Mianowicie, w przypadku posiadania przez jedną osobę kilku samochodów, wyrządzenie szkody przez ruch jednego z tych pojazdów nie powodowałoby zmiany wysokości składki dla pozostałych pojazdów. W odniesieniu do tej propozycji należy stwierdzić, że wprowadzenie takiego rozwiązania nie wydaje się możliwe bez zmiany konstrukcji umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych. Przyjmując bowiem obowiązującą zasadę przypisania ubezpieczenia do pojazdu, a nie do kierującego, system zniżek i zwyczajek musi pozostać związany ze szkodami wyrządzonymi przez ruch określonego pojazdu, a nie przez określonego kierującego. Słusznie zwrócił na to uwagę Minister Rozwoju i Finansów w odpowiedzi na interpelację²⁷, w której wskazał, że takie rozwiązanie budziłoby wątpliwości przede wszystkim o charakterze systemowym.

Należy mieć na uwadze, że osobą odpowiedzialną za wyrządzenie szkody jest osoba fizyczna kierująca pojazdem, a nie sam pojazd. W związku z powyższym, w przypadku posiadacza kilku pojazdów, który wyrządza szkodę w związku z ruchem jednego z tych pojazdów, zwiększa się ryzyko wyrządzenia szkody przez tego posiadacza w związku z ruchem innych posiadanych przez niego pojazdów. Nie wydaje się zatem zasadne przypisywanie systemu zniżek i zwyczajek do konkretnego pojazdu. Wysokość składki na ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych uzależniona jest od oceny prawdopodobieństwa

²⁷ Odpowiedź z 20.12.2017 r. (FN6.054.30.2017) na interpelację poselską, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=17900> (dostęp: 23.10.2019 r.).

spowodowania wypadku przez posiadacza tego pojazdu. W sytuacji, gdy określona osoba jest posiadaczem kilku pojazdów, to prawdopodobieństwo się zmienia w odniesieniu do wszystkich pojazdów, a nie tylko w stosunku do tego, którym została wyrządzona szkoda.

Odejście od modelu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych przypisanego do pojazdu spowodowałoby też wzrost ryzyka niedopełniania obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia w zakresie szkód wyrządzonych w związku z ruchem pojazdu. Aktualnie w polskim systemie prawnym spełnianie obowiązku zawarcia analizowanej umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej może być kontrolowane przez różne podmioty i organy (m.in. policję, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (UFG), jednostki samorządu terytorialnego). Obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia powstaje bowiem z chwilą rejestracji pojazdu i zasadniczo trwa do czasu jego wyrejestrowania, bez względu na to, czy pojazd jest używany. Powiązanie obowiązku zawarcia umowy z faktem poruszania się pojazdu po drodze z udziałem określonego kierującego spowodowałoby niemożność uprzedniej kontroli spełnienia obowiązku zawarcia tej umowy. Ustalenie, czy kierujący zawarł umowę ubezpieczenia byłoby możliwe jedynie w czasie, w którym pojazd znajdowałby się w ruchu (bo tylko wtedy powstawałby obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia). Takie rozwiązanie nie wydaje się słuszne, bowiem podstawowym uzasadnieniem dla istnienia obowiązku zawierania umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych jest ochrona poszkodowanych. Jak podkreślił Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego (dalej TK) o zbadanie zgodności z Konstytucją RP²⁸ niektórych przepisów ustawy z 28.07.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej²⁹, nałożenie na obywateli obowiązku zawierania umów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych ma na celu ochronę ważnego interesu społecznego. Natomiast z uwagi na cywilnoprawny charakter umowy ubezpieczenia, nie jest możliwe „przymuszenie” obywatela do faktycznego zawarcia takiej umowy. Dopuszczalne jest jedynie wprowadzenie sankcji za niedopełnienie tego obowiązku. Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 88 ust. 1 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych osoba, która nie spełniła obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia obowiązkowego, jest obowiązana wnieść opłatę. Opłata wnoszona jest na rzecz UFG (art. 88 ust. 7 ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych).

Rozważając wprowadzenie zmian legislacyjnych, niewątpliwie pierwszorzędne znaczenie należy przypisać takim rozwiązaniom, których skutkiem będzie wyeliminowanie z ruchu pojazdów i kierujących, którzy nie dopełnili obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Analizowana koncepcja zmiany konstrukcji umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadziłaby natomiast w przeciwnym kierunku, bowiem utrudniłaby weryfikację i ewentualne nakładanie sankcji w postaci opłat na osoby, które uchylają się od obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia. Mając na uwadze interes osób poszkodowanych w związku z ruchem pojazdów mechanicznych, pożądane wydaje się utrzymanie

²⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

²⁹ Por. uzasadnienie wyroku TK z 23.04.2002 r., K 2/01, Dz.U. z 2002 r. Nr 63, poz. 578.

rozwiązań normatywnych, które pozwalają na efektywną kontrolę realizacji obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej.

5. WNIOSKI

Podsumowując, należy stwierdzić, że istniejący w polskim porządku prawnym obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej został trafnie nałożony na posiadaczy pojazdów mechanicznych. Obowiązek ten związany jest w istocie z faktem rejestracji pojazdu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (z nielicznymi wyjątkami określonymi w ustawie), a nie jest związany z faktem poruszania się pojazdu po drodze, czy też z osobą kierującego. Taki model, zakorzeniony w prawie polskim, wydaje się optymalny w świetle polskich uwarunkowań prawnych i ekonomicznych. W ostatnich latach odsetek nieubezpieczonych pojazdów w Polsce oscyluje wokół 1%³⁰. Zmiana modelu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych mogłaby doprowadzić do wzrostu liczby nieubezpieczonych kierujących poruszających się po drogach. Weryfikacja spełnienia obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia dokonywana byłaby bowiem jedynie wyrывkowo, przy okazji kontroli pojazdów poruszających się po drogach. Nie byłoby możliwości sprawdzenia, tak jak obecnie, czy każdy pojazd jest ubezpieczony, bowiem ten obowiązek byłby związany nie z rejestracją pojazdu, ale z faktem poruszania się po drodze pojazdu z konkretnym kierującym.

Dostrzegalne obecnie negatywne skutki finansowe związane ze zwyżką wysokości składki w przypadku wyrządzenia szkody przez pojazd, którym poruszała się inna osoba, niż jego właściciel, można rozwiązać w inny sposób niż poprzez zmianę całego modelu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych. Przykładowo, można byłoby wprowadzić regulację przewidującą możliwość dodatkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej dla osób kierujących pojazdami (lub też taki obowiązek dla tych kierujących, którzy w ostatnim czasie wyrządzili szkody w związku z ruchem kierowanych pojazdów). W takim przypadku właściciel pojazdu zawierałby dla pojazdu umowę na dotychczasowym zasadach (z obowiązującym systemem zniżek i zwyżek). W przypadku, gdy pojazdem miałyby kierować osoba, która w ostatnim czasie wyrzodziła szkodę, posiadacz pojazdu przed jego udostępnieniem mógłby zażądać okazania dodatkowej polisy ubezpieczeniowej. Dodatkowe ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej kierującego powodowałoby solidarną odpowiedzialność za wyrzdzoną szkodę posiadacza oraz kierującego, a w konsekwencji – zakładów ubezpieczeń, z którymi zawarte zostały umowy ubezpieczenia. Ewentualnie można by rozważyć wprowadzenie rozwiązań normatywnych, które zakazywałyby zakładom ubezpieczeń podwyższania wysokości składki w przypadku, gdy za szkodę wyrzdzoną w związku z ruchem pojazdu odpowiedzialna jest inna osoba, niż jego posiadacz będący ubezpieczającym. Takie rozwiązanie stanowiłoby jednak dość istotną ingerencję w obowiązujący aktualnie sposób ustalania wysokości składki oraz system zwyżek i zniżek, który – w granicach określonych w ustawie oraz pod kontrolą organu nadzoru – jest określany przez zakłady ubezpieczeń, a nie przez ustawodawcę.

³⁰ www.ufg.pl

Summary

Katarzyna Malinowska-Woźniak, *Polish and British Model of Civil Liability Insurance Agreement for Vehicle Possessors*

Liability for damage caused as a result of driving a motor vehicle is borne not only by the person who caused the damage/injury, but also by the insurance company with which a civil liability motor insurance agreement was concluded. In the Polish legal order, a possessor of a motor vehicle is obliged to conclude an insurance agreement, regardless of whether he/she will personally drive the vehicle and regardless of whether the vehicle will be driven at all. This study attempts to answer the question if such a model of civil liability insurance agreement of motor vehicles possessors is appropriate in the Polish legal system or if, perhaps, it should be changed, following the solutions developed in other countries. The British model of third party liability insurance agreement is analysed. In this model it is the driver who is obliged to conclude an insurance agreement, not the possessor or owner of the vehicle. Finally, a conclusion is formulated that it is not necessary to change the Polish model of civil liability insurance agreements for motor vehicle possessors.

Keywords: motor vehicle, civil liability (third party liability), mandatory insurance, possessor, insurance agreement

Streszczenie

Katarzyna Malinowska-Woźniak, *Polski i brytyjski model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych*

Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną w związku z ruchem pojazdu mechanicznego ponosi nie tylko sprawca szkody, ale także zakład ubezpieczeń, z którym zawarto umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z ruchem pojazdu. W polskim porządku prawnym obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia spoczywa na posiadaczu pojazdu, niezależnie od tego, czy będzie pojazdem kierował osobiście, czy też bez względu na to, czy pojazd w ogóle będzie się poruszał po drodze. W niniejszym opracowaniu podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy taki model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych jest odpowiedni w polskim systemie prawnym czy też może należałoby go zmienić, korzystając ze wzorców wypracowanych w innych państwach. Analizie poddano brytyjski model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, w którym obowiązek zawarcia umowy spoczywa na kierującym pojazdem. Sformułowano wniosek, że nie ma potrzeby dokonywania zmiany polskiego modelu umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych.

Słowa kluczowe: pojazd mechaniczny, odpowiedzialność cywilna, ubezpieczenie obowiązkowe, posiadacz, umowa ubezpieczenia

Literatura:

1. Bieniek G., *Odpowiedzialność cywilna za wypadki drogowe*, System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369312548/9?tochHit=1&cm=URELATIONS>
2. Birds J., *Birds modern insurance law*, Londyn 2007.
3. Bucoń P., *Odpowiedzialność cywilna uczestników wypadku komunikacyjnego*, System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/monograph/369182420/26?tochHit=1&cm=URELATIONS>
4. Ludwichowska K., *Odpowiedzialność cywilna i ubezpieczeniowa za wypadki samochodowe*, Toruń 2008.

5. Maśniak D., *Komentarz do ustawy o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych* [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych*, t. I, *Komentarz*, wyd. II, red. M. Serwach, System Informacji Prawnej LEX, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587263187/60627/serwach-malgorzata-red-komentarz-do-ustawy-o-ubezpieczeniach-obowiazkowych-u-bezpieczeniowym...?cm=URELATIONS>
6. Merkin R., Stuart-Smith J., *The law of Motor Insurance*, Londyn 2004.
7. Niezgoda K., *Ustawa o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych. Komentarz*, red. J. Maskowski, System Informacji Prawnej Legalis, Warszawa 2012, <https://sip.legalis.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zoge3dkmbvgm4tinzoobqxalrrga3tinbvgyzq#tabs-metrical-info>
8. Sikora P., *Wybrane zagadnienia ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych na tle porównawczym, O dobre prawo dla ubezpieczeń. Księga Jubileuszowa Profesora Eugeniusza Kowalewskiego*, red. E. Bagińska, W.W. Mogilski, M. Wałachowska, M.P. Ziemiński, Toruń 2019.

Marcin Białecki*

Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji – zagadnienia wybrane**

1. WPROWADZENIE

Celem niniejszego opracowania jest analiza wybranych zagadnień dotyczących przebiegu postępowania w sprawach o wydanie dziecka w ramach Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji¹ w odniesieniu do przepisów ustawy – Kodeks postępowania cywilnego² i ustawy z 26.01.2018 r. o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych³. Już w tym miejscu należy zaznaczyć, że przedmiotowa analiza opiera się przede wszystkim na badaniach empirycznych, co oznacza, że przyjętym przeze mnie założeniem jest nie tylko koncentrowanie się na poszczególnych przepisach Kodeksu postępowania cywilnego i innych aktach prawnych dotyczących spraw o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę, ale przede wszystkim skupienie się wokół funkcji

* Marcin Białecki jest doktorem nauk prawnych, Katedra Postępowania Cywilnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz adwokatem, mediatorem, Polska, ORCID: 0000-0003-2894-3775; e-mail: m.bialecki@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.04.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 22.04.2021 r.

¹ Dz.U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 ze zm. – dalej Konwencja lub Konwencja haska.

² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 416 – dalej u.w.n.cz.org.cent. Niniejsza ustawa służy stosowaniu rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie nr 2201/2003. Obowiązująca u.w.n.cz.org.cent. określa zasady i tryb postępowania polskiego organu centralnego, polskich sądów oraz innych polskich organów w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa UE i umów międzynarodowych, a także postępowania przed polskim organem centralnym w sprawach objętych m.in. Konwencją dotyczącą cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzoną w Hadze 25.10.1980 r.

wprowadzonych rozwiązań i ich użyteczności, przy subsydiarnym zastosowaniu metody dogmatycznoprawnej⁴.

Przeprowadzone przeze mnie badania, a także wnioski z nich płynące, oparte są na empirycznej analizie akt sądowych udostępnionych przez sądy okręgowe i odpowiednie wydziały tych sądów, które orzekają w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę oraz w sprawach o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę⁵. Badaniom aktowym poddanych zostało 30 prawomocnie zakończonych spraw nadesłanych przez Sądy Okręgowe (dalej SO) mające swoje siedziby w: Poznaniu, Warszawie, Gdańsku, Wrocławiu, Katowicach, Lublinie, Białymstoku, Szczecinie, Rzeszowie i Łodzi. Zgodnie z art. 569¹ § 1 k.p.c. do właściwości SO z siedzibą w miejscowości będącej siedzibą Sądu Apelacyjnego (dalej SA) należą sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzone na podstawie Konwencji, jeżeli na tym obszarze osoba podlegająca władzy rodzicielskiej lub pozostająca pod opieką ma miejsce zamieszkania lub pobytu. Oznacza to zatem, że do rozpoznawania powyższych spraw powołanych jest 11 SO z siedzibami w: Poznaniu, Warszawie, Gdańsku, Wrocławiu, Katowicach, Lublinie, Białymstoku, Szczecinie, Rzeszowie, Łodzi i Krakowie. Badania empiryczne prowadzone były w okresie od 1.10.2019 r. do 29.02.2020 r. i obejmowały jedynie sprawy prawomocnie zakończone na etapie postępowania przed sądem I instancji bądź na etapie wydania prawomocnego orzeczenia przez Sąd Apelacyjny w Warszawie, który orzeka jako sąd II instancji przy założeniu, iż orzeczenie sądu I instancji zostało zaskarżone apelacją.

Postępowanie w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę rozpoznawane na podstawie przepisów Konwencji charakteryzuje się dynamiką, która zakłada m.in. konieczność szybkości działania między właściwymi organami centralnymi. Postulat szybkości postępowania odnosi się także bezpośrednio do postępowania przed sądem, który – co do zasady – powinien wydać rozstrzygnięcie w terminie sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku (por. art. 11 Konwencji). W trakcie badań aktowych zauważyłem, że zarówno organ centralny, jak i sądy prowadzące te postępowania traktują je w sposób priorytetowy i podejmują działania niezwłocznie. Nie ulega jednak wątpliwości, że wydanie rozstrzygnięcia w terminie określonym w art. 11 Konwencji jest obiektywnie trudne i wiąże się najczęściej z przyczynami leżącymi

⁴ Szerzej M. Bialecki, *Wykorzystanie mediacji online w ramach postępowania prowadzonego w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzanej w Hadze dnia 25 października 1980 r.* [w:] *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017, s. 343–361; M. Bialecki, *Postępowanie mediacyjne w ramach Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – zagadnienia praktyczne mediacji transgranicznej* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, Warszawa 2017, s. 999–1007.

⁵ Chodzi o sprawy znajdujące się w wykazie zamieszczonym w załączniku nr 2 do zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej (Dz.Urz. MS z 2019 r. poz. 138 ze zm.). Por. także M. Bialecki, *Mediacja w sprawach o wydanie dziecka na podstawie konwencji haskiej z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – uwagi na tle obowiązujących przepisów i proponowanych zmian w zakresie wprowadzenia instytucji organizacji postępowania* [w:] *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, F. Manikowski, Warszawa 2019, s. 426–439. Z uwagi na przyjęty zakres niniejszego opracowania nie zostanie omówiony przebieg postępowania przed polskim organem centralnym oraz przebieg postępowania wykonawczego.

po stronie uczestników postępowania i ich inicjatywy dowodowej. Niewątpliwie wpływ na opóźnienie w wydaniu orzeczenia w I instancji ma dopuszczenie dowodu z opinii biegłych Opiniodawczego Zespołu Sądowych Specjalistów⁶, mimo że na wydanie takiej opinii w omawianych sprawach czeka się relatywnie krótko, gdyż takie sprawy traktowane są pierwszoplanowo.

Zgodnie z zasadą wprowadzoną w art. 11 Konwencji władze sądowe lub administracyjne każdego umawiającego się państwa powinny podejmować niezwłoczne działania w celu powrotu dziecka. Jeżeli dana władza sądowa lub administracyjna nie podejmie decyzji w ciągu sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku, to wnioskodawca lub organ centralny państwa wezwanego, z własnej inicjatywy lub na wniosek organu centralnego państwa wzywającego, może żądać przedstawienia powodów zwłoki. Jeżeli organ centralny państwa wezwanego otrzyma odpowiedź, to organ ten przekazuje ją organowi centralnemu państwa wzywającego lub, w stosownych przypadkach, wnioskodawcy. Termin sześciu tygodni będzie dotyczył wniosków o nakazanie powrotu dziecka, które wpływają do polskiego organu centralnego lub do właściwego sądu okręgowego, przy czym należy mieć na względzie fakt, że będzie chodziło zasadniczo o wydanie przez sąd postanowienia w przedmiocie nakazania powrotu bądź oddalenia wniosku, zaś bieg terminu liczony będzie od dnia wpływu wniosku do sądu, nie do organu centralnego. Wskazany termin ma charakter instrukcyjny.

2. POSTĘPOWANIE PRZED SĄDEM OKRĘGOWYM JAKO SĄDEM I INSTANCJI W SPRAWACH O ODEBRANIE OSOBY PODLEGĄCEJ WŁADZY RODZICIELSKIEJ LUB POZOSTAJĄCEJ POD OPIEKĄ

2.1. Właściwość rzeczowa i miejscowa sądu w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką

Zgodnie z art. 569¹ § 1 k.p.c. do właściwości sądu okręgowego z siedzibą w miejscowości będącej siedzibą sądu apelacyjnego należą sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzone na podstawie Konwencji, jeśli na tym obszarze osoba podlegająca władzy rodzicielskiej lub pozostająca pod opieką ma miejsce zamieszkania lub pobytu⁷. Stosownie do art. 569¹ § 2 k.p.c. sąd okręgowy orzeka w terminie sześciu tygodni od dnia wniesienia wniosku. W tym miejscu raz jeszcze zaznaczam, że ustawodawca w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego posługuje się pojęciem spraw o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji haskiej z 1980 r. Z tej perspektywy, kierując się zasadami wykładni systemowej, bardziej trafne byłoby ich wyraźne zróżnicowanie w Kodeksie postępowania cywilnego poprzez wprowadzenie ujednolicenia zgodnego z zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z 19.06.2019 r. w sprawie organizacji i zakresu

⁶ Dawniej Rodzinny Ośrodek Diagnostyczno-Konsultacyjny (RODK) – dalej OZSS.

⁷ Kwestia właściwości rzeczowej i miejscowej sądów okręgowych została przeze mnie poruszona w części wprowadzającej, przy czym dla tej kategorii spraw z obszaru właściwości SA w Warszawie właściwy jest SO w Warszawie (art. 569¹ § 3 k.p.c.).

działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej⁸, z którego wynika podział na: a) sprawy o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji oraz b) sprawy o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji⁹. Postępowanie w sprawach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji może toczyć się tylko na wniosek – wyłączone jest wszczęcie tego postępowania z urzędu przez sąd.

2.2. Wniosek o nakazanie powrotu dziecka i przymus adwokacko-radcowski

Wniosek o nakazanie powrotu dziecka może być wniesiony do właściwego miejscowo i rzeczowo sądu okręgowego bez pośrednictwa polskiego organu centralnego, na co zezwala przepis art. 569¹ § 4 k.p.c., i w takim przypadku sąd okręgowy zawiadamia niezwłocznie sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania osoby, której wniosek ma dotyczyć, a w braku miejsca zamieszkania – sąd opiekuńczy miejsca jej pobytu (art. 569 § 1 k.p.c.)¹⁰. Sąd okręgowy zawiadamia o wniesieniu wniosku oraz o zakończeniu postępowania w tej sprawie, co ma związek z omawianą wcześniej koniecznością zawieszenia postępowania w przedmiocie władzy rodzicielskiej lub opieki nad osobą, której wniosek dotyczy, w trybie art. 598² § 1 k.p.c. Stanowi to również bezpośrednią realizację wymogu Konwencji z art. 16, który wprowadza zasadę, że po otrzymaniu zawiadomienia o bezprawnym uprowadzeniu lub zatrzymaniu dziecka w rozumieniu art. 3 Konwencji władze sądowe lub administracyjne umawiającego się państwa, do którego dziecko zostało uprowadzone lub w którym zostało zatrzymane, nie będą mogły decydować merytorycznie o prawie do opieki dopóty, dopóki nie zostanie ustalone, że wymogi określone przez Konwencję co do zwrotu dziecka nie zostały spełnione lub jeżeli w stosownym czasie po tym zawiadomieniu nie wpłynął wniosek sporządzony na jej podstawie¹¹.

W postępowaniu w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji obowiązuje zastępstwo uczestników postępowania przez adwokatów lub radców prawnych. Przy czym obowiązku takiego nie stosuje się do wniosku o wszczęcie postępowania w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonych na podstawie Konwencji, w postępowaniu o zwolnienie od kosztów sądowych oraz o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego, a także gdy uczestnikiem postępowania, jego organem, jego przedstawicielem ustawowym lub pełnomocnikiem jest sędzia, prokurator, notariusz, profesor lub

⁸ Dz.Urz. MS z 2019 r. poz. 138 ze zm.

⁹ Takie rozróżnienie byłoby zgodne z terminologią stosowaną w przepisach Konwencji, gdzie mowa jest o wniosku o nakazanie powrotu dziecka. Są to *de facto* dwa odrębne postępowania prowadzone w trybie Konwencji, jedno dotyczy nakazania powrotu, drugie zaś jest postępowaniem wykonawczym i sprowadza się do przymusowego odebrania dziecka. Ramy niniejszego opracowania nie obejmują postępowania wykonawczego.

¹⁰ W przypadku braku takiej podstawy właściwy będzie Sąd Rejonowy m.st. Warszawy.

¹¹ Trzeba pamiętać również o art. 17 Konwencji, zgodnie z którym okoliczność, że orzeczenie dotyczące opieki zostało wydane lub że może być uznane w państwie wezwanym, nie może sama w sobie uzasadniać odmowy zwrotu dziecka na mocy Konwencji, jednakże władze sądowe lub administracyjne państwa wezwanego mogą wziąć pod uwagę, przy stosowaniu Konwencji, przyczyny wydania takiego orzeczenia. W analizowanych przeze mnie sprawach nie doszło do sytuacji opisanej w powyższym przepisie.

doktor habilitowany nauk prawnych, adwokat, radca prawny, radca Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej. Stosownie do art. 578² § 1 k.p.c., sąd przekazuje informację o obowiązkowym zastępstwie procesowym i wzywa do wypowiedzenia się, czy wnioskodawca jest reprezentowany przez pełnomocnika czy też wnosi o ustanowienie pełnomocnika z urzędu¹². Oznacza to, że sporządzenie samego wniosku o nakazanie powrotu nie jest objęte przymusem adwokacko-radcowskim, choć w praktyce sąd już na etapie po ustanowieniu pełnomocnika z urzędu lub z wyboru wzywa do uzupełnienia braków formalnych wniosku poprzez załączenie dwóch odpisów wniosku z załącznikami dla uczestnika i prokuratora w związku z brzmieniem art. 598¹ § 1 k.p.c. oraz do wypowiedzenia się, czy i jakie sprawy dotyczące dziecka w przedmiocie władzy rodzicielskiej lub w przedmiocie uregulowania kontaktów toczyły się lub są w toku, zakończyły się bądź na jakimś etapie, a także do podania sądu i sygnatury akt sprawy.

2.3. Zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy

Zarządzenie sądu o wyznaczeniu rozprawy zawiera natomiast zobowiązanie do złożenia odpowiedzi na wniosek w określonym terminie, ze wskazaniem wszystkich twierdzeń i dowodów pod rygorem pominięcia z przekroczeniem terminu, wypowiedzenia się w przedmiocie gotowości polubownego zakończenia postępowania, złożenia propozycji w tym zakresie, ewentualnie wypowiedzenia się, czy uczestnicy wyrażają wolę udziału w mediacji¹³. Podstawą prowadzenia mediacji w omawianych sprawach jest art. 570² k.p.c., zgodnie z którym w sprawie, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd może skierować uczestników do mediacji. Przedmiotem mediacji nie może być jednak określenie sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej, co wynika bezpośrednio z przedmiotu Konwencji wyrażonego w art. 1 (zapewnienie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych w jednym z umawiających się państw oraz zapewnienie poszanowania praw do opieki i odwiedzin określonych przez ustawodawstwo jednego umawiającego się państwa w innych umawiających się państwach)¹⁴. W analizowanych przeze mnie 30 sprawach, jedynie w trzech przeprowadzono mediację, przy czym dwie sprawy zakończyły się zawarciem ugody przed mediatorem (cofnięcie wniosku i zgoda na powrót dziecka), jedna sprawa ostatecznie nie zakończyła się zawarciem ugody przed mediatorem.

W omawianych sprawach sąd, stosownie do art. 575¹ k.p.c., z urzędu zarządza odbycie całego posiedzenia lub jego części przy drzwiach zamkniętych, jeśli przeciwko publicznemu rozpoznaniu sprawy przemawia dobro małoletniego. Praktyka taka nie jest wprawdzie jednolita, ale sądy bardzo często korzystają z takiego rozwiązania już na etapie wydawania zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy.

Samodzielną podstawę do występowania przez sąd do konsula stanowi przepis art. 1134 k.p.c., zgodnie z którym sądy mogą występować do polskiego

¹² W badanych sprawach sąd dołącza informację z systemu PESEL.SAD uczestników, a następnie ustala, czy uczestnicy posiadają ustanowionych pełnomocników, jeśli nie, to ustanawia pełnomocników z urzędu i postanowienie w tej sprawie wydawane jest niezwłocznie.

¹³ W analizowanych sprawach zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy często obejmowało kilka następujących po sobie terminów rozpraw.

¹⁴ Szerzej na temat mediacji w omawianych sprawach w: M. Bialecki, *Wykorzystanie...*, s. 343–361; M. Bialecki, *Postępowanie...*, s. 999–1007.

przedstawicielstwa dyplomatycznego lub urzędu konsularnego o przeprowadzenie dowodu lub o doręczenie pisma, jeśli osoba, która ma być przesłuchana lub odbiorca pisma jest obywatelem polskim przebywającym za granicą. Przepis ten otwiera drogę do przeprowadzania także innych dowodów, które nie mają charakteru osobowego, w szczególności jest to wykorzystywane w przypadku dopuszczenia dowodu z dokumentu lub zlecenia przeprowadzenia wywiadu środowiskowego¹⁵.

Zgodnie z art. 598¹ § 1 k.p.c. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prokuratorowi doręcza się odpis wniosku i zawiadamia się go o terminach rozprawy¹⁶.

2.4. Wywiad środowiskowy oraz czynności podejmowane przez kuratorów sądowych i komornika

Umieszczenie przepisu art. 569¹ § 1 k.p.c. dotyczącego właściwości miejscowej i rzeczowej sądu okręgowego w omawianych sprawach oznacza, że sąd ten działa jak sąd opiekuńczy, którym zgodnie z art. 568 k.p.c. jest sąd rodzinny. Pozwala to zatem na bezpośrednie zastosowanie art. 570¹ § 1 k.p.c., zgodnie z którym sąd opiekuńczy może zarządzić przeprowadzenie przez kuratora sądowego wywiadu środowiskowego w celu zebrania informacji dotyczących małoletniego i jego środowiska, a w szczególności jego zachowania się, warunków wychowawczych i życiowych, w tym sytuacji bytowej rodziny, przebiegu nauki małoletniego i sposobu spędzania czasu wolnego, jego kontaktów środowiskowych, stosunku do niego rodziców lub opiekunów, podejmowanych oddziaływań wychowawczych, stanu zdrowia i znanych w środowisku uzależnień małoletniego.

Z uwagi na specyfikę spraw prowadzonych w trybie Konwencji haskiej z 1980 r. zlecenie przeprowadzenia wywiadu środowiskowego obejmuje ustalenie: czy dziecko przebywa w Polsce, a jeżeli tak, to od kiedy; jaka jest sytuacja życiowa, osobista, bytowa, mieszkaniowa, zdrowotna i materialna rodziców/opiekunów dziecka; jakie orzeczenia w przedmiocie dziecka zapadły; czy rodzic/opiekun posiada pisemną zgodę na pobyt małoletniego w Polsce; czy zamierza wrócić do kraju, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem; czy są przeszkody w powrocie rodzica/opiekuna z dzieckiem do kraju, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem; czy istnieją zagrożenia dla dobra dziecka w środowisku ojca/matki; czy stwierdza się zaniedbania w opiece nad dzieckiem; czy ojciec/matka dziecka utrzymuje kontakty z dzieckiem i w jakiej formie, i z jaką częstotliwością; czy przed przyjazdem dziecka oboje rodzice/opiekunowie wykonywali prawo do opieki nad dzieckiem i gdzie mieszkali.

Analogicznie do postępowania przed polskim organem centralnym, zgodnie z przepisem art. 598³ k.p.c., jeżeli miejsce pobytu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką nie jest znane, sąd przeprowadzi stosowne dochodzenie w celu ustalenia jej miejsca pobytu. W szczególności sąd może zażądać

¹⁵ Skorzystanie przez sąd z tego przepisu może stanowić alternatywę dla zeznań składanych na piśmie w trybie art. 271¹ k.p.c.

¹⁶ Z przepisu tego wywodzi się podstawa prawna udziału prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.

ustalenia miejsca jej pobytu przez policję. Nie ma też przeszkód, aby sąd zlecił dokonanie takich ustaleń kuratorowi sądowemu, a nawet komornikowi w ramach czynności w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym w oparciu na przepisach art. 3 ust. 4 pkt 1, 1a i 2 ustawy z 22.03.2018 r. o komornikach sądowych¹⁷. Na zlecenie sądu, na podstawie art. 139¹ § 1 k.p.c., komornik osobiście doręcza bezpośrednio adresatowi zawiadomienia sądowe, pisma procesowe oraz inne dokumenty sądowe za potwierdzeniem odbioru i oznaczeniem daty albo stwierdza, że adresat pod podanym adresem nie zamieszkuje. Komornik może również podejmować czynności zmierzające do ustalenia aktualnego adresu zamieszkania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, a także sporządzić protokół stanu faktycznego¹⁸.

2.5. Udział prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji

Zgodnie z art. 598¹ § 1 k.p.c. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prokuratorowi doręcza się odpis wniosku i zawiadamia się go o terminach rozprawy¹⁹. W doktrynie podnosi się, że prokurator nie jest z mocy prawa uczestnikiem postępowania o odebranie dziecka. Może zatem nie przystępować do sprawy i jego absencja oznacza, że nie brał udziału w sprawie. Oznacza to, że jeśli prokurator nie zgłosi swojego udziału w sprawie, wówczas sąd nie ma obowiązku doręczania mu innych pism procesowych poza wnioskiem o nakazanie powrotu dziecka²⁰.

Zgodnie z obowiązującym stanowiskiem Zastępcy Prokuratora Generalnego z 22.09.2016 r.²¹, mając na uwadze wzmożone zainteresowanie problematyką tzw. rodzicielskich uprowadzeń transgranicznych, w szczególności w kontekście orzeczeń sądowych zarządzających wydanie dziecka do miejsca jego stałego pobytu, które budzą wiele emocji w odbiorze społecznym, wyrażając jednocześnie zaniepokojenie sygnalizowanymi przypadkami braku udziału prokuratora w tych sprawach oraz braku aktywności prokuratora uczestniczącego w rozprawie, w dążeniu do realizacji dyrektywny generalnej – interesu dziecka wynikającej z postanowień Konwencji, została przedstawiona metodyka działań w zakresie udziału prokuratora w postępowaniach o wydanie dziecka prowadzonych na podstawie przepisów Konwencji haskiej w celu poprawy jakości działań dla powyższego obszaru aktywności pozakarnej prokuratora. Zastępca Prokuratora Generalnego podniósł,

¹⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 121.

¹⁸ Zgodnie z art. 4 ustawy o komornikach sądowych protokół stanu faktycznego jest zapisem naocznych spostrzeżeń komornika poczynionych w toku osobistych oględzin. Przedmiotem protokołu nie mogą być spostrzeżenia poczynione na podstawie dostępnych komornikowi rejestrów i innych publicznych źródeł informacji, jak też hipotezy dotyczące określonych zjawisk, relacji oraz związków przyczynowo-skutkowych. W toku osobistych oględzin komornikowi nie wolno stosować środków przymusu ani przełamywać oporu osób uczestniczących w czynnościach. Przepis art. 809 k.p.c. stosuje się odpowiednio.

¹⁹ Z przepisu tego wywodzi się, że podstawą prawną udziału prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.

²⁰ Por. Ś. Jastrzęmska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, *Komentarz*. Art. 506–1217, red. T. Szancilo, Warszawa 2019, komentarz do art. 598¹ k.p.c., teza 2.

²¹ PK IV Ko c 369.2016, <http://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/09/c3abc5c4175dc882a888a120229e4d45.pdf> (dostęp: 28.03.2021 r.). Z uwagi na chęć zaprezentowania stanowiska merytorycznego i jego aktualność przytaczam całość dokumentu dostosowaną do prowadzonych badań. Por. także stanowisko Zastępcy Prokuratora Generalnego z 2.06.2016 r., nr PKIV Ko c 18.2016 i PKIV Ko c 184.2016.

że w aktualnym stanie prawnym udział prokuratora w postępowaniu sądowym prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji haskiej należy wywodzić z art. 598¹ § 1 k.p.c., który obliguje sąd opiekuńczy do doręczenia prokuratorowi odpisu wniosku o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką i zawiadamiania o terminach rozprawy. Do tej kategorii należy zaliczyć również sprawy o wydanie dziecka toczące się w trybie postanowień Konwencji haskiej. Obowiązek zgłoszenia udziału przez prokuratora do postępowania o wydanie dziecka, toczącego się w trybie Konwencji, po doręczeniu przez sąd odpisu wniosku wynika z treści § 364 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 7.04.2016 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury²². W związku z powyższym wprowadzona została do ogólnego stosowania standaryzacja działań prokuratora w sprawach o wydanie dziecka, objętych dyspozycjami Konwencji haskiej z 1980 r.

W każdym przypadku doręczenia prokuratorowi przez sąd odpisu wniosku o wydanie dziecka w trybie postanowień Konwencji haskiej i zawiadomienia o terminie rozprawy, prokurator – referent sprawy niezwłocznie dokonuje wglądu do akt sądowych sprawy, sporządzając na tę okoliczność stosowną notatkę przedstawiającą krótki opis stanu faktycznego sprawy oraz rodzaj i treść dołączonych do wniosku dokumentów, a następnie zgłasza udział do toczącego się postępowania na podstawie art. 7 i art. 60 § 1 k.p.c., formułując do sądu pisemne oświadczenie w tym zakresie²³. Zgodnie z art. 60 § 1 k.p.c. prokurator może wstąpić do postępowania w każdym jego stadium. Prokurator nie jest związany z żadną ze stron. Może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie. Od chwili, kiedy prokurator zgłosił udział w postępowaniu, należy mu doręczać pisma procesowe, zawiadomienia o terminach i posiedzeniach oraz orzeczenia sądowe.

Przed uczestnictwem w rozprawie prokurator przedstawia przełożonemu pisemny projekt stanowiska w sprawie, dokonując stosownej adnotacji na okładkach akt, pod którą przełożony składa podpis. W praktyce jednak stanowisko merytoryczne prokuratury w przedmiocie wniosku o nakazanie powrotu znane jest po przeprowadzeniu całego postępowania dowodowego.

W wyniku zgłoszenia udziału do postępowania prokurator, który zgłosił udział, zgodnie z treścią § 360 ust. 3 Regulaminu, uczestniczy w rozprawie przed sądem I instancji, składając przełożonemu sprawozdanie po każdym terminie rozprawy w formie adnotacji na okładkach akt prokuratora, a przełożony stwierdza przyjęcie sprawozdania swoim podpisem pod adnotacją. W przypadku niemożności uczestniczenia w rozprawie przez prokuratora, który zgłosił udział do postępowania, kierownik jednostki lub bezpośredni przełożony zapewnia uczestnictwo w rozprawie, wyznaczając prokuratora, który posiada wiedzę o przedmiocie sprawy.

Po wydaniu przez sąd orzeczenia co do istoty sprawy prokurator uczestniczący w ogłoszeniu orzeczenia składa niezwłocznie jego własną ocenę przełożonemu, który swoim podpisem pod oceną orzeczenia złożoną do akt stwierdza o jej przyjęciu, decydując jednocześnie w zakresie żądania doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem.

²² Dz.U. z 2016 r. poz. 508 – dalej Regulamin.

²³ W objętych analizą aktach takie pisemne oświadczenia nie zawsze były składane, ale prokurator brał udział w każdym postępowaniu prowadzonym w oparciu na przepisach Konwencji.

Trzeba jednak pamiętać, że zgodnie z art. 598⁵ § 3 k.p.c. postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji wymaga uzasadnienia, które sporządza się w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia. Postanowienie wraz z uzasadnieniem doręcza się z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi.

W przypadku doręczenia prokuratorowi orzeczenia z uzasadnieniem, co – jak już wcześniej podnosiłem – następuje z urzędu, prokurator uczestniczący w rozprawie dokonuje jego oceny prawnej, składając przełożonemu sprawozdanie na okoliczność podstaw lub ich braku do wywiedzenia środka zaskarżenia od orzeczenia co do istoty sprawy. W sytuacji braku podstaw do zaskarżenia orzeczenia, prokurator przedstawia przełożonemu pisemną ocenę w tym zakresie, który swoim podpisem pod oceną stwierdza o jej przyjęciu. W przypadku skierowania przez prokuratora środka zaskarżenia, kierownik jednostki niezwłocznie przedstawia akta sprawy do jednostki nadrzędnej.

W sytuacji zaskarżenia orzeczenia przez inny uprawniony podmiot i doręczenia prokuratorowi jego odpisu, prokurator sporządza odpowiedź, a następnie przekazuje akta do jednostki nadrzędnej.

Udział w rozprawie przed sądem II instancji zapewnia właściwy prokurator okręgowy, przy czym w sprawach o wydanie dziecka w trybie postanowień Konwencji nie ma zastosowania treść § 360 ust. 4 Regulaminu, co oznacza, że prokurator bezpośrednio przełożony nie może wyrazić zgody na brak udziału prokuratora w rozprawie przed sądem II instancji, nawet jeśli udział ten byłby uznany za niecelowy²⁴. Prokurator – referent sprawy wyznaczony do uczestnictwa w rozprawie przed sądem II instancji przedstawia przełożonemu pisemny projekt stanowiska w przedmiocie środka zaskarżenia, dokonując stosownej adnotacji na okładkach akt, pod którą przełożony składa podpis. Z przebiegu i wyników rozprawy przed sądem II instancji prokurator uczestniczący w rozprawie składa niezwłocznie sprawozdanie wraz z własną oceną orzeczenia przełożonemu, który swoim podpisem pod adnotacją w aktach prokuratora stwierdza przyjęcie sprawozdania.

W prezentowanym stanowisku zawierającym zasady metodologii udziału prokuratora w omawianych sprawach zwrócono też uwagę na potrzebę wzmocnienia aktywności prokuratora w zakresie inicjatywy dowodowej w toku postępowania o wydanie dziecka w trybie przepisów Konwencji. Chodzi przede wszystkim o to, aby sąd przeprowadził dowody mające na celu ustalenie, czy zachodzą w sprawie przesłanki wynikające z treści art. 13 lub 20 Konwencji haskiej, a zatem dowody zmierzające do pozyskania przez sąd informacji dotyczącej sytuacji społecznej dziecka, dostarczonej przez organ centralny lub inną właściwą władzę państwa miejsca stałego pobytu dziecka, a także dowody zmierzające do uzyskania opinii dziecka w sytuacji, gdy jego wiek i stopień dojrzałości pozwalają na uwzględnienie jego opinii w sprawie. W tym celu prokurator uczestniczący w rozprawie powinien każdorazowo rozważyć zasadność sformułowania wniosku dowodowego na powyższą okoliczność, dbając o prawidłowe określenie tezy dowodowej w tym zakresie. W stanowisku tym

²⁴ Z przebiegu i wyników rozprawy lub posiedzenia prokurator składa niezwłocznie sprawozdanie wraz z własną oceną orzeczenia lub zarządzenia przełożonemu, który swoim podpisem pod adnotacją w aktach podręcznych stwierdza przyjęcie sprawozdania (§ 360 ust. 5 Regulaminu).

podnoszony jest także postulat szybkości postępowania, który sprowadza się do tego, że należy zadbać, aby zgłoszenie wniosków dowodowych następowało w sposób gwarantujący sprawny przebieg postępowania, a orzeczenie zapadło bez zbędnej zwłoki.

2.6. Postanowienie sądu I instancji w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką

Orzeczenie co do istoty sprawy zapada w formie postanowienia i może być wydane tylko po przeprowadzeniu rozprawy, co wynika z art. 598⁴ k.p.c. W postanowieniu o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką sąd określa termin, w jakim zobowiązany powinien oddać uprawnionemu osobę podlegającą władzy rodzicielskiej lub pozostającą pod opieką, do czego obliuguje przepis art. 598⁵ § 1 k.p.c. Sentencja postanowienia pozytywnego wydanego przez sąd I instancji w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji brzmi następująco: nakazać powrót małoletniej/małoletniego (data i miejsce urodzenia, córki/syna i wskazuje się rodziców małoletniego) do miejsca jej/jego stałego pobytu (wskazywany jest kraj) w terminie (najczęściej tygodniowym lub dwutygodniowym) od dnia uprawnomocnienia się postanowienia. Nie można jednak pomijać regulacji szczególnej zawartej w art. 598⁵ § 2 k.p.c., z której wynika, że w postanowieniu o odebraniu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji haskiej, sąd nakazuje zobowiązanemu zapewnić powrót tej osoby do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, w terminie nieprzekraczającym dwóch tygodni od dnia uprawnomocnienia się postanowienia. W analizowanych sprawach wskazywane terminy wynosiły odpowiednio tydzień lub dwa tygodnie, ale niektóre sądy nie precyzowały jednak, kto jest zobowiązany do zapewnienia powrotu tej osoby, co należy uznać za podstawę do uzupełnienia takiego postanowienia. Niekiedy zdarzało się, że sąd nakazywał powrót osoby małoletniej z rodzicem, który dopuścił się bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania, co budzi moje wątpliwości z perspektywy przedmiotu sprawy – nakazanie powrotu ma dotyczyć bezspornie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, nie zaś rodzica czy opiekuna takiej osoby.

Prawidłowo brzmiąca sentencja postanowienia nakazującego powrót małoletniego powinna zatem zawierać wskazanie osoby małoletniego, daty i miejsca jego urodzenia, termin powrotu do jego miejsca stałego pobytu i osobę zobowiązaną do zorganizowania przejazdu z Polski do miejsca stałego pobytu, a także do wskazania, na czyj koszt taki przejazd ma nastąpić. Często spotykaną formą rozstrzygnięcia jest postanowienie, którego sentencja zawiera dodatkowy element spełnienia żądania w ten sposób, że sąd nakazuje osobie zobowiązanej zapewnienie powrotu małoletniego do miejsca stałego pobytu w określonym terminie – alternatywnie według jej wyboru – do powrotu z małoletnim do miejsca stałego pobytu, względnie do wydania małoletniego osobie uprawnionej w miejscu faktycznego pobytu dziecka na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (wskazywany jest adres).

Analizowane przeze mnie postanowienia sądów I instancji zawierały także rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej

z urzędu uczestnikom postępowania, zniesienia pozostałych kosztów postępowania, ewentualnie szczegółowe rozliczenia kosztów udziału pełnomocników z wyboru. Z uwagi na postawiony cel badań aktowych i skupienie się na podstawach uwzględnienia bądź oddalenia wniosków o nakazanie powrotu poza spektrum moich zainteresowań znalazły się zagadnienia związane z rozliczaniem kosztów postępowania.

2.7. Wymóg sporządzenia uzasadnienia postanowienia i jego doręczenia.

Wymóg obligatoryjności

Zgodnie z art. 598⁵ § 3 k.p.c. postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie Konwencji wymaga uzasadnienia, które sporządza się w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia. Postanowienie wraz z uzasadnieniem doręcza się z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi. Przepisu art. 328 § 1¹ k.p.c. nie stosuje się, a zatem nie ma możliwości wygłoszenia uzasadnienia po ogłoszeniu sentencji postanowienia i utrwalenia go za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk²⁵.

Na marginesie należy dodać, że postanowienie w przedmiocie odebrania osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w sprawie prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji haskiej z 1980 r. uzasadnia z urzędu zarówno sąd I instancji, jak i sąd II instancji w każdym przypadku w terminie dwóch tygodni od dnia ogłoszenia, mimo że sprawa jest rozpoznawana na rozprawie, co wynika z art. 598⁴ k.p.c. Uzasadnienie jest sporządzane wyłącznie na piśmie, nie jest dopuszczalne wygłoszenie go ustnie i utrwalenie za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk, chociaż przebieg rozprawy jest utrwalany za pomocą tego urządzenia. Przyłączam się do stanowiska wyrażonego w doktrynie, zgodnie z którym postanowienie to wraz z uzasadnieniem podlega także doręczeniu z urzędu uczestnikom postępowania oraz prokuratorowi. Wniosek o sporządzenie uzasadnienia i doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem, jako zbędny, podlega oddaleniu²⁶. Sporządzenie i doręczenie uzasadnienia z urzędu nie jest zależne od tego, czy wniosek o nakazanie powrotu został oddalony czy uwzględniony. Projektodawca słusznie zauważa, że takie rozwiązanie ma istotne znaczenie z punktu widzenia koniecznego zapoznania się z argumentami polskiego sądu przez organy państw, z których dziecko zostało uprowadzone, w kontekście niezbędnego tłumaczenia tego uzasadnienia. Doręczenie postanowienia z uzasadnieniem czyni zbędne składanie wniosku o uzasadnienie, przez co skraca się też czas do możliwego rozpoznania sprawy w II instancji²⁷.

Podzielam pogląd wyrażony w doktrynie, zgodnie z którym obligatoryjne uzasadnianie postanowień na piśmie i doręczanie z urzędu postanowień wraz z uzasadnieniem wydanych w sprawach o odebranie toczących się na podstawie przepisów Konwencji ma istotne znaczenie nie tylko z punktu widzenia zapoznania się z argumentami polskiego sądu przez organy państw obcych, z których dziecko

²⁵ Por. także Uzasadnienie rządowego projektu u.w.n.cz.org.cent., druk sejm. nr 1827, Sejm VIII kadencji, www.sejm.gov.pl (dostęp: 30.04.2021 r.).

²⁶ Por. J. Jagieła [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3, *Komentarz*. Art. 425–729, red. A. Marciniak, Warszawa 2020, komentarz do art. 598⁵ k.p.c., teza 6.

²⁷ Por. także Uzasadnienie...

zostało uprowadzone, czy przez uczestników postępowania, ale moim zdaniem także przez zagraniczne organy centralne. Powoduje to również przyspieszenie rozpoznania sprawy przez sąd II instancji i przez Sąd Najwyższy (dalej SN) w razie wniesienia środka zaskarżenia. Należy zatem przyjąć, że bieg dwutygodniowego terminu do wniesienia apelacji od postanowienia sądu I instancji rozpocznie się od doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem (art. 369 § 1 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.), przy czym przyłączam się do stanowiska, że skuteczne będzie również wniesienie apelacji przed doręczeniem postanowienia wraz z uzasadnieniem, co jednak nie zwalnia sądu od doręczenia postanowienia wraz z uzasadnieniem takiemu uczestnikowi²⁸.

2.8. Skuteczność i wykonalność postanowienia w sprawie o nakazanie powrotu

Postanowienie w sprawie o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką, prowadzonej na podstawie przepisów Konwencji haskiej staje się skuteczne i wykonalne po uprawomocnieniu się, co wynika z art. 598⁵ § 4 k.p.c. Zasadniczo postanowienia sądu opiekuńczego są skuteczne i wykonalne z chwilą ich ogłoszenia, a gdy ogłoszenia nie było, z chwilą ich wydania, co wynika z art. 578 § 1 k.p.c. Natomiast w omawianych sprawach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie przepisu szczególnego, określającego skuteczność i wykonalność postanowienia o nakazaniu powrotu po jego uprawomocnieniu się.

W uzasadnieniu projektu u.w.n.cz.org.cent. wskazano wprost, że w zakresie spraw prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji rezygnuje się z zasady wyrażonej w art. 578 § 1 k.p.c. o skuteczności i wykonalności orzeczenia opiekuńczego z chwilą ogłoszenia, uznając za właściwe, zważywszy na skutki takiego rozstrzygnięcia, przyjęcie skuteczności i wykonalności tych orzeczeń po ich uprawomocnieniu. Projektodawca dość jasno założył, że takie rozwiązanie oznacza równocześnie praktyczne wyczerpanie toku instancji z uwagi na faktyczną obecność osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką w Rzeczypospolitej Polskiej do czasu zakończenia postępowania. Ewentualna zmiana orzeczenia nakazującego powrót tej osoby przez sąd II instancji, gdyby orzeczenie to zostało wykonane przed prawomocnym rozstrzygnięciem, mogłaby nie przynieść oczekiwanego skutku w postaci ponownego powrotu tej osoby do RP²⁹.

2.9. Wniosek o wstrzymanie wykonania postanowienia o nakazaniu powrotu po jego uprawomocnieniu

W doktrynie pojawiła się natomiast pewna wątpliwość w zakresie stosowania art. 598⁵ § 4 k.p.c. i sprowadza się ona do pytania, czy postanowienie, na podstawie którego nakazano powrót osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa

²⁸ Por. J. Jagiela [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 598⁵ k.p.c., teza 6.

²⁹ Por. Uzasadnienie... Zapewnienie skuteczności i wykonalności postanowienia po jego uprawomocnieniu ma umożliwiać skontrolowanie takiego orzeczenia w przypadku jego zaskarżenia apelacją.

wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, może być wykonane po jego uprawomocnieniu się, ale przed upływem terminu do wniesienia skargi kasacyjnej, a w razie jej wniesienia – przed zakończeniem postępowania wywołanego jej wniesieniem (art. 519¹ § 2¹ k.p.c.). Argumentuje się bowiem, że okoliczności przemawiające za wstrzymaniem wykonania postanowień w takim przypadku są takie same – uzasadniają skuteczność i wykonalność postanowień o odebraniu wydanych w postępowaniu prowadzonym na podstawie Konwencji po ich uprawomocnieniu się. Mając na uwadze zestawienie przepisu art. 519¹ § 2¹ k.p.c. o skardze kasacyjnej w sprawach o odebranie toczących się na podstawie Konwencji z art. 598⁵ § 4 k.p.c. o skuteczności i wykonalności postanowień wydanych w tych sprawach po uprawomocnieniu się, trudno uznać, aby doszło do przeoczenia co do wskazanego wyżej problemu pojawiającego się w praktyce. Należy uznać za zasadne stanowisko, że wykonaniu prawomocnych postanowień sądu II instancji orzekających o odebraniu, których skutkiem jest powrót osoby podlegającej odebraniu do państwa, w którym bezpośrednio przed naruszeniem prawa wynikającego z władzy rodzicielskiej lub opieki miała miejsce stałego pobytu, nie stoi na przeszkodzie okoliczność, iż w sprawie przysługuje skarga kasacyjna. Wydaje się zatem zasadne przyjęcie, że w takim przypadku możliwe będzie wystąpienie z wnioskiem o wstrzymanie wykonania zaskarżonego orzeczenia w trybie art. 388 § 1 k.p.c., choć przeprowadzona przeze mnie analiza akt prowadzi do konkluzji, iż wnioski takie są oddalane i sąd II instancji nie wstrzymuje wykonania swojego orzeczenia ani też orzeczenia sądu I instancji³⁰.

2.10. Badanie wstępne przesłanek uzasadniających nakazanie powrotu dziecka

Celem Konwencji haskiej z 1980 r. jest zagwarantowanie niezwłocznego powrotu dzieci bezprawnie uprowadzonych do umawiającego się państwa oraz zapewnienie, aby prawa do opieki lub kontaktów przysługujące w jednym z takich państw były realnie przestrzegane w innym państwie (Preambuła Konwencji)³¹. W postępowaniu o nakazanie powrotu prowadzonym na podstawie przepisów Konwencji sąd bada, czy zachodzą następujące okoliczności:

- 1) czy w danym przypadku doszło do transgranicznego przemieszczenia lub zatrzymania dziecka, a jeżeli tak, to kiedy to nastąpiło;
- 2) czy w momencie przemieszczenia dziecka we wzajemnych stosunkach między państwem stałego pobytu i państwem, do którego dziecko przemieszczono lub w którym je zatrzymano, obowiązywała Konwencja;
- 3) czy dziecko nie ukończyło 16 lat;
- 4) gdzie, tj. w którym państwie, dziecko miało stały pobyt bezpośrednio przed przemieszczeniem lub zatrzymaniem i czy państwo to było stroną Konwencji w czasie wymienionych zdarzeń;
- 5) czy przemieszczenie lub zatrzymanie miało charakter bezprawny, naruszający prawo wnioskodawcy do opieki nad dzieckiem, które to prawo

³⁰ Por. J. Jagiela [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 598⁵ k.p.c., teza 6.

³¹ K. Nehls [w:] *Cross-Border Family Mediation. International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, red. Ch.C. Paul, S. Kiesewetter, Frankfurt and Menem 2014, s. 19. Należy stwierdzić, że jakkolwiek próba ustanowienia hierarchii przedmiotów konwencji może mieć jedynie znaczenie symboliczne.

w chwili przemieszczenia lub zatrzymania było wykonywane, a zatem, czy było to bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie w rozumieniu art. 3 lit. a Konwencji.

3. MATERIALNOPRAWNE WYMOGI ZWROTU DZIECKA. PRZESŁANKI BEZPRAWNOŚCI

Materialnoprawne wymogi zwrotu dziecka i jego powrotu do kraju, z którego je uprowadzono, związane są z koniecznością wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania oraz wykazania uprawnień do opieki nad dzieckiem. Zgodnie z art. 3 Konwencji uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka będzie uznane za bezprawne, jeżeli:

- a) nastąpiło naruszenie prawa do opieki przyznanego określonej osobie, instytucji lub innej organizacji, wykonywanego wspólnie lub indywidualnie, na mocy ustawodawstwa państwa, w którym dziecko miało miejsce stałego pobytu bezpośrednio przed uprowadzeniem lub zatrzymaniem, oraz
- b) w chwili uprowadzenia lub zatrzymania prawa te były skutecznie wykonywane wspólnie lub indywidualnie albo byłyby tak wykonywane, gdyby nie nastąpiło uprowadzenie lub zatrzymanie.

Przesłanki bezprawności określane jako prawna (naruszenie prawa do opieki) i faktyczna (rzeczywiste wykonywanie prawa do opieki w momencie uprowadzenia dziecka) muszą wystąpić łącznie, aby uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka mogło być uznane za bezprawne w rozumieniu art. 3 lit. a Konwencji.

Zgodnie z art. 14 Konwencji dla stwierdzenia, że miało miejsce bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie w rozumieniu art. 3 Konwencji, władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego może brać bezpośrednio pod uwagę przepisy ustawodawstwa i orzeczenia sądowe lub administracyjne, formalnie uznane lub nieuznane w państwie miejsca stałego pobytu dziecka, bez uciekania się do szczególnych trybów postępowania dla stwierdzenia właściwości tego ustawodawstwa lub dla uznania zagranicznych orzeczeń, które w innym wypadku miałyby zastosowanie. Z tych względów w analizowanych przeze mnie sprawach załącznikami do wniosku o wydanie dziecka były przepisy prawa dotyczące władzy rodzicielskiej i miejsca stałego pobytu w państwie, w którym dziecko miało takie miejsce pobytu przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem.

Przepis art. 15 Konwencji wprowadza dodatkową możliwość wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania, i z perspektywy prowadzonych przeze mnie badań regulacja ta okazała się całkowicie niewykorzystywana przez polski organ centralny lub sąd prowadzący postępowanie. W praktyce bowiem postępowanie dowodowe zmierzające do wykazania bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania nie opierało się na orzeczeniu lub oświadczeniu uzyskanym w trybie tego przepisu. Warto jednak zaznaczyć, że dla realizacji celów Konwencji i postulatu szybkości postępowania polski organ centralny lub sąd prowadzący postępowanie mógłby korzystać z dodatkowego rozwiązania wynikającego z tego przepisu, zgodnie z którym władze sądowe lub administracyjne umawiającego się państwa mogą, przed zarządzeniem powrotu dziecka, żądać przedłożenia przez wnioskodawcę orzeczenia

albo oświadczenia pochodzącego od władz państwa miejsca stałego pobytu dziecka stwierdzającego, że uprowadzenie lub zatrzymanie było bezprawne w rozumieniu art. 3 Konwencji, jeśli takie orzeczenie lub oświadczenie może być uzyskane w tym państwie. Organy centralne umawiających się państw udzielą wnioskodawcy wszelkiej możliwej pomocy w uzyskaniu takiego orzeczenia lub oświadczenia.

3.1. Prawo do opieki i jego skuteczne wykonywanie oraz granice wiekowe stosowania Konwencji

Prawo do opieki określone w art. 5 lit. a Konwencji może wynikać w szczególności z mocy samego prawa, z orzeczenia sądowego lub administracyjnego albo z ugody mającej moc prawną w świetle przepisów ustawodawstwa tego państwa³². Nie ma zatem przeszkód, aby prawo to wynikało z ugody zawartej przed mediatorem, jeśli taka ugoda jest zatwierdzona przez sąd. W analizowanych przez mnie sprawach, w trzech przypadkach wnioskodawcy powoływali się na zapisy ugody regulującej prawo do opieki.

„Prawo do opieki”, w rozumieniu przepisów Konwencji, obejmuje prawo dotyczące opieki nad dzieckiem, w szczególności prawo do decydowania o jego miejscu pobytu, zaś „prawo do odwiedzin” obejmuje prawo do zabrania dziecka na czas ograniczony w inne miejsce aniżeli miejsce jego stałego pobytu, czyli będzie to odpowiednik prawa do kontaktów z dzieckiem (art. 5 Konwencji).

Konwencję stosuje się do każdego dziecka, które miało miejsce stałego pobytu w umawiającym się państwie bezpośrednio przed naruszeniem praw do opieki lub odwiedzin. Konwencja przestaje mieć zastosowanie, kiedy dziecko osiąga wiek 16 lat, co wynika z art. 4 Konwencji.

3.2. Zasada niezwłocznego wydania dziecka

Zasada niezwłocznego wydania dziecka uregulowana jest w art. 12 Konwencji i zgodnie z tym przepisem, jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub

³² Zgodnie z opublikowanym „Sprawozdaniem wyjaśniającym” autorstwa Elisy Pérez-Vera, Konwencja odzwierciedla kompromis między dwoma koncepcjami, częściowo odmiennymi, dotyczącymi celu, który ma zostać osiągnięty. W postępowaniu wstępnym można bowiem dostrzec potencjalny konflikt między pragnieniem ochrony sytuacji faktycznych zmienionych w wyniku bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania dziecka a pragnieniem zagwarantowania w szczególności poszanowania stosunków prawnych, które mogą leżeć u podstaw takich sytuacji. W Konwencji osiągnięto w tym względzie dość delikatną równowagę. Z jednej strony jest oczywiste, że Konwencja nie dotyczy zasadniczo istoty prawa do opieki (art. 19 Konwencji), ale z drugiej strony jest również jasne, że uznanie uprowadzenia lub zatrzymania dziecka za bezprawne dokonane jest uzależnione od istnienia prawa do opieki, które nadaje treść prawną sytuacji zmienionej przez te właśnie działania, którym ma zapobiegać. Konwencja stawia sobie za cel przywrócenie *status quo* poprzez szybki powrót dzieci bezprawnie uprowadzonych lub zatrzymanych w jakimkolwiek umawiającym się państwie. Trudności nie do pokonania, jakie napotkano przy ustanawianiu, w ramach Konwencji, bezpośrednio stosowanych przepisów jurysdykcyjnych doprowadziły do tego, że droga ta, choć pośrednia, w większości przypadków będzie miała tendencję do tego, by ostateczną decyzję w sprawie opieki nad dzieckiem podjęły organy jego zwykłego pobytu przed jego uprowadzeniem. Najbardziej niepokojące sytuacje pojawiają się dopiero po bezprawnym uprowadzeniu dziecka i są to sytuacje, które, choć wymagają szczególnie pilnych rozwiązań, nie mogą być rozwiązywane jednostronnie przez żaden z odnoszących systemów prawnych. Ogólnie rzecz biorąc, wszystkie te okoliczności uzasadniają opracowanie przez Konwencję zasad regulujących powrót dziecka, a jednocześnie w zasadzie przyznają temu celowi pewien priorytet. Tak więc, chociaż teoretycznie dwa wyżej wymienione przedmioty muszą być umieszczone na tym samym poziomie, w praktyce w Konwencji przeważa chęć zagwarantowania przywrócenia *status quo* zakłóconego przez działania uprowadzającego. Por. E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, s. 3–5, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf> (dostęp: 5.04.2021 r.).

zatrzymane w rozumieniu art. 3 Konwencji, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej umawiającego się państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka (art. 12 ust. 1 Konwencji). Władza sądowa lub administracyjna powinna również zarządzić wydanie dziecka, nawet po upływie roku od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, chyba że zostało ustalone, iż dziecko przystosowało się już do swojego nowego środowiska (art. 12 ust. 2 Konwencji). W badanych sprawach ustalenia w tym przedmiocie opierały się na opiniach biegłych OZSS czy opiniach psychologicznych. Jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, by sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, to może zawiesić działanie lub oddalić wniosek o wydanie dziecka (art. 12 ust. 3 Konwencji).

Wymóg niezwłoczności działania wynika także z wielokrotnie już przywołanego art. 11 Konwencji, zgodnie z którym władze sądowe lub administracyjne każdego umawiającego się państwa powinny podejmować niezwłoczne działania w celu powrotu dziecka. Jeżeli dana władza sądowa lub administracyjna nie podejmuje decyzji w ciągu sześciu tygodni od daty wpłynięcia wniosku, to wnioskodawca lub organ centralny państwa wezwanego, z własnej inicjatywy lub na wniosek organu centralnego państwa wzywającego, może żądać przedstawienia powodów zwłoki. Jeżeli organ centralny państwa wezwanego otrzyma odpowiedź, to organ ten przekazuje ją organowi centralnemu państwa wzywającego lub w stosownych przypadkach – wnioskodawcy.

4. MATERIALNOPRAWNE PODSTAWY ODMOWY WYDANIA DZIECKA – WYJĄTKI OD ZASADY NIEZWŁOCZNEGO WYDANIA DZIECKA

W nauce prawa cywilnego procesowego wyróżnia się pięć wyjątków, jakie Konwencja haska z 1980 r. wprowadza od głównej zasady wynikającej z art. 12 ust. 1³³. Zgodnie z ogólną zasadą przyjętą w Konwencji, jeżeli dziecko zostało bezprawnie uprowadzone lub zatrzymane w rozumieniu art. 3 Konwencji, a w chwili wpłynięcia wniosku do władzy sądowej lub administracyjnej umawiającego się państwa, w którym znajduje się dziecko, upłynął okres krótszy niż jeden rok od dnia uprowadzenia lub zatrzymania, zainteresowana władza zarządza niezwłoczne wydanie dziecka (art. 12 ust. 1 Konwencji). Wyjątki od powyższej zasady wymienione zostały w art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 1 i 2 oraz w art. 20 Konwencji, a do nich zalicza się następujące przypadki, które stanowią jednocześnie materialnoprawną podstawę oddalenia wniosku przez sąd rozpoznający sprawę (wszystkie pogrubienia – M.B.):

- 1) **Zostało ustalone, że dziecko przystosowało się już do swojego nowego środowiska lub dziecko zostało zabrane do innego państwa (art. 12 ust. 2 i 3 Konwencji³⁴).**

³³ Za S. Jastrzemska [w:] *Kodeks...*, t. 3, *Komentarz...*, komentarz do art. 569¹ k.p.c., teza 6.

³⁴ Analiza udostępnionych mi spraw prowadzi do wniosku, że wielokrotnie dochodzi do sytuacji wręcz kuriozalnych, a sprowadzających się do przewlekania postępowania przez uczestników i „zarzucania” dowodami nieprzydatnymi w rozumieniu art. 235² § 1 pkt 2, 3, 5 k.p.c. Sądy niestety nie korzystają z uprawnień wydawania postanowień dowodowych oddalających wnioski zmierzające do przedłużenia postępowania, które powinno charakteryzować się daleko posuniętą dynamiką z uwagi na główny cel Konwencji – doprowadzenie do niezwłocznego wydania dziecka. Niestety, zaobserwować można, że uczestnicy wielokrotnie

Przepis ten zdaje się spełniać dwie funkcje. Z jednej strony – uznaje się, że w przypadku, gdy upłynął długi okres i dziecko przystosowało się do nowego środowiska, postanowienie o nakazaniu powrotu nie pozwoli na osiągnięcie celów Konwencji o ochronie dziecka³⁵ poprzez przywrócenie mu *status quo*. Z drugiej strony, regulacja ta precyzuje również pewne wątpliwości praktyczne, że sam upływ czasu nie wyklucza możliwości wydania orzeczenia o nakazie powrotu. W odniesieniu do ciężaru dowodu, choć wydaje się, że istnieje zgoda co do tego, że – podobnie jak w przypadku innych wyjątków – ciężar udowodnienia spoczywa na tym, kto powołuje się na wyjątek od zasady, to jednak często w analizowanych przeze mnie sprawach dochodziło do próby przerzucenia ciężaru dowodu na uprawnionego, który musiał udowadniać okoliczności przeciwnie. Z art. 12 ust. 1 Konwencji wynika, że punktem wyjścia dla okresu roku jest data bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania. Podczas gdy istnieją nieodłączne trudności w określeniu daty bezprawnego zatrzymania, to w analizowanych przeze mnie sprawach ustalenie dokładnego momentu bezprawnego uprowadzenia wydawało się być zadaniem prostszym z perspektywy postępowania dowodowego. Nie można pomijać również okoliczności wynikającej z art. 18 Konwencji, zgodnie z którym postanowienia rozdziału Konwencji o nakazaniu powrotu dziecka nie ograniczają uprawnień władzy sądowej lub administracyjnej do zarządzenia zwrotu dziecka w każdym czasie i co najważniejsze – jak stanowi art. 19 – orzeczenie dotyczące zwrotu dziecka wydane zgodnie z jej postanowieniami nie narusza istoty prawa do opieki.

Wyjątek, o którym mowa w art. 12 ust. 2 Konwencji, może być postrzegany jako realizujący potrzebę zapewnienia dziecku stabilności i ciągłości, która jest częścią jego praw, a w niektórych przypadkach także jego prawa do tożsamości. Zatem zbyt wąska interpretacja tego wyjątku może być sprzeczna z tymi prawami i interesami. Ponadto trzeba mieć na względzie to, że dzieci mają swoje prawa i z tej perspektywy pojawia się przesłanie o centralnym znaczeniu dzieci w sprawach, które je dotyczą. Ustalenia dotyczące dzieci, w każdym wieku, powinny uwzględniać sytuację z punktu widzenia dziecka. Należy przyjąć szerokie podejście do konsekwencji bezprawnego uprowadzenia czy zatrzymania i wieku dziecka, w ramach którego stopień przystosowania dziecka do nowego otoczenia ocenia się z jego punktu widzenia, w świetle jego codziennego sposobu życia, stosownie do jego wieku. Oczywiście, w przypadku, gdy dziecko jest wystarczająco dojrzałe, przy ustalaniu, czy się przystosowało, kluczowe znaczenie ma wysłuchanie jego poglądów.

2) Osoba uprawniona (instytucja) faktycznie nie wykonywała prawa do opieki w czasie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodziła się lub później wyraziła zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie (art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji).

Przepis ten stanowi, że sąd nie jest zobowiązany do wydania postanowienia o nakazaniu powrotu, jeżeli osoba sprzeciwiająca się powrotowi wykaze, iż osoba, instytucja lub inny organ sprawujący opiekę nad dzieckiem nie wykonywał faktycznie prawa do opieki w momencie uprowadzenia lub zatrzymania albo zgodził się lub później wyraził

wykorzystują postępowanie w taki sposób, że pod pozorem dowodów przydatnych doprowadzają do przystosowania się dziecka do swego nowego środowiska, co następuje poprzez element czasu, którego upływ sprzyja budowaniu relacji w innych realiach odbiegających od miejsca pobytu z kraju uprowadzenia.

³⁵ Konwencja o prawach dziecka z 20.11.1989 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.).

zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie. W istocie wyjątek ten odnosi się do trzech odrębnych sytuacji. Pierwszy przypadek dotyczy faktycznego niewykonywania prawa do pieczy i odwołuje się do art. 3 Konwencji, dwa pozostałe to zgoda lub późniejsze wyrażenie zgody na uprowadzenie lub zatrzymanie. W konsekwencji oznaczać to będzie, że faktyczne niewykonywanie prawa do opieki albo zgoda lub późniejsze jej wyrażenie na uprowadzenie lub zatrzymanie stanowi samodzielną podstawę do oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, a tym samym nie ma podstawy do przywracania *status quo ante*. Wprowadzenie takiego wyjątku ma przeciwdziałać sytuacjom nieprawidłowego wykorzystywania instrumentów Konwencji haskiej i eliminować jej stosowanie jako narzędzia, dzięki któremu jeden z rodziców uzyska przewagę nad drugim, pod pozorem rzekomego uprowadzenia lub zatrzymania. W jednej z analizowanych spraw chodziło – przykładowo – o sytuację polegającą na wykorzystaniu wniosku o nakazanie powrotu przez rodzica, któremu kończyło się prawo pobytu na terytorium Wielkiej Brytanii – nakazanie powrotu dziecka stanowiłoby wówczas podstawę do zalegalizowania tego pobytu z uwagi na konieczność sprawowania opieki nad dzieckiem. Wniosek w tej sprawie został jednak skutecznie oddalony (w I i II instancji) na tej właśnie podstawie (faktyczne niewykonywanie prawa do opieki). Trzeba mieć na uwadze to, że działania w trybie Konwencji powinny być podejmowane niezwłocznie przez potencjalnego wnioskodawcę, aby podstawowy cel, czyli nakazanie powrotu został osiągnięty. Upływ czasu sprawia, że dziecko adaptuje się do nowej sytuacji, zaś kwestia wyrażenia zgody odnosi się do rodzica, nie zaś do dziecka. Z punktu widzenia zasad postępowania dowodowego oznaczać to będzie, że w przypadku powołania się na wyjątek z art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji odnosi się on całkowicie do rodzica, który zgodził się lub później wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie, nie zaś do stanowiska dziecka, a zatem nie jest on skoncentrowany na dziecku. Powoływanie się na ten wyjątek niewiele mówi nam o prawdopodobnym wpływie powrotu na dziecko i nie obala domniemania, że powrót dziecka będzie zgodny z najlepiej postrzeganym interesem dziecka. Oznacza to, że sąd rozstrzygając o powrocie, mimo powoływania się na art. 13 ust. 1 lit. a Konwencji, korzysta zasadniczo ze swoich uprawnień dyskrejonalnych w zakresie orzekania. Zgoda lub późniejsze jej wyrażenie muszą być jasne i jednoznaczne oraz muszą być udowodnione za pomocą jasnych i przekonujących dowodów, bez przestrzeni na ambiwalentność i dowolność. Pomimo logicznych trudności związanych z traktowaniem zgody jako podstawy do oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, a nie jako zaprzeczenia bezprawnego charakteru uprowadzenia lub zatrzymania, podejście to uznaje prawo dziecka do kontaktu z rodzicami. Takie podejście maksymalizuje również ochronę dziecka, ponieważ umożliwia sądowi nakazanie powrotu, nawet jeśli rodzic wyraził zgodę na uprowadzenie lub zatrzymanie, gdy leży to w najlepszym interesie dziecka. Podobnie wydaje się właściwe, aby ciężar udowodnienia faktu wyrażenia zgody spoczywał na uprowadzającym, a nie wymagał od uprawnionego udowodnienia braku zgody, co byłoby nadmiernie uciążliwe.

- 3) Istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia (art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji).

Przenosząc rozważania teoretyczne na realia konkretnego postępowania, należy zaznaczyć, że termin „poważne” określa samo ryzyko – nie dotyczy zaś krzywdy

wyrządzonej dziecku. Ryzyko musi być realne i osiągać taki poziom natężenia, by określić je mianem poważnego. Jeżeli chodzi o poziom narażenia na szkodę fizyczną lub psychiczną, to musi on prowadzić do postawienia dziecka w niekorzystnej sytuacji, sytuacji nie do przyjęcia z perspektywy modelu przeciętnego dziecka. Względny poziom ryzyka niezbędny do zaistnienia poważnego zagrożenia może się jednak różnić w zależności od charakteru i powagi potencjalnej szkody dla dziecka³⁶. Wyjątek istnienia poważnego ryzyka opiera się na podstawowym interesie dziecka, aby nie było narażone na fizyczne lub psychiczne niebezpieczeństwo lub postawione w niekorzystnej sytuacji. Powoływany wyjątek zawiera *de facto* trzy różne rodzaje ryzyka:

- a) poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na szkodę fizyczną,
- b) poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na krzywdę psychiczną,
- c) poważne ryzyko, że w przeciwnym razie powrót postawiłby dziecko w sytuacji nie do zniesienia (przy czym, zależnie od tłumaczenia przepisów Konwencji, będzie chodziło o postawienie dziecka w niekorzystnej sytuacji)³⁷.

Każdy rodzaj ryzyka może być podnoszony niezależnie, aby uzasadnić wyjątek od obowiązku niezwłocznego wydania dziecka, a zatem, w zależności od konkretnego stanu faktycznego wyjątki te należy traktować indywidualnie. Te trzy rodzaje ryzyka, choć stanowiące osobną podstawę do oddalenia wniosku o wydanie dziecka, są często wykorzystywane łącznie, a sądy nie zawsze w sposób wyraźny odróżniają je od siebie w uzasadnieniach swoich postanowień. To samo dotyczy pełnomocników procesowych, którzy zdają się traktować ten wyjątek łącznie i nie precyzują, o jaki rodzaj ryzyka chodzi, co ma znaczenie z punktu widzenia określania ewentualnej tezy dowodowej dla biegłego psychologa lub OZSS. Literalne brzmienie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji wyraźnie wskazuje, że chodzi o to, czy istnieje poważne ryzyko, że powrót naraziłby dziecko na szkodę fizyczną lub psychiczną bądź postawiłby dziecko w sytuacji nie do zniesienia. W niektórych jednak przypadkach może chodzić o poważne ryzyko narażenia na szkodę fizyczną lub psychiczną rodzica i, w konsekwencji, w wyjątkowych sytuacjach będzie odbijało się to na zagrożeniu dobra dziecka przez postawienie go w niekorzystnej sytuacji.

Wyjątek przewidziany w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji nie wymaga wykazania, że dziecko było bezpośrednim lub pośrednim świadkiem powstania szkody fizycznej lub psychicznej, ale jeśli istnieją wystarczające i obiektywne dowody, że z powodu poważnego ryzyka wyrządzenia szkody rodzicowi istnieje poważne ryzyko dla dziecka, wówczas może to stanowić podstawę oddalenia wniosku o nakazanie powrotu, chyba że zastosowano odpowiednie środki w celu zapewnienia ochrony dziecka po jego powrocie. Jeżeli sąd rozważy odmowę zarządzenia powrotu dziecka wyłącznie na podstawie art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji, to nie może odmówić

³⁶ Por. Guide to Good Practice Child Abduction Convention: Part VI – Article 13(1)(b), s. 24–29, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6740> (dostęp: 5.04.2021 r.).

³⁷ W analizowanych przeze mnie sprawach, w przypadkach dopuszczenia przez sąd dowodu z opinii psychologicznej lub OZSS, teza dowodowa sprowadzała się do ustalenia w oparciu na aktach sprawy badanie zainteresowanych i dziecka, czy istnieje poważne ryzyko, że powrót dziecka naraziłby je na szkodę fizyczną lub psychiczną albo w jakikolwiek inny sposób postawiłby je w sytuacji nie do zniesienia, przy czym należy wziąć pod uwagę więzi emocjonalne każdego z rodziców z dzieckiem.

zarządzenia powrotu dziecka w przypadku, gdy strona występująca o powrót dziecka przekona sąd, przedstawiając wystarczające dowody – lub sąd upewni się w inny sposób – że zastosowano odpowiednie środki w celu zapewnienia ochrony dziecka po jego powrocie, co wynika z art. 27 ust. 3 rozporządzenia Rady (UE) nr 2019/1111 z 25.06.2019 r. w sprawie jurysdykcji, uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich i w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej oraz w sprawie uprowadzenia dziecka za granicę³⁸. Dla osiągnięcia takiego celu sąd może wymieniać informacje – w sposób bezpośredni lub za pomocą organów centralnych – z właściwymi organami państwa członkowskiego UE, w którym dziecko miało zwykły pobyt bezpośrednio przed bezprawnym uprowadzeniem lub zatrzymaniem. W tym miejscu trzeba wyjaśnić, że aktualnie obowiązuje jeszcze rozporządzenie Bruksela II bis, które utraci moc z dniem 1.08.2022 r. i zostanie zastąpione przez wspomniane rozporządzenie nr 2019/1111³⁹.

W przypadku gdy sąd zarządza powrót dziecka, może, w stosownych przypadkach, zastosować środki tymczasowe, w tym środki zabezpieczające zgodnie z art. 15 ust. 1 rozporządzenia nr 2019/1111⁴⁰ w celu ochrony dziecka przed poważnym ryzykiem, o którym mowa w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji, pod warunkiem że zbadanie możliwości zastosowania takich środków i ich zarządzenie nie opóźni w nadmierny sposób postępowania w sprawie powrotu dziecka (art. 27 ust. 5 rozporządzenia nr 2019/1111⁴¹). Zupełnie nowym rozwiązaniem w omawianych sprawach jest przepis art. 27 ust. 6 rozporządzenia nr 2019/1111, zgodnie z którym orzeczenie zarządzające powrót dziecka może zostać uznane za tymczasowo wykonalne, niezależnie od wniesionych środków zaskarżenia, jeżeli ze względu na dobro dziecka wymagany jest jego powrót przed wydaniem orzeczenia w sprawie środków zaskarżenia⁴².

Jak już wcześniej wspominałem, celem Konwencji haskiej z 1980 r. jest także ochrona jurysdykcji państwa zwykłego pobytu dziecka w przypadkach uprowadzenia dziecka za granicę. Rozporządzenie Bruksela II bis wzmacnia zasadę, że sąd nakazuje natychmiastowy powrót dziecka, ograniczając wyjątki przewidziane w art. 13 ust. 1 lit. b Konwencji do absolutnego minimum. Zasada stanowi, że powrót dziecka następuje zawsze wtedy, gdy może ono uzyskać ochronę w państwie członkowskim pochodzenia. W porównaniu do Konwencji, rozporządzenie idzie o krok dalej rozszerzając to zobowiązanie do nakazu powrotu dziecka w przypadkach, gdy powrót mógłby narazić dziecko na taką krzywdę, niemniej zostało ustalone, że poczyniono odpowiednie ustalenia w celu zabezpieczenia ochrony dziecka po jego powrocie. Sąd musi zbadać ten aspekt na podstawie faktycznych okoliczności sprawy. Nie

³⁸ Dz.Urz. UE L 178, s. 1 – dalej rozporządzenie nr 2019/1111. Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie dwudziestego dnia po jego opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ale będzie stosowane od dnia 1.08.2022 r., z wyjątkiem art. 92, 93 i 103, które mają zastosowanie od dnia 22.07.2019 r. Powołany art. 27 ust. 3 jest odpowiednikiem art. 11 ust. 4 rozporządzenia Rady (WE) nr 2201/2003 z 27.11.2003 r. dotyczącego jurysdykcji oraz uznawania i wykonywania orzeczeń w sprawach małżeńskich oraz w sprawach dotyczących odpowiedzialności rodzicielskiej, uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1347/2000 (Dz.Urz. WE L 338 z 2003 r., s. 1 ze zm.) – dalej rozporządzenie Bruksela II bis.

³⁹ Na potrzeby niniejszego opracowania posługuję się przepisami rozporządzenia nr 2019/1111 oraz rozporządzenia Bruksela II bis, przy czym zastrzegam, że od dnia 1.08.2022 r. zastosowanie znajdą przepisy rozporządzenia nr 2019/1111.

⁴⁰ Obecnie jest to art. 20 ust. 1 rozporządzenia Bruksela II bis.

⁴¹ Przepis ten nie ma swojego odpowiednika w rozporządzeniu Bruksela II bis.

⁴² Przepis ten nie ma swojego odpowiednika w rozporządzeniu Bruksela II bis.

wystarczy do tego istnienie procedur ochrony dziecka w państwie członkowskim pochodzenia. Konieczne jest ustalenie, czy organy w państwie członkowskim pochodzenia podjęły konkretne środki w celu ochrony dziecka będącego przedmiotem sprawy. Generalnie sędziowie będą mieli trudności z oceną okoliczności faktycznych w państwie członkowskim pochodzenia. Istotną będzie pomoc ze strony organów centralnych państwa członkowskiego pochodzenia w celu dokonania oceny, czy w państwie tym podjęto środki ochrony i czy organy te zapewnią właściwą ochronę dziecka po jego powrocie⁴³. W badanych przeze mnie sprawach nie udało mi się dotrzeć do takiej sprawy, gdzie bezpośrednio zastosowany był przepis art. 11 ust. 4 rozporządzenia Bruksela II bis.

4) Dziecko sprzeciwia się powrotowi i osiągnęło ono wiek oraz stopień dojrzałości, przy którym właściwe jest uwzględnienie jego opinii (art. 13 ust. 2 Konwencji).

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 13 ust. 2 Konwencji sąd prowadzący postępowanie o nakazanie powrotu jest zobowiązany ustalić, czy dziecko, które zgłosiło sprzeciw, osiągnęło wiek i stopień dojrzałości uzasadniające uwzględnienie jego poglądów. Wydaje się zatem, że właściwa interpretacja powyższego wyjątku pozwala dziecku na wywieranie faktycznego wpływu na kształt orzeczeń wydanych w sprawach dotyczących bezpośrednio osoby małoletniego. Istnieje zatem konieczność interpretacji przesłanki sprzeciwu dziecka jako przesłanki niezależnej, a tym samym koniecznej do zbadania przez sąd, bez względu na powołanie się na ten wyjątek przez uczestnika postępowania. Konieczność oceny kwestii stopnia dojrzałości dziecka, które zgłosiło sprzeciw co do powrotu, wynika wprost z treści art. 13 ust. 2 Konwencji. Przepis ten jednak nie precyzuje, w jaki sposób sąd orzekający powinien badać tę przesłankę. Brak także definicji legalnej pojęcia „stopień dojrzałości”. Przeprowadzona przeze mnie analiza spraw rozpoznawanych z zastosowaniem przepisów Konwencji prowadzi do wniosku, że ocena tego kryterium pozostawiona jest sądowi, który kierując się całokształtem okoliczności sprawy oraz posiadanym doświadczeniem powinien ustalić, czy małoletni jest dostatecznie dojrzały, aby w sposób jasny i świadomy zająć stanowisko w sprawie. Co ważne, należy zauważyć, że oceniając kwestię stopnia dojrzałości osoby małoletniej, sąd może, ale nie musi, skorzystać z pomocy biegłego specjalisty, najczęściej psychologa lub zespołu OZSS. Zgodnie z art. 3a ustawy z 5.08.2015 r. o opiniodawczych zespołach sądowych specjalistów⁴⁴, w brzmieniu nadanym przez przepisy u.w.n.cz.org.cent. w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką toczących się w trybie Konwencji opinie sporządza się niezwłocznie.

Odwołując się bezpośrednio do przeanalizowanych spraw, teza dowodowa zakreślana dla tego typu opinii sprowadzała się do ustalenia aktualnej sytuacji życiowej dziecka po przyjeździe do Polski, nastawienia do panującej sytuacji rodzinnej, stopnia rozwoju dziecka, w tym łączących więzi z rodzicami, rzeczywistej postawy dziecka

⁴³ Praktyczny przewodnik dotyczący stosowania rozporządzenia Bruksela II bis, s. 55 i n., <https://op.europa.eu/pl/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed> (dostęp: 5.04.2021 r.).

⁴⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2018 r. poz. 708.

w zakresie pobytu w Polsce, a także do ustalenia, czy wypowiedzi dziecka są jego autonomicznymi wypowiedziami czy też wskazują na możliwość manipulacji, względnie są wypowiedziami sugerowanymi, a jeżeli tak, to co jest tego podłożem, czy można uznać, że wypowiedzi dziecka są wiarygodne, w tym, czy spełniają kryteria trafności i wiarygodności psychologicznej, w tym, jaki wpływ na dziecko będzie miała kolejna zmiana sytuacji życiowej w kontekście zasadności wniosku o wydanie dziecka.

Ocena kwestii „stopnia dojrzałości” dziecka jest w istocie niezależna od jego wieku i po przeprowadzonej przeze mnie analizie akt nie można w tym zakresie wskazać żadnej średniej wieku, który decydowałby o uznaniu przez sąd orzekający osoby małoletniej za dostatecznie dojrzałą do wyrażenia sprzeciwu. Wydaje się, że decydujące w tym kontekście jest stosowane przez sąd orzekający podejście co do sposobu oceny stanowiska małoletniego przez pryzmat stopnia jego dojrzałości. Za najbardziej adekwatne uznać należy podejście, polegające na ocenie zdolności poznawczych dziecka w odniesieniu do jego aktualnej sytuacji i wpływu podejmowanych przez nie decyzji na jego obecne życie. Z całą mocą należy podkreślić, że czasami nawet osobom dorosłym trudno jest ocenić długofalowe skutki podejmowanych przez nich działań, trudno zatem uznawać, że dziecko jest niedojrzałe tylko z tego względu, iż nie jest w stanie przewidzieć, jak jego sprzeciw co do powrotu wpłynie na kształt jego życia w perspektywie kilku czy kilkunastu lat. Błędne wydaje się także ocenianie stanowiska dziecka wyłącznie z perspektywy oczekiwań osób dorosłych, jak miało to miejsce w niektórych przypadkach analizowanych przeze mnie stanów faktycznych. Ponadto należy zauważyć, że istnieje silna potrzeba uwzględnienia głosu dziecka w postępowaniach prowadzonych w oparciu na przepisach Konwencji i bezpośrednio oddziałujących na jego sytuację życiową. Dziecko, zgodnie ze współczesnym rozumieniem jego praw w postępowaniu cywilnym, powinno być uznawane za jednego z faktycznych uczestników postępowania, a nie tylko obserwatora, którego głos jest ciągle ignorowany. Interpretacja Konwencji haskiej z 1980 r. musi ponadto uwzględniać fakt, że w dacie jej powstawania spójnienie na prawa i obowiązki dziecka było zgoła odmienne od aktualnego.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 rozporządzenia Bruksela II bis przy stosowaniu art. 12 i 13 Konwencji należy umożliwić wysłuchanie dziecka podczas postępowania sądowego, chyba że uznaje się to za niewłaściwe ze względu na jego wiek lub poziom dojrzałości. Rozporządzenie wzmacnia zatem prawo dziecka do wysłuchania podczas postępowania sądowego. Dlatego też sąd daje dziecku możliwość bycia wysłuchanym, chyba że uzna, iż jest to niewłaściwe ze względu na wiek i stopień dojrzałości dziecka. Wyjątek ten należy jednak interpretować w sposób bardzo zawężający. W szczególności należy pamiętać, że prawa dziecka mają bardzo istotne znaczenie w postępowaniu o nakazanie powrotu dziecka, a decyzje w sprawie przyszłości dziecka i charakteru jego przyszłych stosunków z rodzicami i innymi osobami mają z reguły kluczowe znaczenie, jeśli chodzi o dobro dziecka. Należy również pamiętać o tym, że wspomniane czynniki wywierają wpływ na dzieci w dowolnym wieku. W rozporządzeniu Bruksela II bis nie określa się kryteriów w zakresie określania wymaganego wieku i poziomu dojrzałości dziecka ani procedury wysłuchania dziecka. Ponadto, sąd nie może odmówić powrotu dziecka, jeżeli osoba wnioskująca o powrót nie została wysłuchana (art. 11 ust. 5 rozporządzenia Bruksela II bis). Z uwagi na krótki termin przewidziany na wydanie orzeczenia

wynikający z art. 11 ust. 3 rozporządzenia Bruksela II bis wysłuchanie powinno się odbyć w możliwie najszybszy i najbardziej efektywny sposób⁴⁵.

Należy również pamiętać, że w tych wyjątkowych przypadkach, kiedy sąd orzeka o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji, w art. 11 ust. 6–7 rozporządzenia Bruksela II bis przewidziano procedurę specjalną zwaną „mechanizmem nadrzędnym”. Procedura ta wymaga, by sąd, który wydał orzeczenie o odmowie powrotu dziecka niezależnie od tego, czy jest to orzeczenie ostateczne czy też przysługuje od niego środek zaskarżenia, przekazał odpis swojego orzeczenia oraz dodatkowych dokumentów sądowi właściwemu w państwie członkowskim pochodzenia. W praktyce chodzi tu o odpis postanowienia wraz z uzasadnieniem, protokoły z rozpraw, wywiady kuratorów, a także opinie biegłych wydane na potrzeby toczącego się postępowania. Przekazanie może nastąpić bezpośrednio z jednego sądu do drugiego lub za pośrednictwem organów centralnych w obu państwach członkowskich. Sąd w państwie członkowskim pochodzenia powinien otrzymać dokumenty w terminie jednego miesiąca od daty wydania orzeczenia o odmowie powrotu dziecka na podstawie art. 13 Konwencji. Jeżeli żaden z uczestników o to nie wniósł, to sąd pochodzenia przekazuje informacje uczestnikom i wzywa do złożenia, w terminie trzech miesięcy od daty powiadomienia, wniosków zgodnie z prawem krajowym, w których mogą wskazać, czy pragną, aby sąd pochodzenia zbadał kwestię pieczy nad dzieckiem. Jeżeli uczestnicy nie złożą wniosków w terminie trzech miesięcy, to sąd pochodzenia zamyka sprawę. Sąd pochodzenia bada sprawę, jeśli przynajmniej jeden z uczestników złoży odpowiedni wniosek. Chociaż rozporządzenie Bruksela II bis nie ustanawia żadnego terminu w tym zakresie, celem powinno być zapewnienie możliwie najszybszego podjęcia decyzji. Orzeczenie o odmowie powrotu dziecka oraz dodatkowe dokumenty, o których wspominałem wcześniej, należy przekazać sądowi właściwemu do rozpoznania sprawy. Jeżeli sąd w państwie członkowskim pochodzenia wydał wcześniej orzeczenie dotyczące przedmiotowego dziecka, to dokumenty z zasady przekazuje się do tego sądu. W przypadku braku takiego orzeczenia informacje przesyła się do sądu posiadającego właściwość zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego, najczęściej do sądu właściwego dla miejsca stałego pobytu dziecka przed jego uprowadzeniem. Pomocny w ustaleniu sądu właściwego w innym państwie członkowskim może być europejski atlas sądowy w sprawach cywilnych. Również organy centralne wyznaczone na mocy rozporządzenia Bruksela II bis mogą udzielić sędziom pomocy w ustaleniu sądu właściwego w innym państwie członkowskim⁴⁶.

5) Jeżeli powrót dziecka nie byłby dopuszczony w świetle podstawowych zasad państwa wezwanego, dotyczących ochrony praw człowieka i podstawowych wolności (art. 20 Konwencji)⁴⁷.

W doktrynie pomija się natomiast wyjątek określony w art. 12 ust. 3 Konwencji, który moim zdaniem stanowi samoistną podstawę do wydania przez sąd postanowienia o zawieszeniu postępowania lub postanowienia oddalającego wniosek

⁴⁵ Praktyczny przewodnik..., s. 55 i n.

⁴⁶ Praktyczny przewodnik..., s. 55 i n.

⁴⁷ W analizowanych przeze mnie sprawach nie zostało wydane orzeczenie odmawiające powrotu na podstawie art. 20 Konwencji.

o wydanie dziecka. Literalne brzmienie tego przepisu pozwala na podjęcie stosownych działań jeszcze na etapie postępowania przed polskim organem centralnym, a sprowadzających się do zawieszenia działań organu centralnego. Zgodnie bowiem z art. 12 ust. 3 Konwencji, jeżeli władza sądowa lub administracyjna państwa wezwanego ma podstawy, aby sądzić, że dziecko zostało zabrane do innego państwa, może ona zawiesić działanie lub oddalić wniosek o wydanie dziecka.

5. UWAGI PODSUMOWUJĄCE

Zgodnie z preambułą Konwencji haskiej z 1980 r. została ona wprowadzona „w celu ochrony dzieci” w skali międzynarodowej od szkodliwych skutków ich bezprawnego uprowadzenia lub zatrzymania oraz ustanowienia postępowania zapewniającego ich szybki powrót do państwa, w którym mają miejsce zwykłego pobytu. Cele te wynikają wprost z art. 1 Konwencji. Bezprawne uprowadzenie lub zatrzymanie dziecka już samo w sobie jest szkodliwe dla jego dobra i zgodnie z założeniami Konwencji jedynie nakazanie powrotu dziecka do państwa, z którego zostało uprowadzone, zapewni realizację szeroko pojmowanych interesów dziecka. Nie można zapominać także o tym, że celem Konwencji jest również ochrona jurysdykcji państwa zwykłego pobytu dziecka w przypadku jego uprowadzenia.

Co do zasady, sądy państwa, w którym dziecko posiadało miejsce zwykłego pobytu, są właściwe do określenia zasadności sporu o opiekę, co się zazwyczaj wiąże z kompleksową oceną najlepszego interesu dziecka. Sądy takie na ogół będą miały pełniejszy i łatwiejszy dostęp do informacji i dowodów istotnych przy dokonywaniu takich ustaleń. W związku z tym nakazanie powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego do państwa jego zwykłego pobytu nie tylko przywraca *status quo ante*, ale pozwala na rozwiązywanie wszelkich kwestii związanych z pieczą nad dzieckiem lub kontaktami, łącznie z ewentualnym przeniesieniem dziecka do innego miejsca zamieszkania w ramach tzw. relokacji.

Powyższy cel Konwencji i zasady leżące u jej podstaw określają wąski zakres zastosowania Konwencji, który dotyczy wyłącznie szybkiego powrotu dziecka bezprawnie uprowadzonego lub zatrzymanego do państwa jego zwykłego pobytu, z zastrzeżeniem jedynie ograniczonych wyjątków przewidzianych w Konwencji. Wyjątki te występują w art. 12 ust. 2, art. 13 ust. 1 lit. a, 13 ust. 1 lit. b, art. 13 ust. 2 i art. 20 Konwencji. Te wymienione wyjątki muszą być jednak stosowane w sposób restrykcyjny, tak aby przepisy Konwencji nie stały się martwą literą prawa. Powoływanie się na przedmiotowe wyjątki przez rodzica, który swoim zachowaniem doprowadził do bezprawnego uprowadzenia i arbitralnie zdecydował o zmianie miejsca zwykłego pobytu dziecka, nie może zmierzać do złamania struktury Konwencji i prowadzić do przekreślenia jej zasadniczych celów⁴⁸.

Przeprowadzona przeze mnie analiza nadesłanych akt sądowych w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką

⁴⁸ Por. Guide to Good Practice..., s. 24.

miała – co do zasady – na celu przedstawienie przebiegu przedmiotowego postępowania przed polskim organem centralnym i przed sądem prowadzącym sprawę, z uwzględnieniem postępowania rozpoznawczego przed sądem I instancji, postępowania przed sądem II instancji oraz postępowania wykonawczego. Niniejsze opracowanie ograniczyłem do wybranych zagadnień związanych z przebiegiem postępowania przed sądem I instancji⁴⁹.

Reasumując wyniki przeprowadzonych badań, należy się pozytywnie odnieść do zmniejszenia liczby sądów orzekających w analizowanych sprawach i ograniczenia jej do 11 wspomnianych powyżej sądów okręgowych, przyjmując, że Sąd Apelacyjny w Warszawie jest jedynym sądem odwoławczym w tego typu sprawach. Dobrym rozwiązaniem było także ustalenie, że w tego typu sprawach powinni orzekać jedynie wyspecjalizowani sędziowie, choć jak się okazuje w praktyce ich referaty nie obejmują tylko spraw haskich, co moim zdaniem powinno ulec zmianie z uwagi na postulat szybkości tych postępowań, konieczność ich dynamiki i podejmowania działań niezwłocznie⁵⁰. Dostrzegam potrzebę takiego zorganizowania pracy sędziów w sprawach haskich, aby ich referaty obejmowały tylko te postępowania, do czego konieczne jest także zapewnienie udziału w specjalistycznych szkoleniach podnoszących kwalifikacje językowe i merytoryczne; wydaje się niezbędne wręcz, aby orzekający w tych sprawach sędziowie biegłe posługiwali się językiem angielskim i aby było to potwierdzone odpowiednim certyfikatem o międzynarodowej rozpoznawalności, a co najważniejsze, aby sędziowie byli wyposażeni w praktyczny warsztat znajomości języka prawniczego, co oczywiście może spotkać się z zarzutem, że sądy mogą przecież korzystać z tłumaczy. Moim zdaniem jednak w tego typu sprawach wiedza merytoryczna połączona ze znajomością języka angielskiego jest elementem niezbędnym dla zapewnienia sprawnego przebiegu postępowania. Takie same uwagi dotyczą – moim zdaniem – pracowników sekretariatów współpracujących bezpośrednio z sędziami, czy ich asystentów – mam przy tym jednak świadomość, że w chwili obecnej praca w sekretariacie sądu nie należy do najbardziej atrakcyjnych na rynku pracy, z uwagi na element ekonomiczny, ale spojrzenie na ten aspekt powinno być zauważone z perspektywy przeprowadzonych badań. Podobne rozwiązania i wysokie standardy, jeżeli chodzi o wymagane kwalifikacje, wprowadzono w ramach struktur polskiego organu centralnego, co miałem okazję zaobserwować wielokrotnie nie tylko przy okazji prowadzonych badań aktowych, ale także jako pełnomocnik występujący w sprawach haskich. Profesjonalizm polskiego organu centralnego i zaangażowanie całego zespołu zajmującego się sprawami haskimi sprawia, że postępowanie na etapie organu centralnego przebiega bardzo sprawnie i dynamicznie, a wręcz wzorowo odbywa się współpraca z zagranicznymi organami centralnymi i sądami, jeśli chodzi o wymianę informacji i przekazywanie dokumentów. Oczywiście zdaję sobie sprawę z tego, że nie miałem okazji uczestniczyć w pracach polskiego organu centralnego na co dzień i moje wnioski opierają się jedynie na gruntownej analizie aktowej, ale z tej perspektywy nie zaobserwowałem żadnych niedociągnięć od strony formalnej w tej strukturze.

⁴⁹ Pełna wersja raportu dostępna jest na stronie: www.iws.gov.pl (dostęp: 25.06.2021 r.).

⁵⁰ W jednej z analizowanych spraw odstęp czasowy między kolejnymi terminami rozpraw wynosił pięć miesięcy.

Zmianie powinna ulec kwestia profesjonalnych szkoleń w aspekcie rozszerzenia oferty szkoleń regularnych dla sędziów orzekających w sprawach haskich, pracowników polskiego organu centralnego oraz pełnomocników występujących w tych sprawach. Powinna być też stworzona kompleksowa, ogólnodostępna baza orzeczeń wydawanych w sprawach haskich, nie tylko przez sądy polskie, ale i zagraniczne (z tłumaczeniami na język polski), co sprzyjałoby zapewnieniu jednolitości i stabilności orzecznictwa pod kątem dostępnych narzędzi i środków o charakterze procesowym i pozapprocesowym służących ochronie dobra dziecka – centralnego ogniwa postępowania o nakazanie powrotu.

Nadal zauważalnym problemem jest niedotrzymywanie sześciotygodniowego terminu na wydanie orzeczenia przez sąd I instancji, do czego obligują przepisy Konwencji i rozporządzenia Bruksela II bis. Wpływa na to oczywiście szereg czynników, zaś wnioski, które należałoby wysnuć, wcale nie odnoszą się do ułomności obowiązujących przepisów, ale do ich wykorzystywania w sposób niepełny i dość liberalny w aspekcie koncentracji materiału dowodowego oraz gromadzenia dowodów nieprzydatnych i zmierzających do przewlekania postępowania przez uczestników reprezentowanych przez pełnomocników, którzy często mają tendencje do zgłaszania dowodów powstających na potrzeby prowadzonego postępowania i nie odnoszą się do meritum sprawy o nakazanie powrotu. Nie chcę oceniać działań podejmowanych przez pełnomocników, ale wydawałoby się wręcz konieczne stworzenie bazy pełnomocników profesjonalnych, którzy również podlegaliby obowiązkowym szkoleniom podnoszącym ich kwalifikacje zawodowe w kontekście tej konkretnej specjalizacji. Idealnym wręcz rozwiązaniem byłoby stworzenie pewnej sieci takich pełnomocników w formie bazy dostępnej dla organów centralnych i sądów, które mogłyby ustanawiać takich pełnomocników na etapie postępowania rozpoznawczego. Należy przy tym zaznaczyć, że w obecnie obowiązującym stanie prawnym stawki za prowadzenie tego typu postępowań w ramach ustanowienia pełnomocnikiem z urzędu są bardzo niskie i nie zachęcają do występowania w sprawach haskich. Zasądzenie przez sąd kwoty 120 zł plus należny podatek VAT w wysokości 23% jest upokarzająco niskie, biorąc pod uwagę nakład pracy, częstą konieczność posługiwania się językiem obcym, dynamikę postępowania i obowiązek niezwłocznego działania, a także mając na uwadze transgraniczny charakter sporu. Z tego względu proponowane przeze mnie dedykowane szkolenia i kursy języka prawniczego powinny obejmować także pełnomocników profesjonalnych, którzy chcieliby znaleźć się w strukturze ogólnopolskiej bazy.

Priorytetem powinno być stworzenie grupy wyspecjalizowanych sędziów, pracowników polskiego organu centralnego i pracowników sądów, a także pełnomocników, co zapewniłoby spójność i jednolitość postępowania w analizowanych sprawach na zasadzie kooperacji i zaangażowania z naciskiem na profesjonalizm i wysoki poziom posiadanych kwalifikacji. Dla zapewnienia realizacji postulatu szybkości postępowania w sprawach haskich konieczne jest moim zdaniem położenie nacisku na aspekt profesjonalizmu i stosowanie zaostrzonych kryteriów do orzekania w tego typu sprawach, reprezentowania, i pełnienia funkcji w ramach organu centralnego. Istotnym elementem będzie także promowanie mediacji i wykorzystanie narzędzi do komunikacji online.

Summary

Marcin Bialecki, *Procedure in Cases Relating to Surrender of the Child under the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, done at The Hague on 25 October 1980, Before the Court of First Instance.*

Selected Issues

The purpose of this publication is to analyse the proceedings in cases relating to surrender of a child under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, done at The Hague on 25 October 1980, in comparison to the provisions of the Code of Civil Procedure and the Act of 26 January 2018 on the Performance of Certain Activities of the Central Authority in Family Matters in the Field of Legal Transactions under European Union Law and International Agreements. The research I have carried out, and the conclusions I have drawn from it, are based on an empirical analysis of the court files made available to me by the district courts and the relevant divisions of those courts that adjudicate in cases for ordering the return of a person subject to parental custody or guardianship abroad and in cases for forcibly removing a person subject to parental custody or guardianship abroad. The aim of this analysis was to provide a comprehensive overview of the proceedings before the Polish court conducting the case, including the proceedings before the court of first instance. My main assumption was to focus on the utilitarian character of the existing solutions and on their use at particular stages of proceedings by means of appropriate procedural and non-procedural tools.

Keywords: *child welfare, ordering the return of the child, wrongful removal, wrongful retention, principle of immediate return of the child, serious risk, refusal to surrender the child, enforcement proceedings*

Streszczenie

Marcin Bialecki, *Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji – zagadnienia wybrane*

Celem niniejszej publikacji jest analiza postępowania w sprawach o wydanie dziecka w ramach Konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. w odniesieniu do przepisów ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i ustawy o wykonywaniu niektórych czynności organu centralnego w sprawach rodzinnych z zakresu obrotu prawnego na podstawie prawa Unii Europejskiej i umów międzynarodowych z 26.01.2018 r. Przeprowadzone badania, a także wnioski z nich płynące, oparte są na empirycznej analizie akt sądowych udostępnionych przez sądy okręgowe i odpowiednie wydziały tych sądów, które orzekają w sprawach o nakazanie powrotu osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę oraz w sprawach o przymusowe odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką za granicę. Przedmiotowa analiza miała na celu kompleksowe przedstawienie przebiegu postępowania przed sądem I instancji. Przyjętym założeniem pracy było przede wszystkim skupienie się na użyteczności wprowadzonych rozwiązań i na ich wykorzystaniu w poszczególnych etapach postępowania za pomocą odpowiednich narzędzi procesowych i pozaprocessowych.

Słowa kluczowe: *dobro dziecka, nakazanie powrotu dziecka, bezprawne uprowadzenie, bezprawne zatrzymanie, zasada niezwłocznego wydania dziecka, poważne ryzyko, odmowa wydania dziecka, postępowanie wykonawcze*

Literatura:

1. Bialecki M., *Postępowanie mediacyjne w ramach Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – zagadnienia praktyczne mediacji transgranicznej* [w:] *Ius Est A Iustitia Appellatum. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, Warszawa 2017.
2. Bialecki M., *Wykorzystanie mediacji online w ramach postępowania prowadzonego w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze dnia 25 października 1980 r.* [w:] *Postępowanie cywilne w dobie przemian*, red. I. Gil, Warszawa 2017.
3. Bialecki M., *Mediacja w sprawach o wydanie dziecka na podstawie Konwencji haskiej z 25.10.1980 r. dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę – uwagi na tle obowiązujących przepisów i proponowanych zmian w zakresie wprowadzenia instytucji organizacji postępowania* [w:] *Postępowanie cywilne – wprowadzone i projektowane zmiany 2019*, red. G. Jędrejek, S. Kotas, F. Manikowski, Warszawa 2019.
4. Jagieła J., *Komentarz do art. 598⁵ k.p.c.* [w] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 3. *Komentarz do art. 425–729*, red. A. Marciniak, Warszawa 2020.
5. Jastrzemska S., *Komentarz do art. 598¹ k.p.c., teza 2* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 506–1217*, t. 2, red. T. Szancilo, Warszawa 2019.
6. Nehls K. [w:] *Cross-Border Family Mediation. International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, red. Ch.C. Paul, S. Kiesewetter, Frankfurt nad Menem 2014.
7. Pérez-Vera E., *Explanatory Report on the 1980 HCCH Child Abduction Convention*, <https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>

Jakub M. Łukasiewicz*

Alimentacja ojczyma (lub macochy) na rzecz pasierba**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Małżeństwo z rodzicem posiadającym małoletnie dziecko staje się współcześnie coraz bardziej popularne. Wzrastająca liczba rozwodów oraz związków nieformalnych sprawia, że dość często dochodzi do zawarcia takiego małżeństwa, gdzie pomiędzy współmałżonkiem rodzica (określanym jako ojczym lub macocha) a dzieckiem (określanym jako pasierb) powstaje stosunek powinowactwa z którego może wynikać rodzinno-prawny stosunek alimentacyjny (art. 27 i 144 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego¹). Należy jednak podkreślić, że problematyka alimentacji pasierba nie jest w literaturze przedmiotu szczególnie popularna, natomiast poglądy dotychczas formułowane są dość różnorodne, a często nawet sprzeczne². W rezultacie zasadne wydaje się uporządkowanie zastanych wypowiedzi piśmiennictwa przy równoczesnej próbie ich pogłębienia i doprecyzowania³.

* Jakub M. Łukasiewicz jest doktorem nauk prawnych w Instytucie Nauk Prawnych, Kolegium Nauk Społecznych, Uniwersytet Rzeszowski, Polska, ORCID: 0000-0002-8818-9885, e-mail: jmlukasiewicz@ur.edu.pl; j.m.lukasiewicz@wp.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.10.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 17.12.2020 r.

¹ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359) – dalej k.r.o.

² O rozbieżności poglądów można się przekonać po lekturze dwóch monografii poświęconych tej problematyce: J. Strzebińczyk, *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według k.r.o.*, Wrocław 1985; A. Szlęzak, *Prawnorodzinna sytuacja pasierba*, Poznań 1985. Por. także B. Dobrzański, *Kolejność obowiązku alimentacyjnego między pasierbami a ojczymem i macochą*, „Palestra” 1970/3, s. 49–55; B. Dobrzański, *Wzajemny obowiązek alimentacyjny między pasierbami i ojczymem lub macochą*, „Studia Cywilistyczne” 1971/17, s. 695–697; T. Smyczyński, *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna*, Wrocław 1978.

³ W niniejszym artykule zostaną rozwinięte niektóre tezy jedynie zasygnalizowane w publikacji: J.M. Łukasiewicz, *Podstawy obowiązku alimentacyjnego na gruncie art 144 § 1 k.r.o. [w:] Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015, s. 219–231. Określono tam moment powstania stosunku alimentacyjnego z art. 144 § 1 k.r.o., alimentację uzależniono od kryterium czasu pozostawania pasierba we wspólnocie domowej (a nie od czasu trwania małżeństwa) oraz podkreślono, że nie zawsze warunkiem alimentacji świadczonej przez ojczyma lub macochę wobec pasierba musi być bliska i wzajemna relacja z nim. Niejako domyślnie przyjęto tam pewne założenia wstępne, które wymagają dalszego doprecyzowania. Odmienne bowiem należy traktować alimentację pasierba podczas trwania małżeństwa (gdzie czas pozostawania we wspólnocie domowej odgrywa znaczenie jedynie w przypadku usamodzielnienia się pasierba); inaczej zaś alimentację pasierba po ustaniu małżeństwa (gdzie czas pozostawania we wspólnocie domowej odgrywa znaczenie kardynalne). Do tego nie należy przeceniać roli, jaką przypisuje się bliskiej i wzajemnej więzi pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem, gdyż użyteczność art. 144 § 1 k.r.o. staje się widoczna właściwie w przypadku braku takiej więzi. Tylko w pewnych przypadkach jej istnienie nabiera szczególnego znaczenia. W niedawno przygotowywanym podręczniku z prawa rodzinnego znalazło się szczegółowe omówienie wskazanych powyżej tez. Por. J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021, s. 461–467. Niestety, charakter pracy sprawił, że nadal nie wszystkie kwestie zostały wnikliwie wyjaśnione. Stało się to asumptem do przygotowania niniejszej publikacji.

Ze względu na fakt, że ustawodawca *expressis verbis* uregulował alimentację pasierba tylko w jednym przepisie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, tj. w treści art. 144 § 1, dlatego też wstępna część artykułu zostanie poświęcona właśnie tej regulacji prawnej. W dalszej części artykułu omówiona natomiast zostanie alimentacja na podstawie art. 27 k.r.o., a przyjęcie takiej kolejności wynika z faktu, iż wskazany przepis obejmuje alimentację świadczoną na rzecz małżonka oraz wspólnych małoletnich lub pełnoletnich i nieusamodzielnionych jeszcze dzieci, a tylko według części doktryny (choć trzeba przyznać, że według przeważającej części doktryny) przepis ten dotyczy również obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) na rzecz pasierba włączonego do założonej przez małżonków rodziny.

Stosunek alimentacyjny pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem określany jest w literaturze przedmiotu jako **stosunek pośrednio zależny** (wszystkie pogrubienia – J.M.Ł.). Należy przez to rozumieć taką zależność, że najpierw dochodzi do powstania stosunku prawnego małżeństwa pomiędzy ojczymem (lub macochą) a rodzicem małoletniego dziecka; następnie ze stosunku tego wynika stosunek powinowactwa pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem i wreszcie ze wspomnianego stosunku powinowactwa wynika stosunek alimentacyjny pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem⁴.

Obowiązek alimentacyjny, o którym mowa w treści art. 144 § 1 k.r.o., został zdeterminowany koniecznością zaistnienia dodatkowej przesłanki, jaką jest zgodność powstania takiego obowiązku z „zasadami współżycia społecznego”.

Jak się zdaje, potencjalny stosunek alimentacyjny pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem **powstaje z chwilą zawarcia małżeństwa**, natomiast wskazana przesłanka dodatkowa, polegająca na zgodności alimentacji z „zasadami współżycia społecznego” przesądza jedynie o konkretyzacji stosunku alimentacyjnego, jeżeli dodatkowo spełnione są ogólne przesłanki powstania zobowiązania alimentacyjnego. Skoro w typowych przypadkach potencjalne stosunki alimentacyjne powstają w łatwo dostrzegalnych punktach na osi czasu (tj. z chwilą powstania pokrewieństwa, zawarcia małżeństwa, czy też dokonania adopcji), toteż potencjalny stosunek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba powinien powstawać w równie łatwo uchwytym punkcie na osi czasu (tj. z chwilą zawarcia małżeństwa z rodzicem dziecka i jednoczesnym powstaniem stosunku prawnego powinowactwa wobec tego dziecka⁵).

2. ALIMENTACJA PASIERBA WŁĄCZONEGO DO RODZINY NA PODSTAWIE ART. 144 § 1 K.R.O.

Z uwagi na fakt, że piśmiennictwo dopuszcza alimentację pasierba w ramach wykonywania obowiązków małżeńskich na mocy art. 27 k.r.o., dlatego uzasadnione

⁴ Szerzej J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo...*, s. 25; J.M. Łukasiewicz, *Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych zależnych i oderwanych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2013/77(12), s. 45–47. Obowiązek ojczyma lub macochy odnosi się do pasierba, a nie jego krewnych. Uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego (dalej SN) z 4.04.1968 r., III CZP 27/68, OSNC 1969/1, poz. 816; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z 11.11.2012 r., II SA/Lu 532/12, LEX nr 1235117; J. Pawliczak [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1620–1621.

⁵ J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 221.

też wydaje się twierdzenie, że „zasady współzycia społecznego”, o których mowa w treści art. 144 § 1 k.r.o., również powinny przesądzać o zasadności alimentacji pasierba przez jego ojczyma (lub macochę), jeżeli tylko pasierb ten został włączony do wspólnoty domowej⁶. Należy przy tym przyjąć, że poza sytuacjami skrajnymi, alimentacja pasierba **w trakcie trwania małżeństwa** powinna przebiegać niezależnie od czasu trwania małżeństwa oraz niezależnie od relacji ojczyma (lub macochy) wobec małoletniego dziecka włączonego do rodziny. Nie tylko przemawia za tym fundamentalna zasada dobra dziecka, lecz także konieczność zapewnienia prawnych gwarancji dotyczących rekonstrukcji środowiska opiekuńczo-wychowawczego w którym to środowisku funkcjonować będzie małoletnie dziecko.

W piśmiennictwie dominuje trafne przekonanie, że z uwagi na „zasady współzycia społecznego”, obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba występuje na równi z rodzicami dziecka, niemniej jednak ojczym (lub macocha) **nie powinien wyręczać rodziców dziecka w ich własnym obowiązku alimentacyjnym**. Dlatego też konkretyzacja obowiązku alimentacyjnego, o którym mowa w treści art. 144 § 1 k.r.o., w przypadku ojczyma (lub macochy) pozostającego w związku małżeńskim z rodzicem małoletniego dziecka, powinna nastąpić wyłącznie w sytuacji, kiedy drugi z rodziców dziecka nie żyje bądź też nie może spełniać wobec dziecka swojego obowiązku alimentacyjnego albo gdy uzyskanie od niego alimentów jest niemożliwe lub połączone z nadmiernymi trudnościami (art. 132 k.r.o.)⁷.

W dwóch ostatnich przypadkach (tj. w sytuacji niemożności lub nadmiernych trudności w uzyskaniu alimentów) ojczym (lub macocha) spełniający obowiązek alimentacyjny wobec pasierba może wystąpić z roszczeniem regresowym wobec zobowiązanego do alimentów rodzica dziecka na podstawie art. 140 k.r.o. Nadmienić przy tym wypada, że zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w judykaturze, wyżej wskazane roszczenie jest także zasadne, jeżeli ojczym (lub macocha) świadczył dobrowolnie alimenty wobec pasierba, pomimo że drugi z rodziców dziecka mógł swobodnie realizować swój własny obowiązek alimentacyjny⁸.

Włączenie pasierba do rodziny przemawia za trafnością wyrażonego w literaturze stanowiska, że pasierb posiada prawo do alimentów na mocy art. 144 § 1 k.r.o. **na zasadach równej stopy życiowej** ze stopą życiową obu małżonków, tj. ojczyma (lub macochy) oraz rodziców pasierba⁹. Ponadto należy wskazać, że możliwe wydaje się zobowiązanie ojczyma (lub macochy) do świadczenia alimentów na rzecz pasierba w przypadku, gdy oboje rodzice dziecka żyją i alimentują dziecko, lecz ojczym (lub macocha) posiada na tyle wysokie zarobki, iż w ramach zapewnienia równej stopy życiowej uzasadnione jest zasądzenie tzw. alimentów wyrównawczych¹⁰.

⁶ J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 73; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 603.

⁷ Podobnie B. Dobrzyński, *Kolejność obowiązku...*, s. 49–52; B. Dobrzyński, *Wzajemny obowiązek...*, s. 31–32; A. Szlęzak, *Kolejność obowiązku alimentacyjnego z art. 144 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1982/4, s. 130 i n. Pogląd, że obowiązek z art. 144 § 1 k.r.o. powstaje w ostatniej kolejności wyraził J. Gwiazdomorski, *Glosa do uchwały SN z 26.05.1968 r., III CZP 49/68, OSPiKA 1970/6*, poz. 118; J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 67.

⁸ Uchwała SN z 6.03.1975 r., III CZP 3/75, LexPolonica nr 313280; J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 1140.

⁹ J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 603; J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks...*, s. 1153. Skoro wspólne dziecko małżonków może żądać alimentów na zasadach równej stopy życiowej na podstawie art. 27 i 133 k.r.o., to uzasadnione również wydaje się żądanie alimentów przez pasierba na takich samych zasadach na podstawie art. 27 i 144 k.r.o. J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 223; A. Szlęzak, *Prawnorodzinnia...*, s. 16.

¹⁰ J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 223.

Wydaje się, że zawarcie małżeństwa przez rodzica osoby pełnoletniej i usamodzielnionej wyłącza alimentację z art. 144 § 1 k.r.o.¹¹ Należy bowiem wskazać, że, aby mogło dojść do powstania obowiązku alimentacyjnego pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem, należy wcześniej stwierdzić, iż wskazany w tym przepisie współmałżonek rodzica dziecka rzeczywiście uzyskał status „ojczyma” (lub „macochy”), zaś dziecko rzeczywiście uzyskało status „pasierba”. Do takiej sytuacji dojdzie wyłącznie wtedy, gdy nastąpi pełna rekonstrukcja rodziny, co oznacza, że w ramach tej rodziny określona osoba (zwana często „mamą” albo „tatą”), przyjmując małoletnie dziecko do wspólnoty domowej, (przynajmniej potencjalnie) włączyła się w proces wychowawczy dziecka, a więc można jej przypisać status „ojczyma” (lub „macochy”) wobec tego dziecka. Trudno zatem twierdzić, że współmałżonek rodzica uzyska status ojczyma (lub macochy) wobec pełnoletniego i usamodzielnionego dziecka, jeżeli współmałżonek ten nie mógł nawet przyjąć żadnych funkcji rodzicielskich w faktycznym procesie wychowawczym¹². Na podobnych zasadach należy zresztą oceniać zawarcie kolejnego małżeństwa przez rodzica osoby dorosłej.

Wobec powyższego można przyjąć tezę, że warunkiem powstania stosunku alimentacyjnego pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem jest zawarcie małżeństwa i **rekonstrukcja wspólnoty rodzinnej**, co, jak się zdaje, jest możliwe **wyłącznie w okresie małoletności pasierba**. Tylko w takim przypadku można mówić o powstaniu quasi-rodzicielskiej relacji ojczyma (lub macochy) wobec pasierba.

Nieuzasadnione zaś wydaje się twierdzenie, że relacja ojczyma (lub macochy) i pasierba może powstać poza małżeńską wspólnotą rodzinną, gdyż oznaczałoby to, że pasierb zamiast jednego „rodzica przybranego”, uzyskiwałby w zasadzie dwóch „rodziców przybranych” (tj. od strony ojca macochę, zaś od strony matki ojczyma), co nie wydaje się zgodne z zamierzeniami ustawodawcy.

Co najwyżej posiadanie dwóch „rodziców przybranych” może wystąpić w przypadku prawomocnie orzeczonej pieczy naprzemiennej, niemniej jednak nie podważa to przyjętej powyżej tezy o uzyskaniu statusu pasierba w ramach wspólnoty rodzinnej, gdyż piecza naprzemienna umożliwia właśnie rekonstrukcję dwóch wspólnot domowych w ramach związków małżeńskich zawartych przez każdego z rodziców małoletniego dziecka¹³. Natomiast w przypadkach typowych dziecko przebywa w jednej wspólnotie domowej, co z kolei oznacza, że dziecko może posiadać wyłącznie jednego ojczyma (lub macochę) w zależności od tego u którego z rodziców, będących w związku małżeńskim, zapewnione zostanie dziecku podstawowe środowisko opiekuńczo-wychowawcze.

Prezentowane powyżej założenia nie stoją w sprzeczności z wyrażonym w literaturze przekonaniem, że obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) może być **kontynuowany w sytuacji uzyskania pełnoletności i samodzielności** przez małoletniego dotychczas pasierba. Za trafnością prezentowanego stanowiska przemawia następujący sposób rozumowania. Skoro ojczym (lub macocha) posiada potencjalną

¹¹ Podobnie A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 46–47. Odmiennie J.F. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016, s. 378.

¹² J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 227. Przyjęte założenie odnosi się jedynie do art. 144 § 1 k.r.o. Nie przesądza natomiast o statusie pasierba na podstawie innych przepisów prawnych, np. 934¹ Kodeksu cywilnego (ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny [tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1740]) – dalej k.c.

¹³ Szerzej J.M. Łukasiewicz, *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, „Forum Prawnicze” 2018/2(46), s. 53–65.

możliwość skierowania roszczenia alimentacyjnego wobec pełnoletniego pasierba, jeśli wcześniej przyczyniał się do jego wychowania oraz utrzymania (na mocy art. 144 § 2 k.r.o.), to obowiązek alimentacyjny powinien się cechować wzajemnością rozumianą w ten sposób, że pasierb również powinien zachować możliwość żądania alimentacji od swojego ojczyma (lub macochy) pomimo osiągniętej pełnoletności i samodzielności, z tą wszakże różnicą, iż roszczenie alimentacyjne pasierba nie będzie mu już przysługiwało na zasadach równej stopy życiowej, lecz będzie uzależnione od standardowej przesłanki niedostatku¹⁴. Ponadto należy wskazać, że, o ile alimentacja na rzecz pełnoletniego pasierba mogłaby, w świetle zasad współżycia społecznego, przebiegać wyłącznie w przypadku pozytywnej postawy pasierba wobec swojego ojczyma (lub macochy), o tyle alimentacja na rzecz ojczyma (lub macocha) przez pełnoletniego pasierba, w świetle wskazanych zasad, nie powinna wymagać pozytywnej postawy pasierba, a jedynie wykazania, że ojczym (lub macocha) przyczyniał się do utrzymania oraz wychowania pasierba w okresie jego małoletności¹⁵.

Wskazane powyżej stanowisko może ulec pewnej korekcie. Wydaje się bowiem, że alimentacja pasierba nie będzie kontynuowana, jeżeli krótki był okres czasu liczony od dnia zawarcia małżeństwa (lub włączenia dziecka do wspólnoty domowej) do czasu uzyskania przez dziecko pełnoletności i samodzielności. W takiej sytuacji ojczym (lub macocha) będzie musiał – co prawda – świadczyć alimenty przez krótki czas trwania małoletności dziecka, ponieważ dziecko to zostało włączone do rodziny, a zatem przysługiwała mu ochrona w zakresie fundamentalnej zasady dobra dziecka, niemniej jednak trudno przyjmować, aby ojczym (lub macocha) zdołał przez tak krótki okres na tyle utrwalić swój status ojczyma (lub macocha), jako „przybrany rodzic” wobec dziecka, aby uzasadnione było dalsze trwanie omawianego obowiązku alimentacyjnego¹⁶. Trzeba jednak pamiętać, że wyłączenie dalszego alimentowania pasierba w analizowanym przypadku spowoduje, że ojczym (lub macocha) nie będzie mógł w przyszłości żądać alimentów od pasierba na mocy art. 144 § 2 k.r.o., gdyż nie angażował się przez wystarczająco długi przedział czasu w proces wychowawczy pasierba poprzez jego wychowanie oraz utrzymanie¹⁷.

3. ALIMENTACJA PASIERBA PO USTANIU MAŁŻEŃSTWA NA PODSTAWIE ART. 144 § 1 K.R.O.

Zgodnie z dominującym w piśmiennictwie poglądem obowiązek alimentacyjny wobec pasierba utrzymuje się **po ustaniu małżeństwa** wskutek śmierci rodzica bądź też wskutek prawomocnego orzeczenia rozwodu¹⁸. Wprawdzie przepis art. 144

¹⁴ Zob. J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 73; A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 26, 35 i 48.

¹⁵ J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo...*, s. 464.

¹⁶ J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 226.

¹⁷ J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo...*, s. 465.

¹⁸ Tak np. T. Smoczyński, *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna*, Wrocław 1978, s. 33; J. Ignaczewski [w:] *Alimenty*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2009, s. 95; J. Gwiazdomorski [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piątkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 1022; J.F. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 379; G. Jędrejek, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, LEX/el. 2019, art. 144 k.r.o., teza 4; A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 40; H. Dolecki [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, LEX/el. 2013, art. 144, teza 4; T. Dominińczyk [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, LEX/el. 2011, art. 144, teza 8. Por. także wyrok SN z 29.04.1971 r., II CR 78/71, LEX nr 6916. Odmienne B. Dobrzański, *Wzajemny obowiązek...*,

§ 1 k.r.o. odnosi się do „męża matki dziecka” bądź też do „żony ojca dziecka”, co mogłoby sugerować, że wskazany obowiązek alimentacyjny jest zasadny wyłącznie w trakcie trwania małżeństwa, niemniej jednak należy pamiętać, iż pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem występuje stosunek powinowactwa, który to stosunek w myśl art. 61⁸ § 1 zd. 2 k.r.o. istnieje pomimo ustania małżeństwa. W rezultacie należy przyjąć, że powinowactwo daje podstawy do utrzymania alimentacji pasierba pomimo ustania małżeństwa wskutek śmierci rodzica bądź też prawomocnego orzeczenia rozwodu. Odmienne interpretacja zbyt szeroko ograniczałaby obowiązek alimentacyjny z art. 144 § 1 k.r.o., jak również wzajemny obowiązek alimentacyjny z art. 144 § 2 k.r.o.¹⁹

Ze względu na fakt, że obowiązek alimentacyjny z art. 144 § 1 k.r.o. wiąże się z koniecznością wykazania zgodności powstania takiego obowiązku z „zasadami współżycia społecznego”, konieczne jest rozstrzygnięcie, jakie przypadki należy brać pod uwagę w przypadku ustania małżeństwa, aby alimentacja pasierba rzeczywiście była zgodna ze wspomnianymi „zasadami współżycia społecznego”.

Wydaje się, że podstawowym warunkiem utrzymania obowiązku alimentacyjnego, z art. 144 § 1 k.r.o. po ustaniu małżeństwa, jest stwierdzenie **stosunkowo długiego czasu trwania małżeństwa** zawartego przez ojczyma (lub macochę) z jednym z rodziców uprawnionego do alimentacji dziecka²⁰. Co prawda, same relacje małżeńskie nie powinny przesądzać o zasadności, lub braku zasadności, alimentacji wobec pasierba, niemniej jednak długi czas trwania małżeństwa wiąże się niejednokrotnie z możliwością zbudowania faktycznej więzi wychowawczej, jaką roztaczać może ojczym (lub macocha) wobec małoletniego pasierba. Jak się przy tym zdaje, stworzona w czasie trwania małżeństwa quasi-rodzicielska relacja pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem powinna determinować alimentację po ustaniu małżeństwa, niezależnie od późniejszego charakteru tych relacji²¹. Odnosząc się do wskazanej okoliczności, można jeszcze doprecyzować, że o zasadności utrzymania obowiązku

s. 49. Autor ten jednak złagodził swoje dotychczasowe stanowisko, ponieważ w kolejnej pracy wskazał na brak roszczenia w przypadku krótkiego czasu trwania małżeństwa w przypadku rozwodu, co zdaje się oznaczać, że przy długim czasie trwania małżeństwa alimentacja pasierba jest utrzymana pomimo rozwodu. B. Dobrzański [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1974, s. 821. Do tego twierdzenie o związku alimentacji pasierba z koniecznością istnienia małżeństwa jest niekonsekwentne, gdyż odnosi się do rozwodu, a nie do ustania małżeństwa wskutek śmierci rodzica-małżonka. Por. krytycznie wobec poglądów Bronisława Dobrzańskiego A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 39. Oczywiście założenie przyjmujące zasadność alimentacji pasierba po ustaniu małżeństwa mogłoby spotkać się z zarzutem przyjmowania zbyt szerokiego zakresu art. 144 § 1 k.r.o., co w konsekwencji zniechęcałoby do zawierania małżeństwa z osobami samotnie wychowującymi dzieci. Por. J. Wierciński [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, LEX/el. 2014, art. 144 k.r.o., tezy 1 i 5. Nie należy jednak postrzegać małżeństwa wyłącznie w aspekcie obowiązków, gdyż instytucja ta wiąże się z szeregiem uprawnień (np. wzajemny obowiązek alimentacyjny wobec małżonka i pasierba, możliwość dziedziczenia po zmarłym małżonku na podstawie art. 931 § 1, art. 932 § 2 i art. 933 § 2 k.c.). Poza tym za utrzymaniem alimentacji wobec małoletniego pasierba po ustaniu małżeństwa przesądza zasada dobra dziecka. Z kolei w przypadku osiągnięcia pełnoletności przez pasierba utrzymanie alimentacji podlega zastrzonym rygorom, tj. wykazaniu stanu niedostatku oraz pozytywnej postawy pasierba wobec ojczyma lub macochy. Mając przy tym na względzie dodatkowy fakt braku istnienia małżeństwa, można przyjąć, że sąd w skrajnie rzadkich przypadkach podejmowałby rozstrzygnięcie przyjmujące zasadność dalszej alimentacji pasierba.

¹⁹ J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 47; A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 39. Ten drugi autor przyjmuje również alimentację z art. 144 § 1 k.r.o. pomimo ustania powinowactwa, wskutek unieważnienia małżeństwa. A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 41 i n. Jak się wydaje, alimentacja małoletniego pasierba po ustaniu małżeństwa opiera się na zasadach równej stopy życiowej.

²⁰ Por. J. Gwiazdomorski, *Przesłanki...*, s. 54–55.

²¹ Wydaje się, że samo włączenie pasierba do rodziny oznacza przyjęcie pozycji ojczyma (lub macochy) wobec pasierba, niezależnie od rzeczywistych relacji pomiędzy tymi podmiotami.

alimentacyjnego wobec pasierba nie powinien przesądzać wyłącznie długi okres trwania małżeństwa, lecz raczej **stosunkowo długi okres pozostawania małoletniego dziecka we wspólnocie domowej**²² lub też **stosunkowo długi okres liczony od dnia zawarcia małżeństwa do uzyskania przez dziecko pełnoletności przed rozwodem**. Nieuzasadnione wydaje się bowiem obciążanie ojczyma (lub macochy) obowiązkiem alimentacyjnym wobec pasierba, jeżeli ten uzyskał pełnoletność niedługo po zawarciu małżeństwa, które następnie trwało stosunkowo długo aż do momentu prawomocnego orzeczenia rozwodu²³. Wbrew powszechnemu w literaturze stanowisku, należy przyjąć, że utrzymanie obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba we wskazanym powyżej przypadku nie powinno być uzależnione od wykazania bliskich relacji ojczyma (lub macochy) z małoletnim pasierbem. Alimentacja służyć ma ochronie małoletniego pasierba i nie należy uzależniać tej ochrony od pozytywnej przesłanki bliskich relacji z pasierbem.

Przy małoletności pasierba można zaryzykować twierdzenie, że zasadne jest utrzymanie alimentacji z art. 144 § 1 k.r.o. pomimo **stosunkowo krótkiego czasu trwania małżeństwa** i pozostawania dziecka we wspólnocie domowej, jeżeli tylko ojczym (lub macocha) nadal przejawiałby chęć utrzymywania faktycznych więzi „rodzicielskich” wobec małoletniego pasierba (np. podejmując działania zmierzające do dalszego utrzymywania z nim kontaktów)²⁴. A zatem we wskazanym przypadku, wyjątkowo, bliskie relacje z pasierbem stanowić powinny przesłankę konieczną, a nie subsydiarną.

W literaturze przedmiotu wskazuje się dość jednoznacznie, że **zawarcie kolejnego małżeństwa przez rodzica małoletniego dziecka** niweczy obowiązek alimentacyjny dotychczasowego ojczyma lub macochy z art. 144 § 1 k.r.o.²⁵ Należy jednak podkreślić, że występujące pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem powinowactwo na mocy art. 61⁸ § 1 k.r.o. „trwa (...) mimo ustania małżeństwa”, a zatem we wskazanym przypadku dochodzi jedynie do ustania skonkretyzowanego obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba, podczas gdy sam potencjalny stosunek alimentacyjny trwa dalej. W rezultacie dotychczasowy ojczym (lub macocha) może żądać wzajemnych alimentów od pełnoletniego pasierba (pomimo zawarcia kolejnego małżeństwa), jeśli tylko wykaże, że w okresie małoletności pasierba przyczyniał się do jego utrzymania oraz wychowania przez stosunkowo długi przedział czasu (art. 144 § 2 k.r.o.).

W przypadku rozwodu, jak już podkreślono, stosunkowo długi czas pozostawania małoletniego dziecka we wspólnocie domowej powinien determinować obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba. **Wina za rozkład pożycia** nie powinna przy tym rzutować na kwestie alimentacji pasierba²⁶. W jednym wszakże przypadku można przyjąć ustanie obowiązku alimentacyjnego wobec pasierba,

²² Por. także wyrok SN z 19.03.1976 r., III CR 8/76, OSNC 1976/12, poz. 268, LEX nr 2008.

²³ J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 226; J.M. Łukasiewicz [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo...*, s. 465.

²⁴ Sytuacja taka może wystąpić, gdy jeszcze przed zawarciem małżeństwa wytworzyła się szczególnie bliska relacja pomiędzy wskazanymi osobami.

²⁵ J.F. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 379.

²⁶ Tak A. Szlezak, *Prawnorodzinnia...*, s. 50; J.M. Łukasiewicz, *Podstawy...*, s. 227. Odmienne J. Gwiazdomorski, *Przesłanki...*, s. 54–55. Wydaje się bowiem, że skoro wina małżonków za rozkład pożycia nie rzutuje na alimenty wobec ich wspólnych małoletnich dzieci, to zasady współżycia społecznego powinny przemawiać za przyjęciem podobnej zasady w stosunku do pasierba. Z drugiej strony, zasady współżycia społecznego mogą w pewnych szczególnych przypadkach (wyłączna wina małżonka-rodzica) przemawiać za ustaniem alimentacji wobec pasierba (zob. uwagi zaprezentowane w dalszej części artykułu oraz uwagi w przypisie 32).

a mianowicie wtedy, gdy rodzic pasierba ponosi wyłączną winę w zakresie rozkładu pożycia małżeńskiego. Można jednak założyć, że utrzymanie alimentacji pasierba byłoby we wskazanym przypadku zasadne, jeżeli ojczym lub macocha, pomimo wskazanego faktu, nadal przejawiałby zamiar podtrzymywania relacji wobec małoletniego pasierba (np. podejmując działania zmierzające do dalszego utrzymywania z nim kontaktów)²⁷. A zatem we wskazanym przypadku, wyjątkowo, bliskie relacje z pasierbem stanowić powinny przesłankę konieczną, a nie subsydiarną.

Wśród szczególnych przyczyn rozvodu można zaliczyć przypadek, kiedy okazuje się, że dziecko pochodzące z małżeństwa nie jest faktycznie dzieckiem należącym do obu małżonków. W literaturze przedmiotu zaproponowano nawet rozróżnienie na dwa typy pasierbów, tj. pasierba zrodzonego (lub przysposobionego) przed zawarciem małżeństwa oraz pasierba zrodzonego w trakcie jego trwania. W pierwszym przypadku przyjęto, że pasierb powinien wchodzić do rodziny z uwagi na fakt, że tego rodzaju rekonstrukcja rodziny zgodna jest z obowiązującymi zasadami moralnymi. Natomiast pojawienie się dziecka (wraz ze skutecznym zaprzeczeniem ojcostwa lub macierzyństwa) w trakcie trwania małżeństwa, zdaniem części doktryny, odbiega od przyjętych społecznie standardów, co z kolei determinuje założenie o braku przynależności takiego dziecka do założonej przez małżonków rodziny²⁸. Wskazane stanowisko zostało jednak w piśmiennictwie słusznie zakwestionowane. Dostrzeżono bowiem, że urodzenie się pasierba po zawarciu małżeństwa może mieć dwojaki skutek: albo doprowadzi do rozkładu pożycia i rozwiązania małżeństwa, i wtedy rozważanie przynależności pasierba do rodziny staje się bezprzedmiotowe, albo też nie wpłynie ostatecznie na byt rodziny, ponieważ pasierb zostanie włączony do wspólnoty rodzinnej w której dotychczas się znajdował (np. po ujawnieniu faktu zdrady matki) albo też pozostanie poza dotychczasową wspólnotą rodzinną (np. po ujawnieniu faktu zdrady ojca), co spowoduje, że analizowana kwestia nie odbije się na jego sytuacji rodzinno-prawnej²⁹.

4. ALIMENTACJA PASIERBA A RELACJE POMIĘDZY OJCZYMEM (LUB MACOCHĄ) A PASIERBEM W KONTEKŚCIE ZASAD WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO

Z dotychczasowych rozważań wynika, że alimentacja małoletniego pasierba pozostające w małżeńskiej wspólnocie domowej zgodna jest z zasadą dobra dziecka,

²⁷ W literaturze prezentowany jest pogląd, zgodnie z którym wina małżonków rzutować powinna na ewentualną alimentację z art. 144 § 1 k.r.o. J. Gwiazdomorski, *Przesłanki...*, s. 54–55. Inny pogląd z kolei zakłada, że wszystkie okoliczności zachodzące pomiędzy rodzicem-przybranym a dzieckiem (w tym wina za rozkład pożycia) nie powinny mieć bezpośredniego wpływu na ocenę roszczenia alimentacyjnego pomiędzy powinowatymi. Kluczowe są bowiem relacje między ojczymem [lub macochą] a pasierbem), A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 50. Wydaje się, że zasadne jest przyjęcie stanowiska pośredniego. Z jednej strony, należy wykazać, że podczas trwania małżeństwa stworzono relacje quasi-rodzicielskie. Popsucie się tych relacji po ustaniu małżeństwa czy też wina za rozkład pożycia małżonków nie powinny prowadzić, co do zasady, do ustania alimentacji z art. 144 § 1 k.r.o. Wydaje się jednak, że w przypadku wyłącznej winy rodzica dziecka, utrzymanie obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba powinno być uzależnione od dodatkowej okoliczności polegającej na dalszej chęci utrzymania relacji quasi-rodzicielskich.

²⁸ Chodzi o przypadki, gdy mąż zostaje ojcem dziecka urodzonego przez kobietę niebędącą jego żoną, a doszło do uznania ojcostwa lub sądowego ustalenia ojcostwa albo też żona urodzi dziecko względem którego ojcostwo jej męża zostało zaprzeczone. J. Strzebińczyk, *Obowiązek ojczyma (macochy) według art. 27 k.r.o.*, „Acta Universitatis Wratislaviensis – Prawo” 1979, nr LXXIV, s. 37 i n.; J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 23. Por. także uwagi J. Panowicz-Lipska, *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991, s. 73.

²⁹ A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 17 i 24–25; A. Szlęzak, *Kolejność...*, s. 133.

a to z kolei przesądza o konieczności alimentacji pasierba w ramach małżeństwa, niezależnie od czasu trwania tego małżeństwa i relacji ojczyma (lub macochy) z pasierbem, czy też relacji pomiędzy samymi małżonkami. Jedynie przy wyrażeniu skrajnie negatywnej postawy pasierba wobec swojego ojczyma (lub macochy), uzasadnione wydaje się wyłączenie obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba pomimo dalszego pozostawania dziecka w małżeńskiej wspólnocie domowej (art. 144 § 1 oraz 27 w zw. z art. 144¹ k.r.o.)³⁰.

Ustalono już także, że utrzymanie obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba **po ustaniu małżeństwa** (lub opuszczeniu przez niego wspólnoty domowej) jest zdeterminowane **stosunkowo długim okresem pozostawania małoletniego w rodzinie**. Jak się przy tym zdaje, obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba, co do zasady, powinien być kontynuowany **niezależnie od występujących relacji między nimi**³¹. Dodać jednak wypada, że przyjęte założenie nie oznacza wcale, aby dalsze relacje „przybranego” rodzica i pasierba były pomijane. Chodzi jedynie o to, że ich znaczenie nie powinno być rozstrzygające w zakresie ewentualnego utrzymania obowiązku alimentacyjnego wobec pasierba. Tylko przykładowo można wyobrazić sobie przypadek, kiedy znajdujący się w dobrej sytuacji finansowej ojczym (lub macocha), pomimo stosunkowo długiego czasu trwania małżeństwa, doprowadza do rozkładu pożycia małżeńskiego, a w konsekwencji do prawomocnego orzeczenia rozwodu, porzucając pozbawionego pracy współmałżonka oraz niepełnosprawnego i małoletniego jeszcze pasierba, a następnie zrywa wszelkie dotychczasowe relacje z pasierbem angażując się w zupełnie nowy związek małżeński.

Równocześnie wyróżnić można trzy zasadnicze grupy przypadków, kiedy relacje pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem powinny zostać uwzględnione jako kryterium rozstrzygające o dalszym utrzymaniu alimentacji.

- 1) Utrzymanie alimentacji wobec małoletniego pasierba, **pomimo krótkiego trwania małżeństwa lub krótkiego okresu pozostawania we wspólnocie domowej**, byłoby uzasadnione, jeżeli ojczym (lub macocha) wykazywałby chęć dalszego utrzymywania relacji wobec małoletniego pasierba (np. podejmując działania zmierzające do utrzymania z nim kontaktów).
- 2) Utrzymanie alimentacji wobec małoletniego pasierba nie powinno zależeć od winy małżonków w zakresie rozkładu pożycia małżeńskiego, niemniej jednak **w przypadku wyłącznej winy małżonka-rodzica za rozkład pożycia małżeńskiego** dodatkową przesłanką utrzymania obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec małoletniego pasierba byłaby chęć dalszego utrzymania więzi „rodzicielskich” wobec małoletniego pasierba (np. poprzez działania zmierzające do dalszego utrzymania z nim kontaktów)³².

³⁰ Przykładowo, nastoletni pasierb znęca się fizycznie nad ojczymem.

³¹ W przypadku, gdy opuszczenie wspólnoty wynika z ustania małżeństwa, pomimo dalszej małoletności pasierba przesłanką roszczenia alimentacyjnego z art. 144 § 1 k.r.o. jest zasada równej stopy życiowej. Jeśli opuszczenie wspólnoty wiąże się z uzyskaniem pełnoletności i samodzielności przez pasierba, wówczas przesłanką roszczenia alimentacyjnego z art. 144 § 1 k.r.o. jest niedostatek. Oczywiście skrajnie naganna postawa pasierba wobec ojczyma (lub macochy) powinna wyłączać obowiązek alimentacyjny z art. 144 § 1 k.r.o.

³² Wskazany pogląd jest kontrowersyjny, lecz stanowi stanowisko kompromisowe wobec skrajnie różnych wypowiedzi zgłaszanych w piśmiennictwie. Por. przypis 26. Należy jednak zastrzec, że w procesie o rozwód nie jest dopuszczalne orzeczenie o świadczeniach alimentacyjnych z art. 144 § 1 k.r.o. Takich świadczeń pasierb może dochodzić w odrębnym procesie. Wyroki SN: z 6.11.1975 r., III CRN 231/75, OSNC 1976/10, poz. 216, LEX nr 1984; z 8.08.1973 r., III CRN 167/73, LEX nr 7288; postanowienie SN z 27.11.1965 r., III CR 257/65, OSNC 1966/9, poz. 155, LEX nr 393.

- 3) Kontynuacja obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba **po osiągnięciu przez pasierba pełnoletności i samodzielności** byłaby możliwa wyłącznie w przypadku wyrażania pozytywnej postawy pasierba w relacji do swojego ojczyma (lub macochy), przy równoczesnym pozostawianiu przez pasierba w stanie niedostatku.

Oczywiście przy określaniu ewentualnego obowiązku alimentacyjnego z art. 144 § 1 k.r.o. nie można przeceniać relacji pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem. Należy bowiem wskazać, że w pewnych przypadkach stwierdzenie takiej relacji może okazać się niemożliwe, a często nawet nieuzasadnione. Nieco trywializując problem, można wyobrazić sobie przypadek, kiedy ojczym (lub macocha) podejmuje pracę zarobkową za granicą w celu utrzymania pasierba, podczas, gdy wzajemna relacja pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem na odległość jest w zasadzie wyłączona ze względu na występujące u dziecka głęboko zaawansowane upośledzenie umysłowe. Bardziej zasadne wydaje się więc w takim przypadku stwierdzenie, że zamiast kryterium wzajemnej relacji występującej pomiędzy ojczymem (lub macochą) a pasierbem zasadne jest kryterium określonej postawy emocjonalnej określonego ojczyma (lub macochy) wobec małoletniego pasierba³³.

5. ALIMENTACJA PASIERBA NA PODSTAWIE ART. 27 K.R.O.

Zgodnie z treścią art. 27 zd. 1 k.r.o.: „Oboje małżonkowie obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczyniać się do zaspokajania potrzeb rodziny, którą przez swój związek założyli”. Wskazany przepis wprowadza zatem obowiązek alimentacyjny małżonków wobec osób, które należą do założonej przez nich rodziny. Tę zaś stanowią małżonkowie oraz ich wspólne małoletnie lub pełnoletnie, choć nieusamodzielnione jeszcze dzieci. Równocześnie dominuje w piśmiennictwie trafne przekonanie, że dzieci jednego z małżonków objęte są zakresem art. 27 k.r.o., jeśli tylko zostały włączone przez małżonków do założonej przez nich rodziny³⁴. Pasierb uprawniony do alimentów na podstawie art. 27 k.r.o. posiada prawo do zachowania równej stopy życiowej³⁵. Podobnie, jak w przypadku art. 144 § 1 k.r.o., zasadniczym warunkiem powstania obowiązku alimentacyjnego z art. 27 k.r.o. jest zawarcie małżeństwa oraz włączenie

³³ W piśmiennictwie zgłoszono postulat, aby z treści art. 144 § 1 k.r.o. wykreślić klauzulę „zasad współżycia społecznego”. J. Strzebińczyk, *Prawo...*, s. 378. Jak się wydaje, takie ujęcie nadmienię, osłabia pozycję ojczyma (lub macochy) wobec pasierba.

³⁴ Tak np. A. Szlęzak, *Prawnorożdzina...*, s. 19; J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 22; J.F. Strzebińczyk, *Prawo...*, Warszawa 2016, s. 122; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018, s. 82; T. Smyczyński, *Alimentacja dzieci a obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1977/2, s. 42, 43; J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo...*, s. 33; B. Wąlaszek, *Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL*, „Studia Prawnicze” 1970/26–27, s. 279; B. Wąlaszek, *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971, s. 223–224; E. Kabza, *Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązku wzajemnej pomocy między małżonkami (art. 27 k.r.o.)*, „Forum Prawnicze” 2016/6(38), s. 47. Odmienne A. Ratajczak, *O przedmiotach przestępstwa z art. 23 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 10 XII 1959*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1962/4, s. 78; S. Szer, *Prawo rodzinne w zarysie*, Warszawa 1969, s. 31; S. Breyer, S. Gross, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 1975, s. 74; J. Gwiazdomorski, *Krewni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania utrzymania*, „Państwo i Prawo” 1954/1, s. 80; B. Dobrzański, *Wzajemny obowiązek...*, s. 820.

³⁵ A. Szlęzak, *Prawnorożdzina...*, s. 35.

pasierba do małżeńskiej wspólnoty domowej. Różnica polega jedynie na tym, że w przeciwieństwie do obowiązku z art. 144 § 1 k.r.o., obowiązek alimentacyjny z art. 27 k.r.o. **nie może być kontynuowany po uzyskaniu pełnoletności i samodzielności przez pasierba**, jak też nie może być kontynuowany w przypadku **ustania małżeństwa**³⁶.

Do kontrowersyjnych należy pytanie, czy obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba z art. 27 k.r.o. jest uzależniony od zgodności tego obowiązku z zasadami współżycia społecznego, do których odwołuje się bezpośrednio ustawodawca w treści art. 144 § 1 k.r.o.³⁷ Za trafne należy uznać dominujące w doktrynie przekonanie, że nieuzasadnione jest odwoływanie się do wspomnianych zasad, ponieważ przepis art. 27 k.r.o. uzależnia alimentację pasierba wyłącznie od faktu pozostawania w rodzinie założonej przez małżonków. Rezygnacja ze stosowania „zasad współżycia społecznego” przy alimentacji z art. 27 k.r.o. może wynikać z faktu, że trudno wyobrazić sobie sytuację, w której ojczym (lub macocha) odmawia alimentacji znajdującego się we wspólnocie domowej pasierba tylko dlatego, że dziecko należy wyłącznie do drugiego ze współmałżonków³⁸. Przeciwnie stanowisko byłoby sprzeczne z fundamentalną zasadą dobra dziecka, jak również z podstawową funkcją rodziny powstałej wskutek zawarcia małżeństwa.

Podsumowując tę część wyводу, należy stwierdzić jednoznacznie, że alimentacja pasierba na mocy art. 27 k.r.o. **nie wymaga ustalania zasad współżycia społecznego**, gdyż przepis ten nie odwołuje się do tak określonej klauzuli generalnej. Ponadto należy mieć na uwadze, że działanie każdego z małżonków na rzecz rodziny do której wchodzi pasierb, z natury rzeczy, jest zgodne z zasadami współżycia społecznego. Tylko w sytuacjach wyjątkowych, tj. szczególnie nagannej postawy wyrażanej przez pasierba wobec swojego ojczyma (lub macochy), można wyłączyć obowiązek alimentacyjny realizowany wobec pasierba z powołaniem się na zasady współżycia społecznego, przy czym podstawą takiego wyłączenia nie będzie już przepis art. 27, lecz przepis art. 144¹ k.r.o. dotyczący tzw. niegodności alimentacji.

Niezależność roszczenia alimentacyjnego z art. 27 k.r.o. od „zasad współżycia społecznego” prowadzi do trudnej teoretycznie sytuacji. Chodzi bowiem o to, że kolejność obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba na podstawie art. 144 § 1 k.r.o. opiera się na wskazanych w tym przepisie zasadach współżycia społecznego. W związku z tym zasadne wydaje się pytanie, jakie zasady powinno się stosować przy próbie określenia kolejności obowiązku alimentacyjnego wobec pasierba na podstawie art. 27 k.r.o., zważywszy na fakt, że przepis ten nie odwołuje się do powyżej wspomnianych „zasad współżycia społecznego”.

W literaturze przedmiotu problem ten rozstrzygnięto w sposób następujący. Jak słusznie dostrzeżono, obowiązek alimentacyjny każdego z małżonków wobec członków rodziny powstałej wskutek zawarcia małżeństwa stanowi obowiązek priorytetowy. Nie wyklucza to jednak roszczeń regresowych na mocy art. 140 k.r.o., ponieważ w świetle unormowań kodeksowych oraz powszechnie aprobowanych zasad moralnych najważniejsze miejsce w przypadku prawa alimentacyjnego zajmuje

³⁶ A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 23 i 26. A zatem czasowe opuszczenie takiej wspólnoty nie przesądza o opuszczeniu przez pasierba rodziny.

³⁷ Stosowanie tych zasad na gruncie omawianej regulacji przyjął J. Strzebińczyk, *Udział...*, s. 119.

³⁸ A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 72.

obowiązek alimentacyjny rodziców wobec ich wspólnego i małoletniego jeszcze dziecka. A zatem uzasadnione wydaje się twierdzenie, że obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba z art. 27 k.r.o., choć ma charakter priorytetowy, to nie powinien wyprzedzać obowiązku alimentacyjnego z art. 133 § 1 k.r.o., tj. obowiązku alimentacyjnego rodziców naturalnych³⁹.

Na podstawie przyjętych powyżej poglądów można wyróżnić trzy zasadnicze sytuacje.

- 1) Jeżeli ojczym (lub macocha) alimentuje pasierba na podstawie art. 27 k.r.o. ze względu na śmierć drugiego z rodziców dziecka albo ze względu na brak możliwości uczynienia zadość swojemu obowiązkowi przez rodzica dziecka, wówczas wskazany obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec dziecka staje się skonkretyzowany.
- 2) Jeżeli drugi z rodziców dziecka żyje i alimentuje dziecko, wówczas obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) z art. 27 k.r.o. jest wobec pasierba wyłącznie potencjalny (zakładając oczywiście, że małżonek-rodzic wypełnia swój obowiązek alimentacyjny wobec dziecka, a ojczym lub macocha nie osiąga zarobków na tyle wysokich, iż uzasadnione byłoby zasądzenie tzw. alimentów wyrównawczych⁴⁰).
- 3) Z kolei w przypadku, gdy ojczym (lub macocha) alimentuje pasierba z uwagi na fakt, że drugi z rodziców dziecka nie płaci alimentów, pomimo posiadania możliwości zarobkowych i majątkowych do świadczenia alimentacyjnego, wówczas ojczym (lub macocha) może wystąpić z roszczeniem regresowym na podstawie art. 140 k.r.o. Oczywiście roszczenie to może przysługiwać, jeżeli ojczym (lub macocha) **stał się podmiotem zobowiązanym** wskutek konkretyzacji obowiązku alimentacyjnego z art. 27 k.r.o. z powodu niemożności lub też szczególnych trudności w uzyskaniu alimentów od zobowiązanego do alimentów rodzica dziecka. Ponadto roszczenie to może przysługiwać również wtedy, gdy ojczym (lub macocha) **nie stał się – co prawda – podmiotem zobowiązanym** do alimentów na podstawie art. 27 k.r.o. (a zatem jego obowiązek alimentacyjny występuje wyłącznie w charakterze potencjalnym), niemniej jednak przejął on na siebie świadczenie alimentacyjne dobrowolnie, mimo braku wspomnianej niemożności lub szczególnych trudności w uzyskaniu alimentów od zobowiązanego do alimentów rodzica dziecka⁴¹.

W literaturze przedmiotu brak jest zgody co do relacji, jaka powinna zachodzić pomiędzy art. 27 i 144 § 1 k.r.o. Mając jednak na względzie różne przesłanki alimentacji na podstawie każdego ze wskazanych przepisów⁴², uzasadniony wy-

³⁹ Por. częściowo podobnie A. Szlęzak, *Prawnorodzinna...*, s. 69, 57, 72.

⁴⁰ Tj. alimentów służących wyrównaniu stopy życiowej pasierba.

⁴¹ Por. uchwała SN z 6.03.1975 r., III CZP 3/75, LexPolonica nr 313280; J. Pietrzykowski [w:] *Kodeks...*, s. 1140.

⁴² Przepis art. 27 k.r.o. nie wymaga wykazywania zasad współżycia społecznego, a roszczenie zasądzone jest globalnie, podczas gdy przepis art. 144 § 1 k.r.o. uzależnia alimentację od wykazania jej zgodności z zasadami współżycia społecznego, zaś samo roszczenie zasądzone jest indywidualnie. Ponadto przepis art. 144 § 1 k.r.o. umożliwia alimentację pomimo ustania małżeństwa lub też trwałego opuszczenia rodziny przez pełnoletniego i usamodzielnionego już pasierba.

daje się wniosek, że wybór podstawy prawnej do żądania alimentów od ojczyma (lub macochy) na rzecz pasierba należy do tego ostatniego. Wskazane stanowisko należy uzasadniać w następujący sposób; skoro dziecko może żądać alimentów od swoich rodziców naturalnych bądź to na podstawie art. 27 k.r.o., bądź też na podstawie art. 133 § 1 k.r.o., to zasadne wydaje się stwierdzenie, że również pasierb powinien mieć alternatywne roszczenia spośród dwóch różnych podstaw prawnych (tj. art. 27 lub 144 § 1 k.r.o.).

6. WNIOSKI

Alimentacja pasierba w przypadku wzrastającej popularności tzw. rodzin patchworkowych stanowi niezwykle praktyczny obszar badawczy. Z poczynionych dotychczas rozważań wynika, że konieczna jest przy tym odrębna analiza obowiązku alimentacyjnego ojczyma (lub macochy) wobec pasierba w okresie trwania małżeństwa, odrębna zaś w przypadku jego ustania.

Pogląd opowiadający się za alimentacją pasierba w okresie trwającego małżeństwa nie budzi w doktrynie większych wątpliwości. Włączenie pasierba do założonej przez małżonków rodziny służyć ma rekonstrukcji rodziny, a to z kolei determinuje obowiązek alimentacyjny ojczyma (lub macochy) wobec pasierba na mocy art. 27 i 144 § 1 k.r.o. z tym jednak zastrzeżeniem, że ojczym (lub macocha) nie może wyręczać rodziców pasierba w ich własnym obowiązku alimentacyjnym. Ponadto wskazuje się, że przepis art. 144 § 1 k.r.o. (w przeciwieństwie do art. 27 k.r.o.) wprowadza dodatkową przesłankę zgodności alimentacji z zasadami współżycia społecznego. Nie sposób jednak zaprzeczyć, że żądanie alimentów przez pasierba w trakcie trwania małżeństwa z reguły zgodne jest ze wspomnianymi zasadami współżycia społecznego. Tylko w przypadku skrajnie nagannej postawy pasierba wobec swojego ojczyma (lub macochy) zasadne wydaje się ustanie wskazanego obowiązku alimentacyjnego (art. 27 w zw. z art. 144¹ lub art. 144 § 1 k.r.o.). Oczywiście obowiązek alimentacyjny wobec pasierba (w trakcie trwania małżeństwa) utrzymuje się po osiągnięciu przez niego pełnoletności i samodzielności, o ile tylko pasierb ten wystarczająco długo pozostawał w zrekonstruowanej przez małżonków rodzinie. Wyłączną podstawą takiego żądania będzie jednak przepis art. 144 § 1 k.r.o., zaś przesłanką do żądania alimentów nie będzie już dotychczasowa zasada równej stopy życiowej, lecz standardowa przesłanka niedostatku.

Należy odrzucić zasadność alimentacji pasierba, jeżeli do zawarcia małżeństwa doszło już po osiągnięciu przez pasierba pełnoletności i samodzielności. Jak się bowiem zdaje, przepis art. 144 § 1 k.r.o. wymaga powstania więzi **quasi-rodzicielskiej** pomiędzy ojczymem lub macochą a pasierbem, a zatem konieczna jest rekonstrukcja rodziny polegająca na włączeniu małoletniego pasierba do wspólnoty domowej.

Do spornych w doktrynie należy problematyka dalszej alimentacji małoletniego pasierba w przypadku ustania małżeństwa wskutek śmierci rodzica bądź też w przypadku prawomocnego orzeczenia rozwodu. Przyjmując za słuszne dominujące stanowisko o utrzymaniu takiego obowiązku (wyłącznie na podstawie art. 144 § 1 k.r.o.), należy równocześnie wskazać, że z reguły konieczne będzie uwzględnienie długości

czasu przez jaki małoletnie dziecko pozostawało we wspólnocie domowej. Pośrednio świadczyć ma o tym czas formalnego trwania małżeństwa, bezpośrednio zaś – czas pozostawania małoletniego dziecka w zrekonstruowanej przez małżonków rodzinie. Jak się przy tym zdaje, relacje ojczyma (lub macochy) z pasierbem stanowią istotny, choć niekonieczny warunek, dalszego utrzymania obowiązku alimentacyjnego. Jedynie w przypadku krótkiego czasu trwania małżeństwa bądź też w przypadku rozwodu z wyłącznej winy rodzica pasierba, dalsze utrzymanie alimentacji wobec pasierba powinno być uzależnione od pozytywnej relacji ojczyma (lub macochy) wobec małoletniego pasierba.

Jeszcze większe wątpliwości może budzić kontynuowanie obowiązku alimentacji wobec pasierba, jeśli doszło do rozwiązania małżeństwa, a pasierb równocześnie uzyskał pełnoletność oraz samodzielność. Z jednej strony utrzymanie alimentacji we wskazanym przypadku zbyt silnie wiąże ojczyma (lub macochę) z osobą nie-spokrewnionego z nim przecież dziecka. Z drugiej jednak strony, ustanie małżeństwa nie unicestwia powinowactwa z którego wynika alimentacja, zaś przepisy alimentacyjne nie wprowadzają żadnego ograniczenia wiekowego. Wydaje się zatem, że przyjmując ogólną tezę o utrzymaniu alimentacji w przypadku ustania małżeństwa, nie można arbitralnie hierarchizować przypadku pasierba małoletniego i pasierba pełnoletniego. Do tego alimentacja pełnoletniego pasierba należeć będzie do rzadkości, ponieważ w miejsce równej stopy życiowej konieczne będzie wykazanie stanu niedostatku, a także wykazanie pozytywnej postawy pasierba wobec swojego ojczyma (lub macochy)⁴³.

Summary

Jakub M. Łukasiewicz, *Stepfather's (stepmother's) alimentations to the stepchild*

The purpose of this Article is to reconstruct the cases where a stepfather or stepmother should provide alimentations to his/her stepson/stepdaughter pursuant to the Article 27 and 144 of § 1 of the Family and Guardianship Code. This publication defines the moment of creation of a potential alimentations relationship between the above-mentioned entities, sets out the criteria according to which the alimentations obligation is specific to the stepson/stepdaughter while highlighting two different situations (i.e. alimentations of the stepson during the marriage pursuant to the Article 27 and 144 § 1 of the Family and Guardianship Code and the alimentations of the stepson/stepdaughter after its termination only pursuant to the Article 144 § 1 of the Family and Guardianship Code), finally, an attempt was made to clarify the criteria reported in the literature for determining the specific alimentations obligation of the stepfather/stepmother regarding to a stepson/stepdaughter entitled to alimentations.

Keywords: *alimony, stepfather, stepmother, stepchild, family*

⁴³ Można sugerować ingerencję ustawodawcy, polegającą na wprowadzeniu określonego limitu czasowego (liczonego od ustania małżeństwa) przez który ojczym (lub macocha) zobowiązany byłby do świadczeń alimentacyjnych wobec pełnoletniego pasierba (podobnie jak przy alimentacji byłego małżonka na podstawie art. 60 § 3 zd. 2 k.r.o.). Taki postulat wymagałby jednak szerszej analizy przekraczającej ramy niniejszej pracy.

Streszczenie

Jakub M. Łukasiewicz, *Alimentacja ojczyma (lub macochy) na rzecz pasierba*

Celem niniejszego artykułu jest rekonstrukcja przypadków, w jakich ojczym lub macocha powinien alimentować pasierba na podstawie art. 27 i 144 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. W publikacji określono moment powstania potencjalnego stosunku alimentacyjnego pomiędzy wskazanymi powyżej podmiotami, ustalono kryteria, według których następuje konkretyzacja obowiązku alimentacyjnego wobec pasierba, z jednoczesnym wyróżnieniem dwóch odmiennych sytuacji (tj. alimentacji pasierba podczas trwania małżeństwa na podstawie art. 27 i 144 § 1 k.r.o. oraz alimentacji pasierba po jej ustaniu wyłącznie na podstawie art. 144 § 1 k.r.o.), wreszcie podjęto próbę doprecyzowania zgłaszanych w literaturze kryteriów przesądzających o konkretyzacji obowiązku alimentacyjnego ojczyma lub macochy wobec uprawnionego do alimentacji pasierba.

Słowa kluczowe: alimentacja, ojczym, macocha, pasierb, rodzina

Literatura:

1. Breyer S., Gross S., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, Warszawa 1975.
2. Dobrzyński B., *Kolejność obowiązku alimentacyjnego między pasierbami a ojczymem i macochą*, *Palestra* 1970, nr 3.
3. Dobrzyński B., *Wzajemny obowiązek alimentacyjny między pasierbami i ojczymem lub macochą*, *Studia Cywilistyczne* 1971, nr 17.
4. Dobrzański B. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1974.
5. Dolecki H. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, H. Dolecki, T. Sokołowski, LEX/el. 2013.
6. Domińczyk T. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, K. Piasecki, LEX/el. 2011.
7. Gwiazdomorski J., *Krewni uprawnieni do żądania i obowiązani do dostarczania utrzymania*, *Państwo i Prawo* 1954, z. 1.
8. Gwiazdomorski J., *Glosa do uchwały SN z 26.05.1968 r., III CZP 49/68, OSPiKA* 1970, nr 6.
9. Gwiazdomorski J. [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J.S. Piąkowski, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1985.
10. Ignaczewski J. [w:] *Alimenty*, red. J. Ignaczewski, Warszawa 2009.
11. Ignatowicz J., Nazar M., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
12. Jędrejek G., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Komentarz*, LEX/el. 2019.
13. Kabza E., *Zakres podmiotowy i przedmiotowy obowiązku wzajemnej pomocy między małżonkami (art. 27 k.r.o.)*, *Forum Prawnicze* 2016, nr 6(38).
14. Łukasiewicz J.M., *Kilka słów o stosunkach rodzinno-prawnych podstawowych zależnych i oderwanych*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego* 2013, nr 77(12).
15. Łukasiewicz J.M., *Podstawy obowiązku alimentacyjnego na gruncie art 144 § 1 kro [w:] Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. M. Nazar, Lublin 2015.
16. Łukasiewicz J.M., *Problemy praktyczne związane z instytucją pieczy naprzemiennej*, *Forum Prawnicze* 2018, nr 2(46).
17. Łukasiewicz J.M. [w:] J.M. Łukasiewicz, R. Łukasiewicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2021.
18. Panowicz-Lipska J., *Skutki prawne separacji faktycznej*, Poznań 1991.
19. Pawliczak J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, red. K. Osajda, Warszawa 2017.
20. Pietrzykowski J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012.
21. Ratajczak A., *O przedmiotach przestępstwa z art. 23 ustawy o zwalczaniu alkoholizmu z 10 XII 1959*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1962, nr 4.

22. Smyczyński T., *Alimentacja dzieci a obowiązek przyczyniania się do zaspokajania potrzeb rodziny*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1977, nr 2.
23. Smyczyński T., *Obowiązek alimentacyjny rodziców względem dziecka a polityka socjalna*, Wrocław 1978.
24. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018.
25. Strzebińczyk J., *Obowiązek ojczyma (macochy) według art. 27 k.r.o.*, Acta Universitatis Wratislavis – Prawo 1979, nr LXXIV.
26. Strzebińczyk J., *Udział powinowatych dziecka w jego utrzymaniu i wychowaniu według k.r.o.*, Wrocław 1985.
27. Strzebińczyk J.F., *Prawo rodzinne*, Warszawa 2016.
28. Szer S., *Prawo rodzinne w zarysie*, Warszawa 1969.
29. Szlęzak A., *Kolejność obowiązku alimentacyjnego z art. 144 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1982, nr 4.
30. Szlęzak A., *Prawn rodzinna sytuacja pasierba*, Poznań 1985.
31. Walaszek B., *Dobro dziecka jako przesłanka niektórych uregulowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego PRL*, Studia Prawnicze 1970, nr 26–27.
32. Walaszek B., *Zarys prawa rodzinnego i opiekuńczego*, Warszawa 1971.
33. Wierciński J. [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, LEX/el. 2014.

Mirosław Kosek*

Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym**1

1. WPROWADZENIE

Włoskie prawo rodzinne na przestrzeni ostatnich kilku lat było przedmiotem licznych – i co ważniejsze – zasadniczych zmian. Objęły one również problematykę prawa rozwodowego zarówno materialnego, jak i procesowego. Przyczyny wspomnianych zmian są wielorakie i z pewnością warto odrębnego opracowania. Dokonując koniecznego uogólnienia na użytek przedmiotowego opracowania, należy zwrócić uwagę na dwie ze wspomnianych przyczyn, tj. zmiany o charakterze społecznym dokonujące się w społeczeństwie włoskim, w tym wzrost liczby i znaczenia tzw. związków nieformalnych, a także tendencje widoczne we współczesnych systemach prawnych w obszarze prawa rodzinnego, w tym zwłaszcza w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Zasadniczy przedmiot rozważań ukazany zostanie na tle wspomnianej ewolucji poszczególnych instytucji włoskiego prawa rodzinnego, poczynając od Konstytucji Republiki Włoskiej, w której zasada ochrony małżeństwa i rodziny znajduje swoje umocowanie. Biorąc pod uwagę rozległość przedmiotowej problematyki, rozważania koncentrują się wokół najbardziej zasadniczych kwestii, mających decydujące znaczenie w kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań.

Ustawą z 21.05.2016 r. ustawodawca włoski dokonał prawnej regulacji związków cywilnych osób tej samej płci oraz związków faktycznych². Ustawa ta nie jest przedmiotem analizy w niniejszym opracowaniu. Wymaga ona odrębnego i szczegółowego opracowania. W kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań warto jedynie zasygnalizować, że fakt wejścia w życie tej ustawy postrzegany jest w kategoriach zasadniczej zmiany włoskiego prawa rodzinnego. Biorąc pod uwagę zawarte w niej unormowania, w literaturze wskazuje się trzy typy związków o charakterze rodzinnym uznawanych przez włoskie prawo rodzinne i podlegających

* Dr hab. Mirosław Kosek jest profesorem w Katedrze Prawa Rodzinnego i Prawa Nieletnich, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-1915-3555, e-mail: m.kosek@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 20.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 21.01.2021 r.

¹ W prezentowanym artykule zawarto fragmenty opracowania przygotowanego przez autora artykułu w ramach projektu badawczego „Polityka Sprawiedliwości 2018”, realizowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Centrum Badań nad Rodziną UMK w Toruniu. Treści te nie były wcześniej publikowane.

² Por. La legge n. 76 del 20 maggio 2016, "Gazzetta Ufficiale" n. 118 del 21.05.2016.

ochronie, aczkolwiek w różnym stopniu (zakresie): małżeństwo między mężczyzną i kobietą, które znajduje umocowanie w konstytucji i Kodeksie cywilnym, związek faktyczny, regulowane w drodze umowy między stronami oraz związek cywilny osób tej samej płci, któremu ustawodawca przyznaje ochronę, posiłkując się uregulowaniami dotyczącymi małżeństwa³.

2. POJĘCIE RODZINY I JEJ OCHRONA W ŚWIELE KONSTYTUCJI REPUBLIKI WŁOSKIEJ Z 27.12.1947 R.

Problematyka ochrony rodziny znajduje swoje konstytucyjne umocowanie w art. 29, 30 i 31 Konstytucji Republiki Włoskiej z 27.12.1947 r. (dalej Konstytucja), która nie ma swojego odpowiednika we wcześniejszych aktach prawnych tej rangi. Przepisy te stanowią nie tylko nową jakość w sensie formalnym, ale także w sensie przedmiotowym⁴.

Zgodnie z art. 29 Konstytucji: „Republika uznaje prawa rodziny jako naturalnego związku opartego na małżeństwie. Małżeństwo opiera się na równości moralnej i prawnej małżonków w granicach określonych przepisami prawa gwarantującymi jedność rodzinną”⁵.

Cytowany przepis ma fundamentalne znaczenie z dwóch powodów. Po pierwsze, zawiera konstytucyjną definicję rodziny, przyjmując za jej podstawę małżeństwo, po drugie – formułuje zasadę równouprawnienia małżonków. W obu aspektach omawiana regulacja stanowiła istotną nowość w ustawodawstwie włoskim. Należy pamiętać, że obowiązujący w dniu uchwalenia Konstytucji włoski Kodeks cywilny z 1942 r. w zakresie prawa rodzinnego oparty był na idei patriarchy, co miało swoje konsekwencje nie tylko w relacji rodzic (ojciec) – dziecko, ale także w odniesieniu do relacji między małżonkami, czego wymownym przykładem była różna ocena naruszenia sfery obowiązków małżeńskich⁶.

Treść przepisu art. 29 zd. 1 Konstytucji jest wyrazem kompromisu – na co również zwraca się uwagę w doktrynie⁷ – zawartego na forum Zgromadzenia Konstytucyjnego między zwolennikami ujęcia prawnonaturalnego (*componente cattolica*) a zwolennikami ujęć bardziej liberalnych (*componente laica*) sprzeciwiającymi się przyjmowaniu za konstytucyjny takiego modelu rodziny, który nie uwzględnia funkcjonujących w społeczeństwie różnorodnych form życia rodzinnego. Przyjętą formułę rodziny jako „naturalnej wspólnoty” (*società naturale*) interpretowano, zwłaszcza w pierwszych latach po uchwaleniu Konstytucji, jako podkreślenie szczególnego znaczenia rodziny w społeczeństwie, ale także – w sensie ściśle prawnym

³ Por. szerzej na ten temat C.G. Izzo, *Le separazioni personale dei coniugi. profili sostanziali* [w:] *Separazione e divorzio nell'esperienza giudiziaria*, C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, Neapol 2017, s. 15.

⁴ Por. szerzej G. Canttaneo, *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nella altre leggi ordinarie* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini*, volume primo, *Famiglia e matrimonio*, Vicenza 2016, s. 21 i n.

⁵ Cytując Konstytucję włoską korzystalem z tłumaczenia Z. Witkowskiego, por. Konstytucja Republiki Włoskiej, http://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/11/Wlochy_pol_010711.pdf (dostęp: 25.11.2020 r.).

⁶ Przykładowo, cudzołóstwo, którego dopuścił się mąż – w odróżnieniu od cudzołóstwa popełnionego przez żonę – traktowano w świetle Kodeksu cywilnego z 1942 r. jako zawinione tylko wówczas, gdy z okoliczności wynikało, że stanowiło ono ciężką obrazę (*ingiuria grave*) wobec żony, a kwalifikowano je jako przestępstwo tylko wówczas, gdyby mąż „trzymał” swoją konkubinę w domu, w którym wspólnie zamieszkiwali małżonkowie. Por. C.G. Izzo, *Le separazioni...* [w:] *Separazione...*, s. 11.

⁷ Por. A. Cossiri [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016, s. 18 i n.

– jako uznanie jej praw o charakterze pierwotnym i fundamentalnym, niezależnych od uznania państwa. W myśl tej wykładni, „rodzina ma sobie właściwe prawa, wobec których państwo, w swej aktywności legislacyjnej powinno chylić czoło”⁸. Współcześnie znaczna część doktryny odchodzi od wyżej przedstawionej wykładni. W szczególności odrzuca się pogląd, zgodnie z którym występująca w art. 29 zd. 1 formuła „wspólnoty naturalnej” implikuje konieczność przyjęcia istnienia bliżej nieokreślonych praw naturalnych o charakterze przedpaństwowym (niepozytywistycznym). Kwestionowany jest również pogląd uznający rodzinę („wspólnotę naturalną”) za samodzielny podmiot prawa o charakterze ponadjednostkowym. Z powyższą tendencją w wykładni omawianego przepisu koresponduje pogląd, zgodnie z którym włoski ustawodawca konstytucyjny, uznając rodzinę za wspólnotę naturalną, posłużył się „normą blankietową” (*norma in bianco*), odsyłając do pojęcia rodziny funkcjonującego w kontekście historycznym i społecznym, w którym norma ta jest stosowana, dopuszczając tym samym możliwość modyfikacji samego pojęcia w zależności od kontekstu historycznego i społecznego⁹. Przy takiej interpretacji omawianej formuły termin „naturalny” postrzega się jako synonim terminu „społeczny”, a określenie „wspólnota naturalna” (*società naturale*) jako synonim „formacja społeczna” (*formazione sociale*)¹⁰. Tego typu interpretacja wydaje się jednak zbyt daleko wykraczać poza dopuszczalne granice wykładni, prowadząc do daleko idącej relatywizacji pojęcia rodziny.

Powyższe rozważania ukazują pewne przeciwstawne tendencje obecne w doktrynie włoskiej w przedmiocie wykładni omawianego przepisu Konstytucji. Nie jest natomiast przedmiotem zasadniczego sporu konieczność uwzględnienia w wykładni art. 29 Konstytucji w powiązaniu z jej art. 2, który stanowi w systemie włoskim podstawę uznania i gwarancji nienaruszalnych praw człowieka¹¹. Gwarancje te obejmują podmiot jako jednostkę, ale także – co istotne w kontekście przedmiotowych rozważań – jako uczestnika „grup społecznych” (*formazioni sociali*), w których rozwija on swoją osobowość. Przez pojęcie „formazione sociali” należy rozumieć przede wszystkim rodzinę opartą na małżeństwie, opisywaną przez włoski Sąd Konstytucyjny w kontekście art. 2 Konstytucji jako grupę społeczną o charakterze pierwotnym (*formazione sociale primaria*)¹², ale nie tylko. W jednym z orzeczeń, ocenionych w doktrynie jako kontrowersyjne¹³, włoski Sąd Konstytucyjny – za formację społeczną na gruncie art. 2 Konstytucji uznał „każdą formę wspólnoty zdolną umożliwić swobodny rozwój osoby”, w tym także związek homoseksualny, rozumiany jako „stabilne pożycie dwóch osób tej samej płci”¹⁴.

⁸ Por. szerzej na ten temat G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato..., volume primo...*, s. 22 wraz z powołaną tam literaturą.

⁹ G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato..., volume primo...*, s. 23.

¹⁰ G. Canttaneo, *La famiglia... [w:] Trattato..., volume primo...*, s. 23.

¹¹ Przepis art. 2 Konstytucji włoskiej stanowi: „Republika uznaje i gwarantuje nienaruszalne prawa człowieka, zarówno jako jednostki, jak i uczestnika grup społecznych, w których rozwija on swoją osobowość i wymaga wypełniania niedających się uchylić obowiązków solidarności politycznej, ekonomicznej i społecznej”. Por. Konstytucja Republiki Włoskiej, <http://biblioteca.sejm.gov.pl> (dostęp: 22.10.2020 r.).

¹² Por. Corte Cost. 18.2.1988, n. 183.

¹³ Por. C. Bergonzini [w:] *Commentario...*, s. 6. i podaną tam literaturę.

¹⁴ Por. Corte Cost. 15.4.2010, c. 138: „Przez formację społeczną należy rozumieć każdą formę wspólnoty, prostą lub złożoną, odpowiednią dla umożliwienia i wspierania swobodnego rozwoju osoby w życiu wspólnym (...). Pojęcie to obejmuje również związek homoseksualny, rozumiany jako stabilne pożycie dwojga osób tej samej płci, które mają podstawowe prawo do swobodnego życia w formie pary, osiągając to – w czasie, w sposób i w granicach ustanowionych przez prawo”, <https://www.cortecostituzionale.it> (tłumaczenie – M.K.).

Niezależnie od generalnej aprobaty dla wykładni art. 29 Konstytucji w powiązaniu z jej art. 2, w doktrynie wskazuje się na pewne granice tego kierunku wykładni. Zdaniem części autorów nie może ona prowadzić do asymilacji przepisu art. 29 Konstytucji przez przepis art. 2. Takie skutki generowałaby aprobatą dla stanowiska, zgodnie z którym przepis art. 29 Konstytucji można interpretować w zasadzie jako powtórzenie art. 2.¹⁵ Przyjęcie tego stanowiska oznaczałoby, że konstytucyjne gwarancje praw rodziny, których podstawę stanowi art. 29, byłyby rozumiane jako gwarancje odnoszące się jedynie do poszczególnych członków rodziny, ale nie rodziny jako takiej. To z kolei nie znajduje wystarczających podstaw w treści przepisu art. 29 zd. 1 Konstytucji. Należy także podkreślić, że wykładnia systemowa omawianego przepisu powinna być dokonywana nie tylko w kontekście art. 2 Konstytucji, ale powinna mieć na uwadze również inne przepisy Konstytucji odnoszące się do rodziny, obejmujące m.in.: obowiązek wykształcenia, wychowania i utrzymania dziecka przez rodziców (art. 30), obowiązek ekonomicznego wspierania przez państwo rodziny, zwłaszcza wielodzietnej (art. 31), w tym zasiłki dla rodzin i stypendia związane z wyrównywaniem szans w zakresie wykształcenia ponadpodstawowego (art. 34.4), prawo pracownika do wynagrodzenia, wystarczającego do zapewnienia sobie i rodzinie swobodnej i godnej egzystencji (art. 36), a także zapewnienie kobiecie warunków pracy, umożliwiających wypełnianie jej podstawowej funkcji rodzinnej oraz zapewniających matce i dziecku szczególną ochronę (art. 37). W obrębie wspomnianych przepisów poszukiwać należy konkretnej egzemplifikacji ogólnej formuły praw rodziny występującej w art. 29 zd. 1 Konstytucji. Do kategorii specyficznych praw rodziny zaliczyć należy zatem niewątpliwie gwarancje dotyczące moralnej i prawnej równości małżonków (art. 29 zd. 2) oraz prawa i obowiązki rodziców wobec ich dzieci (art. 30 zd. 1). W tej kategorii postrzegać także należy przepisy będące wyrazem ochrony rodziny, w tym ochrony macierzyństwa i dzieciństwa (art. 31 Konstytucji).

3. ROZWÓD W PRAWIE WŁOSKIM

3.1. Uwagi ogólne

Do wejścia w życie ustawy z 10.11.2014 r.¹⁶ uzyskanie rozwodu było możliwe jedynie w drodze orzeczenia sądu. Wspomniana ustawa, nowelizując art. 6 i 12 ustawy z 1.12.1970 r., wprowadziła dwa alternatywne sposoby uzyskania rozwodu (także separacji) w formie pozasądowej: na mocy ugody między małżonkami, zawartej w postępowaniu negocjacyjnym w obecności adwokatów stron (tzw. *negoziazione assistata*), a także w formie ugody zawartej przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego. Celem wskazanej noweli było, m.in., jak można wnioskować z jej tytułu, „uwolnienie” spraw rozwodowych spod władzy sądowniczej (*degiurisdizionalizzazione*) i stworzenie małżonkom możliwości pozasądowego, a tym samym uproszczonego i szybszego sposobu uzyskania rozwodu.

¹⁵ Por. G. Canttaneo, *La famiglia...* [w:] *Trattato...*, volume primo..., s. 23–24 wraz z powołaną tam literaturą.

¹⁶ Por. Legge n. 132 del 12 settembre 2014, „Gazzetta Ufficiale” n. 261 del 10.11.2014 – Suppl. Ordinario n. 84.

Należy także podkreślić, że ustawodawca włoski nie posługuje się terminem rozwód (*divorzio*), a sformułowaniem „rozwiązanie małżeństwa cywilnego” (*lo scioglimento del matrimonio*) lub „uchylenie skutków cywilnych” małżeństwa wyznaniowego (*la cessazione degli effetti civili*). W literaturze przedmiotu spotkać można pogląd, którego autor fakt niestosowania w ustawodawstwie włoskim terminu rozwód (*divorzio*) – pomimo posługiwania się nim w debacie parlamentarnej – interpretuje w kategoriach swego rodzaju awersji ustawodawcy do nowej instytucji¹⁷. Termin *divorzio* w aktach normatywnych pojawia się po raz pierwszy w art. 6 i 12 Dekretu legislacyjnego z 12.09.2014 r.¹⁸, ale tylko w warstwie opisowej, tj. w formie wyjaśnienia dokonanych zmian, które „nie modyfikują warunków separacji i rozwodu”. W treści poszczególnych przepisów termin ten nadal nie jest stosowany.

3.2. Rozwód w formie orzeczenia sądu

Możliwość orzeczenia rozwodu w prawie włoskim wprowadzono ustawą *Postępowanie w sprawach o rozwiązanie małżeństwa* z 1.12.1970 r.¹⁹ Nie zdecydowano się jednak na wprowadzenie przedmiotowych zmian w drodze nowelizacji włoskiego Kodeksu cywilnego (włączenie przepisów dotyczących rozwodu do Kodeksu cywilnego), ale wprowadzono je do systemu prawa rodzinnego w formie specjalnej ustawy. Ten model regulacji przedmiotowej problematyki zachowano również w kolejnych nowelizacjach²⁰. Fakt ten prowadzi do pewnego paradoksu legislacyjnego: włoski Kodeks cywilny w części dotyczącej prawa rodzinnego, stanowiącej jego integralną część, nie reguluje tak istotnej instytucji prawnorodzinnej jak rozwiązanie małżeństwa. Zawiera natomiast szczegółowe normy dotyczące np. instytucji separacji (art. 150–158).

Wspomniana ustawa z 1.12.1970 r., wielokrotnie nowelizowana, kompleksowo reguluje przedmiotową problematykę zarówno w sensie materialnoprawnym, jak i proceduralnym.

3.3. Przestanki i przyczyny rozwodu w prawie włoskim

Zasadnicze znaczenie w zakresie przepisów materialnoprawnych dotyczących rozwodu ma art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. (dalej ustawa), regulujący pozytywną przesłankę rozwodową oraz art. 3, w którym ustawodawca wymienia dopuszczalne przyczyny uzasadniające jego orzeczenie. Sposób regulacji przedmiotowej materii przypomina unormowanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę w dekrecie Prawo małżeńskie z 25.09.1945 r.²¹ W art. 24 tego dekretu, obok sformułowania

¹⁷ Por. M. Lupo, *Il divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini*, vol. terzo, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016, s. 2382.

¹⁸ Il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 conversione in legge 10 novembre 2014, n. 162, *Supplemento ordinario alla "Gazzetta Ufficiale"* n. 261 del 10.11.2014 – *Serie generale*.

¹⁹ Legge dal 1 dicembre 1970, n. 898, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, pubblicata nella *"Gazzetta Ufficiale"* n. 306 del 3.12.1970.

²⁰ Nowelą z 10.05.1975 r. zmodyfikowano m.in. przepis art. 149 włoskiego Kodeksu cywilnego, dopuszczając możliwość rozwiązania małżeństwa – poza przypadkiem śmierci jednego z małżonków – także „w innych przypadkach przewidzianych przez ustawę”.

²¹ Dekret z 25.09.1945 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 270).

przesłanek rozwodowych wymieniono również – choć nie w formie taksatywnej, jak ma to miejsce w prawie włoskim, a „w szczególności” – konkretne przyczyny, których wystąpienie uzasadniało orzeczenie rozwodu²².

Zgodnie ze wspomnianym art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. sąd orzeka rozwiązanie małżeństwa (*scioglimento del matrimonio*), zawartego zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, gdy stwierdzi – po bezskutecznej próbie pojednania stron – że wspólnota duchowa i materialna między małżonkami (*comunione spirituale e materiale*) nie może zostać utrzymana lub zrekonstruowana (*ricostituita*) z przyczyn wymienionych w art. 3 ustawy. Podobny w treści przepis (art. 2 ustawy) odnosi się do małżeństw zawartych w formie wyznaniowej, przy czym ustawodawca posługuje się w tym przypadku formułą „uchylenia skutków cywilnych” (*cessazione degli effetti civili*) małżeństwa.

Cytowany przepis art. 1 ustawy ma zasadnicze znaczenie dla modelu rozwodu przyjętego przez włoskiego ustawodawcę. Fundamentem tego modelu jest przesłanka interpretowana przez doktrynę jako „nieodwracalny rozpad więzi małżeńskich”²³ (co można postrzegać jako odpowiednik przesłanki rozkładu pożycia o charakterze zupełnym i trwałym, sformułowanej przez polskiego ustawodawcę w art. 56 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁴), która powinna znaleźć swój wyraz (*deve manifestarsi*) w jednej z taksatywnie wskazanych w art. 3 przyczyn uzasadniających żądanie pozwu²⁵.

Sformułowanie „wspólnota duchowa i materialna” wskazuje – w aspekcie duchowym – na istnienie tzw. *affectio coniugalis*, emocjonalno-wolitywnej więzi, której wyrazem jest postrzeganie współmałżonka jako jedyne go partnera życiowego. Sformułowanie to – z materialnego punktu widzenia – implikuje z kolei określony sposób wspólnego pożycia, charakteryzujący się wspólnym gospodarstwem domowym (zwykle realizowanym przez wspólne zamieszkanie), wzajemną pomocą, oraz – z reguły – współżyciem fizycznym dostosowanym do wieku i zdrowia małżonków²⁶. Podkreśla się przy tym, że wspomniana wspólnota materialna nie może być rozumiana jako zwykła kohabitacja, ale jako „istotny element pożycia małżeńskiego (*matrimonio-rapporto*), który manifestuje się przez przywiązanie do wspólnego życia małżeńskiego, stabilnego i trwałego”²⁷.

W doktrynie przeważa opinia, zgodnie z którą powołanie się jedynie na wyszczególnione w art. 3 omawianej ustawy przyczyny nie jest warunkiem wystarczającym (choć koniecznym) dla uzyskania rozwodu²⁸. Przeciwny pogląd implikowałby automatyzm w orzekaniu rozwodu i wykluczałby możliwość utrzymania (istnienia) wspólnoty małżeńskiej w każdym przypadku wystąpienia wskazanej w art. 3

²² Por. szerzej na ten temat np. S.M. Grzybowski, I. Róžański, *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946, s. 138 i n. Warto dodać, że w Kodeksie rodzinnym z 1950 r. (Dz.U. z 1950 r. Nr 34, poz. 308) (art. 29), polski ustawodawca odstąpił od sposobu regulacji typowego dla wspomnianego dekretu, zastępując wykaz przyczyn rozwodu klauzulą „ważnych powodów”.

²³ Tak np. A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1342, pkt III.

²⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1359).

²⁵ A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1343.

²⁶ A. Zaccaria [w:] *Commentario breve...*, s. 1343 wraz z powołanym orzecnictwem.

²⁷ Szerzej na ten temat por. M. Lupo, *Il divorzio* [w:] *Trattato...*, volume terzo, s. 2383 i n. wraz z powołaną tam literaturą i orzecnictwem.

²⁸ Por. A. Fede [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Vicenza 2016, s. 1348; por. także R. Giovangoli, *Separazione e divorzio: percorsi giurisprudenziali*, Mediolan 2009, s. 227.

przyczyny. Z drugiej strony, równie trudny do utrzymania w świetle omawianych uregulowań byłby pogląd, zgodnie z którym sama przesłanka z art. 1 ustawy stanowi wystarczającą podstawę orzeczenia rozwodu, bez konieczności wykazania istnienia przynajmniej jednej z przyczyn wymienionych w art. 3 ustawy. Pogląd ten spotkał się także z krytyką w orzecznictwie²⁹. Należy zatem przyjąć, że możliwość orzeczenia rozwodu jest „wypadkową” przesłanki generalnej z art. 1 i wskazanych w art. 3 przyczyn rozpadu wspólnoty małżeńskiej. W każdym poszczególnym przypadku sąd orzekający rozwiązanie małżeństwa przez rozwód powinien zatem zweryfikować wystąpienie podstawowej przesłanki, sformułowanej w art. 1 ustawy oraz istnienie przynajmniej jednej z przyczyn ujętych w art. 3.

W kontekście omawianego przepisu art. 1 ustawy z 1.12.1970 r. należy podkreślić, że prawo włoskie – poza generalną przesłanką niemożności zachowania lub zrekonstruowania wspólnoty duchowej i materialnej małżonków – nie przewiduje żadnych innych przesłanek, w szczególności tzw. przesłanek negatywnych, które uniemożliwiałyby orzeczenie rozwodu mimo wystąpienia przesłanki pozytywnej. Roli takiej nie pełni ani wzgląd na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków, ani, tym bardziej, wina współmałżonka, czy klauzula zasad współżycia społecznego – jak ma to miejsce w prawie polskim³⁰. Możliwość orzeczenia rozwodu w prawie włoskim nie jest także w jakikolwiek sposób uwarunkowana sytuacją małżonka sprzeciwiającego się rozwodowi. W szczególności nie może on powołać się na szczególnie ciężką dolegliwość (tzw. *Härteklausel* w prawie niemieckim) natury osobistej lub majątkowej, z którą wiązałoby się orzeczenie rozwodu, jako podstawę oddalenia powództwa o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód³¹.

Warto w tym kontekście zasygnalizować, że klauzula dobra dziecka występuje w prawie włoskim jako przesłanka separacji sądowej. Żądając jej orzeczenia, zgodnie z art. 151 włoskiego Kodeksu cywilnego, strona może powołać się na klauzule tzw. ciężkiego uszczerbku (*grave pregiudizio*) w wychowaniu dziecka, przy dalszym zachowaniu faktycznego wspólnego pożycia stron. Z treści wspomnianego przepisu wynika, że dobro dziecka pełni funkcję pozytywnej przesłanki separacji – przemawia za jej orzeczeniem w sytuacji wystąpienia okoliczności (zdarzeń) powodujących wspomniany „ciężki uszczerbek” w procesie jego wychowania. Kwestia ta będzie przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania.

Wspomniany wyżej art. 3 ustawy zawiera wykaz przyczyn, z których przynajmniej jedna musi wystąpić, by rozwód mógł zostać orzeczony. Na opisanie tych przyczyn doktryna włoska posługuje się różnymi terminami, przykładowo: powody (*motivi*), przypadki (*casi di divorzio*), okoliczności (*circostanze*, *fattispecie*), przesłanki (*presuposti*), uwarunkowania faktyczne (*fatti condizionati*). Przyczyny te porządkuje się zwykle w dwie grupy: pierwsza obejmuje przyczyny o charakterze penalnym – art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy, druga zaś grupa – inne przyczyny wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy³².

²⁹ Por. np. wyrok Sądu kasacyjnego z 23.04.1983 r., nr 2903 za: R. Giovangoli, *Separazione...*, s. 228.

³⁰ Szerzej na temat negatywnych przesłanek rozwodu w prawie polskim por. W. Stojanowska [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 623 i n.

³¹ Szerzej na temat tzw. *Härteklausel* w prawie niemieckim por. np. D. Schwab, *Handbuch des Scheidungsrecht*, wyd. 5, Monachium 2004, s. 447 i n.

³² Por. szerzej na ten temat G. Bonilini, *Le cause di divorzio* [w:] *Trattato...*, volume terzo, *La separazione personale...*, s. 2427.

Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 pkt 1 małzonek może żądać rozwodu w przypadku, gdy współmałzonek, po zawarciu małżeństwa (także za czyny popełnione przed jego zawarciem) został skazany prawomocnym wyrokiem:

- a) na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę 15 lat pozbawienia wolności za jedno lub więcej przestępstw popełnionych z winy umyślnej, z wyłączeniem przestępstw o charakterze politycznym i przestępstw popełnionych z motywów o szczególnym znaczeniu moralnym i społecznym,
- b) na karę pozbawienia wolności za przestępstwo z art. 564 Kodeksu karnego (kazirodstwo) lub za jedno z przestępstw z art. 519, 521, 523 i 524 Kodeksu karnego (m.in. zgwałcenie, doprowadzenie do współżycia lub innej czynności seksualnej z osobą małoletnią, wykorzystanie pozycji dominującej w celu wymuszenia współżycia) albo za nakłanianie, zmuszanie, współdziałanie lub czerpanie zysków z prostytucji,
- c) na karę pozbawienia wolności za zabójstwo własnego dziecka albo za usiłowanie zabójstwa współmałżonka lub własnego dziecka,
- d) na karę pozbawienia wolności dwoma lub więcej wyrokami, za przestępstwa z art. 582 (spowodowanie ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu), z uwzględnieniem okoliczności, o których mowa w art. 583 ust. 2 i przestępstwa z art. 570 (naruszenie obowiązków rodzinnych), art. 572 (znęcanie się nad rodziną) i art. 643 (działanie na szkodę osoby małoletniej lub ubezwłasnowolnionej) Kodeksu karnego, popełnione na osobie współmałżonka lub własnego dziecka.

W przypadku przestępstw wymienionych w pkt d sąd właściwy do orzeczenia rozwodu stwierdza po stronie małżonka dopuszczającego się przestępstwa brak zdolności do dalszego utrzymywania lub odbudowania pożycia małżeńskiego. We wszystkich wymienionych w pkt 1 przypadkach pozew rozwodowy nie może zostać uwzględniony, jeżeli został wniesiony przez małżonka, który współuczestniczył w przestępstwie lub gdy małżonkowie podjęli wspólne pożycie.

Druga grupa przyczyn uzasadniających orzeczenie rozwodu obejmuje przyczyny o różnym charakterze – innym niż prawnokarne. Małzonek – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 – może zatem żądać rozwiązania małżeństwa także w przypadku, gdy współmałzonek, z powodu całkowitej niepoczytalności, został uniewinniony od zarzutu popełnienia przestępstwa, opisanego powyżej w pkt 1 b i c. Niezbędne jest jednak w tym przypadku stwierdzenie przez sąd właściwy do orzeczenia rozwodu po stronie pozwanego niemożności (niezdolności do) utrzymania lub podjęcia na nowo pożycia małżeńskiego (art. 3 ust. 1 pkt 2 a ustawy). Małzonek może również żądać rozwodu w sytuacji, gdy wszczęte przeciwko współmałżonkowi postępowanie karne z tytułu popełnienia przestępstwa przewidzianego w art. 3 ust. 1 pkt 1 b i c omawianej ustawy nie mogło być kontynuowane w powodu przedawnienia, jednakże sąd właściwy do orzeczenia rozwiązania małżeństwa (lub uchylecia jego skutków cywilnych) uznał, że czyny popełnione przez małżonka wyczerpywały elementy konstytutywne i przesłanki karalności wskazanych przestępstw (art. 3 ust. 1 pkt 2 c ustawy). Małzonek może żądać rozwodu również wówczas, gdy postępowanie karne wszczęte przeciwko współmałżonkowi o popełnienie przestępstwa kazirodstwa

zakończyło się uniewinnieniem lub odstąpieniem od karalności z powodu braku znamion skandalu publicznego (art. 3 ust. 2 pkt d) oraz gdy współmałżonek – obcokrajowiec – uzyskał za granicą unieważnienie małżeństwa lub jego rozwiązanie (rozwód) albo zawarł nowe małżeństwo (art. 3 ust. 2 pkt e). Ponadto – zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 f oraz g omawianej ustawy – małżonek może żądać rozwiązania małżeństwa, gdy nie zostało ono „skonsumowane”, tzn. gdy małżonkowie nie podjęli współżycia fizycznego, a także gdy zapadło prawomocne orzeczenie w przedmiocie zmiany płci, zgodnie z ustawą z 14.04.1982 r.

Szczególne znaczenie wśród wymienionych w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy okoliczności warunkujących żądanie orzeczenia rozwodu zajmuje separacja. Z jednej strony, jest ona instytucją autonomiczną w porównaniu z rozwodem, uregulowaną w Kodeksie cywilnym (art. 150–158), ale także funkcjonuje jako jedna z przyczyn rozwodu, przewidzianych w art. 3 omawianej ustawy z 1.12.1970 r. Małżonek może zatem żądać rozwodu, jeżeli między małżonkami orzeczona została prawomocnym wyrokiem separacja sądowa albo zatwierdzona separacja zgodna (konsensualna), albo jeżeli małżonkowie pozostają w separacji faktycznej, która została zainicjowana przynajmniej dwa lata przed 18.12.1970 r. (data wejście w życie omawianej ustawy rozwodowej w jej pierwotnym brzmieniu). We wszystkich tych przypadkach ustawodawca wymaga określonego czasu pozostawania przez małżonków w separacji. W wersji pierwotnej omawianej ustawy ustawodawca przewidywał, że separacja powinna trwać nieprzerwanie przez okres pięciu lat. Okres ten został najpierw skrócony do lat trzech przez ustawę z 22.05.1987 r.³³ Obecnie obowiązujący przepis art. 3.1 pkt 2 b, w wersji ustalonej nowelą z 6.05.2015 r.³⁴, określa wymagany czas pozostawania małżonków w separacji na przynajmniej dwanaście miesięcy, licząc od daty osobistego stawienia się stron przez przewodniczącym sądu w celu potwierdzenia żądania pozwu i próby pojednania lub sześć miesięcy – w przypadku tzw. separacji zgodnej. W literaturze przedmiotu ustawa ta, z powodu znacznego skrócenia okresu separacji, określana jest mianem *divorzio breve* – „rozwodu skróconego” (uproszczonego)³⁵.

3.4. Separacja

Separacja w prawie włoskim pełni – jak już wspomniano – dwie funkcje: jest przesłanką orzeczenia rozwodu – o czym była mowa wyżej – oraz instytucją autonomiczną niezależną od rozwodu. Nie jest celem przedmiotowych rozważań szczegółowe omówienie separacji, a jedynie wyeksponowanie pewnych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia zasadniczego przedmiotu rozważań – ochrony małżeństwa i rodziny.

Prawo włoskie rozróżnia separację sądową (*separazione giudiziale*), z natury swej sporną, i separację zgodną (*separazione consensuale*)³⁶. Znana mu jest także

³³ Por. Legge n. 74 del 6 marzo 1987, “Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 58 del 11.03.1987. Szerzej na temat tej noweli por. La riforma del divorzio, a cura di Enrico Quardi, Neapol 1989.

³⁴ Por. Legge n. 55 del 6 maggio 2015, “Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 107 del 11.05.2015.

³⁵ Por. np. I. Grimaldi [w:] *La famiglia in crisi...*, s. 253.

³⁶ Szerzej na temat separacji por. G. Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, ed. ottava, Mediolan 2018, s. 219 i n. W literaturze polskiej por. na ten temat A. Sylwestrzak, *Separacja w prawie włoskim*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003/4, s. 769 i n.

separacja faktyczna (*di fatto*), z którą związane są określone skutki prawne³⁷, oraz separacja czasowa (*separazione temporanea*) orzekana przez sąd, np. na czas trwania postępowania o unieważnienie małżeństwa³⁸.

Separacja sądowa – zgodnie z art. 151 włoskiego Kodeksu cywilnego – może zostać orzeczona w przypadku wystąpienia (także niezależnie od woli jednego lub obojga małżonków) zdarzeń powodujących niemożność kontynuowania pożycia lub wystąpienie ciężkiego uszczerbku (*grave pregiudizio*) w wychowaniu potomstwa. Przyczyny tej niemożności nie zostały w ustawie sprecyzowane. W literaturze przedmiotu wskazuje się na ciężkie naruszenie obowiązków małżeńskich³⁹ – np. obowiązku wierności, naruszenia wspólnego zamieszkania i współdziałania na rzecz rodziny, ale także indywidualną decyzję małżonka w kwestii sztucznego zapłodnienia o charakterze heterologicznym. W odniesieniu do przyczyn niezawinionych, niezależnych od woli małżonków, wskazuje się przykładowo na schorzenia natury psychicznej⁴⁰. Ocena, czy wskazana przez małżonka przyczyna uzasadniająca żądanie orzeczenia separacji spełnia ustawowe przesłanki – tj. czyni niemożliwe dalsze pożycie – zarezerwowana jest każdorazowo dla sądu orzekającego.

W odniesieniu do drugiej ze wskazanych przesłanek – ciężkiego uszczerbku w wychowaniu dziecka – w literaturze istnieje spór dotyczący autonomicznego charakteru tej przesłanki⁴¹. Podnosi się m.in., że w orzecznictwie trudno wskazać przypadek, w którym sąd, orzekając separację, powołałby się w uzasadnieniu swojej decyzji wyłącznie na przesłankę ciężkiego uszczerbku w wychowaniu potomstwa⁴². W doktrynie włoskiej jest reprezentowany także odmienny pogląd broniący autonomiczności omawianej przesłanki, a znajduje on uzasadnienie w konieczności uwzględnienia w wykładni przepisów prawa rodzinnego klauzuli dobra dziecka⁴³. Nie sposób przy tym nie zgodzić się ze stwierdzeniem, że niewłaściwe zachowanie małżonka w stosunku do dziecka negatywnie wpływa na więzi między małżonkami i możliwość dalszego kontynuowania wspólnego pożycia. Fakt ten, zdaniem niektórych autorów, przemawia na korzyść poglądu o autonomicznym charakterze omawianej przesłanki separacji sądowej⁴⁴.

Separacja może zostać także wprowadzona na podstawie porozumienia między małżonkami (*separazione consensuale*), przy czym wymaga to, zgodnie z art. 158 włoskiego Kodeksu cywilnego, zatwierdzenia przez sąd⁴⁵. W porównaniu z separacją sądową, ta forma separacji cechuje się większą swobodą stron co do możliwości jej ustanowienia, której wyrazem jest choćby brak jakichkolwiek regulacji w zakresie ustawowych jej przesłanek. Sąd może wprawdzie odmówić zatwierdzenia porozumienia małżonków w przedmiocie separacji, ale jest to możliwe w ograniczonym zakresie, tj. w przypadku sprzeczności treści porozumienia z normami bezwzględnie

³⁷ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 260 i n.

³⁸ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 223.

³⁹ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 225.

⁴⁰ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 226.

⁴¹ Por. I. Corti, *La separazione giudiziale* [w:] *Il diritto privato nella giurisprudenza. La Familia, a cura di Paolo Cendon*, volume V, *Separazione dei coniugi*, Turyn 2000, s. 54 i n.; por. także G. Ballarani [w:] *Commentario breve...*, s. 365 wraz z powołaną tam literaturą.

⁴² G. Ballarani [w:] *Commentario breve...*, s. 366.

⁴³ Por. A. Sylwestrzak, *Separacja...*, s. 771 wraz z powołaną tam literaturą.

⁴⁴ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 19.

⁴⁵ Szerzej por. C.G. Izzo, *La separazione...* [w:] *Separazione...*, s. 75 i n.

obowiązującymi lub z klauzulą porządku publicznego. Pewien wyjątek – istotny z punktu widzenia zasadniczego przedmiotu rozważań – dotyczy postanowień porozumienia w zakresie małoletniego dziecka, które również podlegają ocenie sądu w zakresie ich zgodności z dobrem dziecka.

3.5. Postępowanie w sprawach o rozwód

Postępowanie o rozwiązanie małżeństwa przez rozwód, w zakresie właściwości miejscowej, toczy się przed sądem właściwym ze względu na miejsce ostatniego wspólnego zamieszkania małżonków. Może przebiegać w dwóch postaciach – w trybie procesowym (*ordinario*) lub w trybie nieprocesowym (*abbreviato*), w zależności od tego, czy mamy do czynienia z wnioskiem złożonym przez oboje małżonków czy pozwem złożonym przez jednego z nich⁴⁶. Postępowanie nieprocesowe stosowane jest tylko w przypadku zgodnego wniosku stron i ma charakter uproszczony (skrótowy). Wymaga, poza zgodnym wnioskiem stron, konieczności uzgodnienia wszystkich istotnych kwestii dotyczących relacji osobistych i majątkowych małżonków, z uwzględnieniem interesów ich wspólnych dzieci⁴⁷. Sąd dokonuje wysłuchania stron, weryfikacji istnienia przesłanki rozwodowej, wynikającej zarówno z art. 1 ustawy z 1.12.1970 r., jak i jednej z przyczyn (okoliczności) wymienionych w jej art. 3. Szczególnym przedmiotem oceny są uzgodnienia dotyczące małoletnich dzieci. Sąd dokonuje ich oceny z punktu widzenia dobra dziecka. Jeżeli stwierdzi naruszenie interesów dziecka, to może podjąć decyzję o rozpatrzeniu sprawy w trybie procesowym⁴⁸. Zasadny wydaje się w tym kontekście wniosek, że jakkolwiek prawo włoskie nie formułuje dobra dziecka jako przesłanki negatywnej uniemożliwiającej orzeczenie rozwodu, to jednak przewiduje rozwiązania stanowiące jej namiastkę, a przynajmniej dostrzega problem negatywnego wpływu rozwodu na dziecko i konieczność jego ochrony, i zabezpieczenia jego interesów.

W ramach przepisów regulujących ten tryb (nieprocesowy) postępowania brak jest normy dotyczącej obowiązku nakłaniania stron do pojednania, choć została ona *expressis verbis* sformułowana jako obowiązek sędziego w postępowaniu procesowym, o czym będzie mowa poniżej. W doktrynie można jednak spotkać pogląd, którego autor jako jeden z celów wysłuchania stron dokonywanego w toku omawianego postępowania postrzega weryfikację możliwości pojednania stron⁴⁹. Poza tym należy podkreślić, że obowiązek nakłaniania stron do pojednania w postępowaniu o rozwiązanie małżeństwa ma swoje umocowanie w przepisach materialno-prawnych, tj. w art. 1 ustawy. Dotyczy zatem postępowania rozwodowego jako takiego, niezależnie od trybu, w jakim przebiega.

Postępowanie procesowe w przedmiocie rozwiązania małżeństwa przez orzeczenie rozwodu składa się z dwóch faz (stadiów): pierwsza toczy się przed przewodniczącym (*fase presidenziale*), druga – zasadnicza – (*fase in merito e istruttorie*) toczy się przed sędzią wskazanym przez przewodniczącego (*giudice istruttore*)⁵⁰.

⁴⁶ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 203 i n.

⁴⁷ Szerzej na ten temat por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 283 i n.; por. także C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 205.

⁴⁸ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 285.

⁴⁹ G. Bonilini, *Manuale di diritto...*

⁵⁰ Por. I. Garimaldi [w:] *La Famiglia in crisi...*, s. 236.

W fazie wstępnej (*presidenziale*) przewodniczący wzywa strony do osobistego stawienia się w celu nakłonienia ich do pojednania. Przepis art. 4 ustawy o rozwiązywaniu małżeństwa wskazuje, że realizacja tego obowiązku powinna polegać na wysłuchaniu indywidualnie każdej ze stron, a następnie wspólnym wysłuchaniu. Tak szczegółowo norma wskazuje, że ustawodawcy chodzi o rzeczywistą weryfikację możliwości pojednania stron zanim sprawa zostanie skierowana do rozpoznania na rozprawie⁵¹. Jeżeli pojednanie dojdzie do skutku, to sędzia sporządza stosowny protokół i odbiera oświadczenie stron o cofnięciu pozwu. W przypadku, gdy pojednanie nie powiedzie się, przewodniczący po wysłuchaniu stron oraz – jeżeli uzna, że jest to konieczne – po wysłuchaniu małoletniego dziecka stron powyżej 12. roku życia wydaje zarządzenie o skierowaniu sprawy do rozpoznania na rozprawie. Może też wydać tymczasowe zarządzenia dotyczące rozwodzących się małżonków i ich dzieci. Wspomniany wyżej obowiązek wysłuchania małoletniego wynika z norm prawa międzynarodowego (Europejskiej Konwencji o wykonywaniu prawa dziecka z 1996 r., ratyfikowanej przez parlament włoski w 2003 r.), a także z art. 315 włoskiego Kodeksu cywilnego⁵².

W kontekście zasadniczego przedmiotu rozważań podkreślić należy, że ustawodawca włoski nie zdecydował się na rezygnację z obowiązku nakłaniania stron do pojednania, mimo wprowadzenia ustawą z 8.02.2006 r. możliwości mediacji, obejmującej także sprawy rodzinne. Chodzi o znowelizowany na mocy wskazanej ustawy art. 155 Kodeksu cywilnego i wprowadzony art. 155 (6) umożliwiający sędziemu przekazanie sprawy do mediacji po uzyskaniu zgody stron. W doktrynie podkreśla się, że wspomniane przepisy znajdują także zastosowanie w sprawach rozwodowych⁵³. Obowiązek weryfikacji możliwości pojednania stron pozostaje w prawie włoskim integralnym elementem postępowania rozwodowego, nawet gdy praktyka generuje wątpliwości co do jego efektywności. Należy też podkreślić, że obowiązek ten ma charakter obligatoryjny, jego pominięcie może być podstawą zaskarżenia rozstrzygnięcia⁵⁴.

W tym kontekście, uniemożliwienie sędziemu próby pojednania stron w toku obligatoryjnego posiedzenia pojednawczego poprzedzającego rozprawę rozwodową, co nastąpiło w prawie polskim w wyniku noweli do Kodeksu postępowania cywilnego z 28.07.2005 r.⁵⁵ należy ocenić jako błędne⁵⁶.

Warto także podkreślić, że ustawodawca włoski przewidział w procesie rozwodowym udział prokuratora. Udział ten ma charakter obligatoryjny w tzw. drugiej fazie procesu (*fase in merito e istruttoria*)⁵⁷. Warto w tym kontekście wspomnieć, że praktyka taka jest również – jak wynika z badań – stosowana przez prokuraturę w Polsce⁵⁸. Podstawę prawną stanowi art. 7 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁹ uprawniającej prokuratora do przystąpienia do każdej sprawy cywilnej, przy czym praktyka ta nie ma charakteru obligatoryjnego.

⁵¹ Por. szerzej na ten temat w literaturze polskiej W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 45.

⁵² Por. szerzej na ten temat G. Vassallo [w:] *La Famiglia in crisi...*, s. 221.

⁵³ Por. G. Vassallo [w:] *La famiglia in crisi...*, s. 212.

⁵⁴ Por. F. Tommaso [w:] *Commentario breve...*, s. 1373, pkt VI

⁵⁵ Por. Dz.U. Nr 172, poz. 1438.

⁵⁶ Por. szerzej na ten temat W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 34 i n.

⁵⁷ Por. C.G. Izzo [w:] *Separazione...*, s. 209.

⁵⁸ Por. M. Kosek, *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016, s. 269 i n.

⁵⁹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575) – dalej k.p.c.

3.6. Rozwód w trybie pozasądowym

Ustawą z 10.11.2014 r.⁶⁰ ustawodawca włoski wprowadził w zakresie przepisów prawa rozwodowego dwie istotne, wręcz – zdaniem części doktryny – rewolucyjne zmiany⁶¹, powołując *de facto* do istnienia dwie nowe jego instytucje: negocjacje z udziałem adwokatów stron (tzw. *negoziatazione assistita*), których celem jest zawarcie umowy między stronami w przedmiocie separacji lub rozwiązania małżeństwa, a także możliwości ustanowienia separacji lub rozwiązania małżeństwa w formie umowy zawartej przed urzędnikiem stanu cywilnego (*separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile*).

Druga ze wspomnianych instytucji – podpisanie umowy w przedmiocie separacji lub rozwodu przed urzędnikiem stanu cywilnego – może być stosowana wyłącznie w przypadkach tzw. separacji zgodnej lub rozwodu na zgodny wniosek stron, jeżeli małżonkowie nie mają wspólnych małoletnich dzieci lub dzieci pełnoletnich posiadających orzeczenie o ciężkim stopniu niepełnosprawności, a także dzieci wprawdzie pełnoletnich, ale ekonomicznie jeszcze nieusamodzielnionych. Warunkiem jest także, by przedmiotowa umowa nie zawierała postanowień o charakterze majątkowym. Ta forma rozwiązania małżeństwa nie wymaga obecności osób trzecich, zwłaszcza ekspertów (adwokatów).

Z kolei negocjacje z udziałem adwokatów (tzw. *negoziatazione assistita*) wymagają obligatoryjnej ich obecności (przynajmniej po jednym przy każdej ze stron). Ich zadaniem jest czuwanie nad zgodnością treści ugody z obowiązującym prawem, ale także realizacja pewnych obowiązków nałożonych w związku z omawianą formą rozwiązania małżeństwa. Obejmują one: weryfikację możliwości pojednania stron, przekazanie informacji o możliwości mediacji rodzinnych, a także – w przypadku posiadania przez strony małoletnich dzieci – pouczenia stron o prawie dziecka do kontaktów z obojgiem rodziców⁶². Ta forma uzyskania rozwodu, w odróżnieniu od wcześniej omówionej, możliwa jest też w przypadku posiadania przez strony małoletnich dzieci. Umowa powinna mieć obligatoryjnie postać pisemną i wymaga zatwierdzenia. W przypadku nieposiadania przez strony dzieci, umowa powinna zostać przekazana prokuratorowi (jako urzędnikowi publicznemu) przy sądzie właściwym ze względu na miejsce zamieszkania stron w celu udzielenia zatwierdzenia. Ma ono w tym przypadku charakter formalny, na co wskazuje użyty przez ustawodawcę termin *nulla-osta* („poświadczenie”, „aprobata”). W przypadku jednak, gdy strony posiadają dzieci umowa powinna zostać poddana bardziej szczegółowej ocenie w celu zgodności jej postanowień z interesem dziecka. Przy pozytywnej ocenie prokurator dokonuje jej zatwierdzenia. W tym przypadku posłużono się terminem *autorizzazione*⁶³. W przypadku oceny negatywnej, dokumentacja zostaje przesłana do przewodniczącego trybunału właściwego ze względu na miejsce zamieszkania stron w celu wezwania stron i wprowadzenia koniecznych zmian⁶⁴.

⁶⁰ Por. La Legge n. 162/2014, "Gazzetta Ufficiale" n. 261 del 10.11.2014. Ustawa ta zmieniła tzw. Dekret legislacyjny z 12.09.2014 r. (n. 132/2014).

⁶¹ Por. G. Cassano, G. Oberto [red.] *La famiglia in crisi. Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme*, Włochy 2016, s. 245.

⁶² Por. G. Cassano, G. Oberto [red.] *La famiglia in crisi...*, s. 246.

⁶³ Por. F. Danovi [w:] *Trattato di diritto*, volume terzo, s. 1992.

⁶⁴ Por. G. Bonilini, *Manuale di diritto...*, s. 258.

4. WNIOSKI

Zawarte w opracowaniu rozważania skłaniają do pewnych refleksji i wniosków o różnym charakterze. Wynikają one z jednej strony z widocznych tendencji, które leżą u podstaw zmian wprowadzonych przez ustawodawcę włoskiego, a drugiej strony – z dostrzeganych możliwości, jakie stwarza włoskie prawo rodzinne w zakresie pełniejszego wykorzystania znanych mu instrumentów prawnych w celu ochrony małżeństwa i rodziny, które – ewentualnie – mogą być cenne dla innych systemów prawnych, w tym dla systemu polskiego.

Nie ulega wątpliwości, przynajmniej w sensie socjologicznym, że rodzina, której podstawą jest małżeństwo, przeżywa pewien kryzys. W aspekcie zewnętrznym jego przejawem jest wzrost liczby związków faktycznych o różnorodnej strukturze. Ustawodawca włoski, jak wspomniano, legitymizował te związki, przyznając im pewien zakres ochrony prawnej. Uznał zatem, że zmiany w strukturze społecznej w odniesieniu do form życia rodzinnego są na tyle znaczące i trwałe, iż nie można pozostać wobec nich obojętnym. Postawa taka jest również wyrazem liberalizacji przepisów prawa rodzinnego.

Odnosząc się do opisanych zmian ustawowych dotyczących „klasycznych” instytucji prawa rodzinnego, zwłaszcza rozwodowego, widoczna jest tendencja przemodelowania tych instytucji w duchu „prywatyzacji”, tj. umożliwienia małżonkom umownego ich kształtowania w znacznie większym zakresie niż to miało miejsce dotychczas. Możliwość taką przewidział ustawodawca zarówno w odniesieniu do rozwodu, jak i do separacji. W stosunku do separacji widoczna jest także tendencja do zmiany jej charakteru. Do wejścia w życie noweli z 6.05. 2015 r.⁶⁵ powszechne było przekonanie, znajdujące zresztą swoje potwierdzenie w wyroku włoskiego Sądu Konstytucyjnego⁶⁶, że separacja służy rekonstrukcji wspólnoty małżeńskiej. Wspomniane zmiany, na co zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu, przeczą jednak tej tezie. Separacja nie jest już „momentem refleksji”, dotyczącym rekonstrukcji wspólnego pożycia. Nie jest nawet jedynie „przedsionkiem przyszłego rozwodu” (*l'anticamera del futuro divorzio*), ale po prostu jego etapem, jeszcze koniecznym, ale coraz krótszym⁶⁷.

W sensie wewnętrznym kryzys rodziny wyraża się rosnącą liczbą rozwodów oraz związanych z nimi skutków osobistych i społecznych. System włoski przewiduje pewne instrumenty prawne służące pojednaniu stron. Pozytywnie należy ocenić – abstrahując od jego efektywności w każdym poszczególnym przypadku – spoczywający na sądzie obowiązek nakłaniania stron do pojednania. W polskim porządku prawnym podobny obowiązek istniał do 2005 r. na podstawie art. 436 k.p.c. przed jego nowelizacją polegającą na wprowadzeniu fakultatywnej mediacji⁶⁸. W pełni zasadny wydaje się w tym kontekście wniosek *de lege ferenda* w przedmiocie przywrócenia instytucji posiedzeń pojednawczych lub wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę podobnej co do celu instytucji prawnej. Instytucja mediacji nie musi i nie powinna być alternatywą dla posiedzeń pojednawczych, w tym sensie, że jej wprowadzenie powoduje likwidację wspomnianych posiedzeń⁶⁹.

⁶⁵ Por. Legge n. 55 del 6 maggio 2015, „Gazzetta Ufficiale”, Serie Generale, n. 107 del 11.05.2015.

⁶⁶ Por. wyrok Sądu Konstytucyjnego z nr 35/1976.

⁶⁷ Szerzej por. C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, *Separazione...*, s. 14.

⁶⁸ Por. szerzej na ten temat W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 34 i n. wraz z powołaną tam literaturą.

⁶⁹ W. Stojanowska, *Fakultatywna mediacja...*, s. 35.

W kontekście powyższych rozważań może nasunąć się pytanie o możliwość wprowadzenia w Polsce – wzorem ustawodawcy włoskiego – rozwiązania małżeństwa w formie pozasądowej. Próby takie były już podejmowane, ostatnio w projekcie nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z 22.06.2012 r.⁷⁰ Propozycje te spotkały się z negatywną oceną ekspertów⁷¹. Stanowisko to należy poprzeć. Mimo że z art. 18 Konstytucji RP⁷² nie wynika wprost zakaz umownego rozwiązania małżeństwa, to jednak model sądowy z pewnością pozwala na pełniejszą realizację ochrony rodziny w toku postępowania rozwodowego.

Summary

Mirosław Kosek, *Protection of Marriage and Family in Italian Divorce Law*

The subject of reflections contained in this paper is the principle of protection of family in Italian law applicable to divorce. The paper discusses the constitutional foundations of the aforementioned principle as well as the origins of the applicable norms of substantive law (grounds for divorce) and procedural law, with special emphasis on amendments introduced by the Act of 10 November 2014, whereby the Italian legislature introduced two new procedures in the field of divorce law, enabling dissolution of marriage and establishing separation through negotiation with the participation of parties' advocates (the so-called negoziazione assistita) and in the form of an agreement made before a registrar (separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile). In both cases the duty to strive to reconcile the parties has been retained as an integral element of the procedure. In this context the author formulates a lex ferenda request for the Polish legislature to restore conciliatory meetings or to introduce a legal procedure having a similar objective.

Keywords: protection of family, divorce, separation, reconciliation of spouses, mediation

Streszczenie

Mirosław Kosek, *Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym*

Przedmiotem rozważań zawartych w artykule jest zasada ochrony rodziny we włoskim prawie rozwodowym. Omówiono podstawy konstytucyjne wskazanej zasady oraz genezę obowiązujących unormowań w zakresie prawa materialnego (przesłanek rozwodowych) oraz procesowego, ze szczególnym uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 10.11.2014 r., na mocy której ustawodawca włoski powołał do istnienia dwie nowe instytucje prawa rozwodowego, umożliwiając umowne rozwiązanie małżeństwa oraz ustanowienia separacji w drodze negocjacji z udziałem adwokatów stron (tzw. negoziazione assistita) oraz w formie umowy zawartej przed urzędnikiem stanu cywilnego (separazione e divorzio davanti all' Ufficiale di Stato Civile). W obu przypadkach zachowano obowiązek dążenia do pojednania stron jako integralny element postępowania. W tym

⁷⁰ [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-280-2012/\\$file/7-020-280-2012.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/Projekty/7-020-280-2012/$file/7-020-280-2012.pdf) (dostęp: 21.10.2020 r.).

⁷¹ Por. m.in. E. Wojnarka-Krajewska, *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, „Zeszyty Prawnicze” BAS, nr 4/2013, s. 143 i n.; por. także J. Wierciński, *Opinia prawna...*, s. 131 i n.; Joanna Haberk, *Rozwiązanie małżeństwa w drodze „umowy”? Uwagi na tle projektu zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego*, „Zeszyty Prawnicze” BAS 2013/2, s. 11–24.

⁷² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

kontekście autor sformułował wniosek *de lege ferenda* w przedmiocie przywrócenia instytucji posiedzeń pojednawczych lub wprowadzenia przez polskiego ustawodawcę podobnej co do celu instytucji prawnej.

Słowa kluczowe: ochrona rodziny, rozwód, separacja, pojednanie małżonków, mediacja

Literatura:

1. Bergonzini C. [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016.
2. Bonilini G., *Le cause di divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, vol. terzo, La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016.
3. Bonilini G., *Manuale di diritto di famiglia*, ed. ottava, Mediolan 2018.
4. Canttaneo G., *La famiglia e i rapporti familiari nella costituzione, nel codice civile e nella altre leggi ordinarie* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, vol. primo, Famiglia e matrimonio*, Turyn 2016.
5. Cassano G., Oberto G. [red.] *La famiglia in crisi. Invalidità, separazione e divorzio dopo le riforme*, Włochy 2016.
6. Corti I., *La separazione giudiziale* [w:] *Il diritto privato nella giurisprudenza. La Familia, a cura di Paolo Cendon, volume V, Separazione dei coniugi*, Turyn 2000.
7. Cossiri A., *Commentario breve al Diritto della famiglia*, terza edizione, Vicenza 2016.
8. Fede A. [w:] *Commentario breve al Diritto della famiglia*, Vicenza 2016.
9. Giovangoli R., *Separazione e divorzio: percorsi giurisprudenziali*, Mediolan 2009.
10. Grzybowski S.M., Różański I., *Prawo małżeńskie. Komentarz*, Kraków 1946.
11. Haberkro J., *Rozwiązanie małżeństwa w drodze „umowy”?* Uwagi na tle projektu zmian Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego oraz ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 2.
12. Izzo C.G., *Le separazioni personale dei coniugi. profili sostanziali* [w:] *Separazione e divorzio nell’esperienza giudiziaria*, C.G. Izzo, F. Pantanella, A. Izzo, Neapol 2017.
13. Kosek M., *Powództwo prokuratora w sprawach niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego*, Warszawa 2016.
14. Lupo M., *Il divorzio* [w:] *Trattato di diritto di famiglia, diretto da Giovanni Bonilini, volume terzo, La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Turyn 2016.
15. Schwab D., *Handbuch des Scheidungsrecht*, wyd. 5, Monachium 2004.
16. Stojanowska W., *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979.
17. Stojanowska W., *Fakultatywna mediacja w procesie o rozwód*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2006, nr 6.2.
18. Stojanowska W. [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 11, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, wyd. 2, Warszawa 2014.
19. Sylwestrzak A., *Separacja w prawie włoskim*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2003, z. 4.
20. Wierciński J., *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 4.
21. Wojnarka-Krajewska E., *Opinia prawna dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw*, Zeszyty Prawnicze BAS 2013, nr 4.

Piotr Mostowik*

Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign Custody of Same-Sex Persons Without Violating National Principles on Filiation as the Ratio Decidendi of the Supreme Administrative Court (NSA) Resolution of 2 December 2019**

1. INTRODUCTION

The purpose of this paper is to present both the dogmatic as well as practical aftereffects of the resolution of 2 December 2019¹ by 7 judges of the Supreme Administrative Court (Polish: *Naczelny Sąd Administracyjny*), hereinafter referred to as the “NSA Court”, on how to deal with a specific administrative case of a child under the custody of same-sex couples². The operative part of the resolution relies on private law and reads as follows: “[A]rticle 104(5) and Article 107(3) of the Act of 28 November 2014 – the Vital Records Law³ in conjunction with Article 7 of the Act of 4 February 2011 – Private International Law⁴ does not render it admissible to have a foreign birth certificate of a child with same-sex parents to be transferred by transcription to a register in Poland”. The NSA resolution thus addresses, in reference to the question asked to the Court, the issue of transfer of vital record by transcription, that is a special procedure of birth registration in the country by transcription of the content of a foreign birth registration record⁵.

* Dr hab. Piotr Mostowik is a Professor at the Chair of Private International Law, Law and Administration Faculty of the Jagiellonian University in Cracow, Poland, ORCID: 0000-0003-3548-1003, e-mail: piotr.mostowik@uj.edu.pl

** The manuscript was submitted by the author on: 27 March 2021; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 15 April 2021.

¹ Available at: II OPS 1/19, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/0CB4DBF3D4> [accessed on: 31 March 2021].

² In practice, this applies to homosexual persons, but their sexual orientation can be ignored in further deliberations as irrelevant. The case concerns legal ties between a child and one adult, and not cohabitation of two adults. In order to assess this resolution and its context, it is sufficient to make a general observation on the differences between the basic principles of domestic and foreign legal order stemming from the different approach to the legal concept of a person's filiation and the content of a birth certificate.

³ Consolidated text: Dz.U. z 2018 r. poz. 2224, hereinafter: the “VRL Act”.

⁴ Dz.U. z 2015 r. poz. 1792 ze zm., hereinafter: the “PIL Act”.

⁵ On vital records in international relations see: P. Kasprzyk (ed.), *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego [Civil Vital Registration Handbook]*, Vol. 2, *Obrót prawny z zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego [International Relations as Regards Civil Vital Registration]*, Lublin 2019, p. 47.

The resolution has also, however, brought about far-reaching effects and provided guidelines for another area of law, i.e., it caused a change in the jurisprudence of public administration bodies in administrative cases concerning children, thus producing a positive law-making effect. Latest media news included headlines reporting that a child “has finally been assigned the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) and an ID card”⁶. Despite the foregoing, this change and the admissibility of dealing with a child’s affairs based on the current legislation is being challenged in some similar cases. For example, the Voivodship Administrative Court in Kraków (Polish: *Wojewódzki Sąd Administracyjny*, hereinafter: the “WSA Court”), came up with a debatable starting point that the child’s case cannot be dealt with and then – ignoring, as it were, the statement of reasons and the *ratio decidendi* for the resolution in question – referred the case in question to the Court of Justice of the European Union (hereinafter: the “CJEU”) for preliminary ruling⁷. Furthermore, the said referral ruling included a statement, in fact no longer valid under the Polish legal order, to the effect that vital record transcription “is necessary for an identity document to be issued”⁸. For example, in the statement of reasons for the NSA Court ruling of 10 September 2020⁹, reference was made to the resolution in question as the grounds, being in fact of a law-making quality, for a decision that the finding in administrative proceedings that a child is a Polish citizen may not be made dependent on the transcription of a foreign birth record. The latter may be directly invoked in administrative and juridical proceedings¹⁰.

⁶ For example in the case dealt with by the Civil Status Registration Office (Polish: *USC*) in Gdańsk, available at: <https://wiadomosci.wp.pl/gdansk-azara-jest-wychowywana-przez-dwie-polki-w-koncu-otrzymala-pesel-i-dowod-osobisty-6537052162726528a> [accessed on: 31 March 2021].

⁷ Available at: <http://curia.europa.eu> (accessed on: 31 March 2021); https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Postanowienie_pytanie_%20prejudycjalne_9.12.2020.pdf [accessed on: 31 March 2021].

⁸ This issue is not the subject of the present deliberations, but it seems that the question was referred without taking into account the normative state and the possibilities created by the abovementioned resolution passed by the Supreme Administrative Court (NSA) in full court, as well as without taking into consideration the statement of reasons thereof in the part concerning the possibility of referring this question; furthermore, without informing the CJEU that there has already been an actual change in some public administration bodies in the way similar child cases are dealt with.

⁹ II OSK 1390/18; available at: <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/2226E2228C> [accessed on: 31 March 2021].

¹⁰ For more information see: the Ombudsman website announcement confirming that the citizenship of a child of a Polish citizen does not depend on the transcription of his or her foreign birth certificate available at: <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/nsa-potwierdza-obywatelstwo-dziecka-ojcem-obywatel-rp-matka-surogatka> [accessed on: 31 March 2021]. As regards the earlier case law of administrative courts, which has now changed, see also texts available at: <https://europeistyka.uj.edu.pl/pwpm-vol-xvi-2018> [accessed on: 31 March 2021]: M. Pilich, *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego* [Mater semper certa est? A Few Comments on the Effects of Foreign Surrogacy from the Perspective of the Application of the Public Policy Clause], „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, Vol. XVI, pp. 7–35; A. Wysocka-Bar, *Nabywanie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13* [Acquisition of Polish Citizenship in the Light of Birth by a Surrogate Mother. Comments on the Judgments of the Supreme Administrative Court dated 6 May 2015: II OSK 2372/13 and II OSK 2419/13], „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, Vol. XVI, pp. 38–54 and P. Mostowik, *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogata matki. Uwagi aprobowane wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13)* [The Problem of Citizenship of a Child Probably Descended from a Polish Citizen who is not the Spouse of the Surrogate Mother. Comments in Approval of the Judgments of the NSA Court of 6 May 2015 (II OSK 2372/13 and II OSK 2419/13)], „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2018, Vol. XVI, pp. 55–75. In the last article, the comments in approval of decisions refusing to confirm citizenship have not been motivated by challenging, in principle, the substantive legal possibility of delivering of a positive decision, but by probative deficiencies in the given, very casuistic case at an earlier phase of the proceedings (acquisition of the vital status of the other same-sex parent based on a contract with a woman who was married to another man).

The problem of transcription¹¹, the scope of national vital statistics and its relationship with principles of the national family and personal law (in particular, the legal recognition of filiation, maternity, and paternity) were discussed by legal scholars in their writings both before¹² and after the passing of the said resolution¹³. It is worth bearing in mind that, as also stated in the resolution, according to the regulations governing conflict of laws (Article 55(1) of the PIL Act), establishing and denial of the parentage of the child takes place under the *lex patriae* of the child as at the moment of the child's birth (i.e., in the case in question, the Polish family law¹⁴).

In their writings, legal scholars have so far paid less attention to the effects of the said resolution for administrative proceedings and cases that are in fact imperative for the child and persons exercising custody over the child. It must be said upfront that they have been referred to in the statement of reasons for the abovementioned resolution, where it is affirmed that the right interpretation of Article 104(5) of the of the VRL Act may not result in the issue of an identity card or assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to a Polish citizen being dependent on the transfer of vital record by transcription by the authorities (as it may be impossible in a specific case due to particulars of a woman being entered instead of the father's particulars in a foreign birth certificate). Pronouncing that that the issue of an identity card or assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to a Polish citizen (a child) cannot be made dependent on the admissibility of creating a national vital record based on the content of a foreign certificate has far-reaching consequences that will be discussed further on in this paper.

2. NOTE ON THE SOURCES OF THE NATIONAL ADMINISTRATIVE LAW

To deliberate on the topic referred to in the title of this paper, it is necessary to take into account the issues of understanding of the child's descent (filiation), as well as

¹¹ See: P. Wypych, *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą* [Legal Nature of the Transcription of a Vital Record Issued Abroad], „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2003, No. 1, p. 189; M. Wojewoda [in:] *System prawa prywatnego* [System of Private Law], Vol. 20c, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private International Law], M. Pazdan (ed.), Warszawa 2015, p. 595; M. Wojewoda, *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim* [Transcription of a Foreign Vital Record. A Few Remarks on the Evolution of the Concept in the Polish Law], „Metryka” 2016, No. 2, p. 53; A. Czajkowska [in:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem* [Law on Vital Records with Commentary], A. Czajkowska (ed.), Warszawa 2015, p. 225.

¹² See: P. Mostowik, *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16* [Comments on the NSA Court Judgement of 10 October 2018, II OSK 2552/16], „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2019, No. 4, p. 32; P. Sadowski, *Gloss on the judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16*, „Ius Novum” 2020, No. 1, p. 17; J. Gajda, *Kilka uwag na temat problematycznych rozstrzygnięć sądów administracyjnych dotyczących transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia* [A Few Remarks on Problematic Decisions of Administrative Courts Concerning the Transcription of Foreign Birth Certificates] [in:] *Ustroje – prawa człowieka – bezpieczeństwo – integracja europejska. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin profesora Jerzego Jaskierni* [Political Systems – Human Rights – Security – European Integration. Jubilee Book on Professor Jerzy Jaskierni's 70th Birthday], R.M. Czarny, Ł. Baratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak (eds.), Toruń 2020, p. 324.

¹³ See: M. Wojewoda, *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19* [Foreign Same-Sex Parentage and Vital Statistics Registration in Poland. Comments to the Resolution of the NSA Court of 2 December 2019, II OPS 1/19], „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, No. 8, p. 30; P. Mostowik, *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od rodziców jedнопłciowych* [On Demands for Entry into Polish Birth Records of Foreign Legal Fiction of a Child's Origin from 'Same-Sex Parents'], „Forum Prawnicze” 2019, No. 6, p. 3, available at: <https://forumprawnicze.eu/attachments/article/368/Mostowik.pdf> [accessed on: 31 March 2021].

¹⁴ For more see: P. Mostowik, *Pochodzenie dziecka oraz odpowiedzialność rodzicielska* [Descent of a Child and Parental Responsibility] [in:] *System...*, Vol. 20c, *Prawo...*, p. 303.

those of maternity and paternity, can be seen as a front and back face of the same matter of private law. It influences also resolving of administrative matters and issuing of administrative decisions concerning the child.

An additional issue is the national registration of the childbirth (including the child's parents). Given the state of facts at hand, those issues were in fact closely linked to the administrative cases and proceedings. In the proceedings concerning the child who remains, under a foreign law, under the custody of same-sex persons, the applicants argued that the issue of a Polish document for the child (either the identity card or passport) or/and the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) is a matter of priority which is of vital importance for the basic life needs and the best interests of the child. These matters are duly regulated in the relevant instruments of the national public law, i.e. in the Act of 6 August 2010 on Personal Identity Cards¹⁵, the Act of 13 July 2006 on Passport Documents¹⁶, and the Act of 24 September 2010 on Registration of Population Records¹⁷ that regulates the register of Polish Resident Personal Identification Numbers (PESEL).

The adopted approach to the topic does not require any in-depth discussion of these legislative acts¹⁸. It suffices to mention that these matters are, based on the premise of a Polish citizenship acquired through the child's descent (filiation) from a Polish citizen, the subject of other administrative proceedings (i.e. administrative cases other than the case for the transcription of a foreign birth certificate).

The principal objective of this paper is to demonstrate how the statement of reasons for the resolution deals with the latter aspects of child's everyday life, i.e., the administrative matters. Firstly, it needs to be demonstrated how the *ratio decidendi* for the resolution has impacted not only the legal issues referred to in its operative part, but an issue that might be of a greater importance in practice, i.e., also the general context of a child's legal status and the child's application for Polish identity documents to be issued to him or her. Before pondering on this, the national and international sources of law which apply to the problem in question need to be mentioned.

3. APPLYING THE INTERNATIONAL LAW

The above-mentioned national sources of law that regulate the administrative-legal premises for handling individual cases (such as obtaining a Polish identity card or being assigned a Polish Resident Personal Identification Number (PESEL)) and administrative proceedings and/or juridical court proceedings in these cases are of fundamental importance for the issue in question. Private international law, substantive family and personal law and vital status registration also play

¹⁵ Consolidated text: Dz.U. z 2019 r. poz. 653, hereinafter: the "PIC Act".

¹⁶ Consolidated text: Dz.U. z 2018 r. poz. 1919, hereinafter: the "Act on Passport Documents".

¹⁷ Consolidated text: Dz.U. z 2019 r. poz. 1397, hereinafter: the "Act on Registration of Population Records".

¹⁸ For example, pursuant to Article 3 of the Act on Passport Documents, every Polish citizen has the right to be issued a passport, and deprivation or limitation of this right may occur only in cases provided for in the statutory law. Pursuant to Article 39(1) of the Act on Passport Documents, refusal to issue a passport takes the form of an administrative decision. Needless to say, the issue of a passport is the subject of neither the proceedings for the transfer by transcription of a foreign birth record nor the operation of vital statistics offices in Poland.

a background role, in particular for the understanding of filiation and the civil status of maternity and paternity. First, however, a few orderly remarks from an international perspective need to be made.

3.1. 1989 UN Convention on the Rights of the Child

Article 7 of the 1989 UN Convention on the Rights of the Child¹⁹ explicitly provides for the child's right to know his or her parents, by whom the States Parties to the Convention certainly did not mean persons of the same sex (that is to say, the States Parties did not express their consent for this understanding of the Convention when deciding to sign it)²⁰. According to Article 8 of the said Convention, where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity²¹.

3.2. Case law of the European Court of Human Rights

On the other hand, the European Court of Human Rights (ECtHR), whose decisions were invoked in the course of the proceedings, albeit not always in actual relevance to the subject of the resolution in question, has not yet had the opportunity to deal with an identical issue. So far, the ECtHR did not examine any procedural requirements of evidence (including the need to produce national vital records by "replication" of the content of child registration in another country on the basis of a foreign law) to resolve a specific administrative case of a child. It is particularly noteworthy that in the judgement of 24 January 2007 in the case of *Paradiso and Campanelli v. Italy*²², the Grand Chamber of the ECtHR refined its earlier deliberations on custody over a child and not on filiation or child registration. Furthermore, the Court found no violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights²³ with regard to a child who was not genetically tied to his or her current custodian, a surrogate mother. In the opinion delivered by ECtHR on 10 April 2019²⁴, the Court explicitly stated that "the child's right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the ECHR does not require such recognition [of any legal ties between the child and the spouses who

¹⁹ Convention on the Rights of the Child adopted by UN General Assembly on 20 November 1989 (Dz.U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.), hereinafter: the "Convention".

²⁰ „1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.”.

²¹ Such a deprivation of identity may be understood to mean the general omission of the fact of family ties (i.e., from whom the child may in general descend in nature) from the birth certificate issued in some countries.

²² Application No. 25358/12, HUDOC. For more see: C. Martinez de Aguirre, *International Surrogacy Arrangements: A Global "Handmaid's Tale"?* [in:] *Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood. Global Perspective*, P. Mostowik (ed.), Warszawa 2019, p. 451.

²³ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), hereinafter: the "ECHR".

²⁴ Advisory Opinion of 10 April 2019 concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother requested by the French Court of Cassation (Request No. P16–2018–001). See: O. Bobrzyńska, *Surrogate motherhood: current trends and the comparative perspective* [in:] *Fundamental legal problems...*, p. 645.

acquired the child – P.M.] to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad”. This absence of obligation to accept the content of a foreign vital record is all the more applicable to circumstances where there exist more far-reaching differences between legal systems, i.e. an additional discrepancy (apart from the issue of the commercial aspect to surrogacy) in the fact that the foreign law takes a radically different approach to the legal origin of the child (i.e. the legal fiction of origin from two persons of the same sex). In none of its judgments has the Strasbourg Court mentioned that the national system of vital records registration should be modified to ‘import’ into it the contents of documents issued abroad, including those based on a utterly different foreign law. It remains an open question whether, if the Court were to deal with cases similar to the one examined by the Polish administrative courts, would it not rather focus on whether the child has indeed descended from a citizen of the respondent State as well as on that the availing of the legal consequences of this fact should not be overly impeded (which does not mean that they should not be impeded at all). As far as the latter is concerned, it suffices, as the NSA Court has pointed out in the statement of reasons for its resolution, to do away with the requirement to rely on a birth certificate transcribed in Poland as probative evidence in favour of the freedom to present other probative evidence (such as a foreign vital record, directly, without the need to transcribe it in accordance with Article 1138 of the Code of Civil Procedure²⁵).

3.3. Law of the European Union law and referral for a preliminary ruling by the CJEU

The European Union has competence neither in substantive family law in general nor filiation in particular²⁶. Article 5 of the Treaty on European Union²⁷ lays down the principle of conferral in the following words: “[t]he Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain the objectives set out therein. Competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States.”²⁸. It is perhaps worthy

²⁵ The Act of 17 November 1964 – the Code of Civil Procedure (Polish title: Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego) (consolidated text: Dz.U. z 2020 r. poz. 1575); hereinafter: the “Code of Civil Procedure”.

²⁶ See: R. Kownacki, *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?* [Interference of the Charter of Fundamental Rights in the Sphere of Implementation of Sensitive Subjects (Euthanasia, Homosexual Unions, Abortion) by Member States. Fearmongering or Real Perspective?], in: *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym* [The Charter of Fundamental Rights in the European and National Legal Orders], A. Wróbel (ed.), Warszawa 2009, pp. 387, 390.

²⁷ Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 ze zm.; consolidated text: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., p. 13.

²⁸ In the statement of reasons for the judgment of 10 May 2016 (III SA/Kr 1400/15, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/431B8D990D>, accessed on: 31 March 2021), the Voivodship Supreme Court (WSA) in Kraków has rightly highlighted that “[g]iven the circumstances of the present case, the plea of infringement of Articles 7 and 21(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2007/C 303/01), the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on 13 December 2007 (Dz.U.2009.203.1569), ratified by the Republic of Poland by virtue of the Act of 1 April 2008 on ratification of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon on 13 December 2007 (Dz. U. nr 62, poz. 388). According to Article 7 of the Charter, everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications. In accordance with Article 21 of the Charter, Any discrimination

of mention that a few years ago the European Commission presented the general idea of recognition of vital records between Member States; however, this idea has been abandoned. EU Member States (including Germany and the Netherlands) called attention to the fact that these issues fall beyond the competence of the Union²⁹. The final wording of the Regulation (EU) 2016/1191³⁰, which applies from 16 February 2019, does not regulate the transborder effects of national vital records registration, and even *expressis verbis* provides that this area remains under the jurisdiction of the national legislation³¹. In light of Article 2(4), the “Regulation does not apply to the recognition in a Member State of legal effects relating to the content of public documents issued by the authorities of another Member State”. With its explicit emphasis that foreign vital records do not have any substantive-law effect in other states, this provision was added following Member States opposition to the European Commission’s initial legislative plans on the grounds of, *inter alia*, lack of EU competence³².

The exclusive relevance of the national law was also highlighted in CJEU’s recent case law, including its *Coman v. Romania* judgment of 5 June 2018³³. In paragraph 37 of the Consideration of the questions referred, the Court stated that “[a]dmittedly, a person’s status [...] is a matter that falls within the competence of the Member States and EU law does not detract from that competence”, while in paragraph 43: “the European Union is required [...] to respect the national identity of the Member States, inherent in their fundamental structures, both political and constitutional”.

What’s important, the Court was of an opinion that the request for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union in the case at hand was not justified. The Supreme Administrative Court (NSA) pointed out in particular that only the potentially negative outcome of separate administrative proceeding on the issuing of an identity card (that is, a decision in an administrative case other

based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited (paragraph 1 of Article 21); furthermore, within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited (paragraph 2 of Article 21). The applicant’s plea is groundless also for the fact that, as set out in the Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights (2007/C 303/02), Article 21(1) only addresses discriminations by the institutions and bodies of the Union themselves, when exercising powers conferred upon them under the Treaties, and by Member States only when they are implementing Union law”.

²⁹ For more see: P. Mostowik, *Legislative Activities of European Union versus Fundamental Principles of Paternity and Maternity in Member States*, “International Journal of the Jurisprudence of the Family” 2017, Vol. 8, pp. 79–94, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3224049 [accessed on: 31 March 2021].

³⁰ Regulation (EU) 2016/1191 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 on promoting the free movement of citizens by simplifying the requirements for presenting certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No. 1024/2012, OJ EU L 200, p. 1).

³¹ The Regulation provides for exemption from legalisation and similar formality and simplification of other formalities applicable to the use of certain public documents issued by the authorities of another EU Member State. It also establishes multilingual standard forms to be used as a translation aid attached to public documents.

³² For more see: P. Mostowik, *Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego* [The Scope of Application of Regulation (EU) 1191/2016 to Foreign Vital Record Registration], „Rodzina i Prawo” 2016, No. 37, p. 97.

³³ CJEU judgment of 5 June 2018 in case C-673/16, *Coman v. Romania*, available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=202542&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PL&cid=301542#Footnote>, 24 January 2020 [accessed on: 31 March 2021].

than the case at hand concerning the issuing of a Polish birth certificate by way of transcription) could possibly be examined from the perspective of its impact on the freedom of movement within the territory of the European Union. This approach deserves to be regarded as legitimate both from the substantive law perspective (the content of European and national laws) as well as formal perspective (the scope of the administrative case and the subject of the proceedings with regard to which the resolution was issued). It is worth adding that the child had its birth certificate issued in another EU Member State; based on it, even without the Polish documents, the child enjoys freedom of movement (and the freedom to visit Poland is a good example thereof).

4. EXPLICATION OF THE MANNER OF DEALING WITH A SPECIFIC ADMINISTRATIVE CASE OF A CHILD

4.1. Context of the resolution wider than a literal reading of its operative part

The Court's deliberations on separate administrative proceedings on detailed administrative matters of a child must be examined in a close connection with the operative part of the resolution (which *prima facie* concerns only the issuing of a national birth certificate). From a practical perspective, these administrative proceedings may be of even greater importance for the applicant than the problem of the scope of national registration and understanding of civil status, as mentioned in the introduction to this paper. The resolution contains guidance on how to moderate the problem that may in some cases arise under Article 104(5) of the VRL Act³⁴; furthermore, the Court has emphasized that in a number of cases the transcription requirement is not laid down in legislative acts. The proceedings directly referred to in the resolution may indeed be subservient to some of the administrative proceedings in the child's case, which are essential from its life's perspective. In the statement of reasons for the resolution, the NSA Court has made an observation right to the point that "the obligatory nature of transcription, on the other hand, raises the probative standards in the administrative proceedings enumerated in Article 104(5) of the VRL Act". The probative standards specified in this provision have been in fact set for proceedings in cases regulated under other legislative acts (i.e. concerning identity cards, passports and the Polish Resident Personal Identification Numbers (PESEL) register).

The resolution also contains a pertinent remark that the "[p]ractical problems emerging in connection with Article 104(5) of the VRL Act lie not in the proceedings concerning the transcription, but in the proceedings on the matters referred to in that provision. The obligatoriness does not affect the scope of application of the general rules of transcription proceedings".

³⁴ This provision literally refers to a citizen of Poland who has a foreign civil status document and vital record confirming earlier events, issued on the territory of the Republic of Poland and who applies, in principle in separate administrative proceedings, for a Polish identity document or for a Polish Resident Personal Identification Numbers (PESEL) number to be assigned to him or her.

4.2. Solution causing that lack of transcription does not hinder the child's case from being dealt with

In the statement of reasons, the Court first mentioned that transcription brings about the issue of a Polish vital record which, in terms of its probative value (Article 3 of the VRL Act), does not differ from a vital record created as a result of registration of a legal event³⁵. It is not possible to enter two women as parents of a child in the Polish register of vital records by transfer of foreign vital records by transcription as it would violate the fundamental principles of Poland's national legal order³⁶. At the same time, the Court expressed a reservation that Article 104(5) of the VRL Act may not be interpreted to mean that the issue of an identity document or assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to a Polish citizen is dependent upon transcription of a foreign vital record by authorities which is impossible purely on account of the fact that the said of foreign birth certificate cannot be transcribed in Poland.

The further reasoning of the Court is of essence for the dealing with such an administrative case (and similar cases) of the child (item 8). It reads as follows: "In the provisions on transcription, the lawmaker has introduced a probative requirement that applies in other proceedings, i.e. in the proceedings for the issue of a passport and Polish Resident Personal Identification Number (PESEL). When interpreting Article 104(5) of the VRL Act, reference should be made to the negative effect of the proceedings on transcription for the proceedings mentioned in this legal provision".

Thus, the Court took notice of the broader context of the case, as signalled in the introduction. The Court pointed out that in the legal regulations on transcription, the lawmaker has introduced probative requirements applicable in other administrative proceedings. What's important, the Court added that the interpretation of Article 104(5) of the VRL Act, referred to in the operative part of the judgement, may not lead to a situation where a Polish citizen is denied the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) or an identity card due to the entry of two women as parents in a birth certificate issued abroad. In such case, according to the approach of the Court, the probative value of foreign public documents should be recognized as being on par with Polish public documents under Article 1138 of the (Polish) Code of Civil Procedure.

4.3. Using a foreign document as evidence in administrative proceedings concerning a child

In the statement of reasons for its resolution, the NSA Court also found that the challenged provisions of the VRL Act do not affect the principle derived from Article 1138 of the (Polish) Code of Civil Procedure and endorsed in the resolution of the

³⁵ See: J. Dobkowski, *Preponderancja aktów stanu cywilnego* [Preponderance of Vital Records], „Metryka” 2011, No. 2, p. 15; G. Jedrejek, *Dowód z aktu stanu cywilnego w postępowaniu cywilnym* [Vital Record as Probative Evidence in Civil Proceedings], „Monitor Prawniczy” 2012, No. 16, p. 3.

³⁶ The Court noted that it is only the mother and the father that may be the parents of a child under the Polish law. The Polish law is applicable in this case pursuant to Article 55(1) of the PIL Act.

Supreme Court (hereinafter, the SN Court)³⁷ to the effect that the probative value of foreign public documents is on par with Polish public documents. In practice this means that a birth certificate issued abroad constitutes the exclusive evidence of the legal events entered in it, even if it has not been registered in Polish vital (birth) records.

To conclude the deliberations on the topic discussed in this paper, the Court explicitly stated that: “[t]he complainant is a Polish citizen. Based on Article 34 para. 1 of the Constitution³⁸, her son acquired Polish citizenship by operation of law. The absence of transcribed vital record is not an obstacle to confirmation of having obtained the citizenship of Poland. The presented [...] birth certificate, even lacking its transcription, constitutes the exclusive evidence of the legal events entered in it (Resolution of the Supreme Court of 20 November 2012, case file no. III CZP 58/12). The complainant’s child may therefore rely on this vital (birth) record in administrative and court proceedings and exercise rights which require the presentation of a vital (birth) record, even if it has not been transcribed”.

4.4. Separate character of proceedings in administrative matters of the child

In the statement of reasons the Court also mentioned that: “every citizen has the right to obtain an identity card, which is at the same time a document that confirms his or her identity and Polish citizenship (Article 4 of the Identity Cards Act). Pursuant to Article 32(2) of the Identity Cards Act, the issue of an identity card may be denied by an administrative decision, which at the same time implies a potential judicial control of both such a decision as well as idleness of the respective authorities, should the application for the issue of an identity card remain unprocessed”.

The process of assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) has also been explicated. The Supreme Administrative Court ruled that “the authority which issues the Polish identity document applies *ex officio* for the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to be assigned, providing the particulars specified in the statutory law to the minister in charge of information technology and the said minister assigns the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) as a substantive and technical matter (Article 16(4), Article 17(1).3 and Article 17(2) of the Act on Registration of Population Records). The assignment of the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) has not been correlated with the obligation to transfer (transcribe) a foreign birth certificate since according to Article 8(8) of the said Act, only the data concerning the birth record and the vital (birth) records office where it was issued is entered into the register; therefore, there are no obstacles to entering the data from a vital (birth) record issued abroad. The Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) is assigned also upon request of the head of the vital statistics office that registered the birth (Article 20(1) of the VRL Act). If the refusal of transcription is based on reasonable grounds, as in the case at hand [...], then in view of public authorities’ duty to act in the best interests of the child, the head of the vital statistics office

³⁷ Resolution of the Supreme Court (SN) of 20 November 2012, III CZP 58/12, OSNC 2013/5, item 55.

³⁸ Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (Polish title: Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

should at the same time request the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to be assigned to the child, since it is the head of the vital statistics office that was entrusted by the lawmaker with the powers to apply for the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to be assigned in connection with the child's registration and issue of the child's Polish birth record".

It has also been noted in the statement of reasons for the abovementioned resolution that pursuant to Article 24(1)(1) of the Act on Passport Documents, a consul may issue a temporary passport to a minor Polish citizen born abroad without the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) in the passport. The Act on Passport Documents does not envisage an obligation to transcribe a child's birth record.

4.5. Partially "forgotten" explanatory memorandum to the Vital Records Act of 2011

Many of the issues discussed in this paper have already been noted in the explanatory memorandum to the Vital Records Act of 2011. It has been overlooked in much of the jurisprudence and legal scholars' writings to date, though it does shed light on the intent of the Polish lawmakers³⁹. In the explanatory memorandum it has been highlighted that "[i]ndisputably, the probative value of foreign vital (birth) records does not depend on their registration in the Polish vital records registration system, while the possession of such a document is a sufficient proof of birth [...]. However, vital (birth) records issued abroad often do not contain all the particulars of the a person that are required under the Polish law [...] or the spelling of proper names therein is different from those in an earlier Polish vital record [...], or they do not contain Polish diacritics. These deficiencies must be remedied and the data rectified, otherwise, under the Polish law, it is not possible to assign a Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) or issue an identity card. [...] The simplest path to remedy the deficiencies of foreign vital (birth) records is, depending on their type, to file an application or to make a statement before the head of the vital statistics office in connection with the transcription of a foreign vital record⁴⁰. These comments of the lawmakers apply to all juridical and administrative proceedings conducted on the territory of Poland, including cases concerning the identity card or assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL), which Polish administrative courts have recently been dealing with.

The explanatory memorandum also contains the observation that "vital (birth) records issued abroad often do not contain all the particulars of the a person that are required under the Polish law [...] or the spelling of proper names therein is different from those in an earlier Polish vital record [...], or they do not contain Polish diacritics. These deficiencies must be remedied and the data rectified, otherwise, under the Polish law, it is not possible to assign a Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) or issue an identity card". By way of conclusion, it

³⁹ See: the government bill of the Vital Records Law, bill No. 2620 (Polish title: Rządowy projekt ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, druk sejmowy nr 2620, Sejm VII kadencji), p. 48, available at: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620>, 24.01.2020 r. [accessed on: 31 March 2021].

⁴⁰ Available at: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2620> [accessed on: 31 March 2021].

was stated that “[t]he simplest path to remedy the deficiencies of foreign vital (birth) records is, depending on their type, to file an application or to make a statement before the head of the vital statistics office in connection with the transcription of a foreign vital record”. Thus, the need for transcription and issue of a national birth record (and, hence, the need to initiate such proceedings) was perceived not as a value in itself, but as a remedy for the problems that may occur when using foreign documents (such as the child’s birth record) for probative purposes. In no case should the legislative solution, relating to the discussed resolution of the NSA Court, be treated as a departure from the underlying principle accepted by the VRL Act legislators, that is to be able to confirm the birth (also including the particulars of the mother or father) based on a vital record issued abroad, i.e. without the need of its transfer (transcription) into a Polish register.

Furthermore, another conclusion that can be derived from the explanatory memorandum is that the legislative solution necessitating the conduct of separate proceedings for the purpose of foreign vital record transcription is quite rare across Europe⁴¹.

5. NOTE ON THE APPROACH TO THE UNDERSTANDING OF THE BIRTH STATUS OF THE CHILD AS COMPARED TO THE STATUS BASED ON CONTRACT OF SURROGATE MOTHERHOOD

On the margin, the discussed issue may in practice be related to a separate legal problem of recognition of the legal status of a child born to surrogate mother based on contract of surrogate motherhood. Those contracts may, in fact, be executed also with same-sex male couples who will then have the child registered abroad, with their particulars entered as parents in the foreign birth certificate. Some of the European political institutions and social organizations⁴² have recently expressed their disapproval of surrogate motherhood practices resulting in the issue of foreign documents that might not be recognized in other countries (such as Poland). For example, in its Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union’s policy on the matter, the EU Parliament was strongly critical of the practice of the so-called surrogate motherhood. Paragraph 114 of the report condemns “the practice of surrogacy, which undermines the human dignity of the woman since her body and its reproductive functions are used as a commodity.”⁴³ Attention may be drawn here to the 2019 judgement of the

⁴¹ It was noted, admittedly, that “Poland will not be the only country in Europe where transcription of a foreign vital record is obligatory” (para. 51), but further on it is mentioned that obligatory transcription has been introduced, *inter alia*, in Switzerland and Slovakia. This implies that transcription is either not obligatory in other legal systems, but discretionary (as in Poland before the VRL Act came into force) or there is no such procedure and the probative procedure in detailed administrative proceedings is based on foreign documents.

⁴² In recent time European feminist social organisations have expressed their far-reaching criticism of the idea that emerged within the frame of the Hague Conference on Private International Law to develop an international agreement recognizing the foreign legal status of parents (filiation) acquired abroad on the basis of a contract with a surrogate mother. This criticism was based on the thesis that the admissibility of executing such a contract violates woman’s dignity. See: Contribution of Feminist and Human Rights Organizations to the Work of The Hague Conference on Private International Law Regarding Legal Issues Concerning International Surrogacy Conventions (“Parentage/Surrogacyproject”). Comments on Preliminary Document No. 3 B of March 2014 and Preliminary Document No. 3A of February 2015, available at: https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hchc_feminists_english.pdf, 24.01.2020 r. [accessed on: 31 March 2021].

⁴³ See: Report of 30 November 2015 on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union’s policy on the matter, 2015/2229(INI), available at: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_EN.html?redirect, 24.01.2020 r. [accessed on: 31 March 2021].

Federal Court of Justice, Germany's highest court of civil and criminal jurisdiction (*Bundesgerichtshof* – BGH). The Court ruled that a foreign (Ukrainian) birth certificate, the content of which is contrary to the law of the state of where the register is kept, is not subject to transfer by transcription in the said country⁴⁴. The circumstances of the case were similar to the circumstances described above on the grounds of applicability of the family law of the state of the court and the incompatibility between the foreign law and the vital (birth) record with the fundamental principles of the legal order of the *forum*.

6. CLOSING REMARKS

It was not only the operative part (concerning proceedings before the office of vital statistics) of the resolution by 7 judges of the Supreme Administrative Court (NSA) of 2 December 2019, but also – and perhaps above all – the statement of reasons for the said resolution, which related to the dealing with the child's matters in other proceedings, that exerted influence on the Polish normative state. Despite the negative message that might *prima facie* follow from the operative part of the resolution (such as the inadmissibility of birth registration in the country and issuing a national birth certificate with same-sex persons in place of mother and father), the arguments presented in the statement of reasons for this resolution also – and perhaps above all – have numerous positive consequences. The statement of reasons for the resolution contains explicit guidelines that the child's fundamental "life issues", such as the issue of an identity card, may be dealt with a positive effect, all while the *orde public* in terms of the *forum's* filiation law is not violated. Indeed, it is a solution that must be recognized even as being a legal interpretation that could be evaluated as Horace's *aurea mediocritas*.

It seems to have been possible thanks to the finding of the Court that there is no need for a far-reaching probative requirement (i.e. the way of proving maternity or paternity), which admittedly has been described in the VRL Act, but in fact refers to other administrative proceedings regulated under other legislative acts (such as proceedings for issue of an identity card or assigning a Polish Resident Personal Identification Number [PESEL]). A positive administrative decision on an identity card may therefore be issued following the general rules of proof, i.e. without the need for transfer by transcription, but on the basis of a foreign document confirming that the child was born to a Polish citizen. Thus, there is no need for additional proceedings for the issue of a national birth certificate (by transcription), since it is not necessary to prove the substantive legal premises for a positive effect of dealing with administrative matters of the child.

The Court exhaustively addressed the situation of a child under the custody of same-sex couple who had foreign documents (issued under a foreign law). In the statement of reasons the Court explained, among other things, what should be the practical consequences of the resolution, also for facilitating the process of obtaining the child's identity card in separate administrative proceedings in this

See also Council of Europe documents in the annex to the publication in: P. Mostowik (ed.), *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa* [Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood. A National Perspective], Warszawa 2019, p. 787 et seq.

⁴⁴ For more see: E. Figura-Góralczyk, *Uwagi dotyczące orzeczenia Niemieckiego Sądu Związkowego z 20 marca 2019 (BGH XII ZB 530/17)* [Remarks Concerning the Judgement of the Bundesgerichtshof of 20 March 2019 (BGH XII ZB 530/17)] [in:] *Fundamentalne prawne problemy...*, p. 521 et seq.

case (and similar processes, such as assigning the Polish Resident Personal Identification Number [PESEL]). The merits of the resolution become fully apparent after reading its statement of reasons which, together with the operative part, depict the totality of issues which were the subject of administrative and judicial proceedings and which constitute the “life issues” of the child and its custodians. Referring to Anglo-Saxon terminology, the key passages thereof may be regarded not so much as *obiter dicta*, but as an element of the *ratio decidendi* for the adopted resolution and the answer given as regards the related issues under examination.

Postscriptum 1

On 15 April 2021, the Advocate General of the CJEU delivered his Opinion in the Bulgarian Case *V.M.A. v. Stoliczna Obsthina, Rayon Pancharevo* (C-490/20)⁴⁵. Both the opinion and the future judgement of the CJEU will require an in-depth discussion.

Considering the legal problems discussed in the above paper, it is worth noting at this point that a proposal has been put forward in the opinion to recognize the effects of a foreign document and a foreign recognition of the child’s origin in specific administrative proceedings (on the issue of an identity or travel document for the child). On the other hand, a negative outcome of other proceedings (i.e. a refusal to an application for a national vital (birth) record based on a foreign private law) was considered justified. The refusal to “re-register” a foreign vital record may be justified by invoking national identity and fundamental principles of national family law. It would seem that this pertinent distinction between the two categories of cases may be further augmented by arguments based on the private international law and international civil procedure. These legal regulations may in fact provide that, from the perspective of a given state (e.g. Article 55 of the PIL Act), it is the private law of such state (*lex fori*) and not the foreign family law which is the proper jurisdiction to deal with the assessment of the legal filiation of a child (maternity and paternity). Foreign family law may be applied in another state where the case of vital status registration has also arisen on the grounds of the difference in its conflict rules (e.g. taking into account the child’s second citizenship or permanent residency instead of citizenship). This phenomenon is simply the result of differences in private law systems in the world and is not reserved to family matters, but applies to many areas of civil law (e.g. title to property, legal personality, capacity to enter into marriage).

Postscriptum 2

It should also be noted that on 18 May 2021 a judgment in the case of *Valdís Fjölnisdóttir v. Iceland*⁴⁶ was issued by ECtHR. The Court ruled that the refusal to re-register foreign documents of civil status (birth, filiation), in which – contrary

⁴⁵ Press report available at: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-04/cp210062en.pdf> [accessed on: 10 May 2021].

⁴⁶ Application No. 71552/17, HUDOC. For more see: Registrar of the Court, *Refusal to recognise couple as parents of child born via surrogacy not a violation*, ECtHR 152 (2021), 18.05.2021, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7021990-9472889&filename=Judgment%20Vald%C3%ADs%20Fj%C3%B6lnisd%C3%B3ttir%20and%20Others%20v.%20Iceland%20-%20Refusal%20to%20recognise%20couple%20as%20parents%20of%20child%20born%20via%20surrogacy%20not%20a%20violation.pdf> [accessed on: 26 May 2021].

to the fundamental rules of family law of *forum* – persons of the same sex (who had previously concluded a so-called surrogacy agreement) had been registered as the parents of the child, was not a breach of the ECHR legal standards. This ruling was somewhat anticipated in the discussed Resolution given by 7 judges of the Polish Supreme Administrative Court (NSA) at 2 December 2019.

Summary

Piotr Mostowik, *Resolving Administrative Cases Concerning Child Under the Foreign Custody of Same-Sex Persons Without Violating the National Principles on Filiation as the Ratio Decidendi of the Supreme Administrative Court (NSA) Resolution of 2 December 2019*

The paper discusses the ratio decidendi of the resolution of 2 December 2019 of 7 judges of the Supreme Administrative Court (Polish title: Naczelny Sąd Administracyjny) and in particular the arguments presented by the Court in addition to the operative part of the resolution concerning the inadmissibility of issuing a Polish birth certificate with a content that is contrary to the fundamental principles of the national legal order. The author demonstrates the actual law-making impact of this resolution on the Polish normative state and the possibility of dealing with the child's case in other administrative proceedings. The Court has comprehensively addressed the situation of a child under the custody of same-sex couple who has foreign documents (issued under a foreign law). In the statement of reasons the Court explained, among other things, what should be the practical consequences of the resolution, also for facilitating the process of obtaining the child's identity card in separate administrative proceedings in this case (and similar processes, such as assigning the Polish Resident Personal Identification Number [PESEL]). The merits of the resolution become fully apparent after reading its statement of reasons which, together with the operative part, depict the totality of issues which were the subject of administrative and judicial proceedings and which constitute the "life issues" of the child and its custodians. Referring to Anglo-Saxon terminology, the key passages thereof may be regarded not so much as obiter dicta, but as an element of the ratio decidendi for the adopted resolution and the answer given as regards the related issues under examination.

In the statement of reasons, the Court first mentioned that transcription brings about the issue of a Polish vital (birth) record which, in terms of its probative value (Article 3 of the Vital Records Law), does not differ from a vital record created as a result of registration of a legal event. It is not possible to enter two women as parents of a child in the Polish register of vital records by transfer of foreign vital records by transcription as it would violate the fundamental principles of Poland's national legal order. The Court noted that it is only the mother and the father that may be the parents of a child under the Polish law and that the Polish law is applicable in this case pursuant to Article 55(1) of the Private International Law due to the citizenship of the child. At the same time, the Court expressed a reservation that Article 104(5) of the Vital Records Act may not be interpreted to mean that the issue of an identity document or assigning the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) to a Polish citizen is dependent upon transcription of a foreign vital record by authorities which is impossible purely on account of the fact that the said of foreign birth certificate cannot be transcribed in Poland.

The further reasoning of the Court is of essence for the dealing with such an administrative case (and similar cases) of the child (item 8): "In the provisions on transcription, the law-maker has introduced a probative requirement that applies in other proceedings, i.e. in the proceedings for the issue of a passport and Polish Resident Personal Identification Number (PESEL). When interpreting Article 104(5) of the Vital Records Act, reference should be made to the negative effect of the proceedings on transcription for the proceedings mentioned in this legal provision".

Thus, the Court took notice of the broader context of the case and pointed out that in the legal regulations on transcription, the lawmaker has introduced probative requirements applicable in other administrative proceedings. What's important for proceedings other than national registration of civil status, the Court added that the accepted interpretation of Article 104(5) of the Vital Records Act may not lead to a situation where a Polish citizen is denied the Polish Resident Personal Identification Number (PESEL) or an identity card due to the entry of two women as parents in a birth certificate issued abroad. In such case, according to the explicit words of the Court, the proceedings in these specific administrative cases may be finalized by a positive decision. For this purpose, instead of a national birth certificate which cannot be issued, the authorities may recognize the probative value of foreign civil status documents (according to established for over a decade interpretation of Article 1138 of the [Polish] Code of Civil Procedure).

The Court has rightly noted that there is no need for a far-reaching probative requirement (i.e. the way of proving maternity or paternity), which admittedly has been described in the Vital Records Act, but in fact refers to other administrative proceedings regulated under other legislative acts (such as proceedings for issue of an identity card or assigning a Polish Resident Personal Identification Number [PESEL]). A positive administrative decision on an identity card may therefore be issued following the general rules of proof, i.e. without the need for transfer by transcription, but on the basis of a foreign document confirming that the child was born to a Polish citizen. Thus, there is no need for additional proceedings for the issue of a national birth certificate (by transcription), since it is not necessary to prove the substantive legal premises for a positive effect of dealing with administrative matters of the child.

Despite the negative message that might *prima facie* follow from the operative part of the resolution (such as the inadmissibility of birth registration in the country and issuing a national birth certificate with same-sex persons in place of mother and father), the arguments presented in the statement of reasons for this resolution also – and perhaps above all – have numerous positive consequences. The statement of reasons for the resolution contains explicit guidelines that the child's fundamental "life issues", such as the issue of an identity card, may be dealt with a positive effect, all while the *ordre public* in terms of the forum's filiation law is not violated.

In the form of postscripta were mentioned: opinion the Advocate General of the CJEU issued on 15 April 2021 (case C-490/20, *VMA v. Stolichna Obsthina, Rayon Pancharevo*) and the ruling of European Court of Human Rights given on 18 May 2021 (case of *Valdis Fjölfnisdóttir v. Iceland*, application No. 71552/17). Both of them were somewhat anticipated in the discussed Resolution of Polish Supreme Administrative Court (NSA).

Keyword: civil status registration, administrative case, transcription of foreign birth certificate, maternity, paternity, child, public policy clause

Streszczenie

Piotr Mostowik, Załatwianie spraw administracyjnych dziecka pod pieczę osób tej samej płci bez naruszenia krajowych zasad filiacji jako *ratio decidendi* uchwały NSA z 2.12.2019 r.

Opracowanie dotyczy *ratio decidendi* uchwały 7 sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z 2.12.2019 r., w szczególności argumentacji przedstawionej przez Sąd poza jej sentencją dotyczącą niemożności stworzenia polskiego aktu urodzenia o treści sprzecznej z podstawowymi zasadami krajowego porządku prawnego. Autor pokazuje *de facto* jej prawotwórczy wpływ na polski stan normatywny i możliwość załatwienia spraw dziecka w innych postępowaniach administracyjnych. Sąd zajął się sytuacją dziecka pozostającego

pod pieczę osób tej samej płci, które dysponuje zagranicznymi dokumentami (wydanymi na podstawie obcego prawa) w sposób kompleksowy. W uzasadnieniu wyjaśnił m.in., jakie konwencje w praktyce powinna mieć uchwała, w tym dla usprawienia uzyskania przez dziecko dowodu tożsamości w osobnym postępowaniu administracyjnym w tej sprawie (i podobnych, np. uzyskania numeru PESEL). Doniosłość uchwały widoczna jest dopiero po zapoznaniu się z jej uzasadnieniem, którego tezy, łącznie z sentencją, ukazują całość problematyki, która była przedmiotem postępowań administracyjnych i sądowych, i która składa się na „życiową sprawę” dziecka i jego opiekunów. Nawiązując do anglosaskiej terminologii, jego kluczowe fragmenty można traktować nie tyle jako obiter dicta, ile jako element ratio decidendi podjętej uchwały i udzielonej odpowiedzi dotyczącej badanych kwestii powiązanych.

Sąd w uzasadnieniu uchwały wskazał najpierw, że w wyniku transkrypcji powstaje polski akt stanu cywilnego, który pod względem mocy dowodowej (art. 3 Prawa o aktach stanu cywilnego) nie różni się od aktu stanu cywilnego powstałego na podstawie rejestracji zdarzenia prawnego. Wpisanie do polskiego rejestru stanu cywilnego w drodze transkrypcji dwóch kobiet jako rodziców dziecka nie jest możliwe, stanowiłoby bowiem naruszenie podstawowych zasad polskiego porządku prawnego. Sąd zauważył przy tym, że w prawie polskim rodzicami dziecka mogą być bowiem matka i ojciec, a polskie prawo rodzinne jest w sprawie właściwe zgodnie z art. 55 ust. 1 Prawa prywatnego międzynarodowego z uwagi na obywatelstwo dziecka. Jednocześnie zastrzegł, że wykładnia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może prowadzić do uzależnienia uzyskania przez obywatela polskiego dowodu tożsamości albo numeru PESEL od dokonania przez organ transkrypcji, która nie jest możliwa tylko z tego powodu, iż zagraniczny akt urodzenia nie może zostać transkrybowany w Polsce. Istotne znaczenie dla załatwienia takiej sprawy administracyjnej dziecka (i spraw podobnych) ma dalsze rozumowanie Sądu (pkt 8): „Ustawodawca w przepisach dotyczących transkrypcji wprowadził wymagania dowodowe obowiązujące w innych postępowaniach: w sprawach o wydanie paszportu i nadanie numeru PESEL. Dokonując wykładni art. 104 ust. 5 p.a.s.c. należy odnieść się do skutków negatywnego wyniku postępowania w przedmiocie transkrypcji dla postępowań wymienionych w tym przepisie”.

Sąd zauważył szerszy kontekst sprawy i podkreślił nie tylko, że ustawodawca w przepisach dotyczących transkrypcji wprowadził wymagania dowodowe obowiązujące w innych postępowaniach administracyjnych. Dodał – co jest istotne dla innych postępowań niż krajowa rejestracja stanu cywilnego – że przyjęta wykładnia art. 104 ust. 5 p.a.s.c. nie może prowadzić jednak do sytuacji, w której polski obywatel nie będzie mógł uzyskać numeru PESEL lub dowodu tożsamości z powodu wpisania w jego zagranicznym akcie urodzenia dwóch kobiet jako rodziców. Sąd wyraźnie wskazał, że można postępowania w tych szczególnych sprawach administracyjnych zakończyć decyzją pozytywną. W tym celu organ zamiast – niemożliwego do wytworzenia – krajowego aktu urodzenia, może uwzględnić moc dowodową zagranicznych dokumentów stanu cywilnego (zgodnie z utrwaloną od dekady wykładnią art. 1138 Kodeksu postępowania cywilnego).

Sąd celnie zauważył, że nie jest konieczne daleko idące wymagania dowodowe (tj. sposób wykazania macierzyństwa lub ojcostwa), które zostało – co prawda – opisane w ustawie – Prawo o aktach stanu cywilnego, ale de facto odnosi się do toku innych postępowań administracyjnych, regulowanych w innych ustawach (np. o wydanie dowodu osobistego lub nadanie numeru PESEL). Pozytywna decyzja administracyjna w sprawie dowodu osobistego może więc zostać wydana zgodnie z ogólnymi regułami postępowania dowodowego, czyli bez konieczności transkrypcji, a w oparciu na zagranicznym dokumencie poświadczającym, że dziecko pochodzi od polskiego obywatela. Nie ma więc konieczności prowadzenia dodatkowego postępowania w celu wytworzenia krajowego aktu urodzenia (transkrypcji), ponieważ nie jest on konieczny dla udowodnienia materialnoprawnych przesłanek pozytywnego załatwienia zasadniczych spraw administracyjnych dziecka.

Wbrew negatywnemu komunikatowi, który mógłby prima facie płynąć z samej sentencji uchwały (tj. brak możliwości stworzenia krajowego aktu urodzenia, w którym zamiast matki i ojca wpisane byłyby osoby tej samej płci), argumenty przedstawione w uzasadnieniu

uchwały rodzą też, a nawet – przede wszystkim – liczne konsekwencje pozytywne. W jej uzasadnieniu znajdują się bowiem wyraźne wytyczne określające, że pozytywnie może zostać załatwiona zasadnicza „życiowa sprawa” dziecka, tj. wydanie dowodu osobistego, przy jednoczesnym nienaruszaniu orde public w zakresie prawa filiacyjnego forum. W formie postscriptów zostały wzmiankowane: opinia Rzecznika Generalnego TSUE wydana 15.04.2021 r. (sprawa C-490/20, VMA v. Stoliczna Obsthina, Rayon Pancharevo) oraz orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 18.05.2021 r. (sprawa Valdís Fjöl-nisdóttir v. Islandii, skarga nr 71552/17). Zostały one niejako antycypowane w omawianej uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Słowa kluczowe: rejestracja stanu cywilnego, sprawa administracyjna, transkrypcja zagranicznego aktu urodzenia, macierzyństwo, ojcostwo, dziecko, klauzula porządku publicznego

References:

1. Bobrzyńska O., *Surrogate motherhood: current trends and the comparative Perspective* [in:] *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, P. Mostowik (ed.), Warszawa 2019.
2. Czajkowska A., *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem* [Law on Vital Records with Commentary], Warszawa 2015.
3. Dobkowski J., *Preponderancja aktów stanu cywilnego* [Preponderance of Vital Records], Metryka 2011, No. 2.
4. Figura-Góralczyk E., *Uwagi dotyczące orzeczenia Niemieckiego Sądu Związkowego z 20 marca 2019 (BGH XII ZB 530/17)* [Remarks Concerning the Judgment of the Bundesgerichtshof of 20 March 2019 (BGH XII ZB 530/17)] [in:] *Fundamentalne prawne problemy surrogate motherhood. Perspektywa krajowa* [Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood. A National Perspective], P. Mostowik (ed.), Warszawa 2019.
5. Gajda J., *Kilka uwag na temat problematycznych rozstrzygnięć sądów administracyjnych dotyczących transkrypcji zagranicznych aktów urodzenia* [A Few Remarks on Problematic Decisions of Administrative Courts Concerning the Transcription of Foreign Birth Certificates] [in:] *Ustroje – prawa człowieka – bezpieczeństwo – integracja europejska. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin profesora Jerzego Jaskierni* [Political Systems – Human Rights – Security – European Integration. Jubilee Book on Professor Jerzy Jaskierni's 70th Birthday], R.M. Czarny, Ł. Baratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak (eds.), Toruń 2020.
6. Jędrejek G., *Dowód z aktu stanu cywilnego w postępowaniu cywilnym* [Vital Record as Probative Evidence in Civil Proceedings], Monitor Prawniczy 2012, No. 16.
7. Kasprzyk P. (ed.), *Podręcznik urzędnika stanu cywilnego* [Civil Vital Registration Handbook], Vol. 2, *Obrót prawny w zagranicą w zakresie rejestracji stanu cywilnego* [International Relations as Regards Civil Vital Registration], Lublin 2019.
8. Kownacki R., *Ingerencja Karty Praw Podstawowych w zakres realizacji przez państwa członkowskie tematów sensytywnych (eutanazja, związki homoseksualne, aborcja) – propagandowy straszak czy realna perspektywa?* [Interference of the Charter of Fundamental Rights in the Sphere of Implementation of Sensitive Subjects (Euthanasia, Homosexual Unions, Abortion) by Member States. Fearmongering or Real Perspective?] [in:] *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym* [The Charter of Fundamental Rights in the European and National Legal Orders], A. Wróbel (ed.), Warszawa 2009.
9. Martinez de Aguirre C., *International surrogacy arrangements: a global “Handmaid’s Tale”?* [in:] *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, P. Mostowik (ed.), Warszawa 2019.
10. Mostowik P., *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 października 2018 r., II OSK 2552/16* [Comments on the NSA Court Judgment of 10 October 2018, II OSK 2552/16], Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2019, No. 4.

11. Mostowik P., *Kwestia zakresu zastosowania rozporządzenia UE nr 1191/2016 do zagranicznej rejestracji stanu cywilnego* [The Scope of Application of Regulation (EU) 1191/2016 to Foreign Vital Record Registration], „Rodzina i Prawo” 2016, No 37.
12. Mostowik P., *Legislative Activities of European Union versus Fundamental Principles of Paternity and Maternity in Member States*, International Journal of the Jurisprudence of the Family 2017, Vol. 8.
13. Mostowik P., *O żądaniach wpisu w polskim rejestrze stanu cywilnego zagranicznej fikcji prawnej pochodzenia dziecka od rodziców jedнопłciowych* [On Demands for Entry into Polish Birth Records of Foreign Legal Fiction of a Child's Origin from 'Same-Sex Parents'], Forum Prawnicze 2019, No. 6, available at: <https://forumprawnicze.eu/attachments/article/368/Mostowik.pdf>
14. Mostowik P., *Pochodzenie dziecka oraz odpowiedzialność rodzicielska* [Descent of a Child and Parental Responsibility] [in:] System Prawa Prywatnego [System of Private Law], Vol. 20c, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private International Law], M. Pazdan (ed.), Warszawa 2015.
15. Mostowik P., *Problem obywatelstwa dziecka prawdopodobnie pochodzącego od obywatela polskiego niebędącego mężem surrogate mother. Uwagi aprobowane wyroki NSA z 6 maja 2015 r. (II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13)* [The Problem of Citizenship of a Child Probably Descended from a Polish Citizen who is not the Spouse of the Surrogate Mother. Comments in Approval of the Judgments of the NSA Court of 6 May 2015 (II OSK 2372/13 and II OSK 2419/13)], Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2018, Vol. XVI.
16. Pilich M., *Mater semper certa est? Kilka uwag o skutkach zagranicznego macierzyństwa zastępczego z perspektywy stosowania klauzuli porządku publicznego* [Mater semper certa est? A Few Comments on the Effects of Foreign Surrogacy from the Perspective of the Application of the Public Policy Clause], Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2018, Vol. XVI.
17. Sadowski P., *Gloss on the judgment of the Polish Supreme Administrative Court of 10 October 2018, II OSK 2552/16, Ius Novum 2020, No. 1.*
18. Wojewoda M. [in:] System prawa prywatnego [System of Private Law], Vol. 20c, *Prawo prywatne międzynarodowe* [Private International Law], M. Pazdan (ed.), Warszawa 2015.
19. Wojewoda M., *Transkrypcja zagranicznego dokumentu stanu cywilnego – kilka uwag na temat ewolucji konstrukcji w prawie polskim* [Transcription of a Foreign Vital Record. A Few Remarks on the Evolution of the Concept in the Polish Law], Metryka 2016, No. 2.
20. Wojewoda M., *Zagraniczne rodzicielstwo osób jednej płci a rejestracja stanu cywilnego w Polsce. Glosa do uchwały NSA z dnia 2 grudnia 2019 r., II OPS 1/19* [Foreign Same-Sex Parentage and Vital Statistics Registration in Poland. Comments to the Resolution of the NSA Court of 2 December 2019, II OPS 1/19], Europejski Przegląd Sądowy 2020, No. 8.
21. Wypych P., *Charakter prawny transkrypcji aktu stanu cywilnego sporządzonego za granicą* [Legal Nature of the Transcription of a Vital Record Issued Abroad], Kwartalnik Prawa Prywatnego 2003, No. 1.
22. Wysocka-Bar A., *Nabycie polskiego obywatelstwa a urodzenie przez matkę zastępczą. Uwagi na tle wyroków Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 maja 2015 r.: II OSK 2372/13 oraz II OSK 2419/13* [Acquisition of Polish Citizenship in the Light of Birth by a Surrogate Mother. Comments on the Judgments of the Supreme Administrative Court dated 6 May 2015: II OSK 2372/13 and II OSK 2419/13], Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 2018, Vol. XVI.

Doc. JUDr. Ondřej Frinta, Ph.D., JUDr. Dita Frintová,
Ph.D., Doc. JUDr. et PhDr. David Elischer, Ph.D.¹

Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic.

Part Three: Practical, Ethical, Procedural, and Comparative Perspectives and Current Proposals of Legislative Solutions^{*2}

1. THE RIGHT OF A CHILD CLAIM COMPENSATION FOR LOSS FROM PARENTS FROM A PRACTICAL AND ETHICAL PERSPECTIVE

It was stated in the previous parts of this paper that if the parents know about the child's debt and fail to act with due managerial care, the duty to compensate the child for the loss incurred is incident upon them (see above for interpretation of Article 896 et seq. of the Civil Code³). We must add that if the parents have and discharge parental responsibility, they are the legal representatives of the child. Under Article 646 CC, if a relationship exists between a minor and his/her legal representative (as well as between a tutor and the person under tutorship and between a curator and the person under curatorship), the limitation period does not commence or, if it has commenced, it is suspended (i.e. it cannot expire) while the given relationship continues. To put it simply, the majority of minors acquire full legal capacity upon reaching majority, i.e. when they turn 18. Upon the minor's acquiring full legal capacity, the parental responsibility (Article 858 CC), tutorship (Article 935 CC) or curatorship (Article 935 CC in conjunction with Article 944 CC), as the case may be, ceases. When the child acquires full legal capacity, the parents (tutor or curator) transfer to him/her the assets and liabilities they have

^{*} The manuscript was submitted by the authors on: data 16 March 2020; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 30 April 2020.

¹ The authors are members of the Department of Civil Law, Law Faculty, Charles University in Prague, Czech Republic.

² See parts I and II of the series: O. Frinta, D. Frintová, D. Elischer, *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part One: General Findings and Particular Types of Debts*, "Prawo w Działaniu" 2020, No. 42, pp. 111–135; O. Frinta, D. Frintová, *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Two: Specific Aspects of Debts of Children Arising from Contracts for Transportation of Persons*, "Prawo w Działaniu" 2020, No. 44, pp. 137–160.

³ Act No. 89/2012 Sb., hereinafter: "CC".

administered and provide the child with an itemized account of their administration of the child's assets and liabilities without undue delay, and no later than within six months from the day when the child acquired full legal capacity. The itemized account is not necessary if the child does not request it (Article 902(1) CC). Assuming that the child finds out from his/her parents about the debt resulting from past fare-dodging when taking over his/her assets and liabilities from the parents' administration, at this point the limitation period commences for potential compensation for loss by the parents if the child is of the opinion that the parents failed to act with due managerial care. The limitation period for the right to compensation for loss or injury is ten years, and for damage caused intentionally it is 15 years (Article 636 CC). Therefore, the child should have sufficient time to seeking compensation for loss caused by the parents as a result of a breach of their duty of managerial care.

The above consideration is truly theoretical and must be substantially adjusted to reflect real life or the reality of family relationships. The theoretical construction is based on the assumption that the parents knew about the debt owed by the child and that they would inform the child of the debt when transferring the assets and liabilities to him/her. However, the previous parts of the paper demonstrated that in a family functioning in a standard manner the situation involving the child's debt for riding without a valid ticket does not remain unresolved for several years until the child reaches majority. The cases that attract the attention of the media (and, therefore, are also the principal subject of this paper) involve families or family relationships that are dysfunctional for a variety of reasons. Such families tend to change the place of residence often, and the children often live for extended periods of time with their grandparents or other relatives (without an official change of the child's permanent residence), or in children's care homes, etc. It is quite likely that the parents will not be aware of the fact that the child was caught riding without a ticket (the formal requests for payment from the carrier are delivered to old addresses). Clearly, if the parents do not know about the debt of the child, they cannot be deemed in breach of their duty of managerial care.

In families susceptible to various dysfunctions (as indicated above), the parents often show a lack of interest in managing the affairs of their child properly. Such parents may take over the formal request for payment from the carrier, but when they find out about the debt incurred by the child, they do not respond to the request as the child, from their perspective, is indigent, and should not be expected to pay anything. The parents either do not foresee that the debt will not disappear or that it will even start increasing or are not interested in it. For example, A. Vlachová speaks about this quite openly based on her practical experience: "The main reason for children's debts are always the parents⁴. Children become debtors when they are misfortunate in being born to parents who do not take proper care of them. This is a common feature of all child debtors. In a family that functions normally, children do not incur debts, and if so, for example due to fare dodging, the parents pay the debt of the child and the child does not become a debtor subject to enforcement proceedings. On the other hand, if the child comes from a family where the parents

⁴ Authors' note: *nota bene* (!).

do not act the way they should and they fail to duly discharge their duty to maintain and support the child, then such children become debtors.”⁵ If the parents do not exercise their parental responsibility or discharge the duty to maintain and support duly, they cannot be expected to inform the child of the debt following the procedure set out in Article 902 CC described above even if they knew about the debt. Therefore, the child does not usually find out about the debt from his/her parents upon attaining majority (or earlier), the child usually finds out later, typically when he/she is served a document from an enforcement agent or when he/she starts earning money and a portion of the wages is garnished by the employer due to the enforcement proceedings which were commenced a long time ago.

Above all, when the child (now an adult) finds out that he/she is supposed to repay a debt which has arisen and increased considerably, partly due to dysfunctional parents and partly because of the disregard for his/her right to a fair trial (for a general discussion, see below), where as a child he/she was unable to influence any of these negative factors, we consider it rather problematic to advise such a person to seek compensation from his/her parents. The parents are clearly unlikely to provide such compensation voluntarily. From a purely financial point of view the way the now adult child thinks about the course of action (whether to seek compensation from parents in court or not) will necessarily be influenced by the image of the parents' financial situation. We can guess the situation is below average, if not downright poverty. Again, from a purely financial perspective, the question necessarily arises as to whether it makes sense to make a claim against one's parents. From this perspective we find it purely *passing the buck* to advise the child to file a claim against his/her parents with an uncertain result, or rather a result which is easily foreseeable if the root cause of the issue is the inability of the state to guarantee a fair trial to the child, including protection of the child's procedural rights in a manner adequate to his/her age (see below).

It was necessary to mention the financial perspective, however we do not consider financial situation to be the principal reason that makes the solution of claiming compensation for loss from parents rather contentious. Family relationships (any relationships indeed) must always be considered also from the *ethical* point of view. And we must ask: is it possible to consider it ethical to advise a child to sue his/her parents?⁶ Whatever the relationships within the family, it is fair to assume that there was an elementary bond between the child and the parents. The fact that one of the root causes of this issue is the state's inability to guarantee a fair trial for the child makes this question even more acute. If this procedure (suing the parents) was the only assistance offered by the state to “child debtors” we consider it not only *purely buck-passing* but also *completely unethical*, offending common human feelings (Article 2 CC). This is not to say that the right of the child to claim compensation

⁵ A. Skoupá, *Stát by měl dětem pomáhat, ne z nich dělat dlužníky, říká advokátka Vlachová* [The State Should Help Children Rather Than Make Them Debtors, Says Attorney Vlachová], Aktuálně.cz [online], 23 September 2018, available at: <https://zpravy.aktualne.cz/domaci/stat-by-mel-detem-pomahat-ne-z-nich-delat-dluzniky-rika-advo/r~8b8a9bf8bd9e11e8b5b20cc47ab5f122/> [accessed on: 27 June 2019].

⁶ Even though this principle cannot be interpreted word for word, we should remember: “*Parentes naturales in ius vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia*”, which translates as “Nobody may sue natural ancestors; all ancestors deserve the same respect.” D 2, 4, 6, Paulus 1 sent. Quoted from M. Skřejpek (ed.) *Digesta seu Pandectae/Digesta neboli Pandekty* [Digesta or Pandectae] Tomus I. Liber I–XV. *Fragmetna selecta*, 1st ed. Prague 2015, pp. 238–239.

for loss from his/her parents under Article 896 CC should not be regulated at all. Of course, there may be situations when in the relationship between the parents and the child the only solution left will be for the child to claim compensation from parents who did not administer his/her assets and liabilities properly⁷, however, we must remember that: “The reach of the law is always limited and in this field⁸ the impact of the law may be fatal. [...] If it is necessary that the law decides a litigation between a husband and wife, between parents and children, it is unfortunate if not a complete failure. If something can prove how much we lack in moral perfection, it is certainly the fact that law has to deal with the issues of family life.”⁹

For all the reasons mentioned above we cannot consider the procedure defined in Article 896 et seq. CC as an acceptable solution to the situation of “child debtors”, all the less so if it were to be the only possible solution. Therefore, we conclude that the issue must be resolved using other means.

2. PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE CHILD IN CIVIL PROCEEDINGS

It was indicated above that in case of “*child debtors*” with debts arising under transportation contracts, the root cause of the issue – i.e. why the child finds out about the debt too late when it has already increased considerably – is in the insufficient protection of the minor in civil proceedings. The procedural aspects of this issue cannot be overlooked. With the exception of fees for communal waste and debts owed to mobile operators (which are claimed and enforced in a different way) in all the remaining cases (rides without a valid ticket, library fees, regulatory fees in healthcare, rent owed) these aspects constitute a common denominator: if the debtor in all these cases does not pay voluntarily, the creditor must file a claim in a lawsuit. This simultaneously increases the severity of the issue: because if this issue currently emerged in relation to claims for rides without a valid ticket, it cannot be excluded that it might emerge with the same intensity for another type of debt.

And it is necessary to state that owing to the interest sparked by the impact of old debts for rides without a valid ticket, we can see how serious consequences there may be if recurring cases are decided automatically, irrespective of the specific circumstances, in this case in particular irrespective of the fact that the minor child is a party to the litigation.

There is no need to reiterate that a child has a specific position in society. With respect to their physical and mainly mental immaturity it is necessary to provide special protection to children. This is in general expressed on the constitutional level in Article 32(1) of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms¹⁰: “Special protection of children and adolescents is guaranteed.”

⁷ See e.g.: P. Biskup, *Matka rozfofrovala osmiletému synovi statisíce* [Mother Wasted Hundreds of Thousands of her Eight-Year-Old Son's Money], *Novinky.cz* [online], 25 September 2018, available at: <https://www.novinky.cz/krimi/508672-matka-rozfofrovala-osmiletemu-synovi-statisice.html> [accessed on: 28 June 2019].

⁸ Authors' note: i.e. in the field of family law.

⁹ E. Svoboda, *Rodinné právo československé* [Czechoslovak Family Law], 1st ed. Prague, 1935, p. 7.

¹⁰ Resolution No. 2/1993 Sb. of the Presidium of the Czech National Council of 16 December 1992 on Promulgation of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms as an integral part of the Constitutional Order of the Czech Republic.

On the international level, we must mention the United Nations Convention on the Rights of the Child¹¹, which in Article 3(1) requires that in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration. Under Article 3(2) of the Convention it is necessary to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, all appropriate legislative and administrative measures must be taken. And finally, under Article 27(2) of the Convention the parent(s) or others responsible for the child have the primary responsibility to secure, within their abilities and financial capacities, the conditions of living necessary for the child's development. The best interests and well-being¹² of the child are also mentioned in Article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹³. In relation to civil proceedings it is also necessary to point out Article 12 of the Convention, which provides that States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law¹⁴.

If we go through the provisions of the Civil Procedure Code¹⁵, we can see that few have the primary purpose of special protection of minor children. In general, anybody (including a child) may make independent juridical acts before the court (the capacity to be a party to legal proceedings) within the limits of the person's legal capacity (Article 20(1) CPC), where an individual (a natural person) who cannot act before the court independently (i.e. any natural person, including a child) must be represented by a representative or curator (Article 22 CPC). And finally, in the case of persons who do not have full legal capacity (i.e. minors), the presiding judge may decide (whenever the circumstances of the case warrant it) that the natural person who does not have full legal capacity must be represented in the proceedings by a legal representative or curator even if it is a case in which such a person could otherwise act independently (Article 23 CPC). This provision enables the capacity to act before the court to be assessed on an individual basis, irrespective of the degree of legal capacity. The purpose is clear: proceedings before the court are often more demanding and complex than just acting within

¹¹ The Communication of the Federal Ministry of Foreign Affairs No. 104/1991 Sb., on becoming a State Party to the Convention on the Rights of the Child; hereinafter: the "Convention".

¹² On distinguishing these two concepts, see e.g.: D. Melicharová (Frintová), *Postavení nezletilého v civilním právu procesním* [The Status of a Minor in Civil Procedural Law], [in:] M. Malacka (ed.), *Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny* [Proceedings of Monse's Days of Law in Olomouc], 1st ed. Olomouc 2006, p. 274 et seq.

¹³ OJ C 326, 26.10.2012, pp. 391–407.

¹⁴ On this topic see e.g.: D. Melicharová (Frintová), *Specifika výsledku nezletilého v civilním řízení* [Particularities of Examination of a Minor in Civil Proceedings], "Soudce" 2008, No. 7–8, p. 62 et seq.

¹⁵ Act No. 99/1963 Sb., the Civil Procedure Code, hereinafter: "Civil Procedure Code" or "CPC". For the sake of completeness, we must point out that this paper only focuses on the status of the child in trial.

substantive law, so a minor may be capable of acting within substantive law, but he/she may not be able to assert his/her right before the court due to the greater complexity. With respect to the right of the child to be heard in the proceedings, we must mention Article 100(3) CPC, which provides that where a minor child who is capable of forming his/her views is a party to the proceedings the court proceeds so that the opinion of such party on the case is sought. The court obtains the opinion of the minor child by examining him/her. In exceptional cases, the opinion of the child may also be obtained by the court via his/her representative, expert opinion, or a competent body in charge of the social protection of children. The examination of the child may also be carried out by the court without the presence of other persons if it may be expected that their presence could influence the child such that he/she would not express his/her true opinion; the presence of a confidant who is not the legal representative of the child and whose presence during the examination is requested by the child may be excluded by the court only if the presence of the confidant obstructs the purpose of the examination. The court takes the opinion of the child into consideration having regard to the child's age and intellectual maturity.

In the context of the last provision mentioned above it is necessary to mention Article 867 CC. This provision states that before making a decision concerning the interests of the child, the court provides the child with the necessary information so that the child may form his/her opinion and express it. The court pays appropriate attention to the opinion of the child. This provision relates to decisions concerning parental responsibility, but it gives certain guidance as to the age from which it is necessary to involve the child directly (and seek his/her opinion). The threshold of twelve years of age is construed as rebuttable presumption ("a child older than twelve years is presumed to be ..."), and thus in specific cases it is possible to obtain the opinion of the child even below this age limit. If the court establishes that the child is unable to properly understand the information and that he/she is unable to form or communicate his/her opinion, the court informs and examines a person which is capable of protecting the interests of the child, who must be a person whose interests are not in conflict with the interests of the child (Article 867(2) CC).

An analysis of cases of debts arising from rides without a valid ticket and the decision-making practice of courts¹⁶ showed that the rights of minors were not sufficiently (if at all) protected in the proceedings. If the child was represented in the proceedings by his/her legal representative (parent), the latter was precisely either the person whose interests were in conflict with the interests of the child (this was the very person whose fault it was that the child was travelling without a valid ticket) or the person who had remained inactive. It shows that proper representation of the child in the proceedings is of key importance, or rather the choice of the representative is of key importance. Only a representative who discharges his/her role duly is able to at least take over the official documents from the court and react to them appropriately. And only such a representative is also able to make sure that the right of the child to be heard in the proceedings (if the age of the child permits) is actually exercised. Due representation of the child (rather than

¹⁶ See: O. Frinta, D. Frintová: *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Two...*

just formal representation) becomes all the more important because the Civil Procedure Code does not contain any other “checks” apart from the aforementioned Article 100(3) CPC, which, however, did not result in the right of the child to be heard being applied by the courts in the analysed cases.

In this context it is necessary to quote the judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic in case No. I. ÚS 1041/14: “The right of the child to be heard is broader than the mere possibility to express an opinion on the issue under consideration. This right must be interpreted also in the context of the more general right to be present when the case is tried, which constitutes an important guarantee preventing the decisions on the rights of children being made without their presence. Participation of children in the proceedings should grow with the increasing age. Children must be allowed to participate in the proceedings that concern them depending on their age and their intellectual and emotional maturity. It is a continuum where, with the increasing age and intellectual and emotional maturity, the degree of involvement of the child in the proceedings must necessarily grow. The age of 18 cannot represent the limit before which the child is not involved in the proceedings at all and after which he/she is involved fully.”¹⁷

Further, it is also necessary to mention the judgment of the Constitutional Court of the Czech Republic in case No. I. ÚS 3304/13: “also when the court appoints a curator for the child as a party to civil litigation, the court should usually appoint an attorney-at-law to protect the best interests of the child. At the same time, the appointment of a curator does not release the court from the duty to involve the child in the litigation providing this is not contrary to the child’s best interests. The court must enable him/her to participate in the trial and to express his/her opinion on the subject-matter of the case. A restriction on these rights of the child, if any, must always be duly justified with respect to the best interests of the child.”¹⁸

Let us add that in the analysed cases concerning rides without a valid ticket as well as debts incurred due to contracts with mobile operators, it was the legal representatives themselves who caused the debt of the minor child, so the conflict of interest between them and their children is evident: these persons should not represent the child in the proceedings and instead a curator *ad litem* should have been appointed for the child. If the parents, as representatives of the child, failed to act during the proceedings, a curator should have been appointed due to their failure to act. The appointment of a curator in both situations is explicitly required by the Civil Code: “The court appoints a curator for a child if there is a risk of a conflict of interests of the child, on the one hand, and another person, on the other hand, if the legal representative does not protect the interests of the child sufficiently, if it is necessary for other reasons in the best interests of the child, or if it is stipulated by law.”¹⁹

Based on the above and the findings of the analysis of individual types of debts of minors from the perspective of substantive law, we can confirm the conclusion

¹⁷ Available at: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/Publikovane_nalezky/I_US_1041_2014_an.pdf [accessed on: 28 June 2019].

¹⁸ Available at: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/Tiskova_mluvci/I_US_3304_2013.pdf [accessed on: 29 June 2019].

¹⁹ Article 943 CC.

that the root cause of the issue is insufficient protection of the rights of minors in the course of civil litigation, rather than the regulation of legal capacity, or its current conception. Therefore, any possible *lex ferenda* considerations should go in this direction.

3. CURRENTLY PROPOSED LEGISLATIVE SOLUTIONS

As stated in the introduction to this paper, a **private members' bill** was presented to the public first with the stated purpose of resolving the issue of "child debtors" in a uniform manner. However, this bill aroused negative reaction from the experts²⁰. They did not deny that the issue of child debtors should be addressed, but in their opinion the proposed solution seemed completely inappropriate²¹. Due to the negative reaction from experts, this bill is no more considered for adoption.

The second legislative proposal, prepared by the Ministry of Justice of the Czech Republic, took inspiration from foreign (German and Dutch) legal regulations. Two variants of the bill were sent out for comments. The first variant does not propose to modify the current conception of legal capacity and, following the example of the German Civil Code, takes the route of limiting the liability for debts that a minor may incur (see below). The second variant changes the conception of legal capacity of minors to prevent such debts from arising in the first place. To put it briefly, this variant is based on the principle that the basic rule for juridical acts of minors is the requirement of consent of the legal representative, where it is only in explicitly listed cases that such consent is not required. Both variants strive to limit the tortious liability of a minor below the age of 15, while at the same time increasing the liability of the person who neglected proper supervision over the child or parental responsibility. Finally, both variants modify also the Civil Procedure Code so that it is not possible to issue a compulsory payment order, judgment in default, or judgment of recognition (in the case of so-called fiction of claim recognition) against a minor. At the same time, a duty is added to also send the legal documents to older minors when they are represented in the proceedings by legal representatives.

More detailed presentation of this draft bill and consideration of the preference for the first or second variant would require a separate paper. Given that this bill was published in the final phase of writing this paper, the authors did not have enough time and space to cover it in sufficient detail²². This is why we include only a general evaluation: in our opinion further discussion should be held on this proposal, which follows standard foreign regulations, does not contain such issues and imperfections as those described in detail found in the first private members' bill presented, and above all, focuses on strengthening the status of minors in civil proceedings, as this is where the root causes of the "child debtors" issue lie (see above).

²⁰ E.g. we can mention the meeting of the Expert Board for Civil Law of the Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences on 15 April 2019.

²¹ K. Eliáš, *Vychováváme generaci negramotů? [Are We Bringing up a Generation of Illiterates?]*, "Lidové noviny", 20 May 2019, p. 15.

²² At the time of revision of this article before publication, it seems that this bill will be adopted.

And finally, for the sake of completeness, it is also necessary to point out the **Insolvency Act amendment**, which was passed shortly before the completion of the manuscript. It consists in the insertion of a new paragraph 6 in Article 412a of the Insolvency Act²³. Pursuant to this provision, the discharge from debts through compliance with the debt management plan and realization of assets forming part of the debtor's estate is satisfied if it has not been cancelled for a period of three years of the approval of discharge from debts. It must concern claims of unsecured creditors which arose at least in two-thirds of their amount before the debtor reached the age of 18 (for details see the quoted provision). However, we must add that this legal regulation applies only to debtors who are insolvent, so its reach is limited by this factor.

4. SELECTED FOREIGN LEGAL REGULATIONS

The Czech Republic is not the only country struggling to find an adequate way of solving the issue of child debts. It may therefore be useful to become acquainted with selected solutions from abroad, in particular from France, Sweden, and Germany.

In France – like in the Czech Republic – the basic substance of parental rights and duties is legally defined under parental responsibility (*l'autorité parentale*). According to this definition, parental responsibility represents an aggregate of all rights and duties aiming to fulfil the interests of the child. The parents discharge their parental responsibility up to the point when the child reaches the age of majority (or up to the award of (full) legal capacity (*l'émancipation*), if it occurs earlier) to an extent enabling them to sufficiently protect the child's safety, health and moral development, to ensure the child's upbringing and enable his/her development with due respect to his/her personality. The parents involve the child in decisions concerning him/her with respect to his/her age and degree of maturity²⁴.

Parental responsibility includes the legal representation and administration of assets and liabilities of the minor. Both parents, or only one of them, are in charge of the administration. In relation to the liability for debts of the minors a more general principle applied in French civil law is worth mentioning. This is the principle of unity, or indivisibility of assets and liabilities (*l'unicité du patrimoine*), i.e. every natural person has assets and liabilities, which are perceived as a whole. To put it simply, according to this principle, a natural person cannot divide his/her assets and liabilities and set aside part of his/her property (that would then exist separately and independently of the owner), unless this would create a juridical person. This principle is expressed in Article 2284 of the French Civil Code²⁵. It applies also to parents discharging parental responsibility and includes also full liability for debts contracted within the framework of expenses for the household,

²³ The amendment was introduced by Act No. 230/2019 Sb., to amend Act No. 182/2006 Sb., to provide for insolvency and the modes of its resolution (the Insolvency Act).

²⁴ See: Art. 371-1 of the Civil Code: "L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité."

²⁵ "Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir."

including the debts of minor children under the control of their parents. A minor who does not have full legal capacity, cannot make any juridical acts concerning his debts contracted assets and liabilities (he/she only holds the title to property), he/she is fully under parental control. France does not apply the principle of the gradual acquisition of legal capacity. Up to the age of maturity (or emancipation) all assets and liabilities of the minor are subject to the legal regime of administration (*l'administration légale*), which is discharged by legal representatives, or tutors under the supervision of a court. The legal representative acts on account of the minor, i.e. disposes of his/her assets and liabilities. If any kind of fine (monetary sanction) is imposed on the child for a breach of statutory or contractual obligation, it must always *ipso facto* be paid by the legal representatives of the child in connection with the legal administration of the assets and liabilities of the minor. It is a consequence arising directly from the substance of parental control and administration of the assets and liabilities of the minor.

We can use the example of a contractual obligation arising from a transportation contract between a minor and a carrier. In France, a report stating that a tort was committed (a ride without a valid transport document) is addressed directly to the legal representative of the minor, who is given a two-month period to pay the fine. If the person fails to do so, the report is handed over to the relevant prosecuting attorney's office. If the legal representatives cannot pay the fine, the debt does not pass to anybody during their lifetime. Only in exceptional cases is it possible to request the minor, after reaching the age of majority, to pay the debt, but only on the grounds of discharging the children's duty to maintain and support the parents who are unable to earn their living.

Sweden chose a different approach, and since the 1970s it has had a special legal regulation, an act to regulate surcharges (sanctions) in public passenger transport (No. 67/1977)²⁶. In relation to minors it is worthwhile to mention Article 2 of this act, which stipulates that "surcharges (sanctions) must not be imposed if the absence of a valid ticket may be excused due to the passenger's age, illness, lack of knowledge of local conditions or other circumstances". This is an exceptionally generous regulation for passengers. In practice, the provision is applied in Sweden so that the surcharge is never imposed on children up to the age of 15 as a child of this age is considered to have "no legal capacity whatsoever". This has a clear moral context where to the Swedish public it is unethical to collect any sanctions from a child of this age. It is based on a general presumption that a child does not have to be aware of the duty to have a valid transport document. It is necessary to point out that the wording of the act does not explicitly prohibit imposing a sanction, the decisive factor being discretion and ability to excuse the absence of a valid ticket.

As for children between 15 and 18 years, the approach is stricter. A child of this age will be imposed a sanction in case he cannot show a valid transport document during ticket control, but similarly to France, the request for payment of the fine is addressed to the legal representative of the child (rather than to the child). This conclusion applies also when the discretionary sanction would be imposed in rare

²⁶ Available at: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-197767-om-tillaggsavgift-i-kollektiv_sfs-1977-67 [accessed on: 29 June 2019].

cases (see above) on a child up to 15 years of age. The payment of such a sanction again would be the responsibility of the legal representative of the minor, whose name will be mentioned on the report of ticket inspection. In other words, the surcharge – the payment of which is the responsibility of the parents – is perceived as a sanction for undue administration of the assets and liabilities of the child by his/her legal representatives²⁷.

The approach described above must be viewed within the context of the Swedish regulation of parental responsibility, which is implemented by a special law (No. 381/1949)²⁸, which, among others, defines in more detail the relation of the parent to the assets and liabilities of the child of which the parent is the administrator.

In this respect there are three basic rules applicable to the property aspect of parental responsibility (more precisely, the assets and liabilities of the child): (1) A child below the age of 16 has no legal capacity, from the property perspective such child lacks autonomy, i.e. the parent may successfully challenge even a simple purchase of groceries by the child. (2) From 16 to 18 years (when the child acquires full legal capacity) the child may independently (i.e. without the need for consent of the legal representative) manage funds up to €300; on condition that if such disposal of property is challenged by the parent the child must prove his/her own income (e.g. from a holiday job). (3) At the same time the legal representative may not cause a child below the age of 18 to incur debt, or the legal representative may do so (i.e. buy immovable property or make an agreement for a service in the name of the child) only with the consent of the local administrative authority (not the court)²⁹. However, if a service is contracted in the name of the child (e.g. a flat rate mobile tariff), such an obligation is deemed to be a third-party beneficiary contract, where the obligor is the legal representative of the child, who will also have the duty to pay the debts incurred under the contract.

The **Federal Republic of Germany** applies a different approach to the legal capacity of minors. Their legal capacity is limited by the rules contained in Articles 107 to 113 of the German Civil Code³⁰. The key rule is contained in Article 107 BGB, under which a minor must have the consent of his/her representative for every declaration of will by which he/she does not acquire only a legal advantage (benefit). If a minor, despite this rule, enters into a contract which, apart from benefits, imposes also obligations on him/her without the consent of the representative, the effect of such contract depends on whether the representative expresses additional consent (Article 108(1) BGB). A contract entered into by a minor without the

²⁷ Let us add for the sake of completeness that the majority of transportation companies in Sweden stipulate in their internal regulations that sanctions will not be imposed in any of the mentioned categories (neither on children below the age of 15 nor on children between 15 and 18 years); and if any sanctions are imposed, they will not be enforced against the children. The majority of transportation companies in Sweden are public, or state-owned, and the Swedish state apparently has no intention of commencing enforcement proceedings against persons who have crossed “the threshold of adulthood”.

²⁸ Available at: <https://lagen.nu/1949:381#K13R7> [accessed on: 29 June 2019].

²⁹ See: Article 12 of the cited act.

³⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I, S. 42, 2909; 2003 I, S. 738), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I, S. 54) geändert worden ist*. Hereinafter: the “BGB”, available at: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BjNR001950896.html#BJNR001950896BJNG001102377> [accessed on: 29 June 2019].

consent of the legal representative is deemed to be effective from the beginning if the minor discharges the contract using funds the minor received from his/her representative for this purpose or for free disposal, or which the minor received from a third party with such consent (Article 110 BGB). This protects the minor against incurring potential debts.

If we project the above regulation on the field of passenger transport, this regulation prevents the fare surcharge (*erhöhtes Beförderungsentgelt* or *erhöhter Fahrpreis*) from being imposed on minors if they ride without a valid ticket. The fare surcharge currently amounts to €60³¹. The justification is that if a parent provides a ticket or money to buy the ticket, he/she gives consent to the child to use the means of transport duly, not to dodge the fare. If consent to fare dodging was not granted (in practice it is hard to imagine that something like this could be proven by the carrier), an effective contract could not be formed and therefore it is not possible to request a surcharge on top of the fare³². In the Czech Republic the surcharge on top of fare has the character of a penalty imposed by law, which is governed by the regulation of contractual penalty (see Article 2052 CC). In this respect the German surcharge on top of the fare is comparable with the Czech one (see *Strafversprechen für Nichterfüllung* in Article 340 BGB). However, we need to add that if the justification consists in the fact that a minor who dodges the fare is riding without a valid contract, i.e. without a legal title, then the carrier acquires a right to claim unjust enrichment under Article 812 et seq. BGB amounting to the standard fare. We must add that the private law aspects must be viewed in a broader context, mainly of criminal law. In Germany fare dodging actually amounts to a criminal offence of fraudulently obtained performance (*Erschleichen von Leistungen*), punishable by imprisonment of up to one year or by a monetary fine³³, and criminal liability applies to persons who were aged 14 or more at the time of committing the offence³⁴.

Finally, it is necessary to also mention the limited property liability of children, which is provided for in Article 1629a BGB³⁵. The substance of this liability is a rule that the liability of a minor (for debts) is limited to the property available to the minor upon reaching the age of majority. This limitation applies to the

³¹ This amount is reduced to €7 if within one week of the ticket inspection the passenger proves to the carrier that at the time of inspection he/she had a valid transport document (e.g. left it at home). See: Article 9 of *Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen* vom 27. Februar 1970 (BGBl. I, S. 230), die zuletzt durch Artikel 1 der *Verordnung* vom 21. Mai 2015 (BGBl. I, S. 782) geändert worden ist [Decree on general transportation conditions for tram and trolleybus transportation and for regular transportation by motor vehicles], available at: <http://www.gesetze-im-internet.de/befbedv/BJNR002300970.html> [accessed on: 30 June 2019] and also Article 12 of *Eisenbahn-Verkehrsordnung in der Fassung der Bekanntmachung* vom 20. April 1999 (BGBl. I, S. 782), die zuletzt durch Artikel 1 der *Verordnung* vom 5. April 2019 (BGBl. I, S. 479) geändert worden ist [Rules of Railway Transportation], available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/evo/BJNR206630938.html> [accessed on: 29 June 2019].

³² For details on German case law see e.g.: <http://www.jurarat.de/muessen-eltern-beim-schwarzfahren-ihres-minderjaehrigen-kindes-die-4000-eur-zahlen> [accessed on: 30 June 2019] or: <https://www.bussgeldkatalog.org/schwarzfahren/> [accessed on: 29 June 2019].

³³ See: Article 265a of *Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung* vom 13. November 1998 (BGBl. I, S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des *Gesetzes* vom 19. Juni 2019 (BGBl. I, S. 844) geändert worden ist [Criminal Code], available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html> [accessed on: 29 June 2019].

³⁴ Article 19 of the cited law.

³⁵ This provision was inserted in BGB by the Act on Limiting the Property Liability of Minors of 1998 (*Gesetz zur Bechränkung der Haftung Minderjähriger*, BGBl. I, S. 2487).

obligations incurred by the child based on the legal representation by his/her parents (i.e. parents acting on behalf of the child), based on juridical acts of other persons authorized to represent the child, as well as other persons' juridical acts which result in consequences for the child and finally, also on obligations that did not arise from juridical acts but from the acquisition of inheritance before reaching the age of majority. This limitation also applies to obligations arising from juridical acts of the minor under Articles 107, 108 (see above), under Article 111 (unilateral juridical acts of the minor with consent of the legal representatives) and obligations for which the parents obtained consent of the court in charge of care for minors (*Familiengericht*). If a person who reached the age of majority relies on this limitation, the rules on the liability of an heir contained in Articles 1990 and 1991 BGB³⁶ must be applied *mutatis mutandis*.

Even though the limited scope this paper does not allow us to go into all the details of these issues in the foreign regulations examined, it is clear that the solution proposed in the private members' bill in the form of a drastic intervention in the conception of the capacity of minors to make juridical acts cannot be deemed a standard solution compared to the above approaches. If a decision was made to intervene in the conception of legal capacity in the Czech Civil Code, then such intervention should be well-considered and consistent, with possible inspiration to be found in one of the above foreign regulations. The first foreign regulation to be considered is the German regulation, which inspired in many respects the current Civil Code when it was drafted and also forms the basis of the solution proposed by the Ministry of Justice of the Czech Republic (see above).

5. A SUMMARY OF FINDINGS

An analysis of the development of the legal regulation of minors' capacity to make juridical acts, administration of their assets and liabilities, and maintenance and support duty owed to minors has demonstrated that the current legal regulation of these issues includes strong elements of continuity with the former legal regulation. The basic conception of the current legal regulation of these issues was stipulated as early as in the 1964 Civil Code and the 1963 Family Act. However, the issue of "child debtors" emerged only approximately ten years ago. If the primary cause of this issue consisted in a deficiency or inappropriateness of this substantive law regulation, issues of this kind would certainly have emerged earlier.

We have carefully analysed the individual types of debts that are mentioned in this context. This analysis showed that there are in total six types of debts, resulting from: (1) fees for communal waste disposal, (2) rides without a valid ticket, (3) regulatory fees in healthcare, (4) services of mobile operators, (5) services of public libraries, and (6) residential rent.

The issue of fees for communal waste disposal, which was the first one to emerge, is an issue falling purely within the public law (not private law) ambit and therefore

³⁶ Put briefly and simply, an heir is liable to the creditors only up to amount of the value of the inheritance (under the conditions stated in these provisions), the so-called objection of insufficient inheritance (*Dürftigkeitseinrede des Erben*).

it was necessary to resolve the issue within public law. A solution was found after some amendments and currently this issue may be considered to have been successfully resolved.

Another issue where the public law element is strongly present is regulatory fees in healthcare. Even though healthcare services are provided based on a contract³⁷, a sick person practically does not have any other option but to use healthcare services, to which this duty to pay a fee is connected. In this case it is also appropriate to solve the issue within public law. It was shown that this happened, but in this case it was not necessary to amend the relevant law, it was sufficient to choose an interpretation that was more advantageous for the minor (even though the specific circumstances of the case may show that in exceptional cases this interpretation may be inappropriate).

Debts arising from contracts with mobile operators (debts for performance rendered) have a purely private-law basis. The specific feature of these debts consists in the fact that their enforcement is administered through the Czech Telecommunications Office rather than through the system of general courts. When this issue was identified (with the contribution of the Ombudsman), it a change in the decision-making practice of this particular authority was enough to resolve the issue (as opposed to several years required to unify the decision-making practice of general courts). This change of decision-making practice was duly justified and supported by reference to the decision-making practice of general courts, specifically to the interpretation of the concept of parental responsibility: as a result of having parental responsibility the parents are responsible for discharging the obligations of the minor. Currently this issue cannot occur, because in order to enter into such contract on behalf of the child a person has to have the consent of court (Article 898 CC), in addition the major mobile operators now always insist on making the contract with the legal representative (even if for the benefit of the child). This particular issue may therefore also be deemed to have been successfully resolved.

Debts for the use of the services of public libraries are also purely private-law-based. Even if a public library permitted a contract to be made with a minor, in this case it also is possible to resolve it in the same way as in the case of debts for the use of mobile services. It is again the obligation of the child the discharge of which must be ensured by the parents within their parental responsibility. Additionally, it was demonstrated on the example of good practice (the Municipal Library in Prague) that even if a library enters into a contract directly with a minor, its rights may be sufficiently protected using a surety. The library rules may provide sufficient room for resolving exceptional cases. Therefore, it is clear that these cases do not require any legislative amendments, either, let alone amendments to the regulation of minors' legal capacity.

As for debts arising from the lease of a flat, it was shown that they are not cases when the lease was made directly by the minor, because in such a case the consent of the court would be required (Article 898 CC, discussed above). They are exceptional cases when the lease passes *ex lege* to the child as a person sharing

³⁷ See: healthcare under Article 2636 CC.

the household with the deceased tenant under Article 2279 CC. In this case, too, we could consider the duty of the legal representative to ensure performance of the child's obligations (see above), especially if the other parent survived. Nevertheless, if a tutor would be concerned (after the death of both parents of the child), he/she does not have the duty to maintain and support the child and has no obligation to pay the child's debts from his/her assets. Although these cases are rare (at least for the time being), we were unable to find a satisfactory solution for the situation of an indigent child and thus we have opened a discussion about the possible solutions involving legal amendments. Due to the fact that it concerns the passage of a right *ex lege* (i.e. not based on a juridical act made by the minor), it cannot be resolved by an intervention in the conception of legal capacity. The issue must be resolved otherwise within either public or private law (a consideration of possible solutions would require a separate paper, which is why we have not covered the issue here in more detail).

Finally, we have reached the issues of rides without a valid ticket. We have analysed these issues in detail, because they are currently the subject of a heated public discussion. This is also the reason why these issues were covered in a separate paper³⁸. In this respect we may recapitulate briefly that during ticket inspection the ticket inspector has some discretion as to solving the specific situation of a passenger without a valid ticket. In the course of ticket inspection the carrier is not entitled to ascertain the identity of the person who may be accompanying the minor child riding without a valid ticket and the same applies to ascertaining the relationship between the accompanying person and the child (in particular whether the person is the child's legal representative or not). The reason why debt escalates is the further developments, especially if the debt reaches the phase of litigation and subsequent enforcement. This is where the root cause of the issue was identified: insufficient representation of the child in court proceedings or failure to allow the participation of the child in the proceedings. The cause is simple: the child is not duly represented, being represented by a person whose interests are in conflict with the best interests of the child, as it is precisely the person who usually caused the issue by neglecting parental responsibility, or the duty to maintain and support the child, or the parent fails to act in the proceedings at all. If the rights of the minor in the proceedings were duly defended, it would allow the courts to decide in the same way as indicated above in the case of debts arising from contracts with mobile operators – the parents are responsible for the discharge of obligations of the minor under the existing legal regulation, which was explicitly stated by the Constitutional Court of the Czech Republic also in the case of debts arising between carriers and passengers. Additionally, the Constitutional Court outlined another course of thought. It is necessary to consider whether in the specific case the child is really bound by all the provisions of the transportation contract (within the contractual transportation conditions), whether the child can really be aware of all consequences that may arise from riding without a valid ticket. All this is possible under the current substantive law. This clearly shows that also in this case the conception of legal capacity in the Civil Code is not the cause of the issue. It

³⁸ See: O. Frinta, D. Frintová, *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Two...*

is also necessary to note that individual transportation companies are currently changing their attitudes to enforcement of claims they already have against minors (i.e. claims that originated when the debtor was a minor) and that thanks to the recent changes in the fare tariff such situations should not occur in the future (for details see the above paper).

To sum up: four of the six groups of issues may be currently considered resolved, or capable of resolution even without any amendments to the current legal regulations. In our opinion, only two groups of issues require legislative amendments. One of them is the issue of lease passing to a child *ex lege* under Article 2279 CC, which, surprisingly, has received scant attention in the current debates. Nevertheless it is an area where we have identified the possibility of serious issues that would be difficult to resolve under the existing laws. However, in this case it is not an issue of the minor's legal capacity. As far as riding without a valid ticket is concerned, it was demonstrated that the issue does not consist in the legal regulation of the child's legal capacity, but rather in the carrier being unable to ascertain in a reliable way the personal details of the child's legal representative and, even more importantly, in insufficient protection of interests of the minor in litigation (if, in specific cases, courts permitted the minor to be represented by a person whose interests were clearly in conflict with the child's interests, or failed to act in the proceedings, there is no other option than to call it a failure). We have also demonstrated why we consider insufficient the existing possibility for the child, after reaching the age of majority, to seek compensation from the parents on the grounds of their neglect of due managerial care in administering the assets and liabilities of the minor. All this gives some directions for *lex ferenda* ideas.

6. LEX FERENDA PROPOSALS. CONCLUSION

Since we have identified only two areas out of the six as worthy of potential legislative amendment, we have to ask whether a proposed solution should aspire to be a universal solution that would resolve the issue in all its complexity for all potential debts.

As for the issue of debts arising from unpaid rent due to the *ex lege* passage of the lease of a flat, this is a very specific issue. Within the given space we do not want to and cannot provide a detailed, well-founded solution, even though we have outlined the direction of thought above. In any case, when searching for a solution of this particular issue, it will be necessary to balance the interests of the minor child and those of the landlord, who cannot incur an unreasonable property loss up to the time of final resolution of the issue of the child's residence.

When we think about the issue of debts for rides without a valid ticket, it is necessary to note that from the substantive civil law perspective the issue is resolved by reference to parental responsibility, and the duty to maintain and support the child, and that the root cause of the issue consists in insufficient protection of the rights of the child in the proceedings. It can be inferred that to resolve the criticized *status quo* it would be sufficient for the minor to be properly represented by a curator *ad litem* or a curator appointed due to the legal representative's failure to act (as required by Article 943 CC, see above), from among attorneys-at-law,

or if the courts, for example, did not issue in cases of minors, due to their special protection, compulsory payment orders (Article 172 et seq. CPC), judgments confirming recognition of the claim by the defendant (Article 114b et seq. CPC) or judgments in default (Article 153b CPC). This would mean that in this case also no major legislative amendment should be required (see below).

Having regard to the fact that one of the issues requires a specific solution and the other one has been resolved through interpretation of substantive law, while its real basis is in procedural law, we conclude that it is not necessary to amend the Civil Code in a way that would aspire to a comprehensive solution of the issues. It is impossible under any universal solution to distinguish the case when a child rides without a valid ticket due to dysfunctional parents from the case when the parents did everything to ensure that the child travelled duly, but the child, for example rebelling against them, dodges the fare. We must point out, as mentioned above, that every case must be considered individually and that it is impossible to define a fixed limit, which is a characteristic feature of the current conception of the gradual acquisition of legal capacity.

Nevertheless, we have demonstrated above that the protection of the rights of minors in proceedings, in particular in litigation, seems insufficient. Therefore, we believe that a possible amendment should concern *primarily* the Civil Procedure Code and the purpose of the amendment should be to strengthen the protection of the rights of minor litigants. Primarily, it is necessary to prevent such situations when the representation of the child will be up to the person whose interests are in conflict with those of the child, which entails the need to ensure that the minor will really have a curator *ad litem* in the cases when it is appropriate (also under Article 943 CC), for example by an appropriate amendment to Article 23 CPC. Furthermore, it is necessary to ensure that due to the stronger protection of minors, decisions cannot be made without hearing the minor (or without hearing the curator *ad litem* in their place), which can easily be achieved by excluding the possibility to issue a judgment in the case of minors using compulsory payment orders, judgments confirming recognition of the claim by the defendant or judgments in default. It is necessary to consider that strengthening the protection of the rights of a minor in the course of trial litigation does have a *universal* impact. It will apply in the future to any kind of debt of a minor that will be collected in this way (including any groups of debts that do not yet seem problematic).

Secondly, it is necessary to mention the issue of riding without a valid ticket because it constitutes the biggest group of problematic debts of minors. We believe that it would be appropriate to enable the carrier, once the personal details of the minor are ascertained (because the minor was caught riding without a valid ticket and is unable to pay the surcharge), to also obtain the personal details of the legal representatives. This could be achieved by a minor amendment to Article 18a (2) (c) of Act No. 111/1994 Sb., to Regulate Road Transport and Article 37 (4) (d) of the Railways Act. Thus the carrier could, from the very beginning, claim the unpaid fare from the legal representative (a solution mentioned in the overview of foreign legal regulations), at the same time it would prevent cases when the legal representative, who might otherwise want to resolve the situation, does not find out about the debt of the child. As the surcharge on top of the fare has the character

of a penalty imposed by law (Article 2052 CC), which is governed by the regime of contractual penalty, if there really were to be any changes to the Civil Code, it would be possible to amend the provision on contractual penalty (e.g. to limit the possibility of a minor entering into a contract providing for such a penalty without the consent of a legal representative or to set an age limit below which the minor would not have the capacity to contract such penalty). However, we must note that this alone does not resolve the issue of the fare owed.

Let us add for the sake of completeness: if there were a societal demand for a comprehensive solution to the issues of debts of minors we consider the above-mentioned foreign regulations a good source of inspiration, in particular the provisions from the Federal Republic of Germany where a law was passed limiting the property liability of minors, which also amended in an adequate and well-considered way the German Civil Code. However, this regulation must be perceived in the context of the German conception of the administration of assets and liabilities of a minor and also in the context of the German regulation of legal capacity. The intervention in the Czech Civil Code would have to be more extensive. In such a case it would be necessary to insist unconditionally on the intervention being consistent and well-considered. This was the route taken in the case of the bill prepared by the Ministry of Justice of the Czech Republic, which we consider worthy of further discussion.

The whole treatise clearly shows that potential legislative amendments must always be made after due consideration of all possible circumstances, which is particularly true when it is an intervention in the fundamental concepts of the given branch of law. This requires not only knowledge, but also time. Otherwise all the effort, despite good intentions, may cause more issues than we have faced to date, exactly in the spirit of the old saying: "Haste makes waste."

Summary

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer, *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Three: Practical, Ethical, Procedural, and Comparative Perspectives and Current Proposals of Legislative Solutions*

The article deals with the issue of debts of minor children. It builds on the first part of the study, which analysed the current legal regulation of the legal capacity of minors, the administration of their assets and liabilities by legal representatives within the framework of parental responsibility and the maintenance and support duty of parents to children, and identified six problematic types of debts incurred by minors. Requesting that a child seek compensation for damage from parents who breached the duty of due managerial care in administration of the child's assets and liabilities appears to be problematic from the practical and above all ethical point of view. This is all the more so because the root cause of the problem (the child becomes aware of the debt as an adult) is not in the Civil Code, but in the lack of effective protection of the rights of minors in the civil proceedings. This is the principal direction in which the considerations of possible changes to current legislation should be driven/focused.

Keywords: child, minor, debt, capacity to make juridical acts, litigation, bill, solution

Streszczenie

Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer, *Dzieci i ich długi – obecna sytuacja w Republice Czeskiej. Część III: Perspektywa praktyczna, etyczna, proceduralna i prawnoporównawcza oraz obecne propozycje rozwiązań legislacyjnych*

Artykuł dotyczy kwestii długów osób małoletnich. Jest on kontynuacją pierwszej części, w której poddano analizie obowiązujące regulacje prawne dotyczące zdolności osób małoletnich do dokonywania czynności prawnych, zarządu ich aktywami i zobowiązaniami sprawowanego przez przedstawicieli prawnych w ramach wykonywania władzy rodzicielskiej, a także obowiązku alimentacyjnego rodziców wobec dzieci. Wskazuje się na sześć problematycznych typów długów powstających u osób małoletnich. Wymaganie, aby dziecko dochodziło odszkodowania za szkody od rodziców, którzy nie wywiązali się z obowiązku należytej staranności w zarządzaniu aktywami i zobowiązaniami dzieci, wydaje się problematyczne z praktycznego, ale przede wszystkim etycznego punktu widzenia. Jest tak tym bardziej dlatego, że pierwotną przyczyną powstawania tych problemów (dziecko dowiaduje się o długu już jako osoba dorosła) tkwi nie w czeskim Kodeksie cywilnym, ale w braku skutecznej ochrony praw małoletnich w postępowaniach sądowych. Właśnie to powinno być głównym kierunkiem i przedmiotem uwagi w rozważaniach dotyczących ewentualnych zmian obowiązujących przepisów.

Słowa kluczowe: dziecko, osoba małoletnia, dług, zdolność do podejmowania czynności prawnych, spór sądowy, projekt, rozwiązanie

References:

1. Biskup P., *Matka rozfofrovala osmiletému synovi statisíce* [Mother Wasted Hundreds of Thousands of her Eight-Year-Old Son's Money], Novinky.cz [online], 25 September 2018, available at: <https://www.novinky.cz/krimi/508672-matka-rozfofrovala-osmiletemu-synovi-statisice.html>
2. Frinta O., Frintová D., Elischer D., *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part One: General Findings and Particular Types of Debts*, "Prawo w Działaniu" 2020, No. 42.
3. Frinta O., Frintová D., *Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Two: Specific Aspects of Debts of Children Arising from Contracts for Transportation of Persons*, "Prawo w Działaniu" 2020, No. 44.
4. Melicharová (Frintová) D., *Postavení nezletilého v civilním právu procesním* [The Status of a Minor in Civil Procedural Law], [in:] M. Malacká (ed.), *Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnícké dny* [Proceedings of Monse's Days of Law in Olomouc], 1st ed. Olomouc, 2006.
5. Melicharová (Frintová) D., *Specifika výsledku nezletilého v civilním řízení* [Particularities of Examination of a Minor in Civil Proceedings], "Soudce" 2008, No. 7–8.
6. Skoupá A., *Stát by měl dětem pomáhat, ne z nich dělat dlužníky, říká advokátka Vlachová* [The State Should Help Children Rather Than Make Them Debtors, Says Attorney Vlachová], Aktuálně.cz [online], 23 September 2018, available at: <https://zpravy.aktualne.cz/domaci/stat-by-mel-detem-pomahat-ne-z-nich-delat-dluzniky-rika-advo/r~8b8a9bf8bd9e11e8b5b20cc47ab5f122/>
7. Skřejpek M. (ed.) *Digesta seu Pandectae/Digesta neboli Pandekty* [Digesta or Pandectae] *Tomus I. Liber I–XV. Fragmenta selecta*, 1st ed. Prague 2015.
8. Svoboda E., *Rodinné právo československé* [Czechoslovak Family Law], 1st ed. Prague 1935.

Acknowledgement: The paper is an outcome of the PROGRES Q03 programme: Private Law and Contemporary Challenges researched at the Faculty of Law of Charles University.

Bartłomiej Oręziak¹, Klaudia Łuniewska²

New Grounds for Civil Liability under National Law in the Light of Article 79 of the GDPR*

1. INTRODUCTION

The subject of this paper is to analyse legal provisions on the protection of personal data; i.e., more precisely, Article 79 of the GDPR, which regulates the right to an effective judicial remedy against a controller or processor³. The analysis of this issue should begin with the explanation of the meaning of personal data protection. First of all, it should be examined why personal data protection has become so important in recent years. Nowadays, information can prove to be extremely valuable and may have an impact on decision-making, often that of strategic importance. More and more often, we can refer to the concept of information warfare, which is important not only from a military point of view, but also from an economic and social perspective. Thanks to information we possess about a person, we are able to predict their behaviour and, thanks to this, we can gain advantage in a given field⁴. Information about individuals is a valuable source of data and can be used in a variety of ways⁵. Protection of personal data has gained in importance with the recognition of the threats resulting from the emergence of various databases, also without the knowledge of the natural persons concerned. The malfunctioning of databases, including those that are insufficiently secured, poses many threats and may result in violation of the integrity or leakage of data. The need to introduce provisions regulating the scope and method of creating data sets, their use and sharing by public authorities, as well as the scope and method of accessing the existing files and correcting their irregularities was noted.

* The manuscript was submitted by the authors on: 12 March 2021; the manuscript was accepted for publication by the editorial board on: 15 April 2021.

¹ Bartłomiej Oręziak is a PhD student at the Department of Human Rights Protection and International Humanitarian Law at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com

² Klaudia Łuniewska is affiliated at the Faculty of Law and Administration of the University of Cardinal Stefan Wyszyński in Warsaw, Poland, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinaluniewska@gmail.com

³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJ L 119, 4 May 2016, pp. 1–88).

⁴ J. Taczowska-Olszewska, M. Nowikowska, *Prawo do informacji publicznej. Informacje niejawne. Ochrona danych osobowych* [Right to Public Information. Non-Public Information. Personal Data Protection], Warszawa 2019, pp. 97–98.

⁵ A. Gałach, S. Hoc, A. Jędruszcak, P. Kowalik, A. Kuszel, M. Kuźma, R. Marek, B. Nowakowski, *Ochrona danych osobowych i informacji niejawnych w sektorze publicznym* [Protection of Personal Data and Non-Public Information in the Public Sector], Warszawa 2015, pp. 3–4.

2. PROTECTION OF PERSONAL DATA AS A HUMAN RIGHT

Protection of personal data is inextricably linked with the right to privacy, which includes the protection of personal data. By the right to privacy we understand the autonomy of the individual and freedom from interference by other entities, especially public entities, within the sphere of the family, home, correspondence, honour and reputation⁶. Currently, the right to privacy is guaranteed in almost all the most important documents relating to the protection of human rights. We can find them, among others, in the International Covenant on Civil and Political Rights⁷, the Convention on the Rights of the Child⁸, the European Convention on Human Rights⁹, and the American Convention on Human Rights¹⁰. It is particularly noteworthy that the Charter of Fundamental Rights of the European Union protects not only the right to privacy (Article 7), but also personal data (Article 8)¹¹. In accordance with that legal norm, everyone has the right to protection of his or her personal data and such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. According to this provision, everyone has the right to access his or her data and to have it rectified. Additionally, it should be kept in mind that the right to privacy is often protected also by national laws. For example, Poland guarantees the right to privacy in the Constitution of the Republic of Poland of 1997¹² and in legal provisions on the protection of personal rights, which are based on civil law¹³. Data collection in the context of the right to privacy has been the subject of judgments by the European Court of Human Rights, which more and more often urged states to adopt detailed legal regulations in this area¹⁴. Protection of personal data is a complex and important issue regulated by international, European, and national regulations. Specialized institutions have been established to deal with the protection of personal data and specific laws passed solely and exclusively to regulate the issue of personal data protection. From the perspective of the protection of human rights the protection of personal data is extremely important, therefore, it is indeed important to guarantee its full protection and the possibility of applying effective legal remedies, which should be guaranteed in a democratic state ruled by law. The following considerations on the issue of the

⁶ L. Garlicki (ed.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności* [Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms], Vol. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, [Commentary on Articles 1–18], Warszawa 2019, p. 23.

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature in New York on December 19, 1966 [Journal of Laws of 1977, No. 38, item 167].

⁸ Convention on the Rights of the Child, adopted by the United Nations General Assembly on November 20, 1989 [Journal of Laws of 1991, No. 120, item 526].

⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms drawn up in Rome on November 4, 1950, subsequently amended by Protocols No. 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol No. 2 [Journal of Laws of 1993, No. 61, item 284].

¹⁰ American Convention on Human Rights on 22 November 1969 (Registered by the Organization of American States on 27 August 1979, 08/27/79, No. 17955).

¹¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union (OJ C 326, 26 October 2012, pp. 391–407).

¹² Act of 2 April 1997 of the Constitution of the Republic of Poland [Journal of Laws No. 78, item 483, as amended].

¹³ Act of 23 April 1964 – the Civil Code [Journal of Laws of 2020, item 1740, as amended].

¹⁴ L. Garlicki (ed.), *Konwencja...*, Vol. I, *Komentarz...*, p. 45; European Court of Human Rights, Case of Amann v. Switzerland (Application No. 27798/95), Strasbourg 2000; European Court of Human Rights, Case of Segerstedt-Wiberg and Others v. Switzerland (Application No. 62332/00).

right to an effective remedy before a court against a controller or processor will not only be dogmatic, but also comparative. Specific features of Polish regulations will be discussed, also juxtaposed against examples from other countries such as France, Germany and Great Britain, and presented in reference to the regulations related to this issue functioning within their legal system.

3. THE IMPACT OF ARTICLE 79 OF THE GDPR ON NATIONAL LEGISLATION WITH REGARD TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

In this part we will analyse the impact of Article 79 paragraph 1 of the GDPR on the national laws. This provision, based on Article 22 of Directive 95/46/EC¹⁵, ensures the right of data subject to an effective judicial remedy where he or she considers that his or her rights under the GDPR have been infringed as a result of processing of his or her personal data in non-compliance with the Regulation¹⁶. Article 79 paragraph 1 of the GDPR includes both substantive and procedural measures which in the event of more than one processor or controller provide for liability of each infringer¹⁷.

It should be decided whether this Article 79 paragraph 1 of the GDPR requires that additional provisions be introduced into national legal systems. It can be argued that this is not necessary if effective legal protection measures already exist in a given legal system. An example are the existing provisions on the protection of personal rights. In our opinion, the GDPR does not impose upon Member States the obligation to introduce new legal protection measures, if existing provisions constitute a sufficient and effective basis for exercising claims based on infringement of the GDPR.

Additionally, implementation of the measure referred to in Article 79 paragraph 1 of the GDPR may not directly affect the effectiveness of the measure laid down in Article 82 of the GDPR. In other words, it cannot limit the pursuit of claims based on this legal basis¹⁸. The provisions of Article 79 and Article 82 of the GDPR provide for legal measures that allow civil claims to be separately enforced by persons whose personal data have been violated.

4. ANALYSIS OF PERSONAL DATA PROTECTION PROCEDURES IN POLAND AND OTHER COUNTRIES

In Poland, the lawmaker decided to introduce a dedicated data protection regulation. The Act of 10 May 2018 on Personal Data Protection (hereinafter: the “PDP Act”)¹⁹ which aims at transposing the GDPR, includes Chapter 10 (Articles 92–100)

¹⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), COM/2012/011 final – 2012/0011 (COD); Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ L 281, 23 November 1995, pp. 31–50).

¹⁶ R. Walters, L. Trakman, B. Zeller, *Data Protection Law: A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches*, Singapore 2019, p. 78.

¹⁷ B. Goodman, S. Flaxman, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”*, “AI Magazine” 2017, Vol. 38.3, p. 52.

¹⁸ A. Polanowski, Ł. Lasek, *Private enforcement RODO*, 2018, available at: <http://www.codozasady.pl/private-enforcement-rodod/> [accessed on: 6 March 2021].

¹⁹ Act of 10 May 2018 on the Protection of Personal Data (Journal of Laws of 2019, item 1781, as amended).

on civil liability and proceedings before the court. On the one hand, pursuant to Article 92 of the PDP Act, in matters not regulated in the GDPR, the provisions of the Act of 23 April 1964 – the Civil Code²⁰ apply to claims arising from a breach of personal data protection provisions referred to in Article 79 and Article 82 of the GDPR. On the other hand, according to Article 100 of the PDP Act, in matters not regulated in PDP Act, the provisions of the Act of 17 November 1964 – the Code of Civil Procedure²¹ apply to the procedure in the case concerning a claim arising from an infringement of personal data protection provisions referred to in Article 79 and Article 82 of the GDPR. Thus, there is no doubt that, in the light of applicable law in Poland, the data subject may revert to claims in substantive and procedural aspects. In Poland, deep-rooted and proven legal grounds apply in the field of personal rights as well as liability under tort and contract. There are no new grounds to file claims in case of a personal data breach. Interestingly, the Civil Code provides for the reversal of the burden of proof in terms of the unlawfulness of the processor's acts. Furthermore, the district court has jurisdiction over cases for infringement of provisions on the protection of personal data, including claims under Article 79 and Article 82 of the GDPR, regardless of the disputed subject value.

In France, on 14 May 2018, the National Assembly adopted a new law on the protection of personal data²², which modified the French law to make it compliant with GDPR²³. It was a major amendment to Act No. 78–17 of 6 January 1978²⁴, which had not been altered for 25 years since its adoption. The first modification was adopted on 6 August 2004²⁵ with a view to implement the Directive 95/46 EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. Nevertheless, there was a problem with this new French law and as a result of its alleged incongruence with the Constitution of the French Republic (hereinafter: the “CFR”)²⁶, sixty senators sent a request for compliance to the French Constitutional Court (hereinafter: the “FCC”)²⁷. The

²⁰ Act of 23 April 1964 – the Civil Code (Journal of Laws of 2020, item 1740, as amended).

²¹ Act of 17 November 1964 – the Code of Civil Procedure (Journal of Laws of 2020, item 157, as amended).

²² Loi n° 78–17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Version consolidée au 14 mai 2018, available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEX-T000006068624&dateTexte=20180514> [accessed on: 20 June 2019].

²³ J. Demotes-Mainard, C. Cornu, A. Guérin, P.-H. Bertoye, R. Boidin, S. Bureau, J.-M. Chrétien, C. Delval, D. Deplanque, C. Dubray, L. Duchossoy, V. Edel, C. Fouret, A. Galaup, F. Lesaulnier, M. Matei, F. Naudet, V. Plattner, M. Rubio, F. Ruiz, S. Sénéchal-Cohen, T. Simon, A. Vidal, A. Viola, M. Violleau, *Quel impact du nouveau règlement européen sur la protection des données sur la recherche clinique et recommandations, “Thérapie”* 2019, Vol. 74.1, pp. 17–29; F. Jault-Seseke, C. Zolynski, *Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles*, “Recueil Dalloz” 2016, Vol. 32, pp. 1874–1880; G. Mancosu, *L'accès aux données publiques et aux codes source en Italie. À la recherche d'une «transparence algorithmique», à l'aube du Règlement général sur la protection des données*, “Revue française d'administration publique” 2018, Vol. 3, pp. 575–584; A. Duțu, *Franța: protecția datelor cu caracter personal. Transpunerea Regulamentului General de Protecție a Datelor (RGPD/GDPR) și modificările impuse de senatul francez*, “Pandectele Romane” 2018, Vol. 2, pp. 219–222; J. Eynard, *Une application systématique du RGPD?*, “Juristourisme” 2018, Vol. 207, pp. 19–23.

²⁴ Loi n° 78–17 du 6 janvier 1978.

²⁵ Act No. 2004–801 of 6 August 2004 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, available at: https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Decree_20_Octobre_2005_English_version.pdf [accessed on: 21 June 2019].

²⁶ Constitution de la République Française. Constitution du 4 octobre 1958, version mise à jour en janvier 2015, available at: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> [accessed on: 21 June 2019].

²⁷ In France, this is „Conseil Constitutionnel”, <https://www.conseil-constitutionnel.fr> [accessed on: 20 June 2019].

senators challenged the constitutionality of some of the provisions and criticized their availability and comprehensibility. In the Decision No. 2018–765 DC of 12 June 2018²⁸, the FCC stated that it partially recognized the complaint as the new law was in some parts constitutional and unconstitutional in others²⁹. Therefore, a new law of 6 January 1978, i.e., the “Informatique et Libertés” (hereinafter: the “IeL Act”) applies from 1 June 2019. The IeL Act includes, in particular, provisions adapting the French law to the GDPR. This is another amendment, but in the consolidated version, so understanding the law is simplified. The aim of the IeL Act is not to fully reproduce the provisions of GDPR, even if it explicitly refers to it in some cases. The IeL Act in this new wording is fully applicable in all the territories of France. It contains Section 3 on corrective measures and sanctions (Articles 20–23). A hybrid formula was adopted with a view to implement Chapter VIII GDPR on remedies, liability and penalties. Pursuant to Article 21 of the IeL Act, if the failure to comply with the provisions of GDPR or the Act entails violation of rights and freedoms associated with the protection of personal data or if the President of the Commission for Information Technology and Freedom³⁰ believes that it is urgent to intervene, a number of legal protection non-judicial measures may be used. For instance, this may include a temporary suspension of certification issued to the controller or processor or a call to order. However, in the event of a serious and immediate violation of rights and freedoms associated with the protection of personal data, the President of the Commission may also request that court proceedings be instituted to protect these rights and freedoms. It is associated with Article 79 of the GDPR, but time and applicable case law will be show if it is a real right to an effective judicial remedy against a controller or processor³¹. Nevertheless, new grounds to filed claims for personal data violations have been introduced in France.

In Germany, the lawmaker introduced an act supporting the coming into force of the GDPR³². The Federal Data Protection Act of 30 June 2017 (hereinafter: the “FDP Act”)³³ contains Section 20 on judicial remedies. Thereinunder, recourse

²⁸ Commentaire. Décision n° 2018–765 DC du 12 juin 2018. Loi relative à la protection des données personnelles, available at: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018765dc/2018765dc_ccc.pdf [accessed on: 22 June 2019].

²⁹ „Les mots «sous le contrôle de l'autorité publique ou» figurant au 1° de l'article 13 de la loi relative à la protection des données personnelles sont contraires à la Constitution”, Décision n° 2018–765 DC du 12 juin 2018, available at: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018765DC.htm> [accessed on: 22 June 2019].

³⁰ The National Commission for Information Technology and Freedom is an independent administrative body. It is a national supervisory body in charge of the understanding and application of GDPR, available at: <https://www.cnil.fr> [accessed on: 23 June 2019].

³¹ K. Seymour, N. Benyahia, P. Hérent, C. Malhaire, *Exploitation des données pour la recherche et l'intelligence artificielle: enjeux médicaux, éthiques, juridiques, techniques*, “Imagerie de la Femme” 2019, Vol. 29.2, pp. 62–71.

³² M. van der Ree, R. Scholte, P. Postema, J. de Groot, *Playing by the rules: Impact of the new General Data Protection Regulation on Retrospective Studies: A Researcher's Experience*, “European Heart Journal” 2019, Vol. 40, pp. 1900–1902; J. Holling, *Neue Bestimmungen, komplexe Anwendungen*, „SW Sozialwirtschaft” 2018, Vol. 28.2, pp. 30–31; R. Singer, B. Beck, *Das „Recht auf Vergessenwerden” im Internet*, „JURA-Juristische Ausbildung” 2019, Vol. 41.2, pp. 125–135; T. Wennemann, *TOM und die Datenschutz-Grundverordnung*, „Datenschutz und Datensicherheit-DuD” 2018, Vol. 42.3, pp. 174–177; F. Schiffner, *Wann braucht man einen Datenschutzbeauftragten?*, „InFo Hämatologie+ Onkologie” 2019, Vol. 22.6, pp. 66–67; M. Schönfeld, *Big Data and Automotive – A Legal Approach* [in:] *Big Data in Context*, T. Hoeren, B. Kolany-Raiser (eds.), Cham 2018, pp. 55–61.

³³ Federal Law Gazette I, p. 2097, available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsch/englisch_bdsch.html#p0087 [accessed on: 28 June 2019].

to administrative courts shall be provided for disputes between natural or legal persons and a supervisory authority of the Federation or a Land. However, it applies only to the circumstances provided for in Article 78 of the GDPR, i.e. right to an effective judicial remedy against a supervisory authority. This is the one and only judicial remedy stipulated in the FDP Act. Nevertheless, pursuant to Section 44 the FDP Act, proceedings against a controller or a processor for violation of data protection law within the scope of GDPR or the rights of the data subject contained therein may be instituted by a data subject before the court in the place where the controller or processor is established. This directly applies to Article 79 of the GDPR. The German lawmakers did not decide to create separate legal grounds to pursue claims against a controller or processor, but only regulated the method of filing the claims. Thus, the FDP Act did not make reference to the right to an effective judicial remedy against a controller or processor, which that the legal measures already existing in the German civil law should be applied³⁴. In addition, the FDP Act (Section 60 thereof) also provides for the right to file a complaint with a supervisory authority (Article 77 of the GDPR). Accordingly, without prejudice to any other administrative or judicial remedies, every data subject has the right to lodge a complaint with a supervisory authority, in particular in the Member State of his or her habitual residence, place of work or place of the alleged infringement if the data subject considers that the processing of his or her personal data infringes the GDPR.

In Great Britain, a new law was passed to fully implement the GDPR in the domestic legal system. The Data Protection Act 2018 (hereinafter: the “DPA Act”)³⁵, which came into force on 23 May 2018³⁶, regulates the processing of personal data of private and public persons, law enforcement agencies and intelligence agencies. It provides rules on general data processing, law enforcement data processing, data processing by the intelligence services, and regulatory oversight and enforcement by the national supervisory authority (the Information Commissioner’s Office)³⁷. The DPA Act contains Section 167 “Compliance orders” on remedies in the court, which applies if, on an application by a data subject, a court is satisfied that there has been an infringement of the data subject’s rights under the data protection legislation in contravention of that legislation. In such circumstances, the court may make an order for the purposes of securing compliance with the data protection legislation which requires the controller in respect of the processing, or a processor acting on behalf of that controller, to take steps specified in the order, or to refrain from taking steps specified in the order. The order may specify the

³⁴ W. Hoffmann-Riem, *Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data*, [in:] *Big Data-Regulative Herausforderungen*, W. Hoffmann-Riem (ed.), Baden-Baden 2018, pp. 9–78; T. Hoeren, *Big Data und Zivilrecht*, [in:] *Big...*, pp. 187–194; G. Hornung, *Erosion traditioneller Prinzipien des Datenschutzrechts durch Big Data*, [in:] *Big...*, pp. 79–98; N. Steffen, *Zivilrechtliche Haftung von Datenschutzbeauftragten für Bußgelder*, „Datenschutz und Datensicherheit-DuD” 2018, Vol. 42.3, pp. 145–150.

³⁵ Data Protection Act 2018, c. 12, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents> [accessed on: 28 June 2019].

³⁶ Available at: <https://www.gov.uk/government/collections/data-protection-act-2018> [accessed on: 28 June 2019].

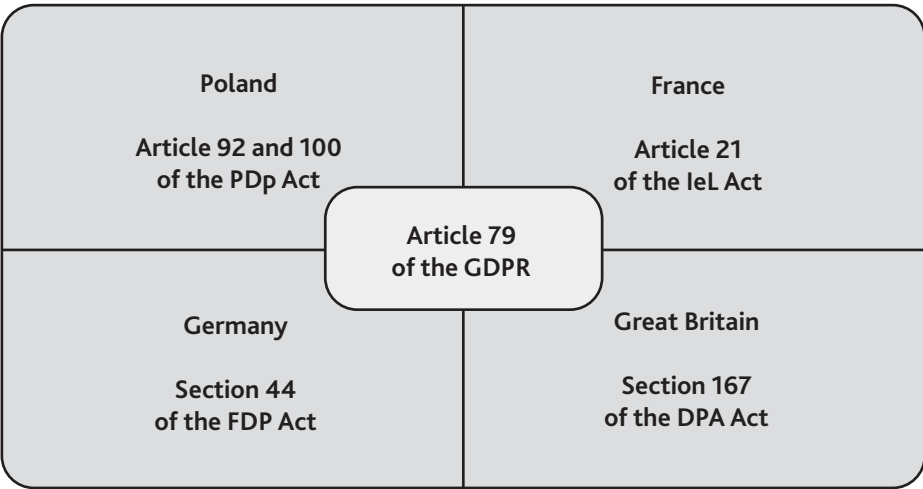
³⁷ The Information Commissioner’s Office is an independent administrative body. It is a national supervisory body in charge of the understanding and application of GDPR, available at: <https://ico.org.uk> [accessed on: 29 June 2019].

time or the period when each of the steps must be taken. So, the reference to an application by a data subject includes an application made in exercise of the right under Article 79 of the GDPR³⁸.

**5. COMPARISON OF LEGAL PROTECTION MEASURES
FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA BINDING
IN POLAND AND OTHER COUNTRIES**

Despite its identical wording, Article 79 of the GDPR had a different impact on national legal systems. In Poland, data protection regulations relied on established ways of protecting personal rights in the Civil Code and Code of Civil Procedure, i.e. by reference to direct legal grounds, without introducing new ones. In France, new legal grounds have been introduced for claims under Article 79 of the GDPR, but the entity that files cases to the court is not a natural person, but the French supervisory body (the Commission for Information Technology and Freedom). These new legal grounds have been created in both substantive and procedural aspects. Alike Poland, in Germany the law maker has decided not to create separate legal grounds for pursuing claims against a controller or processor, but regulated the method of pursuing claims by creating new legal grounds in procedural aspects. In Great Britain a new legal measure was introduced, according to which it could be required to take the steps specified in the court order or to refrain from taking steps specified in this order. These are new legal grounds in both substantive and procedural aspects. The impact of Article 79 of the GDPR on national laws was illustrated in Figure below.

Figure.
The impact of Article 79 of the GDPR on national laws.



Source: Own elaboration.

³⁸ Data Protection Act 2018, c. 12, section 167, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/section/167/enacted> [accessed on: 29 June 2019].

6. CONCLUSIONS

We would like to present the final conclusions in the aspect of Article 79 of the GDPR regarding the new grounds for civil liability under national laws.

Article 79 paragraph 1 of the GDPR includes both substantive and procedural measures which in the event of more than one processor or controller provide for the liability of each of the infringers. The right to an effective judicial remedy against a controller or processor requires effective legal remedies in these two aspects.

Implementation of the measure provided for in Article 79 paragraph 1 of the GDPR may not directly affect the effectiveness of the measure expressed in Article 82 of the GDPR. It cannot limit the pursuit of claims based on the other legal basis. These are two different rights under the GDPR, each of which can be exercised separately.

The GDPR does not impose an obligation upon Member States to introduce new legal protection measures, if existing provisions constitute a sufficient and effective basis for exercising claims in the case of infringement of the GDPR. It entails a real right to an effective judicial remedy against a controller or processor, which cannot be illusory.

Article 79 of the GDPR had a different impact in Poland, France, Germany and Great Britain. This is not out of the ordinary; each Member State is free to adapt its legislation to the GDPR. It is, however, important that the national legal system provides for an effective legal remedy.

It does not seem reasonable to introduce additional grounds for the liability of entities processing personal data, including the processors, bearing in mind the risk of an excessive build-up of possible claims.

Eventually, if possible, the results of analyses in the field of legal sciences should be presented in a synthetic manner and include *de lege ferenda* postulates. As regards Article 79 of the GDPR as the new grounds for civil liability under national laws, it is directly effective and does not require implementation into the national orders. However, in some circumstances, it is necessary to adapt the national legislation to GDPR requirements, yet it is endorsing rather than implementation of the GDPR. Nevertheless, *de lege ferenda*, if there is an effective judicial remedy, it is not sufficiently justified to create additional domestic legal grounds for the liability of entities processing personal data, including processors, considering the risk of an excessive build-up of possible claims. In our opinion, the GDPR does not require such normative actions. The whole analysis presented in this paper clearly supports the validity of the key problem discussed. For this reason, postulates and research conclusions are presented with regard to both the theory and practice of law. Therefore, the proper understanding of the GDPR requires respect for the fact that it is a directly binding law in the Member States. This means that in contrast to the directive, this is unification of provisions, and not their harmonization.

Summary

Bartłomiej Oręziak, Klaudia Łuniewska, *New Grounds for Civil Liability under National Law in the Light of Article 79 of the GDPR*

The subject of the paper is the functioning of Article 79 of the GDPR in the Polish legal system and in other countries. The above provision establishes the right to an effective judicial remedy against a controller or processor, which is to guarantee the protection of personal data in relation to the data subjects. The paper submits to a dogmatic and comparative analysis those regulations that concern the right to an effective legal remedy in the field of personal data protection based on the example of Polish legal regulations, but also with reference to France, Germany and Great Britain to comprehensively study solutions on the issues in question.

Keywords: protection of personal data, right to an effective remedy, data processing, data controlling, Article 79 of the GDPR

Streszczenie

Bartłomiej Oręziak, Klaudia Łuniewska, *Nowe podstawy prawne odpowiedzialności cywilnej na gruncie prawa krajowego w świetle art. 79 RODO*

Przedmiotem artykułu jest funkcjonowanie art. 79 RODO zarówno w polskim systemie prawnym, jak i w innych porządkach prawnych. Powyższy przepis ustanawia prawo do skutecznego środka ochrony prawnej przed sądem przeciwko administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu, co ma zagwarantować ochronę danych osobowych względem osób fizycznych, których te dane dotyczą. Artykuł poddaje pod analizę dogmatyczną, ale i komparatystyczną regulację dotyczącą prawa do skutecznego środka ochrony prawnej w zakresie dotyczącym ochrony danych osobowych, w odniesieniu zarówno do polskich regulacji prawnych, jak i na przykładzie: Francji, Niemiec oraz Wielkiej Brytanii, dzięki czemu możliwe jest kompleksowe poznanie rozwiązań dotyczących omawianej problematyki.

Słowa kluczowe: ochrona danych osobowych, prawo do skutecznego środka ochrony prawnej, przetwarzanie danych, administrowanie danymi, art. 79 RODO

References:

1. Demotes-Mainard J., Cornu C., Guérin A., Bertoye P.-H., Boidin R., Bureau S., Chrétien J.-M., Delval C., Deplanque D., Dubray C., Duchossoy L., Edel V., Fouret C., Galaup A., Lesaulnier F., Matei M., Naudet F., Plattner V., Rubio M., Ruiz F., Sénéchal-Cohen S., Simon T., Vidal A., Viola A., Violleau M., *Quel impact du nouveau règlement européen sur la protection des données sur la recherche clinique et recommandations*, *Thérapie* 2019, Vol. 74.1.
2. Duțu A., *Franta: protecția datelor cu caracter personal. Transpunerea Regulamentului General de Protecție a Datelor (RGPD/GDPR) și modificările impuse de senatul francez*, *Pandectele Romane* 2018, Vol. 2.
3. Eynard J., *Une application systématique du RGPD?*, *Juristourisme* 2018, Vol. 207.
4. Gałach A., Hoc S., Jędruszczak A., Kowalik P., Kuszel A., Kuźma M., Marek R., Nowakowski B., *Ochrona danych osobowych i informacji niejawnych w sektorze publicznym*, Warszawa 2015.
5. Garlicki L. (ed.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Vol. 1. *Komentarz do artykułów 1–18*, Warszawa 2019.
6. Goodman B., Flaxman S., *European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”*, *AI Magazine* 2017, Vol. 38.3.

7. Hoeren T., *Big Data und Zivilrecht*, [in:] *Big Data-Regulative Herausforderungen*, W. Hoffmann-Riem (ed.), Baden-Baden 2018.
8. Hoffmann-Riem W., *Rechtliche Rahmenbedingungen für und regulative Herausforderungen durch Big Data*, [in:] *Big Data-Regulative Herausforderungen*, W. Hoffmann-Riem (ed.), Baden-Baden 2018.
9. Holling J., *Neue Bestimmungen, komplexe Anwendungen*, SW Sozialwirtschaft 2018, Vol. 28.2.
10. Hornung G., *Erosion traditioneller Prinzipien des Datenschutzrechts durch Big Data*, [in:] *Big Data-Regulative Herausforderungen*, W. Hoffmann-Riem (ed.), Baden-Baden 2018.
11. Jault-Seske F., Zolynski C., *Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles*, Recueil Dalloz 2016, Vol. 32.
12. Mancosu G., *L'accès aux données publiques et aux codes source en Italie. À la recherche d'une «transparence algorithmique», à l'aube du Règlement général sur la protection des données*, Revue française d'administration publique 2018, Vol. 3.
13. Polanowski A., Lasek Ł., *Private enforcement RODO*, 2018, available at: <http://www.codozasady.pl/private-enforcement-rodod/>
14. Schiffner F., *Wann braucht man einen Datenschutzbeauftragten?*, InFo Hämatologie + Onkologie 2019, Vol. 22.6.
15. Schönfeld M., *Big Data and Automotive – A Legal Approach*, [in:] *Big Data in Context*, T. Hoeren, B. Kolany-Raiser (eds.), Cham 2018.
16. Seymour K., Benyahia N., Hérent P., Malhaire C., *Exploitation des données pour la recherche et l'intelligence artificielle: enjeux médicaux, éthiques, juridiques, techniques*, Imagerie de la Femme 2019, Vol. 29.2.
17. Singer R., Beck B., *Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet*, JURA-Juristische Ausbildung 2019, Vol. 41.2.
18. Steffen N., *Zivilrechtliche Haftung von Datenschutzbeauftragten für Bußgelder*, Datenschutz und Datensicherheit-DuD 2018, Vol. 42.3.
19. Taczkowska-Olszewska J., Nowikowska M., *Prawo do informacji publicznej. Informacje niejawnne. Ochrona danych osobowych*, Warszawa 2019.
20. van der Ree M., Scholte R., Postema P., de Groot J., *Playing by the rules: Impact of the new General Data Protection Regulation on retrospective studies: A researcher's experience*, European Heart Journal 2019, Vol. 40.
21. Walters R., Trakman L., Zeller B., *Data Protection Law: A Comparative Analysis of Asia-Pacific and European Approaches*, Singapore 2019.
22. Wennemann T., *TOM und die Datenschutz-Grundverordnung*, Datenschutz und Datensicherheit-DuD 2018, Vol. 42.3.

Konrad Łuczak*

Sędzia w poszukiwaniu absurdów prawnych**

1. WPROWADZENIE

Działanie prawa w praktyce już nieraz mogło spowodować, a niekiedy rzeczywiście spowodowało, wystąpienie absurdalnych rezultatów w konkretnych sprawach rozstrzyganych przez sądy. Takie sytuacje powodują, że prawo traci swój autorytet w oczach jednostek, społeczeństwa i samych sędziów. Wpływa to również szkodliwie na autorytet i zaufanie do sędziów, wydających rozstrzygnięcia naznaczone piętnem absurdu w imię dochowania wierności literze prawa; orzeczenia powodujące lub przyzwalające na takie działanie prawa odbierają sądom autorytet instytucjonalny, a nadają represyjny¹. Działanie prawa w sposób absurdalny przynosi wreszcie, wbrew zdrowemu rozsądkowi, realne szkody lub bezpodstawne korzyści dla osób, których sytuację prawną bezpośrednio lub pośrednio kształtują wyroki sądów.

Klasycznym przykładem jest sprawa Kirby², w której członkowie Biura szeryfa zostali oskarżeni o świadome i umyślne uniemożliwienie listonoszowi roznoszenia poczty, ponieważ w tym czasie aresztowali go jako osobę poszukiwaną za popełnienie morderstwa. Sąd Najwyższy USA, w wydanym w tej sprawie wyroku z 1868 r., sprzeciwił się stosowaniu prawa prowadzącemu do niesprawiedliwości, opresji lub absurdalnych konsekwencji i dlatego stwierdził, że przepisy sankcjonujące utrudnianie dostarczania poczty nie miały w tym przypadku zastosowania do podwładnych szeryfa, którzy zatrzymali listonosza.

Kolejny przykład, tym razem z polskiej judykatury, obrazuje nie tylko niedający się zaakceptować efekt literalnego odczytania tekstu ustawy, ale także odmienne podejścia różnych sędziów do zjawiska absurdów prawnych. Problem polegał na ustaleniu, czy zakres przepisu art. 52 pkt 4 ustawy z 13.10.1995 r. – Prawo łowieckie³, który traktował jako przestępstwo hodowanie lub utrzymywanie bez

* Dr Konrad Łuczak jest adiunktem w Katedrze Postępowania Administracyjnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-3631-8390, e-mail: k.luczak@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.03.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 17.09.2020 r.

¹ Autorytet instytucjonalny wyrasta na „przekonaniu jednostek, że należy się podporządkować ustaleniom interpretacyjnym sędziów i innych urzędników, gdyż reprezentują oni prawo będące samo w sobie wartością, którą warto i należy szanować”, z kolei autorytet represyjny zasadza się na przymiocie władzy wyposażonej w rozmaite sankcje. R. Sarkowicz, *Autorytet a obiektywna interpretacja testu* [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska et al., Kraków 1992, s. 203.

² 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868).

³ Dawniej Dz.U. Nr 147 poz. 713 ze zm.; obecnie Dz.U. z 2020 r. poz. 1683; przy czym treść art. 52 pkt 4 nie uległa zmianie.

zewolenia „chartów rasowych lub ich mieszkańców”, obejmował też przypadek utrzymywania tylko jednego psa. O ile Sąd Rejonowy (dalej SR) zajął negatywne stanowisko, uznając że posiadanie jednego psa nie wypełnia znamion przestępstwa, skoro przepis jasno wskazuje na liczbę mnogą „charty rasowe”, o tyle Sąd Najwyższy (dalej SN) ocenił taką wykładnię jako absurdalną i przyjął, iż zwrot „charty rasowe” obejmuje także jednego psa⁴. Pogląd SR dobrze obrazuje negatywne efekty nadmiernego przywiązania sędziów do języka ustawy i pomijania jej kontekstu⁵.

Zdarzają się też przypadki, kiedy sąd przekształca jasny i jednoznaczny przepis, nadając mu sens prowadzący do absurdu. Tak w moim przekonaniu stało się w sprawie dotyczącej zapewnienia przez gminę bezpłatnego transportu dla dziecka z domu do szkoły. Naczelny Sąd Administracyjny (dalej NSA) początkowy fragment przepisu: „Jeżeli droga dziecka z domu do szkoły, w której obwodzie dziecko mieszka (...)”⁶ nie odczytał bynajmniej w ten sposób, że chodzi o drogę od domu do budynku szkoły, lecz o drogę od domu do przystanku autobusowego, z którego dopiero autobus przewiezie dziecko do szkoły⁷. Stwierdzenie przez NSA, że wyraz „szkoła” oznacza również przystanek autobusowy spowodowało, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy dziecko musiało samodzielnie pokonywać trasę 2,5 km od domu do przystanku i dopiero z tego miejsca autobus – na koszt gminy – odwoził je do szkoły oddalonej o 4 km. Interpretacja przepisu prawa w magiczny sposób skróciła więc odległość między domem a szkołą z 6,5 do 2,5 km. Do absurdów prawnych, chociaż mniej oczywistych dla przeciętnego człowieka, można też zaliczyć stanowisko WSA we Wrocławiu o dopuszczalności przywrócenia na podstawie art. 58 ustawy z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego⁸ terminu o charakterze czysto materialnym z powodu wystąpienia szczególnych okoliczności⁹.

Wskazane przykłady dowodzą, że zjawisko występowania absurdów prawnych ma wymiar nie tylko historyczny, ale jest wciąż aktualne w praktyce i dociera na szczyty judykatury. Sędziowie robiąc użytek ze swojej wiedzy i władzy, mogą powstrzymywać absurdalne działanie prawa bądź też godzić się na realizację jego skutków w rzeczywistości z różnych powodów, zwłaszcza kierując się literalnym znaczeniem przepisu prawnego, które w takim przypadku narusza – zamiast chronić – przewidywalność prawa i spójność systemu prawnego¹⁰. Osiągnięcie sukcesów

⁴ Uchwała SN z 21.11.2001 r., I KZP 26/01, OSNKW 2002/1–2, poz. 4.

⁵ B.G. Slocum, *Ordinary Meaning and Empiricism*, „Statute Law Review” 2019/1, s. 16–17.

⁶ Art. 17 ust. 3 pkt 1 ustawy z 7.09.1991 r. o systemie oświaty (dawniej tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572): „Jeżeli droga dziecka z domu do szkoły, w której obwodzie dziecko mieszka przekracza odległości wymienione w ust. 2, obowiązkiem gminy jest zapewnienie bezpłatnego transportu i opieki w czasie przewozu dziecka albo zwrot kosztów przejazdu dziecka środkami komunikacji publicznej, jeżeli dowożenie zapewniają rodzice, a do ukończenia przez dziecko 7 lat – także zwrot kosztów przejazdu opiekuna dziecka środkami komunikacji publicznej”. Aktualnie warunki realizacji obowiązku zapewnienia bezpłatnego transportu przez gminę dla uczniów szkół podstawowych reguluje art. 39 ustawy z 14.12.2016 r. – Prawo oświatowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 910), który posługuje się identyczną formułą o drodze dziecka z domu do szkoły, i być może dlatego sądy administracyjne wciąż powielają absurdalną wykładnię w swoich orzeczeniach, która głosi, że liczy się droga od domu do przystanku autobusowego, zob. np. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Białymstoku z 4.07.2019 r., II SA/Bk 419/19, LEX nr 2701018.

⁷ Wyrok NSA z 20.06.2012 r., I OSK 699/12, LEX nr 1217246.

⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 256.

⁹ Wyrok WSA we Wrocławiu z 12.09.2018 r., IV SA/Wr 334/18, LEX nr 2559147.

¹⁰ V.M. Dougherty, *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, „The American University Law Review” 1994/1, s. 133–134.

w zmaganiach z absurdami prawnymi zależy od tego, czy sędziowie dostrzegają je, chcą je usuwać i czy potrafią to robić umiejętnie¹¹. Dalszą część opracowania poświęcono pierwszemu etapowi tej triady, a mianowicie zagadnieniu, jakie okoliczności wpływają lub mogą wpływać na odkrywanie przez sędziów absurdów prawnych w konkretnych sprawach. Przyjęcie kilku niezbędnych założeń pomoże – z jednej strony – doprecyzować ten ogólny cel, a z drugiej strony – wybrać, uporządkować i ukierunkować sposoby jego osiągnięcia.

2. PIĘĆ KROKÓW DO ANALIZY PRAKTYKI

Próba sformułowania odpowiedzi na pytanie o to, co sprawia lub może sprawiać, że sędziowie zauważają absurd prawny w rozpoznawanych sprawach opiera się na pięciu założeniach: 1) Ze względu na praktyczny charakter tego pytania zostanie ono ujęte w kontekście operatywnym i opisowym. 2) Sędziowskie poszukiwania absurdów prawnych nie odbywają się „po omacku”, ale w ramach różnych źródeł, które dostarczają wskazówek naprowadzających na absurd. 3) Sposoby i efekty postępowania przez sędziów w razie odnajdywania absurdów poprawiają albo pogarszają zdolność stosującego prawo do ich dostrzegania. 4) Ponieważ nie obowiązuje uniwersalna i wystarczająco sprecyzowana na potrzeby praktyki definicja absurdu prawnego, to sędziowie decydują *ad casum*, czy mają do czynienia z taką sytuacją. 5) Odrzucone zostają przy tym dwie możliwe, skrajne postawy sędziów wobec poszukiwania absurdów prawnych, a mianowicie, że sędziowie przeprowadzają je każdorazowo oraz iż nie przeprowadzają ich w ogóle.

2.1. Krok pierwszy – praktyka i uzasadnienia orzeczeń

Ujęcie tytułowego problemu w kontekście operatywnym i opisowym (pierwsze założenie) kieruje uwagę na rzeczywistą praktykę wykładni i stosowania prawa przez sądy przy rozstrzyganiu indywidualnych spraw, której wyrazem są uzasadnienia wydanych rozstrzygnięć¹². Dlatego na główną część opracowania składają się rozważania dotyczące wybranych wyroków Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz jednego wyroku Sądu Rejonowego w Pabianicach, w których sędziowie opisali w uzasadnieniach orzeczeń odkryte absurd prawny i usunęli je. W polu zainteresowania znalazły się przy tym orzeczenia, które dotyczą stosowania zwykłych (rozsądnych) przepisów prawa, a nie *per se* ewidentnie niedorzecznych. Interesujące jest, że dopiero na gruncie określonych okoliczności lub czynności interpretacyjnych stosowanie takich zwykłych regulacji doprowadziło lub mogło doprowadzić do wystąpienia nieakceptowalnych konsekwencji w konkretnej sprawie.

¹¹ Opieram się na interpretacyjnej triadzie wprowadzonej przez Ewę Łętowską: „widzieć – chcieć – umieć”; widzieć, oznacza dostrzegać problem interpretacyjny, chcieć to mieć wolę przeprowadzenia wykładni prawa, a zwłaszcza dającej odmienny rezultat od zastanego i ostatnie umieć, czyli przeprowadzić proces wykładni, osiągnąć trafny wynik oraz opracować argumentację w celu wykazania jego prawidłowości. E. Łętowska, *Kilka uwag o praktyce wykładni*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002/1, s. 44, 50–53 i 59–60.

¹² Perspektywa uzasadnienia skupia się na argumentach przedstawionych przez sąd w ramach uzasadnienia wydanego orzeczenia w celu poparcia stanowiska, np. co do przyjętej lub odrzuconej wykładni prawa, ustalonych konsekwencji prawnych, czy też odmowy zastosowania przepisu prawa. J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 21 i 25; T. Spyra, *Granice wykładni prawa: znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 25–26.

Na poziomie działalności orzeczniczej sądów można rozróżnić absurdalną wykładnię prawa oraz absurdalne rozstrzygnięcie. W pierwszym przypadku jako absurdalne ocenia się przyjęte w orzeczeniu znaczenie przepisu prawa (jego fragmentu), czyli decyzję interpretacyjną bądź też hipotezę interpretacyjną (gdy sędzia opracował projekt decyzji interpretacyjnej przed wydaniem orzeczenia). Absurd może przy tym obciążać nie tylko wykładnię prawa ustaloną w drodze dyrektyw językowych, systemowych czy też funkcjonalnych, ale także bezpośrednie rozumienie przepisu prawa wynikające z użycia reguł sensu języka¹³. Natomiast w przypadku rozstrzygnięcia, ocena głosząca absurdalność odnosi się do decyzji finalnej stosowania prawa, a więc absurdalne są ustalone w orzeczeniu konsekwencje prawne dla danego stanu faktycznego (albo wskazane jako właściwe, gdy rozstrzygnięcie ma charakter kasacyjny, jak np. w przypadku większości orzeczeń sądów administracyjnych). Absurdalne rozstrzygnięcie może przy tym stanowić następstwo absurdalnej albo prawidłowej (w znaczeniu nieabsurdalnej) wykładni prawa (czy też bezpośredniego rozumienia).

Poza granicami kontekstu operatywnego i opisowego pozostają natomiast rozważania nad rzeczywistymi procesami myślowymi sędziów, ich stanami mentalnymi oraz dyskusjami odbytymi w gronie sędziowskim, jakie wiązały się z rozpoznaniem konkretnej sprawy, lecz nie znalazły wyraźnego odbicia w uzasadnieniu orzeczenia¹⁴. Psychologiczny materiał badawczy, atrakcyjny skądinąd dla perspektywy odkrycia, w odróżnieniu od publikowanych orzeczeń jest zazwyczaj niedostępny i chociaż mógłby dostarczyć interesujących, a nawet wartościowych informacji o sposobach lub okolicznościach odkrywania absurdów prawnych, to pozostaje w tym samym miejscu gdzie powstał – zamknięty w umyśle sędziego. Z opisowego punktu widzenia satysfakcjonującej odpowiedzi na pytanie, co sprawia (może sprawiać), że sędziowie zauważają absurd prawny nie dostarczy też koncepcja tzw. *hunch*. Pojęcie to ogólnie można wyjaśnić jako raczej przypadkowy przebłysk, wrażenie czy przeczucie jakiego doznaje sędzia zastanawiający się nad danym problemem; „*hunch*” może naprowadzić sędziego na rozwiązanie sprawy i zdeterminować wybór pasujących do tego rozwiązania norm prawnych¹⁵. Ponieważ przebłyski, wrażenia czy przeczucia jakie zrodziły się w umyśle sędziego właściwie nie są prezentowane w uzasadnieniach orzeczeń, to jako niedostępny materiał psychologiczny nie zostaną uwzględnione przy rekonstruowaniu sposobów odkrywania interesujących nas przypadków.

Następstwem przyjęcia operatywnego i opisowego kontekstu rozważań jest sytuacyjność sędziowskich poszukiwań¹⁶. Sędzia dostrzega bowiem absurdalne

¹³ Jak przyjmuje się w teorii prawa, „Bezpośrednie rozumienie występuje, gdy w kontekście użycia języka prawnego nie ma wątpliwości, że rozpatrywany stan faktyczny (warunki, osoby, zachowanie) mieści się w zakresie wyznaczonym przez przepis (pozytywny rdzeń znaczeniowy) albo się w nim nie mieści (negatywny rdzeń znaczeniowy)”. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990, s. 58.

¹⁴ Wymienione kwestie wpisują się w perspektywę odkrycia (heurezy), która skupia się na intelektualnych procesach dochodzenia do rozstrzygnięć lub rozwiązywania problemów. J. Holocher, *Kontekst odkrycia i kontekst uzasadnienia w świetle topicznej koncepcji prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2009, t. LXXX, s. 12–13.

¹⁵ J.C. Hutcheson Jr., *The Judgement Intuitive: the Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, „Cornell Law Quarterly” 1929, t. 14, s. 278, 282, 285 i 287. Koncepcję „*hunch*” skrytykowano m.in. za wyolbrzymianie przypadkowości, nieprzewidywalności dochodzenia przez sędziego do rozstrzygnięcia, które przypomina celowanie „na chybił trafił”, ale zasadniczo różni się od intuicji interpretacyjnej opartej na wiedzy, umiejętnościach i doświadczeniu sędziego. R.A. Posner, *How Judges Think*, Cambridge–Massachusetts–Londyn 2010, s. 113.

¹⁶ C.P. Wells, *Improving one’s situation: some pragmatic reflections on the art of judging*, „Washington & Lee Law Review” 1992/2, s. 323; L. Leszczyński, *Wykładnia operatywna (podstawowe właściwości)*, „Państwo i Prawo” 2009/6, s. 11 i 13.

działanie prawa w ramach splatających się ze sobą prawnych i faktycznych okoliczności konkretnej sprawy. Siłą rzeczy bierze je pod uwagę, gdy zastanawia się, czy wykładnia lub zastosowanie normy prawnej doprowadzi lub doprowadziło w konkretnym przypadku do absurdalnego rozstrzygnięcia sprawy.

Sytuacyjność poszukiwań w takich przypadkach najdobitniej przejawia się wtedy, gdy konstelacja prawnych i faktycznych okoliczności ma unikatowy charakter, a więc jest mało prawdopodobne, aby w przyszłości powtarzała się wielokrotnie. Tak było np. w sprawie Kirby, bowiem listonosz-morderca zatrzymany podczas roznoszenia poczty to zdarzenie raczej wyjątkowe; podobnie za wyjątkowe można uznać odczytywanie wyroku w sprawie Amber Gold¹⁷ przez ok. cztery miesiące, co obejmowało m.in. wymienienie ponad 18 tys. imion i nazwisk osób poszkodowanych przez działania oskarżonych¹⁸. Trzeba się jednak liczyć z ewentualnością, że nawet specyficzny zestaw prawnych i faktycznych okoliczności, powstały w ramach jednej sprawy może się powtórzyć w kolejnych sprawach¹⁹.

Warto również zwrócić uwagę, że z perspektywy proceduralnej pozycji sędziego, który rozpoznaje konkretną sprawę, odkrywanie absurdów prawnych może odbywać się na poziomie wewnętrznym lub zewnętrznym. Na poziomie wewnętrznym sędzia koncentruje się na sprawdzeniu, czy przepisy prawa, które stosuje w okolicznościach rozpoznawanej sprawy mogą doprowadzić do powstania w niej nieakceptowalnych skutków. Krótko mówiąc, sędzia poszukuje absurdów prawnych we własnym procesie decyzyjnym, we własnym projektowanym rozstrzygnięciu. Z kolei na poziomie zewnętrznym sędzia weryfikuje już wydane rozstrzygnięcie przez inny sąd lub organ administracji publicznej, a więc „cudze” akty stosowania prawa i to one są obszarem, na którym prowadzi poszukiwania absurdów prawnych. Oczywiście w jednym przypadku oba poziomy mogą wystąpić łącznie bądź też w grę wejdzie tylko jeden.

Kontekst praktyki sądowej uzasadnia wprowadzenie podziału na proste i trudne przypadki o charakterze materialnym lub proceduralnym. Opracowano różne koncepcje takiego podziału, jednak w tym miejscu nie opieram się wyłącznie na jednej z nich, lecz wymieniam wybrane czynniki mające znaczenie dla oddzielenia jednych od drugich²⁰.

Przypadki proste wyróżniają się zatem: standardowym stanem faktycznym z perspektywy treści stosowanych przepisów prawnych, jasnym i jednoznacznym rozumieniem przepisów prawnych uzyskanym za pomocą dyrektyw wykładni językowej – co nie znaczy, że jest ono prawidłowe i definitywne – oraz związanym charakterem rozstrzygnięcia (prawo wyznacza tylko jeden rodzaj konsekwencji prawnych) lub absolutnie jednolitym podejściem w orzecznictwie. W tym sensie

¹⁷ Wyrok Sądu Okręgowego (dalej SO) w Gdańsku z 20.05.2019 r., IV K 123/15, niepubl.

¹⁸ W postępowaniu karnym na przewodniczącym składu sędziowskiego spoczywa obowiązek publicznego ogłoszenia wyroku – art. 418 § 1 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (dawniej Dz.U. z 2018 r. poz. 1897 ze zm.; obecnie Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm. – dalej k.p.k.). Szerzej na temat odczytywania wyroku w sprawie *Amber Gold* zob. <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/amber-gold-sedzia-od-dwoch-miesiecy-czyta-wyrok-skonczy-we-wrzesniu/fgy3yz0> i <https://www.tvn24.pl/lodz/69/sprawa-amber-gold-sedzia-godzinami-w-pustej-sali-odczytuje-wyrok,937724.html> (dostęp: 31.07.2019 r.).

¹⁹ J.R. Siegel, *What Statutory Drafting Errors Teach Us About Statutory Interpretation*, „The George Washington Law Review” 2001/3, s. 314.

²⁰ B. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oksford 2009, s. 81–82; E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht 2017, s. 3; K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 273–275.

prosta była sprawa zarówno objęcia dziecka bezpłatnym transportem z domu do szkoły, jak i kwestia proceduralna dotycząca odczytania przez przewodniczącego wyroku w sprawie Amber Gold.

Dla odmiany w przypadkach trudnych: stan faktyczny może być standardowy lub do pewnego stopnia specyficzny, literalne znaczenie normy prawnej nie jest jednoznaczne albo też nie jest ono dostępne z powodu niedookreślonych pojęć zawartych w przepisie prawnym, w grę wchodzi kilka prawidłowych wariantów znaczenia przepisu prawnego lub rozstrzygnięcia sprawy²¹ bądź ujawniły się luki konstrukcyjne, doszło do sprzeczności przepisów prawa, a rozstrzygnięcie sprawy może być przy tym związane albo uznaniowe. Trudny charakter sprawy będzie w szczególności potwierdzać niejednolite orzecznictwo sądów²². Za trudny można więc uznać przypadek aresztowania listonosza w sprawie Kirby ze względu na jego szczególne okoliczności, jak też przypadek hodowli jednego psa rasy chart, bowiem nie mieścił się on w zakresie zastosowania przepisu prawa przy jego dosłownym odczytaniu i dotarł aż na poziom SN.

Absurdy prawne mogą zatem występować zarówno w sprawach prostych, jak i trudnych. Warto skorzystać z tego podziału przy analizie konkretnych orzeczeń sądowych, aby przekonać się, czy charakter sprawy wpłynął na ich odkrycie, a jeżeli tak, to jaki czynnik miał znaczenie dominujące.

2.2. Krok drugi – wskazówki o absurdach

Praktyczny i sytuacyjny charakter sędziowskich poszukiwań przejawów absurdu działania prawa sprawia, że odbywają się one częściowo za pomocą wskazówek płynących z różnych źródeł (drugie założenie). Oprócz własnego doświadczenia, wiedzy i umiejętności w wykrywaniu absurdów sędziowie mogą bowiem korzystać np. ze stanowisk stron i uczestników postępowania, orzeczeń sądów wydanych w podobnych sprawach, kontrolowanych orzeczeń organów administracyjnych lub sądów niższej instancji, poglądów doktryny czy materiałów legislacyjnych. Każda wskazówka naprowadzająca na absurd prawny powinna zostać oceniona przez sędziego według przyjętych przez niego kryteriów (najlepiej, gdy mają oparcie w panującej kulturze prawnej), ponieważ to sędzia jest ekspertem od prawa, a także posiada władzę nad wykładnią i stosowaniem norm prawnych w konkretnej sprawie²³, a zatem również nad stwierdzaniem absurdu działania prawa.

²¹ W literaturze zwrócono uwagę na przeszkodę w obiektywnym rozstrzyganiu trudnych przypadków spowodowaną odmiennymi poglądami panującymi wśród sędziów na przesłanki prawidłowej decyzji interpretacyjnej lub rozstrzygającej sprawę. R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts) – Londyn 1990, s. 459.

²² Przykładowo, można wskazać na rozbieżności w orzecznictwie NSA co do konstrukcji podstaw kasacyjnych skargi kasacyjnej (uchwała NSA z 26.10.2010 r., I OPS 10/09, ONSAiWSA 2010/1, poz. 1), jak też na rozbieżności w orzecznictwie SN w sprawie nabycia prawa do renty rodzinnej po osobie, która chociaż nie spełniała ustawowych warunków, to przez błędną decyzję Zakładu Ubezpieczeń Społecznych (dalej ZUS) pobierała świadczenie emerytalne lub rentowe (uchwała SN z 26.04.2017 r., III UZP 1/17, OSNP 2017/9, poz. 114).

²³ Podkreślił to Marek Zirk-Sadowski: „Choć Monteskiusz uważał, że władza sędziowska nie jest «żadną władzą», to dzisiaj dzięki analitycznej teorii prawa jest oczywiste, że władza sędziowska jest w istocie władzą nad znaczeniem tekstu prawnego”. M. Zirk-Sadowski, *Epistemologia prawa a teorie wykładni* [w:] *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Paleckiego*, Toruń 2006, s. 71; podobnie E.T. Feteris, *Fundamentals...*, s. 3.

W rezultacie przeprowadzonej oceny jedne wskazówki okazały się chybione i bezużyteczne²⁴, natomiast inne cenne i dlatego pożyteczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Konkludując, zdolność sędziów do „dostrzegania absurdów” mogą wspierać informacje pochodzące ze źródeł zewnętrznych w stosunku do własnych przemysłów sędziów o absurdalnym działaniu prawa w danym stanie faktycznym, ale powinny one zostać zweryfikowane.

2.3. Krok trzeci – pozbywanie się absurdów prawnych

Przejdźmy teraz do trzeciego założenia związanego z czynnościami podejmowanymi po wykryciu absurdu i ich wynikami pamiętając o tym, że liczą się tylko te przedstawione *explicite* w uzasadnieniu orzeczenia. Sędzia po odkryciu absurdalnego działania prawa w rozpoznawanej sprawie może uczynić jedno z dwojga: przyzwolić na powstanie takich rezultatów albo też im zapobiec. Wybór pierwszego oznacza zastosowanie normy prawnej przy jej literalnym albo nieliteralnym odczytaniu²⁵ i doprowadzenie tym samym do wystąpienia nieakceptowalnych skutków, natomiast skorzystanie z drugiego wyjścia, czyli podjęcie decyzji o powstrzymaniu absurdalnego działania prawa najczęściej wymaga odrzucenia jednej alternatywy interpretacyjnej, i opracowaniu odmiennej, wolnej od takiej skazy bądź też wyjątkowo sięgnięcia po bardziej radykalne rozwiązanie – odmowę zastosowania normy prawnej lub jej części.

Formalistyczne nastawienie sędziego do wykładni i stosowania prawa²⁶ sprawia, że nie jest on skłonny do porzucenia literalnego znaczenia normy prawnej lub zrezygnowania z zastosowania jej w całości lub części (jak w przykładzie z hodowlą jednego psa). Napotkane absurdury prawne stwarzają dla sędziego formalisty poważny dylemat: albo zachowując wierność tekstowi prawnemu wyda rozstrzygnięcie skutkujące absurdem, albo też odstąpi od zastosowania wadliwego przepisu, aby uniknąć niepożądanych konsekwencji, co jednak podważa formalistyczny dogmat, że tekst ustawy wyznacza prawo, którego należy przestrzegać²⁷. Przy formalistycznym nastawieniu, zdolność sędziego do dostrzegania absurdów prawnych wydaje się niska, co następnie może potwierdzić treść uzasadnienia orzeczenia, w którym

²⁴ W praktyce niejednokrotnie strony wyrażają w pismach procesowych korzystne dla siebie poglądy co do wykładni przepisów prawnych, ale jednocześnie prowadzące do absurdów, stąd też sędziowie powinni je dokładnie weryfikować tak, aby „wskazówka” interpretacyjna nie okazała się pułapką. Przykładowo, w jednej ze spraw oskarżony o niewypełnianie obowiązku alimentacyjnego uważał, że sąd nie może wymierzyć kary pozbawienia wolności, ponieważ wówczas uniemożliwi mu to wypełnianie obowiązku alimentacyjnego wobec córki; sąd natomiast wyjaśnił, iż takie stanowisko w ogóle wykluczałoby wymierzanie przestępcom alimentacyjnym kary pozbawienia wolności i stało w sprzeczności z art. 209 §1a ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1444 – dalej k.k.), który taką karę wyraźnie przewiduje (wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z 15.06.2018 r., IV Ka 294/18, LEX nr 2544782).

²⁵ Przez wykładnię literalną rozumiem tu znaczenie przepisu prawa ustalone wyłącznie w drodze dyrektyw wykładni językowej, natomiast przez wykładnię nieliteralną – wynik zastosowania dyrektyw wykładni systemowej, funkcjonalnej lub wnioskowań prawniczych, który jest odmienny od wyniku uzyskanego przy użyciu dyrektyw wykładni językowej; szerzej na temat różnych koncepcji znaczenia literalnego występujących w teorii i praktyce zob. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 109–116.

²⁶ Formalistyczne nastawienie do wykładni i stosowania prawa głównie charakteryzuje się: a) automatycznym przechodzeniem od przesłanek do wniosku, z pominięciem dokonywania ocen i wyborów aksjologicznych, b) redukcjonizmem standardów, narzędzi interpretacyjnych lub aktualizacji tekstu prawnego, c) ograniczeniem swobody interpretacyjnej podczas ustalania znaczenia przepisu prawa. M. Matczak, *Summa Iniriura. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 70.

²⁷ J.R. Siegel, *What Statutory...*, s. 310 i 324.

takie działanie prawa nie zostanie przedstawione jako istotny problem wymagający rozwiązania. Z kolei dostrzeżenie absurdu prawnego – odzwierciedlone w uzasadnieniu orzeczenia – nie będzie stanowiło warsztatowej i kompetencyjnej trudności dla sędziów, którzy przy interpretacji i stosowaniu prawa uwzględniają korzystne, i niekorzystne konsekwencje własnych lub kontrolowanych rozstrzygnięć, np. z perspektywy celu lub funkcji regulacji prawnej. Podsumowując, sposoby usuwania problemów związanych z absurdalnym działaniem prawa, skutki wywieranie przez nie na tekst prawny, a także proceduralny wymóg opisanie tych sposobów i skutków w uzasadnieniu orzeczenia mogą wpływać na decyzję sędziego, czy w konkretnej sprawie stwierdzi, że ma do czynienia z absurdem prawnym, a nawet czy w ogóle podejmie się jego poszukiwania.

Wyjątkowo zdarzają się sprawy, w których sędziowie świadomie wprowadzają absurdy prawne w życie, chociaż za pomocą dostępnych środków interpretacyjnych mogliby wybrać inne – *secundum legem* – wyjście. Przykładowo, w jednym z wyroków na kierowcę za prowadzenie ciągnika rolniczego w stanie nietrzeźwości nałożono zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych z wyjątkiem... ciągników rolniczych²⁸; w innym natomiast – przez naruszenie zakazu wykładni synonimicznej – cmentarz ujęty w gminnej ewidencji zabytków zrównano z cmentarzem wpisanym do rejestru zabytków, co – z jednej strony – przełożyło się na zakwalifikowanie wymiany płyty nagrobnej jako wykroczenia, a z drugiej – prowadziło do wniosku, że status zabytku wpisanego do rejestru posiadają również nowo wzniesione groby na cmentarzach objętych ewidencją²⁹ (wszystkie pogrubienia – K.Ł.).

Niestety, z pewnymi absurdami prawnymi nie poradzą sobie nawet sędziowie podążający drogami aktywizmu sędziowskiego, których charakteryzuje m.in. prawotwórcze rozwijanie prawa, odchodzenie od wykładni literalnej czy przeprowadzanie doraźnej kontroli konstytucyjności przepisów ustawy³⁰, bowiem nie pozwalają na to m.in. zasady prawa, brak luzów decyzyjnych przy wykładni lub stosowaniu prawa, kompetencje sądu w danym trybie postępowania czy etos sędziego lub konstytucyjne ograniczenia władzy sądowniczej. Doraźne przełamywanie tych ograniczeń może zresztą doprowadzić do uchylecia wyroku w postępowaniu odwoławczym lub nadzwyczajnym, a wtedy cały trud włożony w powstrzymanie absurdu okaże się daremny. Wydaje się zatem zrozumiałe, że w szczególnych przypadkach być może nawet doskonały sędzia Herkules ugiałby się pod tym ciężarem³¹. Pomińmy zatem takie „ultra-absurdy” skoro sędziowie poza ich wykryciem nie mogą ich powstrzymać.

²⁸ Wyrok SR w Chojnicach z 7.09.2017 r., II K 282/18, niepubl.; wyrok ten został uchylony wyrokiem SO w Poznaniu z 27.11.2017 r., IV Ka 1032/17, LEX nr 2416205, z powodu błędnej wykładni art. 42 § 2 k.k. poprzez przyjęcie, że przepis ten nie wymaga orzeczenia zakazu prowadzenia takiego rodzaju pojazdów mechanicznych, do którego należy pojazd, jakim kierował sprawca w czasie popełnienia przestępstwa.

²⁹ Wyrokiem SR w Otwoku z 16.08.2018 r., II W 347/17, niepubl., oskarżoną uznano winną popełnienia wykroczenia prowadzenia robót budowlanych bez pozwolenia przy grobie (wymiana starej płyty nagrobnej na nową) na tej właśnie podstawie, że cmentarz wpisany do gminnej ewidencji zabytków sąd zrównał z zabytkiem wpisanym do rejestru zabytków. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 15.04.2019 r., VI Ka 1382/18, LEX nr 2673302, dostrzegł naruszenie zakazu wykładni synonimicznej i wynikający z tego absurd, dlatego też zmienił wyrok SR uniewinniając osobę od popełnienia zarzucanego wykroczenia.

³⁰ L. Morawski, *Czy sądy mogą się angażować politycznie*, „Państwo i Prawo” 2006/3, s. 9 i 13; K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism”*, „California Law Review” 2004/5, s. 1463 i 1471.

³¹ Mityczny sędzia Herkules, stworzony przez Ronalda Dworkina, posiada nadludzkie zdolności, wiedzę, cierpliwość i wnikliwość, które wykorzystuje przy rozwiązywaniu trudnych przypadków. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 198.

2.4. Krok czwarty – różnorodność absurdów prawnych

Zgodnie z czwartym założeniem od oceny sędziego zależy, czy działanie normy prawnej zostanie uznane za absurdalne w swych skutkach. Ostatecznie to sędzia stwierdza, że ma (bądź też nie) do czynienia z absurdem prawnym w konkretnej sprawie, chociaż swoich zwolenników ma także przeciwnie stanowisko zabraniające sędziom oceniania, które ustawy są niemądre, a które rozsądne³². Odnajdywanie absurdów prawnych zależy więc od kluczowego kryterium pojęciowego – co sędzia rozumie przez taki rezultat działania prawa. Ponieważ nie obowiązuje precyzyjna, wyczerpująca i powszechnie respektowana w praktyce sądowej charakterystyka absurdu prawnego, to sędzia w ramach posiadanej władzy dyskrecyjnej doraźnie ocenia, czy norma prawna prowadzi do wspomnianych rezultatów³³. Władza dyskrecyjna jest tu rozumiana szeroko, oznacza bowiem: „swobodę decyzyjną, mieszczącą się co do jej przejawów i zakresu w ramach określonego porządku prawnego (w tym zwłaszcza w jego założeniach strukturalnych i aksjologicznych), dotyczącą wszystkich elementów składowych (czynności i rozumowań) procesu decyzyjnego stosowania prawa”³⁴.

Gdyby istniał doskonały test pozwalający bezbłędnie wykrywać wszelkie, nawet potencjalne absurdy prawne, niezależnie od ich przyczyn lub charakteru, to zapewne funkcjonowałby już w procesach legislacyjnych, dzięki czemu sędziowie nie musieliby już sprawdzać ryzyka absurdalności tekstów prawnych³⁵, a co najwyżej zupełnie wyjątkowo badałoby własne i weryfikowane orzeczenia (nawet bowiem jasny i racjonalny przepis prawa może w konkretnej sprawie zostać wypaczony przez nieumiejętną wykładnię). W rzeczywistości jednak taki test nie istnieje i powstać nie może, chociażby z tego względu, że nie da się dokładnie ustalić wszelkich sytuacji, i szczególnych okoliczności w jakich norma prawna znajdzie zastosowanie, konsekwencji jakie wywoła, jak również jej relacji do innych norm prawnych. Dopiero działanie prawa w przeróżnych sytuacjach życiowych może ujawnić absurdalne przypadki, których wcześniej żaden staranny, przenikliwy uczestnik procesu legislacyjnego nie przewidział³⁶.

Niezależnie od braku doskonałego testu, absurdy prawne występują zarówno na poziomie tekstu prawnego, jak i na poziomie działania prawa, a sędziowie odkrywają je, co oznacza, że można przynajmniej w ogólny sposób wskazać na główne rodzaje absurdów prawnych. Pomocne w tym celu będą propozycje wysunięte w literaturze,

³² A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 2018, s. 20.

³³ Trafnie zauważył Neil MacCormick, że konsekwencje wywołane przez orzeczenia sędziowie oceniają według różnych wartości, a nie według jednego standardu. N. MacCormick, *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*, „New York University Law Review” 1983/2, s. 255.

³⁴ L. Leszczyński, *Dyskrejonalność a jednolitość stosowania prawa. Rola argumentu per rationem decidendi* [w:] *Dyskrejonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawicki, Warszawa 2010, s. 137.

³⁵ Wydaje się, że doskonały test rozpoznawania mógłby zostać przynajmniej teoretycznie opracowany przy najwęższym ujęciu zagadnienia absurdu prawnego, a mianowicie upatrującym jego przyczyn wyłącznie w oczywistych *lapsus linguae* popełnionych przez prawodawcę, wówczas bowiem punktem odniesienia są powszechnie uznane reguły poprawności językowej oraz konstruowania tekstów prawnych, a nie np. cele ustawy, sprawiedliwość lub inne wartości. A. Scalia, J.F. Manning, *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „George Washington Law Review” 2012/6, s. 1613–1614.

³⁶ Osoby zaangażowane w procesy powstawania tekstów prawnych przewidują różne sytuacje i problemy, jakie mogą pojawić się w związku z projektowanymi regulacjami, natomiast już po ich wejściu w życie ujawniają się zupełnie nowe problemy, które nikomu wcześniej nie przyszły na myśl; takie samo zjawisko występuje w przypadku tworzenia oprogramowania, które przed oddaniem w ręce użytkowników testuje się o wiele dokładniej i rzetelniej niż teksty prawne. J.R. Siegel, *What Statutory...*, s. 342–343.

bowiem przedstawiają uogólnione i uporządkowane rozumienia absurdów prawnych, które w mniejszym lub większym stopniu oparte są na orzecznictwie sądowym. Za absurdalne uznaje się zatem takie działanie normy prawnej, którego skutki: są sprzeczne z logiką lub prowadzą do rażącej niesprawiedliwości³⁷, wymagają niemożliwych zachowań lub stanów rzeczy³⁸, zawierają twierdzenia faktyczne niezgodne z obiektywną rzeczywistością, podważają autorytet prawa³⁹, są niezgodne z uzasadnionymi oczekiwaniami, nie mogą zostać zaakceptowane ze względu na ich przypadkowość lub powszechnie uznawane wartości⁴⁰ bądź też wartości przypisywane prawodawcy⁴¹ prowadzące do powstania sprzeczności z inną normą prawną⁴², wykluczające osiągnięcie celu prawnego⁴³, w radykalny i ewidentny sposób uchybiające wartościom wyrażającym racjonalność lub zdrowy rozsądek⁴⁴. Warto również wspomnieć o koncepcji Marcina Matczaka, według której za absurdalną należy uznać wykładnię prawa, jeżeli prowadzi ona do: „1) powstania stanu rzeczy, który jest niemożliwy do zrealizowania; 2) powstania stanu rzeczy, który jest wprawdzie możliwy do zrealizowania, ale niemożliwy do pogodzenia z innymi stanami rzeczy, projektowanymi przez prawo”⁴⁵.

Każde z wyróżnionych ujęć można rozwinąć, co wykracza jednak poza cel i ramy niniejszego opracowania. Warto natomiast podkreślić, że ich różnorodność i ogólność przynosi wymierną korzyść, bowiem dodatkowo uzasadnia przyjęte założenie, że sędziowie korzystają z władzy dyskrecyjnej zarówno przy wyborze danego rodzaju absurdu prawnego dla oceny działania norm prawnych, jak i podczas jego konkretyzowania w kontekście prawnych i faktycznych okoliczności rozpoznawanej sprawy, np. określają, na czym polega niesprawiedliwość, co kryje się za autorytetem prawa lub jaki cel przyświeca ustawie. Niektóre z przedstawionych ujęć zostaną dalej wykorzystane po to, aby dokładnie zrekonstruować absurd prawny, z jakim sędzia miał do czynienia w konkretnej sprawie, jak również sposób, za pomocą którego został on odkryty.

2.5. Krok piąty – zrezygnowanie ze skrajności

Ostatnie założenie odrzuca dwie skrajne, wykluczające się wzajemnie możliwości:

a) sędziowie w każdym przypadku poszukują absurdów prawnych, oraz b) sędziowie nigdy tego nie robią. Usuwa ono nieadekwatne do obrazu praktyki orzeczniczej

³⁷ Ch. Perelman, *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984, s. 94.

³⁸ K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2008, s. 19; L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 59–60.

³⁹ T. Bustamante, *On the Argumentum ad Absurdum in Statutory Interpretation: Its Uses and Normative Significance* [w:] *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspective*, red. C. Dahlman, E. Feteris, Dordrecht 2013, s. 33–34 i 40.

⁴⁰ B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008, s. 103.

⁴¹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 86.

⁴² T. Bustamante, *On the Argumentum...*, s. 38 i 41.

⁴³ E.T. Feteris, *The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: APragma-Dialectical Perspective*, "Argumentation" 2005/4, s. 466–467.

⁴⁴ V.M. Dougherty, *Absurdity...*, s. 151 i 164; E.T. Feteris, *Argumentation from Reasonableness in the Justification of Judicial Decisions* [w:] *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, red. T. Bustamante, C. Dahlman, Szwajcaria 2015, s. 187.

⁴⁵ M. Matczak, *Argumentum ad absurdum w uzasadnieniu decyzji stosowania prawa a założenie o racjonalności prawodawcy – analiza krytyczna* [w:] *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzućcio-Grochowska, M. Grochowski, Warszawa 2015, s. 106. Wydaje się, że propozycja M. Matczaka konsumuje w szerokim zakresie wcześniej wymienione rodzaje absurdów prawnych, bowiem stany rzeczy projektowane przez prawo ustala się m.in. za pomocą wartości zawartych w zasadach, celów poszczególnych przepisów ustawy czy instytucji prawnych, zdrowego rozsądku, obiektywnej rzeczywistości itd.

skrajne poglądy o teoretycznym charakterze, a jednocześnie dodatkowo uzasadnia główne pytanie o to, co sprawia, że sędziowie chcą i potrafią dostrzegać absurdy prawne w pewnych sprawach, skoro nie w każdym przypadku sprawdzają, czy działanie norm prawnych prowadzi do takich rezultatów. Przyjęte założenie wyrasta z przekonania, że prawo powinno być racjonalne, wolne od absurdów, a jeżeli już zdarzy się, że prowadzi ono do odwrotnych skutków, to sędziowie mają za zadanie powstrzymać je, aby chronić wartości i podmioty, na których sytuację skutki te wpływają oraz przywrócić autorytet prawu. Za odrzuceniem skrajnych możliwości przemawiają jeszcze inne względy, które wypada zasygnalizować.

Za fundament pierwszego stanowiska musiałoby posłużyć twierdzenie, że prawo potencjalnie może w każdym przypadku wymagać od sędziego wydania rozstrzygnięcia sprowadzającego absurdalne konsekwencje. Innymi słowy, sędzia za każdym razem przystępując do rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy kierowałby się domniemaniem – co prawda wzruszalnym – o rażącej wadliwości prawa i szaleństwie ustawodawcy, którą w miarę możliwości, i z poszanowaniem ograniczeń nałożonych na władzę sądową, należy wykryć i usunąć. Podejście z góry uznające potencjalną absurdalność prawa jest nie do utrzymania już tylko z tego powodu, że obok przymusu jedną z niezbędnych właściwości prawa jest również jego prawidłowość⁴⁶. Sędziowie nie mogą zatem kierować się odwrotnym założeniem o rażącej wadliwości prawa, co sprowadzałoby się w praktyce do realizowania domniemania o nieracjonalności ustawodawcy w sferze językowej, aksjologicznej, normatywnej itd.⁴⁷

Z kolei na przeciwnym biegunie znajduje się stanowisko wymagające od sędziów bezwzględneho posłuszeństwa prawu takiemu, jakie jest według tekstu prawnego, z wyjątkiem ewidentnych przejęczyń ustawodawcy. Sędzia sprowadzony do roli „ust ustawy”, „automatu subsumpcyjnego” czy buchaltera nie może zatem oceniać, czy prawo wywoła absurd w danej sprawie, ale ma skrupulatnie wypełniać spoczywający na nim obowiązek wiernego respektowania dogmatów o racjonalności prawodawcy i prawidłowości prawa, podobnie jak koń Boxer lojalnie wykonywał polecenia nieomylnego Napoleona, który przecież zawsze miał rację. Za odrzuceniem drugiego stanowiska wystarczająco mocno przemawia praktyka orzecznicza, ponieważ dostarcza przykładów na występowanie absurdów prawnych, które zazwyczaj biorą swój początek na etapie powstawania tekstów prawnych, gdzie m.in. popełnia się błędy w zakresie redakcji lub treści przepisów prawnych, pomija niektóre sytuacje, w jakich znajdują one zastosowanie, przyjmuje mętne kompromisy semantyczne lub celowo opracowuje rozwiązania godzące w zdrowy rozsądek, ale mające zaspokoić pewne dążenia polityczne. System prawny nie jest i nie może być idealnie racjonalny, spójny i skuteczny, czy to na poziomie tekstu czy też praktyki, bowiem obie rzeczywistości kształtowane są przez niedoskonałych ludzi⁴⁸. Jeżeli zatem

⁴⁶ R. Alexy, *The Nature of Legal Philosophy*, „Ratio Juris” 2004/2, s. 163–164.

⁴⁷ Powszechnie znane prawnikom ułomności realnych prawodawców uzasadniają postrzeganie założenia o racjonalności prawodawcy jako kontrfaktycznego, ale póki co nie przemawiają za sformulowaniem przeciwnego założenia o jego nieracjonalności; szerzej o krytyce domniemania racjonalności ustawodawcy zob. M. Matczak, *Argumentum...*, s. 112–114.

⁴⁸ Teksty prawne w rzeczywistości nie są dziełem fikcyjnego prawodawcy racjonalnego, ale prawodawcy faktycznego, czyli osób, które „biorą udział w procesie przygotowywania i stanowienia aktów prawnych (...) wywierają rzeczywisty wpływ na ukształtowanie treści tych aktów i nadanie im określonego kształtu formalnego”. S. Wronkowska [w:] *Zarys teorii prawa*, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Poznań 2001, s. 128.

doświadczenie potwierdza, że w tekstach prawnych kryją się absurdy⁴⁹, to sędzia wyprowadzając z przepisów prawa rozstrzygnięcie dla sprawy, powinien zachować czujność i zrezygnować ze skrajnego poglądu, iż ustawodawca ma zawsze rację.

3. ODKRYWANIE ABSURDÓW PRAWNYCH W PRAKTYCE SĄDOWEJ

Absurdy prawne występują w każdej dziedzinie prawa, stąd też mają z nimi do czynienia zarówno sędziowie SN, sądów powszechnych, jak i sądów administracyjnych przy rozpoznawaniu indywidualnych spraw. To sprawiło, że dyrektywa wykładni *argumentum ad absurdum* urosła do rangi uniwersalnej dla wszystkich porządków prawnych⁵⁰. Dlatego warto zaprezentować rozmaite przypadki absurdalnego działania prawa, bez ograniczania się tylko do jednej dziedziny prawa, czy też ustawy po to, aby ukazać różne praktyczne sposoby i okoliczności odkrywania przez sędziów absurdów prawnych. Starając się zachować porządek i przejrzystość w omawianiu konkretnych przypadków, podzielono je według następujących rodzajów absurdalnych następstw działania prawa: 1) rażąca niesprawiedliwość; 2) niezgodność z celem instytucji prawnej; 3) niestosowność regulacji prawnej; 4) obciążenie jednostki negatywnymi konsekwencjami błędów popełnionych przez administrację publiczną, oraz 5) uchybienie zdrowemu rozsądkowi. W tym samym celu przy analizie każdego wyroku uwzględniono aspekty ściśle związane z odkryciem absurdu prawnego, a mianowicie: prosty albo trudny charakter sprawy; standardowe albo specyficzne okoliczności faktyczne sprawy; na czym polegało absurdalne działanie prawa, skąd ono wynikało – wprost z samego tekstu aktu prawnego, czy może dopiero z praktyki jego zastosowania przez organ administracji publicznej lub sąd, a także w jaki sposób zostało ono usunięte przez sędziego.

3.1. Rażąca niesprawiedliwość

Pierwszy ze sposobów odkrywania absurdów prawnych wiąże się ze sprawdzeniem, czy działanie prawa wywołało rażąca niesprawiedliwość. Może to zobrazować wyrok NSA⁵¹ dotyczący przypadku, w którym zastosowanie jednoznacznych przepisów prawnych odczytanych przy tym literalnie, prowadziłoby do poważnego naruszenia sprawiedliwości dystrybtywnej (rozdzielczej), odnoszącej się głównie do rozdzielania przez państwo lub inną wspólnotę różnych dóbr i ciężarów między członków pewnej grupy⁵².

W omawianym przypadku stan rażącej niesprawiedliwości charakteryzował się możliwością łącznego pobierania w tym samym czasie dwóch różnych świadczeń pieniężnych przez sędziego sądu wojskowego w stanie spoczynku, którego zwolniono ze służby wojskowej. Chodziło mianowicie o: 1) uposażenie dla sędziego w stanie spoczynku, oraz 2) świadczenie nabywane z tytułu zwolnienia ze służby wojskowej, które wypłaca się przez okres jednego roku po zwolnieniu. Absurdalne go działania prawa godzącego w sprawiedliwość dystrybtywną NSA dopatrzył się

⁴⁹ Kilka przykładów absurdów prawnych już podano, a kolejne zostaną omówione dalej.

⁵⁰ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 150.

⁵¹ Wyrok NSA z 20.12.2012 r., I OŚK 2395/12, LEX nr 1529020.

⁵² B. Bix, *A Dictionary...*, s. 55.

w uprzywilejowaniu sędziego sądu wojskowego, w porównaniu zarówno do sędziów sądów powszechnych, jak i żołnierzy zawodowych. Obie grupy obowiązywał bowiem jednoznaczny ustawowy zakaz kumulacji określonych świadczeń: sędziowie nie mogli pobierać równolegle uposażenia w stanie spoczynku i emerytury lub renty⁵³, z kolei żołnierze – świadczenia związanego ze zwolnieniem ze służby i emerytury⁵⁴. Ściśle rzecz biorąc, żaden z zakazów nie wykluczał wyraźnie łącznego pobierania uposażenia sędziego w stanie spoczynku i świadczenia po zwolnieniu. Stąd też *prima facie* mogłoby się wydawać prawnie dopuszczalne, żeby sędzia sądu wojskowego, który przeszedł w stan spoczynku, a następnie został zwolniony ze służby wojskowej łącznie pobierał wskazane uposażenie i świadczenie, bowiem nie można ograniczać praw jednostki w drodze rozszerzającej wykładni przepisów prawa, które jednoznacznie określają zakazy⁵⁵.

Zdaniem NSA nie można jednak było przychylić się do takiego stanowiska, ponieważ w jego konsekwencji sędzia wojskowy otrzymywałby dodatkowe korzyści finansowe przed czym ustawodawca – w przypadku sędziów sądów powszechnych i żołnierzy zawodowych – postawił katarygoryczne bariery. Aby więc nie dopuścić do poważnego naruszenia sprawiedliwości dystrybutywnej, NSA rozciągnął obowiązujący żołnierzy zawodowych zakaz kumulacji świadczenia, przysługującego po zwolnieniu ze służby wojskowej i emerytury na zwolnionego ze służby sędziego wojskowego pozostającego w stanie spoczynku. Naczelny Sąd Administracyjny osiągnął taki rezultat zrównując uposażenie dla sędziego w stanie spoczynku z emeryturą ze względu na wspólną funkcję jaką spełniają, czyli zabezpieczenie finansowe po zakończeniu aktywności zawodowej. Przywrócenie sprawiedliwości dystrybutywnej w tej sprawie oznaczało zatem, że zwolnionemu ze służby wojskowej sędziemu sądu wojskowego w stanie spoczynku przysługiwało tylko uposażenie sędziego w stanie spoczynku.

Okoliczności sprawy z jednej strony nie zaliczały się do zupełnie wyjątkowych, o czym może świadczyć wydanie co najmniej kilkunastu wyroków przez sądy administracyjne w podobnych przypadkach⁵⁶. Na jeden z nich, sprzeciwiający się finansowemu uprzywilejowaniu sędziów wojskowych, powołał się zresztą NSA w przedstawionym orzeczeniu⁵⁷, co wskazuje na praktyczne znaczenie rozumowań precedensowych przy odkrywaniu absurdów prawnych. Jednocześnie z drugiej strony – okoliczności

⁵³ Zgodnie z art. 100 § 6 ustawy z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 365 ze zm.).

⁵⁴ Zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy z 11.09.2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (dawniej Dz.U. z 2010 r. Nr 90, poz. 593 ze zm.).

⁵⁵ Jedną z reguł stosowania funkcjonalnych dyrektyw wykładni stanowi, że ich przewaga nie może nastąpić wtedy, gdy jednoznaczny językowo przepis przyznaje uprawnienia obywatelowi. M. Zieliński, *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2009/6, s. 9. Z drugiej jednak strony: „wykładnię rozszerzającą (...) wolno będzie zawsze zastosować w sytuacjach uzasadnionych przez reguły odstępstwa, a więc wtedy, gdy wykładnia literalna prowadzi do ewidentnej sprzeczności z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, *ad absurdum* lub rozstrzygnięcia rażąco niesłusznego, niesprawiedliwego lub nieracjonalnego, w przypadku oczywistego błędu legislacyjnego, a zastosowanie wykładni rozszerzającej pozwala uniknąć takiego rezultatu”. L. Morawski, *Zasady...*, s. 182. Dwa różne możliwe podejścia do rozwiązania problemu interpretacyjnego, z którym NSA miał do czynienia w tej sprawie, podyktowane wybranym założeniem co do wykładni rozszerzającej potwierdzają aktualność i trafność poglądu Jerzego Wróblewskiego, że granice wykładni rozszerzającej zależą od dyrektyw interpretacyjnych stosowanych przez interpretatorów. J. Wróblewski, *Interpretatio extensiva*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965/1, s. 131–132.

⁵⁶ Np. wyroki NSA: z 15.01.2014 r., I OSK 2321/12, LEX nr 1501756 oraz z 3.06.2015 r., I OSK 3006/13, LEX nr 2089783.

⁵⁷ Wyrok NSA z 27.03.2013 r., I OSK 1967/12, LEX nr 1786833.

sprawy nie można było uznać za typowe, bowiem nie zostały wprost przewidziane w powyższych zakazach kumulacji świadczeń pieniężnych, co przemawia za ich szczególnym charakterem pomimo powtarzalności w podobnych sprawach.

Dotarcie przez sędziów NSA do absurdu prawnego, poprzez dostrzeżenie działania prawa w niesprawiedliwy sposób, nie było w tym przypadku szczególnie skomplikowane i nie wymagało od nich głębokich rozważań. Już w zaskarżonych do WSA w Warszawie decyzjach administracyjnych oraz w wydanym w sprawie przez WSA wyroku⁵⁸, na pierwszy plan wysunięto problem naruszenia sprawiedliwości dystrybutywnej przez finansowe uprzywilejowanie sędziów wojskowych; można więc powiedzieć, że absurd prawny „podano na talerzu” NSA, przy czym jego źródłem był już sam tekst prawny (a właściwie jego niedostatki). Niezależnie od tego, sprawa miała niewątpliwie charakter trudny z powodu jednoznacznego określenia zakresów zakazów kumulacji świadczeń, które nie obejmowały sytuacji sędziego wojskowego w stanie spoczynku, na dodatek zwolnionego ze służby wojskowej. Przeszkodą w odkryciu rażącego naruszenia zasady sprawiedliwości dystrybutywnej nie była przy tym potrzeba rozwinięcia tekstu ustawy w drodze wykładni funkcjonalnej po to, aby usunąć absurd i rozszerzyć zakaz kumulacji świadczeń na przedstawioną sytuację, i to nawet pomimo to, że efekt rozszerzenia granic zakazu miał charakter wykładni twórczej. Na marginesie można zaznaczyć, że ustawodawca w końcu usunął powyższy problem kumulacji świadczeń⁵⁹.

3.2. Zniweczenie celu instytucji prawnej

Wykładnia i stosowanie prawa powinny realizować cele przepisu prawnego, instytucji prawnej, aktu prawnego lub systemu prawa – z takim założeniem można się często spotkać w uzasadnieniach zarówno orzeczeń sądów, jak i publikacjach naukowych⁶⁰ (chyba że wyszły spod pióra radykalnych formalistów). Jeżeli przepisy prawa prowadzą do osiągnięcia celu, to uznaje się je za skuteczne, natomiast w przeciwnym przypadku określa się je mianem „przeciwnskutecznych”⁶¹. Kolejnym sposobem pozwalającym sędziom na odkrywanie absurdów prawnych jest zatem sięgnięcie do relewantnego celu prawnego i sprawdzenie, czy wykładnia lub zastosowanie prawa są *ad casum* w tak wysokim stopniu przeciwnskuteczne, że praktycznie wypaczają, a nawet „uśmiercają” ten cel. Dopuszczalne są przy tym różne podstawy do określania celu regulacji prawnej, np. preambuła tekstu prawnego, sam tekst prawny czy materiały legislacyjne⁶².

Już 100 lat temu Sąd Najwyższy z powodzeniem odwołał się do celu przepisu Kodeksu karnego, aby błyskotliwie i dosadnie napiętnować jego wykładnię prowadzącą do absurdu w sprawie dotyczącej nabycia balona spirytusu pochodzącego

⁵⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 2.04.2012 r., II SA/Wa 3/12, LEX nr 1260343.

⁵⁹ Do art. 96 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych dodano na mocy ustawy z 11.10.2013 r. o zmianie ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1355), ust. 3a, w myśl którego: „W razie zbiegu uprawnień przysługujących sędziemu sądu wojskowego przeniesionemu w stan spoczynku do świadczenia pieniężnego, o którym mowa w art. 95 pkt 1, i uposażenia w stanie spoczynku, żołnierzowi przysługuje, według jego wyboru, tylko jedno z tych świadczeń”.

⁶⁰ M. Matczak, *Summa...*, s. 219; L. Morawski, *Zasady...*, s. 139–140; wyrok NSA z 8.05.2007 r., II OSK 699/06, LEX nr 339439.

⁶¹ J. Nowacki, *O rozumieniach skuteczności przepisów prawa*, „Studia Prawnicze” 1986/1–2, s. 213.

⁶² Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Wykładnia celowościowa*, „Studia Prawnicze” 1985/3–4, s. 55; Z. Tobor, *W poszukiwaniu...*, s. 268.

z kradzieży⁶³. Odrzucona została taka wykładnia przepisu sankcjonującego paserstwo, w myśl której oskarżony o popełnienie tego przestępstwa musiałby mieć świadomość, jaki konkretnie występ lub zbrodnię spowodowało uzyskanie rzeczy, bowiem zdaniem SN „ubezwładniałaby ściganie paserstwa” i przyczyniałaby się do „rozkrzewiania takich przestępstw”. Jak dalej argumentował SN: „Miałżeby cieszyć się bezkarnością beczelny paser jedynie dlatego, że, kupując złupionego, skradzionego lub wyludzonego komuś konia, ze świadomością, że sprzedawca zdobył go, czy przez rozbój, czy przez kradzież, czy przez oszustwo, bądź nie dowiadywał się ściśle, czy była to mianowicie kradzież, czy rozbój, bądź pytał o to daremnie, bo zbój, czy złodziej nie chciał się przed nim wypowiadać? Byłoby to istne urągawisko pojęciu i poczuciu sprawiedliwości, a zatem doprowadzająca do podobnego absurdu wykładnia jest niedopuszczalna”. Zwróćmy jedynie uwagę, że SN tak naprawdę potraktował sprawiedliwość, jako realizację celu przepisu karnego sankcjonującego paserstwo i zarazem prawa karnego jako całości, którego zaprzepaszczeniu sprzeciwił się nie tylko w tej konkretnej sprawie, ale także *pro futuro* w innych przypadkach paserstwa, o czym świadczy przekonujący przykład z koniem.

Przenieśmy się teraz niecałe 70 lat później, lecz pozostajmy na gruncie prawa karnego, chociaż tym razem procesowego. Sąd Najwyższy w wyroku z 16.02.1988 r.⁶⁴ sformułował aktualną po dziś tezę, określając skutki prawa do odmowy składania zeznań przez świadka. Zgodnie z nią: „Świadek, który skorzysta na rozprawie przed sądem z prawa odmowy zeznań, przestaje istnieć w sprawie jako osobowe źródło dowodowe w tym zakresie. Wszystkie jego wypowiedzi nie mogą być przed sądem odtwarzane, bez względu na to, jak zostały utrwalone, czy za pomocą protokołu, taśmy magnetofonowej, filmu, fotografii czy innych środków. Wszelkie próby odtworzenia zeznań osoby, która skorzystała z przysługującego jej prawa odmowy zeznań, za pomocą świadków czy urządzeń technicznych, są obejściem ustawy”.

Przytoczona teza stanowiła odpowiedź na zawartą w rewizji prokuratora propozycję prowadzącej do absurdu wykładni art. 168 ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks postępowania karnego⁶⁵, w myśl której pomimo skorzystania przez świadka z prawa odmowy zeznań i tak można odtworzyć na rozprawie wszelkie wcześniejsze wypowiedzi świadka dotyczące okoliczności sprawy. Absurd prawny polegałby zatem na uczynieniu prawa odmowy zeznań przeciw skutecznym, co dokładnie wyjaśnił SN: „Każdy bowiem świadek, który ujawniłby swoje obserwacje przed drugą osobą, praktycznie nie mógłby skorzystać z prawa odmowy zeznań, gdyż treść jego wypowiedzi można by odtworzyć za pomocą dowodu z przesłuchania osoby, do której się świadek wypowiedział. Wiadomo zaś, że w zasadzie wszyscy świadkowie są dlatego świadkami, bo o treści ich spostrzeżeń ktoś się dowiedział i zawniósł ich w charakterze świadka”. Cel prawa odmowy zeznań, tj. wyłączenie danego świadka jako źródła dowodowego, zostałby więc zaprzepaszczone, gdyby pomimo skorzystania z tego prawa dopuszczono do ustalenia okoliczności

⁶³ Wyrok SN z 30.07.1920 r., 775/1920, OSN(K) 1920/1, poz. 52.

⁶⁴ IV KR 13/88, LEX nr 22047.

⁶⁵ Dawniej Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 96 ze zm. Przepis ten stanowił, że: „Jeżeli osoba uprawniona do odmowy złożenia zeznania albo zwolniona od tego na podstawie art. 167 oświadczy nie później niż przed rozpoczęciem zeznania na rozprawie przed sądem pierwszej instancji, że chce z tego prawa skorzystać, poprzednio złożone zeznanie tej osoby nie może ani służyć za dowód, ani być odtworzone”.

faktycznych sprawy w oparciu na wcześniejszych wypowiedziach sprzed złożenia oświadczenia o odmowie zeznań, które zostałyby przytoczone za pośrednictwem takiego czy innego środka dowodowego.

Inaczej niż w dotychczas omówionych przypadkach, tu absurdalne działanie prawa bezpośrednio dotyczyło jednej z kwestii procesowych – skutków skorzystania z prawa odmowy zeznań. Sąd Najwyższy odkrył proceduralny absurd prawny w sposób autonomiczny, tj. bez analizy jego ewentualnego wpływu na rozstrzygnięcie w przedmiocie popełnienia przestępstwa. Mając jednak na uwadze instrumentalną funkcję prawa procesowego względem prawa materialnego⁶⁶, można rozsądnie przyjąć założenie, że absurdalne działanie prawa procesowego może równie dobrze ujawnić się dopiero w momencie, gdy wpłynie ono na rozstrzygnięcie sprawy, a więc na zastosowanie normy materialnej. Konkludując, skutki zastosowania przepisu procesowego przy określonej jego wykładni będą uznane za absurdalne (jako przeciwnie skuteczne) ze względu na ich wpływ na realizację celu przepisu procesowego albo też na realizację celu normy materialnej kształtującej rozstrzygnięcie sprawy.

Treść art. 168 dawnego k.p.k. określającego skutki skorzystania przez świadka z prawa odmowy zeznań była – z jednej strony – jasna i jednoznaczna – „poprzednio złożone zeznanie tej osoby nie może ani służyć za dowód, ani być odtworzone”, jednakże z drugiej strony przepis ten wprost nie odnosił się do wypowiedzi danej osoby, wyrażonych jeszcze przed formalnym uzyskaniem takiego statusu, które podczas rozprawy przytoczyli inni świadkowie. Stąd też kwestię skutków prawa odmowy zeznań można było uznać w tym przypadku za skomplikowaną i otwierającą pole dla wykładni zmierzającej do sprowadzenia absurdu proceduralnego, do czego starał się doprowadzić prokurator w swojej rewizji. Wydaje się, że tylko pod tym względem sprawa miała trudny charakter. Odkrycie absurdu prawnego wymagało zatem od sędziego zrekonstruowania celu prawa odmowy zeznań, a następnie oceny na jego podstawie wykładni przytoczonego art. 168, wspieranej przez prokuratora, która w rezultacie okazała się zdaniem SN przeciwnie skuteczna.

Okoliczności sprawy nie wydają się charakteryzować niczym specyficznym, co wpłynęłoby na odkrycie przez sędziów, że prokuratorska wykładnia art. 168 k.p.k. prowadziła do wystąpienia absurdu prawnego. Córką oskarżonego zeznała w postępowaniu przygotowawczym, że widziała jak ojciec podpalał zabudowania, a także wzięła udział w eksperymencie śledczym, po czym na rozprawie przed sądem I instancji skorzystała z prawa odmowy zeznań. Wypowiadanie się przez osobę o okolicznościach sprawy, jeszcze zanim formalnie została świadkiem, a następnie powołanie się przez nią już jako świadka na prawo odmowy zeznań, nie może być uznane za szczególną sytuację, a raczej przeciwnie – za często mają miejsce w praktyce, i to zarówno w sprawach rozpoznawanych przez sądy, jak i organy administracyjne. Dlatego stanowisko SN optymalizujące cel prawa odmowy zeznań, a tym samym chroniące to prawo przed wadą absurdu, można z powodzeniem przenieść na inne rodzaje postępowań sądowych, jak również administracyjnych, gdzie świadkowi przysługuje prawo odmowy zeznań.

⁶⁶ Szerzej na temat relacji między prawem procesowym a materialnym zob. W. Lang, *Prawo procesowe a prawo materialne. Wzajemne relacje* [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. Wł. Czapliński, Warszawa 2006, s. 428–429.

3.3. Błędy organów administracji publicznej

Działanie prawa w absurdalny sposób może wynikać także z błędów popełnionych przez organy administracji publicznej przy realizacji ustawowych zadań, których negatywnymi konsekwencjami prawnymi niesłusznie obciąża się jednostki. W takich przypadkach absurd prawny wychodzi na jaw dopiero dzięki powiązaniu w całość wadliwego działania organu administracji publicznej z ukształtowaniem sytuacji prawnej jednostki, przy czym konieczne dla jego odkrycia może być uwzględnienie specyficznych okoliczności danej sprawy.

Sposób odkrywania tego rodzaju absurdów prawnych obrazuje wyrok NSA w sprawie, która dotyczyła zwrotu nienależnie wypłaconego zasiłku dla bezrobotnych⁶⁷. Przyczyną nałożenia obowiązku zwrotu zasiłku było przyznanie osobie bezrobotnej przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych renty z tytułu niezdolności do pracy. Świadczeniobiorca dobrowolnie zwrócił tę część zasiłku, którą faktycznie otrzymał, natomiast nie zwrócił części bezpośrednio przekazanej przez urząd pracy innym instytucjom państwowym tytułem zaliczki na podatek dochodowy i składki na ubezpieczenie zdrowotne. Dlatego prezydent miasta, a następnie wojewoda nakazali w wydanych decyzjach administracyjnych zwrot tej drugiej części zasiłku, powołując się na literalne brzmienie przepisów ustawy z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy⁶⁸. W myśl art. 76 ust. 1 tej ustawy osoba, która pobrała nienależny zasiłek „jest obowiązana do zwrotu, w terminie 14 dni od dnia doręczenia decyzji w przedmiocie obowiązku zwrotu nienależnie pobranego świadczenia pieniężnego, kwoty otrzymanego świadczenia wraz z przekazaną od tego świadczenia zaliczką na podatek dochodowy od osób fizycznych oraz składką na ubezpieczenie zdrowotne”, z kolei jak przewidywał art. 76 ust. 2 pkt 3 za nienależnie pobrane świadczenie uważa się m.in. zasiłek wypłacony osobie za okres, za który nabyła prawo do renty z tytułu niezdolności do pracy.

Skoro pierwszy przepis jasno i jednoznacznie wymagał zwrotu również zaliczki na podatek i składki na ubezpieczenie, a drugi w okolicznościach omawianej sprawy kwalifikował pobrany zasiłek jako świadczenie nienależne, to gdzie w takim razie doszło do błędnego działania administracji publicznej i na czym polegało absurdatne działanie prawa? Otóż najprościej rzecz ujmując organy administracji publicznej nakazały zwrot „składkowo-zaliczkowej” części zasiłku osobie, która części tej faktycznie nie otrzymała – urząd pracy przekazał ją bowiem właściwym instytucjom, ale co ważniejsze organom umknęło, że ZUS dopuścił się zaniedbania ustawowych obowiązków. Po pierwsze, Zakład Ubezpieczeń Społecznych nie zaliczył na poczet przyznanej renty z tytułu niezdolności do pracy zaliczki ani na podatek, ani składki na ubezpieczenie (odliczonych wcześniej od zasiłku), a po drugie, nie przekazał tej kwoty na rachunek bankowy urzędu pracy⁶⁹. Absurdalne działanie prawa wzniosłoby się na jeszcze wyższy poziom, gdyby jednostka wykonała nałożony w decyzjach obowiązek zwrotu części zasiłku na rachunek urzędu pracy, bowiem wówczas zaliczka na podatek i składka na ubezpieczenie finalnie zostałyby opłacone podwójnie, a osoba mogłaby w takim razie dochodzić zwrotu nadpłaconego podatku i składki.

⁶⁷ Wyrok NSA z 14.02.2017 r., I OSK 745/17, LEX nr 2431164.

⁶⁸ Dawniej Dz.U. z 2016 r. poz. 645 ze zm.; obecnie Dz.U. z 2020 r. poz. 1409.

⁶⁹ Zob. art. 78 ust. 1 i 3 ww. ustawy.

Naczelny Sąd Administracyjny, rozważając przesłanki nałożenia obowiązku zwrotu części zasiłku, wyszedł z założenia, że „dopuszczalne, a nawet konieczne jest odstąpienie od wykładni językowej, jeżeli za takim rozwiązaniem przemawiają nader istotne argumenty (...) lub gdy wykładnia językowa przepisu prowadziłaby do wniosków absurdalnych”. Odnosząc je do okoliczności sprawy i łącząc z zasadą budowania zaufania obywateli do organów państwa (art. 8 Kodeksu postępowania administracyjnego⁷⁰), NSA sprzeciwił się przerzuceniu na jednostkę negatywnych konsekwencji mających swoje źródło w zaniedbaniach ZUS, tj. obciążeniu jej kosztami z tytułu zaliczki na podatek i składki na ubezpieczenie tylko dlatego, że wbrew ustawie ZUS nie przekazał odpowiedniej kwoty na rachunek urzędu pracy. Swoje stanowisko NSA rozbudował o dodatkowe argumenty, w których podkreślił, że obciążenie jednostki negatywnymi skutkami błędów ZUS było naganne, nieludzkie i sprzeczne z zasadą proporcjonalności, bowiem dotyczyło osoby znajdującej się w trudnej sytuacji finansowej, zmuszało ją do wielomiesięcznego i skomplikowanego dochodzenia zwrotu nadpłaconego podatku, a Skarb Państwa nie doznał przy tym żadnego uszczerbku – zaliczka na podatek i składka na ubezpieczenie stanowiły przecież dochód budżetu państwa niezależnie od tego, na rachunek jakiej instytucji państwowej wpłynęły te środki.

Przepisy regulujące zwrot zasiłku *per se* nie zmierzały do wywoływania absurdalnych konsekwencji prawnych⁷¹, stało się tak dopiero w rezultacie zastosowania ich w kontekście specyficznych okoliczności przedstawionej sprawy. Rzeczywiście nie można by mówić o absurdzie, gdyby pominąć wadliwe działanie ZUS. Wydawałoby się zatem, że przy takiej bezwzględnej podstawie prawnej rozstrzygnięcia, prezydentowi miasta i wojewodzie nie przysługiwały żadne swobody decyzyjne, pozwalające na uwzględnienie specyficznych okoliczności dotyczących błędów ZUS, trudnej sytuacji finansowej świadczeniobiorcy czy braku uszczuplenia dochodów budżetu państwa. Nic bardziej mylnego, NSA sięgnął bowiem po zasadę zaufania, wyprowadzając z niej obowiązek poszerzenia zbioru przesłanek rozstrzygnięcia sprawy o wymienione okoliczności, dzięki czemu zidentyfikowano absurdalne działanie prawa w konkretnym przypadku i wyeliminowano je. Nie doszedł więc do głosu krytykowany i powoli ustępujący dogmat *clara non sunt interpretanda*⁷².

3.4. Powszechna niestosowalność przepisu prawa

Odkrycie absurdu prawnego może również wynikać stąd, że określona wykładnia przepisu prawa ustalona na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnej sprawy, wyłączałaby zastosowanie tego przepisu nie tylko jednostkowo w tej sprawie – co jeszcze automatycznie nie świadczy o absurdzie⁷³ – ale zarazem absolutnie w każdej innej,

⁷⁰ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256 ze zm.).

⁷¹ Wprost przeciwnie, mają one na celu zapobiec kumulacji dwóch świadczeń – zasiłku dla bezrobotnych i renty z tytułu niezdolności do pracy.

⁷² M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, „Palestra” 2011/3–4, s. 20–22; M. Zirk-Sadowski, *Epistemologia...*, s. 70–73.

⁷³ Odmowa zastosowania przepisu prawa (jego części) sprawdza się wręcz jako sposób na uniknięcie absurdalnego działania prawa w przypadku, gdy w konkretnej sprawie dopuszczalne jest tylko literalne odczytanie przepisu prawa i nie można opracować i prawidłowo uzasadnić jego alternatywnej wykładni, która nie prowadziłaby do absurdalnych konsekwencji.

i to wbrew wieloletniej praktyce potwierdzającej stosowalność oraz skuteczność przepisu. Podobnie zatem jak w przypadku ustawodawstwa symbolicznego, przepis prawa chociaż niewątpliwie obowiązywał, to jednak z jakiegoś powodu w ogóle nie nadawał się do zastosowania⁷⁴. W takim przypadku absurdalne okazuje się zatem nie działanie prawa, ale jego swoiste derogowanie spowodowane wadliwą wykładnią.

Sąd Najwyższy odkrył absurd uniwersalnej niestosowalności przepisu prawa w sprawie dotyczącej wznowienia postępowania sądowego, w przedmiocie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym⁷⁵ na podstawie przesłanki: „wykrycia takich okoliczności faktycznych lub środków dowodowych, które mogłyby mieć wpływ na wynik sprawy, a z których strona nie mogła skorzystać w poprzednim postępowaniu” (art. 403 § 2 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁷⁶). Nowym środkiem dowodowym powołanym przez stronę w skardze o wznowienie postępowania była mapa sporządzona w 1937 r. przez Wojskowy Instytut Geograficzny objęta klauzulą „poufne”, którą po wielu latach odtajniono, a we wrześniu 2011 r. zamieszczono na prywatnej stronie internetowej, tj. na dwa lata przed wydaniem wyroku w sprawie o ustalenie treści księgi wieczystej. Skargę o wznowienie postępowania odrzucił Sąd Okręgowy, przyjmując że skoro mapę udostępniono w internecie jeszcze w toku postępowania, to strona mogła do niej dotrzeć i przedstawić jako dowód.

Stanowisku temu sprzeciwił się Sąd Najwyższy ze względu na dostrzeżony absurd prawny będący jego następstwem. Gdyby bowiem przyjąć, że do każdego dowodu istniejącego w czasie toczącego się postępowania sądowego można jakimś sposobem dotrzeć, to warunek braku możliwości skorzystania z dowodu zawarty w art. 403 § 2 k.p.c. nigdy nie zostałby spełniony. Uwzględniając szczególne okoliczności sprawy, SN zwrócił uwagę na trudności związane z uzyskaniem aktualnych informacji zarówno o istnieniu określonej prywatnej strony internetowej, jak i o zamieszczeniu na niej pliku z mapą. Oczekiwanie, by strona posiadała wiedzę w tym zakresie SN uznał za wychodzące poza granice staranności charakteryzującej przeciętną osobę należycie dbającą o swoje interesy. Aby nie dopuścić do rozpowszechnienia się wykrytego absurdu prawnego, SN sformułował następującą wykładnię omawianej podstawy wznowienia postępowania: „Hipotezą art. 403 § 2 k.p.c. objęte są takie środki dowodowe, które istniały w czasie postępowania, o którego wznowienie wnosi strona, a jednocześnie nie mogły być w tym postępowaniu wykorzystane z przyczyn obiektywnych. Przesłanka obiektywności oznacza przy tym, że chodzi o dowody, których na etapie wcześniejszego postępowania strona nie знаła i nie mogła z nich skorzystać. Innymi słowy strona nie wiedziała o ich istnieniu i nie mogła o tym wiedzieć przy uwzględnieniu staranności przeciętnego uczestnika postępowania, należycie dbającego o swoje interesy. Do nowości nie zalicza się tych dowodów, które nie zostały przez stronę powołane na skutek opieszałości, zaniebdania, zapomnienia czy błędnej oceny potrzeby ich powołania”.

Łańcuch, który doprowadził SN do odkrycia absurdu prawnego, składał się z trzech ogniw: ekstrapolacji błędnej wykładni, odwołania się do zdrowego rozsądku

⁷⁴ U. Moś, *Ustawodawstwo symboliczne, czyli o możliwości działań pozornych w prawie*, „Colloquia Communia” 1988/6 i 1989/1, s. 47.

⁷⁵ Postanowienie SN z 28.06.2017 r., IV CZ 34/17, LEX nr 2338039.

⁷⁶ Dz.U. z 2020 r. poz. 1575 ze zm. – dalej k.p.c.

i sprecyzowania niedookreślonej treści przepisu prawnego. Najistotniejsze było pierwsze ogniwo, w którym SN przeniósł błędną wykładnię warunku dotyczącego braku możliwości skorzystania ze środka dowodowego z poziomu konkretnej sprawy na poziom abstrakcyjny, tj. potencjalnych spraw (podobnie, jak w sprawie nabycia kradzionego spirytusu). Dzięki temu unaoczniał się problem wyłączenia stosowalności przesłanki wznowienia postępowania opartej na nowych środkach dowodowych potencjalnie w każdej sprawie, niezależnie od jej prawnych lub faktycznych okoliczności. Już w tym momencie absurd interpretacyjny został więc wyraźnie określony za pomocą koncepcji sprzeczności instrumentalnej (sprzeczności w odniesieniu do konsekwencji norm), która „zazwyczaj polega na wykazaniu konsekwencji pewnej interpretacji, uogólnieniu jej i wykazaniu jej absurdalności w tym właśnie uogólnionym ujęciu”⁷⁷. Drugie ogniwo było zdroworozsądkowym rozumowaniem mówiącym, że sam fakt zamieszczenia na prywatnej stronie internetowej pewnego materiału nie powoduje jeszcze, że osoba zainteresowana nim w dłuższym lub krótszym okresie przed zakończeniem postępowania sądowego uzyska o tym wiedzę. Nawiązywało ono zatem do okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy. Wreszcie trzecie ogniwo skłoniło SN do zastanowienia się nad kwestią, co dokładnie ma oznaczać warunek braku możliwości skorzystania ze środka dowodowego, bowiem niedookreślona treść art. 403 § 2 k.p.c. nie wyznaczała szczegółowych i jednoznacznych kryteriów służących do stosowania tego warunku w poszczególnych sprawach, a mimo to sądy od lat z powodzeniem wznowiały postępowania w oparciu na przesłance określonej w tym przepisie.

Trudny charakter sprawy, na który złożyła się niedookreślona treść przesłanki wznowienia postępowania sądowego oraz szczególne okoliczności sprawy (zamieszczenie na prywatnej stronie internetowej mapy, przez wiele lat objętej klauzulą poufności), nie przeszkodził SN w usunięciu wykrytego absurdu prawnego. Sposób w jaki uczynił to SN polegał na uszczegółowieniu i rozwinięciu treści przesłanki wznowienia postępowania uregulowanej w art. 430 § 2 k.p.c., co nastąpiło przez skorzystanie z wcześniejszych orzeczeń SN dotyczących tej kwestii (argument z utrwalonej linii orzeczniczej), a następnie na przeprowadzeniu na tej podstawie oceny szczególnych okoliczności sprawy. Rozwiązanie trudnego przypadku i usunięcie przy okazji absurdu prawnego odbyło się zatem za pomocą gotowego rozwiązania, wypracowanego w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego, który wystarczyło umiejętnie zastosować w okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

3.5. Niedostatek zdrowego rozsądku

Do tej pory zostały omówione przypadki, w których sędziowie odkrywali absurdy prawne za pomocą pojęć lub konstrukcji o charakterze prawnym, jak np. cel ustawy, skutki prawne zastosowania przepisu prawa, czy zasada sprawiedliwości dystrybutywnej. Podobnie, jak rozmaite zasady i dyrektywy wykładni prawa leżą one poza zasięgiem wiedzy przeciętnego człowieka⁷⁸. Dotrzeć do absurdu prawnego można jednak jeszcze za pomocą bardziej powszechnej i zewnętrznej wobec prawa

⁷⁷ M. Matczak, *Argumentum...*, s. 105.

⁷⁸ B.G. Slocum, *Ordinary...*, s. 23.

metody, a mianowicie korzystając ze zdrowego rozsądku (pomocniczo wykorzystanego przez SN w poprzedniej sprawie). Nie ma zatem potrzeby, aby szczegółowo charakteryzować rozmaite poglądy filozoficzne na konstrukcję i cechy zdrowego rozsądku, wystarczy poprzestać na ogólnej definicji, że jest to „zdolność ludzkiego umysłu do przyswajania, głównie na drodze poznania, różnych prawd niezbędnych w zwyczajnych okolicznościach życia”⁷⁹. Na poziomie praktyki przestrzegania lub stosowania prawa zdrowy rozsądek pełni rolę jednego z podstawowych narzędzi wchodzących w skład praktycznego rozumowania, którym posługują się zarówno zwykli prawnicy, jak i sędziowie przy rozwiązywaniu mniejszych i większych problemów prawnych, w tym interpretacyjnych⁸⁰. Sędziowie mogą zatem odkrywać absurdy prawne, gdy dosłownie odczytany przepis prawa, jego określoną wykładnię lub rozstrzygnięcie w konkretnej sprawie ocenią z punktu widzenia wniosków lub zasad podyktowanych przez działanie zdrowego rozsądku.

Do zdrowego rozsądku sędzia odwołał się w sprawie dotyczącej popełnienia wykroczenia – naruszenia przepisów porządkowych dotyczących targowisk w mieście⁸¹ – przez kobietę, która handlowała truskawkami w miejscu do tego nie wyznaczonym⁸². Rzeczywiście nie uzyskała ona zezwolenia na czasowe zajęcie pasa drogowego w celu sprzedaży owoców, jednak takie zezwolenie otrzymał i opłacił jej mąż. Kobieta okazała je zresztą funkcjonariuszom straży miejskiej, lecz uznali oni, że z zezwolenia może praktycznie korzystać wyłącznie i osobiście mąż, skoro to on został w nim imiennie wskazany. Sprawa wydaje się zatem prosta – handel prowadziła osoba nieuprawniona, a zatem popełniła wykroczenie i podlega karze.

Sędzia – w odróżnieniu od funkcjonariuszy straży miejskiej – nie dostrzegł jednak przeszkód, żeby kobieta handlowała owocami na podstawie zezwolenia wystawionego na męża. Stwierdził mianowicie, że absurdem byłoby wymagać od żony, aby wystąpiła o zezwolenie w sytuacji, gdy jej mąż już je posiadał i opłacił. Dodatkowo, zwrócił uwagę na okoliczność, że wspólnie jako małżeństwo prowadzą oni działalność gospodarczą, polegającą na uprawie i sprzedaży truskawek. Podane okoliczności i zdrowy rozsądek doprowadziły sąd do wniosku, że kobieta nie chciała popełnić wykroczenia, nie godziła się na to ani nie można jej było zarzucić niezachowania ostrożności wymaganej w danej sytuacji, bowiem nie mogła uczynić nic więcej, aby uniknąć naruszenia porządku prawnego. Ostatecznie zdaniem sędziego nie doszło w tym przypadku nie tylko do wykroczenia umyślnego, ale również wykroczenia nieumyślnego (art. 5 i 6 k.w.).

Jak widać stan faktyczny sprawy nie budził wątpliwości – żona sprzedawała truskawki, a zezwolenie obejmowało tylko męża. Sędzia skoncentrował się wyłącznie na tej konkretnej sytuacji i nie zastanawiał się nad problemem, jakie jeszcze inne osoby mogłyby skorzystać z zezwolenia. Nie było więc zamiarem sędziego opracowanie ogólnej koncepcji dokładnie tłumaczącej, kto poza adresatem zezwolenia, może na jego podstawie sprzedawać truskawki, co równolegle korespondowało

⁷⁹ *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 23, Warszawa 2004, s. 568.

⁸⁰ R.A. Posner, *The Problems...*, s. 73; W.N. Eskridge Jr., P.P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, „Stanford Law Review” 1990/2, s. 321.

⁸¹ Zgodnie z art. 54 ustawy z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 281) – dalej k.w.: „Kto wykracza przeciwko wydanym z upoważnienia ustawy przepisom porządkowym o zachowaniu się w miejscach publicznych, podlega karze grzywny do 500 złotych albo karze nagany”.

⁸² Wyrok SR w Pabianicach z 20.05.2016 r., II W 999/15, LEX nr 2051607.

z brakiem powołania w uzasadnieniu orzeczenia argumentu ze sprzeczności instrumentalnej (absurdalność uogólnionych konsekwencji określonej wykładni przepisu). Za sprzeczny ze zdrowym rozsądkiem sędzia uznał wyłącznie taki stan rzeczy, w którym żona nie miała prawa skorzystać z zezwolenia męża na handel truskawkami, co potwierdziło, że proces odkrywania absurdalnego działania prawa został ograniczony do szczególnych okoliczności rozpoznawanej sprawy.

O ile w analizowanej sprawie przytoczony sposób zdroworozsądkowego rozumowania pozwolił na uniknięcie absurdu prawnego, o tyle łatwo wyobrazić sobie, że w innych okolicznościach wprost przeciwnie – doprowadziłby do absurdalnych konsekwencji. Przykładowo, byłoby tak, gdyby twierdzić, że żona może korzystać z pozwolenia na broń, które posiada jej mąż albo też, iż mąż powinien być honorowany jako doktor habilitowany nauk prawnych ze wszelkimi tego konsekwencjami prawnymi, ponieważ wydana została decyzja administracyjna o nadaniu jego żonie takiego stopnia naukowego. Zdroworozsądkową ocenę tekstu prawnego lub działania prawa należy więc z rozwagą przeprowadzać w ścisłym związku z okolicznościami konkretnej sprawy.

Z uzasadnienia wyroku wynika jeszcze jedna interesująca rzecz. Oparte na zdrowym rozsądku stanowisko sądu mówiące, że nie można wymagać od żony uzyskania zezwolenia na sprzedaż owoców, gdy już posiada je mąż, nie zostało skonfrontowane z przepisami prawa regulującymi wydawanie takich zezwoleń ani z przepisami porządkowymi o targowiskach w mieście, czy z indywidualnym charakterem zezwolenia. W uzasadnieniu wyroku nie został więc wskazany żaden konkretny przepis prawa, którego zastosowanie przy takiej, a nie innej wykładni miałoby prowadzić do absurdu, a tylko ogólnie opisano kwalifikację prawną pewnej sytuacji faktycznej. Przepisy Kodeksu wykroczeń regulujące umyślne i nieumyślne popełnienie wykroczenia sąd powołał nie po to, aby odkryć absurd prawny w sprawie, ale tylko po to, żeby jego uniknąć. Wydaje się zatem, że zdrowy rozsądek był jedynym narzędziem, za pomocą którego sąd stwierdził, że ma do czynienia z absurdalnym działaniem prawa.

4. WNIOSKI

Zaprezentowana analiza wybranych orzeczeń sądowych uzasadnia sformułowanie kilku wniosków, przy czym należy podchodzić do nich z pewnym dystansem, bowiem opierają się one na skromnej – chociaż dokładnie rozważonej – próbie rozstrzygnięć sądowych. Nie obrazują one zatem całego stanu judykatury w Polsce w odniesieniu do odkrywania absurdów prawnych.

Konkluzje są następujące. 1) W praktyce sędziowie odkrywają absurdy prawne na różne sposoby i chociaż nie można mówić o jednym, uniwersalnym zestawie okoliczności branych w tym celu pod uwagę, to można wskazać na kilka wspólnych punktów powtarzających się w tych sposobach. 2) Odkrywanie absurdów prawnych jest procesem, w którym nieuchronnie sędziowie działają w sferze władzy dyskrecyjnej. 3) Sędziowie potrafią odkrywać przejawy absurdalnego działania prawa nie tylko w sprawach prostych, w których widać je wyraźnie, niekiedy nawet bez potrzeby sięgania po specjalistyczną wiedzę prawniczą, ale także w sprawach trudnych, gdzie dotarcie do absurdu prawnego wiąże się z wyluskaniem i zrozumieniem

skomplikowanego zagadnienia prawnego. 4) Absurdy prawne wywodzą się ze źródeł pierwotnych – bezpośrednio z tekstów prawnych oraz wtórnych – działania prawa w praktyce, przy czym uwagę sędziów mogą na nie kierować podmioty proceduralnie związane z danym postępowaniem sądowym. 5) Dla odkrycia absurdu prawnego w konkretnej sprawie, zwłaszcza w trudnej, niezbędne jest uwzględnienie jej pełnego kontekstu faktycznego, w tym specyficznych okoliczności sprawy, ponieważ to one mogą wpływać na wystąpienie, a więc i odkrycie absurdu prawnego. 6) Oferowane przez tradycję sędziowskiego rzemiosła metody rozwiązywania problemów wynikających z absurdu działania prawa – jak np. wykładnia systemowa, celowościowa czy funkcja przepisu – nie wydają się ani utrudniać, ani sprzyjać odkrywaniu absurdów prawnych, ale pod warunkiem że sędzia akceptuje posługiwanie się określonymi pozajęzykowymi metodami wykładni prawa lub argumentami. 7) Podstawowe i jednocześnie konieczne znaczenie dla odkrywania absurdów prawnych ma znajomość ich rodzajów, a także umiejętność trafnego oceniania przez sędziów pod ich kątem tekstu prawnego lub działania prawa.

Zanim zostaną omówione powyższe konkluzje, warto już teraz ogólnie zauważyć, że na zdolność sędziów do odkrywania absurdów prawnych z pewnością wpływają takie czynniki jak: zakres przysługującej władzy dyskrecyjnej; umiejętność dostrzegania i rozumienia zagadnień prawnych związanych z absurdu działaniem prawa; informacje czy sygnały przekazywane przez podmioty uczestniczące w postępowaniu sądowym w różnych rolach o nieakceptowalnym działaniu prawa; kontekst faktyczny sprawy, w tym zwłaszcza jej specyficzne okoliczności, a także rodzaje absurdów prawnych ściśle powiązane z umiejętnością prawidłowego korzystania z nich. O tym które z wymienionych czynników będą miały mniejsze, a które większe znaczenie zależy głównie od prawnych (zarówno materialnych, jak i procesowych) oraz faktycznych podstaw danej sprawy. Dlatego też trudno ustalić ich uniwersalną hierarchię lub kolejność uwzględniania we wszystkich sprawach.

Sędziowie docierają do absurdów prawnych różnymi drogami⁸³), a różnice występujące pomiędzy nimi biorą się głównie z odmiennych okoliczności prawnych i faktycznych poszczególnych spraw, a także rodzajów absurdów prawnych⁸³. Wszystkie one są ze sobą skorelowane – określone okoliczności prawne i faktyczne kierują uwagę sędziego na określony rodzaj absurdu prawnego i na odwrót. Co prawda, wykluczone okazało się szczegółowe opisanie jednego, skutecznego sposobu odkrywania przypadków absurdu działania prawa, to można jednak zrekonstruować kilka wspólnych, standardowych punktów, przez które przechodziły sędziowskie poszukiwania:

- a) wskazanie następstw prawnych zastosowania normy prawnej materialnej lub procesowej przy jej określonej wykładni z uwzględnieniem okoliczności sprawy,
- b) wskazanie *explicite* lub *implicite* wartości lub pozytywnie ocenianego stanu rzeczy, na który wpływa zastosowanie normy prawnej,
- c) ujęcie wartości lub pozytywnie ocenianego stanu rzeczy w ramy obowiązującego prawa, np. celu przepisu prawa lub zasady prawa,

⁸³ Podkreśla się, że nawet do tego samego absurdu prawnego w danej sprawie sędziowie mogą dochodzić różnymi drogami. V.M. Dougherty, *Absurdity...*, s. 156–157.

- d) sformułowanie oceny, że działanie normy prawnej negatywnie wpływa na prawnie uznane, czy chronione wartości lub pozytywnie ocenione stany rzeczy (zadeklarowanie absurdu działania prawa),
- e) opisanie, na czym polega rezultat absurdu działania normy prawnej w okolicznościach danej sprawy.

Wymienione punkty a) do e) pozwalają stwierdzić, że odkrywanie absurdów prawnych przez sędziów to właściwie próba dogłębnego zrozumienia prawa (jego działania) w danym przypadku. Potrzebna jest w tym celu znajomość m.in. kontekstu faktualnego, instytucji kultury i faktów instytucjonalnych, a więc nie wystarczy ograniczenie się tylko do wiedzy językowej warstwie prawa⁸⁴. Sędzia formalista, który rozpoznając indywidualną sprawę pomija np. cele i funkcje przepisów prawa, zasady prawa, czy następstwa o charakterze prawnym lub faktycznym wynikające bezpośrednio lub pośrednio ze stosowanych norm prawnych, nie zauważy innego absurdu prawnego niż *lapsus linguae*. Zgodność rozstrzygnięcia z tekstem prawnym będzie dla niego wystarczająco silnym hamulcem przed próbą sprawdzenia, czy prawo nie zadziało w sposób nieakceptowalny. Dążenie do zrozumienia prawa jest natomiast drogą prowadzącą do odpowiedzi na pytanie, czy działanie prawa skutkuje absurdalnym rezultatem, a zarazem jest niezbędne do jego usunięcia.

Gdyby ktoś wątpił, że kulturowy kontekst orzekania może wpływać na ocenę, czy prawo działa w absurdalny sposób, to wypada przypomnieć, że przed wieloma wiekami u Lorków – jednego z ludów greckich – obowiązywała reguła mająca chronić stabilność i trwałość porządku prawnego, wartości jakże doniosłe również obecnie, tyle że sposób jej zapewnienia współcześnie uchodziłby za co najmniej barbarzyński. Wynikało z niej bowiem, że: „Każdy, kto zaproponował zmianę w prawach, musiał przedstawić swoją propozycję z liną wokół szyi, która, jeżeli jego propozycja została odrzucona, była zaciskana”⁸⁵. Odkrywanie absurdów prawnych charakteryzuje się więc cechą historyczności, tak samo jak wykładnia prawa⁸⁶.

Poszukując absurdalnych skutków działania prawa, sędziowie poruszają się w sferze władzy dyskrecyjnej, gdzie decydują o szczegółowych kwestiach mających istotny wpływ na ich ocenę 2). Przede wszystkim mowa tu o: a) wyborze wartości lub stanów rzeczy prawnie uznanych lub chronionych, w stosunku do których działanie prawa urzeczywistnia swoje skutki, b) wyborze rodzaju absurdu prawnego, który posłuży do oceny działania prawa, c) wyborze okoliczności faktycznych sprawy, które będą stanowiły pole dla oceny działania prawa, d) ocenie skutków działania prawa pod względem wybranego rodzaju absurdu prawnego, oraz e) ewentualnym uzupełnieniu sposobu poszukiwania o dodatkowe kryteria, zastrzeżenia czy argumenty. Przepisy prawa nie determinują całkowicie decyzji sędziego w zakresie wymienionych kwestii, ich rozstrzygnięcie pozostaje zatem w mniejszym

⁸⁴ A. Kozak, *Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej* [w:] *W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wrocław 2005, s. 42–43.

⁸⁵ J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006, s. 31.

⁸⁶ Historyczność wykładni prawa jest tu rozumiana jako sytuacja, w jakiej znajduje się interpretator tekstu prawnego, który: „dokonuje tego zawsze w określonym kontekście historycznym, na który składają się wytworzone przez tradycję określonej kultury (czy też określonej sfery kultury) założenia („przedsądy”), co w zasadniczy sposób warunkuje i umożliwia rozumienie, a więc również wykładnię prawa”. O. Bogucki, *Sposoby pojmowania „historyczności” wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2015/9, s. 36.

lub większym stopniu zależne od poglądów sędziego, co łączy się z ryzykiem odmiennych wyników poszukiwania absurdów prawnych w podobnych sprawach⁸⁷.

Odkrywanie absurdów prawnych ma miejsce zarówno w sprawach prostych, jak i trudnych 3). Wysoki stopień skomplikowania sprawy, w tym wystąpienie nietypowych zagadnień prawnych, nie zamyka więc przed sędzią drogi do odnalezienia przejawów nieakceptowalnego działania prawa. Podział na proste i trudne przypadki nie pozwala natomiast na stwierdzenie, że absurd prawny są charakterystyczne tylko dla jednej z tych dwóch kategorii spraw, ale pomaga zauważyć, że wyraźniej ukazują się w sprawach prostych, z kolei w trudnych są przesłonięte czy „wplątane” w złożone zagadnienia prawne. Przykładowo, o ile bez większego trudu można było zauważyć absurdalne działanie prawa w sprawach dotyczących sprzedaży truskawek oraz nabycia skradzionego spirytusu, o tyle już w sprawie kumulacji świadczeń dla sędziego wojskowego dopiero wnikliwa analiza porównawcza zakresów zakazów kumulacji świadczeń adresowanych do żołnierzy zawodowych i sędziów sądów powszechnych przyczyniła się do takiego stwierdzenia. Krótko mówiąc, w sprawach prostych absurd prawny rzucały się w oczy, natomiast w sprawach trudnych ich odkrycie wymagało zidentyfikowania i zrozumienia określonego problemu natury prawnej.

Poddane analizie orzeczenia sądów uzasadniają sformułowanie kilku uwag na temat źródeł absurdów prawnych, czego nie należy mylić z ich przyczynami 4). Występują dwa rodzaje źródeł: a) pierwotne – są nimi teksty aktów prawnych dokładnie w takim kształcie, jaki przyjął prawodawca, a więc odczytane dosłownie przepisy prawa i b) wtórne – reprezentują je przepisy prawa w działaniu, głównie poprzez akty stosowania prawa, które mogą zostać odczytane literalnie albo nie-literalnie. Absurdy prawne pochodzenia wtórnego mogą stanowić bezpośrednie następstwo zastosowania przepisu prawa dokładnie w takim kształcie, w jakim wprowadził go ustawodawca bądź też stanowić wynik czynności decyzyjnych podmiotu stosującego przepisy prawa. Innymi słowy, za absurd prawny o charakterze pierwotnym odpowiada ustawodawca, a za wtórne – podmiot stosujący prawo samodzielnie albo wraz z ustawodawcą. Dlatego, aby odkryć absurd prawny, sędzia podejmuje się oceny tekstu prawnego albo aktu stosowania prawa (przyjętej w nim wykładni prawa lub sformułowanego rozstrzygnięcia) bądź też łącznie tekstu i aktu.

Znaczenie kontekstu faktycznego konkretnej sprawy dla odkrycia nieakceptowalnych przejawów działania prawa 5) dobrze ukazuje podział na absurd ogólny i konkretny. Zdarza się, że sędziowie mają do czynienia z absurdami prawnymi o charakterze ogólnym, są one oczywiste, wynikają z przepisów prawnych odczytywanych dosłownie i potencjalnie mogą wystąpić w każdej typowej sprawie, w której zastosowanie znajdują takie przepisy⁸⁸. Żadna z przeanalizowanych spraw nie była akurat przykładem na pojawienie się takiego skutku, natomiast na ich tle wystąpiły absurd konkretne, czyli charakteryzujące się ścisłym związkiem z okolicznościami

⁸⁷ Warto przypomnieć trafny pogląd wyrażony przez SN, że: „Swoboda ocen sędziego wynika nie tylko z władzy sędziowskiej, ale także z prawa pozytywnego, często posługującego się pojęciami niedookreślonymi i klauzulami generalnymi albo dekretnymi, które mogą być różne, w zależności od jej przedmiotu, metod oraz podmiotu, który jej dokonuje. Z istoty wykładni wynika więc wiele możliwych interpretacji, a sam fakt wykładni z natury rzeczy nacechowany jest subiektywizmem”. Wyrok SN z 25.11.2015 r., IV CNP 9/15, LEX nr 1975844.

⁸⁸ L.D. Jellum, *But That Is Absurd! Why Specific Absurdity Undermines Textualism*, „Brooklyn Law Review” 2011/3, s. 918.

faktycznymi danej sprawy, które zasadniczo omijają sprawy typowe⁸⁹, co nie wyklucza ich powtarzalności do pewnego stopnia w przyszłych sprawach. Dla odkrycia konkretnego absurdu prawnego niezbędne jest zatem, aby sędzia wziął pod uwagę cały kontekst faktyczny, w którym już zadziałał albo dopiero miałby zadziałać materialny lub procesowy przepis prawa, bowiem na treść rozstrzygnięcia sprawy materialnej lub kwestii procesowej wpływają nie tylko standardowe okoliczności wprost wskazane w przepisach jako istotne, ale także specyficzne okoliczności sprawy. W przypadku absurdów konkretnych, standardowe okoliczności sprawy towarzyszą ich wystąpieniu, natomiast okoliczności specyficzne wprost przyczyniają się do ich powstania, co oznacza tyle, że bez ich uwzględnienia taki skutek pozostanie zapewne niezauważony.

W przedstawionych powyżej orzeczeniach odkryte absurdy prawne sędziowie usuwali za pomocą rozmaitych narzędzi prawnych o ugruntowanej pozycji w polskiej kulturze prawnej. Nie wydaje się jednak, żeby bezpośrednio wpływały one pozytywnie albo negatywnie na odkrywanie tego rodzaju problemów 6). I tak sędziowie zrobili użytek z następujących narzędzi: wykładni rozszerzającej; funkcji normy prawnej; wykładni celowościowej; wykładni systemowej – odwołania się do regulacji odrębnej ustawy; wykładni systemowo-aksjologicznej – realizacji zasad prawa; argumentu z utrwalonej linii orzeczniczej oraz konkretyzacji treści niedookreślonych przepisów prawa. W niektórych przypadkach wskazane narzędzia zastosowano samodzielnie, natomiast w innych łączono je doraźnie w swoiste hybrydy⁹⁰. Potrzeba skorzystania z pozajęzykowych narzędzi interpretacyjnych, przynoszących niekiedy twórcze rezultaty wykładni nie powstrzymała sędziów przed poszukiwaniem absurdów prawnych, ogłoszeniem ich odkrycia i wyeliminowaniem. Nasuwają się w tym miejscu interesujące pytania. W jaki sposób postąpiliby w takich samych przypadkach sędziowie formalisci, wierni językowym narzędziom pracy z tekstami prawnymi? Czy podobnie, jak w opisanych sprawach stwierdziliby istnienie absurdów prawnych i usunęli je, tyle że innym sposobem, czy może zaakceptowaliby negatywne skutki działania prawa? Odpowiedzi na te pytania wymagałyby jednak przeprowadzenia osobnych badań porównawczych.

Rezultaty przebadanych orzeczeń sądowych prowadzą również do wniosku, że obok szerokiego spojrzenia na kontekst faktyczny sprawy, dla odkrywania absurdów prawnych ważna jest znajomość ich różnych rodzajów 7). Sędziowie nie ograniczali się do kwalifikowania jako absurdalnych przejawów działania prawa jedynie rezultatów ewidentnie godzących w poczucie zdrowego rozsądku, ale uznawali za takie też skutki prowadzące do: rażącej niesprawiedliwości, niezgodności z celem instytucji prawnej, niestosowności regulacji prawnej oraz obciążenia jednostki błędami organów administracji publicznej. Jak łatwo zauważyć, wymienione pojęcia są niedookreślone i bardzo ogólne, nie dostarczają one sędziom precyzyjnych i jednoznacznych kryteriów oceny treści lub działania przepisów prawa, a zatem sędziowie konkretyzowali je na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnej sprawy. Z powodu ogólnego charakteru poszczególnych rodzajów absurdów prawnych, ich poszukiwanie przez sędziów obarczone jest w znacznym stopniu niepewnością

⁸⁹ L.D. Jellum, *But That...*, s. 918 i 928.

⁹⁰ Podobnie, jak w procesie ustalania znaczenia przepisów prawnych, można stosować dostępne środki interpretacyjne w różnych konstelacjach. E.T. Feteris, *Fundamentals...*, s. 12.

co do wyniku. Uzasadnienie orzeczenia, w którym stwierdzono przypadek absurdu prawnego, jak również usunięcie go powinno więc przynajmniej wyjaśniać, na jakich przesłankach opierało się takie stwierdzenie, tj. dlaczego następstwa prawne zastosowania normy prawnej – przy jej określonej wykładni – oceniono jako negatywnie wpływające na wartość lub stan rzeczy prawnie chronionej. Rzetelne uzasadnienie kwestii odkrycia absurdu prawnego jest ważne także dlatego, że legitymizuje podjęcie przez sędziego tak daleko idących w skutkach środków, jak odejście od literalnego znaczenia przepisu prawa czy opracowanie wykładni twórczej.

Przypadkom absurdalnego działania prawa mogą przeciwstawiać się sędziowie chcący i potrafiący dostrzegać je w konkretnych sprawach. Aby zdobyć tę umiejętność, dzięki której sędzia zyskuje upoważnienie do przełamania tekstu prawnego oraz uchylecia wadliwego rozstrzygnięcia, potrzeba przede wszystkim szerokiego i wnikliwego spojrzenia na fakty sprawy, dobrego rozeznania w aktualnym kontekście kulturowym, odpowiedniego korzystania z władzy dyskrecyjnej, znajomości rodzajów absurdów prawnych i rozsądnego stosowania ich w rozpoznawanych sprawach. Dzięki tej umiejętności sędziowie mogą chronić uczestników obrotu prawnego przed negatywnymi skutkami działania prawa, dbać o autorytet, spójność i efektywność porządku prawnego, a przy okazji wskazywać ustawodawcy na problemy związane z treścią tekstów prawnych funkcjonujących w praktyce.

Summary

Konrad Łuczak, *A Judge in Search of Legal Absurdities*

In some cases judges have to deal with legal absurdities, which have an adverse impact on the legal system and on the situation of parties to legal transactions. There are judges who fail to notice legal absurdities or just wave them aside, for instance, driven by a formalistic creed of application of law, but there are also judges who know how to discover and skillfully remove them. The aim of this paper is an attempt to establish what set of circumstances (factors) may influence judges' ability to discover legal absurdities in the cases they decide. An analysis of selected judgements leads to several important conclusions concerning the issue of judges discovering legal absurdities. (1) Judges use different methods to track down legal absurdities, although some similarities between them are noticeable; (2) The search for legal absurdities is done in the context of a judge's discretionary power. (3) Judges discover legal absurdities in both in easy and hard cases. (4) In order to track down a legal absurdity it may be necessary to assess not only the legal text, but also an act of application of law. (5) Judges consider all facts of a given case, including its unique circumstances, to discover a legal absurdity. (6) Tracking down legal absurdities is strictly and directly connected with knowledge of different kinds of legal absurdities.

Keywords: legal absurdity, *argumentum ad absurdum*, judicial interpretation, legal reasoning

Streszczenie

Konrad Łuczak, *Sędzia w poszukiwaniu absurdów prawnych*

Sędziowie w ramach praktyki orzeczniczej mają w pewnych przypadkach do czynienia z absurdami prawnymi, które wywołują negatywne skutki dla porządku prawnego oraz

uczestników obrotu prawnego. Jedni sędziowie nie dostrzegają ich lub przechodzą nad nimi do porządku dziennego, kierując się np. formalistycznym credo stosowania prawa, inni natomiast wręcz przeciwnie – odkrywają je i umiejętnie usuwają. Celem artykułu była próba ustalenia, jakie okoliczności mogą wpływać na odkrywanie przez sędziów absurdów prawnych w rozpoznawanych sprawach. Przeprowadzona analiza wybranych orzeczeń sądowych doprowadziła do wniosków, że odkrywanie absurdów prawnych: 1) następuje na różne sposoby, które mają ze sobą wspólne punkty; 2) odbywa się w ramach władzy dyskrecjonalnej; 3) dotyczy zarówno spraw prostych, jak i trudnych; 4) wymaga oceny tekstu prawnego lub dodatkowo aktu stosowania prawa; 5) zależy od uwzględnienia pełnego kontekstu faktycznego sprawy, w tym jej szczególnych okoliczności; 6) ściśle wiąże się ze znajomością różnych rodzajów absurdów prawnych.

Słowa kluczowe: absurd prawny, argumentum ad absurdum, wykładnia sądowa, rozumowanie prawnicze

Literatura:

1. Alexy R., *The Nature of Legal Philosophy*, Ratio Juris 2004, t. 17, nr 2.
2. Bix B., *A Dictionary of Legal Theory*, Oksford 2009.
3. Bogucki O., *Sposoby pojmowania „historyczności” wykładni prawa*, Państwo i Prawo 2015, z. 9.
4. Brzeziński B., *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk 2008.
5. Bustamante T., *On the Argumentum ad Absurdum in Statutory Interpretation: Its Uses and Normative Significance* [w:] *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspective*, red. C. Dahlman, E. Feteris, Dordrecht 2013.
6. Dougherty V.M., *Absurdity and the Limits of Literalism: Defining the Absurd Result Principle in Statutory Interpretation*, The American University Law Review 1994, t. 44, nr 1.
7. Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
8. Eskridge Jr. W.N., Frickey P.P., *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, Stanford Law Review 1990, t. 42, nr 2.
9. Feteris E.T., *The Rational Reconstruction of Argumentation Referring to Consequences and Purposes in the Application of Legal Rules: A Pragma-Dialectical Perspective*, Argumentation 2005, t. 19, nr 4.
10. Feteris E.T., *Argumentation from Reasonableness in the Justification of Judicial Decisions* [w:] *Argument Types and Fallacies in Legal Argumentation*, red. T. Bustamante, C. Dahlman, Szwajcaria 2015.
11. Feteris E.T., *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht 2017.
12. Fuller L.L., *Moralność prawa*, Warszawa 2004.
13. Gizbert-Studnicki T., *Wykładnia celowościowa*, Studia Prawnicze 1985, nr 3–4.
14. Holocher J., *Kontekst odkrycia i kontekst uzasadnienia w świetle topicznej koncepcji prawa*, Studia Prawno-Ekonomiczne 2009, t. LXXX.
15. Hutcheson Jr. J.C., *The Judgement Intuitive: the Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, Cornell Law Quarterly 1929, t. 14.
16. Jellum L.D., *But That Is Absurd! Why Specific Absurdity Undermines Textualism*, Brooklyn Law Review 2011, t. 76, nr 3.
17. Kelly J.M., *Historia zachodniej teorii prawa*, Kraków 2006.
18. Kmiec K.D., *The Origin and Current Meanings of „Judicial Activism”*, California Law Review 2004, t. 92, nr 5.
19. Kozak A., *Kulturowy fundament decyzji interpretacyjnej* [w:] *W poszukiwaniu podstaw prawa*, red. A. Sulikowski, Wrocław 2005.
20. Lang W., *Prawo procesowe a prawo materialne. Wzajemne relacje* [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Warszawa 2006.

21. Leszczyński L., *Wykładnia operatywna (podstawowe właściwości)*, Państwo i Prawo 2009, z. 6.
22. Leszczyński L., *Dyskrecjonalność a jednolitość stosowania prawa. Rola argumentu per rationem decidendi* [w:] *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staśkiewicz, T. Stawewski, Warszawa 2010.
23. Łętowska E., *Kilka uwag o praktyce wykładni*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, z. 1.
24. MacCormick N., *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*, New York University Law Review 1983, t. 58, nr 2.
25. Matczak M., *Summa Iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
26. Matczak M., *Argumentum ad absurdum w uzasadnieniu decyzji stosowania prawa a założenie o racjonalności prawodawcy – analiza krytyczna* [w:] *Uzasadnienia decyzji stosowania prawa*, red. I. Rzucidło-Grochowska, M. Grochowski, Warszawa 2015.
27. Morawski L., *Czy sądy mogą się angażować politycznie*, Państwo i Prawo 2006, z. 3.
28. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006.
29. Moś U., *Ustawodawstwo symboliczne, czyli o możliwości działań pozornych w prawie*, Colloquia Communia 1988/6 i 1989/1.
30. Nowacki J., *O rozumieniach skuteczności przepisów prawa*, Studia Prawnicze 1986, z. 1–2.
31. Opalek K., Wróblewski J., *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991.
32. Perelman Ch., *Logika prawnicza. Nowa retoryka*, Warszawa 1984;
33. Posner R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Massachusetts) – Londyn 1990.
34. Posner R.A., *How Judges Think*, Cambridge–Massachusetts–Londyn 2010.
35. Sarkowicz R., *Autorytet a obiektywna interpretacja testu* [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, red. G. Skąpska et al., Kraków 1992.
36. Scalia A., Manning J.F., *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, George Washington Law Review 2012, t. 80, nr 6.
37. Scalia A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 2018.
38. Siegel J.R., *What Statutory Drafting Errors Teach Us About Statutory Interpretation*, The George Washington Law Review 2001, t. 69, nr 3.
39. Slocum B.G., *Ordinary Meaning and Empiricism*, Statute Law Review 2019, t. 40, nr 1.
40. Spyra T., *Granice wykładni prawa: znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006.
41. Szymanek K., *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2008.
42. Tobor Z., *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013.
43. Wells C.P., *Improving one's situation: some pragmatic reflections on the art of judging*, Washington & Lee Law Review 1992, t. 49, nr 2.
44. *Wielka Encyklopedia PWN*, t. 23, Warszawa 2004.
45. Wronkowska S., [w:] *Zarys teorii prawa*, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Poznań 2001.
46. Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005.
47. Wróblewski J., *Interpretatio extensiva*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1965, nr 1.
48. Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988.
49. Wróblewski J., *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1990.
50. Zieliński M., *Wybrane zagadnienia wykładni prawa*, Państwo i Prawo 2009, z. 6.
51. Zieliński M., *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, Palestra 2011, nr 3–4.
52. Zirk-Sadowski M., *Epistemologia prawa a teorie wykładni* [w:] *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałeckiego*, Toruń 2006.

Łukasz Gołąb*

Spełnienie przesłanek uznania przedmiotu lub substancji za „produkt uboczny” w rozumieniu art. 10 ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach w orzecznictwie sądów administracyjnych**

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Jakkolwiek ustawodawca konstytucyjny wyniósł zasadę wolności gospodarczej do rangi podstawowych zasad ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej¹, to jednak jednocześnie przyjął, że zasada ta nie ma charakteru absolutnego i w świetle art. 22 Konstytucji RP² może podlegać ograniczeniom „z uwagi na ważny interes publiczny”. Jednym z takich ograniczeń jest obowiązek wykonywania działalności gospodarczej z poszanowaniem środowiska naturalnego, bowiem dbałość o właściwy stan środowiska stanowi niewątpliwie istotną kategorię interesu publicznego³, obok chociażby takich wartości jak: ochrona przed zagrożeniem życia i zdrowia ludzkiego, bezpieczeństwa i porządku publicznego czy moralności publicznej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Tym samym, ustawodawca decydując się na publicznoprawne ograniczenie swobodnego – co do zasady – wykonywania działalności gospodarczej, stanął na straży otwartego katalogu pewnych szczególnie cennych wartości przed potencjalnymi zagrożeniami, wynikającymi z ujemnych następstw wykonywania działalności gospodarczej.

* Mgr Łukasz Gołąb jest asystentem w Katedrze Prawa Gospodarczego i Gospodarki Cyfrowej, Zakład Publicznego Prawa Gospodarczego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0003-0986-8669, e-mail: l.golab@uksw.edu.pl

** Data zgłoszenia tekstu przez autora: 15.12.2020 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 21.01.2021 r.

¹ Szerzej na temat zasady wolności gospodarczej w prawie polskim zob. m.in.: K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009; K. Kruczałak, *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia w świetle Konstytucji RP*, „Gdańskie Studia Prawnicze” Gdańsk 1998, t. III, s. 43 i n.; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 106–108; M. Szydło, *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz–Wrocław 2011; A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) – dalej Konstytucja RP.

³ Obowiązek taki wynikał wprost z wcześniejszych ustaw regulujących problematykę podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej: zob. art. 18 ustawy z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r. poz. 2168); art. 9 ustawy z 19.11.1999 r. – Prawo o działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz.U. z 1999 r. Nr 101, poz. 1178); art. 3 ust. 1 ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej (Dz.U. z 1988 r. Nr 41, poz. 324 ze zm.). Obecnie obowiązek taki może być wywodzony m.in. z zawartego w preambule do ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 162) odwołania do zasady zrównoważonego rozwoju.

W odniesieniu do środowiska naturalnego należy stwierdzić, że w praktyce każda działalność gospodarcza, w różnym rzecz jasna stopniu, związana jest z niekorzystnym wpływem na którykolwiek z jego elementów⁴. Szczególnie powszechną postać takiej ingerencji stanowi chociażby generowanie odpadów. Z tego też powodu środowisko naturalne nie może pozostawać wartością niedostrzeganą przez ustawodawcę, zaś konsekwencją wynikających z tego ustawowych ograniczeń w gospodarczym korzystaniu ze środowiska jest szeroki zakres odpowiedzialności cywilnej, karnej i administracyjnej związanej z niewykonywaniem lub nienależytym wykonywaniem obowiązków związanych z działaniami proekologicznymi i ochroną środowiska jako dobra wspólnego, w tym właśnie gospodarowania odpadami⁵. Zdaniem Wojciecha J. Katnera już samo odwołanie się przez ustawodawcę do obowiązku przestrzegania przepisów z zakresu ochrony środowiska ma służyć uzmysłowieniu przedsiębiorcom wagi ochrony środowiska naturalnego przy „realizowaniu zasady wolności gospodarczej nawet tam, gdzie nie ma przepisów reglamentujących konkretną działalność przedsiębiorcy”⁶.

W odniesieniu do wytwarzania odpadów oraz obowiązków nakładanych na przedsiębiorców w zakresie gospodarowania nimi, szczególne regulacje są zawarte w ustawie z 14.12.2012 r. o odpadach⁷. Jak bowiem wskazano w art. 1 u.o.: „ustawa określa środki służące ochronie środowiska, życia i zdrowia ludzi zapobiegające i zmniejszające negatywny wpływ na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikający z wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi oraz ograniczające ogólne skutki użytkowania zasobów i poprawiające efektywność takiego użytkowania”. Ustawa dokonuje implementacji szeregu dyrektyw unijnych poświęconych kwestii gospodarowania odpadami⁸. System gospodarowania odpadami opiera się przy tym na określonej hierarchii działań związanych z odpadami, który można ująć jako:

⁴ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 134.

⁵ W. Katner, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003, s. 67.

⁶ W. Katner, *Prawo...* Szerzej na temat ochrony środowiska w kontekście działalności gospodarczej zob. także J. Ciechanowicz-McLean, *Ochrona środowiska w działalności gospodarczej*, Warszawa 2003.

⁷ Ustawa z 14.12.2012 r. o odpadach (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 797) – dalej u.o.

⁸ Są to: 1) dyrektywa Rady 78/176/EWG z 20.02.1978 r. w sprawie odpadów pochodzących z przemysłu tytanu (Dz.Urz. WE L 54 z 25.02.1978 r., s. 19); 2) dyrektywa Rady 86/278/EWG z 12.06.1986 r. w sprawie ochrony środowiska, w szczególności gleby, w przypadku wykorzystywania osadów ściekowych w rolnictwie (Dz.Urz. EWG L 181 z 4.07.1986 r., s. 6); 3) dyrektywa Rady 91/271/EWG z 21.05.1991 r. dotycząca oczyszczania ścieków komunalnych (Dz.Urz. EWG L 135 z 30.05.1991 r., s. 40); 4) dyrektywa 94/62/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20.12.1994 r. w sprawie opakowań i odpadów opakowaniowych (Dz.Urz. EWG L 365 z 31.12.1994 r., s. 10); 5) dyrektywa Rady 96/59/WE z 16.09.1996 r. w sprawie unieszkodliwiania polichlorowanych bifenyli i polichlorowanych trifenyli (PCB/PCT) (Dz.Urz. WE L 243 z 24.09.1996 r., s. 31); 6) dyrektywa Rady 1999/31/WE z 26.04.1999 r. w sprawie składowania odpadów (Dz.Urz. WE L 182 z 16.07.1999 r., s. 1); 7) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/53/WE z 18.09.2000 r. w sprawie pojazdów wycofanych z eksploatacji (Dz.Urz. WE L 269 z 21.10.2000 r., s. 34); 8) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/76/WE z 4.12.2000 r. w sprawie spalania odpadów (Dz.Urz. WE L 332 z 28.12.2000 r., s. 91); 9) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/21/WE z 15.03.2006 r. w sprawie gospodarowania odpadami pochodzącymi z przemysłu wydobywczego oraz zmieniająca dyrektywę 2004/35/WE (Dz.Urz. WE L 102 z 11.04.2006 r., s. 15); 10) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/66/WE z 6.09.2006 r. w sprawie baterii i akumulatorów oraz zużytych baterii i akumulatorów oraz uchylająca dyrektywę 91/157/EWG (Dz.Urz. WE L 266 z 26.09.2006 r., s. 1); 11) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19.11.2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz.Urz. WE L 312 z 22.11.2008 r., s. 3) – dalej dyrektywa 2008/98/WE; 12) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z 24.11.2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (Dz.Urz. UE L 334 z 17.12.2010 r., s. 17); 13) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/19/UE z 4.07.2012 r. w sprawie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (WEEE) (Dz.Urz. UE L 197 z 24.07.2012 r., s. 38).

1) zapobieganie; 2) przygotowywanie do ponownego użycia; 3) recykling; 4) inne metody odzysku np. odzysk energii; 5) unieszkodliwianie⁹.

Podmioty podejmujące działania powodujące lub mogące powodować powstawanie odpadów powinny zatem w pierwszej kolejności zapobiegać powstawaniu odpadów lub ograniczać ilość odpadów oraz ich negatywne oddziaływanie na środowisko przy wytwarzaniu produktów, podczas i po zakończeniu ich użytkowania; następnie zapewniać zgodny z zasadami ochrony środowiska odzysk, jeśli nie udało się zapobiec powstawaniu odpadów, i wreszcie zapewniać zgodne z zasadami ochrony środowiska unieszkodliwianie odpadów, których powstaniu nie udało się zapobiec lub których nie udało się poddać odzyskowi. Jednocześnie posiadacze odpadów są obowiązani do postępowania z odpadami w sposób zgodny z zasadami gospodarowania odpadami, wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami. W szczególności zabronione jest, poza wskazanymi wyjątkami, prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów poza instalacjami lub urządzeniami spełniającymi określone wymagania i do tego przeznaczonymi.

Jednym z istotnych celów regulacji dyrektyw Unii Europejskiej, a co za tym idzie też regulacji prawa krajowego, jest zatem ograniczanie – w miarę możliwości technicznych i w zgodzie z zasadami ochrony środowiska – powstawania odpadów, w tym także ich dalsze przetworzenie i wykorzystanie. Jednym z instrumentów zmierzających do realizacji tego celu jest możliwość uznania odpadów spełniających określone prawem kryteria za tzw. produkt uboczny. Za „produkt uboczny” może być uznana substancja lub przedmiot powstające w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest ich produkowanie. Instrument ten ma – w opinii prawodawcy unijnego – wywrzeć dwojakiego rodzaju pozytywne skutki. Po pierwsze, pozytywny wpływ na konkurencyjność i przedsiębiorczość poprzez ułatwienie obrotu i dalszego wykorzystania określonych rodzajów substancji lub przedmiotów, które w świetle obowiązujących przepisów stanowią odpady, wskutek zniesienia – w drodze uznania ich za „produkt uboczny” – konieczności stosowania wobec nich przepisów z zakresu gospodarki odpadami. Nietrudno zauważyć, że instrument ten służy ograniczeniu ingerencji w zakres wolności gospodarczej przez ograniczenie ciężarów administracyjnych spoczywających na przedsiębiorcach w związku z wytwarzaniem przez nich odpadów, a tym samym realizuje także dyrektywy wynikające z zasady proporcjonalności ograniczeń praw i wolności o charakterze gospodarczym. Po drugie zaś, uznanie określonych odpadów za „produkt uboczny” oraz wynikająca stąd możliwość ich ponownego użycia może się przyczynić do wspierania ponownego użycia produktów i materiałów, jak również zmniejszenia zużycia surowców pierwotnych, a co za tym idzie – do ochrony zasobów naturalnych¹⁰.

⁹ Por. art. 4 dyrektywy 2008/98/WE.

¹⁰ Komunikat Komisji, *Towards a thematic strategy on the prevention and recycling of waste*, COM (2003) 301 final. Zob. także N. Tojo, A. Neubaer, I. Bräuer, *Waste management policies and policy instruments in Europe. An overview*, IIIIE Reports 2008:2, Lund 2006, s. 12, gdzie wskazano, że: „much discussion have been raised by industries who are involved in material recycling, other forms of recovery and/ or disposal of substances that are in the grey zone between waste and recycled materials. The aspiration of the industries have been to have the substances they deal with not to be considered as waste. This is due to the higher administrative burden when handling waste compared to handling non-waste, and negative images associated with waste”, https://www.ecologic.eu/sites/files/project/2015/documents/holiwastd1-1_iiie_report_2_0.pdf (dostęp: 19.02.2021 r.).

Stosowne regulacje, odnoszące się do kwalifikowania odpadów jako produkty uboczne, a w konsekwencji pozwalające na odmienne – aniżeli w przypadku odpadów i przez to mniej restrykcyjne – postępowanie z nimi zostały zawarte w art. 10 i 11 u.o. Zastosowanie tych przepisów w praktyce napotyka jednakże istotne trudności związane z użyciem w treści art. 10 u.o. określającego przesłanki uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny szeregu klauzul generalnych. Ich interpretacja stała się przedmiotem rozbieżnych rozstrzygnięć w praktyce organów właściwych w tych sprawach, a w konsekwencji wielu odmiennych rozstrzygnięć w orzecznictwie sądów administracyjnych. Były one w ostatnich latach szczególnie często konfrontowane z koniecznością dokonania oceny działań organów ochrony środowiska, w tym prawidłowości zastosowania przesłanek uznania przedmiotu lub substancji za „produkt uboczny”. Nietrudno zauważyć, że sytuacja ta nie sprzyja zagwarantowaniu pewności prawa, co wydaje się szczególnie dotkliwie w obszarze, gdzie podejmowane rozstrzygnięcia warunkują w istocie zakres ingerencji w sferę wolności gospodarczej przedsiębiorców.

Celem niniejszego artykułu jest analiza rozstrzygnięć sądów administracyjnych na gruncie art. 10 u.o., w odniesieniu do stosowania przesłanek uznania przedmiotów lub substancji za „produkt uboczny” w praktyce rozstrzygnięć organów ochrony środowiska.

2. PRZESŁANKI UZNANIA PRZEDMIOTU LUB SUBSTANCJI ZA „PRODUKT UBOCZNY”

Przesłanki uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny oraz procedurę właściwą w tych sprawach regulują przepisy art. 10 i 11 u.o.

Zgodnie z art. 10 u.o. przedmiot lub substancja powstające w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest ich produkcja, mogą być uznane za produkt uboczny niebędący odpadem, jeśli są łącznie spełnione następujące warunki: 1) dalsze wykorzystywanie przedmiotu lub substancji jest pewne; 2) przedmiot lub substancja mogą być wykorzystywane bezpośrednio bez dalszego przetwarzania innego, niż normalna praktyka przemysłowa; 3) dany przedmiot lub substancja są produkowane jako integralna część procesu produkcyjnego; 4) dana substancja lub przedmiot spełniają wszystkie istotne wymagania, w tym prawne, w zakresie produktu, ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi dla określonego wykorzystania tych substancji lub przedmiotów, i wykorzystanie takie nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi.

Z powyższego wynika, że po pierwsze, aby przedmiot lub substancja mogły zostać uznane za produkt uboczny (a nie odpad) muszą one powstać w wyniku procesu produkcyjnego, którego podstawowym celem nie jest ich produkcja. Tym samym dany przedmiot lub substancja powstają niejako „przy okazji” produkcji innych przedmiotów lub substancji, a ich wytworzenie nie jest celem samym w sobie.

Po drugie, musi istnieć pewność, że dany przedmiot lub substancja, które powstały „przy okazji” procesu produkcyjnego będą poddane dalszemu wykorzystaniu. Nie chodzi przy tym o to, czy istnieją technologiczne możliwości ich dalszego wykorzystania, ale także o to, czy wytwórca tych przedmiotów lub substancji rzeczywiście podda je dalszemu wykorzystaniu.

Po trzecie, uznanie danego przedmiotu lub substancji za produkt uboczny może nastąpić wtedy, gdy mogą one być dalej wykorzystywane w sposób bezpośredni, bez konieczności dalszego ich przetwarzania innego niż normalna praktyka przemysłowa. W tym przypadku intencją prawodawcy jest to, aby przedmiot lub substancja mogły być dalej wykorzystywane w zasadzie w takiej postaci w jakiej powstały, z jednym tylko wyjątkiem, a mianowicie wówczas, gdy takie przetworzenie stanowi normalną praktykę przemysłową.

Po czwarte, uznanie przedmiotu lub substancji za produkt uboczny jest możliwe, jeśli przedmiot ten lub substancja są wytwarzane jako integralna część procesu produkcyjnego. Powstanie takiego produktu lub substancji jest zatem typową i zwyczajną konsekwencją procesu produkcyjnego.

Wreszcie ostatnią, piątą przesłanką jest to, że dana substancja lub przedmiot spełniają wszystkie istotne wymagania dla produktu, ochrony środowiska oraz dla ochrony życia i zdrowia ludzi. Przyjęte w prawie polskim rozwiązanie jest powtórzeniem, prawie dosłownym, przepisu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2008/98/WE. Jak wskazuje się w literaturze¹¹, użycie przez ustawodawcę w art. 10 ust. 1 pkt 4 u.o. zwrotów niedookreślonych takich jak konieczność wskazania, że dana substancja lub przedmiot spełniają wszystkie „istotne wymagania, w tym prawne, w zakresie produktu, ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi, dla określonego wykorzystania tych substancji” oraz, iż ich wykorzystanie „nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko i zdrowie ludzi” pozostawia w istocie znaczny margines swobody interpretacyjnej po stronie organów administracji publicznej, która jest ograniczona jedynie przez wymóg stosownego, szczegółowego uzasadnienia. Z drugiej strony wskazuje się, że z uwagi na ogólny i enigmatyczny charakter tej przesłanki należy przy jej wykładni stosować obiektywne kryteria oceny braku zagrożenia dla środowiska oraz zdrowia i życia ludzkiego.

Kryterium budzącym najmniej wątpliwości jest kryterium zgodności z wymogami prawa. Ilekcioż zatem na posiadaczu substancji lub przedmiotu będzie spoczywał obowiązek postąpienia z nimi jak z odpadem (np. unieszkodliwienie lub poddanie procesowi odzysku przy użyciu określonych metod) można stwierdzić, że mamy do czynienia z odpadem. *A contrario*, jeśli na posiadaczu nie ciąży obowiązek prawny powzięcia konkretnych czynności wobec pozostałości procesu produkcyjnego, wówczas nadanie statusu produktu ubocznego jest zgodne z prawem¹². Kolejnym kryterium jest kryterium „wymagań w zakresie produktu, ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi, dla określonego wykorzystania substancji lub produktów”. Oceniając, czy jest ona spełniona w części dotyczącej wykorzystania w zakresie produktu, należy zwrócić uwagę na zgodność specyfikacji substancji stanowiącej pozostałość procesu produkcyjnego ze specyfikacjami technicznymi substancji podobnych, które występują na rynku. O spełnieniu tej przesłanki w zakresie ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi może również świadczyć czynienie zadość wymaganiom określonym ustawą z 12.12.2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktu¹³.

¹¹ W. Iskro, *Odpad a produkt uboczny w świetle prawa* [w:] *Aktualne problemy prawa gospodarowania odpadami*, red. E. Olejarczyk, A. Kuc, M. Suska, Katowice 2016, s. 47; por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Poznaniu z 13.07.2017 r., IV SA/Po 374/17, LEX nr 2328402.

¹² W. Iskro, *Odpad...*, s. 47; wyrok WSA w Poznaniu z 13.07.2017 r., IV SA/Po 374/17.

¹³ Ustawa z 12.12.2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktu (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 222). Zob. także W. Iskro, *Odpad...*, s. 47; podobnie także B. Rakoczy [w:] *Ustawa o odpadach. Komentarz*, K. Karpus, B. Rakoczy, LEX/el. 2013, komentarz do art. 10; D. Danecka, W. Radecki [w:] *Ustawa o odpadach. Komentarz*, D. Danecka, W. Radecki, wyd. 5, LEX/el. 2020, komentarz do art. 10.

Powyższe trudności interpretacyjne pogłębia fakt, że o ile ustawodawca w art. 11 ust. 6 u.o. upoważnił (ale nie zobowiązał) ministra właściwego ds. klimatu do wydania rozporządzenia określającego szczegółowe kryteria dotyczące uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny, o tyle do dnia dzisiejszego akt ten nie został wydany, co zmusza zarówno organy stosujące prawo, jak i sądy do dokonywania oceny spełnienia przesłanek uznania za produkt uboczny w oparciu na wskazówkach wynikających z treści art. 10 ust. 1 pkt 1–4 u.o.

Procedurę uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny reguluje art. 11 u.o. Procedura ta wszczynana jest przez wytwórcę, który – zgodnie z art. 11 ust. 1 u.o. – jest obowiązany do przedłożenia marszałkowi województwa właściwego ze względu na miejsce wytwarzania substancji lub przedmiotu zgłoszenia uznania ich za produkt uboczny. Zgłoszenie musi odpowiadać wymaganiom formalnym, określonym w art. 11 ust. 2 u.o. i przedstawiać dowody potwierdzające spełnienie warunków określonych w art. 10 u.o. oraz szczegółowych wymagań, jeśli zostały określone (np. w ustawie o ogólnym bezpieczeństwie produktów), które – jak wskazano wyżej – powinny się odnosić do okoliczności konkretnego zgłoszenia uznania produktu za produkt uboczny.

Po zgłoszeniu rozstrzygnięcie należy się zwrócić do marszałka województwa, który podejmuje decyzję po zasięgnięciu opinii wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska (dalej WIOŚ) właściwego ze względu na miejsce wytwarzania tego przedmiotu lub tej substancji (art. 11 ust. 4 u.o.). Co istotne, w przypadku negatywnej opinii WIOŚ marszałek województwa musi wydać decyzję o odmowie uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny (art. 11 ust. 4d u.o.). Zatem w tym przypadku opinia WIOŚ na charakter wiążący¹⁴. Przed wydaniem opinii WIOŚ ma możliwość przeprowadzenia kontroli w zakresie objętym zgłoszeniem, w sprawie uznania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny. Kontrola ta nie jest jednak obligatoryjna, zatem to do WIOŚ należy decyzja o jej przeprowadzeniu.

3. STANOWISKO SĄDÓW ADMINISTRACYJNYCH ODNOŚNIE DO UZNANIA PRZEDMIOTU LUB SUBSTANCJI ZA „PRODUKT UBOCZNY”

Przechodząc do omówienia dotychczasowego stanowiska sądów administracyjnych odnośnie do charakteru prawnego przesłanek z art. 10 ust. 1 u.o., kryteriów ich spełnienia oraz zakresu ciężaru dowodowego po stronie zarówno zgłaszających wytwórców, jak i organów administracji, należy zauważyć, że w zasadzie wszystkie dotychczasowe rozstrzygnięcia sądów administracyjnych dotyczyły zgłoszenia jako produkt uboczny substancji powstających w procesie obróbki produktów drewnopochodnych (takich jak: trociny, wióry, ścinki płyty wiórowej zwykłej oraz płyty typu MDF lub HDF, ścinki sklejk, ścinki drewna) i wiązały się z dążeniem zgłaszających do umożliwienia ich termicznego przekształcania (spalania) w instalacjach innych, aniżeli instalacje przeznaczone do termicznego przekształcania odpadów. Na tym tle pojawiały się dotychczas w praktyce wątpliwości odnośnie do możliwości kwalifikowania tych substancji jako „biomasy” w rozumieniu § 2

¹⁴ Por. wyrok WSA w Warszawie z 28.02.2020 r., IV SA/Wa 2653/19, LEX nr 2420346.

pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z 1.03.2008 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów¹⁵, co pozwalałoby na termiczne przekształcanie substancji w instalacjach przeznaczonych do spalania biomasy zamiast w instalacjach spełniających (bardziej restrykcyjne) standardy w zakresie termicznego przekształcania odpadów.

Odnosnie do uznaniowego charakteru przesłanek z art. 10 u.o., a zwłaszcza kryteriów zawartych w pkt 4 tego przepisu, wypowiedział się szeroko Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w przytoczonym powyżej wyroku z 13.07.2017 r.¹⁶, gdzie wskazał, że: „z uwagi na to, że pojęcie produktu ubocznego jest relatywnie nowe na gruncie prawa polskiego, w praktyce stosowania przepisów go dotyczących pojawiają się trudności (...), w szczególności na poziomie weryfikowania kumulatywnego spełnienia warunków przewidzianych w ustawie o odpadach oraz stosowania przepisów dotyczących postępowania administracyjnego w zakresie nadania przedmiotowi lub substancji statusu produktu ubocznego”. Związane jest to – w opinii ww. sądu – z faktem, iż: „sprawdzenie wypełnienia kryteriów wskazanych w ustawie o odpadach jest o tyle trudne, że w większości przypadków wymaga pogłębionej analizy abstrakcyjne zrekonstruowanego procesu produkcyjnego, którego wynikiem ma być produkt uboczny”, a tym samym stosowanie tych przepisów wymaga „wnikliwej analizy konkretnego przypadku, co spoczywa na organach administracji”. Niejednoznaczny i wymagający skomplikowanej interpretacji charakter art. 10 pkt 4 u.o. potwierdza również wyrok WSA w Poznaniu z 28.06.2016 r., II SA/Po 1087/15¹⁷. Sąd ten odnosząc się do przesłanki z art. 10 pkt 4 u.o., wskazał, że: „wykazanie tej okoliczności budzić może najwięcej trudności, szczególnie przy produktach, których właściwości przy określonym zastosowaniu nie są oczywiste, szczególnie jeżeli chodzi o ich wpływ na środowisko, życie lub zdrowie ludzi”.

Jednocześnie w przytoczonym powyżej wyroku WSA w Poznaniu z 13.07.2017 r., sąd wskazał, że: „sformułowanie «nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko i zdrowie ludzi» uprawnia do wysunięcia tezy o konieczności dokonania każdorazowego bilansu korzyści i zagrożeń płynących z zaklasyfikowania pozostałości procesu produkcyjnego jako odpadu lub produktu ubocznego. Zdarzyć się może bowiem, że substancja lub przedmiot będą przynosiły większą korzyść pod względem ekonomii środowiskowej również przez fakt niewywoływania negatywnych skutków oddziaływania na środowisko po nadaniu jej statusu odpadu”.

Wskutek braku szczegółowych kryteriów uznania określonych substancji lub przedmiotów za produkt uboczny, z braku – o czym była mowa wyżej – przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 6 u.o., w orzecznictwie pojawiły się wątpliwości odnośnie do tego, jakie „wymagania”, w tym wymagania prawne przyjąć dla określonego wykorzystania produktu, przy jednoczesnym

¹⁵ Rozporządzenie Ministra Środowiska z 1.03.2008 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (Dz.U. z 2018 r. poz. 680).

¹⁶ Por. przypis 11.

¹⁷ Legalis nr 1544660.

zagwarantowaniu braku negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi jako podstawę do kwalifikowania substancji lub przedmiotów jako produkt uboczny.

W odniesieniu do kwalifikowania jako produkt uboczny substancji powstających w procesie obróbki produktów drewnopochodnych w celu ich termicznego przekształcania w instalacjach innych, aniżeli instalacje do tego przeznaczone, strony powoływały się na przepis § 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z 1.03.2018 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów¹⁸, który definiuje pojęcie „biomasy”, argumentując, że spełnianie przez określone substancje lub przedmioty definicji „biomasy” w rozumieniu rozporządzenia w sprawie standardów emisyjnych pozwala na ich zakwalifikowanie jako „produktu ubocznego” w rozumieniu art. 10 u.o. Na tym tle w orzecznictwie pojawiły się rozbieżne stanowiska i to w dwóch płaszczyznach: po pierwsze, w odniesieniu do relacji pomiędzy pojęciem „biomasy” w rozumieniu § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych a pojęciem „produktu ubocznego” w rozumieniu art. 10 pkt 4 u.o., jak i w odniesieniu do wykładni samego pojęcia biomasy na gruncie § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych.

Zgodnie z § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2020 (podobnie jak wcześniej na gruncie § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2018 oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014) przez „biomasę” rozumie się produkty składające się z substancji roślinnych pochodzących z rolnictwa lub leśnictwa, które mogą być wykorzystywane jako paliwo w celu odzyskania zawartej w nich energii, i następujące rodzaje odpadów: 1) odpady roślinne z rolnictwa i leśnictwa; 2) odpady roślinne z przemysłu przetwórstwa spożywczego, jeżeli odzyskuje się wytwarzaną energię cieplną; 3) włókniste odpady roślinne z procesu produkcji pierwotnej masy celulozowej i z procesu produkcji papieru z masy, jeżeli odpady te są spalane w miejscu produkcji, a wytwarzana energia cieplna jest odzyskiwana; 4) odpady korka; 5) odpady drewna, z wyjątkiem odpadów drewna zanieczyszczonego impregnatami lub powłokami ochronnymi, które mogą zawierać związki chlorowcoorganiczne lub metale ciężkie, w skład których wchodzi w szczególności odpady drewna pochodzącego z budowy, remontów i rozbiórki obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej¹⁹.

¹⁸ Przywołane rozporządzenie Ministra Środowiska z 1.03.2018 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (dalej rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2018) zastąpiło wcześniejsze rozporządzenie Ministra Środowiska z 4.11.2014 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (Dz.U. z 2014 r. poz. 1546) – dalej rozporządzenie ws. standardów emisyjnych 2014, które w § 5 ust. 2 definiowało biomasę w identyczny sposób jak § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2018. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 146 ust. 3 ustawy z 27.04.2001 r. – Prawo ochrony środowiska (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r. poz. 1219). Z kolei to przywoływany przepis rozporządzenia został zastąpiony obecnie przez identycznie brzmiący przepis § 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Klimatu z 24.09.2020 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1860) – dalej rozporządzenie ws. standardów emisyjnych 2020.

¹⁹ Wskazane rozporządzenia wdrażają m.in. następujące dyrektywy UE: 1) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/80/WE z 23.10.2001 r. w sprawie ograniczenia emisji niektórych zanieczyszczeń do powietrza z dużych obiektów energetycznego spalania (Dz.Urz. WE L 309 z 27.11.2001, s. 1) – dalej dyrektywa o emisjach; 2) wspomnianą wyżej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z 24.11.2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola).

W odniesieniu do relacji pomiędzy pojęciem „biomasy” a pojęciem „produktu ubocznego”, a w szczególności możliwości uznania substancji lub przedmiotów spełniających kryteria „biomasy” niejako automatycznie jako „produkt uboczny”, sądy administracyjne wypowiedziały się zdecydowanie przeciwko utożsamianiu pojęcia „biomasy” z pojęciem „produktu ubocznego”. I tak np. w wyroku z 26.05.2020 r., IV SA/Wa 612/20²⁰, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, że: „ustawa o odpadach w art. 10 pkt 4 nie przewiduje zresztą wyłączenia w odniesieniu do biomasy i nakazuje każdorazowo badać, czy dane wykorzystanie nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi”, a w wyroku z 12.02.2020 r., IV SA/Wa 2746/19²¹, również WSA w Warszawie stwierdził, że: „błędem jest utożsamianie pojęcia produktu ubocznego z pojęciem biomasy, podczas gdy nie są to pojęcia tożsame”. W ocenie tego sądu „warunkiem uznania za produkt uboczny nie jest spełnienie bądź niespełnienie kwalifikacji do uznania za biomasę, choć można to kryterium uznać za pomocnicze”. Tym samym w ocenie sądu fakt, że sporny przedmiot spełnia kryteria definicji biomasy „nie oznacza automatycznie, że może on być uznany za produkt uboczny”. Przesłanka z art. 10 pkt 4 u.o. wymaga bowiem w opinii sądu, aby wykorzystywanie produktu „nie doprowadziło do ogólnych negatywnych oddziaływań na środowisko, życie lub zdrowie ludzi”. Z tego względu w okolicznościach rozpatrywanej sprawy ww. sąd uznał, że organ administracji trafnie ustalił, iż: „skoro sporny przedmiot może zawierać związki chemiczne (klej), to nie jest czystym drewnem, a zatem jego spalanie może wywołać «ogólne negatywne oddziaływanie na środowisko, zdrowie lub życie ludzi»”, a ponadto „w toku postępowania nie wykazano, że poprzez jego spalanie nie dojdzie do ogólnych negatywnych oddziaływań, o których mowa w art. 10 pkt 4 ustawy o odpadach”. Zatem okoliczność, że dany przedmiot spełnia określone normy (w tym przypadku kryteria biomasy określone w § 2 pkt 1 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2018) nie oznacza jeszcze, że proces jego spalania nie będzie miał negatywnych oddziaływań na środowisko. Podobne stanowisko zostało wyrażone także we wcześniejszych orzeczeniach sądów administracyjnych, m.in. w wyroku WSA w Białymstoku z 16.10.2018 r., II SA/Bk 391/18²², czy w przywołanym już wcześniej wyroku WSA w Poznaniu z 28.06.2016 r., II SA/Po 1087/15, który stwierdził, iż „to, że pozostałości produkcyjne mogą stanowić biomasę nie oznacza, że są produktami ubocznymi; do biomasy zaliczyć bowiem można również odpady”.

Odnosnie do interpretacji pojęcia „biomasy”, w rozumieniu przepisów zawartych w kolejnych rozporządzeniach w sprawie standardów emisyjnych rozbieżności, pojawiły się rozbieżności w odniesieniu do rozumienia przesłanki „odpady drewna, z wyjątkiem odpadów drewna zanieczyszczonego impregnatami lub powłokami ochronnymi, które mogą zawierać związki chlorowcoorganiczne lub metale ciężkie”. Sprowadzają się one do rozstrzygnięcia, czy przez pojęcie biomasa należy w świetle tej przesłanki rozumieć wyłącznie odpady „czystego” drewna, czy też jako biomasa mogą zostać zakwalifikowane także odpady zawierające domieszki innych substancji, jeśli nie zawierają „związków chlorowcoorganicznych lub metali ciężkich”.

²⁰ LEX nr 3099614.

²¹ Legalis nr 2515087.

²² Legalis nr 1842517.

Za pierwszym ze wskazanych rozwiązań sądy administracyjne opowiedziały się w szeregu orzeczeń – przykładowo, WSA w Rzeszowie w wyroku z 22.08.2018 r., II SA/Rz 483/18²³. W rozpatrywanym przez sąd stanie faktycznym i prawnym organy administracji uznały – zdaniem sądu – słusznie, że ścinki pozostałe z płyt używanych przez przedsiębiorcę, zawierające domieszki substancji chemicznych do produkcji mebli są odpadami, a nie produktami ubocznymi, nie odpowiadają bowiem „cechom produktu naturalnego, czyli drewna czystego”. Podobnie wypowiedział się WSA w Warszawie w wyroku z 21.11.2019 r., IV SA/Wa 2193/19²⁴, stwierdzając, że: „odpad drewniany oznacza to samo co odpad drewna”. A zatem „odpady powstałe w wyniku wytwarzanych w trakcie produkcji mebli i związanej z nią obróbki drewna oraz płyt wiórowych, płyt MDF i płyt HDF, nie są biomasą, lecz klasyfikowane są jako odpad”. Stanowisko takie zostało zaprezentowane także m.in. we wspomnianym powyżej wyroku WSA w Warszawie z 12.02.2020 r., IV SA/Wa 2746/19; w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z 19.10.2018 r., II OSK 2597/16²⁵; wyroku WSA we Wrocławiu z 20.03.2018 r., II SA/Wr 824/17²⁶; a także w zapadłym na tle § 5 ust. 7 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014 wyroku NSA z 14.02.2017 r., II OSK 1377/15²⁷.

We wskazanym powyżej wyroku z 22.08.2018 r., II SA/Rz 483/18, WSA w Rzeszowie stwierdził, że organy administracji prawidłowo uznały, iż: „zanieczyszczone substancjami chemicznymi ścinki płyty wiórowej, nie spełniają warunku z art. 10 ust. 4 u.o., nie można bowiem uznać, że ich wykorzystanie w sposób wskazany przez Spółkę nie doprowadzi do ogólnych negatywnych oddziaływań”, a zatem istnieją w takiej sytuacji wątpliwości dotyczące bezpieczeństwa tych substancji w zakresie ochrony środowiska oraz życia i zdrowia ludzi. W tym zakresie WSA w Rzeszowie podzielił także stanowisko wyrażone wcześniej przez WSA w Poznaniu w wyroku z 30.12.2015 r., II SA/Po 986/15²⁸, że czym innym jest używanie płyty wiórowej, z której wyprodukowane są meble, a czym innym jej spalanie, bo w konsekwencji „ścinki płyty z uwagi na ich zanieczyszczenie należy traktować jako odpad a nie produkt uboczny z uwagi na to, że spalanie nawet produktów i substancji posiadających wszelkie atesty bezpieczeństwa w zakresie ich użytkowania powoduje uwolnienie różnorodnych związków chemicznych i substancji oraz ich wydzielania się do atmosfery, mimo, że poprzednio były silnie związane i obojętne dla otoczenia”²⁹.

Odmienne stanowisko w odniesieniu do wykładni pojęcia biomasy zajął NSA w wyroku z 26.02.2018 r., II OSK 2270/17³⁰. W swoich rozważaniach NSA wyszedł od tego, że na gruncie definicji „biomasy”³¹ zawartej w rozporządzeniu ws. standardów emisyjnych 2014, sporne jest rozumienie terminu „odpady drewna”, czy też „odpady drewniane”. O ile we wskazanych powyżej rozstrzygnięciach pojęcie to zawężane było do odpadów z „czystego” drewna (co chociażby w okolicznościach

²³ Legalis nr 1832166.

²⁴ Legalis nr 2358535.

²⁵ Legalis nr 1855126.

²⁶ LEX nr 2560807.

²⁷ Legalis nr 1605520.

²⁸ Legalis nr 1444420.

²⁹ Legalis nr 1832166.

³⁰ Legalis nr 1759472.

³¹ Sprawa była rozstrzygana na gruncie przepisu § 5 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014.

rozpatrywanej przez sąd sprawy uniemożliwiłoby zakwalifikowanie do tej kategorii pyłu z płyt drewnopochodnych jako niezawierającego wyłącznie pozostałości „czystego” drewna), o tyle NSA w omawianym orzeczeniu stwierdził, że: „rozumienie wskazanych terminów nie może być oderwane od dalszej części przepisów, w których zostały użyte, a które konstruując pewne wyłączenia z tej kategorii odpadów wskazują na odpady drewna zanieczyszczonego impregnatami lub powłokami ochronnymi, które mogą zawierać związki chlorowcoorganiczne lub metale ciężkie”. Jednocześnie sąd zauważył, że ze swej natury zanieczyszczeń tego rodzaju nie zawiera „czyste” drewno. Mając zatem na uwadze brzmienie wskazanego wyłączenia należy – zdaniem sądu – przyjąć, że „odpady drewna” lub „odpady drewniane”, o których mowa w przepisie § 5 ust. 2 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014, to „także odpady zawierające pewne zanieczyszczenia pochodzenia nienaturalnego, czyli nie tylko odpady *stricte* z drewna, ale i odpady drewniane rozumiane szerzej jako odpady pochodzące z procesów przetwarzania drewna, pod warunkiem, że nie są zanieczyszczone impregnatami lub powłokami ochronnymi, które mogą zawierać związki chlorowcoorganiczne lub metale ciężkie” (§ 5 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014). Konkludując, NSA uznał, że o zakwalifikowaniu określonej substancji do biomasy lub do odpadu decyduje pochodzenie danej substancji oraz brak w jej składzie wskazanych w § 5 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia ws. standardów emisyjnych 2014, a nie jakichkolwiek zanieczyszczeń. Substancją taką może być zatem również substancja drewniana, lecz niekoniecznie *stricte* drewniana, jeśli spełnia wskazane warunki co do rodzaju zawartych w niej zanieczyszczeń.

Na koniec niniejszych rozważań należy wskazać, że także w odniesieniu do ciężaru dowodowego odnoszącego się do wykazania spełnienia przesłanek uznania substancji lub przedmiotu za produkt uboczny, określonych w art. 10 u.o., zarysowały się w orzecnictwie odmienne stanowiska. I tak, m.in. WSA w Warszawie w wyroku z 19.05.2020 r., IV SA/Wa 311/20³², stanął na stanowisku, że to na zgłaszającym spoczywa ciężar prawidłowego sporządzenia zgłoszenia i wykazania swoich twierdzeń odnośnie do spełniania przez daną substancję lub przedmiot kryteriów do uznania za „produkt uboczny”. Stanowisko to zostało wyrażone także w cytowanych powyżej wyrokach WSA: w Warszawie z 12.02.2020 r., IV SA/Wa 2746/19; w Poznaniu: z 28.06.2016 r., II SA/Po 1087/15 oraz z 30.12.2015 r., II SA/Po 986/15. Z kolei wymóg wyczerpującego uzasadnienia przez właściwe organy administracji, także w warstwie dowodowej, decyzji wydawanej na gruncie art. 11 w zw. z art. 10 u.o. wskazał WSA w Poznaniu we wspomnianym wyroku z 13.07.2017 r., stwierdzając, że jakkolwiek – z uwagi na użycie w treści art. 10 pkt 4 u.o. pojęć niedookreślonych – decyzje wydawane w przedmiocie uznania danej substancji lub przedmiotu za produkt uboczny są decyzjami swobodnymi, to „swoboda ta jest ograniczona przez wymóg stosownego, szczegółowego uzasadnienia”.

Na powyższym tle interesujące są rozważania poczynione przez WSA w Warszawie w wyroku z 26.05.2020 r., IV SA/Wa 612/20, w których sąd stwierdził, że wprawdzie z jednej strony rację ma organ administracji twierdząc, że, co do zasady, ciężar wykazania, że spełnione zostały wszystkie przesłanki z art. 10 u.o. spoczywa na zgłaszającym (*ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* – z powołaniem

³² LEX nr 3058911.

na wyroki NSA: z 27.08.2010 r., II OSK 1131/10³³ oraz z 13.12.2011 r., II OSK 1860/10³⁴). Jednakże jednocześnie – jak zauważa ww. sąd – „mając na uwadze zasadę prawdy obiektywnej (art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego³⁵), a także rozbieżności pojawiające się w praktyce organów administracji w odniesieniu do kwalifikowania jako produkt uboczny w pyłu z płyt OSB, w tym uprzedni brak sprzeciwu ze strony Marszałka Województwa (...), na organach spoczywał obowiązek szczególnie wnikliwego wyjaśnienia kwestii ewentualnej szkodliwości dla życia i zdrowia ludzi spalania przedmiotowego pyłu w instalacji skarżącej”. W podobnym duchu wypowiedziały się sądy administracyjne tam, gdzie przychyliły się do argumentów skarżących, wskazując, że organ administracji „nie rozpoznał w sposób wyczerpujący i rzetelny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, nie przeanalizował wszystkich dowodów złożonych przez stronę w toku postępowania, nie odniósł się w sposób wyczerpujący do wszystkich zarzutów zażalenia oraz z urzędu uwzględnił jako materiał dowodowy opracowania i literaturę, które nie zostały załączone w poczet materiału dowodowego, z którym strona miałaby możliwość się zapoznać, bądź co do których mogłaby złożyć kontradictory, podczas gdy organ oparł na tych dowodach swoje rozstrzygnięcie” – jak to miało miejsce w wyrokach WSA w Warszawie: z 9.01.2020 r., IV SA/Wa 2063/19³⁶; z 9.01.2020 r., SA/Wa 2064/19³⁷; z 3.12.2019 r., IV SA/Wa 2129/19³⁸.

4. PODSUMOWANIE

W podsumowaniu niniejszych rozważań należy wskazać, że aktualnie obowiązująca regulacja prawna w zakresie uznawania substancji lub przedmiotu za produkt uboczny rodzi istotne problemy w praktyce ich stosowania, co znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądów administracyjnych. Powyższy stan należy ocenić jako zjawisko niekorzystne i niesprzyjające pewności prawa zarówno dla organów stosujących prawo, jak i dla zainteresowanych przedsiębiorców. Jest to tym bardziej dotkliwe, że dotyczy obszaru, w którym – jak wskazano we wstępie – mamy do czynienia z ograniczającą ingerencją w konstytucyjnie gwarantowaną swobodę działalności gospodarczej podyktowaną koniecznością ochrony dóbr prawnie chronionych przed niekorzystnymi następstwami wykonywania działalności gospodarczej. W dotychczasowym orzecznictwie sądy wyraźnie wskazały na wysoce ocenny charakter przesłanek uznawania substancji lub produktu za produkt uboczny, którego konsekwencją jest uznaniowy charakter decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 4 u.o. Stawia to zarówno organy stosujące prawo, jak i zainteresowanych przedsiębiorców przed koniecznością szczególnie wyczerpującego uzasadnienia spełnienia bądź niespełnienia przesłanek określonych w art. 10 u.o. *De lege ferenda* należałoby w związku z tym oczekiwać na wydanie przez ministra właściwego ds. klimatu przepisów wykonawczych, do czego upoważnia go art. 11 ust. 6 ustawy o odpadach.

³³ Legalis nr 311056.

³⁴ Legalis nr 1944605.

³⁵ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 735).

³⁶ Legalis nr 2288791.

³⁷ Legalis nr 2288814.

³⁸ Legalis nr 2270382.

Summary

Łukasz Gołąb, *The Fulfillment of Conditions for Recognizing an Object or Substance as a 'By-Product' within the Meaning of Article 10 of the Act of 14 December 2012 on Waste in the Case Law of Administrative Courts*

Regulations relating to the classification of waste as the so-called 'by-products', and consequently allowing for a different handling of waste than in the case of 'usual' waste and therefore less restrictive, are included in Articles 10 and 11 of the Act on Waste. The application of these provisions in practice creates significant difficulties related to the use of eligibility conditions set forth in Article 10 Act on Waste, which include a series of general clauses. Their interpretation has become the subject of divergent decisions in the practice of the competent authorities in these cases and, as a consequence, a number of divergent decisions in the case law of administrative courts, which in recent years have particularly often faced the need to assess the activities of environmental protection authorities, including the correct application of the premises for recognizing an object or substance as a 'by-product'. The purpose of this article is to analyse the decisions of administrative courts under Article 10 of the Act on Waste with regard to applying the conditions for recognizing objects or substances as a 'by-product' in the practice of decisions of environmental protection authorities.

Keywords: waste, 'by-product', biomass

Streszczenie

Łukasz Gołąb, *Spełnienie przesłanek uznania przedmiotu lub substancji za „produkt uboczny” w rozumieniu art. 10 ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach w orzecznictwie sądów administracyjnych*

Regulacje odnoszące się do kwalifikowania odpadów jako produkty uboczne, a w konsekwencji pozwalające na odmienne – aniżeli w przypadku odpadów i przez to mniej restrykcyjne – postępowanie z nimi, zostały zawarte w art. 10 i 11 ustawy o odpadach. Zastosowanie tych przepisów w praktyce stwarza istotne trudności związane z użyciem w treści art. 10 u.o. szeregu klauzul generalnych. Ich interpretacja stała się przedmiotem rozbieżnych rozstrzygnięć w praktyce organów właściwych w tych sprawach, a w konsekwencji – wielu rozbieżnych rozstrzygnięć w orzecznictwie sądów administracyjnych, które w ostatnich latach szczególnie często były konfrontowane z koniecznością dokonania oceny działań organów ochrony środowiska, w tym prawidłowości zastosowania przesłanek uznania przedmiotu lub substancji za „produkt uboczny”. Celem niniejszego artykułu jest analiza rozstrzygnięć sądów administracyjnych zapadłych na gruncie art. 10 u.o. w odniesieniu do stosowania przesłanek uznania przedmiotów lub substancji za „produkt uboczny” w praktyce rozstrzygnięć organów ochrony środowiska.

Słowa kluczowe: odpady, produkt uboczny, biomasa

Literatura:

1. Ciechanowicz-McLean J., *Ochrona środowiska w działalności gospodarczej*, Warszawa 2003.
2. Danecka D., Radecki W., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2020.
3. Iskro W., *Odpad a produkt uboczny w świetle prawa* [w:] *Aktualne problemy prawa gospodarowania odpadami*, red. E. Olejarczyk A. Kuc, M. Suska, Katowice 2016.

4. Karpus K., Rakoczy B., *Ustawa o odpadach. Komentarz*, Warszawa 2013.
5. Katner W., *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Warszawa 2003.
6. Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, Warszawa 2009.
7. Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009.
8. Krucalak K., *Wolność gospodarcza i jej ograniczenia w świetle Konstytucji RP*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. III, Gdańsk 1998.
9. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011.
10. Szydło M., *Wolność działalności gospodarczej jako prawo podstawowe*, Bydgoszcz –Wrocław 2011.
11. Tojo N., Neubaer A., Bräuer I., *Waste management policies and policy instruments in Europe. An overview*, IIIIEE Reports 2008:2, Lund 2006.
12. *Towards a thematic strategy on the prevention and recycling of waste*, Komunikat Komisji, COM (2003) 301 final.
13. Walaszek-Pyziol A., *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994.

Tomasz Bojanowski¹, Klaudia Łuniewska², Bartłomiej Oręziak³,
Iryna Prystenska⁴, Joanna Repeć⁵

Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Interdyscyplinarnej „*Religious Freedom and Education*”. Warszawa, 8–10 października 2020 r.*

W dniach 8–10.10.2020 r. odbyła się Międzynarodowa Konferencja Interdyscyplinarna zatytułowana „*Religious Freedom and Education*”. Wydarzenie zostało zorganizowane przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości (dalej IWS) we współpracy z Uniwersytetem Mikołaja Kopernika w Toruniu w ramach projektu badawczego pt. „O wolność wyznawania religii we współczesnym świecie. Przeciwdziałanie przyczynom dyskryminacji i pomoc prześladowanym na przykładzie chrześcijan”, którego realizację zapewniało Centrum Analiz Strategicznych IWS (dalej CAS IWS), a który był współfinansowany ze środków Funduszu Sprawiedliwości, którego dysponentem jest Minister Sprawiedliwości. Z uwagi na panujące warunki epidemiologiczne w kraju i na świecie wydarzenie przybrało formę zdalną. W konferencji wzięli udział wybitni eksperci polscy oraz zagraniczni, specjalizujący się w kwestiach dotyczących wolności religijnej.

Pierwszy dzień wydarzenia obejmował Forum Organizacji Pozarządowych (*non-government organization*, tzw. NGO's, NGOs Forum 'United we act. Networking for Religious Freedom'), które zostało zainaugurowane przez Koordynatora projektu – ks. dr. hab. Piotra Roszaka, prof. UMK. W trakcie trwania Forum omówiono obszar działalności organizacji pozarządowych uczestniczących w tymże wydarzeniu, a także ich dotychczasowe doświadczenia w zakresie dotyczącym wolności religijnej. W wydarzeniu wzięli udział m.in. przedstawiciele: *Aid to the Church in*

* Data zgłoszenia tekstu przez autorów: 2.03.2021 r.; data przyjęcia tekstu przez redakcję do publikacji: 15.02.2021 r.

¹ Tomasz Bojanowski jest studentem na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8294-0968, e-mail: tomaszbojanowski@gmail.com

² Klaudia Łuniewska jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-3546-3414, e-mail: klaudiakarolinałuniewska@gmail.com

³ Mgr Bartłomiej Oręziak jest doktorantem w Katedrze Ochrony Praw Człowieka i Prawa Międzynarodowego Humanitarne, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0001-8705-6880, e-mail: boreziak@gmail.com

⁴ Iryna Prystenska jest studentką na Wydziale Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-6110-4968, e-mail: iprystenska@gmail.com

⁵ Mgr Joanna Repeć jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-9091-7888, e-mail: repcej Joanna@gmail.com

*Need Poland*⁶, *Observatory on Intolerance & Discrimination against Christians in Europe*⁷, *Christian Concern*⁸, *Observatorio de Libertad Religiosa y de Conciencia*⁹, *Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris*¹⁰, *The Voice of the Martyrs*¹¹, *Open Doors*¹², jak również *Laboratorium Wolności Religijnej*¹³. Spotkanie stało się platformą umożliwiającą wzajemną wymianę wiedzy oraz doświadczeń na temat działalności organizacji, a także przyczynkiem do stworzenia katalogu dobrych praktyk, odnoszących się do działalności organizacji skierowanych przede wszystkim na pomoc ofiarom dyskryminacji i prześladowań, w tym w odniesieniu do wolności religijnej.

Jako pierwsza głos zabrała **mgr María García Ayuela** reprezentująca organizację *Observatorio para la Libertad Religiosa y de Conciencia*, funkcjonującą od 2006 r. w Hiszpanii. Owa organizacja skupia się na ochronie prawa obywateli do uczestniczenia w życiu publicznym przed zniesławieniem lub dyskryminacją dokonywanymi z uwagi na przekonania moralne czy religijne. Prelegentka podkreśliła, że reprezentowana w jej osobie organizacja jest jedynym hiszpańskim podmiotem, który na co dzień monitoruje stan wolności religijnej w Hiszpanii, w szczególności ataki godzące w wolność sumienia i wyznania. Wszystkie zdarzenia na opisywanej płaszczyźnie są poddawane badaniom i klasyfikowane w odpowiednie sekcje. Kolejną prelegentką była **mgr Madeleine Enzlberger** z *Observatory on Intolerance & Discrimination against Christians in Europe*. Następnie głos zabrała **mgr Karina Bosak** reprezentująca *Fundację Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris*, która to przedstawiła cele powołania Centrum Wolności Religijnej, do których należą m.in. analizowanie, zgłaszanie i przeciwdziałanie podżeganiu do nienawiści wobec chrześcijan i naruszeniom wolności religijnej w Polsce. W Centrum Wolności Religijnej notowane są wszystkie przypadki nietolerancji wobec katolików lub wykroczeń religijnych wobec chrześcijan. Dane przypadki są analizowane w celu podjęcia odpowiednich działań. Jako kolejny głos zabrał **dr Roger Kiska** występujący z ramienia *Christian Concern*, który to przedstawił obszar działalności tej organizacji, skupiający się głównie na ochronie wolności religijnej. Przyczynę, dla której zdecydowano się powołać do życia rzeczoną organizację można ująć w następującym stwierdzeniu dosadnie ilustrującym problem, z jakim mierzą się chrześcijanie oraz przedstawiciele tejże organizacji: „...chrześcijanie są najbardziej prześladowaną grupą religijną na świecie... prześladowania chrześcijan osiągają poziom bliski ludobójstwa w kilku częściach świata...”. Reprezentanci organizacji pozarządowych uczestniczących w wydarzeniu zwrócili uwagę na rosnący trend dyskryminacji chrześcijan w Europie. Rolę moderatorów pełnili **mgr Jan Wólkowski** oraz **dr Tomasz Huzarek**, którzy czuwali nad prawidłowym przebiegiem dyskusji wśród uczestników.

⁶ Zob. Pomoc Kościołowi w Potrzebie PKWP, <https://pkwp.org/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

⁷ Zob. Observatory on Intolerance and Discrimination against Christians in Europe (OIDC), <https://www.intoleranceagainstdiscrimination.eu/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

⁸ Zob. Christian Concern, <https://christianconcern.com/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

⁹ Zob. Observatorio para la Libertad Religiosa y de Conciencia (OLRC)/ ang. Observatory for Religious Freedom and Conscience, <https://libertadreligiosa.es/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

¹⁰ Zob. Fundacja Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris, <https://ordoiuris.pl/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

¹¹ Zob. The Voice of the Martyrs, <https://www.persecution.com/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

¹² Zob. Open Doors, <https://www.opendoors.org/> (dostęp: 2.03.2021 r.).

¹³ Zob. Laboratorium Wolności Religijnej, <https://laboratoriumwolnosci.pl> (dostęp: 2.03.2021 r.).

Drugi dzień wydarzenia został uroczystie zainaugurowany przez Dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – dra hab. Marcina Wielca, który w ramach wystąpienia zatytułowanego „*The legal framework for protection of religious freedom and the right to education*” poruszył problematykę dotyczącą ram prawnych wolności religijnej w korelacji z prawem do edukacji. Dyrektor po powitaniu uczestników konferencji w imieniu Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości dokonał analizy prawa do nauki, kształtującego się na gruncie prawa krajowego oraz międzynarodowego. Prezentując owe zagadnienie, odniósł się do aktualnie obowiązujących przepisów prawnych, w tym Konstytucji RP z 1997 r., jak również nawiązał do historycznych regulacji, w tym konstytucji kwietniowej i marcowej¹⁴. Następnie podkreślił znaczenie dorobku prawnego uformowanego po II wojnie światowej w zakresie dotyczącym ochrony praw człowieka, który po dziś dzień stanowi podstawę systemu ochrony praw człowieka na świecie, w tym też w odniesieniu do wolności religijnej oraz prawa do edukacji. W ramach części otwierającej wystąpił również Koordynator Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości – mgr Bartłomiej Oręziak, który zaprezentował referat pt. „*The issue of freedom of research and science*” odnoszący się do problematyki wolności badań i nauki. Koordynator CAS powitał gości w imieniu własnym oraz wszystkich pracowników Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości zajmujących się realizacją projektu badawczego, w ramach którego zrealizowane zostało owe wydarzenie. Bartłomiej Oręziak przybliżył cele projektu badawczego takie jak przeciwdziałanie przyczynom przestępstw oraz ochrona ludzi przed prześladowaniami na tle religijnym. Prelegent zwrócił również uwagę na fakt, że realizacja wspomnianych celów będzie możliwa dzięki przeprowadzeniu analizy sytuacji w czterech aspektach prawnych: zakresu wolności religijnej, wolności słowa, wolności sumienia i kwestii mowy nienawiści. Przedmiotowe aspekty mają wielkie znaczenie z punktu widzenia ochrony wolności i praw człowieka. Wskazane powyżej kwestie stanowią obowiązek państwa do zagwarantowania pewnej wolności i nieingerencji człowieka w te obszary. Koordynator CAS podkreślił, że nauka potrzebuje wolności, bo tylko taka nauka może przynieść rezultaty, które mogą zostać w pełni wykorzystane oraz skutecznie wdrożone. Przywołał także aspekty historyczne państwa polskiego, wskazując, że w Polsce wolność nauki była ograniczana, podejmowano próby niszczenia polskiej inteligencji oraz wpajano inny system wartości, czego przykładem były próby podporządkowania nauki pewnej odgórnie narzuconej ideologii. Prelegent wysunął postulat, że ludzie nauki powinni przywrócić nauce jej najważniejszą cechę, tj. swobodę badań naukowych. Rozwinięciem wskazanego postulatu było stwierdzenie, że każdy uczony – bez względu na światopogląd – musi mieć prawo do prowadzenia badań naukowych. Na koniec wystąpienia prelegent położył akcent na cel przedmiotowej konferencji, który polega na wypracowaniu najbardziej optymalnego systemu, pozwalającego na pogodzenie wolności i praw człowieka, i obywatela z wolnością, która ma zostać zapewniona w nauce.

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r., uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2.04. 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25.05.1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16.07.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.). Ustawa z 17.03.1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267); Ustawa Konstytucyjna z 23.04.1935 r. (Dz.U. z 1935 r. Nr 30, poz. 227).

Drugi dzień wydarzenia skoncentrował się na problematyce wolności religijnej oraz jej relacji do prawa do edukacji. Głównym prelegentem był **prof. Charles Russo** z Uniwersytetu Daytona, który w swoim wystąpieniu podkreślił znaczenie i miejsce wolności religijnej w systemie praw człowieka. Prelegent uczynił to z perspektywy prawnomiędzynarodowej, traktatowej, ale także z perspektywy nauk społecznych, zwłaszcza pedagogiki, nie pozbawiając słuchaczy refleksji filozoficzno-teologicznej. Prof. Russo w ramach swojego wystąpienia zatytułowanego „*Religious Freedom in Education: A fundamental Human Right*” („Wolność religijna w edukacji jako podstawowe prawo człowieka”) zwrócił uwagę na to, że nawet w XXI w. możemy zauważyć ogromne, a przynajmniej wyczuwalne napięcia istniejące pomiędzy dwoma podstawowymi prawami człowieka: prawem do edukacji oraz prawem do wolności sumienia i religii. Profesor w ramach wystąpienia wskazał również, że znaczna liczba krajów i narodów jest sygnatariuszami różnego rodzaju dokumentów o charakterze międzynarodowym, które stanowią, iż zarówno prawo do edukacji, jak i wolność religijna są traktowane jako podstawowe prawa jednostki ludzkiej, a mimo to w dalszym ciągu zauważalne są coraz to częstsze przypadki ograniczania prawa do edukacji i wolności religijnej.

W kolejnej sesji **prof. Enrique Martinez** z Uniwersytetu Abat Oliba CEU w ramach wystąpienia pt. „*The Metaphysical Foundations of Religious Freedom*” („Metafizyczne fundamenty wolności religijnej”) odniósł się do problematyki wolności religijnej jako własności życia ludzkiego, w której człowiek musi rozważyć swoje miejsce w całym wszechświecie, który został stworzony przez Boga. Człowiek uczestniczy w ten sposób w doskonałości, rządzi sobą i kieruje swoim życiem, a nade wszystko może dotrzeć do Boga poprzez wiedzę i miłość.

Prof. Manuel Lazaro Pulido reprezentujący Państwowy Uniwersytet Edukacji na Odległość w Madrycie podczas swojego wystąpienia zatytułowanego „*Philosophical, pedagogical and legal reflections on the ‘Concerted education’ model in the Spanish Educational System, as a space for religious and educational freedom*” podzielił się refleksjami pedagogicznymi i prawnymi dotyczącymi modelu edukacji w Hiszpanii. Prelegent opisał genezę panującego systemu oraz skutki wynikające z jego wprowadzenia. Wspomniany model gwarantuje równowagę pomiędzy prywatną inicjatywą społeczności obywatelskiej i administracją publiczną. Podkreślił, że dany model eliminuje dychotomię istniejącą pomiędzy prywatną a publiczną edukacją.

Jako następny wystąpił **prof. Johna A. Berry** z Uniwersytetu Maltańskiego, prezentujący referat pt. „*Religious Freedom and Education: A Maltese Perspective*”. Przedstawił on pewne ramy koncepcyjne, które mają za zadanie stworzyć określony i ukierunkowany punkt widzenia. Zwrócił uwagę na wolność religijną i prawo do edukacji w kontekście uniwersalności prawa. Każdy ma prawo do wolności sumienia i wyznania religii oraz edukacji. Według prelegenta te dwa prawa należy rozpatrywać jako prawa należące do odrębnej kategorii (zbioru) praw. Zasadniczym elementem wolności wyznawania jest to, że jednostka sama lub we współpracy z innymi (kościołami, organizacjami, grupami religijnymi) nie może, realizując daną wolność, naruszać prawa i wolności innych osób, a także zagrażać takim wartościom jak pokój publiczny czy moralność publiczna. Prof. Berry wskazał również, że edukacja jest usługą, którą społeczeństwo świadczy indywidualnym członkom,

a społeczeństwo jest zobowiązane do zapewnienia odpowiedniego systemu edukacji, który nie będzie nacechowany tylko tym, że jest dostępny dla wszystkich, ale także ma szanować indywidualne, moralne i religijne przekonania. W trakcie wystąpienia położono również nacisk na fakt, że edukacja ma być powszechnie dostępna, co pozwoli wszystkim w pełni uczestniczyć w życiu społecznym. Referat prof. Johna A. Berrego dotyczący maltańskiej perspektywy wolności religijnej i edukacji ukazywał też sposób, w jaki dochodzi do przenikania się wątków tożsamyh w prawie krajowym, jak i w prawie europejskim normujących daną kwestię.

Jako kolejny wystąpił **dr hab. Sławomir Chrost, prof. UJK** z Wydziału Pedagogiki i Psychologii Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach, który przedstawił referat zatytułowany *„Freedom ‘given’ and ‘asked as the foundation for (self) education of man – person”*. Poruszana w trakcie wystąpienia tematyka miała na celu wskazanie jednego z podstawowych celów kształcenia w paradygmacie teistycznego personalizmu – wychowania do wolności. Prelegent ukazał szeroką perspektywę spojrzenia na wolność. Według niego człowiek jest z jednej strony obciążony wolnością, z drugiej zaś strony – powołany do wolności, a im bardziej człowiek jest posłuszny Bogu, tym bardziej staje się istotą wolną. Wolność to wybór oraz dojrzałość moralna. Profesor Chrost rozumie wolność jako umiejętność wyboru dobra oraz jego realizacji, a także ciągłego poszukiwania tego, co mogłoby zostać uznane za godne naszych uporczywych dążeń.

Następnie głos zabrał **prof. dr Mariano Bártoli** z Uniwersytetu Abat Oliba CEU w Barcelonie, który w swoim wystąpieniu pt. *„The demands that religious freedom poses to the search and communication of the truth”* prowadził rozważania nad działalnością edukacyjną, która jest prowadzona w wyznaczonych instytucjach (szkoła, uniwersytet), gdzie łączy się poszukiwanie i przekazywanie prawdy z wychowaniem przy poszanowaniu zasad i ideałów katolicyzmu.

Prof. Salvador Peiró i Gregòri z Uniwersytetu w Alicante w swoim wystąpieniu zatytułowanym *„Freedom for education and religion”* omówił sposoby rozpatrywania działań politycznych w odniesieniu do wolności. Podkreślił sposób jej rozpatrywania w aktualnej filozofii, wskazując na jej antynomie i odpowiadające im błędne postanowienie. Zaproponował metodę wskazania sposobów prawidłowego wychowania, biorąc pod uwagę implikację wartości i cnót, które realizują wolność.

Kolejnym prelegentem był **dr Łukasz Mirocha** reprezentujący Wydział Prawa i Administracji UMK, który wygłosił referat pt. *„Alexis de Tocqueville and religious roots of the right to education”*. Poruszył w nim m.in. problematykę obecności symboli religijnych w szkołach publicznych, spojrzenia na religię jako elementu programu nauczania, oddziaływania religii na edukację, a w szczególności wpływu na prawo do nauki. Prelegent przywołał książkę autorstwa Alexis de Tocqueville *„Demokracja w Ameryce”*, która wskazuje, że w Ameryce religia jest drogą do wiedzy, a przestrzeganie praw boskich prowadzi człowieka do wolności obywatelskiej.

Dr Bernard Łukasz Sawicki OSB, profesor nadzwyczajny na Wydziale Teologii w Papieskim Instytucie Liturgicznym Świętego Anzelma w Rzymie, w swoim wystąpieniu *„Benedictine Education as a model of respecting religious freedom in Education”* odniósł się do ogólnego historycznego zarysu benedyktyńskiej tradycji wychowania, ze szczególnym uwzględnieniem roli reguły św. Benedykta jako jej podstawy. Prelegent przywołał znaczenie takich wartości jak m.in.: szacunek dla

wszystkich, dyskretna i uczciwość w zaangażowaniu osobistym. Jako syntezę omawianego tematu została wysunięta teza, że oryginalność podejścia benedyktyńskiego polega na niekwestionowanej, ale dyskretniej obecności religii w całym procesie wychowania. Ta obecność oznacza osobiste, głębokie, intymne doświadczenie duchowe, które jest naturalne dla każdego człowieka, ale wymaga szczególnego szacunku, poważnego traktowania i kultywowania. Dlatego wychowanie benedyktyńskie jest obecnie tak aktualne: oddaje miejsce religijnemu wymiarowi życia ludzkiego, ale w pełnej wolności, stymulując jego rozwój bez przymusu.

Głos zabrali również **prof. Olga Sitarz**, **dr Anna Jaworska-Wieloch** oraz **mgr Jakub Hanc** z Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, którzy we wspólnym wystąpieniu pt. *„Religious freedom in the educational proces conducted in isolation units for juvenile perpetrators of criminal acts”* przedstawili problematykę wolności wyznania nieletnich umiejscowionych w jednostkach izolacyjnych takich jak zakłady poprawcze, młodzieżowe ośrodki wychowawcze i schroniska dla nieletnich. Analiza przedstawiona pozwoliła zrekonstruować koncepcję wolności religijnej nieletnich przebywających w izolacji postkryminalnej oraz umożliwiła dokonanie oceny, czy jej ograniczenia nie naruszają jej istoty. Prelegenci wyciągnęli wnioski, które pozwalają ocenić, czy w przypadku nieletnich przebywających w ośrodkach izolacyjnych przestrzegane są konwencyjne i konstytucyjne standardy wolności religijnej.

Dr Krzysztof Pilarz z UMK przedstawił referat zatytułowany *„(Un) sacred inquisition – the main psychological and psychotherapeutic modalities towards religion”*, który skupił się na problematyce postrzegania religii przez współczesną psychoterapię oraz wyjaśnieniu podejścia do religii w kształceniu przyszłych terapeutów. Wskazał na prowadzoną dyskusję nad związkiem religii z psychologią i psychoterapią, przy czym obecnie główne nurty psychotherapeutyczne oficjalnie deklarują, że religia ma istotne i pozytywne znaczenie w życiu człowieka. Celem wypowiedzi było przedstawienie rzeczywistego związku psychologii i psychoterapii w odniesieniu do przyczyn obecnego stanu rzeczy i jego prawdopodobnych konsekwencji.

Kolejny prelegent **prof. dr Alessandro Mini** z Uniwersytetu Abat Oliba CEU w Barcelonie podczas swojego wystąpienia pt. *„Freedom od Religion in Times od Pandemic”* poruszył problematykę wpływu COVID-19 na poszanowanie praw człowieka. Pokazał, jak ogłoszenie stanu alarmowego w Hiszpanii i wprowadzenie podobnych przepisów i stanów w innych państwach bezpośrednio przełożyło się na zapewnienie, i korzystanie z niektórych podstawowych praw i wolności, w tym z wolności religijnej.

Dr Adam Jakuszewicz z Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy podczas swojego wystąpienia pt. *„Secularism as a tool for social integration in the Jurisprudence of The European Court of Human Right on Freedom of Religion in the Field of Education”* omówił problematykę sekularyzmu jako narzędzia integracji społecznej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie wolności religii w dziedzinie edukacji. Podczas wystąpienia przywołał jedno ze stanowisk, tzn., że ETPC utożsamia integrację społeczną z nieneutralnymi

i zmieniającymi się wartościami i normami społecznymi, popiera jednorodność, kojarzy równość z jednolitością, i zaprzecza możliwości rozważenia nawet wykonalności alternatywnych środków sprzyjających osiągnięciu integracji społecznej.

Dr Kajetan Górny z Uniwersytetu Zielonogórskiego wygłosił referat zatytułowany „*Right to court and freedom of religion in the context of contracting for work with a catechist teacher*”. Prelegent postawił tezę polegającą na stwierdzeniu, że: „Wolność wyznawania z jednej strony nie może być nieograniczona i musi podlegać kontroli sądowej także na etapie nawiązywania stosunku pracy przez nauczyciela katechetę. Z drugiej jednak strony – sąd nie ma prawa ingerować w postanowienie o nienawiązaniu stosunku pracy, jeżeli jest to podyktowane wartościami wynikającymi z religii – o ile są one zbieżne z wartościami zawartymi w Konstytucji lub dopuszczalnych normach moralnych”.

Następnym prelegentem był **mgr Jan Ivančík** z Uniwersytetu Komeńskiego w Bratysławie, który to zaprezentował referat „*School textbooks and state right to regulate religious education*”, podczas którego przedstawił rozważania na temat tego, czy kościoły i zarejestrowane wspólnoty wyznaniowe powinny być uprawnione do wydawania podręczników szkolnych z przedmiotu religii, czy raczej powinna być to wyłączna kompetencja państwa. Zagadnienie to było przedmiotem szerokiej dyskusji na Słowacji. Prelegent przeprowadził przegląd słowackich regulacji prawnych *de lege lata*.

W tym dniu wystąpili również: **dr Bottoni Alessandra Rossella** (Uniwersytet w Trento), **dr Iwona Zamkowska** (Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu), **dr Krystian Chołaszczyński** (Wyższa Szkoła Kultury Społecznej i Medialnej w Toruniu), **mgr Anna Parrilli** (Uniwersytet w Weronie), **mgr Paweł Kaźmierski** (Uniwersytet Jana Gutenberga w Moguncji). Drugiego dnia moderowaniem paneli zajmowali się: **dr hab. Piotr Roszak**, **dr Weronika Kudła**, **dr Grzegorz Blicharz**, **prof. Sasa Horvat**. Prelegenci reprezentowali ośrodki akademickie z takich krajów jak: Chorwacja, Hiszpania, Słowacja, Włochy, Stany Zjednoczone, Malta, Wielka Brytania, Słowacja, Niemcy oraz Polska. Wystąpienia prelegentów umożliwiły przeprowadzenie zróżnicowanej naukowo dyskusji.

W trzecim dniu konferencji jako pierwszy głos zabrał **prof. Jan De Groof** z Uniwersytetu w Antwerpii oraz Kolegium Europejskiego. Prelegent zarysował katalog współczesnych wyzwań, przed jakimi stoi doktryna praw człowieka oraz prawa oświatowego w odniesieniu do dwóch rzeczywistości: edukacji i religii. Refleksja ta odnosiła się przede wszystkim do prawa europejskiego. Profesor De Groof w swoim wystąpieniu przywoływał argumenty niektórych filozofów, a przede wszystkim Georga Jellinka, który wskazuje, że religia jest matką większości innych praw podstawowych. Wypracował rozumowanie prawne, stawiając edukację na najwyższym poziomie w hierarchii praw człowieka. Zwrócił również uwagę na to, że kiedy religia i edukacja spotykają się w sferze publicznej i prywatnej, to w grę wchodzi całe społeczeństwo. Poruszył też aspekt historyczny, mówiąc że religia determinowała historię większości krajów, a zatem także narodowego systemu edukacji.

Jako kolejny prelegent wystąpił **ks. prof. Longchamps Franciszek de Bérrier** z Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie. W trakcie przemówienia wskazał na palącą kwestię obrony wolności religijnej przez współczesne pokolenia. Prelegent uczynił to w oparciu na prawnej refleksji nad orzeczeniami amerykańskiego Sądu

Najwyższego, przytaczając i szczegółowo omawiając najistotniejsze z nich. W trakcie wystąpienia wybrzmiało znaczenie edukacji jako pola kształtowania właściwych postaw społecznych i otwierania się zsekularyzowanych społeczeństw na religię, i wskazanie jej pozytywnego wkładu w życie społeczne. Prelegent dokonując odpowiedzi na tytułowe pytanie „*Would We Defend Religious Freedom within This Generation?*” („Czy wolność religijna będzie broniona w tym pokoleniu?”), skierował rozważania ku roli historii prawa, czyli wykorzystania doświadczenia poprzednich pokoleń i systemów do rozwiązania bieżących konfliktów i problemów. Zmiany w systemach prawnych zachodzą nieustannie, a historia prawa uczy, że wolność religijna zawsze ma swoją cenę, a kluczową kwestią jest to, kto musi ją ponieść.

W ostatniej sesji trzeciego dnia **prof. Echavarria Martin** z Uniwersytetu Abat Oliba CEU w Barcelonie wygłosił referat pt. „*Character Organization, Religion, Freedom and Liberation*”. Głos zabrali również: **prof. dr Juan Antonio Gómez García** z Państwowego Uniwersytetu Edukacji na Odległość w Madrycie, **dr Michał Poniatowski** z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, **dr Raul C. Cancio Fernandez**, przedstawiciel Sądu Najwyższego w Madrycie oraz Królewskiej Akademii Prawa i Legislacji, **prof. dr Camen Cortes Pacheco** z Uniwersytetu Abat CEU w Barcelonie, jak i **dr Grzegorz Blicharz** reprezentujący UJ. Referaty uczestników konferencji pozwoliły na ukazanie refleksji jawiących się zarówno na płaszczyźnie teoretycznej, jak i praktycznej. Wzajemna wymiana wiedzy i doświadczeń była możliwa do zrealizowania dzięki udziałowi przedstawicieli hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego, Królewskiej Akademii Prawa i Legislacji, National University of Distance Education w Madrycie, Uniwersytetu Abat Oliba CEU w Barcelonie, Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, a także Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. Trzeciego dnia konferencję moderowali **Sasa Horvat** oraz **Weronika Kudła**.

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości był po raz kolejny miejscem interdyscyplinarnej i merytorycznie wysokiej jakościowo dyskusji nad palącymi problemy współczesnego świata i potrzebami implementacji dobrych, często nowatorskich rozwiązań do polskiego porządku prawnego. Realizacja projektu badawczego pt. „O wolność wyznawania religii we współczesnym świecie. Przeciwdziałanie przyczynom dyskryminacji i pomoc prześladowanym na przykładzie chrześcijan”, którego realizację zapewniało Centrum Analiz Strategicznych IWS pozwoliła zwrócić uwagę świata akademickiego w różnych państwach na zagadnienie, które aktualnie stanowi problem prawny, a w najbliższych latach może zyskać na znaczeniu. Rezultaty wypracowane w ramach projektu oraz przedmiotowej konferencji mogą być przyczynkiem do należytego rozwiązania omawianego problemu oraz wypracowania kompleksowych regulacji prawnych z zakresu wolności religijnej i prawa do edukacji.

Profesor Andrzej Siemaszko nie żyje (1950–2021)

Andrzej Siemaszko w 1972 r. ukończył Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, a następnie podjął studia doktoranckie w Instytucie Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk (1972–1975). 28 listopada 1975 r. Rada Naukowa INP PAN nadała Mu stopień naukowy doktora nauk prawnych. Zmieniona i uzupełniona wersja rozprawy doktorskiej została opublikowana („*Spoleczna geneza przestępczości. Wokół teorii E.H. Sutherlanda*”, Warszawa 1979).

W latach 1976–1989 Andrzej Siemaszko pracował na stanowisku adiunkta w Instytucie Problematyki Przestępczości. 24 lutego 1989 r. Rada Naukowa INP PAN na podstawie dorobku naukowego, w tym rozprawy habilitacyjnej „*Zachowania dewiacyjne młodzieży. Rozmiary – struktura – uwarunkowania*”, Warszawa 1986, nadała Andrzejowi Siemaszce stopień naukowy doktora habilitowanego nauk prawnych (w zakresie kryminologii).

W latach 1989–1991 dr hab. Andrzej Siemaszko pracował w United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) w Rzymie, a opracowania z tego okresu były publikowane za granicą¹. Po powrocie do kraju objął funkcję zastępcy dyrektora, a następnie dyrektora Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (1992–2015), w którym pracował nieprzerwanie do śmierci. Równolegle (do 2011 r.) był nauczycielem akademickim (od 1992 r. na stanowisku profesora) Wydziału Stosowanych Nauk Społecznych i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego.

W 1992 r. Profesor Andrzej Siemaszko został laureatem nagrody Amerykańskiego Towarzystwa Kryminologicznego dla wybitnego kryminologa spoza USA, a w 1993 r., na dorocznej Sesji Plenarnej Stałego Komitetu Zarządzającego ds. Przestępczości (CDPC) Rady Europy, został wybrany na członka prestiżowej Naukowej Rady Kryminologicznej (Criminological Scientific Council).

W 1996 r. Profesor został mianowany prokuratorem Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie, a w 2001 r. – prokuratorem Prokuratury Krajowej. W latach 2001–2005 pełnił funkcję sędziego Sądu Dyscyplinarnego dla prokuratorów I instancji przy Prokuratorze Generalnym.

11 kwietnia 2003 r. Prezydent RP nadał dr. hab. Andrzejowi Siemaszce tytuł profesora nauk prawnych. Podstawę procedury o nadanie tego tytułu stanowiła praca „*Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*” (Warszawa 2001).

¹ *Etude bibliographique sur le mesures alternatives l'emprisonnement de 1980 a 1989*, “Revue International de Criminologie et de Police” 1991, no. 3; *Review of Selected Research (1980–1990)*, in: *Development and Crime*, ed. by U. Zvekic, Rome 1992; *Central and Eastern European Victimisation Rates: to Compare or not to Compare?*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993; *Summaries of Country Surveys – Poland*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993; *Review of Literature on Alternatives to Imprisonment (1980–1989)*, in: *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*, ed. by U. Zvekic and A. Alvazzi del Frate, Chicago 1994.

W latach 2006–2008 Profesor Siemaszko był przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości, a w latach 2011–2013 wiceprzewodniczącym Rady ds. efektywności wymiaru sprawiedliwości.

Dorobek naukowy Andrzeja Siemaszki obejmuje 21 książek (w tym cztery obszerne monografie jego wyłącznego autorstwa) oraz ponad 50 artykułów w krajowych i zagranicznych czasopismach naukowych i pracach zbiorowych, a także liczne opracowania popularyzatorskie i publicystyczne.

Profesor nadzorował (również merytorycznie) prace w kilkuset projektach badawczych zrealizowanych w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości. Kierował bezpośrednio kilkudziesięcioma szeroko zakrojonymi badaniami empirycznymi, w tym wieloma grantami naukowymi. Przykładowo: w latach 1996–1997 grantem Komitetu Badań Naukowych „Przestępczość i polityka karna w Polsce w latach 1994–1994”, w latach 1996–1998 grantem KBN „*International Crime (Victim) Survey '96* (polska część międzynarodowych badań przestępczości nieujawnionej)”, w latach 1999–2001 grantem KBN „*Prawo karne gospodarcze w świetle praktyki i standardów Unii Europejskiej*”, w latach 2004–2007 grantem Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyzszego „*Polska część międzynarodowych badań ofiar przestępstw (International Crime Survey 2004)*”, w latach 2006–2009 grantem Komisji Europejskiej w ramach programu DAPHNE „*International Self Report Delinquency Study 2*”, a w latach 2008–2010 grantem Komisji Europejskiej zakładającym przeprowadzenie nowego, europejskiego, pilotażowego badania wiktyimizacyjnego SASU.

Dorobek naukowy Profesora Andrzeja Siemaszki, tu jedynie zasygnalizowany, jest niewątpliwym, niemniej we wdzięcznej pamięci pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości najistotniejszą aktywnością Profesora pozostanie Jego organizatorski i naukowy wkład w powstanie i prestiż naszego Instytutu, dbałość o dobrą jakość merytoryczną i metodologiczną powstających w nim opracowań, w szczególności badań kryminologicznych i statystycznych oraz analiz orzecznictwa sądów powszechnych, i stworzenie dla ich publikacji kwartalnika „Prawo w Działaniu”.

Pełne informacje o przebiegu kariery zawodowej Prof. Andrzeja Siemaszki oraz prezentacja Jego poglądów naukowych są zawarte w dedykowanej Profesorowi księdze jubileuszowej, z której pochodzi również poniższy wykaz najważniejszych Jego publikacji (GRANICE PRAWA. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki pod redakcją Konrada Buczkowskiego i Pawła Ostaszewskiego, Warszawa 2020, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, s. 17–36).

Najważniejsze publikacje Profesora Andrzeja Siemaszki

A. Książki

1. *Spoleczna geneza przestępczości. Wokół teorii E.H. Sutherlanda*, Warszawa 1979.
2. *Zachowania dewiacyjne młodzieży. Rozmiary – struktur – uwarunkowania*, Warszawa 1986.
3. *Granice tolerancji. O teoriach zachowań dewiacyjnych*, Warszawa 1993.
4. *Tymczasowe aresztowanie* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1993.
5. *Atlas przestępczości w Polsce* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 1994.
6. *Ławnicy – rezultaty badań empirycznych* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1994.
7. *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
8. *Przestępczość gospodarcza. Doświadczenia europejskie i amerykańskie* (red.), Warszawa 1995.
9. *Quo Vadis Iustitia? Stan i perspektywy wymiaru sprawiedliwości w Polsce* (red. naukowa i współautorstwo), Warszawa 1996.

10. *Administration of Justice in Poland* (wraz z M. Jankowskim), Warszawa 1999.
11. *Atlas przestępczości w Polsce 2* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 1999.
12. *Crime and Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2000.
13. *Kogo biją, komu kradną. Przestępczość nie rejestrowana w Polsce i na świecie*, Warszawa 2001.
14. *Atlas przestępczości w Polsce 3* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2003.
15. *Wymiar sprawiedliwości w Europie. Polska na tle wybranych krajów* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2006.
16. *Geografia występku i strachu. Polskie Badanie Przestępczości '07* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2008.
17. *Atlas przestępczości w Polsce 4* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2009.
18. *Stosowanie Prawa. Księga Jubileuszowa na XX-lecie istnienia IWS* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2011.
19. *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Podstawowe parametry dla Polski i pozostałych krajów* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2011.
20. *Atlas przestępczości w Polsce 5* (redakcja naukowa i współautorstwo), Warszawa 2015.
21. *Nękami, oszukiwani, hakowani. Nowe i tradycyjne wymiary wiktyimizacji* (współautorstwo), Warszawa 2021.

B. Pozostałe publikacje naukowe

1. *Zastosowanie teorii uczenia się w wyjaśnianiu zachowań dewiacyjnych*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1976, tom 5.
2. *Teoria zróżnicowanych powiązań a koncepcja naznaczenia społecznego: Podejście konkurencyjne czy komplementarne?*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, tom 9.
3. *Kradzieże dóbr kultury*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1979, tom 10.
4. *Recenzja książki M.M. Lefkowitz, L.O. Eron, L.O. Walder, „Grawing Up to be Violent”*, „Państwo i Prawo” 1979, z. 5 (wraz z K. Ostrowską).
5. *Zapobieganie nieprzystosowaniu społecznemu i przestępczości młodzieży w Południowej Australii*, „Przestępczość na świecie” 1981, tom 14 (wraz z K. Ostrowską).
6. *Uwagi na marginesie psychologicznej teorii samowiedzy Józefa Koźieleckiego*, „Studia Philisopiae Christianae” 1982, nr 2 (wraz z K. Ostrowską).
7. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 1983, tom 13.
8. *Rozmiary spożywania napojów alkoholowych przez młodzież szkół ponadpodstawowych na terenie Warszawy w roku 1979*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1983, tom 13 (wraz z K. Ostrowską).
9. *Przestępczość wielokrotnych recydywistów i stosowana wobec nich polityka karna*, „Archiwum Kryminologii” 1983, tom 10.
10. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych uczniów szkół ponadpodstawowych z terenu Warszawy*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1983, tom 14.
11. *Dewiacja w perspektywie konfliktu kultur*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1984, tom 15.
12. *Wandalizm – definicja, etiologia, zapobieganie*, w: „Wandalizm”, B. Hołyst (red.), Warszawa 1984.
13. *Odkrycie narkomanii, czyli jak reklamować polską heroinę?*, w: *Po tej stronie granicy*, M. Siemieński (red.), Warszawa 1985.
14. *Rozmiary zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1986, tom 17.
15. *Rozmiary i uwarunkowania zachowań dewiacyjnych młodzieży wiejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 1986, tom 13.
16. *Kierunek kontroli społecznej w socjologii dewiacji*, „Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne” 1988, tom 19.
17. *Metodologiczne problemy badań typu self-report*, „Archiwum Kryminologii” 1988, tom 15.
18. *Teorie kontroli społecznej – od Durkheima do Hirschiego*, w: *Společná kontrola zachování deviantních*, J. Kwaśniewski (red.), „Prace IPSiR UW”, Warszawa 1989, tom 11.

19. *Zachowanie dewiacyjne młodzieży a sytuacja ich rodzin*, w: M. Jarosz (red.), *Patologia życia rodzinnego*, Warszawa 1990.
20. *Percepcja dewiacji w społeczeństwie*, „Archiwum Kryminologii” 1991, tom XVII.
21. *Etude bibliographique sur le mesures alternatives l'emprisonnement de 1980 a 1989*, „Revue International de Criminologie et de Police” 1991, no. 3.
22. *Review of Selected Research (1980–1990)*, in: *Development and Crime*, ed. by U. Zvekic, Rome 1992.
23. *Mechanizmy naznaczania społecznego*, w: *Miedzy autonomią a kontrolą*, A. Kojder (red.), Warszawa 1992.
24. *Central and Eastern European Victimisation Rates: to Compare or not to Compare?*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993.
25. *Summaries of Country Surveys – Poland*, in: *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*, Rome 1993.
26. *Review of Literature on Alternatives to Imprisonment (1980–1989)*, in: *Alternatives to Imprisonment in Comparative Perspective*, ed. by U. Zvekic and A. Alvazzi del Frate, Chicago 1994.
27. *The media and Crime*, in: *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
28. *Unreported Crime*, in: *Crime Control in Poland*, ed. by J. Jasiński, A. Siemaszko, Warsaw 1995.
29. *Kilka uwag o przestępczości gospodarczej*, w: *Przestępczość gospodarcza. Doświadczenia europejskie i amerykańskie*, A. Siemaszko (red.), Warszawa 1995.
30. *Ciemna liczba przestępstw w Polsce*, w: *IPSiR dzisiaj. Księga pamiątkowa na 25-lecie IPSiRu*, M. Porowski (red.), Warszawa 1998.
31. *Przestępczość nieujawniona: porównanie polskich rezultatów ICVS '92 i '96*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, tomy XXIII–XXIV.
32. *The International Crime Victim Survey in Poland (1996)*, w: *The International Crime Victim Survey in Countries in Transition. National Reports*, ed. by O. Hatalak, A. Alvazzi del Frate, U. Zvekic, Rome 1998.
33. *Przestępczość nieujawniona*, „Jurysta” 1998, nr 7–8.
34. *Zezwolenie na czasowe opuszczenie zakładu karnego (wraz z J. Szumskim i D. Wójcik)*, „Archiwum Kryminologii” 1997–1998, tomy XXIII–XXIV.
35. *Dostęp do sądu a przewlekłość postępowania*, „Jurysta” 1999, nr 1.
36. *Metodologia badań wiktymizacyjnych*, „Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego” 1999, nr 8.
37. *Granice niezawisłości sędziowskiej (wraz z J. Szumskim)*, „Jurysta” 1999, nr 1.
38. *Przestępczość i polityka kryminalna w Polsce lat dziewięćdziesiątych: próba syntezy*, w: *Atlas przestępczości w Polsce 2*, A. Siemaszko (red.), Warszawa 1999.
39. *Założenia do nowelizacji ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz propozycje zmian (wraz z J. Brolem, J. Sadomskim i E. Warzochą)*, „Jurysta” 1999, nr 1.
40. *Orzeczone kary pozbawienia wolności a długość faktycznego pobytu w więzieniu (na przykładzie skazanych za przestępstwa z użyciem przemocy (wraz z B. Gruszczyńską, R. Kulmą i M. Marczewskim)*, „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, tom XXV.
41. *Usytuowanie prokuratury w wybranych krajach*, „Prokurator” 2000, nr 2.
42. *Crime and Criminal Policy in Poland: A Look Back and into the Future*, w: *Crime and Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (ed. by A. Siemaszko), Warsaw 2000.
43. *Przestępczość w okresie transformacji: uboczny skutek demokracji*, w: *Księga dziesięciolecia Polski Niepodległej*, W. Kuczyński (red.), Warszawa 2001.
44. *Facts and Figures (wraz z B. Gruszczyńską i M. Marczewskim)*, w: *Crime And Law Enforcement in Poland. On the Threshold of the 21st Century* (ed. by A. Siemaszko), Warsaw 2000.
45. *Probacja à la polonaise czyli piórko Damoklesa*, w: *Probacyjne środki polityki karnej – stan i perspektywy*, Warszawa 2001.
46. *Orzeczone kary pozbawienia wolności a długość faktycznego pobytu w więzieniu (na przykładzie skazanych za przestępstwa agresywne)*, „Archiwum Kryminologii” 1999–2000, tom XXV.
47. *Ekspertyza (dot. Sądownictwa)*, w: *Przyszłość polskiego wymiaru Sprawiedliwości*, A. Zieliński i M. Zubik (red.), Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2002.
48. *Przestępczość w Polsce na przełomie wieków*, „IUS ET LEX” 2006, nr 4.
49. *Przestępczość i polityka karna w krajach postkomunistycznych: spojrzenie laika*, „Archiwum Kryminologii” 2007, tom XXVIII.

50. *International Crime Victim Survey '04/05: Polska na tle wybranych krajów Unii Europejskiej*, „Archiwum Kryminologii” 2007–2008, tomy XXIX–XXX.
51. *Polskie Badanie Przestępczości (PBP) 2007–2009: Analiza Wybranych Rezultatów*, „Archiwum Kryminologii” 2009, tom XXXI.
52. Poland, w: *Juvenile Delinquency in Europe and Beyond. Results of the Self-Report Delinquency Study*, Springer 2010 (wraz z J. Czabańskim, B. Gruszczyńską i M. Marczewskim).
53. *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki (Raport z badania nt. uporczywego nękania pod redakcją A. Siemaszki)*, „Archiwum Kryminologii” 2011, tom XXXII (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, P. Ostaszewskim i D. Woźniakowską-Fajst).
54. *Spoleczna percepcja zagrożeń korupcyjnych w Polsce*, w: *Korupcja i antykorupcja – wybrane zagadnienia*, J. Kosiński, K. Krak (red.), Szczytno 2011 (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim i P. Ostaszewskim).
55. *Efektywność warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności mierzona powrotnością do przestępstwa* (wraz z M. Jankowskim i S. Momotem), „Prawo w Działaniu” 2014, nr 18.
56. *Sądownictwo. Polska na tle pozostałych krajów Unii Europejskiej* (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, P. Ostaszewskim i A. Wićcek-Durańską), „Prawo w Działaniu” 2016, nr 26.
57. *Działalność prokuratur rejonowych – analiza statystyczna* (wraz z B. Gruszczyńską, M. Marczewskim, K. Drapałą i A. Wićcek-Durańską), „Prawo w Działaniu” 2016, nr 28.
58. *Attitudes to Punishment. The Results of Three Surveys* (wraz z P. Ostaszewskim i J. Klimczak), „Prawo w Działaniu” 2019, nr 38.
59. *Sense of Security among the Residents of Warsaw. Survey Results* (wraz z P. Ostaszewskim, J. Klimczak i J. Włodarczyk-Madejską), „Prawo w Działaniu” 2019, nr 38.
60. *Punitivność a poczucie bezpieczeństwa mieszkańców Warszawy. Wstępne analizy współzmienności* (wraz z P. Ostaszewskim, J. Klimczak i J. Włodarczyk-Madejską), *Po co nam kryminologia? Księga jubileuszowa Profesor Ireny Rzeplińskiej*, Warszawa 2019.

C. Najważniejsze wywiady i artykuły prasowe

1. *„Quo vadis iustitia? – raport, który poraża*, rozmowę przeprowadziła Żaneta Semprich, „Rzeczpospolita” 1997, nr 48.
2. *Pytania na Nowy Rok*, opracowanie Paweł Smoleński, „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 1.
3. *Cena strachu*, rozmowę przeprowadził Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 14.
4. *Sąd nierychliwy* (wraz z Włodzimierzem Olszewskim), „Gazeta Wyborcza” 1998, nr 265.
5. *Mity i fakty*, rozmowę przeprowadziła Małgorzata Zielińska-Fazan, „Prawo i Życie” 1998, nr 9.
6. *Wiele grozą*, rozmowę przeprowadziła Ewa Siedlecka, „Gazeta Wyborcza” 1999, nr 141.
7. *Policja nie chce wiedzieć*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2000, nr 53.
8. *Zardzewiałe zawiasy*, rozmowę przeprowadził Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 2001, nr 158.
9. *Zabójcy na zwolnieniu*, „Rzeczpospolita” 2001, nr 93.
10. *My nie zgłaszamy, oni nie ścigają*, rozmowę przeprowadzili Wojciech Cieśla i Bogdan Wróblewski, „Gazeta Wyborcza” 2003, nr 148.
11. *Karykatura prawa do obrony. O roli adwokatów w procesie FOZZ*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2005, nr 45.
12. *Minister Ziobro kontra prawnicy – debata „Gazety”*, opracowanie Jarosław Kurski, „Gazeta Wyborcza” 2006, nr 48.
13. *Wieżenie częściej, ale krócej – karać czy wychowywać?*, rozmowę przeprowadził Krzysztof Sobczak, „Rzeczpospolita” 2006, nr 99.
14. *Za dużo sędziowskich generałów*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2006, nr 18.
15. *Nieużytkowana armia Temidy. Raport Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości pokazuje, jak nieefektywne są u nas sądy*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2006, nr 14.
16. *Przestępcy nas opuścili*, rozmowę przeprowadziła Ewa Siedlecka, „Gazeta Wyborcza” 2009, nr 52.
17. *Kosztami Temidy nikt się nie przejmuje*, rozmowę przeprowadził Marek Domagalski, „Rzeczpospolita” 2011, nr 183.
18. *Tematy zleca ministerstwo, a my badamy*, rozmowę przeprowadziła Ewa Szadkowska, „Dziennik Gazeta Prawna” 2014, nr 177.
19. *Jest bezpieczniej – starsi kradną mniej*, rozmowę przeprowadził Piotr Szymaniak, „Dziennik Gazeta Prawna” 2015, nr 246.

PRAWO W DZIAŁANIU tom 46

- **Maciej Domański**
Materialnoprawne i procesowe aspekty dochodzenia odszkodowania na podstawie ustawy o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania
- **Sławomira Kotas-Turoboyska**
Instytucja kuratora reprezentującego dziecko w procesie cywilnym po nowelizacji
- **Jędrzej Maksymilian Kondek**
Naprawienie krzywdy wyrządzonej w wypadkach komunikacyjnych w świetle badań aktowych
- **Michał Białkowski**
Odpowiedzialność deliktowa za szkodę wyrządzoną przy leczeniu czynnością powierzoną
- **Katarzyna Malinowska-Woźniak**
Polski i brytyjski model umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych
- **Marcin Białecki**
Przebieg postępowania w sprawach o wydanie dziecka w trybie Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę sporządzonej w Hadze 25.10.1980 r. przed sądem I instancji
– zagadnienia wybrane
- **Jakub M. Łukasiewicz**
Alimentacja ojczyma (lub macochy) na rzecz pasierba
- **Mirosław Kosek**
Ochrona małżeństwa i rodziny we włoskim prawie rozwodowym
- **Piotr Mostowik**
Resolving Administrative Cases Concerning Child Under Custody of Same-Sex Persons Without Violating the Principles on Filiation as the Ratio Decidendi of the Supreme Administrative Court (NSA) Resolution of 2 December 2019
- **Ondřej Frinta, Dita Frintová, David Elischer**
Children and Their Debts: Current Situation in the Czech Republic. Part Three: Practical, Ethical, Procedural, and Comparative Perspectives and Current Proposals of Legislative Solutions
- **Bartłomiej Oręziak, Klaudia Łuniewska**
New Grounds for Civil Liability under National Law in the Light of Article 79 of the GDPR
- **Konrad Łuczak**
Sędzia w poszukiwaniu absurdów prawnych
- **Łukasz Gołąb**
Spełnienie przesłanek uznania przedmiotu lub substancji za „produkt uboczny” w rozumieniu art. 10 ustawy z 14.12.2012 r. o odpadach w orzecznictwie sądów administracyjnych
- **Tomasz Bojanowski, Klaudia Łuniewska, Bartłomiej Oręziak, Iryna Prystenska, Joanna Repeć**
Sprawozdanie z Międzynarodowej Konferencji Interdyscyplinarnej „*Religious Freedom and Education*”.
Warszawa, 8–10 października 2020 r.

Cena: 34,99 zł (w tym 8% VAT)



PKWiU 2008 58.14.12.0